

Universität Bern, Zivilistisches Seminar

Prüfung per FS 2016

Prüfungsdatum 10. Juni 2016

**Musterlösung Prüfung Arbeitsrecht I
Individualarbeitsrecht**

Prof. Dr. Roland Müller

Vom Studierenden auszufüllen:

Matrikelnummer: _____

Ev. Bemerkungen: _____

Wichtige Hinweise für die Prüfungsteilnehmer:

- Dauer der Prüfung 120 Minuten ohne Pause
- Alle 5 Aufgaben werden gleich gewichtet (je max. 6 Punkte)
- Es gibt keinen Abzug für falsche Antworten
- Antworten nur auf die vorgegebenen Seiten schreiben
- Bitte Antworten klar strukturieren und leserlich schreiben
- Antworten Sie wo immer möglich unter Hinweis auf die relevanten Gesetzesartikel
- Hilfsmittel gemäss Merkblatt Prüfungen Arbeitsrecht
- Im Anhang ist der Jahreskalender 2016 abgedruckt

1. Aufgabe

Eine Schweizer Airline stellte im April 2016 drei neue Piloten an. Der Erste ist Ivan Smirnow, ein russischer Staatsbürger, der seine Tätigkeit am 1. Mai 2016 aufnahm. Die Personalabteilung stellte erst nachträglich fest, dass für Ivan Smirnow keine Arbeitsbewilligung vorliegt. Sie teilte deshalb Ivan Smirnow Ende Mai mit, dass er fristlos entlassen sei und nicht mehr zur Arbeit erscheinen müsse. Der zweite Pilot, Hans Düsentrrieb, ein Schweizer Staatsbürger, trat seine Stelle ebenfalls am 1. Mai 2016 an. Nach dem Vorfall mit Ivan Smirnow prüfte die Personalabteilung alle erforderlichen Dokumente. Dabei wurde entdeckt, dass Hans Düsentrrieb seine Pilotenlizenz gefälscht hatte. Dieser Umstand wurde jedoch erst am 8. Juni 2016 entdeckt. Grund für diese Verzögerung war ein Vulkanausbruch auf Island. Aufgrund des massiven Ausstosses von Asche musste der Flugverkehr in ganz Europa für die erste Juniwoche eingestellt werden. Nachdem sich die Lage im Flugverkehr wieder normalisiert hat und die Fälschung entdeckt worden ist, wurde Hans Düsentrrieb umgehend fristlos gekündigt. Gleichzeitig wurde allen Mitarbeitern mitgeteilt, dass nach dem Grundsatz "ohne Arbeit kein Lohn" für die erste Juni-Woche nicht einfach so eine Entschädigung ausgerichtet werde. Vielmehr würde diese Woche dem Gleitzeitsaldo als Minusstunden angerechnet. Der dritte Pilot, Max Frischknecht, soll nun die ausgefallenen Stunden nacharbeiten.

- a) *Ist der Arbeitsvertrag von Ivan Smirnow gültig und muss ihm für die geleistete Arbeit im Monat Mai Lohn bezahlt werden?*
- b) *Ist der Arbeitsvertrag von Hans Düsentrrieb gültig und muss ihm für die geleistete Arbeit vom 1. Mai bis 8. Juni Lohn bezahlt werden (unabhängig vom Vulkanausbruch)?*
- c) *Kann die Airline Max Frischknecht dazu verpflichten, die Stunden nachzuarbeiten, die er wegen des Vulkanausbruchs nicht gearbeitet hat?*

1. Lösung [Total 6 Punkte]

- a) *Ist der Arbeitsvertrag von Ivan Smirnow gültig und muss ihm für die geleistete Arbeit im Monat Mai Lohn bezahlt werden? [max. 2 Punkte]***

Der Einzelarbeitsvertrag entsteht grundsätzlich durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 320 OR Abs. 1). Der Abschluss des Arbeitsvertrages unterliegt den allgemeinen Vorschriften über die Handlungsfähigkeit (Art. 12 ff. ZGB). Auch im Arbeitsrecht gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit in seinen Erscheinungsformen als Abschlussfreiheit, Inhaltsfreiheit und Formfreiheit, zum Teil jedoch nur in stark eingeschränkter Form. Der Verstoss gegen Abschlussverbote führt i.d.R. zur zivilrechtlichen Nichtigkeit des Arbeitsvertrages (Art. 20 OR).

Etwas anderes gilt jedoch insbesondere bei fehlender Arbeitsbewilligung einer ausländischen Arbeitskraft. Das Fehlen der vom öffentlichen Recht vorgeschriebenen Arbeitsbewilligung hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts für sich allein nicht die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages zur Folge. Obwohl keine Bewilligung vorliegt, ist der Arbeitsvertrag mit dem Ausländer **gültig zustande gekommen**.

Die Verweigerung der Bewilligung kann dagegen eine fristlose Auflösung des Vertrages gemäss Art. 337 OR rechtfertigen. Im vorliegenden Fall stellt der Arbeitgeber jedoch erst im Nachhinein fest, dass er vergessen hat, eine Arbeitsbewilligung zu beantragen. Das Beschaffen der Arbeitsbewilligung fällt in das Unternehmerrisiko. Der Arbeitgeber versäumt vorliegend die Beschaffung der Arbeitsbewilligung und weil der Arbeitgeber durch den Rechtsverstoss keinen Vorteil erlangen darf (BGE 137 IV 305 E. 3.3), ist ein Recht des Arbeitgebers zur ausserordentlichen Kündigung zu verneinen. Vielmehr gilt der Vertrag am Tag des Arbeitsantritts als ordentlich gekündigt, so dass während der normalen Kündigungsfrist (nicht der verkürzten Frist der Probezeit) ein Lohnanspruch nach Art. 324 OR wegen Annahmeverzugs besteht (AGer ZH, JAR 1990, S. 228). Da dem Sachverhalt nichts anderes zu entnehmen ist, ist von der gesetzlichen Kündigungsfrist von 1 Monat im ersten Dienstjahr gemäss Art. 335c Abs. 1 OR auszugehen.

Damit ist Herrn Smirnow der **Lohn für die geleistete Arbeit im Mai zu bezahlen**. Ende Mai endet das Arbeitsverhältnis damit auch ohne fristlose Entlassung durch den Arbeitgeber. Da Herr Smirnow im Juni nicht gearbeitet hat, liegt weder ein Fall von Art. 320 Abs. 2 OR noch Art. 320 Abs. 3 OR vor, womit ihm für diese Zeit keinen Lohn bezahlt werden muss. Nach wie vor unklar ist jedoch, ob allenfalls eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung mit entsprechenden Folgen geschuldet ist oder nicht. Die Beantwortung dieser Frage ist jedoch in der Aufgabenstellung nicht gefragt.

b) Ist der Arbeitsvertrag von Hans Düsentrieb gültig und muss ihm für die geleistete Arbeit von Mai bis Ende Juli Lohn bezahlt werden (unabhängig vom Vulkanausbruch)? [max. 2 Punkte]

Wie bei allen Verträgen können auch Arbeitserträge ungültig sein (Nichtigkeit) oder nachträglich, durch entsprechende Erklärung des einen Vertragspartners, ungültig werden (Unverbindlichkeit). Nichtig sind Verträge, die von handlungsunfähigen Personen abgeschlossen werden, die Formvorschriften oder öffentlich-rechtliche Schranken missachten, in anderer Weise widerrechtlich sind oder die gegen die guten Sitten verstossen.

Im vorliegenden Fall wurde ein entscheidendes Dokument zur Arbeitsausübung gefälscht, nämlich die Pilotenlizenz. Der Arbeitgeber kann demnach den Arbeitsvertrag anfechten wegen Täuschung (Art. 28 OR). Dies dürfte ihm ohne weiteres gelingen. Folge der Täuschung ist die Ungültigkeit des Vertrages. Die normale Folge der Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit eines Vertrages ist, dass ihm von Anfang an jede Wirkung abgeht. Diese Folge, obwohl logisch zwingend, führt bei allen Dauerschuldverhältnissen zu unbefriedigenden Konsequenzen. Mit Art. 320 Abs. 3 OR wird das Problem zumindest teilweise behoben: Das Arbeitsverhältnis ist so abzuwickeln, wie wenn es gültig bestehen würde, bis eine der Parteien sich auf Ungültigkeit beruft. Mit anderen Worten werden die Wirkungen der Ungültigkeit nicht zurückdatiert, sondern auf den Moment der Anrufung des Ungültigkeitsgrundes bezogen (ex nunc). Grundsätzlich muss in diesen Fällen damit weder der Lohn zurückerstattet noch für die Vorteile aus der Arbeit für den Arbeitgeber eine Entschädigung berechnet werden. Diese Folge tritt allerdings nur dann ein, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) (vermeintlicher) Abschluss eines Arbeitsvertrages
- b) Vollständige Ungültigkeit dieses Vertrages

- c) Fehlende Bösgläubigkeit des Arbeitnehmers
- d) Leistung von Arbeit aufgrund des ungültigen Vertrages

Vorliegend ist insbesondere die Fehlende Bösgläubigkeit des Arbeitnehmers fraglich. Was "Guter Glaube" konkret heissen soll, ist umstritten. Klar ist jedoch, dass der Rechtsvorteil dieser Konstruktion von Art. 320 Abs. 3 OR nur demjenigen Arbeitnehmer zugutekommen soll, der den Grund der Auflösung nicht selber bösgläubig gesetzt hat. Bei der Fälschung einer Fluglizenz zur Erschleichung einer Anstellung als Pilot wurde der Grund der Auflösung klar durch den Arbeitnehmer gesetzt. Auf den "Guten Glauben" kann sich der Arbeitnehmer in diesem Fall nicht berufen, womit er auch nicht in den Genuss der Rechtsvorteile von Art. 320 Abs. 3 OR kommt. Der Arbeitsvertrag von Hans Düsentrieb ist damit ungültig und ihm muss für die Monate Mai, Juni und Juli kein Lohn bezahlt werden.

c) Kann die Airline Max Frischknecht dazu verpflichten, die Stunden nachzuarbeiten, die er wegen des Vulkanausbruchs nicht gearbeitet hat? [max. 2 Punkte]

Es ist zwischen subjektiven und objektiven Leistungshindernissen zu unterscheiden. Subjektive Leistungshindernisse betreffen nur ein Arbeitgeber oder einen Arbeitnehmer individuell; objektive Leistungshindernisse betreffen dagegen einen grossen Personenkreis. Objektive Leistungshindernisse fallen in die Risikosphäre des Arbeitnehmers; er hat das Lohnrisiko selbst zu tragen, sofern sie nicht den Betrieb betreffen und damit vom Betriebsrisiko des Arbeitgebers erfasst werden. Der Vulkanausbruch und die daraus resultierende Aschenwolke sind objektive Leistungshindernisse; die Vertragsleistung wird im Sinne von OR 119 unmöglich und der Arbeitsvertrag ruht (keine Arbeitspflicht – keine Lohnzahlungspflicht).

Alternativ wurde auch folgender Ansatz anerkannt:

Es gilt der Grundsatz: ohne Arbeit kein Lohn. Der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtliches Austauschverhältnis. Es wird eine Leistung und eine Gegenleistung ausgetauscht. Wenn die Leistung nicht erbracht wird, braucht auch die Gegenleistung nicht ausgerichtet zu werden. Von diesem Grundsatz gibt es aber gewichtige Ausnahmen. U.a. bleibt der Lohnanspruch erhalten, wenn die Arbeitsleistung nicht möglich ist, weil der Arbeitgeber im Annahmeverzug ist. Der Arbeitgeber hat diesfalls den Lohn für die ganze Dauer der Verhinderung zu bezahlen, obgleich er die Arbeitsleistung nicht erhält und der Arbeitnehmer auch nicht später die Leistung noch erbringen muss. Dafür steht dem Arbeitnehmer kein Recht zu, vom Vertrag zurück zu treten. Die gleichen Rechtsfolgen treten auch ein, wenn die Leistung aus einem Grund unmöglich geworden ist, der im Risikobereich des Arbeitgebers liegt. Der Gesetzestext ist verwirrend. Es steht aber in der Lehre und Rechtsprechung ausser Diskussion, dass Art. 324 OR auch jene Fälle erfasst, in denen ohne das Verschulden des Arbeitgebers die Arbeitsleistung wegen eines Ereignisses unmöglich geworden ist, das in der Risikosphäre des Arbeitgebers liegt. Dazu gehören auch Zufall und höhere Gewalt. Die Sperrung des Luftraumes ist i.c. die Folge eines Naturereignisses.

Da ein Naturereignisse und damit die höhere Gewalt der Risikosphäre des Arbeitgebers zugeordnet werden muss, ist der **Arbeitgeber verpflichtet, die Löhne für die ganze Dauer der Verhinderung zu bezahlen. Das Nacharbeiten der ausgefallenen Stunden kann von Max Frischknecht nicht verlangt werden.**

2. Aufgabe

Pia Frieden arbeitet mit einem 50%-Arbeitspensum während jeweils 5 Tagen pro Woche in einer Praxis für Physiotherapie. Ihr vertraglicher Ferienanspruch beträgt 4 Wochen pro Jahr. Im Herbst 2015 wird sie schwanger und bezieht deshalb bis Ende Jahr noch alle ihr zustehenden Ferientage. Sie arbeitet nur bis Ende Februar 2016. Anschliessend ist sie krankgeschrieben bis zur Geburt am 10. Juni 2016. Es folgt der gesetzliche Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen. Eigentlich sollte Pia Frieden somit ab 19. September 2016 wieder arbeiten. Sie kündigt jedoch schon im Juni 2016 ihr Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten auf Ende September 2016.

- a) *Wie viele Ferientage muss die Arbeitgeberin letztlich Pia Frieden für das Jahr 2016 nach den gesetzlichen Vorschriften minimal zugestehen?*
- b) *Muss Pia Frieden somit vor Ende September überhaupt noch zur Arbeit erscheinen oder entsteht ihr gar noch ein Anspruch auf Auszahlung der Ferien?*

(Im Anhang ist der Jahreskalender 2016 als Hilfsmittel abgedruckt)

2. Lösung [Total 6 Punkte]

- a) *Wie viele Ferientage muss die Arbeitgeberin letztlich Pia Frieden für das Jahr 2016 nach den gesetzlichen Vorschriften minimal zugestehen?***
[max. 4 Punkte]

Zuerst ist der gesetzliche Ferienanspruch für das Jahr 2016 ohne Kürzung zu ermitteln. Für das ganze Jahr hätte Pia Frieden einen Anspruch von 4 Wochen, was bei einer 5-Tage-Woche insgesamt 20 Kalendertagen entspricht. Weil das Arbeitsverhältnis aber nur bis Ende September dauert, hat sie lediglich einen Anspruch von 9/12, also insgesamt pro rata temporis 15 Tage. Daran ändert auch der Mutterschaftsurlaub nichts, denn während dieser Zeit erhöht sich der Ferienanspruch gleichwohl (letztlich beträgt der Mutterschaftsurlaub damit fast 16 Wochen).

Nun ist Pia Frieden aber zuerst krank und dann im Mutterschaftsurlaub. Deshalb ist zu prüfen, in welchem Umfang die Ferien gekürzt werden können. Dabei ist zu unterscheiden, ob eine verschuldete, eine unverschuldete oder eine schwangerschaftsbedingte Abwesenheit vorliegt. Hier ist eine unverschuldete Abwesenheit von 3 1/2 Monaten zu berücksichtigen. Die Abwesenheit wegen Mutterschaftsurlaub ist nicht zu berücksichtigen, so wie auch ein normaler Ferienbezug nie als Abwesenheit gewertet werden kann.

Gemäss Art. 329b Abs. 2 OR kann bei unverschuldeter Abwesenheit während einem Monat nicht gekürzt werden. In Verbindung mit Art. 329b Abs. 1 OR würde dies bedeuten, dass bei einer Abwesenheit von 3 1/2 Monaten um 2/12 gekürzt werden könnte. Nun sind aber bei Schwangerschaft die Schonfristen von Abs. 2 und 3 nicht kumulativ zu verwenden, so dass nur die längere Schonfrist von Abs. 3 gilt (Stahelin, Art. 329b OR, N10; gl.M. BK-Rehbinder, Art.329b OR, N4; gl.M. BSK-Portmann, Art.329b OR, N1). Damit gilt eine zweimonatige Schonfrist und es kann grundsätzlich erst bei einer Abwesenheit von mind. drei vollen Monaten um 1/12 gekürzt werden.

Im vorliegenden Fall kann damit eine Kürzung um 1/12 vorgenommen werden. Der Ferienanspruch für Frau Frieden beträgt damit 13.5 Tage für das Kalenderjahr 2016.

b) Muss Pia Frieden somit vor Ende September überhaupt noch zur Arbeit erscheinen oder entsteht ihr gar noch ein Anspruch auf Auszahlung der Ferien? [max. 2 Punkte]

Frau Frieden müsste am 19. September 2016 ihre Arbeit wieder aufnehmen und hätte noch 10 Tage zu Arbeiten. Ihr Ferienanspruch beträgt jedoch noch 13.5 Tage, womit Frau Frieden nicht mehr zur Arbeit erscheinen muss. Im Gegenteil muss ihr die Arbeitgeberin noch zusätzlich die 3.5 bis zum Vertragsende nicht beziehbaren Ferientage in Geld erstatten.

3. Aufgabe

François Oberson, französischer Staatsangehöriger, ist vor kurzem in die Schweiz gekommen und hat sich gleichzeitig bei verschiedenen Restaurants beworben. Als ihm ein Gourmet-Restaurant einen Arbeitsvertrag anbietet, greift er sofort zu. Nach ein paar Wochen bereut er seine schnelle Zusage, da er von anderen Restaurants Angebote mit einem höheren Lohn erhält. Da seine Probezeit bereits vorbei ist, verzichtet er auf eine Kündigung und verlangt einen Gesprächstermin mit seinem Chef. Dabei fordert François Oberson eine Lohnerhöhung von CHF 500 pro Monat. Dies ist für den Chef viel zu viel, weshalb sich ein heftiger Streit zwischen den beiden entfacht. Schliesslich wirft François Oberson seinem Chef die Schlüssel zum Restaurant vor die Füsse und verschwindet ohne ein weiteres Wort. Am nächsten Tag erscheint er nicht zur Arbeit. Doch schon am übernächsten Tag ist er wieder im Restaurant und will seine Arbeit wieder aufnehmen. Der Chef stellt sich jedoch auf den Standpunkt, François Oberson habe die Arbeitsstelle unerlaubt verlassen, weshalb das Arbeitsverhältnis beendet sei.

- a) *Hat der Arbeitgeber Recht und gilt das Verhalten des François Oberson als fristloses Verlassen der Arbeitsstelle ohne wichtigen Grund?*
- b) *Was wären die rechtlichen Folgen einer Qualifikation als fristloses Verlassen der Arbeitsstelle ohne wichtigen Grund?*
- c) *Ändert sich an der Beurteilung der Rechtslage betr. Verlassen der Arbeitsstelle etwas, wenn François Oberson anstatt am übernächsten Tag wieder aufzutau-chen eine neue Stelle bei einem Konkurrenzbetrieb annehmen würde?*

3. Lösung [Total 6 Punkte]

- a) ***Hat der Arbeitgeber Recht und gilt das Verhalten des François Oberson als fristloses Verlassen der Arbeitsstelle ohne wichtigen Grund? [2 Punkte]***

Das fristloses Verlassen der Arbeitsstelle im Sinne von Art. 337d OR setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts voraus, dass der Arbeitnehmer die weitere Erbringung seiner Arbeitsleistung bewusst, absichtlich und endgültig verweigert. Liegt diesbezüglich keine eindeutige Erklärung des Arbeitnehmers vor, ist darauf abzustellen, ob der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der gesamten Umstände nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen durfte, der Arbeitnehmer habe die Arbeitsstelle definitiv verlassen (BGE 4C.339/2006 vom 21.12.2006 E. 2.1).

Im vorliegenden Fall verlässt Herr Oberson seine Stelle nur vermeintlich fristlos. Art. 337d OR kommt nach dem Bundesgericht nur zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer die Stelle bewusst, also absichtlich und definitiv verlässt, wobei zu ergänzen ist, dass dies nach dem Vertrauensprinzip und nicht nach den subjektiven Plänen des Arbeitnehmers zu beurteilen ist. Eine kurze Abwesenheit von wenigen Tagen vermag dem ohne zusätzliche Indizien gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zu genügen. Herr Oberson war mit dem Gespräch über seine Lohnerhöhung nicht zufrieden und es kam offenbar zu einem heftigen Streit. In dieser Situation ist eine unüberlegte Handlung nicht unüblich. Das Verhalten von Herrn Oberson kann daher nicht als "bewusste, absichtliche und endgültige" Handlung

bewertet werden, zumal er bereits am übernächsten Tag seine Arbeit wieder aufnehmen wollte. Das Verhalten und die nur kurze Abwesenheit des Herrn Oberson sind auch nicht signifikant genug, um nach dem Vertrauensprinzip anzunehmen, dadurch habe er den Wunsch geäußert, seine Arbeitsstelle dauerhaft zu verlassen. Damit sind die Bedingungen von Art. 337d OR nicht erfüllt. (Vgl. auch BGer 4C.303/2005 vom 1.12.2005 E. 2.2). Der Arbeitgeber ist im Unrecht.

b) Was wären die rechtlichen Folgen einer Qualifikation als fristloses Verlassen der Arbeitsstelle ohne wichtigen Grund? [2 Punkte]

Mit dem definitiven Verlassen der Arbeitsstelle endet das Arbeitsverhältnis wie im Falle der unberechtigten fristlosen Entlassung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, eine Kündigung durch den Arbeitgeber ist dazu nicht mehr erforderlich. Damit können die Arbeitspflicht und das Schwarzarbeitsverbot nicht mehr durchgesetzt werden. Mit dem Arbeitsverhältnis endet auch das Vorsorgeverhältnis.

Art. 337d OR schafft ein vereinfachtes Verfahren für die Erlangung von Schadenersatz, weil praktische Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung und dem Nachweis der Kausalität den Arbeitgeber sonst von der Geltendmachung seines Anspruchs meist abhalten würde. Der Arbeitgeber hat Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht. Darüber hinaus hat er Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens (Art. 337d Abs. 1 OR).

Der Anspruch auf Entschädigung ist durch Klage oder Betreibung innert 30 Tagen geltend zu machen, sofern der Anspruch nicht durch Verrechnung erlischt. Andernfalls verwirkt der Anspruch.

c) Ändert sich an der Beurteilung der Rechtslage betr. Verlassen der Arbeitsstelle etwas, wenn François Oberson anstatt am übernächsten Tag wieder aufzutauchen eine neue Stelle bei einem Konkurrenzbetrieb annehmen würde? [2 Punkte]

Die Aufnahme einer Arbeit bei einem anderen Arbeitgeber ist ein Verhalten, das - im Gegensatz zum Fernbleiben von einem Tag - unter Berücksichtigung der gesamten Umstände die Annahme, der Arbeitnehmer habe die Arbeitsstelle definitiv verlassen oder gehe ebenfalls davon aus, das Arbeitsverhältnis sei beendet, gerechtfertigt und weitere Abklärungen nach Treu und Glauben überflüssig erscheinen lassen kann.

Demnach ist in diesem Fall davon auszugehen, dass der Tatbestand von Art. 337d OR erfüllt ist und das Arbeitsverhältnis mit dem fristlosen unbegründeten Verlassen der Arbeitsstelle durch Herrn Oberson beendet ist. Damit können die Arbeitspflicht und das Schwarzarbeitsverbot nicht mehr durchgesetzt werden.

4. Aufgabe

Fritz Fleissig arbeitet als Buchhalter bei einem KMU. Schon seit einiger Zeit ist er daran, sich beruflich fortzubilden und hat vor kurzem sein Diplom als Wirtschaftsprüfer erhalten. Mit diesem Diplom war es ihm ein Leichtes, eine neue, besser bezahlte Stelle zu finden. Der Stellenantritt ist jedoch erst in gut sechs Monaten (per 1.1.2017). Obwohl Fritz Fleissig nur eine zwei monatige Kündigungsfrist hat, teilt er seinem Arbeitgeber bereits jetzt mit, dass er das KMU in sechs Monaten verlassen werde. Gleichzeitig überreichte er dem Arbeitgeber ein entsprechendes Kündigungsschreiben per Ende 2016. Der Arbeitgeber geriet über die unerwartete Kündigung derart in Rage, dass er praktisch umgehend (am 25.6.2016) eine Gegenkündigung mit der ordentlichen Kündigungsfrist von zwei Monaten per 31.8.2016 ausspricht. Schockiert über die harsche Reaktion seines Arbeitgebers, nimmt sich Fritz Fleissig vor, aus diesem Fall zu lernen. An den Vertragsverhandlungen mit seinem zukünftigen Arbeitgeber verlangt er nun, dass im Arbeitsvertrag ausdrücklich festgehalten wird, dass solche Gegenkündigungen unzulässig sind, sofern die Zeit vom Eingang der Kündigung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses die Kündigungsfrist nicht um mehr als sechs Monate übertrifft.

- a) *Ist es rechtlich zulässig, in so einem Fall eine Gegenkündigung auszusprechen oder wandelt sich das unbefristete Arbeitsverhältnis in ein befristetes Arbeitsverhältnis mit einem fixen Endtermin um?*
- b) *Ist eine Gegenkündigung allenfalls als missbräuchliche Kündigung zu bezeichnen, weil es sich um eine Rache Kündigung handelt? Wie würde das Bundesgericht den Fall beurteilen und mit welcher Begründung?*
- c) *Ist eine Klausel rechtsgültig, mit denen Gegenkündigungen untersagt werden? Gibt es dabei allenfalls Grenzen zu beachten?*

4. Lösung [Total 6 Punkte]

- a) *Ist es rechtlich zulässig, in so einem Fall eine Gegenkündigung auszusprechen oder wandelt sich das unbefristete Arbeitsverhältnis in ein befristetes Arbeitsverhältnis mit einem fixen Endtermin um? [2 Punkte]***

Wurde das Arbeitsverhältnis durch eine Partei gekündigt, kann die andere Partei eine Kündigung nur noch auf ein früheres Datum aussprechen. Kündigt z.B. ein Arbeitnehmer bei vertraglicher Kündigungsfrist von einem Monat auf einen drei Monate entfernten Zeitpunkt, ändert sich das Arbeitsverhältnis nicht in ein unkündbares befristetes Arbeitsverhältnis um. Eine Kündigung des Arbeitgebers auf einen früheren Termin ist zulässig.

b) Ist eine Gegenkündigung allenfalls als missbräuchliche Kündigung zu bezeichnen, weil es sich um eine Rache Kündigung handelt? Wie würde das Bundesgericht den Fall beurteilen und mit welcher Begründung? [2 Punkte]

Eine Gegenkündigung ist gemäss Bundesgericht entgegen anderer kantonaler Rechtsprechung nicht missbräuchlich. Wäre eine Gegenkündigung missbräuchlich, könnte jeder Arbeitnehmer auf einen weit in der Zukunft liegenden Termin kündigen und so seine Arbeitsstelle sichern und dem Arbeitgeber die Möglichkeit nehmen, das Arbeitsverhältnis ordentlich auf einen früheren Zeitpunkt zu beenden. Das Bundesgericht geht davon aus, dass wenn der Arbeitnehmer selbst den Vertrag beenden will, dies aber auf eine längere Frist tut, als gesetzlich oder vertraglich vorgesehen ist, könne der Arbeitgeber ordentlich auf einen kürzeren Termin kündigen, ohne gegen Art. 336 OR zu verstossen.

c) Ist eine Klausel rechtsgültig, mit denen Gegenkündigungen untersagt werden? Gibt es dabei allenfalls Grenzen? [2 Punkte]

Es ist zulässig, im Vertrag die Möglichkeit der Gegenkündigung auszuschliessen, so wie man auch vereinbaren kann, dass eine ordentliche Kündigung erst nach vorheriger Verwarnung ausgesprochen werden darf.

Da die Kündigung eines unbefristeten Vertrages keine Vertragsverletzung ist, kann sie nicht mit einer Konventionalstrafe belegt werden. Hingegen sind vertragliche Kündigungsbeschränkungen – auch wenn sie sich nur einseitig zugunsten des Arbeitnehmers auswirken (wie z.B. die Notwendigkeit einer Anhörung, einer vorerst auszusprechenden Verwarnung oder des Vorliegens von Verhaltens- oder Leistungsmängeln) – zulässig, sowie die Kündigungsmöglichkeit nicht vollständig oder ohne sachliche Gründe beschränkt wird. Es ist damit zumindest eine zeitliche Beschränkung des Gegenkündigungsverbots in die Klausel aufzunehmen, wobei ein Gegenkündigungsverbot von sechs Monaten ohne weiteres als zulässig erscheint.

5. Aufgabe

Sie werden vom Lokalradio BEO per E-Mail angefragt, ob Sie kurz zum Ablauf eines Arbeitsgerichtsprozesses folgende Fragen beantworten könnten.

Dabei darf bei jeder Frage jeweils nur eine Lösung als richtig angekreuzt werden. Sollten Sie eine Lösung aus Versehen falsch angekreuzt haben (X), streichen Sie diese durch (X), kreuzen Sie die richtige Lösung an und machen Sie einen Rahmen (X) um die korrekte Lösung.

1. Hanna Walter wurde als "Leiterin Transporte" eingestellt. Tatsächlich hatte sie jedoch während der Dauer des Arbeitsvertrages keine leitende Stellung inne. Deshalb wurde ihr zwar ein ausgezeichnetes Arbeitszeugnis ausgestellt, jedoch mit der Berufsbezeichnung "Logistikerin". Hanna Walter verlangt nun eine Zeugniskorrektur. Kann Hanna Walter die Berufsbezeichnung "Leiterin Transporte" gerichtlich durchsetzen? [1 Punkt]

- (a) Ja, ihr ursprünglicher Stellenbeschrieb ist für die Bezeichnung im Arbeitszeugnis relevant.
- (b) Es kommt darauf an, wie die Zwischenzeugnisse ausgestellt worden sind. Ist in den Zwischenzeugnissen immer von "Leiterin Transporte" die Rede, muss dies auch im Schlusszeugnis so stehen.
- (c) Nein, sie hätte zwar das Recht dazu, erreicht aber den erforderlichen Streitwert für eine Klage nicht.

X Nein, es ist die tatsächlich ausgeübte Funktion im Zeugnis anzugeben.

Lösung d:

Die Berufsbezeichnung ist gemäss Art. 9 ArGV 1 unbedeutend für die Qualifikation als Arbeitnehmer, daher scheint der Streit bedeutungslos. Ein Zeugnis hat wahr zu sein; was jedoch als wahr verstanden wird, entscheidet sich nach dem Verständnis des unbeteiligten Dritten.

Die Bezeichnung "Leiterin Transporte" kann Führungsposition, erhöhte Verantwortung oder Kaderstelle suggerieren, was vorliegend jedoch nicht zutrifft.

BGer. hat in 4C.60/2005 die Bezeichnung "Leiter Niederlassung Baukeramik" verweigert, da die Funktion effektiv nie ausgeübt wurde.

2. Marlies Künzle kündigt ihre neue Stelle bereits nach 10 Arbeitstagen innerhalb der Probezeit und verlangt umgehend ein qualifiziertes Arbeitszeugnis. Ist das zulässig? [1 Punkt]

- Ja, ein qualifiziertes Arbeitszeugnis kann jederzeit verlangt werden.*
- Ja, aber nur, wenn der Arbeitgeber kündigt. Ansonsten besteht kein schützenswertes Interesse an einem Arbeitszeugnis.*
- Nein, nach so kurzer Zeit ist es gar nicht möglich, ein qualifiziertes Arbeitszeugnis auszustellen, weil der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin noch nicht gut genug kennt. Dafür ist die Arbeitsbestätigung vorgesehen.*
- Nein, in der Probezeit kann generell weder ein Arbeitszeugnis noch eine Arbeitsbestätigung verlangt werden.*

Lösung a:

Frau Auer kann grundsätzlich jederzeit einen Anspruch auf das Arbeitszeugnis geltend machen (Art. 330a Abs. 1 OR), also auch nach nur 10 Arbeitstagen.

3. Céline Biedermann verlangt in der letzten Woche ihres ordentlich gekündigten Arbeitsverhältnisses in einer Bäckerei in St.Gallen ein in französischer Sprache abgefasstes qualifiziertes Arbeitszeugnis zwecks Stellensuche im Ausland. Ist der Arbeitgeber hier verpflichtet, der Arbeitnehmerin ein Arbeitszeugnis in deren Wunschsprache auszustellen? [1 Punkt]

- Ja, der Arbeitgeber ist im Rahmen der Fürsorgepflicht gehalten, alles zu unternehmen, um das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers zu fördern. Dazu gehört auch, dem Arbeitnehmer auf begründetes Verlangen ein qualifiziertes Arbeitszeugnis in der Wunschsprache der Arbeitnehmerin auszustellen.*
- Nein, das Arbeitszeugnis ist in der vorherrschenden Sprache des Arbeitsortes auszustellen, ausser es handle sich um eine Berufsgruppe mit dominanter Fremdsprache (z.B. Luftfahrt) oder um ein Arbeitsverhältnis mit starker internationaler Ausrichtung.*
- Ja, weil Französisch in St. Gallen als erste Fremdsprache in der Schule gelernt wird, ist die Ausstellung des Zeugnisses auf Französisch durchaus zumutbar.*
- Ja, der Arbeitgeber ist jedoch nur verpflichtet, ein Arbeitszeugnis in einer Amtssprache oder in Englisch auszustellen.*

Lösung b:

In Ermangelung einer spezifischen Berufssprache ist die Sprache jener Landesgegend, in welcher die Arbeitsleistung erbracht wird, massgebend. 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.

4. Mirjam Keller hat Mitte August ordentlich per 30. September 2016 gekündigt. Bereits heute verlangt sie ein auf den 30.9.16 datiertes qualifiziertes Schlusszeugnis, um sich bewerben zu können. Bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses bezieht sie noch Ferien. Ist diese Vordatierung in Anbetracht der Ferien zulässig oder nicht? [1 Punkt]

(a) Ja, das ist problemlos möglich.

(b) Ja, das ist möglich, aber nur, weil keine Arbeit mehr geleistet werden muss und damit eine abschliessende Beurteilung über die Arbeitsleistung der Arbeitnehmerin möglich ist.

X Nein, eine Vordatierung ist nicht zulässig und kann daher nicht verlangt werden.

(d) Es kommt darauf an, ob die Arbeitnehmerin bereits ein Zwischenzeugnis erhalten hat oder nicht. Wenn sie ein Zwischenzeugnis erhalten hat, ist eine Vordatierung unnötig und kann daher nicht eingefordert werden; hat sie noch kein Zwischenzeugnis erhalten, ist eine Vordatierung vorzunehmen, damit sich die Arbeitnehmerin bewerben kann.

Lösung c:

Das Arbeitszeugnis ist eine Urkunde. Bewusst falsche Angaben könnten u.U. den Tatbestand der Urkundenfälschung erfüllen.

Nach dem Grundsatz der Wahrheitspflicht muss immer das korrekte Datum bei der Ausstellung eingesetzt werden; Vordatierung oder Nachdatierung sind unzulässig. Lösung: Zwischenzeugnis.

Bei der Vordatierung könnten negative Punkte, die erst gegen Ende September bekannt werden, nicht mehr im Zeugnis berücksichtigt werden.

5. Die Backfrisch AG hat vor gut drei Jahren Bäckermeister Beda Beck angestellt. Vor gut einem Jahr wurde die Backfrisch AG darüber informiert, dass Beda Beck für sechs Wochen vom Arzt arbeitsunfähig geschrieben sei. Nach Ablauf der sechs Wochen wurde der Backfrisch AG wiederum mitgeteilt, dass Beda Beck mindestens während weiteren 6 Monaten wegen Krankheit arbeitsunfähig sein wird. Aus den 6 Monaten wurde ein Jahr, ohne dass eine Genesung in Sicht wäre. Die Backfrisch AG hat sich daher dazu entschlossen, Beda Beck die Kündigung auszusprechen. Im Schlusszeugnis vermerkte die Arbeitgeberin die lange unfall- und krankheitsbedingte Abwesenheit. Ist das zulässig? [1 Punkt]

(a) Nein, bei Gesundheitsdaten handelt es sich um besonders schützenswerte Personendaten. Solche dürfen gemäss DSG in keinem Fall in einem für Dritte bestimmten Dokument und schon gar nicht in einem Arbeitszeugnis erwähnt werden.

(b) Nein, die Erwähnung der Krankheit oder des Unfalls verunmöglicht es dem Arbeitnehmer, sich eine neue Stelle zu suchen. Die Erwähnung ist deshalb unzulässig.

X Ja, die Erwähnung einer krankheitsbedingten Abwesenheit von über einem

Jahr ist erlaubt, sofern die Krankheit erheblichen Einfluss auf die Leistung des Arbeitnehmers hatte oder die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgaben in Frage gestellt ist.

- (d) Ja, Krankheiten sind auch für den zukünftigen Arbeitgeber von entscheidender Bedeutung, weshalb sie, ab einer Dauer von mehr als zwei Monaten, wahrheitsgemäss in einem Arbeitszeugnis zu erwähnen sind.*

Lösung c:

Krankheiten von üblicher Dauer und Häufigkeit sind nach dem Grundsatz des Wohlwollens im Arbeitszeugnis nicht zu erwähnen. Das Bundesgericht erlaubt allerdings die Erwähnung einer krankheitsbedingten Abwesenheit tatsächlich, sofern die Krankheit erheblichen Einfluss auf die Leistung des Arbeitnehmers hatte oder die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgabe in Frage gestellt ist (BGE 136 III 519, E. 4.4).

- 6. Petra Kuster und ihr Arbeitgeber sind sich über diverse Angelegenheiten bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht einig. Petra Kuster fordert eine Zahlung für geleistete Überzeit und für nicht bezogene Ferien sowie die Ausstellung eines Schlusszeugnisses. Der Arbeitgeber fordert auf der anderen Seite die Rückgabe des Firmenschlüssels, des Firmenautos und die Rückzahlung eines der Arbeitnehmerin gewährten Darlehens. Bis diese Forderungen nicht erfüllt seien, werde er das Arbeitszeugnis zurückhalten. Ist das Verhalten des Arbeitgebers rechtens? [1 Punkt]**

X *Nein, das Schlusszeugnis darf nicht zurückgehalten werden.*

- (b) Ja, der Arbeitgeber darf das Schlusszeugnis zurückhalten, bis alle Streitigkeiten in Bezug auf das Arbeitsverhältnis ausgeräumt worden sind.*
- (c) Ja, der Arbeitgeber darf das Schlusszeugnis in diesem Fall zurückhalten, weil er eine Forderung gegenüber der Arbeitnehmerin hat, welche nichts mit dem Arbeitsverhältnis zu tun hat (Darlehen).*
- (d) Ja, das Schlusszeugnis darf immer dann zurückgehalten werden, wenn die Arbeitnehmerin böswillig der Erfüllung ihrer Pflichten nicht nachkommt.*

Lösung a:

Der Arbeitgeber darf das ausgefertigte Zwischenzeugnis oder Schlusszeugnis nicht zurückbehalten, auch wenn ihm aufgrund des Arbeitsverhältnisses eigene Forderungen gegenüber dem Arbeitnehmer zustehen. Der Arbeitgeber kann mithin die Herausgabe des Arbeitszeugnisses nicht von Gegenleistungen des Arbeitnehmers abhängig machen, und zwar auch dann nicht, wenn letzterer die Gegenleistungen böswillig nicht erfüllt. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist nur auf Forderungen anwendbar, die in einem Austauschverhältnis stehen. Da die Zeugnispflicht eine Nebenpflicht des Arbeitgebers ist, die mit den Pflichten des Arbeitnehmers nicht in einem Austauschverhältnis stehen, kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in diesem Fall nicht vorgebracht werden.

Jahreskalender 2016

	Januar	Februar	März	April	Mai	Juni	Juli	August	September	Oktober	November	Dezember
1	Fr	Mo	Di	Fr	So	Mi	Fr	Mo	Do	Sa	Di	Do
2	Sa	Di	Mi	Sa	Mo	Do	Sa	Di	Fr	So	Mi	Fr
3	So	Mi	Do	So	Di	Fr	So	Mi	Sa	Mo	Do	Sa
4	Mo	Do	Fr	Mo	Mi	Sa	Mo	Do	So	Di	Fr	So
5	Di	Fr	Sa	Di	Do	So	Di	Fr	Mo	Mi	Sa	Mo
6	Mi	Sa	So	Mi	Fr	Mo	Mi	Sa	Di	Do	So	Di
7	Do	So	Mo	Do	Sa	Di	Do	So	Mi	Fr	Mo	Mi
8	Fr	Mo	Di	Fr	So	Mi	Fr	Mo	Do	Sa	Di	Do
9	Sa	Di	Mi	Sa	Mo	Do	Sa	Di	Fr	So	Mi	Fr
10	So	Mi	Do	So	Di	Fr	So	Mi	Sa	Mo	Do	Sa
11	Mo	Do	Fr	Mo	Mi	Sa	Mo	Do	So	Di	Fr	So
12	Di	Fr	Sa	Di	So	Di	Fr	Mo	Mo	Mi	Sa	Mo
13	Mi	Sa	So	Mi	Fr	Mo	Mi	Sa	Di	Do	So	Di
14	Do	So	Mo	Do	Sa	Di	Do	So	Mi	Fr	Mo	Mi
15	Fr	Mo	Di	Fr	So	Mi	Fr	Mo	Do	Sa	Di	Do
16	Sa	Di	Mi	Sa	Mo	Do	Sa	Di	Fr	So	Mi	Fr
17	So	Mi	Do	So	Di	Fr	So	Mi	Sa	Mo	Do	Sa
18	Mo	Do	Fr	Mo	Mi	Sa	Mo	Do	So	Di	Fr	So
19	Di	Fr	Sa	Di	Do	So	Di	Fr	Mo	Mi	Sa	Mo
20	Mi	Sa	So	Mi	Fr	Mo	Mi	Sa	Di	Do	So	Di
21	Do	So	Mo	Do	Sa	Di	Do	So	Mi	Fr	Mo	Mi
22	Fr	Mo	Di	Fr	So	Mi	Fr	Mo	Do	Sa	Di	Do
23	Sa	Di	Mi	Sa	Mo	Do	Sa	Di	Fr	So	Mi	Fr
24	So	Mi	Do	So	Di	Fr	So	Mi	Sa	Mo	Do	Sa
25	Mo	Do	Fr	Mo	Mi	Sa	Mo	Do	So	Di	Fr	So
26	Di	Fr	Sa	Di	Do	So	Di	Fr	Mo	Mi	Sa	Mo
27	Mi	Sa	So	Mi	Fr	Mo	Mi	Sa	Di	Do	So	Di
28	Do	So	Mo	Do	Sa	Di	Do	So	Mi	Fr	Mo	Mi
29	Fr	Mo	Di	Fr	So	Mi	Fr	Mo	Do	Sa	Di	Do
30	Sa		Mi	Sa	Mo	Do	Sa	Di	Fr	So	Mi	Fr
31	So		Do		Di		So	Mi		Mo		Sa