§ 5 Arbeitszeugnis

Roland Müller

Literaturauswahl:

Baumann Robert, Die Übertragung von Arbeitnehmerdaten bei Betriebsübergängen, AJP 2004, 638–648; Bernold Heiner, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Diss. Zürich 1983; Bühler Daniel, Arbeitszeugnis, Referenzauskünfte und Datenschutz, Diplomarbeit, St. Gallen 2004; Carruzzo Philippe, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Genève 2009; Class Edi, Das Arbeitszeugnis und seine Geheimcodes, 6. Aufl., Zürich 2009; Class Edi/Bischofberger Sabine, Das Arbeitszeugnis und seine Geheimcodes, 5. Aufl., Zürich 2000; Collé Denis/Meyer Yann, Guide pratique du Certificat de travail, 2e édition, Genève 2010; Duc Jean-Louis/Subilia Olivier, Droit du travail – éléments de droit suisse, Nouvelle édition, Lausanne 2010; Faesch Lukas, Das Arbeitszeugnis im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Diss. Basel 1984; Favre Christian/Munoz Charles/Tobler Rolf A., Le contrat de travail: Code des obligations (art. 319–362 CO), Loi fédérale sur l'égalité, Loi fédéreal sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce: code annoté de la jurisprudence fédérale & cantonale, édition bis et ter snc, Lausanne 2010; Geiser Thomas/Müller Roland, Das schweizerische Arbeitsrecht und der Wirtschaftsstandort Schweiz, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St.Gallen (HSG) (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St.Gallen (HSG),, Zürich/St.Gallen 2007 (*zitiert*: Geiser/Müller, Wirtschaftsstandort Schweiz); Henneberger Fred/Sousa-Poza Alfonso, Arbeitsplatzstabilität und Arbeitsplatzwechsel in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2007; Häusermann Peter, Arbeitszeugnisse – wahr, klar und fair, 2. Aufl., Zürich 1999; Janssen Susanne, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, zweite, durchgesehene Aufl., Diss. Zürich Bern 1996; Kälin Oliver, Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für unwahre Arbeitszeugnisse, SJZ 103 (2007), 113–117; Kaufmann Peter/Jorns Claudia, Zwischen Wahrheitspflicht und Wohlwollen: Die Verletzung der Zeugnispflicht des Arbeitgebers infolge Ausstellung eines zu günstigen Zeugnisses, Anwalts Revue 6–7 2022, 37–42; Koller Thomas, Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2003, ZBJV 2004, 526 f.; Lattmann Charles, Leistungsbeurteilung als Führungsmittel, 2. Aufl., Heidelberg 1994; Middendorf Patrick, Nachwirkende Vertragspflichten, N 293 ff., Diss. Freiburg 2002; Müller Roland/Thalmann Philipp, Streitpunkt Arbeitszeugnis, Basel 2012; Müller Roland/von Graffenried Caroline, Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung; Poledna Tomas, Arbeitszeugnis und Referenzauskünfte des Arbeitgebers im öffentlichen Dienst, in: ZBL 2003, 169–184; Portmann Wolfgang/Stöckli Jean-Fritz, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich 2007; Rickenbach Matthias W., Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht Bd. 44, Bern 2000; Riesselmann-Saxer Rebekka, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich, Bern 2002; Rudolph Roger, Stellenbewerbung und Datenschutz, Diss. Zürich 1997; Schwarb Thomas M., Das Arbeitszeugnis als Instrument der Personalpraxis, Olten 1999; Tobler Rolf A./Favre Christian/Munoz Charles/Gullo Ehm Daniela, Arbeitsrecht, Obligationenrecht (Art. 319–362 OR), Gleichstellungsgesetz, Arbeitsgesetz, kommentierte Gesetzesausgabe mit bundesgerichtlicher und kantonaler Rechtsprechung, Lausanne 2006; Tschumi Martin, Arbeitshandbuch für die Zeugniserstellung, Zürich 2003; Verde Michel, Haftung für Arbeitszeugnis, Empfehlungsschreiben, Referenzauskunft und Referenzschreiben, recht 5/2010, 144–161; Wanzke Gabriela, Das Arbeitszeugnis – Schreiben, prüfen, Geheimcodes knacken, München 2008; Wyss Gabriela, Wahrheitsgemässe Arbeitszeugnisse, NZZ vom 3.6.1998.

I. Problematik von Arbeitszeugnissen

5.1 Arbeitszeugnisse sind in der Schweiz von besonderer Bedeutung, da hier im Gegensatz zu den Regelungen in anderen Ländern[1] der Grundsatz gilt: Wahrheit vor Wohlwollen.[2] Im Gesetz ist dies zwar nicht ausdrücklich vorgegeben, doch resultiert der Grundsatz aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, wonach der Aussteller eines Arbeitszeugnisses für die Vollständigkeit und Richtigkeit der im Zeugnis gemachten Angaben haftet.[3] Die Qualität der Arbeitszeugnisse in der Schweiz ist deshalb überdurchschnittlich hoch und fördert damit indirekt den Wirtschaftsstandort Schweiz.[4] Andererseits verursachen Arbeitszeugnisse einen hohen betriebswirtschaftlichen Aufwand. Von den rund 4,2 Mio. Beschäftigten[5] verlangen pro Jahr ca. 15 % aller Arbeitnehmer ein Zwischenzeugnis. Daraus resultieren bereits 630 000 Zwischenzeugnisse pro Jahr. Berücksichtigt man zusätzlich noch die Fluktuationsrate von durchschnittlich rund 10 % pro Jahr und geht man davon aus, dass jeder ausscheidende Arbeitnehmer ordnungsgemäss ein Schlusszeugnis erhält, so ergeben sich jährlich weitere 420 000 Zeugnisse. Insgesamt dürften in der Schweiz somit über eine Million Arbeitszeugnisse pro Jahr ausgestellt werden.

5.2 Dem Arbeitnehmer steht ein Zeugnisberichtigungsanspruch zu, den er notfalls auf dem Klageweg durchsetzen kann.[6] Arbeitsrechtliche Streitigkeiten betreffen deshalb in der Schweiz sehr häufig direkt oder indirekt Arbeitszeugnisse. Auch wenn ein grosser Teil dieser Klagen vergleichsweise erledigt wird, ist der damit verbundene Aufwand für die Schlichtungsstellen und Gerichte dennoch sehr hoch.[7]

II. Zeugnisarten und Referenzen

1. Überblick

5.3 Art. 330a OR verpflichtet den Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer jederzeit auf Verlangen ein Zeugnis auszustellen, d.h. sowohl während dem Arbeitsverhältnis als auch nach dessen Beendigung.[8] Der Arbeitnehmer kann das Zeugnis somit jederzeit verlangen, und zwar während des Arbeitsverhältnisses als Zwischen- und bei

1 Vgl. dazu die Übersicht bei Müller/Thalmann, 7.
2 So ausdrücklich in BGE 136 III 510 E. 4.1.
3 Massgebend BGE 101 II 69 bzw. der Fall eines Bankinstitutes, das seinem Arbeitnehmer trotz Unterschlagung vorbehaltlos ein gutes Arbeitszeugnis ausstellte und deshalb in der Folge zu CHF 150 000 Schadenersatz an den neuen Arbeitgeber verurteilt wurde, bei dem der Arbeitnehmer eine noch grössere Unterschlagung beging (vgl. dazu ausführlich hinten V.).
4 Vgl. Geiser/Müller, Wirtschaftsstandort Schweiz, 344, mit dem Hinweis, dass durch die Wahrheitspflicht die Qualitätsbeurteilung der Arbeitnehmer wesentlich vereinfacht werde.
5 Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 26.5.2011.
6 Vgl. BGE 129 III 177 E. 3.3. Darauf wird hinten unter VII. noch ausführlich eingegangen.
7 Es ist davon auszugehen, dass über 30 % aller arbeitsrechtlichen Streitigkeiten direkt oder indirekt das Arbeitszeugnis betreffen (vgl. dazu ausführlich Müller/Thalmann, 2 f.).
8 Art. 330a OR übernimmt grundsätzlich den Art. 342 aOR mit den beiden Unterschieden, dass im Vergleich zum früheren Recht ein Zeugnis jederzeit verlangt werden kann und dass dabei in erster Linie ein Vollzeugnis auszustellen ist (BBl 1967 355).

Beendigung oder später als Schlusszeugnis.[9] Zudem ist der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer angehalten, mit dessen Einverständnis, Referenzen zu erteilen.[10]

5.4 Der Arbeitnehmer hat die Wahl zwischen einem qualifizierten Zeugnis (in der Form eines Zwischen- oder Schlusszeugnisses) oder einem einfachen Zeugnis (sog. Arbeitsbestätigung).[11] Mit der Wahl geht das Wahlrecht aber nicht unter;[12] der Arbeitnehmer kann verlangen, dass ihm zusätzlich zu einer bereits ausgestellten Arbeitsbestätigung noch ein Vollzeugnis ausgestellt wird. Zudem kann er nach Ausstellung eines Vollzeugnisses noch zusätzlich eine Arbeitsbestätigung verlangen.[13]

5.5 Verliert der Arbeitnehmer das Arbeitszeugnis, so muss ihm der Arbeitgeber auf Verlangen ein Duplikat, oder wenn der Arbeitgeber keine Abschrift mehr hat, ein ähnlich lautendes Zeugnis ausstellen.[14] Dieser Anspruch besteht gemäss Art. 127 OR während 10 Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

5.6 Im öffentlich-rechtlichen Bereich gelten meist besondere Vorschriften im Zusammenhang mit dem Arbeitszeugnis.[15] Doch auch hier wird zwischen einem Vollzeugnis bzw. qualifiziertem Zeugnis und einer Arbeitsbestätigung unterschieden. Ein erster Unterschied besteht jedoch beim Zwischenzeugnis. In mehreren kantonalen Personalgesetzen wird den Arbeitnehmern ein Anspruch auf regelmässige Beurteilung von Leistung und Verhalten zugestanden.[16] Dies führt indirekt zur unaufgeforderten Ausstellung von periodischen Zwischenzeugnissen. Grundsätzlich können aber die Grundsätze der Zeugniserstellung aus dem privat-rechtlichen Bereich analog angewendet werden.[17] Ein zweiter wesentlicher Unterschied besteht bei der Haftung für den Inhalt des Arbeitszeugnisses. Im öffentlich-rechtlichen Bereich wird i.d.R. die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz beschränkt, während im privat-rechtlichen Bereich auch leichte Fahrlässigkeit zu einer Haftung des Arbeitgebers führen kann.[18]

---

9 Aubert, N 6 zu Art. 330a OR; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 5 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR; Bühler, 27; Daraus wird auch ersichtlich, dass der Zeugnisanspruch zu den nachwirkenden Fürsorgepflichten des Arbeitgebers zählt (• (Zitierweise gemäss allg. Lit.verz. bitte überall anpassen) Rehbinder/Stöckli, N 1 zu Art. 330a OR; Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm, N 1.1 zu Art. 330a OR; BGE 129 III 177 E. 3.2 m.w.H.).

10 Müller/Thalmann, 13.

11 Koller, ZBJV 2004, 526 mit Verweis auf BGE 129 III 177; •Rehbinder/Stöckli, N 4 zu Art. 330a OR.

12 Es handelt sich somit nicht um eine Wahlobligation im Sinne von Art. 72 OR (BGE 129 III 177 E. 3.2; Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR; •Rehbinder/Stöckli, N 4 zu Art. 330a OR.); Favre/Munoz/Tobler, N 2.1 zu Art. 330a OR.

13 •Rehbinder/Stöckli, N 4 zu Art. 330a OR.

14 Riesselmann-Saxer, 54; Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 22 zu Art. 330a OR.

15 Ein Überblick findet sich bei Collé/Meyer, 16 ff.

16 Z.B. Art. 46 Abs. 1 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz) des Kantons Zürich vom 27.9.1998 (Ordnungsnummer 177.10).

17 Vgl. dazu das Fallbeispiel bei Müller/von Graffenried, 167 f.

18 Zur Haftung für Arbeitszeugnisse vgl. nachstehend V.

2. Qualifiziertes Zeugnis

a) Schlusszeugnis

5.7 Das qualifizierte Zeugnis (auch Vollzeugnis genannt)[19] wird bei oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellt und enthält neben Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses auch solche über Tätigkeiten, Leistungen und Verhalten des Arbeitnehmers (Art. 330a Abs. 1 OR).

5.8 Wird das Arbeitsverhältnis noch während der Probezeit aufgelöst, so hat der Arbeitnehmer ebenfalls Anspruch auf ein qualifiziertes Zeugnis. Aufgrund der relativ kurzen Beschäftigungszeit kann der Arbeitgeber aber nur das ihm in dieser Zeit zur Kenntnis Gelangte beurteilen. Im Zeugnis sollte deshalb ausdrücklich erwähnt werden, dass die Angaben nur auf einer sehr kurzen Beurteilungszeit basieren und die Probezeit im Zeitpunkt der Zeugnisausstellung noch nicht beendet ist.[20]

5.9 Verlangt ein Arbeitnehmer einfach nur ein Zeugnis ohne weitere Präzisierung, so ist ein qualifiziertes Zeugnis auszustellen.[21] Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber nicht verlangen, dass sich das Vollzeugnis auf gewisse Angaben beschränkt und z.B. keine Aussagen über das Verhalten des Arbeitnehmers macht, da eine solche Beschränkung irreführend sein könnte. Der Arbeitnehmer kann aber die Ausstellung einer blossen Arbeitsbestätigung verlangen, welche sich nicht über seine Leistung und sein Verhalten äussert.

5.10 Verlangt ein Arbeitnehmer nur die Ausstellung einer Arbeitsbestätigung, so geht dadurch sein Anspruch auf ein qualifiziertes Zeugnis nicht unter. Vielmehr hat er grundsätzlich das Recht, bis zur Verjährung seines Anspruchs[22] jederzeit seine Forderung geltend zu machen, ohne dass er sich dabei den Vorwurf eines Rechtsmissbrauchs gefallen lassen müsste.[23] Sind die Leistungen oder das Verhalten eines Arbeitnehmers ungenügend, so stellt der Arbeitgeber deshalb mit Vorteil sowohl eine blosse Arbeitsbestätigung als auch ein Vollzeugnis mit den negativen Angaben aus.

5.11 Wird ein Arbeitnehmer bei der Kündigung für die gesamte Dauer der Kündigungsfrist freigestellt oder wird einem kranken Arbeitnehmer gekündigt, ohne dass Aussicht auf Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit vor dem Ende der Kündigungsfrist besteht, so stellt sich die Frage, ob noch ein Zwischenzeugnis oder bereits ein Schlusszeugnis ausgestellt werden soll. In der Praxis wird leider durch einzelne Arbeitgeber gelegentlich sogar eine Vordatierung vorgenommen, obwohl dies klar eine unzulässige Falschangabe im Arbeitszeugnis darstellt.[24] Korrekt ist letztlich

19 Vgl. BGE 136 III 510 E. 4.1.
20 Müller/Thalmann, 11.
21 BBl 1967 355; Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR; Rehbinder, Arbeitsrecht 2002, Rz 261.
22 Zur Verjährung ausführlich nachstehend VI.2.
23 Das gilt zumindest dann, wenn der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht die Vernichtung der Daten gefordert hat und keine Unmöglichkeit vorliegt; vgl. dazu nachstehend VI.2. Ebenso Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR; •Rehbinder/Stöckli, N 12 zu Art. 330a OR.
24 Dazu nachstehend ausführlich III.3.

nur die Ausstellung eines Zwischenzeugnisses. Erst bei oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann ein Schlusszeugnis ausgestellt und entsprechend datiert werden.[25]

b) Zwischenzeugnis

5.12 Das Zwischenzeugnis ist ebenfalls ein qualifiziertes Zeugnis, welches aber unabhängig von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellt wird. Verschiedene Autoren fordern als Voraussetzung für ein solches Zeugnis ein sachlich begründetes Interesse des Arbeitnehmers, welches glaubhaft gemacht werden müsse.[26] Ein solches Interesse sei insbesondere dann zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer einen Stellenwechsel ins Auge fasse oder wenn personelle Änderungen bevorstehen (Chefwechsel) und der Arbeitnehmer mit einer Kündigung durch den Arbeitgeber rechne.[27] Ein blosses Interesse des Arbeitnehmers an einer Qualifikation durch den Arbeitgeber hingegen genüge nicht, da diesem Bedürfnis auch mündlich entsprochen werden könne.[28] Tatsächlich ist dem Gesetzestext kein Hinweis zu entnehmen, dass der Zeugnisanspruch von der Geltendmachung eines glaubhaften Interesses abhängig sei. Da immer die Möglichkeit besteht, dass der direkte Vorgesetzte wechselt (z.B. unfallbedingt), ist auch immer ein Rechtsinteresse an einem Zwischenzeugnis gegeben. Lediglich der Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB setzt dem Zeugnisanspruch eine Grenze. So wäre es beispielsweise rechtsmissbräuchlich, wenn ein Arbeitnehmer ohne besonderen Grund mehr als ein Zwischenzeugnis pro Jahr verlangen würde.[29]

5.13 Das Zwischenzeugnis beurteilt nur die Zeitperiode zwischen der erstmaligen Anstellung des Arbeitnehmers bzw. Ausstellung eines früheren Zwischenzeugnisses und dem Zeitpunkt, in welchem das neue Zwischenzeugnis erstellt wird. Abschliessende Beurteilungen können und müssen in einem Zwischenzeugnis nicht abgegeben werden. Ohne besondere Einschränkung ersetzt ein Zwischenzeugnis stets das vorangegangene.

5.14 Ein Zwischenzeugnis kann den Arbeitnehmer in die Lage versetzen, Meinungsverschiedenheiten über ein Schlusszeugnis zu vermeiden, da er die Entwicklung der dafür relevanten Fakten und Kriterien nachzuvollziehen vermag. Der Arbeitgeber wird aber für Tatsachen, welche zu einem schlechteren Schlusszeugnis des Arbeitnehmers führen, beweispflichtig.[30]

25 Müller/Thalmann, 10.

26 Collé/Meyer, 34; Duc/Subilia, N 2 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR; Riesselmann-Saxer, 55; Tschumi, 15.

27 Carruzzo, N 2 zu Art. 330a OR; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 5 zu Art. 330a OR.

28 Riesselmann-Saxer, 55.

29 Ebenso wohl auch Carruzzo, N 2 zu Art. 330a OR, der lediglich fordert, dass das Einfordern eines Zwischenzeugnisses von Seiten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber nicht in schikanöser Weise geschehen darf.

30 Müller/Thalmann, 9.

3. Einfaches Zeugnis

5.15 Zuweilen wünscht der Arbeitnehmer, dass die Arbeitgeberin keine Beurteilung der geleisteten Arbeit oder des Verhaltens im Betrieb vornimmt und lediglich ein einfaches Zeugnis bzw. eine Arbeitsbestätigung ausstellt.[31] Dies ist zweckmässig bei Bestätigungen zu Handen von Behörden oder Vermietern, oder wenn dem Arbeitnehmer bewusst ist, dass das Zeugnis eine berechtigte negative Beurteilung enthalten würde.[32] Art. 330a Abs. 2 OR ermächtigt den Arbeitnehmer deshalb ausdrücklich, eine Arbeitsbestätigung, auch einfaches Zeugnis genannt, vom Arbeitgeber zu verlangen, welche lediglich die Art der ausgeübten Tätigkeit und die Dauer des Arbeitsverhältnisses erwähnt.[33] Eine solche Arbeitsbestätigung hat der Arbeitgeber aber nur auszustellen, wenn dies der Arbeitnehmer ausdrücklich verlangt.[34] Im Lehrverhältnis hingegen ist der Arbeitgeber grundsätzlich nur verpflichtet eine Arbeitsbestätigung auszustellen, wenn nicht ausdrücklich ein Vollzeugnis verlangt wird (Art. 346a OR).[35]

5.16 Sofern ein Arbeitnehmer nur eine Arbeitsbestätigung verlangt, muss er beachten, dass eine blosse Arbeitsbestätigung von Arbeitgebern in der Regel so verstanden werden, dass der Aussteller hinsichtlich der Leistung und/oder des Verhaltens des sich Bewerbenden unzufrieden war.[36] Der Arbeitgeber hat dann jedoch auch kein Recht, einem Dritten über Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers im Rahmen von Referenzauskünften Informationen zukommen zu lassen.[37]

5.17 Wird ein Arbeitnehmer arbeitslos und kann er dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) lediglich eine Arbeitsbestätigung vorweisen, so wird das RAV beim Arbeitgeber nachfragen, ob das Arbeitsverhältnis allenfalls wegen einem Verschulden des Arbeitnehmers gekündigt wurde. Diese Nachfrage ist notwendig im Hinblick auf Art. 30 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes[38], wonach ein Arbeitnehmer bei selbst verschuldeter Arbeitslosigkeit bis zu 60 Tagen in seinem Anspruch auf Taggelder eingestellt werden kann. Dies ist ein weiterer Grund, warum ein Arbeitgeber zusätzlich zur Arbeitsbestätigung ein Vollzeugnis ausstellen sollte.

4. Lehrzeugnis

5.18 Die lernende Person hat gemäss Art. 346a Abs. 1 OR nach Beendigung der Lehre Anspruch auf ein Lehrzeugnis, welches nur Angaben über den erlernten Beruf und

31 Duc/Subilia, N 5 zu Art. 330a OR
32 Koller, ZBJV 2004, 527.
33 Vischer, Arbeitsvertrag, 297; • Rehbinder/Stöckli, N 4 zu Art. 330a OR; Bühler, 42.
34 Geiser/Müller, Arbeitsrecht,, Rz 695; Wyler, 365; Streiff/von Kaenel, N 4 zu Art. 330a OR.
35 • Rehbinder/Stöckli halten das für ein gesetzgeberisches Versehen, da keine Gründe für die unterschiedliche Regelung angegeben worden sind (N 3 zu Art. 330a OR mit Hinweis auf BBl 1967 409); Vischer, Arbeitsvertrag, 297.
36 Streiff/von Kaenel, N 4 zu Art. 330a OR.
37 Vischer, Arbeitsvertrag, 178.
38 AVIG, SR 837.0.

die Dauer der Lehrzeit enthält. Auf Verlangen des Betroffenen oder seines gesetzlichen Vertreters kann das Lehrzeugnis zusätzlich auch Bemerkungen zu Fähigkeiten, Leistungen und Verhalten umfassen (Art. 346a Abs. 2 OR). Damit ist die Zeugnissituation beim Lehrverhältnis genau umgekehrt zum gewöhnlichen Arbeitsverhältnis und damit auch zur blossen Anlehre, wo nur auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers eine einfache Arbeitsbestätigung ausgestellt wird.

Besteht die lernende Person die Abschlussprüfung nicht, so soll das Zeugnis dies nicht direkt erwähnen, darf aber auch nicht den wahrheitswidrigen Eindruck erwecken, die Prüfung sei erfolgreich absolviert worden.[39] **5.19**

5. Referenz des Arbeitgebers

Häufig begnügen sich künftige Arbeitgeber nicht mit den vorgelegten Arbeitszeugnissen und stellen beim Zeugnisaussteller Rückfragen.[40] Obwohl dem Arbeitsrecht keine Vorschriften zu entnehmen sind, die sich mit der Frage der Referenzerteilung befassen, ist der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht trotzdem verpflichtet, Referenzen zu erteilen, soweit dies für ihn ohne besondere Schwierigkeiten möglich ist und der Arbeitnehmer daran ein erkennbares Interesse hat.[41] Ohne Einverständnis des Arbeitnehmers dürfen solche Referenzen aber nicht erteilt werden.[42] Art. 12 Abs. 2 lit. b und c des Datenschutzgesetzes (DSG) schützen den Arbeitnehmer während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen die Erteilung von Referenzen, in die er nicht eingewilligt hat. Benennt ein Arbeitnehmer jedoch eine Referenzperson, ist daraus zu schliessen, dass diese auch zur Auskunft über die Leistungen und das Verhalten des Arbeitnehmers ermächtigt ist.[43] Umgekehrt darf ein Arbeitgeber keine Auskünfte über Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers abgeben, wenn dieser lediglich eine Arbeitsbestätigung verlangt hat.[44] **5.20**

Wird eine Referenz erteilt, so hat der Arbeitnehmer ein Recht auf schriftliche Auskunft durch den Dritten über deren Inhalt (Art. 8 DSG).[45] Ein solches Auskunftsrecht besteht auch gegenüber dem Auskunft erteilenden Arbeitgeber. Referenzen sind wahrheitsgetreu abzugeben und dürfen dem schriftlichen Arbeitszeugnis nicht widersprechen.[46] Letztlich kann eine Referenz deshalb auch als mündliches Ar- **5.21**

39 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 14 zu Art. 330a OR.

40 Müller/Thalmann, 13 f.; vgl. dazu ausführlich Rudolph, 142 ff.; Streiff/von Kaenel, N 7 zu Art. 330a OR.

41 Middendorf, 142; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 26 zu Art. 330a OR; Brunner/Waeber/Bruchez/Bühler, N 6 zu Art. 330a OR; Unter Umständen kann sich für den neuen Arbeitgeber gar eine Pflicht zur Referenzeinholung ergeben, etwa bei Banken auf Grund von Art. 3 BankG.

42 Carruzzo, N 13 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 8 zu Art. 330a OR; Rehbinder, Arbeitsrecht 2002, Rz 237; Rudolph, 147; Portmann/Stöckli, Rz 549; a.M.: Brühwiler, N 6 zu Art. 330a OR.

43 Portmann/Stöckli, Rz 548; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 28 zu Art. 330a OR.

44 Vischer, Arbeitsvertrag,178.

45 Streiff/von Kaenel, N 8 zu Art. 330a OR.

46 Geiser/Müller, Arbeitsrecht, Rz 698; Carruzzo, N 13 zu Art. 330a OR; Staehelin,

beitszeugnis qualifiziert werden. Sofern Referenzen unwahre Tatsachen und Werturteile enthalten, steht dem Arbeitnehmer ein gerichtlich durchsetzbarer Berichtigungs-, Schadenersatz und Genugtuungsanspruch zu.[47] Eine zurückhaltende Praxis bei der Referenzerteilung ist deshalb empfehlenswert. Umgekehrt sollte für die Besetzung von anspruchsvollen oder vertrauensnotwendigen Stellen unbedingt auf der Einholung von Referenzen beim früheren Arbeitgeber bestanden werden.[48] Befindet sich der Arbeitnehmer noch im ungekündigten Verhältnis, sollte von ihm die Zustimmung verlangt werden, dass eine nachträgliche Referenz in der Probezeit eingeholt werden darf.[49]

III. Formelle Anforderungen an Arbeitszeugnisse

1. Schriftform

5.22 Das Arbeitszeugnis muss schriftlich ausgestellt werden und seine Herkunft muss deutlich erkennbar sein (z.B. durch Firmenpapier oder Firmenstempel).[50] Es ist zu datieren und rechtsgültig zu unterzeichnen.[51] Das Gesetz fordert nicht, dass das Arbeitszeugnis auch als solches zu betiteln ist.[52] Es muss sich aber zumindest aus dem Inhalt ergeben, dass dem Schriftstück die Funktion eines Zeugnisses zukommt. Ob die Form eines Briefes oder einer Bestätigung gewählt wird, ist dabei unerheblich. Das Arbeitszeugnis muss in seinem äusseren Erscheinungsbild den üblichen Anforderungen im Geschäftsverkehr entsprechen, d.h. es ist grundsätzlich auf das im Geschäftsbereich des Arbeitgebers übliche Mass an Sorgfalt abzustellen.[53] Schreib- und Stilfehler muss sich der Arbeitnehmer nicht gefallen lassen, werfen diese doch nicht nur auf den Arbeitgeber, sondern mittelbar auch auf den Arbeitnehmer ein schlechtes Licht.[54] Auch Streichungen sind nicht zulässig, können diese doch den Anschein erwecken, der Arbeitnehmer habe sein Zeugnis nachträglich «berichtigt».[55] Ein eigentliches Berichtigungsrecht steht dem Arbeitnehmer folglich dann zu, wenn Korrekturen, Streichungen oder Radierungen zu falscher Auslegung und Interpretationen Anlass geben könnten.[56]

Zürcher Kommentar 2006, N 27 zu Art. 330a OR; Aubert, N 7 zu Art. 330a OR; Schwarb, 8.

47 Streiff/von Kaenel, N 8 zu Art. 330a OR; Geiser/Müller, Arbeitsrecht, Rz 699.

48 Vgl. dazu die Checkliste hinten unter VIII.3.; ein Beispiel für die Dokumentation einer Referenzeinholung findet sich bei Häusermann, 18 f.

49 Müller/Thalmann, 14.

50 Carruzzo, N 5 zu Art. 330a OR; •Rehbinder/Stöckli, N 12 zu Art. 330a OR.

51 Wyler, 369.

52 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 9 zu Art. 330a OR; a.M. •Rehbinder/Stöckli, die fordern, dass als Überschrift oder im Brieftext das Wort «Zeugnis» oder «Arbeitszeugnis» hervorgehoben werden muss (N 12 zu Art. 330a OR); ARV 7, 1959, Nr. 32; Faesch, 54.

53 Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR.

54 Rehbinder, Arbeitsrecht 2002, Rz 262; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 8 zu Art. 330a OR.

55 Faesch, 53; •Rehbinder/Stöckli, N 12 zu Art. 330a OR.

56 Müller/Thalmann, 15.

2. Sprache

5.23 Sowohl das qualifizierte als auch das einfache Arbeitszeugnis sind in derjenigen Sprache abzufassen, die vorwiegend in der Region, in welcher die Arbeitsleistung erbracht wurde, verwendet wird.[57] Will der Arbeitnehmer in einem solchen Fall dennoch ein Zeugnis in einer anderen Sprache, so muss er sich das Arbeitszeugnis auf eigene Kosten übersetzen lassen.[58] Gilt in einer Branche jedoch eine Sprache als spezifische Berufssprache[59] und weicht diese von der Sprache am Arbeitsort ab, so besteht ein Anspruch auf die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses in beiden Sprachen.[60] Wird die Arbeitsleistung im Ausland erbracht, ist diejenige Sprache zu wählen, die für den Arbeitnehmer und dessen berufliches Fortkommen als am geeignetsten erscheint.

5.24 Zu berücksichtigen ist ferner, dass sich eine eigenständige Zeugnissprache entwickelt hat.[61] Für den unbefangenen Leser eher positive Formulierungen haben nach dieser Zeugnissprache für den eingeweihten Leser oft eine negative Bedeutung. Die Verwendung dieser Zeugnissprache ist problematisch, da sie oft dem Grundsatz der Klarheit des Zeugnisses widerspricht.[62] Leider ist die Zeugnissprache nicht nur für den Arbeitnehmer irreführend sondern auch für den unkundigen Arbeitgeber. Nicht zulässig ist die Verwendung von eigentlichen «Geheimcodes», auch wenn diese zwischenzeitlich zur Hauptsache durch entsprechende Publikationen bekannt sind. Eine eingehende Darstellung der gebräuchlichsten Formulierungen und ihrer Interpretationen findet sich hinten unter III.3.b.

3. Datum

5.25 Das Arbeitszeugnis ist zwingend mit einem Datum zu versehen.[63] Korrekt ist dabei ausschliesslich die Angabe jenes Datums, an dem das Zeugnis ausgestellt bzw. unterzeichnet wurde. Ein Vor- oder Rückdatierung ist unzulässig.[64] Insbesondere sollte nicht unmittelbar nach einer ordentlichen Kündigung bereits ein Zeugnis mit dem Datum des Vertragsendes ausgestellt werden. Im Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung ist überhaupt noch nicht klar, wie sich der Arbeitnehmer während der restlichen Dauer des Arbeitsvertrages verhalten wird. Lediglich bei der fristlosen

57 Carruzzo, N 5 zu Art. 330a OR; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 9 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR; Collé/Meyer, 32; Müller/Thalmann, 16.

58 • Rehbinder/Stöckli, N 13 zu Art. 330a OR.

59 Bspw. Englisch für Berufspiloten.

60 BGer in JAR 2008, 264 ff; Duc/Subilia, N 3 zu Art. 330a OR.

61 • Rehbinder/Stöckli, N 13 zu Art. 330a OR.

62 • Rehbinder/Stöckli, N 13 zu Art. 330a OR; Vischer, Arbeitsvertrag, 177; Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR.

63 Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR.

64 Wird die Vor- oder Rückdatierung bewusst vorgenommen, um den Arbeitnehmer besser zu stellen, kann dies allenfalls zu einer Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 StGB führen; dabei muss das Datum aber von besonderer Bedeutung sein und einen Erklärungswert haben.

Kündigung besteht diesbezüglich kein Zweifel mehr, da das Arbeitsverhältnis sofort endigt.

5.26 Eine Ausnahme vom Verbot der Rückdatierung kann sich durch gerichtliche Anordnung ergeben.[65] Wird ein Arbeitszeugnis gerichtlich angefochten, z.B. weil darin eine fristlose Kündigung erwähnt wird, und stellt das Gericht nachträglich fest, dass tatsächlich falsche oder unvollständige Angaben enthalten sind, so kann das Gericht eine konkrete Rückdatierung anordnen. Damit soll der Arbeitnehmer nicht schlechter gestellt werden, als wenn er von Anfang an ein korrektes Arbeitszeugnis erhalten hätte. In diesem Fall muss der Arbeitgeber die Rückdatierung ausnahmsweise auf gerichtliche Anordnung vornehmen.[66]

4. Unterschrift

5.27 Um der Schriftform zu genügen, muss das Arbeitszeugnis unterschrieben werden. Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine natürliche Person, hat diese selbst zu unterschreiben. Bei juristischen Personen muss die Unterzeichnung durch einen Vertretungsberechtigten erfolgen. Im Falle einer kollektiven Zeichnungsberechtigung muss das Zeugnis die erforderliche Anzahl Unterschriften tragen.[67] Die Vertreter müssen dem Arbeitnehmer hierarchisch und funktionell übergeordnet sein;[68] Gleichordnung oder gar Unterordnung genügt nicht.[69] In Grossbetrieben wird die Zeugniserstellung teilweise an eine zentrale Personalabteilung ausgegliedert; hier muss zumindest eine Unterschrift von einem direkten oder übergeordneten Linienvorgesetzten stammen.

5.28 Bei einem Übergang des Arbeitsverhältnisses durch Betriebsnachfolge geht die Pflicht zur Ausstellung des Arbeitszeugnisses auf den neuen Arbeitgeber über,[70] doch bleibt der alte Arbeitgeber gemäss Art. 333 Abs. 2 OR solidarisch für sämtliche Ansprüche des Arbeitnehmers haftbar. Der alte Arbeitgeber muss deshalb auf Verlangen des Arbeitnehmers für den Zeitraum bis zum Datum des eff. Betriebsübergangs noch ein Arbeitszeugnis ausstellen.[71] Lehnt der Arbeitnehmer den Betriebsübergang ab, sind bis zur Beendigung der gesetzlichen Kündigungsfrist sowohl der alte wie auch der neue Arbeitgeber zur Ausstellung des Arbeitszeugnisses verpflichtet.[72] Der neue Arbeitgeber hat sich über die für die Beurteilung relevanten Punkte beim früheren Arbeitgeber zu informieren.[73]

65 Vgl. das Urteil des Kantonsgerichts Zug ZGGVP 2002, 169; verzögert der Arbeitgeber die Ausstellung des Arbeitszeugnisses, muss es rückdatiert werden.
66 Müller/Thalmann, 16 f.
67 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 1 zu Art. 330a OR.
68 Collé/Meyer, 45; Wyler, 369; Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR; Rehbinder, Arbeitsrecht 2002, Rz 262; Favre/Munoz/Tobler, N 1.17 zu Art. 330a OR.
69 Die Zeugnisausstellung durch Untergeordnete wirkt kränkend (KGer NW in JAR 1998, 168 f.).
70 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 2 zu Art. 330a OR.
71 Ebenso Janssen, 48.
72 Janssen, 47.
73 Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR.

Bei Konkurs wird die Konkursverwaltung zur Ausstellung des Zeugnisses verpflichtet, wenn die Konkursmasse in den Arbeitsvertrag eintritt.[74] Anderenfalls bleibt die Verpflichtung beim konkursiten Arbeitgeber.[75] Der Arbeitnehmer hat aber unabhängig davon auch einen Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses gegenüber dem früheren Arbeitgeber analog zu den vorstehenden Ausführungen beim Betriebsübergang. **5.29**

Sofern infolge Fusion, Betriebsübernahme oder dergleichen eine Namensänderung einer Gesellschaft als Arbeitgeberin stattgefunden hat, kann ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis noch vor der Namensänderung beendet wurde, nicht verlangen, dass ihm die Gesellschaft ein Arbeitszeugnis ausstellt und darin mit ihrem neuen Namen erscheint. Bei Tod des Arbeitgebers geht die Verpflichtung, dem Arbeitnehmer auf Verlangen ein Arbeitszeugnis auszustellen, auf die Erben über.[76] Diese haben sich die hierfür notwendigen Informationen allenfalls bei Dritten zu beschaffen.[77] Verlangte der Arbeitnehmer jedoch gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSG, dass seine Personalakten zu vernichten seien, so entfällt nach Treu und Glauben auch die Nachforschungspflicht.[78] **5.30**

In einem Leiharbeitsverhältnis bleibt die Pflicht zur Ausstellung des Arbeitszeugnisses beim eigentlichen Arbeitgeber (Verleiher).[79] Dieser muss sich daher beim Einsatzbetrieb über die Leistung des Arbeitnehmers informieren, um seiner Pflicht nachkommen zu können.[80] **5.31**

IV. Materielle Anforderungen an Arbeitszeugnisse

1. Mindestangaben

a) Personalien des Arbeitnehmers

Zunächst hat das Arbeitszeugnis, neben dem Arbeitgeber und der unmissverständlichen Kennzeichnung als Arbeitszeugnis, jene Personalien und Angaben des Arbeitnehmers zu enthalten, welche eine klare und zweifelsfreie Identifizierung ermöglichen.[81] Diese Angaben umfassen: **5.32**

- Name und Vorname des Arbeitnehmers
- allfällige akademische Titel
- Geburtsdatum

74 Zu diesem Problembereich ausführlicher hinten VI.4.
75 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 2 zu Art. 330a OR; Geiser/Müller, Arbeitsrecht, Rz 523c.
76 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 2 zu Art. 330a OR.
77 Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR.
78 Vgl. dazu auch VI.2.; Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR.
79 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 3 zu Art. 330a OR.
80 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 3 zu Art. 330a OR.
81 Vgl. dazu auch Bernold, 52; Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR.

- Bürgerort oder Staatsangehörigkeit
- ev. Anschrift.

5.33 Die Anschrift bzw. die Adresse sollte nur auf Wunsch des Arbeitnehmers angegeben werden. Tatsächlich handelt es sich dabei um eine Datenpreisgabe, die nicht erforderlich ist.[82] Es genügt, wenn der Arbeitnehmer durch die übrigen Angaben eindeutig identifizierbar ist. Die ungeschützte Preisgabe von persönlichen Daten des Arbeitnehmers ist im Hinblick auf das Datenschutzgesetz[83] problematisch. Nach Art. 12 Abs. 1 lit. c) DSG dürfen ohne Rechtfertigungsgrund besonders schützenswerte Personendaten Dritten nicht bekanntgegeben werden. Ein Verstoss kann auf Antrag gemäss Art. 35 mit Busse bestraft werden. Ob es sich bei der Anschrift oder der Wohnadresse um besonders schützenswerte Personendaten handelt, kann nur im Einzelfall bestimmt werden. Generell ist jeder Arbeitgeber gut beraten, wenn er sich bei der Ausstellung des Arbeitszeugnisses die Grundsätze des Datenschutzrechts vor Augen hält.[84]

b) Beschreibung der Tätigkeit

5.34 Ferner hat das Arbeitszeugnis, ohne anderslautende Wünsche des Arbeitnehmers, zwingend folgenden Inhalt aufweisen:[85]

- genaue und ausführliche Beschreibung der ausgeübten Tätigkeit
- Bezeichnung der im Betrieb getätigten Funktion bzw. Berufsbezeichnung
- evtl. Grad der Zeichnungsberechtigung
- allfällige Übertragung von Sonderaufgaben
- allfällige Beförderungen während der Vertragsdauer.

Diese Angaben ergeben sich – sofern vorhanden – aus dem Stellenbeschrieb, dem Funktionsdiagramm und Pflichtenheft. Die Art der Beschäftigung ist genau und spezifiziert und nicht bloss durch Erwähnung einer allgemeinen Berufskategorie wiederzugeben.

c) Vertragsdauer

5.35 Wichtig für eine vollständige Beurteilung ist selbstverständlich die Dauer des Arbeitsverhältnisses. Im Arbeitszeugnis sind deshalb sowohl das Datum als auch das (rechtliche) Ende des Vertragsverhältnisses konkret anzugeben.[86] Das gilt auch im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung, bei der nicht der hypothetische ordentliche Kündigungstermin anzugeben ist.[87] Auf richterliche Anordnung hin

82 A.M. Häusermann, 29, welcher bei einem Zwischenzeugnis das Anbringen der aktuellen Adresse für ein vollständiges und korrektes Zeugnis auflistet.
83 DSG SR 235.1.
84 Dazu ausführlich hinten Teil V. 3.
85 Vgl. auch Portmann, N 4 zu Art. 330a OR.
86 Faesch, 62; Favre/Munoz/Tobler, N 1.8 zu Art. 330a OR; Carruzzo, N 6 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 5 zu Art. 330a OR; Brunner/Waeber/Bruchez/Bühler, N 3 zu Art. 330a OR; Rehbinder, Arbeitsrecht 2002, Rz 261.
87 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 13 zu Art. 330a OR; a.M. •Rehbinder/Stöckli, N 5 zu Art. 330a OR; ZR 2002 Nr. 70; ZR 2001 Nr. 77.

muss dann allenfalls zusätzlich angegeben werden, dass die ausserordentliche Kündigung ohne wichtigen Grund erfolgte.

5.36 War der Arbeitnehmer während längerer Zeit an der Arbeitsleistung verhindert, muss diese ausserordentliche Absenz im Arbeitszeugnis erwähnt werden, da die blosse Wiedergabe der rechtlichen Vertragsdauer sonst den Leser des Zeugnisses zu falschen Schlüssen führen würde.[88] Tatsächlich konnte der Arbeitnehmer während seiner Abwesenheit vom Arbeitgeber gar nicht beurteilt werden. Wie lange die Abwesenheit im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer sein muss, um im Arbeitszeugnis Erwähnung zu finden, kann nur auf Grund der Umstände im Einzelfall bestimmt werden.[89] Eine Faustformel, wonach nur Unterbrechungen von mehr als der Hälfte der Dauer des Arbeitsverhältnisses zu erwähnen seien, ist jedenfalls abzulehnen.[90]

d) Arbeitsort

5.37 Genauso wie die Dauer des Vertragsverhältnisses ist auch der Ort der Tätigkeit zur Einschätzung der gemachten Erfahrung wichtig.[91] Daraus lassen sich Rückschlüsse auf die Sprachgewandtheit und die kulturellen Kenntnisse des Arbeitnehmers ableiten.

5.38 In Konzerngesellschaften kann es geschehen, dass ein Arbeitnehmer mit der Holdinggesellschaft einen Arbeitsvertrag abschliesst und sich darin verpflichtet, in einer anderen Konzerngesellschaft tätig zu werden. Solche Verhältnisse müssen aus dem Arbeitszeugnis klar hervorgehen. Folglich ist die Holdinggesellschaft im Arbeitszeugnis als Arbeitgeberin zu nennen, wobei unter der Beschreibung der vom Arbeitnehmer ausgeführten Tätigkeiten klar aufzuführen ist, für welche Tochtergesellschaft der Arbeitnehmer in welcher Funktion tätig war.

e) Leistung und Verhalten

5.39 Damit ein Arbeitszeugnis dem Gebot der Vollständigkeit entspricht, müssen alle wesentlichen Tatsachen und Bewertungen von Leistungen und Verhalten, die für das Gesamtbild des Arbeitnehmers von Bedeutung sind, berücksichtigt werden.[92] Unter dem Leistungsbegriff versteht man das berufliche Können des Arbeitnehmers, sowohl die erbrachte Arbeitsleistung in quantitativer und qualitativer Hinsicht als auch die Arbeitsbereitschaft.[93] Zudem sollten die mitgebrachten und während der Dauer des Arbeitsverhältnisses erworbenen Fachkenntnisse aufgeführt werden. Auf die Qualifikation der Arbeitsqualität und der Einstellung des Arbeitnehmers zur Firma gilt es ein besonderes Augenmerk zu richten. Sie stellt den Kerngehalt des Arbeitszeugnisses dar und sollte deshalb ausführlich, klar und unmissverständlich formuliert werden.

88 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 13 zu Art. 330a OR.
89 BGE 136 III 510 E. 4.1.
90 Janssen, 125 f. FN 274.
91 Wyler, 369.
92 Kaufmann/Jorns, 37.
93 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 14 zu Art. 330a OR.

5.40 Zusätzlich sind Bemerkungen zur Leistungsbereitschaft, Belastbarkeit, Loyalität, Verantwortungsbereitschaft, Vertrauenswürdigkeit, Führungsqualität, Kreativität usw. zu machen. Dritten soll ermöglicht werden, sich aufgrund der Qualifizierung ein Bild über die Verwendungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers zu machen.[94] Die Angaben haben deshalb aussagekräftig zu sein, ohne eine überspitzte Anforderung an die Formulierung und Auswahl der Ausdrücke zu stellen. Der anzuwendende Beurteilungsmassstab bildet der branchenübliche Durchschnitt sowie die individuellen Fähigkeiten des Arbeitgebers, sich entsprechend auszudrücken.[95]

5.41 Zu bewerten ist ferner das dienstliche Verhalten des Arbeitnehmers, das es insbesondere im Hinblick auf das Verhalten gegenüber Vorgesetzten, Mitarbeitern, Unterstellten, Kunden, Lieferanten usw. zu würdigen gilt.[96] Weiter muss die Führung, eventuell auch das ausserdienstliche Verhalten des Arbeitnehmers, sofern sich dieses auf die Arbeitsleistung oder die Befähigung im positiven oder negativen Sinne auswirkt, qualifiziert werden. Wie bei der Beurteilung der Leistung ist auch hier ein branchenüblicher Massstab anzuwenden.[97] Einmalige Vorkommnisse dürfen nicht in ein Arbeitszeugnis aufgenommen werden, ausser wenn sie von besonderer Bedeutung und für das Arbeitsverhältnis charakteristisch sind.

5.42 Das Gebot der Vollständigkeit des Arbeitszeugnisses bewirkt, dass ein offensichtliches Fehlen von Aussagen über Leistung und Verhalten eines Arbeitnehmers als qualifiziertes Schweigen verstanden wird, d.h. der Zeugnisaussteller mit der vom Arbeitnehmer erbrachten Leistung und seinem Verhalten nicht zufrieden war.[98] Sofern ein Arbeitnehmer selbst kündigt, sollte er den Arbeitgeber darum ersuchen, dies im Arbeitszeugnis zu erwähnen.[99]

2. Zusatzangaben

a) Spezielle Einsätze und Funktionen

5.43 Zusätze oder ergänzende Dokumentationen des Arbeitszeugnisses können vom Arbeitnehmer gefordert werden, wenn dies branchenüblich ist und der Arbeitgeber diese Wünsche ohne nennenswerten zusätzlichen Aufwand erfüllen kann.[100]

5.44 Besonders zu erwähnen sind Auslandeinsätze, erfolgreiche Projektabschlüsse oder anspruchsvolle Stellvertretungen. Auch besondere Leistungen oder Erfindungen geben Anspruch auf zusätzliche Erwähnung.[101] Umgekehrt dürfen jedoch Stellver-

94 •Rehbinder/Stöckli, N 7 zu Art. 330a OR.
95 •Rehbinder/Stöckli, N 7 zu Art. 330a OR.
96 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 14 zu Art. 330a OR.
97 •Rehbinder/Stöckli, N 8 zu Art. 330a OR.
98 Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 14 zu Art. 330a OR.
99 Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR.
100 •Rehbinder/Stöckli, N 7 zu Art. 330a OR.
101 Gemäss ZR 1997 Nr. 77 Anspruch auf Auflistung der Projekte eines Innenausbauzeichners.

treterfunktion dann nicht erwähnt werden, wenn der Arbeitnehmer diese Funktion gar nie ausüben musst.

Die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet den Arbeitgeber nicht, den Arbeitnehmer auch mit der entsprechenden Berufsbezeichnung zu qualifizieren, wenn kein entsprechender Abschluss vorliegt. Konsequenterweise wurde einem Arbeitnehmer die Berufsbezeichnung «Kalibrierer» in einem Zeugnisberichtigungsprozess verweigert, weil keine entsprechende Ausbildung nachgewiesen werden konnte.[102] **5.45**

b) Angaben zur Vertragsbeendigung

Angaben zur Art der Vertragsauflösung führen häufig zu Streitigkeiten. Insbesondere bei einer fristlosen Kündigung möchte der Arbeitnehmer keine entsprechenden Hinweise. Umgekehrt kann aber auch das Weglassen von Bemerkungen zu diesem Punkt die Vermutung aufkommen lassen, der Arbeitsvertrag sei gegen den Willen des Arbeitnehmers aufgelöst worden. Sofern dies der Arbeitnehmer wünscht oder es für die Gesamtwürdigung des Arbeitsverhältnisses unerlässlich erscheint, muss der Arbeitgeber den Beendigungsgrund nennen.[103] **5.46**

Bei Bankangestellten besteht nach Auffassung der Aufsichtsbehörde eine Pflicht der Vorgesetzten zur Nachfrage, sofern kein Austrittsgrund im Arbeitszeugnis angegeben wird.[104] In folgenden Fällen ist eine Zusatzangabe über die Art der Vertragsauflösung nicht nur gerechtfertigt, sondern auch notwendig:[105] **5.47**

- Das Arbeitsverhältnis wurde durch die Arbeitgeberin wegen finanzieller Verfehlungen des Arbeitnehmers fristlos gekündigt.
- Das Arbeitsverhältnis musste seitens des Arbeitgebers gekündigt werden, weil der Arbeitnehmer auf Grund von gesundheitlichen Problemen nicht mehr in der Lage war, seine Funktion zu erfüllen.
- Das Arbeitsverhältnis musste seitens des Arbeitgebers wegen schwerwiegender Differenzen des Arbeitnehmers mit den Mitarbeitern gekündigt werden.
- Wir sahen uns gezwungen das Arbeitsverhältnis wegen mangelnder Teamfähigkeit des Arbeitnehmers aufzulösen.
- Vielfach werden die Angaben zur Art der Vertragsauflösung mit einer Qualifikation des Arbeitnehmers verbunden. Dies ist zulässig, sofern die entsprechenden Zusatzangaben wahrheitsgemäss sind. Dazu können folgende Beispiele angeführt werden:
- Das Arbeitsverhältnis wurde aufgelöst, weil die Leistungen des Arbeitnehmers unseren gesteigerten Anforderungen nicht mehr genügten.
- Der Austritt erfolgte im gegenseitigen Einverständnis.

102 Urteil des Bezirksgerichts Bülach FO040064/U vom 2.11.2005.

103 Es besteht ein Rechtsanspruch darauf (•Rehbinder/Stöckli, N 10 zu Art. 330a OR; AGer ZH in JAR 1988, 251; Bernold, 37 f.); Brunner/Waeber/Bruchez/Bühler, N 3 zu Art. 330a OR.

104 EBK-Jahresbericht 1996, 34.

105 Müller/Thalmann, 31.

- Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgte auf eigenen Wunsch des Arbeitnehmers.

5.48 Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Bestätigung dessen, was der Arbeitgeber in guten Treuen nicht oder noch nicht erklären kann.[106] Die Erklärung, der Arbeitnehmer verlasse das Unternehmen «frei von jeder Verpflichtung» sollte gänzlich vermieden werden und ist insbesondere dann zu verweigern, wenn entgegenstehende Vereinbarungen wie z.B. ein Konkurrenzverbot bestehen, da der Arbeitnehmer durch diese Erklärung von der entsprechenden Verpflichtung befreit wird.[107] Sofern das Verhalten Dritter für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses relevant war (z.B. Schwangerschaft der Frau), gehört dies nicht in das Arbeitszeugnis, kann aber mit Erlaubnis oder auf Wunsch des Arbeitnehmers berücksichtigt werden.[108]

3. Richtigkeit und Vollständigkeit

a) Wahrheit und Klarheit

5.49 Arbeitszeugnisse haben nicht nur vollständig,[109] sondern inhaltlich auch richtig zu sein.[110] Bei der Zeugnisausstellung kommt deshalb im schweizerischen Recht Wahrheit vor Wohlwollen.[111] Eine Möglichkeit, Negatives anzudeuten, ohne es beim Namen nennen zu müssen, ist etwas bewusst wegzulassen; betreffen die Auslassungen aber wesentliche Punkte, könnte das Wahrheitserfordernis nicht mehr erfüllt sein[112] Die dem Arbeitszeugnis zugrunde liegenden Tatsachen haben objektiv wahr zu sein, d.h. sie müssen überprüfbar und für Dritte feststellbar sein. Subjektive Werturteile sind zwar zulässig, haben aber auch jene Tatsachen wahr und richtig wiederzugeben, auf welchen sie gründen, damit die Beurteilung für Dritte nachvollziehbar ist. Die Hervorhebung bestimmter Tatsachen oder Vorkommnisse ist nur statthaft, sofern sie repräsentativen Charakter haben.[113] Grundsätzlich unstatthaft sind Geheimcodes, geheime Zeichen, besondere Kennzeichnung von Zeugnissen oder Floskeln, die dazu geeignet sind, verdeckte, nur Eingeweihten zugängliche Informationen, abzugeben.[114]

5.50 Innerhalb seines Ermessensspielraumes hat der Arbeitgeber das Arbeitszeugnis wohlwollend zu formulieren.[115] Das bedeutet entgegen einer weitverbreiteten Meinung aber nicht, dass der Arbeitnehmer stets Anspruch auf ein gutes Zeugnis hat.

106 Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR; Carruzzo, N 10 zu Art. 330a OR.
107 •Rehbinder/Stöckli, N 10 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR.
108 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 14 zu Art. 330a OR.
109 Vgl. BGE 129 III 177 E. 3.2, Urteil 4A_432/2009 vom 10.11.2009 E. 3.1 mit Hinweisen und ausführlich BGE 136 III 510 E. 4.1.
110 Favre/Munoz/Tobler, N 1.4 zu Art. 330a OR; Duc/Subilia, N 2 zu Art. 330a OR; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 10 zu Art. 330a OR.
111 Entsprechend die Gliederung bei Kaufmann/Jorns, 38.
112 Geiser/Müller, Arbeitsrecht,, Rz 697; Tschumi, 17; Schwarb, 7.
113 Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR.
114 •Rehbinder/Stöckli, N 13 zu Art. 330a OR; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 10 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR.
115 Kälin, SJZ 103 (2007), 114; Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR.

Dieses Wohlwollen findet seine Grenzen an der Wahrheitspflicht.[116] Ungünstige Beurteilungen dürfen nicht unterdrückt werden.[117] Negative Punkte sind, soweit sie für die Würdigung des Gesamtbildes des Arbeitnehmers von Relevanz sind, aufzuführen.[118] Anzugeben sind beispielsweise:[119]

- strafrechtliche Verfehlungen gegenüber dem Arbeitgeber
- Teamunfähigkeit und Streitsüchtigkeit
- Wiederholte Trunkenheit am Arbeitsplatz
- Wiederholte Belästigung von Mitarbeiter/-innen
- Wiederholte Weisungsmissachtung
- Grundsätzlich unzuverlässige Arbeitsweise

5.51 Dies gilt aber nicht für einzelne Vorfälle oder kleinere Verfehlungen, welche für die Beurteilung des Arbeitnehmers nicht repräsentativ sind.[120] Nicht in ein Arbeitszeugnis gehören somit Aussagen über:

- seltenes Zuspätkommen
- einmalige Differenzen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. zwischen Mitarbeitern untereinander
- einmaliger Einbruch der Arbeitsleistung und -moral

5.52 Ebenso wenig darf sich ein Arbeitgeber anmassen, auf familiäre, persönliche Probleme des Arbeitnehmers hinzuweisen oder medizinische Diagnosen zu stellen (z.B. Alkoholprobleme), sofern sich diese Sachverhalte nicht eindeutig nachweisen lassen und für das Arbeitsverhältnis nicht von grosser Bedeutung sind.[121] Unzulässig ist demnach klar das Äussern von reinen Verdachtsmomenten.[122]

5.53 Bei gravierenden medizinischen Problemen empfiehlt sich grundsätzlich der generelle Hinweis auf «gesundheitliche Probleme».[123] Dies trifft auf eine Krankheit zu, die einen erheblichen Einfluss auf Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers hatte oder die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgaben in Frage stellte und damit einen sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete.[124] Eine geheilte Krankheit, welche die Beurteilung der Leistung und des Verhaltens nicht beeinträchtigt, darf dagegen nicht erwähnt werden. Im Entscheid 4A_187/2010 wurde vom Bundesgericht folgende Passage in einem Arbeitszeugnis zu Recht für zulässig erachtet: «Wegen gesundheitlichen Problemen konnte A. seine Funk-

116 Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR.
117 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 10 zu Art. 330a OR; KG GR in JAR 2001, 229.
118 Tschumi, 17; Kälin, SJZ 103 (2007), 114.
119 Liste gemäss Müller/Thalmann, 33.
120 Brühwiler, N 3 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR.
121 Brunner/Waeber/Bruchez/Bühler, N 3 zu Art. 330a OR.
122 Brühwiler, N 3 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 10 zu Art. 330a OR.
123 Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR; Janssen, 126 f., AGer ZH in JAR 2004, 598.
124 Ebenso • Rehbinder/Stöckli, N 14 zu Art. 330a OR und Rickenbach, 47; AGer ZH in JAR 2004, 598 ff.

tion als Regionalsekretär seit dem 24. August 2007 nicht mehr wahrnehmen.» Eine Verletzung von Art. 330a OR lag damit in diesem Fall nicht vor.[125]

5.54 Musste vom Arbeitgeber eine Kündigung ausgesprochen werden, weil der Arbeitnehmer bedingt durch die Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit sehr häufig bzw. immer häufiger krank wurde, so muss dies im Arbeitszeugnis erwähnt werden. Als Beispiele können erwähnt werden: Mehl-Allergie bei einem Bäcker oder Pollenstaub-Allergie bei einem Gärtner. In solchen Fällen ist der Hinweis auf die gesundheitlichen Probleme für die Transparenz bzw. genügende Aussagekraft des Zeugnisses notwendig.[126]

5.55 Zu beachten ist weiter, dass nachgewiesenermassen zu gut lautende Beurteilungen, insbesondere wenn sie wider besseres Wissen erfolgten, Haftungsfolgen nach sich ziehen können. Bei Werturteilen hat der Arbeitgeber nach verkehrsüblichen Massstäben und nach pflichtgemässem Ermessen vorzugehen. Das Zeugnis darf nicht auf die Privatsphäre (Vorstrafen, Strafen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses) und die Ausübung persönlicher Freiheitsrechte (Gewerkschaftszugehörigkeit, politische und religiöse Gesinnung) Bezug nehmen, wenn nicht ein enger Zusammenhang zur Berufsausübung besteht.[127] Ausserdienstliches Verhalten darf lediglich dann erwähnt werden, wenn es «zufolge einer gesteigerten Treuepflicht zu Recht Gegenstand des Interesses des Arbeitgebers ist» (Tendenzbetrieb) und es sich auf das Arbeitsverhältnis ausgewirkt hat.[128] Die Umstände der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gehören nur in das Arbeitszeugnis, sofern deren Verschweigen irreführend ist. Auch über ungewisse zukünftige Tatsachen, wie die Bestätigung des «ordnungsgemässen Austritts» kann sich das Zeugnis nur aussprechen, wenn feststeht, dass das Arbeitsverhältnis auch wirklich ordentlich beendet worden ist.[129] Längere Absenzen, die im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer ins Gewicht fallen, sind im Zeugnis aufzuführen.[130]

5.56 Die Formulierung des Arbeitszeugnisses steht innerhalb des vorgegebenen Rahmens von Vollständigkeit und Richtigkeit grundsätzlich im Ermessen des Arbeitgebers.[131] Zeugnisse geben deshalb nicht nur Aufschluss über den Arbeitnehmer sondern auch über den Aussteller selbst. Ende der 60er Jahre versuchten einige wenige Arbeitgeber im Hinblick auf ihre Fürsorgepflicht auch jenen Arbeitnehmern ein anständiges Arbeitszeugnis auszustellen, die auf Grund ihrer geistigen oder körperlichen Konstitution nicht in der Lage waren genügende Leistungen zu erbringen. Diese Bemühungen führten beispielsweise zu folgender Formulierung: «Er bemühte sich stets, die ihm übertragenen Aufgaben zu erfüllen.» Leider wurden diese Formulierungen in den 70er Jahren jedoch in das Gegenteil verdreht und als Ge-

125 Vgl. den publizierten BGE 136 III 510, in welchem die massgebende Formulierung des Arbeitszeugnisses aber nicht mehr wiedergegeben wird.
126 Vgl. Wyss, NZZ vom 3.6.1998, 77.
127 Vgl. Art. 3 lit. c Ziff. 4, Art. 12 Abs. 2 lit. c und Art. 13 DSG; Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR; Brühwiler, N 3 zu Art. 330a OR.
128 Eidg. Personalrekurskommission in VPB 65.95 E. 3.
129 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 10 zu Art. 330a OR.
130 Müller/Thalmann, 34
131 Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 330a OR.

heimcodes ausgelegt. Personalchefs tauschten solche Formulierungen untereinander aus, um den Arbeitnehmern die wirkliche Qualifikation zu verheimlichen.[132] Im Hinblick auf das Verbot des Rechtsmissbrauchs in Art. 2 Abs. 2 ZGB sind solche Geheimcodes klar unzulässig.[133]

5.57 Wann eine Formulierung als Geheimcode gilt und wann nicht, ist nicht einfach festzustellen. Es gibt zwar zwischenzeitlich mehrere Publikationen, in denen angebliche Geheimcodes aufgelistet sind.[134] Doch kommen laufend neue Formulierungen dazu und verschiedene Geheimcodes haben sich sogar soweit durchgesetzt, dass sie von den Arbeitnehmern selbst gewünscht werden. Das wohl bekannteste Beispiel dafür ist die Formulierung: «Er erledigte alle ihm übertragenen Aufgaben zu unserer vollsten Zufriedenheit.» Dies entspricht einer sehr guten Qualifikation, ist aber klar ein nicht zulässiger Geheimcode. Wünscht jedoch ein Arbeitnehmer genau diese Qualifikation, sollte sie ihm nicht mit dem Argument verweigert werden, ein Glas könne nicht voller als voll sein. Vielmehr sollte statt dessen eine Umschreibung mit anderen Worten gewählt werden.

5.58 Leider werden gelegentlich Formulierungen in Arbeitszeugnissen gerichtlich nicht beanstandet, obwohl es sich dabei letztlich um unzulässige Geheimcodes handelt. Dies lässt sich mit einem Entscheid des Kantonsgerichts St.Gallen vom 23.5.2007[135] belegen. Dabei wurde eine Klage auf Abänderung des Auflösungsdatums in einem Arbeitszeugnis abgewiesen, weil die fristlose Kündigung gerechtfertigt war. Tatsächlich hatte der Arbeitnehmer während einer kurzen Anstellungsdauer von vier Monaten mehrere Mitarbeiterinnen trotz Gegenwehr wiederholt sexuell belästigt. In der Begründung wurde am Rande erwähnt, dass die Vorinstanz folgenden Passus im Zeugnis nicht beanstandet habe: «In der Zusammenarbeit mit den Mitarbeiterinnen fand er zum Teil nicht immer die nötige Distanz.» Mangels Berufung konnte das Kantonsgericht jedoch nicht auf diesen offensichtlichen Geheimcode eingehen. Der konkrete und ausdrückliche Hinweis auf die sexuellen Belästigungen wäre in derart klaren Fällen nicht nur angemessen, sondern sogar notwendig.

5.59 Bei möglichen Geheimcodes ist stets Vorsicht geboten, da nicht klar ist, ob der Aussteller sich der Anwendung eines Geheimcodes bewusst war oder nicht. Um Unklarheiten und Unsicherheiten vorzubeugen, empfiehlt es sich, in solchen Fällen jeweils mit dem letzten Arbeitgeber in Kontakt zu treten, damit diese Auslegungsprobleme bereinigt werden können. Solche Referenzauskünfte müssen aber mit der Einwilligung des Arbeitnehmers geschehen.[136]

132 •Rehbinder/Stöckli, N 13 zu Art. 330a OR.

133 Brühwiler, N 3 zu Art. 330a OR; Portmann, N 7 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 9 zu Art. 330a OR; Faesch, 48.

134 Eine der ausführlichsten Listen von Zeugniscodes findet sich bei: Wanzke Gabriela, Das Arbeitszeugnis – Schreiben, prüfen, Geheimcodes knacken, München 2008; eine weniger ausführliche Liste dafür mit Vergleich zum Notensystem im Bildungswesen ist publiziert in: Class Edi, Das Arbeitszeugnis und seine Geheimcodes, 6. Aufl., Zürich 2009.

135 Publiziert unter http://www.gerichte.sg.ch (verifiziert am 27.1.2011).

136 •Rehbinder/Stöckli, N 27 zu Art. 330a OR.

5.60 Klar unsinnig ist die leider immer noch gelegentlich anzutreffende Anmerkung in Zeugnissen, das Dokument «ist nicht codiert» bzw. «wurde ohne Verwendung von Geheimcodes erstellt». Solche Bemerkungen disqualifizieren den Aussteller, denn indirekt muss daraus geschlossen werden, dass wohl andere Dokumente in diesem Unternehmen mit rechtswidrigen Formulierungen ausgestellt werden. Zudem ändert auch ein solcher Zusatz nichts am Erfordernis der Verständlichkeit des Zeugnisses.[137] Schliesslich wird die Situation völlig unhaltbar, wenn im Zeugnis unbewusst doch ein Geheimcode verwendet wurde, welcher dem Aussteller aber gar nicht bekannt war.[138] Tatsächlich kann kein Personalchef von sich behaupten, er kenne alle Geheimcodes, da es keine offizielle und vollständige Liste gibt.

5.61 Der Arbeitnehmer kann sich weigern, Formulierungen mit Geheimcodes in einem Arbeitszeugnis zu akzeptieren.[139] Dazu muss er aber diese Geheimcodes zuerst kennen.[140] Auch für den Arbeitgeber ist es anlässlich einer Bewerbung wichtig, alle für die Beurteilung eines vorgelegten Zeugnisses wesentlichen Punkte zu kennen und zu überprüfen.

b) Gliederung

5.62 Eine klare Strukturierung vereinfacht die Übersicht und das Formulieren des Arbeitszeugnisses wesentlich. Der notwendige Inhalt eines Arbeitszeugnisses lässt sich in die nachfolgenden Abschnitte unterteilen, welche zusammengefügt das Arbeitszeugnis ergeben:

- Personalien, Stellung im Betrieb
- Funktion
- Fachwissen
- Qualifikation
- Verhalten
- Austrittsgrund

Obwohl ein Schlusssatz nicht unbedingt notwendig ist, bleibt er aber doch wünschenswert.[141] Darin kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer in persönlicher Art und Weise seinen Dank für den geleisteten Einsatz ausdrücken.

---

137 Völlig anderer Meinung ist HÄUSERMANN, 27 ff., welcher das gut sichtbare Anbringen eines Gütesiegels für transparente Arbeitszeugnisse empfiehlt mit den Formulierungsbeispielen:
- «Die Firma AG bekennt sich zur Abfassung uncodierter, transparenter Zeugnisaussagen.»
- «Dieses Zeugnis ist bewusst transparent abgefasst.»
- «La société XX S.A. reconnaît avoir rédigé un certificat noncodé.»

138 GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht, Rz 702.

139 •REHBINDER/STÖCKLI, N 13 zu Art. 330a OR.

140 Eine vollständige Liste der Geheimcodes findet sich bei MÜLLER/THALMANN, 36 ff.; für die französischen Geheimcodes (langage codé) sei auf die entsprechende Liste bei COLLÉ/MEYER, 81 ff. verwiesen.

141 Bger 4C.36/2004, ARV 2004, 163 f.

c) Formulierung

So vielfältig wie Arbeitstätigkeiten sind, können auch die entsprechenden Formulierungen im Arbeitszeugnis sein. Es ist deshalb unmöglich, auch nur annähernd eine vollständige Übersicht zu bieten. Es kann lediglich versucht werden, für jeden Abschnitt eines Arbeitszeugnisses repräsentative Formulierungsbeispiele anzuführen.[142] **5.63**

- ***Abschnitt «Personalien und Stellung im Betrieb»:***
  Herr Martin Muster, geb. 7.11.1960, von 9999 Musterdorf, in Zürich, war vom 1.1.1991 bis zum 2.2.1995 in unserer Firma in Musterrüti als Abteilungsleiter tätig.
- ***Abschnitt «Funktion»:***
  Herr Muster arbeitete nach Eintritt in unsere Firma als stellvertretender Abteilungsleiter. Aufgrund seiner ausgezeichneten Leistungen wurde er am 6.6.1995 zum Abteilungsleiter befördert; zugleich wurde ihm die Prokura mit Kollektivunterschrift erteilt. Zu seinen Pflichten zählten insbesondere:
  – Einstellung neuer Mitarbeiter
  – Kundenbetreuung und -beratung
  – Transportwesen
  – Qualitätsprüfung
  – Marketing
- ***Abschnitt «Fachwissen»:***
  Herr Muster brachte von Anfang an die für seine Funktion notwendigen persönlichen und fachlichen Voraussetzungen mit. Insbesondere hervorzuheben ist sein grosses Wissen im Bereich des Transportwesens, das er während seiner Anstellungsdauer durch die Teilnahme an internen und externen Weiterbildungsseminaren laufend aktualisierte und vergrösserte.
- ***Abschnitt «Leistungsbereitschaft»:***
  Er zeigte stets grossen Einsatz und war bereit, auch zusätzlich Aufgaben zu übernehmen.
  Er übernahm stets bereitwillig auch zusätzlich Aufgaben, sofern es die Situation erforderte.
  Er zeichnete sich durch eine ausserordentlich grosse Leistungsbereitschaft aus und war – sofern es die Umstände erforderten – auch jederzeit bereit, Überstunden zu leisten.
  Nicht zuletzt dank seiner grossen Leistungsbereitschaft gelang es auch bei Personalengpässen, die Kunden stets zufriedenzustellen.
- ***Abschnitt «Belastbarkeit»:***
  Auch bei grossem Arbeitsanfall behielt er stets die Übersicht, was von Mitarbeitern und Vorgesetzten gleichermassen sehr geschätzt wurde.
  Wir haben ihn als einen sehr belastbaren Mitarbeiter kennen- und schätzen gelernt.
  Auch bei grossem Arbeitsanfall und Termindruck behielt er stets Übersicht und Ruhe und zeigte keinerlei Stress- oder Ermüdungserscheinungen.

142 In Anlehnung an MÜLLER/THALMANN 39 f.

- ***Abschnitt «Loyalität»:***
  Er arbeitete stets im Interesse unserer Firma.
  Er arbeitete stets zum Wohle unseres Unternehmens.
  Er war mit unserer Firma stets solidarisch und genoss das uneingeschränkte Vertrauen von Mitarbeitern und Vorgesetzten.
  Dank seiner grossen Loyalität gegenüber unserer Firma genoss er das uneingeschränkte Vertrauen von Mitarbeitern und Vorgesetzten.
- ***Abschnitt «Vertrauenswürdigkeit»:***
  Wir haben ihn als diskreten und verschwiegenen Mitarbeiter kennen- und schätzen gelernt.
  Auch heikle Probleme behandelte er immer mit der nötigen Diskretion.
  Wir konnten ihm auch in heiklen Situationen stets unser vollstes Vertrauen schenken.
  Bei ihm handelt es sich um einen ausserordentlich diskreten und vertrauenswürdigen Mitarbeiter.
- ***Varianten zu den Führungsqualitäten:***
  Er verstand es gut, seine Mitarbeiter zu motivieren und trug wesentlich zu einem guten Arbeitsklima bei.
  Dank seiner natürlichen Autorität wurde er von seinen Mitarbeitern sehr geschätzt und geachtet.
  Dank seinem gewinnenden Auftreten und seiner Autorität gelang es ihm, auch schwierige Situationen immer sehr gut zu meistern.
  Er verfügte über die Gabe, seine Mitarbeiter sehr gut zu motivieren und die von Zeit zu Zeit auftretenden menschlichen Probleme zur Zufriedenheit aller zu lösen.
  Dank seinen sehr guten Führungsqualitäten gelang es ihm, auch schwierige Situationen hervorragend zu meistern.
- ***Abschnitt «Verhalten»:***
  In persönlicher Hinsicht kann ihm ein sehr gutes Zeugnis ausgestellt werden. Er ist kooperativ und bei den Mitarbeitern und Vorgesetzten aufgrund seines zuvorkommenden und ausgeglichenen Wesens geachtet und beliebt. Auch in schwierigsten Situationen behielt er stets die Übersicht und verstand es, seine Mitarbeiter zu motivieren.
  Das Verhalten gegenüber seinen Mitarbeitern und Vorgesetzten war stets vorbildlich. Seine ausgeglichene Wesensart war sehr geachtet du beliebt.
  Bei Vorgesetzten und Kollegen war er aufgrund seiner Hilfsbereitschaft beliebt und geschätzt.
  Er arbeitete stets sachlich mit Kollegen und Vorgesetzten zusammen.
  Das Verhalten zu Vorgesetzten, Mitarbeitern und Kunden war tadellos. Seine Zusammenarbeit wurde von allen Seiten geschätzt. Seine charakterlichen Eigenschaften sind einwandfrei.
- ***Abschnitt «Austrittsgrund»:***
  Er verlässt unser Unternehmen auf eigenen Wunsch, um sich selbständig zu machen. Wir bedauern seinen Austritt ausserordentlich.
  Er verlässt unser Unternehmen im gegenseitigen Einverständnis. Wir wünschen ihm für die Zukunft alles Gute.

- ***Abschnitt «Schlusssatz»:***
  Wir danken ihm für die gute Zusammenarbeit in unserem Unternehmen und wünschen ihm für die Zukunft viel Erfolg.
  Wir danken ihm für die ausserordentlich gute Zusammenarbeit und wünschen ihm für seine Zukunft in der Selbständigkeit alles Gute.

d) Qualifikation

5.64 Die Leistungen und das Verhalten des Arbeitnehmers sind im Vollzeugnis zu qualifizieren.[143] Im Hinblick auf die ihm obliegende Fürsorgepflicht hat der Arbeitgeber dabei im Zweifelsfalle eine gute Qualifikation vorzunehmen. Nach der Beweislastregel von Art. 8 ZGB muss der Arbeitnehmer beweisen, dass er eine sehr gute Qualifikation verdient. Umgekehrt hat der Arbeitgeber für jede qualifizierende Formulierung den Grund nachzuweisen, wenn diese weniger als gut ausfällt.

5.65 Die Qualifikation kann im Arbeitszeugnis nicht mit Noten analog dem Bildungssystem angegeben werden. Dies könnte angesichts der unterschiedlichen Notensysteme zu völlig falschen Schlüssen führen. Der Arbeitnehmer hat deshalb Anspruch auf eine Qualifikation in Worten ohne dass dabei Geheimcodes verwendet werden. Mit den nachstehenden Formulierungsbeispielen soll das System der Leistungsbeurteilung verdeutlicht werden.

5.66 Um einen bekannten Vergleichsmassstab heranzuziehen sei auf das Notensystem im Bildungssystem verwiesen, welches nachfolgend das Verhältnis der verschiedenen Formulierungen zueinander verdeutlichen soll:[144]

- ***Varianten für sehr gute Leistungen:***
  Er zeigte hervorragende Leistungen.
  Seine Leistungen lagen stets weit über dem Durchschnitt.
  Er erfüllte alle seine Aufgaben mit ausgezeichneter Qualität und äusserst speditiv.
  Er arbeitete konzentriert, pflichtbewusst, initiativ und wurde rasch zu einem unserer besten Mitarbeiter.
- ***Varianten für gute Leistungen:***
  Seine Leistungen waren stets gut.
  Die ihm übertragenen Aufgaben erledigte er mit grosser Umsicht und viel persönlichem Engagement.
  Seine Leistungen fanden stets unsere volle Anerkennung.
  Er war stets ein wertvoller Mitarbeiter und erbrachte gute Leistungen.
  Er war fleissig, pflichtbewusst und erfüllte seine Aufgaben stets innerhalb der Vorgaben.
  Aufgrund seines grossen Geschicks und seines grossen Wissens erfüllte er stets alle unsere Erwartungen.

---

143 Wie man durch periodische Beurteilungen des Arbeitnehmers zu einer objektiven Qualifikation gelangt, wurde wissenschaftlich untersucht; als Ergebnis wird die Einführung eines Systems zur periodischen Beurteilung der Leistungsziele empfohlen (vgl. LATTMANN, 133 ff.).

144 Eine ausführlichere Zusammenstellung findet sich bei MÜLLER/THALMANN, 41 ff.

Er war fleissig, pünktlich, gewissenhaft, pflichtbewusst und erledigte die Aufgaben mit beachtlichen Können und guter Urteilsfähigkeit.
Er zeigte sich auch harten Belastungen gewachsen.
Er ist stressresistent und behält auch bei starker Arbeitsbelastung stets die Übersicht.

- ***Varianten für befriedigende Leistungen:***
  Die ihm übertragenen Aufgaben erledigte er mit Umsicht und entsprechend unseren Erwartungen.
  Er war fleissig, pünktlich und erfüllte seine Aufgaben einwandfrei.
  Seine Leistungen waren genügend.
  Seine Leistungen fanden Anerkennung.
- ***Varianten für unbefriedigende Leistungen:***
  Seine Leistungen genügten nicht.
  Er erledigte die Arbeiten so gut wie möglich.
  Seine Arbeitsleistungen entsprachen nicht unseren Erwartungen.
  Seine Leistungen waren nicht immer genügend.

V. Besonderheiten von Arbeitszeugnissen

1. Fälligkeit des Arbeitszeugnisses

5.67 Der Arbeitnehmer hat einen nicht verzichtbaren Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Dieser Anspruch steht ihm nach dem Wortlaut des Gesetzes jederzeit zu, d.h. sowohl während als auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.[145] Der Anspruch wird fällig, sobald der Arbeitnehmer ausdrücklich ein Arbeitszeugnis verlangt.[146] Unabhängig von der Geltendmachung wird der Zeugnisanspruch in jedem Fall mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig, denn dann werden gemäss Art. 339 Abs. 1 OR alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig.[147]

5.68 Der Arbeitgeber ist während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht verpflichtet, dem Arbeitnehmer unaufgefordert periodisch ein Arbeitszeugnis auszustellen. Ist das Arbeitsverhältnis beendet, macht der Arbeitnehmer seinen Anspruch aber nicht geltend, so ist der Arbeitgeber grundsätzlich ebenfalls noch nicht verpflichtet, von sich aus das Arbeitszeugnis auszustellen.[148] Allerdings ist ein Arbeitgeber schlecht beraten, mit der Zeugnisausstellung zuzuwarten, bis der Arbeitnehmer seinen Anspruch tatsächlich geltend macht.[149] Wie nachstehend ausgeführt wird, hat ein Arbeitnehmer bis zu zehn Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Recht, seinen Zeugnisanspruch geltend zu machen. Hat in der Zwischenzeit der direkte Vorgesetzte gewechselt und sind keine entsprechenden Personalunter-

145 Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm; N 1.2 zu Art. 330a OR
146 Faesch, 37; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 7 zu Art. 330a OR; Brühwiler, N 1 zu Art. 330a OR.
147 Die Forderung ist dann zwar fällig, jedoch noch nicht erfüllbar, wenn der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt das Zeugnis noch nicht gefordert hat (Janssen, 35).
148 Ebenso Brühwiler, N 1 zu Art. 330a OR.
149 Baumann, AJP 2004, 641.

lagen mehr vorhanden, kann dies für den Arbeitgeber zu einem echten Problem werden. Aus diesem Grunde sollte jedem Arbeitnehmer am Arbeitsende ein Arbeitszeugnis und bei schlechten Leistungen zusätzlich eine einfache Arbeitsbestätigung abgegeben werden. Eine Kopie davon ist während zehn Jahren in den Personalakten aufzubewahren, damit auf Verlangen des Arbeitnehmers jederzeit eine Kopie erstellt werden kann.[150]

5.69 Schliesslich ist unklar, wie lange sich der Arbeitgeber mit der Erstellung des Arbeitszeugnisses Zeit lassen kann, nachdem der Arbeitnehmer ausdrücklich ein solches verlangt hat und wie der Arbeitnehmer vorzugehen hat, wenn der Arbeitgeber dieser Aufforderung nicht nachkommt. In den Bestimmungen zum Einzelarbeitsvertrag finden sich keine Normen bezüglich dieser beider Fragen. Der Anspruch auf ein Arbeitszeugnis wird gemäss den obigen Ausführungen fällig, sobald der Arbeitnehmer ausdrücklich ein Arbeitszeugnis verlangt. Gemäss Allgemeinem Teil des Obligationenrechts heisst Fälligkeit, dass die Erfüllung der Schuld sogleich geleistet und gefordert werden kann (Art. 75 OR). Präzisiert wird diese Regelung durch die Art. 76–79 OR. Während die Art. 76–78 OR bezüglich befristeter Verbindlichkeiten präzisieren, äussert sich Art. 79 OR über den Zeitpunkt der Erfüllung. Demnach muss die Erfüllung an dem festgesetzten Tag während der gewöhnlichen Geschäftszeit vollzogen und angenommen werden. Im Falle der Arbeitszeugnisse hiesse das, dass der Arbeitgeber am Tag, an dem der Arbeitnehmer das Zeugnis fordert, noch vor Ablauf der Geschäftszeit dem Arbeitnehmer ein Arbeitszeugnis auszustellen hat. Zu beachten ist allerdings, dass bei der Regel von Art. 75 ff. OR in erster Linie der tatsächliche (normative oder hypothetische) Parteiwille, danach eine allfällige Übung und erst in dritter Linie die «Sofort-Regel» zum Tragen kommt.[151] Will man aber von dieser Regel zugunsten eines Parteiwillens abweichen, müssen konkrete Anhaltspunkte im Vertrag vorliegen, was in der Praxis wohl höchst selten zu finden ist. Nichtsdestotrotz ist eine Leistung am selben Arbeitstag kaum realistisch. Bei anderen Sachverhalten, die ein umgehendes Handeln erfordern, bspw. bei der fristlosen Entlassung,[152] wird dem Arbeitgeber eine angemessene Frist eingeräumt.[153] Diese liegt im Normalfall bei zwei bis drei Arbeitstagen, bei juristischen Personen, bei denen die betreffenden Entscheide in die Kompetenz eines mehrköpfigen Gremiums fällt, ist unter Umständen auch eine Woche noch als angemessene Frist zu bezeichnen.[154] Gleiche Überlegungen können auch bezüglich Arbeitszeugnis zu einer sinnvollen Lösung führen. Der Arbeitgeber braucht eine gewisse Zeit, um das Zeugnis zu erstellen. Man kann nicht von ihm erwarten, ständig ein aktuelles Arbeitszeugnis für sämtliche Mitarbeiter bereit zu halten. Zudem ist das Zeugnis unter Umständen auch von mehreren Leuten zu unterzeichnen.[155] Dem Arbeitgeber sind für ein Vollzeugnis somit in der Regel zwei bis drei Arbeitstage Zeit einzuräumen, um ein Arbeitszeugnis zu erstellen. In Ausnah-

150 Middendorf, 148.
151 Hier und im Folgenden: Koller, 606.
152 Vgl. dazu Streiff/von Kaenel, N 17 zu Art. 337 OR.
153 Portmann, N 13 zu Art. 337 OR.
154 BGE 127 III 310 E. 4b; Bger in JAR 2002, 267.
155 Vgl. dazu III.4.

mefällen ist auch eine Frist von einer Woche noch angemessen. Bei einer einfachen Arbeitsbestätigung müsste ein Arbeitstag genügen.

5.70 Leistet der Arbeitgeber nicht innert angemessener Frist, so gerät er in Verzug und hat damit auch die Verzugsfolgen zu tragen.[156] Wie weiter oben ausgeführt (V.2.) haftet der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer aus Art. 97 OR wegen Nichterfüllung oder aus Art. 103 OR wegen Schuldnerverzugs für den Schaden, den dieser durch die Nichtausstellung des Zeugnisses erleidet.[157] Konkret hat der Arbeitgeber den Schaden zu ersetzen, den der Arbeitnehmer dadurch erfährt, dass er keine oder nur eine weniger günstige Stelle erhalten hat.[158] In der Praxis ist es jedoch schwierig, den Kausalzusammenhang zwischen dem Nichtausstellen des Arbeitszeugnisses und dem Nichterhalten der Stelle zu beweisen.[159]

5.71 Findet ein Arbeitnehmer auf Grund eines fehlenden Arbeitszeugnisses keine Stelle, stellt sich die Frage nach möglichen Auswirkungen auf Ansprüche gegenüber der Arbeitslosenversicherung. Hat dieser Arbeitnehmer seinen Zeugnisanspruch korrekt, aber erfolglos geltend gemacht, und sind im Übrigen alle weiteren Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, können ihm die gesetzlichen Taggelder nicht verweigert werden. Eine Leistungsklage gegen den früheren Arbeitgeber auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses darf durch die Arbeitslosenkasse nicht vom Arbeitnehmer gefordert werden und eine Abtretung des höchstpersönlichen Anspruchs ist nicht möglich. Der Arbeitnehmer kann aber gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AVIG in seiner Anspruchsberechtigung eingestellt werden mit dem Argument, er habe zu Lasten der Versicherung auf Lohn- oder Entschädigungsansprüche gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber verzichtet, wenn der Arbeitnehmer mehr als einen Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtsgültig auf seinen Zeugnisanspruch verzichtet hat.[160]

2. Verjährung des Arbeitszeugnisses

5.72 Der Anspruch des Arbeitnehmers, vom Arbeitgeber ein Zeugnis zu verlangen, verjährt nach zehn Jahren (Art. 127 OR).[161] Allerdings kann der Anspruch nach Treu und Glauben schon vorher entfallen, wenn der Arbeitgeber ohne Verschulden keine Unterlagen mehr besitzt oder sein Gedächtnis nicht mehr so weit zurückreicht und Nachforschungen unzumutbar erscheinen.[162] Das gilt zumindest für ein

156 Janssen, 172 ff.

157 •Rehbinder/Stöckli, N 25 zu Art. 330a OR; Favre/Munoz/Tobler, N 1.18 zu Art. 330a OR.

158 Brunner/Waeber/Bruchez/Bühler, N 7 zu Art. 330a OR; CA GE in JAR 1999, 212 ff.

159 Müller/Thalmann, 56.

160 Zur Zulässigkeit eines solchen Verzichts nachstehend VI.6.

161 Geiser/Müller, Arbeitsrecht, Rz 695; •Rehbinder/Stöckli, N 16 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 5 zu Art. 330a OR; Brühwiler, N 1 zu Art. 330a OR; Rehbinder, Arbeitsrecht 2002, Rz 261; Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm; N 1.15 zu Art. 330a OR; Bühler, 27; Müller/Thalmann, 57; a.M. Baumann, AJP 2004, 641 f.

162 Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR; •Rehbinder/Stöckli, sprechen in diesem Zusammenhang von Verwirkung, wenn eine glaubwürdige Beurteilung unzumutbare

Vollzeugnis. Der Anspruch auf ein einfaches Zeugnis wird kaum je vor Ablauf der Verjährungsfrist entfallen. Denn angesichts des strikten Anspruchs ist aber davon auszugehen, dass den Arbeitgeber bezüglich der für ein Arbeitszeugnis notwendigen Qualifikationsunterlagen (entsprechend der Verjährungsfrist) eine Aufbewahrungspflicht von zehn Jahren trifft.[163] Ist der Anspruch auf ein Vollzeugnis vor Ablauf der Verjährungsfrist untergegangen, so hat der Arbeitgeber in einem Begleitbrief zu erklären, weshalb das Zeugnis wenig aussagekräftig ist.[164] Denkbar ist beispielsweise, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSG aufforderte, seine Personalakten zu vernichten.[165]

5.73 Läuft eine Strafuntersuchung wegen Verdachts auf eine arbeitsrechtlich wesentliche Straftat, so kann mit der Zeugniserteilung zugewartet werden, bis der Sachverhalt abgeklärt ist.[166]

3. Datenschutz und Retention

5.74 Bei der Bewerbung wird ein Arbeitnehmer i.d.R. ein Arbeitszeugnis oder eine Arbeitsbestätigung vorlegen.[167] Kommt es zu einer Anstellung, verbleiben die Bewerbungsunterlagen im Personaldossier des entsprechenden Arbeitnehmers. Im Verlaufe des Arbeitnehmers wird dieses Dossier ergänzt durch periodische Leistungsbeurteilungen, Qualifikationen, Verwarnungen, Zwischenzeugnisse, etc. Zweifellos handelt es sich bei diesen Unterlagen um eine Datensammlung im Sinne von Art. 3 des Datenschutzgesetzes.[168] Bei Betriebsübergängen, Fusionen und Abspaltungen aber auch bei Betriebsaufgaben kommt es deshalb zwangsläufig zu Datenschutzproblemen. Gleichzeitig stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber die gesammelten Unterlagen unter gewissen Umständen zurückbehalten darf.

Bei Betriebsübergängen findet grundsätzlich vorgängig eine Due Diligence Prüfung statt. Dabei will der Übernehmer meist auch Auskunft in personellen Angelegenheiten. Insbesondere die Arbeitsverträge und die Qualifikationen der leitenden Arbeitnehmer sind gefragt. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass ein solcher Datenaustausch für das Arbeitsverhältnis nicht notwendig sei und deshalb keine nach Art. 328b OR erlaubte Datenbearbeitung darstelle; nur eine anonymisierte Information an den Kaufinteressenten sei zulässig.[169] Dabei wird übersehen, dass der Betriebsübergang u.U. durchaus im Interesse der Arbeitnehmer liegen

---

Nachforschungen auslösen würde resp. von Unmöglichkeit nach Art. 119 Abs. 1 OR, wenn mangels Gedächtnis oder aus sonstigen Gründen ein Vollzeugnis nicht aussagekräftig wäre, sofern den Arbeitgeber an diesem Umstand kein Verschulden trifft (N 16 zu Art. 330a OR).

163 Das gilt auch gemäss Art. 962 Abs. 1 OR.

164 Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR.

165 •Rehbinder/Stöckli, N 16 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR; Baumann, AJP 2004, 642.

166 Portmann, N 2 zu Art. 330a OR; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 5 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 330a OR; Bger in JAR 1998, 167.

167 Dies gilt jedenfalls für die Schweiz; vgl. dazu die internationale Übersicht vorne unter I.3.

168 DSG, SR 235.1.

169 So ausdrücklich Baumann, 644.

kann, bspw. weil es sonst zu einem Konkurs käme. Ohne Offenlegung der Personaldossiers wäre eine Weiterführung der Arbeitsverhältnisse in solchen Fällen gefährdet, weshalb keine Datenschutzverletzung vorliegen kann. Allerdings wird vorausgesetzt, dass dem Übernahmeinteressenten vorgängig eine Geheimhaltungspflicht auferlegt wurde.

5.75 Der Arbeitgeber kann das ausgestellte Zwischenzeugnis oder Schlusszeugnis nicht zurückbehalten, auch wenn ihm aufgrund des Arbeitsverhältnisses eigene Forderungen gegenüber dem Arbeitnehmer zustehen.[170] Das Arbeitszeugnis hat keine direkt in Geld verwertbare Bedeutung für den Arbeitgeber. Auch das sachenrechtliche Retentionsrecht kommt deshalb nicht in Frage. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses müssen die Daten bzw. die Unterlagen im Personaldossier grundsätzlich vernichtet werden; lediglich eine Kopie des Arbeitszeugnisses und die für die Zeugniserstellung relevanten Daten müssen noch während 10 Jahren aufbewahrt werden.[171]

4. Arbeitszeugnisse im Konkurs

5.76 Fällt der Arbeitgeber in Konkurs, kann die Konkursverwaltung in die Arbeitsverträge eintreten.[172] Tritt sie in die Arbeitsverträge ein, ist sie auch verpflichtet, diese Verträge zu erfüllen. Dazu gehört auch, dass die Konkursverwaltung in diesem Fall verpflichtet ist, den Arbeitnehmern ein Arbeitszeugnis auszustellen.[173] Tritt die Konkursverwaltung nicht in die Verträge ein, verbleibt die Pflicht zur Ausstellung der Arbeitszeugnisse beim konkursiten Arbeitgeber.[174] Im Falle eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gilt entsprechendes.[175]

5.77 In der Praxis wird der Konkursverwalter umgehend nach Konkurseröffnung alle Arbeitsverhältnisse auflösen, um nicht Gefahr zu laufen, persönlich für Lohnforderungen haftbar zu werden. Entlassen werden insbesondere auch die leitenden Arbeitnehmer mit hohen Löhnen. Damit stellt sich die Frage, wer nun die fälligen Arbeitszeugnisse ausstellen muss und kann. Der Konkursverwalter ist dazu nicht in der Lage und die leitenden Arbeitnehmer haben keine Zeichnungsberechtigung mehr. Allerdings haben die leitenden Arbeitnehmer eine nachfolgende Sorgfaltspflicht. So müssen sie z.B. alle noch bei ihnen befindlichen Geschäftsunterlagen und insbesondere Personaldossiers herausgeben. Genauso sind sie aber auch verpflichtet, über frühere Arbeitsverhältnisse und somit über Qualifikationen Auskunft zu geben. Gestützt auf diese Angaben kann das Arbeitszeugnis erstellt werden. Der Konkursverwalter ist berechtigt, das Arbeitszeugnis selbst zu unterschreiben oder aber den früheren Vorgesetzten diesbezüglich zu bevollmächtigen, auch wenn dieser über keine offizielle Zeichnungsberechtigung mehr verfügt.

170 Art. 82 OR; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 6 zu Art. 330a OR.
171 Geiser/Müller, Arbeitsrecht, Rz 460.
172 Art. 211 Abs. 2 SchKG.
173 Faesch, 36; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 2 zu Art. 330a OR.
174 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 2 zu Art. 330a OR.
175 Art. 316a ff. OR.

5. Arbeitszeugnis als strafrechtlich relevante Urkunde

5.78 Das Arbeitszeugnis stellt eine Urkunde im Sinne des Strafgesetzes dar.[176] Darum ist bei der Ausstellung eines unrichtigen oder bei der Fälschung eines bereits bestehenden Zeugnisses der Tatbestand der Urkundenfälschung erfüllt (Art. 252 StGB).[177] Der Urkundenfälschung macht sich auch strafbar, wer für einen anderen eine solche Zeugnisfälschung vornimmt oder ihm dabei behilflich ist.[178] Wer mit dem falschen Zeugnis nicht bloss die Erleichterung des Fortkommens anstrebt, sondern in erster Linie einen unrechtmässigen Vorteil oder eine Schädigung Dritter beabsichtigt, macht sich gemäss Art. 251 StGB strafbar (ohne Privilegierung von Art. 252 StGB).[179]

5.79 Der Urkundenunterdrückung macht sich der Arbeitgeber schuldig, wenn er z.B. ein bei der Stellenbewerbung eingereichtes Arbeitszeugnis beschädigt, vernichtet oder beiseite schafft, um den Arbeitnehmer zu schädigen (Art. 254 StGB).

5.80 Der Arbeitgeber, welcher mit der Drohung, es werde kein oder ein schlechtes Arbeitszeugnis ausgestellt, den Arbeitnehmer zu einer ganz bestimmten Handlung bewegen (z.B. zu kündigen) will, macht sich der Nötigung schuldig (Art. 181 StGB).[180]

5.81 Sämtliche genannten Delikte sind sogenannte Offizialdelikte. Das heisst es genügt eine Anzeige bei einem Polizeiposten, damit die zuständigen kantonalen Strafverfolgungsbehörden tätig werden.[181]

VI. Haftung für Arbeitszeugnisse

1. Überblick

5.82 Der Arbeitgeber haftet sowohl gegenüber dem Arbeitnehmer wie auch gegenüber Dritten für den wahrheitswidrigen Inhalt des Arbeitszeugnisses und für den daraus entstandenen Schaden.[182] Vorausgesetzt werden nach den üblichen Grundsätzen des Haftpflichtrechts ein Schaden, die Widerrechtlichkeit, das Verschulden und der adäquate Kausalzusammenhang.[183]

5.83 Haftpflichtprozesse im Zusammenhang mit Arbeitszeugnissen sind selten, da der Nachweis eines Schadens i.d.R. schwierig ist. Es gibt jedoch einige publizierte Urteile.[184] Arbeitgeber sollten deshalb Arbeitszeugnisse stets mit der notwendigen Sorgfalt ausstellen.[185]

176 Streiff/von Kaenel, N 7 zu Art. 330a OR; Collé/Meyer, 6.
177 BGE 101 II 69; Streiff/von Kaenel, N 7 zu Art. 330a OR; Kälin, SJZ 103 (2007), 115.
178 Collé/Meyer, 6.
179 BGE 70 IV 169; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 23 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 7 zu Art. 330a OR.
180 BGE 107 IV 35; Streiff/von Kaenel, N 7 zu Art. 330a OR.
181 Müller/Thalmann, 60.
182 Geiser/Müller, Arbeitsrecht, Rz 696; Tschumi, 15.
183 Dazu ausführlich Kaufmann/Jorns, 39 f; Verde, recht 5/2010, 144 ff.
184 BGE 101 II 69; BGE 129 III 177; BGE 130 III 345; CA GE in JAR 1999, 212; AGer ZH in

5.84 Nicht haftbar macht sich ein Arbeitgeber, wenn er nur eine Arbeitsbestätigung ausstellt und darin bewusst keine besonderen Vorkommnisse erwähnt. Gemäss Art. 330a Abs. 2 OR hat sich eine Arbeitsbestätigung ausdrücklich auf Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken.[186]

2. Haftung gegenüber dem Arbeitnehmer

5.85 Die Haftung gegenüber dem Arbeitnehmer ist Vertragshaftung nach Art. 97 ff. OR.[187] Der Arbeitgeber haftet dem Arbeitnehmer aus Art. 97 OR wegen Nichterfüllung oder aus Art. 103 OR wegen Schuldnerverzugs für den Schaden, den dieser durch die Ausstellung eines falschen Zeugnisses erleidet.[188] Konkret hat der Arbeitgeber den Schaden zu ersetzen, den der Arbeitnehmer dadurch erfährt, dass er keine oder nur eine weniger günstige Stelle erhalten hat.[189] Hierfür trägt der Arbeitnehmer die Beweislast.[190] Gemäss den allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts können auch Lehrlinge Schadenersatz für die Verletzung von Arbeitgeberpflichten fordern.

3. Haftung gegenüber Dritten

5.86 Die Haftung gegenüber Dritten richtet sich nach Art. 41 OR.[191] Als Schaden wird eine unfreiwillige Vermögenseinbusse verstanden, die ihre Ursache im Falle von Arbeitszeugnissen oder Referenzauskünften darin hat, dass vom Aussteller entweder Fachkenntnisse, Fähigkeiten oder Eigenschaften bescheinigt werden, die der Stellenbewerber nicht besitzt oder, dass der Aussteller Eigenschaften oder begangene Verfehlungen des Stellenbewerbers verschweigt.[192] Die Widerrechtlichkeit liegt in der Regel in einem Verhaltensunrecht des Zeugnisausstellers (z.B. Urkundendelikte oder eine Vertrauensverletzung).[193] Als weitere Haftungsvoraussetzung muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Arbeitszeugnis nachgewiesen werden. Dabei muss zunächst gezeigt wer-

ZR 1998 Nr. 72 = JAR 1999, 199; CA GE in JAR 2000, 287; Haftung abgelehnt in Oger ZH in ZR 2000 Nr. 80 und AGer ZH in ZR 1994 Nr. 51; Bezüglich Kausalzusammenhang: AGer ZH in ZR 2004 Nr. 13.

185 Um mehr Klarheit zu schaffen und damit Haftungsprobleme zu vermeiden, schlagen Collé/Meyer, 114 ff., eine völlig neue Art von Arbeitszeugnissen mit konkreten Angaben über die Aufgaben und detaillierten Qualifikationen vor; bisher hat sich diese Art Zeugnis jedoch nicht durchgesetzt.

186 Streiff/von Kaenel, N 4 zu Art. 330a OR.

187 Streiff/von Kaenel, N 7 zu Art. 330a OR.

188 •Rehbinder/Stöckli, N 25 zu Art. 330a OR.

189 Brunner/Waeber/Bruchez/Bühler, N 7 zu Art. 330a OR; CA GE in JAR 1999, 212 ff.

190 Streiff/von Kaenel, N 7 zu Art. 330a OR.

191 Wyler, 367; Duc/Subilia, N 20 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 6 zu Art. 330a OR; Carruzzo, N 9 zu Art. 330a OR; Verde, recht 5/2010, 152.

192 Da es sich bei der Ausstellung eines Arbeitszeugnisses lediglich um eine mittelbare Schadensursache handelt, bedarf es einer zusätzlichen Handlung des geschädigten neuen Arbeitgebers (in der Regel dürfte das der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages sein) Verde, recht 5/2010, 152 mit weiteren Hinweisen.

193 BGE 133 III 323, E. 5.1.

den, dass die unzutreffenden Äusserungen im Arbeitszeugnis *conditio sine qua non* für den Anstellungsentscheid waren und dass des Weiteren dieses Arbeitszeugnis nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge an sich geeignet ist, einen Schaden von der Art des eingetroffenen herbeizuführen.[194] Liegt die Schadensursache in einem pflichtwidrigen Verschweigen eines Fehlverhaltens des Stellenbewerbers, so ist nach einem hypothetischen Kausalzusammenhang zu fragen. Konkret ist danach zu fragen, ob nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Erwähnung der verschwiegenen Verfehlung die Anstellung des betreffenden Stellenbewerbers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.[195] Schliesslich setzt die Haftung nach Art. 41 OR ein Verschulden des Zeugnisausstellers in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus.[196]

5.87 Hat es der neue Arbeitgeber trotz entsprechender Möglichkeit unterlassen, eine Referenz einzuholen, oder überwacht er den Arbeitnehmer nach erfolgter Einstellung ungenügend, kann ihm dies als Mitverschulden angelastet werden, was letztlich zu einer Herabsetzung der Ersatzpflicht des früheren Arbeitgebers führt.

5.88 Das Bundesgericht hat in einem massgebenden Haftpflichtfall[197] nicht nur die Gesellschaft als frühere Arbeitgeberin, sondern auch den Präsidenten des Verwaltungsrats als Aussteller des Arbeitszeugnisses für solidarisch haftbar gegenüber der neuen Arbeitgeberin erklärt. Konkret hatte ein Arbeitnehmer CHF 25 000 unterschlagen. Auf ein Strafverfahren und eine Klage wurde verzichtet. Statt dessen wurde der Arbeitnehmer verpflichtet, den Betrag in monatlichen Raten von CHF 500 zurückzuzahlen und innert 6 Monaten eine neue Stelle zu suchen. Dazu wurde ihm vom VR-Präsidenten ein sehr gutes Zwischenzeugnis ausgestellt, in dem festgestellt wird, der Arbeitnehmer verlasse das Unternehmen frei von jeglicher Verpflichtung. Zudem wurde am Schluss angefügt: «C'est avec plaisir que nous le recommandons vivement.» Trotz dieser Empfehlung fand der Arbeitnehmer keine neue Stelle innert der angesetzten Frist. Der Arbeitsvertrag wurde in der Folge um ein weiteres halbes Jahr verlängert und bei Beendigung erhielt der Arbeitnehmer ein Schlusszeugnis, wiederum unterschrieben vom VR-Präsidenten. Auch in diesem Arbeitszeugnis wird festgestellt, der Arbeitnehmer habe sein Aufgaben stets zur vollen Zufriedenheit der Arbeitgeberin erfüllt und verlasse das Unternehmen ohne jegliche Verpflichtung. Nach einer kurzen Anstellung von nur vier Monaten bei einem zweiten Unternehmen wurde der Arbeitnehmer u.a. auf Grund seiner guten Zeugnisse schliesslich von einem dritten Unternehmen angestellt. Innerhalb Jahresfrist beging der Arbeitnehmer aber auch dort Unterschlagungen in Höhe von mehr als CHF 500 000. Diese deliktische Tätigkeit wurde durch den Umstand erleichtert, dass keine Detailprüfungen der Bankbelege durch die neue Arbeitgeberin stattfanden. Auf eine entsprechende Klage hin verurteilte das Bundesgericht die frühere Arbeitgeberin und deren VR-Präsidenten solidarisch zur Bezahlung von CHF 150 000 Schadenersatz an die neue Arbeitgeberin. Im Mehrbetrag wurde die Klage wegen

194 Verde, recht 5/2010, 157.
195 BGE 121 III 358, E. 5.
196 BEG 121 III 350, E. 6c.
197 BGE 101 II 69.

Mitverschuldens der Geschädigten abgewiesen. Aus diesem Urteil lassen sich folgende Punkte ableiten:

- Eine Schadenersatzklage wegen unvollständigem oder unrichtigem Arbeitszeugnis kann sich nicht nur gegen die Gesellschaft als Arbeitgeberin, sondern auch gegen deren Organe als Aussteller richten; als Konsequenz resultiert eine solidarische Verantwortlichkeit.
- Der Schaden auf Grund eines unvollständigen oder wahrheitswidrigen Arbeitszeugnisses besteht in der Vermögenseinbusse des neuen Arbeitgebers; denkbar ist aber auch ein Schaden auf Grund von entgangenem Gewinn oder im Falle von Verfehlung an Leib und Leben auf Grund von Heilungskosten und Genugtuung.
- Die Widerrechtlichkeit ist durch die Vermögensschädigung ohne weitere Begründung gegeben; auch bei Sachbeschädigung, Körperverletzung oder Tötung wäre die Widerrechtlichkeit zu bejahen, sofern der neue Arbeitgeber nicht ausdrücklich in die Schädigung eingewilligt hat.
- Das Verschulden besteht in der bewusst wahrheitswidrigen Ausstellung eines Zwischenzeugnisses oder eines Schlusszeugnisses; die Handlungen ihrer Organe werden dabei der Gesellschaft direkt angelastet.
- Der adäquate Kausalzusammenhang kann durch eine Aussage des neuen Arbeitgebers belegt werden, wonach er den Arbeitnehmer ohne Vorlage des unrichtigen Arbeitszeugnisses nicht eingestellt hätte und der Schaden damit nicht eingetreten wäre.

VII. Arbeitszeugnisse als Prozessgegenstand

1. Zeugnisklagen

a) Klage auf Erfüllung

5.89 Der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses ist gerichtlich durchsetzbar.[198] Der Arbeitnehmer kann gegen den Arbeitgeber auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses klagen, also eine sogenannte Leistungsklage anstrengen.[199] Mit der gerichtlichen Anweisung zur kurzfristigen Ausstellung eines Zeugnisses wäre einem Arbeitnehmer aber oft nicht gedient, da sich über den Inhalt des Zeugnisses neue Differenzen ergeben können. Es ist deshalb zu empfehlen, den gewünschten Zeugnistext genau zu umschreiben oder selbst zu formulieren, so dass der Richter den genauen Wortlaut des Arbeitszeugnisses im Urteil vorschreiben kann.[200]

5.90 Das Obergericht Zürich vertritt die Auffassung, dass ein Urteil, welches den Arbeitgeber lediglich dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer innert entsprechender Frist

198 Portmann, N 10 zu Art. 330a OR; • Rehbinder/Stöckli, N 19 zu Art. 330a OR.

199 BGE 129 III 177 E. 3.3; Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 19 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 5 zu Art. 330a OR; Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm; N 1.3 zu Art. 330a OR.

200 Rehbinder, Arbeitsrecht 2002, Rz 264; Streiff/von Kaenel, N 5 zu Art. 330a OR.

ein Zeugnis auszustellen, nicht vollstreckbar sei. Es sei daher ohne klare Einschränkung im Rechtsbegehren im selben Verfahren immer auch über den Zeugnistext zu entscheiden. Dieser sei in erster Linie vom Arbeitgeber in der Klageantwort oder in zweiter Linie vom Arbeitnehmer zu liefern.[201] Eine derartige Ausdehnung der Pflichten des Arbeitnehmers in einem Zeugnisprozess geht zu weit. Aus Art. 330a Abs. 1 OR kann nur abgeleitet werden, dass der Arbeitnehmer seinen Anspruch geltend zu machen hat. Die Mitwirkung an der Zeugnisformulierung darf vom Arbeitnehmer nicht gefordert werden. Er muss lediglich den Arbeitsvertrag und die ihm übertragene Funktion beweisen. Nur wenn der Arbeitnehmer eine bessere Qualifikation als «gut» verlangt, muss er dazu konkrete Formulierungsvorschläge im Sinne eines konkreten Rechtsbegehrens liefern.[202]

5.91 Um prozessuale Probleme bei der Vollstreckung zu vermeiden, sollte auch bei einer Erfüllungsklage das Rechtsbegehren möglichst konkret formuliert werden. Zweckmässig wären beispielsweise folgende Rechtsbegehren:[203]

- *Der Arbeitgeber sei zu verpflichten, dem Kläger ein Arbeitszeugnis gemäss Beilage auszustellen; der Zeugniswortlaut sei ins Dispositiv aufzunehmen.*
- *Der Arbeitgeber sei zu verpflichten, dem Kläger eine Arbeitsbestätigung auszustellen, wonach er vom 1. April 2009 bis am 31. Dezember 2011 bei der X. AG als Sachbearbeiter Export gearbeitet hat.*

b) Klage auf Herausgabe

5.92 Weigert sich ein Arbeitgeber nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses frühere Arbeitszeugnisse (Originale und Fotokopien) herauszugeben, so kann der Arbeitnehmer diese mit der Herausgabeklage verlangen. Hier konnte das Rechtsbegehren beispielsweise wie folgt lauten:

- *Der Arbeitgeber sei zu verpflichten, dem Kläger eine Kopie des Zwischenzeugnisses vom 2. Juli 2010 herauszugeben.*

5.93 Am Arbeitszeugnis kann mangels Möglichkeit zur Verwertung kein Retentionsrecht geltend gemacht werden. Die Verknüpfung der Herausgabe des Arbeitszeugnisses mit der Begleichung einer offenen Forderung (z.B. wegen Sachbeschädigung), kann u.U. sogar den Tatbestand der Nötigung gemäss Art. 181 StGB erfüllen.

c) Klage auf Berichtigung

5.94 Der Arbeitnehmer kann seinen Anspruch auf ein objektiv richtiges, eindeutig formuliertes und vollständiges Zeugnis mittels Berichtigungsklage durchsetzen.[204] Bei der gerichtlichen Durchsetzung des Berichtigungsanspruchs muss der Arbeitnehmer den verlangten Zeugnistext aber selbst formulieren, und zwar so, dass der

201 ZR 2000 Nr. 37; a.M. AGer ZH in ZR 2001 Nr. 78 und AGer BE in SJZ 1992, 11.
202 Zur Qualifikation und der damit verbundenen Beweislast vgl. vorne IV.4.c).
203 In Anlehnung an Müller/Thalmann, 62.
204 Aubert, N 5 zu Art. 330a OR; Portmann, N 2 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 5 zu Art. 330a OR; BGE 129 III 177 E. 3.3; Brühwiler, N 4 zu Art. 330a OR; Portmann/Stöckli, Rz 546 f.; Tschumi, 18; Favre/Munoz/Tobler, N 1.20 zu Art. 330a OR.

Richter ihn ohne jegliche Änderung zum Urteil erheben kann.[205] Wird nur beantragt, der Arbeitgeber sei zu verpflichten ein «inhaltlich korrektes, qualifiziertes Arbeitszeugnis auszustellen» genügt dies den Anforderungen an ein genügendes Rechtsbegehren nicht, da es nicht zum Urteil erhoben werden kann; auf eine solche Klage wird deshalb nicht eingetreten.[206]

5.95 Liegen keine erheblichen Vorwürfe gegen den Arbeitnehmer vor, so ist sein Verhalten aber noch nicht als «gut» zu qualifizieren, dafür braucht es entsprechende Leistungen.[207] Hingegen sind in solchen Fällen Formulierungen wie «genügend» oder «zufriedenstellend» mindestens erforderlich. Der Berichtigungsanspruch fällt dahin, wenn das entsprechende Zeugnis vom Arbeitnehmer genehmigt wurde.[208]

5.96 Werden lediglich kleinliche Korrekturwünsche an einem an sich zutreffenden Zeugnis eingeklagt, so werden diese Vorbringen vom Richter mangels Rechtsschutzinteresse an rein redaktionellen Änderungen zurückgewiesen.[209] Ein Arbeitgeber kann zudem nicht zu einer positiven Beurteilung verpflichtet werden, wenn er aus objektiven Gründen mit den Leistungen des Arbeitnehmers nicht zufrieden war.[210]

5.97 Konkret könnte das Rechtsbegehren bei einer Berichtigungsklage beispielsweise wie folgt lauten:[211]

- *Der Arbeitgeber sei zu verpflichten, das Arbeitszeugnis vom 5. Dezember 2011 wie folgt abzuändern*:
  a) *Bei der Tätigkeit sei ausdrücklich zu ergänzen, dass der Kläger auch als Stellvertreter des Abteilungsleiters fungierte.*
  b) *Bei der Qualifikation sei die Formulierung «Er erledigte alle ihm zugewiesenen Aufgaben zu unserer vollen Zufriedenheit» zu ersetzen durch «Er überzeugte stets mit sehr guten Leistungen.»*
  c) *Bei der Schlussformel sei zu erwähnen, dass der Kläger aus eigenem Anlass kündigte, um sich einer neuen Herausforderung zuzuwenden.*

2. Verteilung der Beweislast

5.98 Die Frage, wer bei einer Zeugnisstreitigkeit die Beweislast trägt, kann nicht nur mit Art. 8 ZGB beantwortet werden. Sonst müsste bei einer Berichtigungsklage grundsätzlich immer der Arbeitnehmer beweisen, dass er eine bessere Qualifikation verdient.[212]

5.99 Vorne wurde unter § 5 IV. 4. c) bereits darauf hingewiesen, dass der Arbeitgeber gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast dafür trägt, dass ein Arbeitszeugnis das Verhalten und die Leistungen des Arbeitnehmers nicht als gut qualifiziert. Klagt hingegen der

205 Brühwiler, N 4 zu Art. 330a OR ; Streiff/von Kaenel, N 5 zu Art. 330a OR.
206 Entscheid KGer SG vom 27.9.2004, BZ. 2004.23.
207 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 21 zu Art. 330a OR.
208 CA GE in JAR 1999, 212; Streiff/von Kaenel, N 5 zu Art. 330a OR.
209 •Rehbinder/Stöckli, N 18 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 5 zu Art. 330a OR.
210 BezGer Gelterkinden in JAR 2004, 421; AGer Luzern in JAR 1990, 215.
211 In Anlehnung an Müller/Thalmann, 64.
212 Tschumi, 15.

Arbeitnehmer auf Berichtigung eines guten Zeugnisses in dem Sinne, dass die Formulierungen in eine sehr gute Qualifikation zu ändern sind, so trägt er dafür die Beweislast.[213]

5.100 Der Arbeitnehmer trägt die Beweislast für die von ihm behaupteten Tatsachen, aus denen er ein bestimmtes Zeugnis ableiten will.[214] Bestreitet der Arbeitnehmer substantiiert die Richtigkeit des Zeugnisses, so trägt der Arbeitgeber die Beweislast.[215] Für den beweispflichtigen Arbeitnehmer ist es hilfreich, wenn er sich auf Zwischenzeugnisse und Mitarbeiterbeurteilungen berufen kann.

3. Streitwert eines Arbeitszeugnisses

5.101 Auch Arbeitszeugnisse haben einen Streitwert, denn Prozesse um Arbeitszeugnisse sind gemäss der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung vermögensrechtlicher Natur.[216] Der Streitwert ergibt sich entweder aus den übereinstimmenden Angaben der Parteien oder wo ein solcher fehlt, aus dem Ermessen des Gerichts.[217] Grundlage dafür ist Art. 91 ZPO, wonach der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt wird; lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind.

5.102 Wird in einer Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis oder nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz eine Forderungsklage über CHF 30 000 mit einer Zeugnisberichtigungsklage kombiniert, so führt dies zum Verlust des Anspruchs auf Befreiung von Prozesskosten gemäss Art. 113 ZPO im Schlichtungsverfahren bzw. gemäss Art. 114 ZPO im Entscheidverfahren. Es ist deshalb allenfalls vorteilhafter, die Forderungssumme zu reduzieren, um Gerichtsgebühren mit Sicherheit zu vermeiden. Dazu sollte jedoch klar sein, wie hoch der Streitwert des zur Diskussion stehenden Arbeitszeugnisses ist. Doch gerade dazu besteht auch nach Inkrafttreten der eidg. Zivilprozessordnung weiterhin Unklarheit. Die kantonalen Gerichte haben dazu völlig unterschiedliche Ansichten.

5.103 Im Kanton Bern wird der Streitwert eines Arbeitszeugnisses mit einem eher symbolischen Wert von CHF 50 angenommen.[218] Im Kanton Zürich variierte der Streitwert früher zwischen CHF 500 und drei Monatslöhnen,[219] während die Gerichte heute von einem Monatslohn ausgehen.[220] Auch der Kanton Thurgau hat sich dieser neuen Zürcher Rechtsprechung ausdrücklich angeschlossen.[221] Die Gerichte des

213 Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm; N 1.16 zu Art. 330a OR
214 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 14 zu Art. 330a OR; Streiff/von Kaenel, N 5 zu Art. 330a OR.
215 Rehbinder, Arbeitsrecht 2002, Rz 264.
216 BGE 116 II 379 = JAR 1991, 214.
217 BGer 4C_341/2002 (vgl. JAR 2004, 201) und BGE 129 III 177.
218 Vgl. auch Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm, N 2.7 zu Art. 343 OR; Streiff/von Kaenel, N 6 zu Art. 330a OR.
219 OGer ZH in JAR 1984, 156.
220 OGer ZH in JAR 1990, 219.
221 Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau RBOG 1994 Nr. 7., 97.

Kantons St. Gallen setzen den Streitwert i.d.R. ebenfalls bei einem Monatslohn an.[222] Im Kanton Schaffhausen wird für das Arbeitszeugnis ähnlich wie in Bern nur ein symbolischer Wert vorgesehen, der sich jedoch in der Höhe von einigen hundert Franken befindet.[223]

5.104 Die kantonal unterschiedlichen Streitwertberechnungen haben ihre Rechtfertigung bis Ende 2010 darin gefunden, dass die Kantone grundsätzlich selber entscheiden konnten, welche Art von Verfahren für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zur Anwendung gelangen. Seit dem 1.1.2011 sind die Verfahrensarten jedoch mit der eidg. ZPO einheitlich geregelt worden; die kantonal unterschiedliche Praxis der Streitwertberechnung ist deshalb zukünftig rechtlich fragwürdig. Im Hinblick auf die Bedeutung eines Arbeitszeugnisses müsste grundsätzlich von einem Streitwert in Höhe eines durchschnittlichen Monatslohnes für ein Vollzeugnis ausgegangen werden. Jene Partei, die einen höheren oder tieferen Streitwert geltend macht, hätte die Abweichung zu begründen.[224]

5.105 Das Bundesgericht stellt fest, dass in einem Verfahren betreffend Ausstellung oder Inhalt eines Arbeitszeugnisses der Streitwert nicht absolut nach einer bestimmten Anzahl Monatslöhne bestimmt werden kann. Vielmehr sei die Erschwerung des beruflichen Fortkommens des Arbeitnehmers für den Wert von Bedeutung. In Betracht fallen Kriterien wie Beruf, Qualifikation, Funktion, Dauer des Arbeitsverhältnisses, Lohnniveau und Situation auf dem Arbeitsmarkt. Vor Bundesgericht hat der Arbeitnehmer die entsprechenden Elemente dazulegen, die es erlauben, den Streitwert ohne Weiteres zu schätzen; andernfalls kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.[225]

4. Durchsetzung des Urteils

5.106 Die Durchsetzung des Urteils im Zusammenhang mit einer Zeugnisstreitigkeit richtet sich seit dem 1.1.2011 nach den Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung.[226] Hat der Arbeitnehmer obsiegt, wird i.d.R. der Arbeitgeber zur Ausstellung oder Berichtigung des Arbeitszeugnisses aufgefordert.[227]

5.107 Um die Durchsetzbarkeit des Urteils zur erleichtern, kann bereits im Rechtsbegehren die Androhung einer Busse für den Nichtvollzugsfall wie folgt verlangt werden:[228]

222 Dokumentation zur Tagung «Entwicklungen im Arbeitsrecht» des Instituts für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen vom 12.9.2007 in Zürich.
223 OGer SH in JAR 1996, 342; vgl. SJZ 1995, 370.
224 Müller/Thalmann, 67 f.
225 BGer. 8C_151/2010 E. 2.5 – 2.8 mit Hinweis auf zahlreiche frühere Entscheide.
226 ZPO SR 272. Der früher massgebende Art. 343 OR wurde ersatzlos aufgehoben, doch gilt gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO noch immer ein vereinfachtes Verfahren; allerdings ist nach Art. 197 bzw. 202 ff. ZPO nun vorab zwingend ein Schlichtungsverfahren durchzuführen.
227 Staehelin, Zürcher Kommentar 2006, N 21a zu Art. 330a OR.
228 Vgl. Müller/Thalmann, 62.

«Die Arbeitgeberin sei unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB zu verpflichten, dem Kläger innert 20 Tagen nach Rechtskraft des Urteils ein qualifiziertes Arbeitszeugnis für den Zeitraum seiner Tätigkeit vom 1.4.2007 bis zum 31.12.2011 auszustellen.»

Der Richter muss bei diesem Rechtsbegehren dem beklagten Arbeitgeber zusätzlich eine Busse androhen für den Fall, dass er dem Urteil nicht fristgerecht Folge leistet. **5.108**