

ARBEITSRECHT

JULI/AUGUST 2019
NEWSLETTER 07

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

Was gehört in ein **Arbeitszeugnis**? Vor Jahren hat das Bundesgericht entschieden, dass **Absenzen** – wenn sie denn einen berechtigten Kündigungsgrund darstellen – in ein Zeugnis gehören. Nicole Vögeli und Beatrice Schweiger erklären im ersten Top-Thema, ob Absenzen in jedem Fall und, wenn ja, ab welcher Zeitspanne zu erwähnen sind. Lesen Sie im ersten Gerichtsentscheid zudem die Begründung des Bundesgerichts, warum eine **6,5-monatige Absenz ins Arbeitszeugnis** aufzunehmen ist. Und in den Praxisfällen finden Sie Antworten auf Praxisfragen zum Arbeitszeugnis.

Gerhard L. Koller fasst im zweiten Top-Thema die wichtigsten Aspekte des **Kündigungsrechts** zusammen, und im Anschluss finden Sie zwei aufschlussreiche Gerichtsentscheide zur **Kündigung nach einer Änderung des Arbeitsvertrags** und **während einer Schwangerschaft**.

Herzlichst Ihr

M. S. Liechti

Mathias Liechti, Redaktor

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema – Absenzen im Arbeitszeugnis Seite 1
- Gerichtsentscheid – Absenzen im Arbeitszeugnis Seite 3
- Praxisfälle – Arbeitszeugnis Seite 5
- Top-Thema – Kündigungsrecht Seite 7
- Gerichtsentscheid – Änderung des Arbeitsvertrags Seite 10
- Gerichtsentscheid – Kündigung und Schwangerschaft Seite 11
- Arbeitshilfe – Arbeitszeugnis verfassen Seite 12

Wann gehören krankheitsbedingte Absenzen ins Arbeitszeugnis?

Das Bundesgericht hat im Jahr 2010 den Grundsatzentscheid getroffen (BGE 136 III 510), dass Absenzen, falls sie einen berechtigten Kündigungsgrund darstellen, zu erwähnen sind. Nicht restlos geklärt war bis vor Kurzem, ob Absenzen in jedem Fall und, wenn ja, ab welcher Zeitspanne aufzunehmen sind.

■ Von Nicole Vögeli Galli und Beatrice Schweiger

Der Arbeitnehmer kann jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Art. 330a Abs. 1 OR). Diese knappe Formulierung im Gesetz gab und gibt immer wieder Anlass zu Gerichtsentscheiden,

die sich mit Detailfragen zum genauen Inhalt eines Arbeitszeugnisses beschäftigen.

Erhebliche Krankheitsabsenzen müssen erwähnt werden

Im Sachverhalt, der dem Bundesgerichtsurteil BGE 136 III 510 (Urteil vom 6. September

2010, 4A_187/2010) zugrunde liegt, war der Arbeitnehmer ursprünglich zu 100 Prozent seit dem 1. Juni 2004 bei einer Gewerkschaft als Regionalsekretär angestellt. Der Arbeitnehmer erlitt am 23. August 2007 einen Nervenzusammenbruch und war in der Folge zu 100 Prozent arbeitsunfähig. Ab Januar 2008 wäre der Arbeitnehmer in einer anderen als der bisherigen Tätigkeit wieder zu 100 Prozent arbeitsfähig gewesen. Das Arbeitsverhältnis endete in gegenseitigem Einvernehmen am 31. Januar 2009. Die Vorinstanz hielt fest, dass im Arbeitszeugnis folgender Satz aufzunehmen sei: *«Wegen gesundheitlichen Problemen konnte A seine Funktion als Regionalsekretär seit dem 24. August 2007 nicht mehr wahrnehmen.»*

Vor Bundesgericht war (unter anderem) strittig, ob die Absenz im Arbeitszeugnis erwähnt

werden darf, obschon die Kündigung nicht damit begründet wurde. Das Bundesgericht erkannte, dass die Arbeitgeberin gehalten ist, diese in einem qualifizierten Arbeitszeugnis zu erwähnen, unabhängig davon, ob die Kündigung effektiv aufgrund der Krankheit ausgesprochen wurde. Der Arbeitnehmer war in Bezug auf seine bisherige Tätigkeit über ein Jahr arbeitsunfähig, und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses war nicht absehbar, ob und wann er sie wieder ausüben könnte. Die Krankheit stellte also seine weitere Eignung zur Ausübung der bisherigen Tätigkeit erheblich infrage (E. 4.4).

Das Bundesgericht bejahte die Zulässigkeit der Erwähnung der Krankheit im Arbeitszeugnis, gestützt auf die für Arbeitszeugnisse geltenden Grundsätze der Wahrheit und Vollständigkeit. Ein qualifiziertes Zeugnis dürfe und müsse negative Tatsachen erwähnen, die Einfluss auf die Leistungsbeurteilung haben, sofern sie für die Gesamtbeurteilung erheblich sind. Bei Krankheiten ist das zutreffend, wenn sie einen erheblichen Einfluss auf die Leistung oder das Verhalten des Arbeitnehmers haben oder die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgaben infrage stellen und damit einen sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bilden. Längere Absenzen sind zu erwähnen, **wenn sie im Verhältnis zur Vertragsdauer erheblich ins Gewicht fallen und ein falscher Eindruck über die tatsächlich erworbene Berufserfahrung entstehen könnte**, wenn sie nicht erwähnt werden. Es kommt hierbei immer auf den Einzelfall an (E. 4.1).

Verhältnis zwischen Dauer der Absenz und dem Arbeitsverhältnis massgebend

Im Bundesgerichtsurteil vom 14. Mai 2018, 4A_574/2017 (siehe Seiten 3 und 4), wurde eine durch Krankheit und Freistellung bedingte Absenz von 6,5 Monaten im Verhältnis zu einem neun Jahre dauernden Arbeitsverhältnis als erheblich eingestuft und der folgende Satz im Arbeitszeugnis geschützt: «A hat seit dem 1. Januar 2013 keine Tätigkeit mehr für die BAG ausgeführt und war in der Folge freigestellt worden.»

Begründet wurde dies damit, dass die gesamte Absenz in die Zeit nach der Beförderung zum Geschäftsführer fiel und der Arbeitneh-

mer in dieser Position nur noch für vier Jahre angestellt war. Gerade in einer solchen Kaderstellung sei damit zu rechnen, dass eine Absenz von über einem halben Jahr einen erheblichen Einfluss auf die Leistung habe und bei Nichterwähnung ein falscher Eindruck entstehen könnte.

Grund für Absenz ist immer anzugeben

Dem Bundesgerichtsurteil BGE 144 II 345 (Urteil vom 17. September 2018, 8C_134/2018) ist zu entnehmen, dass die Arbeitnehmerin vom 1. März 2014 bis zum 31. August 2016 angestellt war. In dieser Zeit fehlte sie vom 30. April bis zum 1. Oktober 2014, vom 2. Juli bis zum 31. August 2015 und ab 12. November 2015 (insgesamt 14 Monate) wegen Krankheit und Mutterschaft. Im Verhältnis zur Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses (30 Monate) fallen 14 Monate klarerweise stark ins Gewicht und sind gemäss Bundesgericht im Arbeitszeugnis zu erwähnen. Dass es nicht eine einzige Absenz ohne Unterbruch war, spielte für das Bundesgericht keine Rolle, **da es auf das totale Verhältnis zwischen geleisteter Arbeitszeit und Abwesenheit ankomme** (E. 5.3.1). Dies wurde von der Arbeitnehmerin auch nicht bestritten. Sie störte sich jedoch an der Bezeichnung «Mutterschaft/Krankheit». Der Begriff *Krankheit* veranlasse zu Spekulationen über den Grund, und der Begriff *Mutterschaft* könne einen Wettbewerbsnachteil darstellen, welcher gestützt auf das Gleichstellungsgesetz zu vermeiden sei (E. 5.3.2).

Das Bundesgericht erklärte die Erwähnung der Krankheit unter Berücksichtigung des Urteils BGE 136 III 510 für zulässig. Es erachtete daher auch die Erwähnung der Mutterschaft für zulässig, da gerade bei Nichterwähnen des Grundes Raum für Spekulationen bestehe. Das Argument, dass sich die Erwähnung der Mutterschaft nachteilig auf die Stellensuche auswirke, liess das Bundesgericht nicht gelten. Es argumentierte, dass bei Frauen im gebärfähigen Alter jederzeit mit einer (weiteren) Mutterschaft und damit zusammenhängenden Ausfällen zu rechnen sei. Deswegen könne aus der Abwesenheitsbegründung «Mutterschaft» kein Nachteil entstehen. Nicht anders verhält es sich bei Abwesenheiten wie Militärdienst, Mutterschaftsurlaub, unbezahlter Urlaub oder Freistellungen (E. 5.3.3).

Fazit

Arbeitgeber müssen in einem Arbeitszeugnis Abwesenheiten erwähnen, die im Verhältnis zur Anstellungsdauer bzw. zur relevanten Anstellungszeit in einer bestimmten Tätigkeit oder Funktion (Referenzperiode) erheblich ins Gewicht fallen. Das Arbeitszeugnis verstösst ansonsten gegen den Grundsatz der Wahrheit, weil nicht die wirklich gesammelte Berufserfahrung wiedergegeben wird und ein falscher Eindruck über diese entstehen kann. Es sei daran erinnert, dass ein Teilzeitpensum unter anderem aus diesem Grund ebenfalls im Arbeitszeugnis aufzunehmen ist.

Gemäss aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass eine Absenz von 6,5 Monaten bei einer Referenzperiode von vier Jahren – unabhängig von der gesamthaft längeren Dauer des Arbeitsverhältnisses von total neun Jahren – erwähnt werden muss. Damit hat das Bundesgericht die Schwelle wider Erwarten relativ tief angesetzt. Angesichts der Betonung der Wichtigkeit der Berufserfahrung durch das Bundesgericht und seiner strengen Haltung ist davon auszugehen, dass bei längeren Referenzperioden nicht einfach erst entsprechend längere Absenzen zu erwähnen sind, sondern die absolute Grenze zwischen sechs und zwölf Monaten liegen dürfte. Liegt die Referenzperiode unter vier Jahren, müssen jedoch selbst kürzere Absenzen im Zeugnis aufzunehmen sein.

Ist die Absenz zu erwähnen, muss auch der Grund genannt werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um Krankheit, Mutterschaft, Militärdienst und unbezahlten Urlaub oder Freistellung handelt. Dabei hält das Bundesgericht absolut zu Recht fest, dass die klare Nennung des Grundes nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers ausfällt, da im Gegenteil das Weglassen erst Anlass zu Spekulationen geben würde.

AUTORINNEN



Dr. Nicole Vögeli Galli ist Fachanwältin SAV Arbeitsrecht und Partnerin bei Küng & Vögeli Rechtsanwältinnen in Kloten.



Beatrice Schweiger, BLaw UZH, studiert im Masterstudiengang an der Universität Zürich und arbeitet als Assistentin bei Küng & Vögeli Rechtsanwältinnen in Kloten.