

# ARBEITSRECHT

OKTOBER 2021  
NEWSLETTER 09

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



## Liebe Leserin, lieber Leser

Am Schluss des Arbeitsverhältnisses gilt es, die gesamte Anstellungszeit im **Arbeitszeugnis** wahrheitsgemäss abzubilden und wohlwollend zu bewerten. In unserem ersten Top-Thema erfahren Sie, welche Fehler Arbeitgeber dabei oft machen und später vor Gericht bereuen.

Im Zusammenhang mit der sogenannten **Alterskündigung** von langjährigen, älteren Mitarbeitenden gilt eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, deren Missachtung zur Missbräuchlichkeit der Kündigung führen kann. Im zweiten Top-Thema erhalten Sie ein Update über die neusten Entwicklungen in der Rechtsprechung.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

## IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:  
Das Arbeitszeugnis Seite 1
- Fragen und Antworten:  
Arbeitszeugnis Seite 3
- Top-Thema:  
Missbräuchliche  
Alterskündigung Seite 4
- Gerichtsentscheid:  
Nachvertragliches  
Konkurrenzverbot Seite 6
- Gerichtsentscheid:  
Verlassen der Arbeitsstelle Seite 10

## Das Arbeitszeugnis

Das Arbeitszeugnis ist eines der häufigsten Streitpunkte bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Gründe dafür sind vielfältig. Dieser Beitrag vermittelt praktische Tipps im Umgang mit Arbeitszeugnissen.

■ Von Sabine Taxer und Patrick Näf

### Allgemeines zum Arbeitszeugnis

Mitarbeitende können jederzeit ein Zeugnis verlangen, das sich über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über deren Leistungen und deren Verhalten ausspricht.

Dieses muss in erster Linie wahr sein. Entsprechend dem Zweck soll ein Arbeitszeugnis einer künftigen Arbeitgeberin ein getreues Abbild von der Tätigkeit, Leistung und dem Verhalten

des Mitarbeitenden vermitteln. Gemäss Praxis der Gerichte hat ein Arbeitszeugnis auch wohlwollend zu sein.

### Qualifiziertes Arbeitszeugnis

Das qualifizierte Arbeitszeugnis oder Vollzeugnis muss die Personalien des Mitarbeitenden, die Angaben der ausstellenden Arbeitgeberin sowie Beginn und rechtliches Ende des Arbeitsverhältnisses nennen. Es ist von der

Arbeitgeberin zu datieren und zu unterzeichnen. In inhaltlicher Hinsicht ist eine Auflistung der tatsächlich ausgeübten Funktionen und Tätigkeiten, eine Bewertung der Leistung des Mitarbeitenden sowie des Verhaltens erforderlich. Es wird in der Regel in der Vergangenheitsform verfasst. In Bezug auf die Funktionen und Tätigkeiten sind die effektiv ausgeübten Tätigkeiten zu nennen und nicht die allenfalls in einem Stellenbeschrieb zusätzlich aufgelisteten Tätigkeiten.

In Bezug auf die Bewertung der Arbeitsqualität werden in der Praxis nach wie vor oft die bekannten Floskeln «zur Zufriedenheit», «zur vollen Zufriedenheit» und «zur vollsten Zufriedenheit» verwendet. Da diese drei Standardbewertungen nur eine beschränkte Differenzierung bieten, empfehlen wir in der



Praxis, zugunsten eines flexibleren Wortlauts auf diese Floskeln zu verzichten (z.B. «Die Arbeitsleistung war [stets] gut/sehr gut/herausragend»).

Der Kündigungsgrund wird in der Regel nicht erwähnt, ausser wenn ohne Erwähnung des Grundes ein unwahres Zeugnis entstehen würde (z.B. bei einer fristlosen Kündigung). Mitarbeitende können jedoch verlangen, dass der Grund des Austritts im Zeugnis festgehalten wird. Dies werden die Mitarbeitenden regelmässig machen, wenn sie das Arbeitsverhältnis selber gekündigt haben («... *verlässt uns auf eigenen Wunsch*»).

## Arbeitsbestätigung

Mitarbeitende können auch lediglich eine Arbeitsbestätigung verlangen. Eine Arbeitsbestätigung hat sich auf Aussagen über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken. In einer Arbeitsbestätigung steht kein Hinweis über den Grund der Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Mitarbeitende verlangen eine Arbeitsbestätigung aber in der Regel nur, wenn das qualifizierte Arbeitszeugnis berechtigterweise negative Aussagen enthält. Eine Arbeitsbestätigung dürfte die Chancen eines Mitarbeitenden im Bewerbungsprozess erheblich schmälern. Nur auf ausdrücklichen Wunsch des Mitarbeitenden ist eine Arbeitsbestätigung auszustellen.

## Zwischenzeugnis

Grundsätzlich darf jederzeit ein Zwischenzeugnis verlangt werden, das inhaltlich dem qualifizierten Arbeitszeugnis entspricht. Für die Ausstellung müssen Mitarbeitende ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen. Als genügender Nachweis dürfen ein Wechsel des Vorgesetzten, Umstrukturierungen, ernsthafte Stellenwechselabsichten und selbstverständlich das nahende Vertragsende angesehen werden.

Zwischenzeugnisse werden im Präsens formuliert. Dies gilt auch, wenn das Arbeitsverhältnis bereits gekündigt wurde. Ein Hinweis auf das nahende Vertragsende ist unzulässig, es sei denn, es wird seitens der Mitarbeitenden gewünscht (was z.B. bei einer Kündigung im Rahmen einer Restrukturierung oft der Fall ist).

Einem Zwischenzeugnis kommt grundsätzlich ein verbindlicher Charakter zu. Sofern sich die Umstände bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses nicht ändern, sind Aussagen und Bewertungen des Zwischenzeugnisses grundsätzlich für das Schlusszeugnis verbindlich. Zu wohlwollend ausgestellte Zwischenzeugnisse stellen einen regelmässigen Ansatzpunkt für Streitigkeiten im Zusammenhang mit einem Schlusszeugnis dar.

## Zeugnisform und -sprache

Das Arbeitszeugnis muss sprachlich klar und sorgfältig abgefasst sein. Nichtssagende Floskeln sind zu vermeiden. Auch Schreib- und Stilfehler müssen sich Mitarbeitende nicht gefallen lassen. Das Arbeitszeugnis ist in der am Arbeitsort gebräuchlichen Sprache zu verfassen. Ist aber die Arbeitssprache der Mitarbeitenden Englisch, was oft bei internationalen Konzernen üblich ist, haben Mitarbeitende Anspruch auf ein Zeugnis in der am Arbeitsort üblichen Sprache sowie in Englisch. Das Gebot der Klarheit verbietet Arbeitszeugnisse mit geheimer Zeugnissprache (sog. Codierungen).

## Wahrheitsgebot versus wohlwollende Beurteilung

Um das wirtschaftliche Fortkommen von Mitarbeitenden zu fördern, muss das Arbeitszeugnis wohlwollend sein, d.h., es sollte die Stärken hervorheben und die Mitarbeitenden grundsätzlich in ein positives Licht stellen. Geringfügige Leistungsdefizite oder einmalige Vorfälle sollten nicht Eingang ins Arbeitszeugnis finden. Das Arbeitszeugnis muss aber auch wahr, d.h. objektiv richtig und vollständig sein.

Die Gebote des Wohlwollens und die Wahrheitspflicht können kollidieren. Dieser Zielkonflikt wird dahin gehend gelöst, dass das Zeugnis zwar wohlwollend sein soll, doch findet das Wohlwollen seine Grenzen an der Wahrheitspflicht. Gemäss Gerichtspraxis muss nämlich die wahre Beurteilung von Mitarbeitenden höher gewichtet werden als ein wohlwollendes Urteil im Zeugnis.

Die Wahrheitspflicht bedeutet deshalb insbesondere, dass das Arbeitszeugnis über negative Tatsachen informieren darf und muss. Negative Tatsachen sollen aber uner-

wähnt bleiben, wenn es sich um atypische, nicht charakteristische Einzelereignisse oder um unwichtigere Kleinigkeiten handelt. Das Zeugnis hat ein faires Abbild der gesamten Anstellungsdauer zu geben, wobei Leistung und Verhalten in der letzten Zeit für den neuen Arbeitgeber von grösserer Bedeutung sind.

## Berichtigungsanspruch bei fehlerhaftem Zeugnis

Bei Verstössen gegen die Zeugnisgrundsätze steht Mitarbeitenden ein Anspruch auf Berichtigung zu, den sie vor Gericht durchsetzen können. Für diesen Fall ist es ratsam, dass Mitarbeitende dem Gericht (oder auch schon während der Auseinandersetzung der Arbeitgeberin) eigene Formulierungsvorschläge unterbreiten.

Bereits vorhandene Zwischenzeugnisse und Mitarbeiterbeurteilungen haben in Berichtigungsprozessen einen grossen Einfluss. Deutliche Verschlechterungen im Schlusszeugnis gegenüber einem kurz zuvor ausgestellten Zwischenzeugnis sind gemäss Gerichtspraxis nur angebracht, wenn seit dem Zwischenzeugnis erhebliche Änderungen eingetreten sind, welche eine andere Beurteilung rechtfertigen.

## Fazit

Ein Arbeitszeugnis ist für die weitere berufliche Entwicklung von Mitarbeitenden von zentraler Bedeutung. Diesem Interesse ist bei der Erstellung angemessen Rechnung zu tragen. Möglichst sorgfältig abgewogene und durchdachte Formulierungen können dazu beitragen, Streitigkeiten zu verhindern. Mitarbeitende sind gut beraten, ab und an ein Zwischenzeugnis zu verlangen, um unliebsame Überraschungen am Ende des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden.

## AUTOREN



**Sabine Taxer, MLaw**, ist bei der renommierten Wirtschaftskanzlei Wenger & Vieli AG tätig.



**lic.iur. Patrick Näf, LL.M.**, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht. Patrick Näf ist bei der renommierten Wirtschaftskanzlei Wenger & Vieli AG tätig.



## Fragen und Antworten zum Thema «Arbeitszeugnis»

Häufig tauchen in der Praxis Fragen oder Unsicherheiten in Bezug auf das Arbeitszeugnis auf. Nachstehend finden Sie Antworten auf typische Praxisfragen.

■ Von Sabine Taxer und Patrick Näf

**Frage:** Ich habe beim Austritt bei einer alten Arbeitgeberin vor sieben Jahren kein Arbeitszeugnis erhalten. Kann ich trotzdem jetzt ein Arbeitszeugnis verlangen?

**Antwort:** Der Anspruch von Mitarbeitenden auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses stellt eine nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nachwirkende Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin dar. Das Bundesgericht hat kürzlich klargestellt, dass der Zeugnisanspruch der allgemeinen Verjährungsfrist von zehn Jahren gemäss Art. 127 OR und nicht der besonderen fünfjährigen Verjährungsfrist für arbeitsrechtliche Forderungen gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR unterstellt ist. Es ist somit möglich, innerhalb von zehn Jahren ein Arbeitszeugnis zu verlangen. Möglicherweise dürften aber praktische Hürden bestehen, wenn z.B. die damaligen Vorgesetzten nicht mehr im Betrieb wären. Arbeitgebenden wird daher empfohlen, in jedem Fall ein Arbeitszeugnis zu erstellen.

**Frage:** Nachdem mehrere Verhandlungsrunden scheiterten, konnte ich mich mit meiner früheren Arbeitgeberin vor der Schlichtungsbehörde auf den Wortlaut meines Arbeitszeugnisses einigen. Nun sind aber fast acht Monate seit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vergangen. Muss ich ein Arbeitszeugnis mit aktuellem Datum akzeptieren?

**Antwort:** Durch das verspätete Ausstellungsdatum kann eine neue Arbeitgeberin erkennen, dass es zu einer rechtlichen Auseinandersetzung gekommen ist, was negativ auf den Mitarbeitenden zurückfallen kann. Es ist gängige Praxis der Gerichte, eine Rückdatierung des Zeugnisses zu akzeptieren. Es ist somit möglich, eine Rückdatierung zu verlangen.

**Frage:** Vor zwei Wochen hat meine alte Arbeitstätigkeit geendet, trotzdem hat mir meine frühere Arbeitgeberin kein Arbeitszeugnis ausgestellt. Innert welcher Frist muss mir mein Arbeitszeugnis ausgestellt werden?



**Antwort:** Zuerst ist diesbezüglich festzuhalten, dass die Pflicht, ein Arbeitszeugnis (oder eine Arbeitsbestätigung) auszustellen, erst auf Verlangen des Mitarbeitenden entsteht. Nicht vollends geklärt ist die Frage, innert welcher Frist Arbeitgebende ein Zeugnis oder eine Arbeitsbestätigung ausstellen müssen, nachdem Mitarbeitende darum ersucht haben. Unter normalen Umständen geht die Praxis davon aus, dass eine Arbeitsbestätigung innert zweier Tage und ein Vollzeugnis innert zweier Wochen ausgestellt werden kann. Der gleiche Zeitraum gilt für die Erstellung eines Zwischenzeugnisses.

**Frage:** Ich habe von meiner früheren Arbeitgeberin trotz mehrmaliger Aufforderung kein Arbeitszeugnis erhalten, und nun kann ich keine neue Arbeitsstelle finden. Haftet meine frühere Arbeitgeberin für meinen Schaden?

**Antwort:** Stellt eine frühere Arbeitgeberin innert nützlicher Frist kein oder ein nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Zeugnis aus, so verletzt sie ihre vertraglichen Pflichten und haftet grundsätzlich für den daraus entstandenen Schaden. Der Nachweis, dass eine bestimmte Stelle adäquat kausal wegen des fehlenden oder fehlerhaften Zeugnisses nicht angeboten wurde, ist in der Praxis jedoch kaum zu erbringen.

**Frage:** Ich habe einen neuen Mitarbeitenden angestellt, welcher nun nachweislich mehrmals in meinem Betrieb gestohlen hat. Im Strafverfahren kam nun heraus, dass der Mitarbeitende bereits bei seiner früheren Arbeitgeberin gestohlen hat. Dieses Verhalten wurde im Arbeitszeugnis des Mitarbeitenden mit keinem Wort erwähnt. Haftet mir die frühere Arbeitgeberin für meinen Schaden?

**Antwort:** Qualifizierte Zeugnisse, die wesentliche Vorkommnisse (z.B. eine strafrechtlich relevante Verfehlung) verschweigen, können zur Schadenersatzpflicht gegenüber Dritten, insbesondere der neuen Arbeitgeberin, führen. In einem bekannten Gerichtsurteil erhielt eine neue Arbeitgeberin vom Bundesgericht Schadenersatz zugesprochen, weil die frühere Arbeitgeberin trotz bekannter Unterschlagung dem Mitarbeitenden ein hervorragendes Zeugnis ausstellte. Pikanterweise zahlte der Mitarbeitende vom neuen Lohn den unterschlagenen Betrag ratenweise an die frühere Arbeitgeberin zurück. Um die Ratenzahlung an die ehemalige Arbeitgeberin überhaupt stemmen zu können, beging der Mitarbeitende am neuen Ort eine weitere Unterschlagung. Bei bekannten Straftaten ist somit besonders zu prüfen, ob diese im Arbeitszeugnis erwähnt werden müssen.

**Frage:** Muss ich ein Schlusszeugnis akzeptieren, welches lediglich auf frühere Zwischenzeugnisse verweist?

**Antwort:** Nein, es besteht Anspruch auf ein einheitliches, in einem Dokument zusammengefasstes Schlusszeugnis, welches sich über die gesamte Arbeitszeit äussert. Mitarbeitende müssen sich deshalb nicht damit zufriedengeben, dass für frühere Anstellungsphasen auf bestehende Zwischenzeugnisse verwiesen wird (auch wenn dies in der Praxis häufig angetroffen wird).

### AUTOREN



**Sabine Taxer, MLaw**, ist bei der renommierten Wirtschaftskanzlei Wenger & Vieli AG tätig.



**lic.iur. Patrick Näf, LL.M.**, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht. Patrick Näf ist bei der renommierten Wirtschaftskanzlei Wenger & Vieli AG tätig.