

Rechtsprechungs panorama Arbeitsrecht

Ausgewählte Entscheid des Bundesgerichts aus den Jahren 2016/2017



THOMAS GEISER*

I. Vorbemerkung

Im vergangenen Jahr hat das Bundesgericht wenige Entscheidungen im Arbeitsrecht publiziert. Das bedeutet allerdings nicht, dass keine solchen ergangen sind. Die Publikationspraxis des Bundesgerichts wird aber zunehmend restriktiver, sodass die tägliche Konsultation der Neuheiten immer wichtiger wird. Dagegen ist nichts einzuwenden. Die Arbeit wird damit aber nicht einfacher.

II. Individualarbeitsrecht

A. Wer ist Arbeitgeberin?

Bei Konzernstrukturen kann immer wieder *streitig* sein, welche Konzerngesellschaft nun als Arbeitgeberin auftritt und damit auch bei einem Streit als Arbeitgeberin einzuklagen ist.¹ Die Informationspflicht nach Art. 330b OR hilft mangels griffiger Sanktion in der Regel nicht weiter, wenn sie nicht eingehalten wird. Das zeigte sich auch in einem Fall, in dem eine kanadische Gesellschaft in der Schweiz 2006 eine Tochtergesellschaft gründete und einen Monat vor deren Eintragung im Handelsregister einen Arbeitnehmer als «*Vice-Chairman and Managing Director*» anstellte. Sie vereinbarten einen schriftlichen Arbeitsvertrag, der im Namen der kanadischen Muttergesellschaft ausgestellt wurde. Das Dokument wurde als provisorisch bezeichnet und es wurde festgehalten, dass später mit der schweizerischen Tochtergesellschaft ein Vertrag nach schweizerischem Recht abgeschlossen werden sollte. Der Arbeitnehmer wurde dem Weisungsrecht des *Vice-Chairman and Managing Director* der Muttergesellschaft unterstellt. Er arbeitete dann – wie vorgesehen – während Jahren in Genf und Zürich bei der Tochtergesellschaft. Diese – und nicht die Muttergesellschaft – entliess ihn 2009 fristlos und fiel anschliessend in Konkurs. Der

Arbeitnehmer klagte sodann gegen die Muttergesellschaft wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Das Bundesgericht schützte die Auffassungen der kantonalen Gerichte, wonach *kein Arbeitsverhältnis* mit der kanadischen Muttergesellschaft bestehe. Es sei ein mündlicher Arbeitsvertrag mit der Tochtergesellschaft geschlossen worden, der jenen mit der Muttergesellschaft ersetzt habe. Dies ergebe sich aus dem jahrelangen Verhalten der Parteien. Der Lohn sei regelmässig von der Tochtergesellschaft bezahlt worden und deren Verwaltungsratspräsident habe auch die Weisungsgewalt ausgeübt.²

B. Dauer des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergang

Nicht nur bei der gesetzlichen Regelung der Lohnfortzahlungspflicht und den Kündigungsfristen spielt die Dauer des Arbeitsverhältnisses eine Rolle. Bei Umstrukturierungen mit Abbau von Arbeitsplätzen sehen Arbeitgeberinnen immer wieder Regelungen vor, welche langjährigen Arbeitnehmern erheblich bessere Bedingungen bieten als später eingestellten.³ Hat im Laufe der Jahre eine Betriebsübernahme stattgefunden, fragt sich, wie die *beim übernommenen Arbeitnehmer verbrachten Jahre* angerechnet werden.

Ein Arbeitnehmer arbeitete seit 1972 für ein Unternehmen, das 2004 von einem anderen Unternehmen teilweise übernommen wurde. Den Arbeitnehmern wurde angeboten, beim übernehmenden Unternehmen zu arbeiten oder bei der bisherigen Arbeitgeberin an einem anderen Ort angestellt zu bleiben. Die beiden Gesellschaften hatten bezüglich des Übergangs der Arbeitsverhältnisse eine *Vereinbarung getroffen*, in der sie unter anderem was folgt festhielten: «*Les années de travail sont intégralement prises en compte pour le calcul de la prise de fidélité. Les années prises en compte chez [la société] A. pour l'ordre de succession sont entièrement reprises. Caisse de pension: aucune perte d'année de caisse.*» Diese Klausel wurde den betroffenen Arbeitnehmern bekannt gegeben. Der Arbeitnehmer machte vom Angebot Gebrauch, in die übernehmende Gesellschaft überzutreten und hielt *gegenüber seiner neuen Arbeitgeberin schriftlich* fest: «*Par la même occasion je me permets de vous rappeler quelques conditions sur lesquelles nous nous sommes déjà plusieurs fois*

* THOMAS GEISER, Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Professor für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen, Direktor am Institut für Arbeit und Arbeitswelten FAA-HSG, nebenamtlicher Bundesrichter.

¹ Vgl. dazu im Einzelnen THOMAS GEISER/KAI-PETER UHLIG, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 2003, 757 ff., 772 ff.

² BGer, 4A_619/2016, 15.3.2017.

³ Solche Regelungen können eine indirekte Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG (Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann [Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1]) darstellen, wenn die Beschäftigungsdauer von Frauen wegen Familienzeiten kürzer ist als jene der männlichen Angestellten.

entretenus. Je cite : Prise en compte de toutes mes années passées chez A.» Die neue Arbeitgeberin reagierte auf dieses Schreiben nicht.

Als die Pensionskasse einige Jahre später vom Leistungs- zum Beitragsprimat übergang, finanzierte die Arbeitgeberin jenen Arbeitnehmer, die bei ihr bereits mehr als 25 Jahre angestellt waren, eine Übergangsrente. Dem übergetretenen Arbeitnehmer verweigerte sie diese aber, weil er nicht genügend lange bei ihr angestellt sei. Er verlangte mit Erfolg vor Bundesgericht eine Anrechnung seiner Dienstjahre beim früheren Arbeitgeber, weil die vertraglichen Vereinbarungen dies vorsahen.⁴

C. Mindestlöhne

Nachdem die Mindestlohninitiative auf Bundesebene abgelehnt worden war,⁵ haben die Kantone Neuenburg und Tessin auf kantonaler Ebene Mindestlöhne erlassen. Auf Beschwerde hin hat das Bundesgericht nunmehr die Regelung im Kanton Neuenburg als bundesrechtskonform bezeichnet.⁶ Wohl ist es in der Regel den Kantonen verboten, die Wirtschaftsfreiheit mit Massnahmen zu beschränken, welche einzelne Wirtschaftszweige oder Arten wirtschaftlicher Tätigkeit fördern oder die Wirtschaft nach einem Plan leiten. Demgegenüber dürfen die Kantone in die Wirtschaftsfreiheit eingreifen, wenn es um den *Schutz der öffentlichen Ordnung, Sozialpolitik* oder um Massnahmen geht, welche nicht in erster Linie wirtschaftliche Zwecke verfolgen, wie beispielsweise *Umweltschutz- oder Raumplanungsmassnahmen*. Nach der Rechtsprechung liegt eine solche sozialpolitische Massnahme vor, wenn es um das *Wohl eines grossen Teils oder der gesamten Bevölkerung geht bzw. um die Verbesserung der Lebensbedingungen, der Gesundheit oder der Freizeit eines wesentlichen Bevölkerungsteils*.⁷

Aufgrund der insofern sehr konkreten Zweckumschreibung der *Neuenburger Mindestlohnnormen* ordnete das Bundesgericht die Regelung dieser letztgenannten *Bezug?* *zulässigen Kategorie* zu. Dabei hatte auch eine Rolle gespielt, dass das entsprechende Gesetz eine flexible Regelung mit diversen Ausnahmen vorsah und den Behörden auch die Kompetenz einräumte, Ausnahmen zu bewilligen.⁸

D. Bonusregelungen

Wie bereits in den letzten Jahren berichtet, hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur rechtlichen Qualifikation von Boni präzisiert und gefestigt. Dabei geht es regelmässig um die Frage, ob es sich beim Bonus im konkreten Fall um eine Gratifikation oder um einen eigentlichen Lohnbestandteil handelt. Je nach dem ist der Bonus (*pro rata temporis*) im gekündigten Arbeitsverhältnis geschuldet oder nicht. Das Bundesgericht hatte in den Entscheiden der letzten Jahre namentlich den Begriff der *Akzessorietät* näher zu bestimmen und dabei festgehalten, dass das Verhältnis zwischen Lohn und Bonus für die rechtliche Qualifikation keine Bedeutung mehr habe, wenn die gesamte Entschädigung den fünffachen Medianlohn übersteige.⁹

Wegen dieser Diskussion über das Erfordernis der Akzessorietät ist die zweite Voraussetzung etwas vergessen worden. Ein Bonus kann unabhängig von der Höhe des Salärs immer nur dann eine Gratifikation darstellen, wenn seine Ausrichtung – sei es im Grundsatz oder nach der Höhe – ein *freiwilliges Element* enthält. Ist er fest versprochen, handelt es sich immer um eigentlichen Lohn. Dies musste das Bundesgericht den Parteien in Erinnerung rufen und festhalten, dass nur aufgrund der Auslegung der konkreten Vereinbarung im Einzelfall bestimmt werden kann, ob eigentlicher Lohn oder eben eine freiwillig ausgerichtete Gratifikation vorliegt.¹⁰

E. Datenschutz im Arbeitsverhältnis

Die Eingliederung des Arbeitnehmers in eine fremde Arbeitsorganisation und damit auch seine Unterordnung unter das Weisungsrecht der Arbeitgeberin verlangen als Ausgleich die Verpflichtung der Arbeitgeberin, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen.¹¹ Konkretisiert wird dies unter anderem durch den *ausdrücklichen Hinweis auf die Anwendbarkeit des Datenschutzes* und die *Einschränkung der Rechtfertigungsgründe* einer Datenbearbeitung auf jene Interessen, welche mit der Durchführung des Arbeitsverhältnisses verbunden sind.¹² Eine gewisse Erweiterung über den Wortlaut hinaus hat das Bundesgericht insofern vorgenommen, als es auch *öffentliche Interessen als Rechtfertigung*

⁴ BGer, 4A_584/2016, 16.2.2017.

⁵ Zur Frage von Mindestlöhnen in der Schweiz vgl. THOMAS GEISER, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, St. Gallen/Lachen 1998, 809 ff.

⁶ BGer, 2C_774/2014, 21.7.2017, E. 5 ff. (zur Publikation bestimmt).

⁷ BGer, 2C_774/2014, 21.7.2017, E. 5.2. (zur Publikation bestimmt).

⁸ BGer, 2C_774/2014, 21.7.2017, E. 5 ff. (zur Publikation bestimmt).

⁹ BGE 131 III 615 E. 5.2; 139 III 155 E. 3.1; 141 III 407 E. 4.3.1; 142 III 381 E. 2.1; 142 III 456 E. 3.1; BGer, 4A_28/2009, 26.3.2009, E. 2.3.

¹⁰ FAA 377 konkretisieren, BGer, 4A_216/2017, 23.6.2017.

¹¹ Art. 328 OR.

¹² Art. 328b OR.

tigung zugelassen hat.¹³ In diesem ersten Entscheid hatte das Bundesgericht noch offengelassen, ob das *private Interesse der Bank an ihrem Weiterbestehen*, falls dieses durch ein Strafverfahren in den USA gefährdet wäre, indirekt als öffentliches Interesse geschützt sein und die Weitergabe persönlicher Daten der Mitarbeiter an die US-Behörden rechtfertigen könnte.¹⁴

Diese Frage stellte sich in einem weiteren Fall, in dem es um die *Datenlieferung in die USA* ging. Mit Schreiben vom 24. April 2014 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie beabsichtige dem *United States Department of Justice* (DoJ) im Rahmen des US-Programms die Namen aller Mitarbeitenden zu melden, welche mit Konten mit US-Bezug zu tun gehabt hätten. Auch der Kläger falle unter die Personengruppe. Übermittelt würden «Name und Vorname» sowie «Funktion bzw. ehemalige Funktion» innerhalb der Beklagten. In einer späteren Phase müssten von der Beklagten «möglicherweise Einzelbelege, Kontoauszüge usw. zu einzelnen Kundenbeziehungen geliefert werden». Auf solchen Belegen «könnte dann systemmässig Ihr Name stehen». Der Kläger konnte Einsicht in die Akten nehmen. Dabei stellte sich heraus, dass die US-Behörden über insgesamt acht Kontobeziehungen (unter Angabe des Eröffnungsdatums, des Beendigungsdatums und des Höchstbetrages in USD) orientiert werden sollen. Der Kläger hatte in diesen Kontobeziehungen als «Relationship Manager» fungiert. Der Kläger widersetzte sich der Herausgabe seiner Daten mit Erfolg. Das Bundesgericht liess auch in diesem Fall die entscheidende Frage offen, weil *nicht nachgewiesen* war, dass die Nichtlieferung der Daten für das Bankinstitut im Rechtsstreit mit den USA *tatsächlich entscheidende Auswirkungen* habe.¹⁵ Auch wenn entsprechende zivilgerichtliche Urteile die *Rechtshilfebehörden* nicht binden, *müssen diese die Argumentation des Zivilgerichts prüfen*. Der betroffene Mitarbeiter hat ausserdem ein schutzwürdiges Interesse, die Begründung zu kennen, weshalb die Bundesverwaltung im Rahmen des Amtshilfegesuches zu einer anderen Interessenabwägung gelangt, und kann diese vom Verwaltungsgericht überprüfen lassen. Die Beschwerde des Mitarbeiters gegen die Weitergabe seiner Daten im Rechtshilfeverfahren wurde vom Bundesverwaltungsgericht und anschliessend vom Bundesgericht geschützt.¹⁶

F. Vertrauensarzt

Eine gesundheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit hat bezüglich der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin und des Kündigungsschutzes Bedeutung. Die Arbeitsunfähigkeit hat der Arbeitnehmer nachzuweisen. Das geschieht im Bestreitungsfall mit einem Arztzeugnis, was allerdings kein Beweismittel im Sinne der ZPO ist, sondern eine *blosse Parteibehauptung*; je nach Ausführlichkeit kann es sich um ein Parteigutachten handeln. Zweifelt die Arbeitgeberin an der Richtigkeit des Zeugnisses, kann sie einen *Arzt ihres Vertrauens* zuziehen.¹⁷ Eine *Obliegenheit* des Arbeitnehmers, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, setzt allerdings eine entsprechende *vertragliche Vereinbarung* voraus; allenfalls kann sie auch *aus der Treuepflicht abgeleitet* werden.¹⁸ Voraussetzung für die Zulässigkeit einer vertrauensärztlichen Untersuchung ist jedoch, dass *objektive Anhaltspunkte für einen Zweifel* an der Richtigkeit des Zeugnisses bestehen und die Massnahme *verhältnismässig* ist.¹⁹ Weitergehende vertragliche Regelungen sind mit Blick auf Art. 328b OR nur zulässig, wenn die Konsultationspflicht für die Durchführung des Arbeitsvertrages nicht nur nützlich, sondern notwendig ist, oder aber die entsprechende Klausel zugunsten des Arbeitnehmers ausgestaltet ist.²⁰

Die Arbeitgeberin erhält von ihrem Vertrauensarzt lediglich Bescheid über die Arbeitsfähigkeit, also *keinen Befund und keine Diagnose*.²¹ Der Vertrauensarzt untersteht der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber der Arbeitgeberin, auch wenn er zu ihr in einem Auftragsverhältnis steht. Dies hielt das Bundesgericht in einem Fall fest,²² in dem der Vertrauensarzt seine «vertrauensärztliche Beurteilung der Arbeitsfähigkeit» des Arbeitnehmers der Arbeitgeberin zukommen liess, wobei der Umfang und der Detaillierungsgrad der Beurteilung den Rahmen eines Zeugnisses über eine vertrauensärztliche Untersuchung nach Ansicht der Staatsanwaltschaft bei Weitem sprengte. Das Bezirksgericht Zürich erklärte den Vertrauensarzt der Verletzung des Berufsgeheimnisses

¹³ BGer, 4A_83/2016, 20.9.2016, E. 3.3.1 und 3.3.4.

¹⁴ BGer, 4A_83/2016, 20.9.2016, E. 3.4; 4A_73/2017, 26.7.2017.

¹⁵ BGer, 4A_73/2017, 26.7.2017.

¹⁶ BGer, 2C_792/2016, 23.8.2017, zur Publikation bestimmt.

¹⁷ Der Begriff Vertrauensarzt ist in diesem Zusammenhang nicht i.S.v. Art. 57 KVG zu verstehen.

¹⁸ BGE 125 III 70 E. 3c; BGer, 4A_140/2009, 12.5.2009; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2015, N 434; ausführlich zum Ganzen: MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2014, 163 ff.

¹⁹ GEISER/MÜLLER (FN 18), N 434; STENGEL (FN 18), 182, 191 und 217.

²⁰ STENGEL (FN 18), 207.

²¹ Art. 328 OR; GEISER/MÜLLER (FN 18), N 435; STENGEL (FN 18), 269 ff.

²² BGer, 6B_1199/2016, 4.5.2017, zur Publikation bestimmt.

schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 160. Das Bundesgericht bestätigte die Verurteilung, weil auch der von einem Arbeitgeber bestellte Vertrauensarzt dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB unterstellt sei. Ob und in welchem Umfang der Arzt dem Arbeitgeber berichten dürfe, hänge davon ab, ob er seitens des Arbeitnehmers vom Geheimnis entbunden worden sei. Der Arbeitnehmer ermächtigte den Beschwerdeführer schriftlich, «zuhanden von Kostenträger (Krankenkasse, Unfallversicherung, IV, Taggeldversicherung, Behörden etc.) sowie Drittpersonen (Arbeitgeber etc.) ärztliche Zeugnisse zu verfassen». Dies bedeute jedoch keine vollständige Entbindung vom Arztgeheimnis. Der Vertrauensarzt dürfe dem Arbeitgeber nur so weit Auskunft erteilen, als er vom Arztgeheimnis befreit sei, was in der Regel durch den Wunsch des Arbeitnehmers erfolge, dem Arbeitgeber ein Arztzeugnis zuzustellen. Das Arztzeugnis hat sich dabei auf die *Angaben eines einfachen Arztzeugnisses zu beschränken, das Tatsache, Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit* enthalte sowie die Antwort auf die Frage, ob es sich um eine *Krankheit oder einen Unfall* handelt. Nur diese Angaben seien zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich. Die Diagnose dürfe nicht erhoben werden. Das Bundesgericht hielt explizit fest, dass es keine Rolle spiele, ob der Arbeitnehmer sah, dass eine umfassende Untersuchung vorgenommen worden ist, oder dass er nicht explizit gegen die Weitergabe von Informationen an die Arbeitgeberin opponiert habe. Er durfte davon ausgehen, dass die Informationsweitergabe in dem durch Art. 328b OR konkludent abgesteckten Rahmen erfolge. Mit der Weitergabe des gesamten Berichts war damit der objektive Tatbestand der Verletzung des Berufsgeheimnisses erfüllt.

G. Haftung der Arbeitgeberin

Im Gegensatz zur Haftung des Arbeitnehmers hat die Haftung der Arbeitgeberin im Arbeitsvertragsrecht keine eigenständige Regelung gefunden. *Massgebend ist damit Art. 97 ff. OR*. Ein Verschulden wird somit vermutet. Die Haftung kann sich auch aus dem Fehlverhalten eines Mitarbeiters oder eines Organs bei einer juristischen Person ergeben.²³ Damit die Arbeitgeberin haftet, muss allerdings immer neben dem Schaden und dem adäquaten Kausalzusammenhang eine Vertragsverletzung nachgewiesen werden. Diese liegt *häufig in der Verletzung der vertraglichen Fürsorgepflicht*,²⁴ welche im Bereich des Gesundheits-

schutzes durch öffentlich-rechtliche Normen konkretisiert wird.²⁵

Ein als polyvalenter Elektriker angestellter Arbeitnehmer hatte zusammen mit einem anderen Arbeitnehmer eine 20 bis 30 kg schwere Vorhangstange auf ungefähr 3,6 Meter Höhe zu montieren. Als Arbeitsinstrumente hatten die beiden Arbeitnehmer eine einfache Leiter, eine Doppelleiter und eine Rollbrücke, die Montage beanspruchte allerdings ungefähr eine Stunde. Der Elektriker, der die einfache Leiter verwendete und mit einer Hand die Leiter und mit der anderen die Vorhangstange hielt, stürzte. Er erlitt mehrere Verletzungen. Das Bundesgericht schützte seine Schadenersatzklage. Es hielt der Arbeitgeberin vor, dass dieses Vorgehen mehrere Richtlinien der EKAS und der SUVA²⁶ verletzte. Insbesondere muss ein *Arbeitnehmer sich auf einer Leiter mit beiden Händen festhalten und darf nicht eine Hand zum Arbeiten verwenden*. Der Arbeitgeberin nützte auch nichts, dass ihre Mitarbeiter schon immer bei dieser Arbeit so vorgegangen waren und der Verunfallte die Rollbrücke hätte verwenden können. Die Verantwortung für die Einhaltung der Arbeitsplatzsicherheit verbleibt der Arbeitgeberin. Es ist an ihr, die Arbeitsplatzgefahren zu identifizieren und klare Weisungen zur Verhinderung von Unfällen zu geben.²⁷

H. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

1. Kündigung befristeter Arbeitsverhältnisse

Während im Ausland befristete Arbeitsverhältnisse als prekär gelten, bieten diese im schweizerischen Recht dem Arbeitnehmer eine *hohe Arbeitsplatzsicherheit*, weil das Arbeitsverhältnis während der festen Dauer nicht einer Kündigung unterliegt, hingegen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis grundsätzlich jederzeit unter Einhaltung der regelmässig relativ kurzen Kündigungsfrist aufgelöst werden kann. Allerdings kann unklar sein, ob das Arbeitsverhältnis tatsächlich befristet ist und ob die Parteien bis zum Ablauf der Frist die Möglichkeit einer Kündigung tatsächlich ausschliessen wollten. Die Parteien können mit der entsprechenden Regelung auch nur den Kündigungsschutz verstärkt haben wollen.

Diese Auslegungsfragen hatte das Bundesgericht in einem Fall zu beurteilen, in dem ein Arbeitnehmer (und vorgängiger Besitzer) einer Automobilgarage mit seiner

²³ Art. 101 OR und Art. 55 ZGB.

²⁴ Art. 328 OR.

²⁵ Art. 6 ArG (Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11]) und die sich darauf stützende Verordnung ArGV 3 (Gesundheitsschutz) vom 18. August 1993 (SR 822.113).

²⁶ «Zehn lebenswichtige Regeln für Gewerbe und Industrie».

²⁷ BGer, 4A_21/2016, 13.6.2016.

Arbeitgeberin (und jetzigen Besitzerin der Automobilgarage) einen befristeten Arbeitsvertrag über die Dauer von acht Jahren abgeschlossen hatte, da er nach dem Verkauf der Garage weiterhin für diese tätig sein wollte. Allerdings war er bei Abschluss des Vertrages *bereits 72 Jahre alt*. Knapp ein Jahr später wurde dem Arbeitnehmer aufgrund seiner *reduzierten Leistungsfähigkeit gekündigt*, woraufhin er eine Entschädigung von CHF 510'000 aus Arbeitsvertrag geltend machte. Im Arbeitsvertrag hielten die Parteien fest, dass eine *Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur möglich* sei, wenn eine Partei *begründeten Anlass* dazu gebe. Im Übrigen wurde vereinbart, dass der Arbeitnehmer seiner bisherigen *Arbeit nachgehe, solange er dazu in der Lage sei*. Das Bundesgericht bestätigte das Urteil der Vorinstanz, welche festhielt, dass zwar der rechtsunkundige Arbeitnehmer nicht habe damit rechnen müssen, dass aufgrund seines gesundheitlichen Zustandes das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt werden kann, die *Kündigung aber gerechtfertigt* sei, da die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers eingeschränkt war. Da im Arbeitsvertrag nur verschärfte Kündigungsvoraussetzungen vorgesehen waren, die Parteien es jedoch unterliessen, vom Gesetz abweichende Folgen einer solchen Kündigung vorzusehen, wurde dem Arbeitnehmer auch keine Entschädigung zugesprochen.²⁸

2. Kündigungsschutz

a. Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

Die *arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit* hat in den letzten Jahren nicht nur in der Lehre, sondern auch in der Judikatur zu verschiedenen Auseinandersetzungen geführt. Art. 336c OR sieht vor, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer während einer im Gesetz umschriebenen beschränkten Zeit nicht künden kann, wenn er «durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist». Gesetzgeberisches Hauptmotiv dieses Kündigungsschutzes ist offensichtlich, dass der kranke Arbeitnehmer nur schwierig eine neue Stelle suchen kann. Mit Blick auf diesen Zweck vertritt die Lehre in der deutschen Schweiz gestützt auf BGer 4A_391/2016 vom 8. November 2016, dieser Schutz bestehe bei einer bloss arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit nicht. Von der französischsprachigen Lehre wird diese Auffassung allerdings bestritten. Diese kann sich dafür nunmehr auf einen Entscheid der *Cour de Justice* des Kantons Genf stützen. Konkret war ein Arbeitnehmer im Zeitpunkt seiner fristlosen Kündigung nur arbeitsplatz-

bezogen arbeitsunfähig. Die Arbeitgeberin erachtete deshalb die Sperrfrist von Art. 336c OR als nicht anwendbar. Die Genfer *Cour de Justice/Chambre des prud'hommes* hat diese Frage jedoch bejaht.²⁹

In der Tat lässt sich dem Gesetzestext keine entsprechende Einschränkung des Kündigungsschutzes entnehmen. Zudem würde auch der Ausschluss von arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeiten vom Kündigungsschutz eine Vielzahl weiterer Fragen aufwerfen. Schon die Abgrenzung dürfte Schwierigkeiten bereiten: Geht es nur um die Verhinderung der Arbeit am konkreten Arbeitsplatz oder auch um die Verhinderung an der konkreten Arbeit am Arbeitsplatz? Zudem gibt es Gesundheitsbeeinträchtigungen, welche die Arbeit hindern (z.B. ein Beinbruch), und solche, welche die Stellensuche beeinträchtigen (z.B. eine Krebserkrankung). Der Zusammenhang des Kündigungsschutzes mit der Beeinträchtigung der Stellensuche ist überdies im Gesetz nicht vorgesehen. Der Schutz besteht unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer eine neue Stelle suchen will. Neben der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit kann es auch die *arbeitsplatzbezogene Arbeitsfähigkeit* geben. Eine schwer übergewichtige, offensichtlich herzkrankte Person ist unter Umständen am bisherigen Arbeitsplatz noch arbeitsfähig, wird aber kaum mehr neu angestellt werden. Käme es auf die Beeinträchtigung bei der Stellensuche an, müsste hier der Kündigungsschutz auch gelten. Damit entstünde aber eine kaum praktikable Rechtsunsicherheit. Schliesslich ist zu beachten, dass zwischen *arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit* und *arbeitsplatzbedingter Arbeitsunfähigkeit* zu unterscheiden wäre. Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeiten gehen meistens auf einen schweren Konflikt am Arbeitsplatz zurück. Die Eskalation hat zur Folge, dass die betroffene Person den Vorfall psychisch zuerst verdauen muss. Während dieser Zeit ist sie in der Regel nicht nur arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähig, sondern arbeitsplatzbedingt zu gar keiner Arbeit fähig. Nach einer gewissen (möglicherweise relativ kurzen) Erholungszeit ist sie dann zwar noch immer nicht in der Lage, an den bisherigen Arbeitsplatz zurückzukehren, sehr wohl aber an einem anderen Ort zu arbeiten. Erst jetzt ist sie nur arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähig. Der Kündigungsschutz müsste folglich in jedem Fall am Anfang der Arbeitsunfähigkeit spielen.

Zu beachten ist im Weiteren der Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR: Eine unterschiedliche Auslegung der beiden Schutzvorschriften lässt sich kaum begründen. Gilt der Kündigungsschutz

²⁸ BGer, 4A_496/2016, 8.12.2016.

²⁹ CAPH/24/2017 vom 13. Februar 2017, 11 f.

nicht bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit, kann dann auch kein Anspruch auf Lohnfortzahlung bestehen. Das stünde im Einklang mit vielen Taggeldversicherungen, welche in diesen Fällen nicht bezahlen. Da bei diesen Versicherungen aber Vertragsfreiheit besteht, kommt es immer auf die Bestimmungen in den konkreten Versicherungspolicen an. Versicherungen werden allerdings kaum bereit sein, dieses Risiko mitzuversichern. Das ist durchaus auch sinnvoll: Die Verantwortung für eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit lässt sich meistens nicht einer Seite allein zuschieben. Es handelt sich nicht nur um komplizierte Arbeitnehmer, sondern regelmässig auch um Führungsfehler der Arbeitgeberin. Diese Kosten auf die Versichertengemeinschaft abzuwälzen, schafft Fehlanreize.

Eine klare Rechtsprechung zu dieser Frage besteht bis jetzt nicht. Kantonale Urteile gehen in beide Richtungen und das Bundesgericht hat sich bis anhin nicht klar ausgesprochen. Damit ist mit Kündigungen während einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit Vorsicht geboten.

b. Schwangerschaft

Während der ganzen Schwangerschaft und während 16 Wochen nach der Niederkunft geniesst die Arbeitnehmerin einen Kündigungsschutz.³⁰ Die Regelung scheint klar. Es fragt sich aber, wann die Schwangerschaft beginnt.

Einer Arbeitnehmerin wurde per 31. März 2011 gekündigt. Nach vermeintlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses informierte die Arbeitnehmerin ihre Arbeitgeberin am 5. Mai 2011 darüber, dass sie schwanger sei. Strittig war vorliegend vor allem die Frage, ob eine Schwangerschaft bereits mit der Befruchtung der Eizelle (welche erwiesenermassen vor 24 Uhr des 31. März 2011 stattgefunden hatte) vorliegt oder erst mit der Einnistung der befruchteten Eizelle in der Gebärmutterwand. Das Bundesgericht entschied, dass im Arbeitsrecht – abweichend vom Strafrecht – eine Schwangerschaft bereits ab dem Zeitpunkt der Befruchtung vorliegt und somit auch ab diesem Zeitpunkt der Kündigungsschutz greift.³¹

c. Sachlicher Kündigungsschutz

Art. 336 OR enthält eine nicht abschliessende Aufzählung, in welchen Fällen eine allfällige Kündigung missbräuchlich ist. So erwähnt Abs. 1 explizit, dass eine Kündigung missbräuchlich ist, wenn eine Partei sie ausspricht, «weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze

eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb» (lit. b), oder «weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht» (lit. d).

In seinem Entscheid vom 19. Januar 2017 befasste sich das Bundesgericht mit einem Fall, bei welchem einem Arbeitnehmer gekündigt wurde, nachdem er vom zuständigen Arbeitskollegen die Rückzahlung von Auslagen forderte, ohne allerdings Belege vorweisen zu können. Offenbar hat er diesen dann beschimpft und verbal angegriffen, worauf dieser sich – auch mit körperlicher Gewalt – wehrte. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass hier kein Fall einer missbräuchlichen Kündigung vorlag, da der Arbeitnehmer unabhängig davon, ob er einen gerechtfertigten Anspruch geltend machte oder nicht, *durch die Art und Weise*, wie er das machte, einen Grund für die ordentliche Kündigung gesetzt hatte.³²

3. Fristlose Kündigung

a. Bedenkfrist

Das Aussprechen einer fristlosen Kündigung ist dann gerechtfertigt, wenn ein Grund vorliegt, der das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien dermassen erschüttert, dass eine weitere Zusammenarbeit und damit auch die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar sind. Dementsprechend kann zwischen dem auslösenden Ereignis bzw. dem Entdecken desselben nicht zu lange abgewartet werden, um die fristlose Kündigung auszusprechen. Anderenfalls ist davon auszugehen, dass eine weitere Zusammenarbeit mindestens bis Ende der ordentlichen Kündigungsfrist möglich gewesen wäre.

Eine Arbeitgeberin hatte vier Arbeitstage plus ein Wochenende verstreichen lassen, bevor sie die fristlose Kündigung gegen einen Arbeitnehmer aussprach, welcher sie über ein anderes Unternehmen konkurrierte. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass bei einem Vollzeitangestellten, welcher seine Arbeitgeberin konkurriert, ein schwerwiegender Grund gegeben ist und eine fristlose Kündigung grundsätzlich gerechtfertigt ist. Zudem hielt es fest, dass in einem solchen Fall eine Bedenkfrist von vier Tagen nicht zu lange sei und die Kündigung auch nach dieser Zeit noch ausgesprochen werden kann.³³

b. Ausmass der Vertrauensstörung

Um eine gerechtfertigte fristlose Kündigung auszusprechen, muss das Vertrauensverhältnis zwischen den Partei-

³⁰ Art. 336c Abs. 1 lit. c OR.

³¹ BGer, 4A_400/2016, 26.1.2017.

³² BGer, 4A_217/2016, 19.1.2017.

³³ BGer, 4A_559/2016, 18.1.2017.

en dermassen erschüttert sein, dass eine weitere Zusammenarbeit nicht zugemutet werden kann.

Es liegt auf der Hand, dass eine *Arbeitsverweigerung* eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann. Grundsätzlich bedarf es vorher aber einer Abmahnung oder deren Nutzlosigkeit muss von vornherein feststehen.³⁴ Ein als Sicherheitsangestellter tätiger Arbeitnehmer erschien unentschuldigt nicht zur Arbeit und reagierte auch auf mehrfache Telefonate der Arbeitgeberin auf das geschäftliche Mobiltelefon nicht. Die Arbeitgeberin kündigte ihm am dritten Tag der unentschuldigten Absenz fristlos. Noch am gleichen Tag stellte der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin ein Arztzeugnis zu, worin ihm eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit zu 100 % für die gesamte Zeit attestiert wurde. Der Arbeitnehmer focht die Kündigung vergeblich an. Das Bundesgericht leitete aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers eine Pflicht zur Meldung einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ab dem ersten Tag ab. Bei einer im Sicherheitsbereich arbeitenden Unternehmung gelte diese verstärkt. Dementsprechend sei eine unentschuldigte *Absenz von drei Tagen ein Grund für eine gerechtfertigte fristlose Kündigung*.³⁵

Wie das Bundesgericht selbst festhält, kann das krankheitsbedingte Fernbleiben von der Arbeit selbst nie ein Grund für eine fristlose Entlassung sein.³⁶ Der Grund konnte damit nur in der *Nichtmeldung* liegen. Auch wenn es ohne Zweifel zutrifft, dass ein Arbeitnehmer der Arbeitgeberin *mitzuteilen hat, wenn er krankheitsbedingt arbeitsunfähig* ist und deshalb nicht zur Arbeit erscheint, kann dies meines Erachtens nicht ohne Verwarnung eine fristlose Entlassung rechtfertigen. Zutreffender wäre es gewesen, keinen wichtigen Grund anzunehmen und damit dem Arbeitnehmer den Lohn während der Kündigungsfrist zuzusprechen, jedoch von einer Strafzahlung abzusehen, weil die Arbeitgeberin im Zeitpunkt der Kündigung nicht wissen konnte, dass der Arbeitnehmer zulässigerweise der Arbeit ferngeblieben war.

Bei einer Kassiererin eines Supermarktes wurden anlässlich einer Mitarbeiterkontrolle am Ausgang der Filiale zwei Packungen Vollkorncracker und zwei Packungen Aufschnitt gefunden worden, welche sie *nicht bezahlt* hatte. Tags darauf wurde sie zu einem Gespräch mit dem Regionalleiter des Sicherheitsdienstes berufen und gleichentags wurde ihr fristlos gekündigt.

Es fragte sich, ob die Tat mit Blick auf den geringen Wert der Gegenstände geeignet ist, das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin derart zu erschüttern, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Dies kann nicht allgemein bewertet werden, sondern muss jeweils *mit Blick auf den Einzelfall* geschehen. Grundsätzlich geht es bei einem solchen Delikt aber nicht um den Wert des Diebesguts, sondern um die Tat als solche. Kommt hinzu, dass die Arbeitnehmerin als Kassierin und Stellvertreterin der Arbeitgeberin für die Kontrolle des Warenhandels, für einen reibungslosen Verkaufsabschluss sowie den Zahlungsverkehr an der Kasse verantwortlich war. Sie hatte damit eine besondere Vertrauensstellung inne. Der erfolgte Diebstahl bedeutet eine schwere Verfehlung im Kernbereich ihrer Aufgaben und rechtfertigte eine fristlose Kündigung auch ohne vorgängige Verwarnung. Erschwerend kam hinzu, dass laut internem Betriebsreglement im Falle eines Diebstahls eine fristlose Kündigung bereits angedroht wurde. Für das Bundesgericht war die fristlose Kündigung somit gerechtfertigt.³⁷ Mit Blick auf die berufliche Stellung ist der Entscheid wesentlich überzeugender als jener, in dem das Bundesgericht den Diebstahl einer Weinflasche von geringem Wert durch einen Kellner aus dem Warendepot als für eine fristlose Kündigung ausreichend betrachtet hatte.³⁸

Ein *Berufschaffeur* hatte einen *Unfall verursacht*, weil er mit 11 km/h über ein Stoppsignal hinaus auf die Strasse fuhr. Die von ihm benachrichtigte Polizei entzog ihm noch am Unfallplatz den Führerausweis. Im Arbeitsvertrag war zudem festgehalten, dass eine grobe Verletzung der Strassenverkehrsvorschriften zu einer fristlosen Kündigung führen kann. Der Berufschaffeur machte unter anderem gegen die fristlose Kündigung geltend, der Führerausweis sei ihm sechs Tage später provisorisch wieder ausgehändigt worden, womit er zumindest bis zum Ende der ordentlichen Kündigung hätte arbeiten können. Das Bundesgericht schützte die fristlose Entlassung. Zwar sei eine Vereinbarung bezüglich der möglichen Gründe einer fristlosen Kündigung nicht rechtsverbindlich. Es liege nicht in der Befugnis der Vertragsparteien, mittels vertraglicher Abrede zwingende Gesetzesvorschriften abzuändern. Das Bundesgericht kam aber zum Schluss, dass vorliegend – auch wenn sich der Chauffeur nach dem Unfall vorbildlich verhalten hatte – eine die fristlose Kündigung rechtfertigende Verletzung des Vertrauensverhältnisses vorliege.³⁹

³⁴ Vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zürich 2012, Art. 337 OR N 5d.

³⁵ BGer, 4A_521/2016, 1.12.2016.

³⁶ BGer, 4A_521/2016, 1.12.2016, E. 3.4.

³⁷ BGer, 4A_177/2017, 22.6.2017.

³⁸ BGer, 4A_228/2015, 29.9.2015.

³⁹ BGer, 4A_625/2016, 9.3.2017.

Obgleich eine *Mitarbeiterin in einem Pflegeheim* in ihrem Nachtdienst bei einer Patientin mehrere Anzeichen einer lebensbedrohenden Verschlechterung des Gesundheitszustandes feststellte, rief sie nicht den Nachtdienst. Dies widersprach den der Mitarbeiterin sehr wohl bekannten diesbezüglich klaren Regelungen. Am nächsten Morgen rief die Patientin ihren Sohn an, der sie dann sofort ins Spital transferieren liess, wo sie starb. Das Pflegeheim kündigte der Mitarbeiterin *fristlos, weil sie elementare Weisungen, welche die Sicherheit der Bewohner garantieren sollten, nicht befolgt hatte*. Das Bundesgericht schützte die fristlose Kündigung. Es sei ohne Bedeutung, ob die Fehlleistung der Mitarbeiterin für den Tod der Patientin kausal gewesen sei oder nicht. Ein Nichtbefolgen von klaren Weisungen zum Schutze der Bewohner in einem Pflegeheim sei eine derart schwere Pflichtverletzung, dass sich die fristlose Kündigung auch gegenüber einer 58-jährigen Mitarbeiterin rechtfertige, ohne dass die Arbeitgeberin nach einer milderen Massnahme hätte suchen müssen.⁴⁰

Ebenfalls als gerechtfertigt sah das Bundesgericht eine fristlose Entlassung eines Mitarbeiters mit Leitungsfunktion an, der sich selbst eine Lohnbescheinigung für den Abschluss eines Mietvertrages unter *Fälschung der Unterschrift* eines Vorgesetzten ausstellte. Hintergrund war, dass er eine Bestätigung seines Lohnes ohne Erwähnung der bestehenden Lohnpfändung wollte. Das Bundesgericht befand, dass der Entlassene *«a démontré un manque de probité, qui apparaît comme une violation de ses obligations contractuelles de fidélité et de loyauté, quand bien même le comportement incriminé n'intervenait pas dans l'exécution de son travail»*. Erschwerend kam dazu, dass er vorher schon einmal gerügt worden war, weil er auf einer Quittung für eine von ihm zulasten der Arbeitgeberin korrekt ausgeführte Zahlung den Betrag ergänzt hatte, da er für eine weitere (korrekte) Zahlung an dasselbe Unternehmen keine zweite Quittung erhalten hatte.⁴¹ Dem Kläger nützte auch der Umstand nichts, dass er vor der fristlosen Entlassung *nicht in Gegenwart eines Mitglieds der Personalkommission angehört* worden sei, was seine Persönlichkeit schwer verletzt habe.⁴² Das Bundesgericht hielt fest, dass kein Anspruch darauf bestehe, sich von einem Vertreter der Personalkommission assistieren zu lassen.⁴³

Nachdem ein Arbeitnehmer nach den Ferien erst mit Verzögerung die Arbeit wieder aufgenommen hatte, woll-

te der Arbeitgeber die Gründe für die längere Abwesenheit kennen. Der Arbeitnehmer beschimpfte den Arbeitgeber als *«gros con»* und *«pédé»* und verhielt sich sehr aggressiv. Die Auseinandersetzung wurde erst durch das Eingreifen einer Drittperson beendet. Nachdem beide kantonalen Instanzen die fristlose Entlassung als nicht gerechtfertigt bezeichnet hatten, hiess das Bundesgericht eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde – der Streitwert für die Beschwerde in Zivilsachen war nicht gegeben – gut und schützte die fristlose Entlassung.⁴⁴ Der Entscheid verwundert. Welcher Ton in einem Arbeitsverhältnis noch als angemessen angesehen werden muss, können die kantonalen Sachgerichte weit besser beurteilen als das Bundesgericht. Hier wäre eine grosse Zurückhaltung mit der Annahme von Willkür angebracht.

Auch im Bereich des *öffentlichen Personalrechts* hatte das Bundesgericht eine fristlose Kündigung geschützt. Einem *Mitarbeiter der SBB* wurde *nach 22 Jahren untadeliger Arbeit fristlos gekündigt*, weil er während der Arbeitszeit im Zeitraum von 17 Tagen während mehr als 80 Stunden auf Pornoseiten surfte, welche teilweise sogar strafrechtlichen Inhalt hatten. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass auch nach so langer Tätigkeit das Vertrauensverhältnis derart zerstört sei, dass eine fristlose Kündigung in dem Fall gerechtfertigt sei.⁴⁵

c. Umwandlung in ordentliche Kündigung?

Ein Arbeitnehmer war aufgrund eines gegen ihn *laufenden Disziplinarverfahrens* mit sofortiger Wirkung provisorisch vom Dienst suspendiert worden. Für diese Zeit wurde ihm auch kein Lohn ausbezahlt. Als sich im Anschluss herausstellte, dass die Vorwürfe gegen den Arbeitnehmer haltlos waren, wollte die Arbeitgeberin auf ihren eigenen Entscheid zurückkommen. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass es sich hierbei – unabhängig, wie das Ganze kommuniziert wurde – letztlich um eine fristlose Kündigung handle. Eine Kündigung ist eine formale, empfangsbedürftige Willenserklärung, welche nicht einseitig rückgängig gemacht werden kann. Entsprechend *kann auch eine fristlos ausgesprochene Kündigung nicht nachträglich einseitig in eine ordentliche Kündigung umgewandelt werden*. Da vorliegend kein ausreichender Grund für eine fristlose Kündigung gegeben war, wurde dem Arbeitnehmer eine entsprechende Entschädigung zugesprochen.⁴⁶

Der Fall zeigt einmal mehr die *Problematik der Verdachtskündigungen*. Die Arbeitgeberin ist in der prekären

⁴⁰ BGer, 4A_659/2015, 28.6.2016.

⁴¹ BGer, 4A_515/2015, 21.6.2016.

⁴² Art. 328 OR.

⁴³ BGer, 4A_515/2015, 21.6.2016, E 4.

⁴⁴ BGer, 4D_79/2016, 23.3.2017.

⁴⁵ BGer, 8C_79/2016, 30.6.2017 (zur Publikation bestimmt).

⁴⁶ BGer, 4A_372/2016, 2.2.2017.

Situation, das Risiko der Ungewissheit zu tragen. Kündigt sie ordentlich, läuft sie Gefahr, den Lohn für die Kündigungsfrist auch bezahlen zu müssen, wenn sich nachher der Verdacht als zutreffend erweist. Kündigt sie fristlos, trägt sie das Risiko, dass sich der Verdacht nachher nicht bestätigt. Meines Erachtens wäre es richtiger **■** besser[?] > richtig/falsch = absolut **■**, bei einem begründeten Verdacht die fristlose Kündigung auch dann als gerechtfertigt anzusehen, wenn sich der Verdacht nachher als nicht zutreffend erweist. Art. 337b Abs. 2 OR erlaubt es, dem Gericht in diesen Fällen die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung unter Würdigung aller Umstände nach richterlichem Ermessen zu bestimmen. Das Gericht kann folglich auch bei einer gerechtfertigten fristlosen Entlassung dem Arbeitnehmer den Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigung zusprechen. Die Arbeitgeberin trifft dann aber weder der Makel einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung, noch kann sie zu einer Strafzahlung verurteilt werden.

d. Nachschieben von Kündigungsgründen

Ob bei einer fristlosen Entlassung die Arbeitgeberin an die einmal genannten Gründe gebunden ist oder weitere Gründe später in einem Prozess noch nachschieben kann, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten. Nachdem ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt hatte, sprach die Arbeitgeberin einen Monat später die fristlose Kündigung aus. Als Grund führte sie geschäftsschädigendes Verhalten gegenüber einer wichtigen Geschäftspartnerin an. In der nachfolgenden Auseinandersetzung mit dem Gekündigten schob die Arbeitgeberin als weiteren Grund für die fristlose Kündigung das unerlaubte Kopieren einer Festplatte nach.⁴⁷ Das Bundesgericht setzte sich in seinem Urteil mit der in der Lehre vertretenen Auffassung auseinander, dass nur Gründe nachgeschoben werden könnten, welche von gleicher Art wie der in der Kündigung genannte seien.⁴⁸ Diese Auffassung stütze sich aber auf eine falsche Übersetzung von BGE 121 III 467 E. 5a S. 473 in «Die Praxis».⁴⁹ Richtig sei vielmehr, dass jeder Grund berücksichtigt werden müsse, der nach

Treu und Glauben Grund für eine fristlose Kündigung hätte sein können, wenn der Kündigende ihn gekannt hätte.⁵⁰ Entscheidend sei stets, «ob aufgrund des bei der Kündigung genannten und des – allenfalls auch andersartigen – nicht bekannten, nachgeschobenen Grundes davon auszugehen ist, dass diese insgesamt einen hinreichenden Vertrauensverlust hätten bewirken können».⁵¹

e. Überwachung des Arbeitnehmers

Die Gründe für eine fristlose Entlassung lassen sich unter Umständen nur durch eine Überwachung des Arbeitnehmers feststellen. Unter welchen *Voraussetzungen* dies zulässig ist, regelt das schweizerische Recht nicht ausdrücklich. Vielmehr muss auf allgemeine Regeln zurückgegriffen werden. Entscheidend sind insbesondere die Regeln des *Datenschutzgesetzes*, die *Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin* sowie Art. 26 Abs. 1 ArGV 3, der den Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsysteme verbietet, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen. Dabei ist zu beachten, dass die ArGV 3 auch auf die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden sowie auf Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbstständige künstlerische Tätigkeit ausüben, auf Lehrer an Privatschulen sowie Lehrer, Fürsorger, Erzieher und Aufseher in Anstalten anwendbar ist.⁵²

Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* hat in einem Urteil vom 5. September 2017 nun auch noch aufgrund von Art. 8 EMRK Schranken gesetzt.⁵³ Der Gerichtshof spricht sich zwar nicht grundsätzlich gegen eine Überwachung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin aus, nennt aber klare Vorgaben für eine zulässige Überwachung. Hierzu gehören **■** umformuliert, auch Aufzählung > i.O.? **■**

- dass der Arbeitnehmer *im Voraus über die Möglichkeit* einer Überwachung sowie deren Art und Weise und den möglichen Umfang unterrichtet worden ist;
- dass bekannt sein muss, *unter welchen Voraussetzungen* und Umständen und aus welchen Gründen eine Überwachung *im Einzelfall* angeordnet werden kann;
- dass die Arbeitgeberin nur zum Mittel der Überwachung greifen darf, wenn keine weniger schwerwiegenden Mittel zur Verfügung stehen, das heisst, wenn die *Massnahme verhältnismässig* ist;
- dass der *Arbeitnehmer informiert* werden muss, dass die *Überwachung stattgefunden* hat.

⁴⁷ BGE 142 III 579.

⁴⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 34), Art. 337 OR N 19; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Basel 2014, Art. 337 OR N 14; CR CO I-AUBERT, Art. 337 N 14, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2. A., Basel 2012; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337 N 10, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A. Zürich/St. Gallen 2013, N 772.

⁴⁹ Pra 1996, Nr. 207, 804.

⁵⁰ BGE 124 III 25.

⁵¹ BGE 142 III 581.

⁵² Art. 3a ArGV.

⁵³ EGMR, *Bărbulescu gegen Rumänien*, Nr. 61496/08, Urteil (GK) vom 5.9.2017.

4. Aufhebungsvereinbarung

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, *nicht verzichten*.⁵⁴ Dennoch kann ein Arbeitsvertrag grundsätzlich immer mit einer gegenseitigen Aufhebungsvereinbarung beendet werden. Der Arbeitnehmer verzichtet dabei nicht nur auf künftigen Lohn, sondern wird auch der weiteren Arbeitspflicht enthoben. Es geht folglich nicht um einen einseitigen Verzicht, sondern um einen gegenseitigen Vergleich. Zu beachten ist allerdings, dass der Aufhebungsvertrag aufgrund des wegfallenden Kündigungsschutzes für den Arbeitnehmer *einschneidende Folgen* haben kann, zumal allenfalls auch ein Teil des Arbeitslosengeldes gekürzt wird.

Das Bundesgericht hatte zu prüfen, ob es sich bei einer vertraglichen Abmachung um eine reine Absichtserklärung handelte oder ob tatsächlich eine rechtsgültige Aufhebungsvereinbarung im Sinne eines echten Vergleichs zustande gekommen war. Im vorliegenden Fall wurde die *Kündigungsdauer um das doppelte überschritten*, der Arbeitnehmer erhielt einen *13. Monatslohn ausbezahlt*, obwohl er keinen Anspruch darauf hatte, und er erhielt zudem eine *einmalige Sonderzahlung* von beträchtlichem Umfang. Dementsprechend kam das Bundesgericht zum Schluss, dass keine Umgehung von zwingenden Vorschriften vorliege, sondern dass es sich um einen echten Vergleich und damit eine gültige Aufhebungsvereinbarung handle.⁵⁵

I. Sozialpläne

Das Bundesgericht hatte die Klage einer Arbeitnehmerin zu beurteilen, welche mit ihrer Arbeitgeberin einen Vergleich über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschlossen hatte und diesen nun anfocht. Sie machte *Täuschung* geltend, weil sie davon ausgegangen sei, die Arbeitgeberin bezahle keine Abgangsentschädigungen mehr. Es lag auch ein entsprechender Geschäftsleitungsbeschluss vor. Allerdings wurde dieser kurz nach der Beendigung des betroffenen Arbeitsverhältnisses wieder umgestossen, ohne dass dies der Arbeitnehmerin bei Abschluss des Vergleiches mitgeteilt worden wäre. Das Bun-

desgericht verneinte einen rechtlich relevanten Willensmangel und wies die Klage ab.⁵⁶

Die beklagte Arbeitgeberin hatte unter anderem geltend gemacht, eine Täuschung könne nicht angenommen werden, denn es wäre unsinnig anzunehmen, ein global tätiger Konzern könnte sich in Bezug auf künftige Reorganisationen und damit zusammenhängende Sozialpläne ein für alle Mal festlegen. Verhältnisse und Bedürfnisse könnten sich auch in Bezug auf Abgangsentschädigungen bei Umorganisationen rasch ändern; Grosskonzerne mit vielen Länder- und Gruppengesellschaften und diversifizierten Sparten müssten ihre *Handlungsfreiheit auch bezüglich künftiger Sozialpläne wahren*. Das Bundesgericht bekräftigte diese Überlegungen und schloss deshalb, dass die Arbeitgeberin damit rechnen musste, dass das Unternehmen auf seinen Entscheid zurückkommen kann, keine Abgangsentschädigungen auszurichten.⁵⁷

III. Kollektives Arbeitsrecht

A. Anwendungsbereich eines GAV

Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche eines allgemeinverbindlich erklärten GAV bereitet immer wieder Schwierigkeiten. Ein Unternehmen führte vor allem Materialtransporte im Baugewerbe durch. Dabei war sie Mitglied des ASTAG Schweizerischen Nutzfahrzeugverbandes, nicht aber Mitglied des Schweizerischen Baumeisterverbandes. Die mit dem Vollzug des GAV FAR beauftragte Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe war nun der Ansicht, dass dieses Unternehmen aufgrund seiner Tätigkeit bei der Stiftung FAR beitragspflichtig sei. Das Unternehmen vertrat demgegenüber die Ansicht, dass sie als reines Transportunternehmen nicht in den Geltungsbereich des GAV FAR falle. Gemäss Bundesgericht ist für den Geltungsbereich eines GAV das massgebliche Kriterium, welcher Branche ein Betrieb zuzuordnen ist. Dabei geht es vor allem um die *Tätigkeit, welche dem Betrieb das Gepräge gibt*. Nicht relevant ist demgegenüber der Handelsregistereintrag oder die Art und Weise, wie die Tätigkeit ausgeführt wird. Im zu entscheidenden Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass reine Transportunternehmen nicht vom Geltungsbereich des GAV FAR erfasst seien, da die Transporttätigkeit im GAV beim betrieblichen Geltungsbereich nicht aufgeführt werde.⁵⁸

⁵⁴ Art. 341 Abs. 1 OR.

⁵⁵ BGer, 4A_673/2016, 3.7.2017.

⁵⁶ BGer, 4A_23/2016, 19.7.2016.

⁵⁷ BGer, 4A_23/2016, 19.7.2016, E. 8.3.

⁵⁸ BGE 142 III 758.

B. Untersuchungskompetenz tripartiter Kommissionen

Tripartite Kommissionen beobachten den Arbeitsmarkt. Stellen sie fest, dass innerhalb einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden, so suchen sie eine *direkte Verständigung* mit den betroffenen Arbeitgebern. Gelingt dies innert zwei Monaten nicht, können sie der zuständigen Behörde den *Erllass eines Normalarbeitsvertrages vorschlagen*, der für die betroffenen Branchen oder Berufe Mindestlöhne vorsieht.⁵⁹ Um ihre Aufgabe erfüllen zu können, benötigt die Kommission eine Vielzahl von Informationen.

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, welche Unterlagen eine tripartite Kommission von einem Arbeitgeber herausfordern kann. Grund hierzu war eine Kontrolle einer Baustelle, welche von der Arbeitskontrollstelle für den Kanton Zürich durchgeführt wurde. Hierbei wurde auch ein portugiesischer Staatsangehöriger kontrolliert. Nach der Baustellenkontrolle forderte die Arbeitskontrollstelle zusätzliche Unterlagen bezüglich der Lohn- und Arbeitsbedingungen des Kontrollierten. Obwohl gemäss Art. 360b Abs. 5 OR die Untersuchungskompetenz von tripartiten Kommissionen auf Auskunft und Einsichtnahme in Betriebe beschränkt ist, erwog das Bundesgericht, dass gemäss Art. 8 BGSA⁶⁰ die Kommissionen sämtliche für die Untersuchung erforderlichen Unterlagen herausverlangen können und es nicht ersichtlich sei, weshalb den Kontrolleuren im Bereich der Schwarzarbeit andere Befugnisse zukommen sollten als beim Vollzug flankierender Massnahmen zum Schutz der schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen. Dementsprechend bejahte das Bundesgericht eine Verpflichtung der kontrollierten Unternehmen, den tripartiten Kommissionen alle für die Durchführung der Untersuchung notwendigen Unterlagen herauszugeben.⁶¹

IV. Öffentlicher Arbeitnehmerschutz

Ausländische Arbeitgeberinnen müssen den Arbeitnehmern, die sie in die Schweiz entsenden, mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen in den im Gesetz genannten Bereichen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten

Gesamtarbeitsverträgen und zwingenden Normalarbeitsverträgen garantiert werden. Sie müssen insbesondere die im Arbeitsgesetz vorgeschriebenen *Arbeits- und Ruhezeiten einhalten*.⁶²

Eine in den Niederlanden ansässige Gesellschaft entsandte zwei Arbeitnehmer auf eine Baustelle in die Schweiz. Bei einer Kontrolle der Baustelle durch die zuständigen Behörden wurde festgestellt, dass die Vorschriften zur wöchentlichen Höchstarbeitszeit nicht eingehalten wurden und ohne Bewilligung Sonntagsarbeit geleistet wurde. Nebst einer Busse wurde der Gesellschaft für die *Dauer eines Jahres untersagt*, weitere Arbeitnehmer in die Schweiz zu entsenden. Da das Bundesgericht davon ausging, dass es sich zumindest um einen eventualvorsätzlichen Verstoss handelte, bestätigte es letztinstanzlich den Entscheid mit der Begründung, dass nach Schweizer Recht die Möglichkeit bestehe, bei vorsätzlichen Verletzungen der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften auch ohne vorgängige administrative Verwarnung strafrechtlich vorzugehen.⁶³

V. Prozessrecht

Präteritum als Tempus korrekt? Teilklagen waren «in der berücksichtigten Zeitspanne» o.Ä.[?] im Bereich des Arbeitsrechts sehr beliebt. Mit Blick auf die Unentgeltlichkeit der arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert unter CHF 30'000 und den die[?] für diese Verfahren besonderen Prozessregeln⁶⁴ bestand die Möglichkeit, mit einer Teilklage von diesen prozessualen Vorteilen zu profitieren, auch wenn der eigentliche Streitwert wesentlich höher war. Ging es um eine Rechtsfrage, an deren autoritativen Klärung beide Parteien ein Interesse hatten, war es möglich, das Prozesskostenrisiko so zu minimieren. Allerdings hatte die Arbeitgeberin die Möglichkeit, dieses Vorgehen zu durchkreuzen, indem sie widerklageweise den Streitwert hochschnellen liess, sodass dann doch – je nach Regelung im kantonalen Recht – das ordentliche Verfahren zum Tragen kam. Seit Inkrafttreten der ZPO bzw. deren Art. 224 Abs. 1 ZPO war in einem Teil der Lehre die Auffassung vertreten worden, eine negative Feststellungsklage als Widerklage sei nur möglich, wenn sie im gleichen Verfahren zu behandeln ist wie die Klage

⁵⁹ Art. 360b Abs. 3 OR.

⁶⁰ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA; SR 822.41).

⁶¹ BGer, 2C_625/2016, 12.12.2016.

⁶² Art. 2 Abs. 1 lit. b EntsG (Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne [Entsendegesetz, EntsG; SR 823.20]).

⁶³ BGer, 2C_150/2016, 22.5.2017.

⁶⁴ aArt. 343 OR, aufgehoben mit Einführung der ZPO.

selbst. In einem Entscheid vom 13. Juni 2017 hat das Bundesgericht gegenteilig entschieden. Die negative Feststellungswiderklage als Reaktion auf eine echte Teilklage sei keine gewöhnliche Widerklage; mit ihr wolle die beklagte Partei nicht einen von der Klage nicht erfassten, unabhängigen Anspruch geltend machen, sondern sie wolle mit der Widerklage den umstrittenen Anspruch der klagenden Partei in seinem gesamten Betrag zum Gegenstand des hängigen Verfahrens machen. Art. 224 Abs. 3 ZPO stehe daher einer in Reaktion auf eine echte Teilklage erhobenen Feststellungswiderklage nicht entgegen,⁶⁵ auch wenn deren Streitwert dazu führe, dass nunmehr Klage und Widerklage im ordentlichen Verfahren durchzuführen sind. «Die Auffassung, wonach die negative Feststellungswiderklage bloss unter der Voraussetzung zulässig sein soll, dass auf sie aufgrund ihres Streitwerts die gleiche Verfahrensart anwendbar ist wie auf die Teilklage, erweist sich in diesem Sinne als bundesrechtswidrig.»⁶⁶

Problematisch wird die Teilklage, wenn *verschiedene Ansprüche* geltend gemacht werden, aber nur ein Teilbetrag eingeklagt wird. Dann stellt sich nämlich die Frage, auf welchen Anspruch der eingeklagte Teil angerechnet werden soll. Das Bundesgericht hat nun festgehalten, dass, immer wenn in einer Teilklage mehrere teilbare Ansprüche gegen denselben Schuldner gehäuft werden, zu präzisieren ist, in welcher Reihenfolge und/oder in welchem Umfang die einzelnen Ansprüche geltend gemacht werden.⁶⁷ Dank dieser Präzisierungen liegt dann keine alternative objektive Klagehäufung vor. Wird diese Präzisierung in der Klage nicht vorgenommen, genügt das Rechtsbegehren den Bestimmtheitsanforderungen der ZPO nicht und es ist nicht darauf einzutreten.⁶⁸

⁶⁵ BGer, 4A_576/2016, 13.6.2017, E. 4.3.3.

⁶⁶ BGer, 4A_576/2016, 13.6.2017, E. 4.4.

⁶⁷ So auch STEPHEN V. BERTI, Zur Teilklage nach Art. 86 ZPO der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2010*, Zürich 2010, 39 ff., 43; LORENZ DROESE, *Res iudicata ius facit*, Bern 2015, 347; BENEDIKT SUTER, Zur objektiven Klagenhäufung, insbesondere zur eventuellen Häufung nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, *BJM* 1997, 287 ff., 291 f.

⁶⁸ BGE 142 III 683 E. 5.4.