# Ausgewählte Fragen zum Thema Ferien im Arbeitsverhältnis

geschrieben von Claudia Schnueriger | Juli 24, 2023

**Die Sonne scheint, die heissen Temperaturen halten an und die Sommerferien sind bereits im Gange. Aus diesem Grund ist es höchste Zeit für die Beantwortung einiger bedeutsamer Fragen zum Ferienrecht:**

**Wer bestimmt den Zeitpunkt der Ferien?**
Der Zeitpunkt der Ferien wird vom Arbeitgeber bestimmt. Er muss jedoch auf die Wünsche des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen, sofern dies die Interessen des Betriebs zulassen. Bei Arbeitnehmern mit schulpflichtigen Kindern sind die Schulferien zu beachten.

**Wie wird der Ferienanspruch bei unterjährigem Arbeitsverhältnis aufgrund eines Ein- oder Austritts berechnet?**
Bei unterjährigem Arbeitsverhältnis sind die Ferien anteilsmässig zu berechnen. Entstehen bei dieser Berechnung Bruchteile, rundet die Praxis auf halbe oder ganze Ferientage auf. Das nachfolgende Beispiel soll dies verdeutlichen: Der Arbeitnehmer hat jährlich Anspruch auf 25 Ferientage. Bei unterjährigem Eintritt per 1. April arbeitet der Arbeitnehmer in diesem Jahr 8 Monate. Der Ferienanspruch berechnet sich wie folgt: 25 Ferientage / 12 Monate x 8 Monate = 16.67 Ferientage. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf 16.5 Ferientage.

**Muss der Arbeitnehmer für einen gesetzlichen Feiertag einen Ferientag beziehen?**
Nein. Gesetzliche Feiertage gelten als bezahlte Freitage. Fällt daher ein Feiertag in die Ferien, muss für diesen Feiertag kein Ferientag bezogen werden.

**Was passiert, wenn der Arbeitnehmer während der Ferien krank wird?**

Es ist wichtig, zwischen der Arbeitsunfähigkeit und Ferienunfähigkeit zu unterscheiden. Ferienunfähigkeit liegt nur vor, wenn durch die Krankheit oder den Unfall der Erholungszweck der Ferien vereitelt wird. Dazu braucht es ein erhebliches Mass an Beeinträchtigung und eine gewisse Intensität der Gesundheitsstörung. Wann eine solche vorliegt, ist im Einzelfall zu bestimmen. Ferienunfähigkeit besteht insbesondere bei Krankheiten, welche mit Bettruhe oder wiederholten Behandlungen oder Arztbesuchen verbunden sind. Falls der Arbeitnehmer als ferienunfähig gilt, werden die entsprechenden Ferientage als nicht bezogen betrachtet und die verpassten Ferien können nachbezogen werden.

**Dürfen Ferien mit einer Geldzahlung abgegolten werden?**
Die Ferien dienen der Erholung des Angestellten. Wenn der Ferienanspruch in eine Geldzahlung umgewandelt werden könnte, würde der Zweck der Ferien vereitelt. Art. 329d Abs. 2 OR sieht für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ein Verbot vor, während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses Ferien durch finanzielle Leistungen abzugelten. Gewisse Kantone und Gemeinden haben diese Regelung dahingehend übernommen, dass nicht bezogene Ferien nur bei Austritt entschädigt werden. Andere Personalgesetzgebungen sehen einen allgemeinen Verweis auf die Bestimmungen des Obligationenrechts vor. Zusammenfassend gilt im öffentlichen Personalrecht ein Verbot der Abgeltung der Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses (siehe zur Ausnahme des Abgeltungsverbots bei Freistellung die nachfolgenden Ausführungen).

**Wird mit der Freistellung ein noch bestehender Ferienanspruch des Arbeitnehmenden abgegolten?**
In der Freistellung kann unter Umständen auch eine Naturalabgeltung gesehen werden. Der Arbeitnehmende muss das noch vorhandene Ferienguthaben nach Möglichkeit beziehen. Dazu ist keine ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers nötig. Falls der Ferienbezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder

zumutbar ist, sind die Ferien am Ende des Arbeitsverhältnisses in Geld abzugelten. Die Frage, ob dem Arbeitnehmenden der Bezug der restlichen Ferientage zumutbar ist oder nicht, beurteilt sich danach, ob er während der restlichen Freistellungsdauer Zeit für die Stellensuche hat. Dem Anspruch auf Zeit für die Stellensuche kommt Vorrang gegenüber dem Ferienbezug zu, weshalb das Abgeltungsverbot entsprechend eingeschränkt wird. Die Zulässigkeit der Ferienkompensation muss im Einzelfall beurteilt werden.

**Ist die Abgeltung des Ferienlohns mit den laufenden Lohnzahlungen zulässig?**
Der Arbeitnehmende darf während der Ferien lohnmässig nicht schlechter gestellt werden, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte. Eine Ausnahme des Verbots der Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn hat das Bundesgericht bei unregelmässigen Beschäftigungen zugelassen. Diese Ausnahme ist aber an folgende Voraussetzungen geknüpft:

- Unregelmässige Beschäftigung
- Klare und ausdrückliche Ausscheidung des Ferienlohnanteils
- Ausweisen des Ferienlohnanteils in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen

Das Verbot der Abgeltung des Ferienlohns stellt sicher, dass der Arbeitnehmende während seiner Ferien auch über das notwendige Geld verfügt. Eine Ausnahme kann deshalb nur äusserst zurückhaltend angenommen werden. Es müssen unüberwindbare Schwierigkeiten vorliegen, die eine Auszahlung während der Ferien als praktisch nicht durchführbar erscheinen lassen. Im Urteil 4A_357/2022 vom 30. Januar 2023 hat das Bundesgericht entschieden, dass bei einer Vollzeitanstellung keine solche unüberwindbaren Schwierigkeiten bestehen würden.

**Dürfen Ferien auf das nächste Kalenderjahr verschoben werden?**
Die Ferien sind grundsätzlich in dem Kalenderjahr zu beziehen, in welchem der Anspruch entsteht. Falls die Ferien infolge

zwingender betrieblicher Gründe, Krankheit oder Unfall nicht im entsprechenden Kalenderjahr bezogen werden, sind sie im Folgejahr zu beziehen. In einzelnen Kantonen müssen die aus dem Vorjahr übertragenen Ferientage bis zu einem bestimmten Zeitpunkt des Folgejahres (z.B. 30. Juni; vgl. Personalgesetz des Kantons Genf) bezogen werden.

**Darf der Arbeitnehmer während der Ferien einer anderen Erwerbstätigkeit nachgehen?**
Die Ferien sollen der Erholung dienen. Eine Nebenbeschäftigung während der Ferien ist nur zulässig, wenn dadurch der Erholungszweck nicht vereitelt wird. Zusätzlich ist zu beachten, dass Nebentätigkeiten nur zulässig sind, wenn keine Interessenkollision mit der Haupttätigkeit droht. Die personalrechtlichen Bestimmungen einzelner Kantone bzw. Gemeinden knüpfen die Erteilung der Bewilligung einer Nebentätigkeit an weitere Voraussetzungen (Entgeltlichkeit, keine Beeinträchtigung der Arbeitserfüllung). Einzelne Personalgesetzgebungen unterstellen jede entgeltliche Nebentätigkeit der Bewilligungspflicht (vgl. bspw. das Personalgesetz des Kantons Genf).

**Unter welchen Voraussetzungen kann der Arbeitgeber die Ferien kürzen?**
Im privaten Arbeitsrecht ist bei unverschuldeter Abwesenheit wegen Krankheit oder Unfall eine Ferienkürzung ab dem zweiten vollen Monat der Abwesenheit zulässig. Das öffentliche Personalrecht ist in der Regel grosszügiger und sieht eine Kürzung erst nach einer längeren unverschuldeten Abwesenheit vor. Da die kantonale und kommunale Personalgesetzgebung nicht einheitliche Regelungen vorsieht, ist das entsprechende Personalgesetz oder -reglement zu konsultieren.

**Welche Folgen hat die verspätete Rückkehr des Arbeitnehmers aus den Ferien?**
Für die verspätete Rückreise des Arbeitnehmers aus den Ferien können verschiedene Gründe verantwortlich sein, z.B. Naturkatastrophen, Flugverbot, Streik, Krieg, Vulkanausbruch,

Krankheit oder Unfall des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber muss bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung den Lohn nur dann bezahlen, wenn die Gründe für die Verhinderung in der Person des Arbeitnehmers liegen. Dies trifft bei Krankheit oder Unfall des Arbeitnehmers zu. Verhinderungsgründe, die auf äussere Umstände und höhere Gewalt zurückzuführen sind, liegen nicht in der Person des Arbeitnehmers. Eine solche unfreiwillige Verlängerung der Ferien geht zu Lasten des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber kann die zusätzlichen Abwesenheitstage vom Ferienanspruch oder Lohn abziehen.

---

# Der Kündigungsschutz bei Arbeitsunfähigkeit

geschrieben von Claudia Schnueriger | Juli 24, 2023

**In der Schweiz kann eine Kündigung nicht jederzeit ausgesprochen werden. Der Arbeitnehmer ist während bestimmten Sperrfristen wie Krankheit, Unfall etc. vor einer Kündigung geschützt. Im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz stellen sich unterschiedliche Fragen wie z.B. ob sich dessen Dauer verlängert, wenn ein Arbeitnehmer mehrmals hintereinander arbeitsunfähig wird. Was geschieht, wenn ein Arbeitnehmer selber kündigt und während der Kündigungsfrist arbeitsunfähig wird? Diese und weitere Fragen werden im nachstehenden Beitrag beantwortet. Zeitlicher Kündigungsschutz in der kantonalen und kommunalen Personalgesetzgebung**

Die Mehrheit der kantonalen und kommunalen Personalgesetze verweist für den Kündigungsschutz auf die Bestimmungen des Obligationenrechts. Vereinzelte Personalgesetze sehen im Gegensatz zum Obligationenrecht längere Sperrfristen vor.

Art. 336c Abs. 1 lit. b OR sieht vor, dass der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen darf, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen. Die Dauer des Kündigungsschutzes ist abhängig von den Dienstjahren. Der Kündigungsschutz setzt eine Arbeitgeberkündigung voraus. Die Sperrfristen kommen nicht zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer selbst kündigt oder ein Aufhebungsvertrag geschlossen wurde.

**Zweck des Sperrfristenschutzes**
Die Kündigungsschutzbestimmungen tragen dem Umstand Rechnung, dass eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wegen der Unsicherheit hinsichtlich der Dauer der Krankheit und des Umfangs der Arbeitsunfähigkeit als sehr unwahrscheinlich erscheint. Der Kündigungsschutz bezweckt zudem, dem an der Arbeit verhinderten Arbeitnehmer mehr Zeit für die Stellensuche einzuräumen.

**Keine Anwendbarkeit der Kündigungsschutzbestimmungen in der Probezeit, bei Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses oder fristloser Kündigung**
Der Kündigungsschutz gilt erst nach Ablauf der Probezeit. Falls die Probezeit wegbedungen wurde, so besteht der Kündigungsschutz von Anfang an. Die Probezeit wird durch Krankheit, Unfall oder Erfüllung gesetzlicher Pflichten verlängert. In diesem Fall setzt der zeitliche Kündigungsschutz erst nachher ein. Der Kündigungsschutz gilt auch nicht bei Beendigung des Vertragsverhältnisses durch Ablauf einer Befristung (mit Ausnahme der vorzeitigen Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses) oder fristloser Auflösung.

**Rechtsfolgen der Kündigung zur Unzeit Kündigung während einer**

**Sperrfrist**

Die Kündigung, die während der Sperrfrist erklärt wird, ist nichtig. Das Arbeitsverhältnis dauert somit fort. Der Arbeitgeber muss nach Ablauf der Sperrfrist nochmals kündigen, wenn er das Arbeitsverhältnis auflösen will. Zur Veranschaulichung die folgenden Beispiele: • Der Arbeitnehmer ist krankheitsbedingt vom 1. Februar 2023 bis 31. März 2023 arbeitsunfähig. Die Sperrfrist dauert 180 Tage. Der Arbeitgeber kündigt am 2. Februar 2023. Die Kündigung erfolgte während der Sperrfrist und ist somit nichtig. • Der Arbeitnehmer ist krankheitsbedingt vom 1. Februar 2023 bis 30. April 2023 arbeitsunfähig. Die Sperrfrist dauert 30 Tage. Der Arbeitgeber kündigt am 15. März 2023. Die Kündigung ist gültig, da die Sperrfrist lediglich 30 Tage dauert und nicht für die ganze Dauer der Arbeitsunfähigkeit bis 30. April 2023 gilt.

**Kündigung vor einer Sperrfrist**

Ist die Kündigung vor Beginn einer Sperrfrist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird der Ablauf der Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. Die Kündigung ist wirksam. Bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers während der Kündigungsfrist wird diese nur so lange unterbrochen und für so lange verlängert, als der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist bzw. die Sperrfrist dauert. Die Kündigungsfrist wird maximal um die Dauer der Sperrfrist verlängert, selbst wenn die Arbeitsunfähigkeit länger dauert. Die Kündigungsfrist beginnt nicht mit dem Zugang der Kündigung zu laufen, sondern ist vielmehr ab dem Kündigungstermin durch Rückrechnung zu bestimmen. Wird also z.B. am 2. Mai 2023 mit dreimonatiger Kündigungsfrist per Ende August 2023 gekündigt, so läuft die Kündigungsfrist vom 1. Juni – 31. August 2023. Eine Krankheit vom 2. – 31. Mai 2023 führt nicht zu einer Verlängerung der Kündigungsfrist. In der kantonalen und kommunalen

Personalgesetzgebung ist im Regelfall als Kündigungstermin das Ende eines Monats vorgesehen. Wenn die Sperrfrist dazu führt, dass die Kündigungsfrist unter dem Monat abläuft, verlängert sich diese bis zum Ende des Monats. Zur Veranschaulichung das folgende Beispiel: • Der Arbeitgeber spricht die Kündigung mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten am 23. Mai 2023 per 31. August 2023 aus, da gemäss Gesetz Kündigungen auf das Ende eines Monats auszusprechen sind. Der Arbeitnehmer erkrankt vom 1. – 12. August 2023, d.h. während zwölf Tagen. Die Kündigungsfrist wird während dieser Zeit unterbrochen und läuft erst nach der Sperrfrist weiter. 61 Tage Kündigungsfrist laufen ab dem 1. Juni, die restlichen 31 Tage laufen ab dem 13. August 2023 bis 12. September 2023. Da die Kündigung lediglich per Ende eines Monats möglich ist, verlängert sich die Kündigungsfrist bis Ende September 2023. Zu beachten ist jedoch, dass eine Arbeitsunfähigkeit während dieser Zusatzfrist vom 13. – 30. September 2023 keine neue Sperrfrist auslöst.

**Kurzabsenzen**

Ist ein Arbeitnehmer während der laufenden Kündigungsfrist auch nur ein paar Tage arbeitsunfähig, kann dies bereits zu einer einmonatigen Verlängerung des Arbeitsverhältnisses führen. Der durch eine Kurzabsenz ausgelöste Kündigungsschutz nach erfolgter Kündigung kann sich dann besonders stossend auswirken, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit einer längeren als der vorgesehenen Kündigungsfrist kündigt, um dem Arbeitnehmer möglichst viel Zeit für die Stellensuche einzuräumen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann das unbefriedigende Ergebnis nur über die Einrede des Rechtsmissbrauchs korrigiert werden, da Wortlaut und Absicht des Gesetzgebers auch Kurzabsenzen erfassen. Das Bundesgericht setzt die Hürde für die Annahme von Rechtsmissbrauch allerdings hoch an.

**Mehrheit von Absenzen**

Verunfallt ein Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist und

erkrankt er anschliessend, löst dies eine neue Sperrfrist aus. Jeder auf einem neuen Grund beruhende Verhinderungsfall löst eine neue, eigene Sperrfrist aus. Ein Rückfall oder eine klare Folgeerscheinung löst demgegenüber keine neue Sperrfrist aus.




Abbildung: Berechnungsbeispiel mit Krankheit während der Kündigungsfrist

**Kündigungsschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit?**
Bei der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit kann der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nur an seinem bisherigen Arbeitsplatz nicht erbringen, könnte aber in einem anderen Arbeitsumfeld, insbesondere bei einem anderen Arbeitgeber, ohne weiteres eingesetzt werden. Auch ist der Arbeitnehmer in seinem privaten Lebensbereich (Haushalt, Hobbies und Freizeit) nicht oder kaum eingeschränkt. Die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ist eine Folge psychischer Belastungen am Arbeitsplatz wie etwa Konflikte mit Arbeitskollegen oder Vorgesetzten, Mobbing etc. Der Zweck des Kündigungsschutzes legt nahe, dass die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit diesem Schutz nicht unterstellt ist. Bei der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit sind die Anstellungschancen des Arbeitnehmers nicht beeinträchtigt. Es besteht keine Unsicherheit in Bezug auf die Dauer der Krankheit oder den Umfang der Arbeitsunfähigkeit. Der Arbeitnehmer ist am neuen Arbeitsplatz sofort und uneingeschränkt einsetzbar. Die Rechtsprechung hat bereits entschieden, die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit falle nicht unter den Kündigungsschutz.

**Teilzeitanstellung**
Der Kündigungsschutz gilt mit gleicher Dauer auch bei einer

Teilzeitanstellung und unabhängig davon, ob die Arbeitsunfähigkeit in die Arbeitszeit fällt oder nicht. Denn auch die Arbeitsunfähigkeit, welche zeitlich nicht in die Teilzeitanstellung fällt, verhindert in der Regel, dass der Arbeitnehmer durch einen anderen Arbeitgeber angestellt wird.

**Teilweise Arbeitsverhinderung**
Die Anstellungschancen des Arbeitnehmers können sowohl bei vollständiger als auch bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit beeinträchtigt sein, weshalb der Kündigungsschutz auch bei Teilarbeitsunfähigkeit gilt. Die Sperrfrist verlängert sich nicht proportional bei Teilarbeitsunfähigkeit, sondern gilt im gleichen Umfang wie bei einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit.

**Setzt Kündigungsschutz Kenntnis der Gesundheitsstörung voraus?**
Nicht entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer von seiner Krankheit weiss oder der Arbeitgeber darüber informiert ist. Die unterlassene Information des Arbeitgebers über die Arbeitsunfähigkeit ändert an der Geltung des Kündigungsschutzes nichts. Allerdings kann die unterlassene Information des Arbeitgebers als Treuepflichtverletzung qualifiziert werden, welche unter Umständen einen Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers zur Folge haben kann.

**Geltung des Kündigungsschutzes bei Arbeitsleistung trotz bescheinigter Arbeitsunfähigkeit?**
Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich ein Arbeitnehmer auch dann auf den Kündigungsschutz berufen, wenn er trotz bescheinigter Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit erscheint.

# Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit und die vertrauensärztliche Untersuchung

geschrieben von Claudia Schnueriger | Juli 24, 2023

**An die unverschuldete Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers knüpfen weitreichende Rechtsfolgen; zum einen die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers und zum anderen der Kündigungsschutz. Aus diesem Grund kommt dem Beweis der Arbeitsunfähigkeit eine wichtige Bedeutung zu. Bei begründeten Zweifeln des Arbeitgebers an der Arbeitsunfähigkeit seines Arbeitnehmers kann er eine vertrauensärztliche Untersuchung anordnen. Doch wann liegen begründete Zweifel vor und was geschieht, wenn sich der behandelnde Arzt und der Vertrauensarzt nicht einig sind? Auf diese und weitere Fragen wird im nachstehenden Beitrag näher eingegangen.**

**Beweis der Arbeitsunfähigkeit**

Da der Arbeitnehmer aus der behaupteten Arbeitsunfähigkeit Rechte wie die Lohnfortzahlung und den Kündigungsschutz ableitet, muss er diese beweisen. Der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit obliegt somit dem Arbeitnehmer und kann grundsätzlich in irgendeiner Weise erbracht werden. In der Praxis geschieht dies in der Regel durch ein Arztzeugnis. Einem Arztzeugnis kommt eine sehr hohe Beweiskraft zu. Nichtsdestotrotz ist es kein unumstössliches Beweismittel.

**Zweifel an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit**

Hat der Arbeitgeber begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses kann er vom Arbeitnehmer verlangen, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen.

Begründete Zweifel können auftauchen, wenn nacheinander

Arztzeugnisse von verschiedenen Ärzten oder sich widersprechende Arztzeugnisse eingereicht werden, bei Ferndiagnosen (z.B. aufgrund eines Telefonats ohne Untersuchung des Arztes), wenn das Arztzeugnis keine Maximaldauer der Arbeitsunfähigkeit enthält (bis auf Weiteres), wenn das Arztzeugnis keine eigenhändige Unterschrift oder kein Behandlungsdatum enthält, Auffälligkeiten betreffend Zeitpunkt, Häufigkeit und Dauer der Arbeitsunfähigkeit bestehen oder bei übermässiger Rückdatierung. Dass eine Rückdatierung in einem gewissen Umfang aber akzeptiert werden muss, ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass ein Arbeitnehmer den Arzt kaum je umgehend bei Ausbruch einer Krankheit aufsuchen wird und je nach Auslastung des Arztes auch nicht kann (vgl. zur Rückdatierung auch den Beitrag «Zulässigkeit von rückwirkenden Arztzeugnissen» ZV Info 2021 09).

**Die vertrauensärztliche Untersuchung**

Ein Vertrauensarzt ist ein Arzt, der vom Arbeitgeber auf dessen Kosten hinzugezogen wird, um die behauptete Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers abzuklären. Die Wahl des Vertrauensarztes liegt grundsätzlich beim Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer kann sich nicht auf den Grundsatz der freien Arztwahl berufen. Der Arbeitnehmer kann aber Einwendungen gegen die vertrauensärztliche Untersuchung erheben, wenn ihm diese nicht zumutbar ist. In der Praxis kommen insbesondere folgenden Einwendungen vor:

• Person des Arztes, z.B. persönliche Feindschaft zwischen Arzt und Arbeitnehmer

• Geschlecht des Arztes

• Fehlende Bezeichnung des Vertrauensarztes

• Fehlender Zeitraum und Zweck der Untersuchung

Bei begründeten Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit ist der Arbeitnehmer verpflichtet, an der vertrauensärztlichen

Untersuchung mitzuwirken. Der Vertrauensarzt kann die Arbeitnehmenden persönlich untersuchen oder anhand von Akten die Beurteilung des behandelnden Arztes überprüfen. Der Vertrauensarzt hat die Untersuchung nach bestem Wissen und Gewissen durchzuführen. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer über das Ergebnis der vertrauensärztlichen Untersuchung in Kenntnis setzen.

**Zulässige Fragen an den Vertrauensarzt**

Der Informationsanspruch des Arbeitgebers wird durch den Datenschutz beschränkt. Der Arbeitgeber darf nur vertrauensärztliche Auskünfte erfragen, welche das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind. Der Arbeitgeber darf alle Informationen, welche ein einfaches Zeugnis enthält, verlangen. Ein einfaches Zeugnis enthält gemäss Empfehlungen der Swiss Insurance Medicine (Interessengemeinschaft Versicherungsmedizin Schweiz) die folgenden Angaben:

• Personalien des Arbeitgebers

• Bezeichnung des Arbeitgebers

• Datum der erfolgten bzw. nächsten Konsultation

• Arbeitszeit (Beschäftigungsgrad in %)

• Arbeitsunfähigkeit in Prozent

• Datum des Beginn der Arbeitsunfähigkeit

• Datum der Wiederaufnahme der Arbeit zu 100 %

• Angabe, ob Kontaktaufnahme durch den Arbeitgeber erwünscht ist

• Ort und Datum

• Unterschrift des Arztes

Nebst den genannten Informationen ist der Arbeitgeber zu folgenden Fragen berechtigt:

• Fragen zur Ausübung von ganz bestimmten Tätigkeiten

• Frage, ob die Beschäftigung des Arbeitnehmers andere Mitarbeiter im Betrieb gefährdet

• Frage, ob es sich um eine Neuerkrankung oder um einen Rückfall handelt

• Frage, ob die Arbeitsunfähigkeit den Arbeitnehmer auch daran hindere, sich in den Ferien zu erholen

• Frage, ob der Arbeitnehmer transportfähig ist

Unzulässig sind Fragen, welche nicht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen (z.B. Befund und Diagnose, Abklärung betreffend allgemeiner Gesundheitszustand oder Abklärung einer Schwangerschaft ohne konkrete Anhaltspunkte, dass die Arbeitnehmerin eine solche vortäuscht.

Der Vertrauensarzt untersteht dem ärztlichen Berufsgeheimnis. Damit der Vertrauensarzt das Untersuchungsergebnis dem Arbeitgeber offenlegen darf, muss er zunächst von der ärztlichen Schweigepflicht entbunden werden. Die Entbindung von der Schweigepflicht bezieht sich nur auf die mit der konkreten Arbeitsunfähigkeit zusammenhängenden Diagnosen und nicht auf die gesamte Krankengeschichte.

**Verweigerung der Untersuchung durch den Arbeitnehmer**
Bei Verweigerung der Untersuchung durch den Arbeitnehmer sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schriftlich mahnen und eine Frist für die Untersuchung beim Vertrauensarzt ansetzen. Leistet der Arbeitnehmer trotz Mahnung keine Folge, ist der Arbeitgeber berechtigt, die Lohnzahlung einzustellen.

**Widersprechende Ergebnisse**
In der Praxis kommt es oft vor, dass sich das Arztzeugnis des Arbeitnehmenden und dasjenige des Vertrauensarztes

widersprechen. Die beiden ärztlichen Beurteilungen haben grundsätzlich den gleichen Beweiswert. In diesem Fall könnte der Arbeitnehmer aufgefordert werden, den behandelnden Arzt zu bitten, zur Beurteilung des Vertrauensarztes Stellung zu nehmen. Bestenfalls können damit die Differenzen geklärt werden. Falls der behandelnde Arzt durch die Stellungnahme Zweifel an der Richtigkeit der vertrauensärztlichen Beurteilung weckt, darf der Arbeitgeber das vertrauensärztliche Zeugnis nicht unbesehen übernehmen, sondern er hat die Beurteilung durch weitere Abklärungen zu überprüfen. Wenn sich der Arbeitgeber schliesslich doch auf die vertrauensärztliche Beurteilung abstützt, kann er ihn auffordern, zur Arbeit zu erscheinen, ansonsten die Lohnfortzahlungspflicht endet.

Im Streitfall hat das Gericht die widersprechenden Arztzeugnisse zu würdigen. Folgende Kriterien sind bei der Würdigung zu berücksichtigen:

• Art und Weise des Zustandekommens des Zeugnisses

• Qualität und Aussagekraft des Zeugnisses

• Spezifisches Fachwissen der Ärzte

• Häufigkeit, Tiefe und Zeitnähe der Untersuchung

Sofern weder die Arbeitsfähigkeit noch die Arbeitsunfähigkeit bewiesen werden kann, trägt der Arbeitnehmer das Risiko der Beweislosigkeit. Die Arbeitsfähigkeit gilt als unbewiesen, weshalb der Arbeitgeber die Lohnfortzahlung einstellen kann.

**Fazit**
Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit obliegt dem Arbeitnehmer. Bei begründeten Zweifeln am Arztzeugnis kann der Arbeitnehmer einer vertrauensärztlichen Untersuchung unterzogen werden. Bei Verweigerung der vertrauensärztlichen Untersuchung hat der Arbeitnehmer mit der Einstellung der Lohnzahlung zu rechnen.

# Mobbing und missbräuchliche Kündigung

geschrieben von Claudia Schnueriger | Juli 24, 2023

**Der Begriff des Mobbings ist im schweizerischen Recht nicht definiert. Arbeitsplatzkonflikte oder feindselige Verhaltensweisen stellen nicht automatisch Mobbing dar. Unter welchen Umständen Mobbing vorliegt und unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung dadurch missbräuchlich wird, wird im vorliegenden Beitrag eingehend behandelt.**

**Allgemeines zum Mobbing**

Bei Feindseligkeiten oder lang andauernden Unstimmigkeiten steht der Vorwurf von Mobbing bald einmal im Raum. Mobbing liegt aber nicht schon dann vor, wenn ein Arbeitskonflikt oder eine schlechte Arbeitsatmosphäre besteht. Im Gesetz wird allerdings nicht definiert, welches Verhalten als Mobbing gilt. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts wird Mobbing als systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll, definiert. Das Erteilen von Weisungen, die sachlich nicht nachvollziehbar sind und lediglich als Schikane erscheinen, sind charakteristisch für Mobbing.

Die Definition von Mobbing durch die Rechtsprechung zeigt, dass Mobbing durch einen Zweck gekennzeichnet ist und lässt sich dadurch von einem allgemein schlechten Arbeitsklima abgrenzen. Mobbing liegt nur dann vor, wenn eine eindeutige Täter- / Opferbeziehung feststellbar ist. Ein wechselseitiger Konflikt ohne klare Täter- / Opferzuschreibung schliesst die Annahme von Mobbing in der Regel aus.

Mobbing kann insbesondere in fünf Formen vorkommen:

- Angriff auf die Möglichkeit, sich mitzuteilen: nicht ausreden lassen, unterbrechen, anschreien, Informationen vorenthalten.
- Angriff auf die sozialen Beziehungen: allgemeine Kontaktverweigerung, ignorieren, ausgrenzen, isolieren.
- Angriff auf das soziale Ansehen: lächerlich machen, Gerüchte streuen, Sticheleien, Beleidigungen, abschätzige Bemerkungen.
- Angriffe auf die Qualität der Berufs- und Lebenssituation: schikanöse und erniedrigende Arbeiten zuweisen, ungerechtfertigte Kritik, Entziehen von wichtigen Aufgaben.
- Angriffe auf die Gesundheit: Androhung von körperlicher Gewalt, Tätlichkeiten, sexuelle Belästigung.

Die folgenden Handlungen stellen kein Mobbing dar:

- Unangemessenes Führungsverhalten des Vorgesetzten nicht nur gegenüber einem einzelnen, sondern gegenüber mehreren Arbeitnehmern
- Eindringliche Aufforderung gegenüber einem Arbeitnehmer unter Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen, dass dieser seinen Arbeitspflichten nachzukommen hat
- Drucksituationen am Arbeitsplatz infolge Zielsetzungen oder Unterkapazitäten beim Personal
- Kritik an der Arbeitsleistung

**Zeit als entscheidender Faktor**

Das Opfer ist oft in einer Situation, wo jede Einzelhandlung unter Umständen als zulässig zu beurteilen ist, jedoch die Gesamtheit der Handlungen zu einer Destabilisierung des Opfers und bis zu dessen Entfernung vom Arbeitsplatz führen kann. Bei Mobbing geht es somit nicht um eine einzelne Handlung, sondern um eine Vielzahl von Einzelakten über einen längeren Zeitraum, die als Gesamtheit betrachtet als Persönlichkeitsverletzung zu qualifizieren sind.

**Schutz vor Mobbing als Fürsorgepflicht des Arbeitgebers**

Art. 328 OR sieht die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers vor, die Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu achten und zu schützen sowie auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Der in Art. 328 OR erwähnte Persönlichkeitsschutz umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung auch den Schutz vor Mobbing. Bei der Fürsorgepflicht handelt es sich nicht nur um eine Unterlassungspflicht, wonach der Arbeitgeber Mobbing selber zu unterlassen hat. Vielmehr ist der Arbeitgeber verpflichtet, einen Arbeitnehmer vor persönlichkeitsverletzenden Eingriffen von Vorgesetzten, Arbeitskollegen und Dritten zu schützen. Der Arbeitgeber muss zum Schutz der Gesundheit und persönlichen Integrität des Arbeitnehmers alle notwendigen, angemessenen und ihm zumutbaren Schutzmassnahmen treffen. Solche Schutzmassnahmen können insbesondere sein:

- Aufstellen von Verhaltensregeln/Zielvereinbarungen
- Erteilen von Weisungen an den Mobbingtäter
- Interne oder externe Schlichtungsbemühungen
- Umstellen der Arbeitsabläufe
- Versetzungen
- Verwarnungen
- Aussprechen von Kündigungen

Sofern der Arbeitgeber notwendige, angemessene und ihm zumutbare Schutzmassnahmen unterlässt, verletzt er seine Fürsorgepflicht. Eine solche kann jedoch nur vorliegen, wenn der Arbeitgeber über das Mobbing informiert ist und keine Schutzmassnahmen ergreift.

**Missbräuchliche Kündigung in Konfliktsituationen**

Bei Kündigungen in einer Konfliktsituation ist Vorsicht geboten. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Kündigung eines vom Konflikt betroffenen Arbeitnehmenden als missbräuchlich zu qualifizieren, wenn der Arbeitgeber zuvor nicht die notwendigen und zumutbaren Massnahmen zur Entschärfung des Konflikts ergriffen hat.

**Missbräuchliche Kündigung bei Mobbing**

Eine Kündigung des Arbeitgebers in einer Mobbingsituation kann unter gewissen Umständen missbräuchlich sein. Das Vorliegen von Mobbing bedeutet nicht automatisch, dass die Kündigung missbräuchlich ist. Es müssen stets die Folgen des Mobbings untersucht werden. Dies hat das Bundesgericht in einem aktuelleren Entscheid vom 23. August 2022 dargelegt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_215/2022). In diesem Entscheid ging es um einen Arbeitnehmenden aus Kamerun, welcher von einem anderen Mitarbeiter immer wieder rassistisch angegangen wurde. Der Arbeitgeber hatte vom Mobbing Kenntnis und nichts dagegen unternommen. Der Arbeitnehmende wurde wegen des psychischen Drucks während mehrerer Monate arbeitsunfähig. Aufgrund dessen wurde ihm gekündigt. Die Kündigung wurde vom Bundesgericht als missbräuchlich eingestuft.

Wenn das Mobbing beim Arbeitnehmer zu einem Leistungsabfall oder einem längeren krankheitsbedingten Ausfall führt und das Mobbing vom Arbeitgeber in Verletzung der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR toleriert wurde, dürfen diese Mobbingfolgen nicht dem Arbeitnehmer angelastet werden und zur Kündigung führen. Denn der Leistungsabfall oder die Arbeitsunfähigkeit wurde durch den Arbeitgeber verschuldet, indem er keine Schutzmassnahmen getroffen hat und somit seiner Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR nicht nachgekommen ist. In diesem Fall liegt eine missbräuchliche Kündigung vor und dem Arbeitgeber droht eine Entschädigungszahlung in der Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen. Zu beachten ist jedoch, dass eine Kündigung nur dann missbräuchlich ist, wenn der Arbeitgeber vom Mobbing Kenntnis hatte und nichts dagegen unternommen hat.

**Fazit**

Eine Verletzung der Persönlichkeit eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber ist nicht zwingend als Mobbing im rechtlichen Sinne zu qualifizieren. Nicht jede Schikane und nicht jeder Konflikt sind Mobbing. Mobbing liegt erst bei einer systematischen Wiederholung über eine längere Zeit vor. Eine

missbräuchliche Kündigung liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber einem von Mobbing betroffenen Arbeitnehmenden aufgrund dessen Leistungsabfall oder krankheitsbedingter Abwesenheit trotz Kenntnis der Mobbingsituation kündigt.

---

# Präsentismus – sich krank zur Arbeit schleppen

geschrieben von Claudia Schnueriger | Juli 24, 2023

**Die Nase läuft, im Hals kratzt's, der Kopf brummt und das Fieber steigt und steigt. Mehrere Schweizer Studien zeigten, dass sich viele Angestellte mit Krankheitssymptomen zur Arbeit schleppen, anstatt das Bett zu hüten. Ist Präsentismus, also die Anwesenheit am Arbeitsplatz trotz eingeschränkter Leistungsfähigkeit infolge gesundheitlicher Beeinträchtigung, aus rechtlicher Sicht überhaupt erlaubt? Im Zusammenhang mit Präsentismus stellen sich verschiedene Rechtsfragen, auf die nachfolgend näher eingegangen wird.**

## Ursachen und Folgen von Präsentismus

Die Gründe für Präsentismus sind vielfältig. Arbeitnehmende schleppen sich aus Pflichtgefühl, grosser Arbeitslast, Druck von Vorgesetzten, Kündigungsangst oder Identifikation mit ihrer Arbeit krank zum Arbeitsplatz. Die Folgen von Präsentismus sind nicht zu verharmlosen. Es besteht unter anderem die Gefahr, dass die betroffenen Mitarbeitenden länger brauchen, um vollständig zu genesen. Dieses Phänomen, trotz Krankheit zu arbeiten, schadet nicht nur dem jeweiligen Mitarbeitenden selbst, sondern auch die übrigen Mitarbeitenden können angesteckt werden. Nicht zuletzt ist auch der Arbeitgeber betroffen: Aufgrund der gesundheitlichen

Beeinträchtigung kann die Arbeitsqualität leiden und es entstehen Fehler. Schliesslich besteht das Risiko, dass der Arbeitnehmende wegen einer nicht auskurierten Krankheit zu einem späteren Zeitpunkt längerfristig arbeitsunfähig wird. Laut Schätzungen sei Präsentismus etwa zehnmal teurer als Absentismus.

# Rechtliche Fragestellungen

## Präsentismus und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Die kantonalen Personalgesetze verlangen in Analogie zum Privatrecht (vgl. Art. 328 OR), dass der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers achtet, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht nimmt und für die Wahrung der Sittlichkeit sorgt. Der Arbeitgeber hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind. Die Verpflichtung zum Gesundheitsschutz ist auch öffentlich-rechtlicher Natur. Die entsprechenden Grundlagen finden sich in Art. 82 UVG sowie in Art. 6 ArG und der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz. Die öffentlich- und privatrechtlichen Verpflichtungen der Arbeitgeberin beinhalten auch eine Schutzpflicht gegenüber gesundheitlich angeschlagenen Arbeitnehmenden.

In der juristischen Lehre wird aus der Fürsorgepflicht eine Verpflichtung des Arbeitgebers abgeleitet, Präsentismus zu unterbinden. Er muss ein Betriebsklima schaffen, welches den Arbeitnehmenden ermöglicht, bei Krankheit zu Hause zu bleiben. Dieser Problematik kann beispielsweise mit Stellvertretungsregelungen Abhilfe geschafft werden.

Aus der Fürsorgepflicht wird zudem abgeleitet, dass der Arbeitgeber den offensichtlich kranken Arbeitnehmenden nach

Hause schicken muss. Der Arbeitgeber kann sich auf sein Weisungsrecht stützen. Auch eine Erledigung der Aufgaben im Homeoffice kommt grundsätzlich nicht in Frage. Arbeiten im Homeoffice ist nur in begründeten Einzelfällen zulässig; bspw. wenn der Arbeitnehmende zwar noch ansteckend, aber schon wieder voll leistungsfähig ist.

Vor dem Hintergrund der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht heikel sind Prämiensysteme wie bspw. Anwesenheitsprämien, die Krankheitsabsenzen oder Fehltage allgemein bestrafen.

## Zeitlicher Kündigungsschutz

Grundsätzlich gilt im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis analog zum Privatrecht: Die Arbeitgeberin darf nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis während einer gewissen Frist nicht kündigen, wenn der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Eine während der Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig (vgl. Art. 336c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR). Im Zentrum steht dabei, dass eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wegen der Unsicherheit bezüglich Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit sehr unwahrscheinlich ist.

Es stellt sich die Frage, ob ein Arbeitnehmer, welcher arbeitsunfähig geschrieben ist und dennoch zur Arbeit geht, zeitlichen Kündigungsschutz geniesst. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind arbeitsunfähige oder teilweise arbeitsunfähige Arbeitnehmende, die dennoch arbeiten, gleichwohl durch die Sperrfrist geschützt. Der gesetzliche Kündigungsschutz setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer um seine Krankheit weiss oder der Arbeitgeber darüber informiert ist. Es geht darum, dass der Sperrfristenschutz auch dann bestehen bleiben soll, wenn sich der Arbeitnehmer überwindet und zur Arbeit erscheint, obwohl er dies nicht müsste. Allerdings wird der zeitliche

Kündigungsschutz auch hier nur ausgelöst, wenn die Krankheit den Antritt einer neuen Stelle unwahrscheinlich erscheinen lässt.

## Pflichten des Arbeitnehmers

Als Gegenstück zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers trifft den Arbeitnehmenden eine Treuepflicht. Diese Treuepflicht wird in den kantonalen Personalgesetzen in der Regel entsprechend der privatrechtlichen Regelung in Art. 321a Abs. 1 OR ausgestaltet. Danach sind die Arbeitnehmenden verpflichtet, die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin in guten Treuen zu wahren. Gemäss Bundesgericht sind krankgeschriebene Arbeitnehmende grundsätzlich nicht verpflichtet, ihre Arbeit niederzulegen. Dies gilt jedoch nur solange die eigene Gesundheit oder diejenige von Dritten nicht gefährdet wird und die Arbeitsfähigkeit nicht beeinträchtigt ist. Sofern der Arbeitgeber seiner Fürsorgepflicht nachgekommen ist, verletzt der Arbeitnehmende durch Präsentismus unter Umständen seine Treuepflicht. Arbeitnehmende, welche entgegen ausdrücklicher Weisung der Arbeitgeberin weiterarbeiten und sich nicht auskurieren, riskieren bei einer späteren Arbeitsunfähigkeit, dass ihnen im Rahmen der Lohnfortzahlung vorgehalten wird, diese sei nicht unverschuldet.

## Fazit

Das Phänomen Präsentismus ist eine ernst zu nehmende Angelegenheit, welche negative gesundheitliche sowie finanzielle Auswirkungen hat. Entgegen der Annahme, man tue der Arbeitgeberin etwas Gutes, wenn man krank zur Arbeit erscheint, überwiegen letztendlich die negativen Folgen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Aus diesem Grund muss es im Interesse beider Seiten liegen, ihre arbeitsrechtlichen Pflichten wahrzunehmen und Präsentismus zu unterbinden.

# Das Arbeitszeugnis – ein Überblick

geschrieben von Claudia Schnueriger | Juli 24, 2023

**Ein gutes Arbeitszeugnis dient der Förderung des beruflichen Fortkommens. Wer ein schlechtes Arbeitszeugnis im Bewerbungsverfahren vorweist, wird oft gar nicht erst zum Bewerbungsgespräch eingeladen. Das Arbeitszeugnis darf jedoch nicht nur den Grundsatz des Wohlwollens beachten, sondern muss auch der Wahrheit entsprechen. Stellt die Arbeitgeberin ein unrichtiges Arbeitszeugnis aus, kann sie gegenüber Dritten haftbar werden. Diese Gratwanderung zwischen Wahrheit und Wohlwollen ist nicht ganz einfach. Diese und weitere Aspekte des Arbeitszeugnisses werden in diesem Beitrag näher beleuchtet.**

## Allgemeines zum Arbeitszeugnis

Gemäss Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf ein Vollzeugnis in der Form eines Zwischenzeugnisses und eines Schlusszeugnisses sowie auf eine blosse Arbeitsbestätigung. Es steht dem Arbeitnehmer frei, ein Arbeitszeugnis, eine Arbeitsbestätigung oder beides zu verlangen. Der Anspruch auf ein Arbeitszeugnis wird erst fällig, wenn der Arbeitnehmer ein Arbeitszeugnis verlangt.

Nach herrschender Lehre verjährt das Recht auf ein Arbeitszeugnis zehn Jahre nach dem Ende des Arbeitsvertrags. Begründet wird dies damit, dass es sich beim Zeugnis nicht um eine Forderung handelt, die als Entgelt für die geleistete

Arbeit zu betrachten ist. Das Bundesgericht hat dies in einem Entscheid aus dem Jahr 2020 bestätigt (Urteil des Bundesgerichts 4A_295/2020 vom 28. Dezember 2020).

## Formelle Aspekte: Schriftform, Unterschriften, Ausstellungsort und Zeitform

Das Arbeitszeugnis ist schriftlich auszustellen und muss von der Arbeitgeberin unterzeichnet werden. Ist für die Vertretung der Arbeitgeberin Kollektivunterschrift zu zweien erforderlich, muss auch das Arbeitszeugnis von zwei zeichnungsberechtigten Personen unterzeichnet werden. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Unterzeichnung durch eine bestimmte Person und kann umgekehrt auch nicht fordern, eine bestimmte Person dürfe nicht unterzeichnen. Unzulässig ist die Vertretung durch aussenstehende Dritte, beispielsweise durch einen von der Arbeitgeberin beauftragten Rechtsanwalt. Auch der Ort der Zeugnisausstellung ist anzugeben. Das Zwischenzeugnis wird in der Gegenwartsform formuliert. Das Schlusszeugnis hingegen in der Vergangenheitsform. Kompetenzen, über die der Arbeitnehmer unabhängig von der betreffenden Arbeitsstelle verfügt, wie Sprachkenntnisse, Auffassungsgabe, Einfühlungsvermögen etc., sind auch im Schlusszeugnis in der Gegenwartsform zu verfassen.

## Zeugnisgrundsätze

Bei der Erstellung des Arbeitszeugnisses müssen die folgenden Grundsätze beachtet werden:

**Grundsatz der Wahrheit**
Aus dem Grundsatz der Wahrheit ergibt sich, dass sich das Vollzeugnis zu allen in Art. 330a Abs. 1 OR genannten Punkten äussern muss. Daraus folgt, dass das Zeugnis über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über die Leistungen und das Verhalten Auskunft geben muss. Die im Arbeitszeugnis

wiedergegebene Beurteilung von Leistung und Verhalten muss objektiv richtig ausfallen, wobei der Beurteilungsmassstab nicht zu streng oder zu grosszügig sein darf, sondern dem branchenüblichen Durchschnitt entsprechen soll. Die Arbeitgeberin verfügt über ein Beurteilungsermessen sowie über ein breites Ermessen bei der Formulierung des Arbeitszeugnisses. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf die Verwendung von bestimmten Formulierungen.

**Grundsatz der Vollständigkeit**

Das Arbeitszeugnis muss vollständig sein, d. h. es muss alle wesentlichen Tatsachen und Bewertungen enthalten, die für die Gesamtbeurteilung des Arbeitnehmers von Bedeutung sind. Es soll künftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben. Aus diesem Grund darf und muss es bezüglich der Leistungen des Arbeitnehmers auch negative Tatsachen erwähnen, soweit diese für seine Gesamtbeurteilung erheblich sind. Begrenzt wird das Erfordernis der Vollständigkeit durch Art. 328b OR, wonach sich die Angaben auf die Eignung für das Arbeitsverhältnis oder die Durchführung des Arbeitsvertrags beziehen müssen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet das Weglassen von Unwesentlichem. Einmalige Vorfälle und Umstände, die für den Arbeitnehmer und das Arbeitsverhältnis nicht charakteristisch waren, dürfen nicht in das Arbeitszeugnis aufgenommen werden. Der blosse (auch dringende) Verdacht einer strafbaren Handlung sowie Vorstrafen, Krankheiten und ausserdienstliche Umstände, die für Leistungen und dienstliches Verhalten des Arbeitnehmers nicht wesentlich waren, dürfen nicht erwähnt werden. Delikte, die während des Arbeitsverhältnisses verübt wurden, dürfen erwähnt werden, wenn sie für die Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers von Bedeutung sind oder die Straftat am Arbeitsplatz oder zulasten des Arbeitgebers begangen wurden.

**Grundsatz des Wohlwollens**

Einerseits soll das Arbeitszeugnis das berufliche Fortkommen

fördern. Andererseits soll das Arbeitszeugnis dem künftigen Arbeitgeber ein wahrheitsgetreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten geben, weshalb es wahr und vollständig sein muss. Der Grundsatz des Wohlwollens findet seine Grenze an der Wahrheitspflicht. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf ein objektiv wahres, nicht auf ein gutes Arbeitszeugnis. Das Interesse des zukünftigen Arbeitgebers an der Zuverlässigkeit der Aussagen im Arbeitszeugnis muss höherrangig eingestuft werden als das Interesse des Arbeitnehmers an einem möglichst günstigen Zeugnis.

**Grundsatz der Klarheit**

Das Arbeitszeugnis muss in allgemein verständlicher und klarer Sprache abgefasst sein. Die Aussagen müssen für Dritte und den Arbeitnehmer selbst eindeutig sein. Unzulässig ist auch die Verwendung von Codierungen durch den Arbeitgeber. Bei Codierungen handelt es sich um gut klingende bzw. verklausulierte Formulierungen, welche aber etwas anderes aussagen, als was der eigentliche Wortlaut vermuten lässt. Folgende Formulierungen hören sich zunächst positiv an, weisen aber tatsächlich auf ungenügende Leistungen und Verhalten hin:

- Er/sie war stets bemüht.
- Er/sie erledigte ihre Aufgaben im Grossen und Ganzen zu unserer Zufriedenheit.
- Er/sie hat sich stets bemüht, die Aufgaben so gut wie möglich zu erledigen.
- Er/sie wusste sich gut zu verkaufen.
- Er/sie zeigte für seine/ihre Arbeit Interesse.
- Seine/ihre Geselligkeit trug zur Verbesserung des Betriebsklimas bei.

**Grundsatz der Einheitlichkeit**

Ein Arbeitnehmer, der bei einem Arbeitnehmer länger und in mehreren Positionen tätig war, hat Anspruch auf ein einheitliches Arbeitszeugnis, das die gesamte berufliche Entwicklung des Arbeitnehmers chronologisch darstellt.

**Grundsatz der Individualität**
Das Arbeitszeugnis muss der individuellen beruflichen Entwicklung Rechnung tragen. Es muss die berufsspezifischen, arbeitsplatzbedingten und persönlichen Besonderheiten berücksichtigen. Die Beurteilung der Leistung und des Verhaltens sind individuell zu formulieren.

## Beendigungsgrund und Motive der Kündigung

Gegen den Willen des Arbeitnehmers dürfen der Kündigungsgrund und die Motive, die zur Vertragsbeendigung geführt haben, nicht erwähnt werden, ausser wenn durch das Weglassen eines solchen Hinweises ein unwahres Zeugnis entstehen würde. Der Beendigungsgrund gehört nur ins Arbeitszeugnis, wenn dies zur Würdigung des Gesamtbildes nötig ist. Dies wird bei gerechtfertigten fristlosen Kündigungen in der Regel der Fall sein.

## Schlussformulierungen

Einen klagbaren Anspruch auf Bedauernsbekundungen über den Austritt und Dankesworte gibt es gemäss der Rechtsprechung nicht. Ein Arbeitgeber kann nicht gegen seinen Willen dazu verpflichtet werden, Bedauern und Dank zu bescheinigen.

## Arbeitszeugnis bei Freistellung

Bei Freistellungen ist nicht der tatsächliche Austritt, sondern der rechtliche Austritt am Ende des Arbeitsverhältnisses anzugeben. Gegen den Willen des Arbeitnehmers darf eine Freistellung in der Regel nur dann im Arbeitszeugnis genannt werden, wenn andernfalls ein falscher Eindruck hinsichtlich seiner Tätigkeit und Befähigung entstehen würde. Dies wäre beispielsweise bei kurzer Anstellungsdauer und einer im Verhältnis zur Dauer des Arbeitsverhältnisses langen Freistellungsdauer der Fall.

## Besonderheiten beim Zwischenzeugnis

Gemäss Wortlaut des Gesetzes kann der Arbeitnehmer jederzeit ein Zwischenzeugnis in der Form eines Vollzeugnisses verlangen. Dieser Anspruch wird in der Praxis vorwiegend nur dann bejaht, wenn der Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse daran glaubhaft machen kann. An den Interessennachweis dürfen allerdings keine hohen Anforderungen gestellt werden. Genügend sind z. B. ein Wechsel des Vorgesetzten, der Transfer in eine andere Unternehmenseinheit, den Arbeitnehmer betreffende Umstrukturierungen, wenn ein Zwischenzeugnis für Aus- oder Weiterbildungen Zulassungserfordernis ist, ernsthafte Stellenwechselabsichten des Arbeitnehmers und selbstverständlich das nahende Vertragsende. Schikanöse Zeugnisbegehren sind dagegen zurückzuweisen, so z. B., wenn der Arbeitnehmer alle paar Monate ohne besonderen Anlass ein neues Zwischenzeugnis verlangt.

## Vom tollen Zwischenzeugnis zum schlechten Schlusszeugnis

Die Ausstellung eines schlechten Schlusszeugnisses im Vergleich zu einem wenige Monate zuvor ausgestellten Zwischenzeugnis ist nur dann zulässig, wenn seit dem Zwischenzeugnis erhebliche Änderungen eingetreten sind, die eine schlechtere Beurteilung rechtfertigen. Die Beweislast für diese erheblichen Änderungen trägt die Arbeitgeberin. Ein abweichendes, berichtigtes Schlusszeugnis ist dann zulässig, wenn das Zwischenzeugnis nachweislich falsch war (wenn z. B. nicht erkannte Pflichtverletzungen entdeckt wurden).

## Haftung aus Arbeitszeugnissen

Stellt der Arbeitgeber innert nützlicher Frist kein oder ein nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Zeugnis aus, so kann er dem Arbeitnehmer für den daraus entstandenen Schaden haften. Andererseits können Zeugnisse, die unrichtige

Angaben enthalten oder wesentliche Vorkommnisse (z. B. eine Veruntreuung) verschweigen, zur Schadenersatzpflicht gegenüber dem neuen Arbeitgeber führen. Der Nachweis der geforderten Kausalität ist allerdings oft schwierig.

*MLaw Claudia Schnüriger,*
Rechtsanwältin

---

# Keine rückwirkende Entschädigung für Umkleidezeit

geschrieben von Claudia Schnueriger | Juli 24, 2023

**Vor Bundesgericht war strittig, ob Pflegekräfte des Universitätsspitals Zürich rückwirkend für die Jahre 2016 bis 2019 eine Entschädigung für Umkleidezeit geltend machen können. Das Verwaltungsgericht wies das Begehren ab, weshalb der diplomierte Pflegefachmann A am Bundesgericht Beschwerde erhob.**

## Sachverhalt

A war vom 1. März 2011 bis 31. Juli 2019 als diplomierter Pflegefachmann beim Universitätsspital Zürich (USZ) angestellt. Der Schweizerische Verband des Personals öffentlicher Dienste (VPOD) verlangte in den Jahren 2018 und 2019 im Namen von insgesamt 150 Angestellten des USZ rückwirkend Lohnnachzahlungen für nicht vergütete Umkleidezeit. Die Spitaldirektion, der Spitalrat und auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich wiesen die Begehren ab. Dagegen erhob A Beschwerde vor Bundesgericht.

## Arbeitszeitreglement des Universitätsspitals Zürich (USZ)

Das Arbeitszeitreglement des USZ definiert die Arbeitszeit in Ziff. 6.1.1 Abs. 1 als «die Zeit, während der sich die Angestellten dem USZ zur Verfügung zu halten haben, soweit nicht in Abs. 2 etwas anderes vorgesehen ist». Für nichtärztliches Personal legt es die wöchentliche Soll-Arbeitszeit für ein Vollzeitpensum auf 42 Stunden fest (Ziff. 6.3 Abs. 1 Arbeitsreglement).

Seit dem 1. August 2019 sieht Ziff. 6.1.1 Abs. 2 des Arbeitszeitreglements vor, dass die «Zeit des An- und Abkleidens von Berufskleidern zu Beginn und Ende einer Schicht unter Berücksichtigung der Berufsgruppenzugehörigkeit» als Arbeitszeit gelte. Für die Berufsgruppe Pflege und MTTB [Medizinisch-technisch und therapeutische Berufe], zu der auch A gehörte, heisst es: «Umkleidezeit im Früh-, Spät- und Tagesdienst in Dienstzeit integriert / für Nachtdienst erfolgt Zeitgutschrift von 15 Minuten pro Dienst (Ziff. 6.1.1 Abs. 2 Arbeitszeitreglement).

## Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich

Das Verwaltungsgericht erwog im Wesentlichen, weder aus dem Personalgesetz noch aus den dazugehörenden Verordnungen gehe hervor, ob Umkleidezeit als separat zu entschädigende Arbeitszeit zu qualifizieren sei oder nicht. Das USZ habe daher diesbezüglich eine eigene Regelung schaffen dürfen. In seinen Arbeitszeitreglementen ab 1. Januar 2016 bis 31. Juli 2019 finde sich eine Bestimmung, welche die Umkleidezeit von der bezahlten Arbeitszeit ausgenommen habe. Diese Regelung könne als Verschriftlichung der bereits vorher beim USZ bzw. in der ganzen Branche gelebten Praxis qualifiziert werden. Sie habe nicht gegen übergeordnetes Recht verstossen, weder gegen die Vorgaben des Arbeitsgesetzes oder der dazugehörenden Verordnungen noch gegen die kantonalen Personalerlasse. Das

Verwaltungsgericht kam daher zum Schluss, vor dem 31. Juli 2019 habe kein Anspruch bestanden, für Umkleidezeit gesondert entschädigt zu werden.

## Verfahren vor dem Bundesgericht

A rügte insbesondere die vorinstanzliche Feststellung, wonach aus den kantonalen Bestimmungen nicht hervorgehe, ob Umkleidezeit als separat zu entschädigende Arbeitszeit zu qualifizieren sei. Dies lasse sich auf keine sachlichen Gründe abstützen und sei offensichtlich unhaltbar. Das USZ habe nicht eine eigene Regelung treffen und die Umkleidezeit von der Arbeitszeit ausnehmen dürfen. Wenn nicht die ganze Arbeitszeit hätte entschädigt werden sollen, hätte dies ausdrücklich schriftlich vereinbart oder bei einem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber in gesetzeskonformer Weise geregelt werden müssen. Die vorinstanzliche Qualifikation der vorliegend massgebenden Bestimmungen des Arbeitszeitreglements als gesetzeskonform, verletze das Legalitätsprinzip und sei willkürlich.

Das Bundesgericht erwog, Willkür in der Rechtsanwendung wäre betreffend die angewendeten kantonalrechtlichen Bestimmungen nur gegeben, wenn der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich nicht bloss in der Begründung, sondern auch im Ergebnis unhaltbar wäre. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar als zutreffender erscheine, genügt nicht. Gemäss Bundesgericht kann es nicht als geradezu unhaltbar qualifiziert werden, wenn sich die Vorinstanzen bei der Auslegung einer unbestimmt gehaltenen Regelung vorrangig davon leiten liessen, wovon die Beteiligten, andere Spitäler und ihre Angestellten über Jahre ausgegangen waren. Dass es bezüglich Entschädigung der Umkleidezeit andere, ebenfalls vertretbare oder gar zutreffendere Lösungen gäbe, ändert nichts daran, dass der Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich nicht als offensichtlich unhaltbar qualifiziert werden kann.

## Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das USZ bis am 31. Juli 2019 eine Regelung kannte, welche die Umkleidezeit von der bezahlten Arbeitszeit ausnahm. Diese verstiess nicht gegen übergeordnetes Recht und ist somit nicht willkürlich. Folglich bestand vor diesem Zeitpunkt kein Anspruch, für Umkleidezeit gesondert entschädigt zu werden.

## Anmerkungen

Da eine rückwirkende Entschädigung für Umkleidezeit von den Arbeitnehmenden nicht geltend gemacht werden kann, sollten die öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber ihre Arbeitszeitreglemente möglichst schnell anpassen und den Arbeitnehmenden für die Umkleidezeit eine angemessene Entschädigung ausrichten.

*MLaw Claudia Schnüriger*
*Rechtsanwältin*

---

# Zulässigkeit von Verdachtskündigungen?

geschrieben von Claudia Schnueriger | Juli 24, 2023

**Im Kanton Zürich war strittig, ob der Sachverhalt, welcher einer fristlosen Kündigung eines Tramführers der Verkehrsbetriebe der Stadt Zürich (VBZ) zugrunde lag, rechtsgenügsam abgeklärt wurde. Der Bezirksrat sah den Sachverhalt, auf den sich die VBZ bei ihrer Kündigung gestützt hatte, als gegeben an. Dieser Auffassung konnte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich nicht folgen und legte in seinem Entscheid dar, welche Anforderungen an das Vorgehen der Arbeitgeberin gestellt werden.**

## Sachverhalt

Ein Fahrgast der VBZ beschwerte sich, dass der Fahrer des am 23. Januar 2016 um 17.24 Uhr ab der Haltestelle C Richtung Haltestelle D verkehrenden Trams der Linie 01 während der Fahrt sein Mobiltelefon bedient und nicht auf die Strasse geachtet habe, weshalb das Tram mehrfach unnötig gebremst habe und ständig ruckartig wieder schneller und langsamer geworden sei. Mit Verfügung vom 28. Januar 2016 lösten die VBZ das Arbeitsverhältnis fristlos auf. Die VBZ begründeten die fristlose Entlassung damit, dass der Tramführer am 23. Januar 2016 um 17.24 Uhr von einem Fahrgast beobachtet worden sei, wie er während der Fahrt mit dem Mobiltelefon hantiert habe. Auf Einsprache des Tramführers hin bestätigte der Stadtrat von Zürich am 28. September 2016 die fristlose Kündigung. Der Tramführer erhob Rekurs beim Bezirksrat Zürich und verlangte, dass die Kündigung aufzuheben und er an seiner bisherigen bzw. an einer anderen zumutbaren Stelle weiter zu beschäftigen sei. Mittels Eventualbegehrens verlangte er die Feststellung, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt sei und ihm der Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist sowie eine angemessene Abfindung ausgerichtet werde.

Der Bezirksrat betrachtet es als Tatsache, dass der Tramführer am 23. Januar 2016 während der Fahrt an seinem Handy herumhantiert habe. Er erachtete diesen Vorfall als erhebliche Pflichtverletzung, welche aber für sich allein betrachtet nicht derart schwer wiege, dass sie eine fristlose Kündigung rechtfertige. Der Bezirksrat stellte somit mit Beschluss vom 1. November 2018 fest, dass kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorgelegen habe. Überdies wurde dem Tramführer der Lohn für einen gewissen Zeitraum sowie eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen zugesprochen. Den Antrag auf Weiterbeschäftigung wies der Bezirksrat ab. Gegen diesen Beschluss erhob der Tramführer Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich.

## Entscheid (VB.2018.00807)

Das Verwaltungsgericht prüfte, ob der Bezirksrat diesen Vorfall zu Recht nicht hinterfragt. Vorab erinnerte das Verwaltungsgericht an die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren. Danach soll die Behörde im Rahmen der Sachverhaltsermittlung nach der materiellen Wahrheit bzw. nach der wirklichen Sachlage forschen und sich nur auf Sachumstände stützen, von deren Vorhandensein sie sich überzeugt hat. Die VBZ hatten demnach die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verfehlungen in geeigneter Weise zu erstellen oder zumindest alle zumutbaren Abklärungen vorzunehmen. Das Verwaltungsgericht führte aus, dass die Beweislast für das Vorliegen hinreichender Gründe für die (arbeitgeberseitige) Auflösung eines Anstellungsverhältnisses bei der Arbeitgeberin liege. Die VBZ müssen beweisen, dass die Vorwürfe zutreffen, namentlich, dass der Tramführer am 23. Januar 2016 während der Fahrt an einem Mobiltelefon hantierte. Das Regelbeweismass der vollen Überzeugung, wonach ein Beweis dann als erbracht gilt, wenn die Entscheidinstanz nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit eines Sachverhaltselements überzeugt ist, gelte auch hier. Nur bei Beweisnot, d. h. wenn aufgrund der Natur der Sache ein strikter Beweis bzw. die volle Überzeugung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, genüge das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

Die von den VBZ im Vorfeld der fristlosen Entlassung vorgenommenen Sachverhaltsabklärungen zum Vorfall vom 23. Januar 2016 sind nicht geeignet, ein Fehlverhalten des Tramführers darzutun. Die VBZ durften ihre Kündigung nicht einzig auf die Kundenmeldung stützen. Diese war lediglich geeignet, den Verdacht eines Fehlverhaltens des Tramführers zu begründen. Gemäss Verwaltungsgericht weise die von den VBZ vorgängig zur Kündigung vorgenommene Sachverhaltsabklärung zwei wesentliche Mängel auf: Weder wurden die angeblich eingeholten Informationen zum Fahrer dokumentiert noch die zeitlichen Angaben in der Kundenmeldung nachgeprüft. Mangels

einer geeigneten Personenbeschreibung stützten die VBZ ihren Vorwurf somit einzig auf die Zeitangaben in der Kundenmeldung bzw. darauf, dass anhand dieser Angaben sowie der Dienstpläne und weiterer Aufzeichnungen darauf geschlossen werden könne, dass es sich beim Fahrer des betreffenden Trams um den Beschwerdeführer gehandelt haben müsse.

Schliesslich wies das Verwaltungsgericht darauf hin, dass die hier vorhandenen Beweisschwierigkeiten nicht objektiv bzw. in der Natur der Sache begründet, sondern auf das Unterlassen rechtzeitiger Sachverhaltsermittlungen oder deren genügende Dokumentation durch die VBZ zurückzuführen seien. Aus diesem Grund rechtfertige es sich vorliegend nicht, vom Regelbeweismass abzuweichen.

Das Verwaltungsgericht kam deshalb zum Schluss, dass die VBZ den Sachverhalt nur ungenügend ermittelt hätten und damit ihrer Untersuchungspflicht nicht nachgekommen seien. Die fristlose Kündigung war damit ungerechtfertigt und der Tramführer hatte Anspruch auf Weiterbeschäftigung.

## Würdigung

Der vorliegende Entscheid zeigt anschaulich, dass der Sachverhalt, welcher den Arbeitgeber zur Kündigung veranlasst, nach dem Regelbeweismass der vollen Überzeugung erstellt sein muss. Ist dies nicht der Fall, läuft der Arbeitgeber die Gefahr, dass die Kündigung als nichtig qualifiziert wird und dem Arbeitnehmer ein Weiterbeschäftigungsanspruch zusteht.

Folgerichtig hat das Verwaltungsgericht den Entscheid des Bezirksrats aufgehoben. Es war nicht bewiesen, dass es der fragliche Tramführer war, welcher in der Führerkabine vom Zeugen gesehen worden war.

*MLaw Claudia Schnüriger,*
*Rechtsanwältin*