

# Neuere Entwicklungen im Arbeitsrecht

**Juristenverein des Kantons Luzern**

**Dienstag, 22. März 2011**

**Hotel Wilden Mann, Luzern**

---



ADVOKATURBÜRO

FREI • STEGER • SENTI

**Dr. iur. Christoph Senti**

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht,  
Lehrbeauftragter HSG und zhaw

Advokaturbüro  
Frei Steger Senti  
[www.9450.ch](http://www.9450.ch)

FAA-HSG, Forschungsinstitut  
für Arbeit und Arbeitsrecht  
[www.faa.unisg.ch](http://www.faa.unisg.ch)

# Inhaltsübersicht: Entwicklungen im Arbeitsrecht

## 1. Vertrauensarzt und missbräuchliche Kündigung

KGer SG BZ.2009.64: Urteil vom 15. Dez. 2009

BGE 4A\_59/2010: Urteil vom 20. Mai 2010

## 2. Vertragsänderung zu Lasten des Arbeitnehmers; Schriftformvorbehalt

BGE 4A\_223/2010: Urteil vom 12. Juli 2010

BGE 4A\_443/2010: Urteil vom 26. November 2010

## 3. Lohn oder Gratifikation?

BGE 4A\_502/2010: Urteil vom 1. Dezember 2010

# Vertrauensarzt und missbräuchliche Kündigung

## KGer SG BZ.2009.64 und BGE 4A\_59/2010

### Sachverhalt:

1. Juni 1999: Eintritt ANehmer in die Unternehmung
18. Feb. 2008: AGeberin: „ANehmer wurde mündlich gekündigt.“  
ANehmer: „AGeberin gewährte mir dreimonatigen Urlaub für Anerkennung meiner Dienste.“
28. Feb. 2008: AGeberin zitiert ANehmer in der Unternehmung und übergibt ihm die Kündigung mit sofortiger Freistellung.
- April 2008: AGeberin schickt ANehmer rudimentären Entwurf des Arbeitszeugnisses mit Aufforderung zur Ergänzung und Anpassung.
- ab 13. Mai 2008: ANehmer teilt arbeitsunfähig mit (Arztzeugnis), AGeberin verlangt sofortige Konsultation des Vertrauensarztes, was ANehmer verweigert.
- anschliessend: AGeberin bzw. Krankentaggeldversicherung bezahlt Lohn bis 30. Juni 2008.

# Vertrauensarzt und missbräuchliche Kündigung (1)

## Streitiger Punkt: Arztzeugnis / vertrauensärztlicher Untersuch

In casu: ANehmer begann am Ende der dreimonatigen Freistellungsdauer an „akuter Anpassungsstörung“ bzw. einer „affektiver Störung“ (Burnout) zu leiden.

BGer: Wenn begründeter Anlass besteht, kann AGeber auch ohne vertragliche oder gesetzliche Grundlage vertrauensärztlichen Untersuch anordnen. Verweigert ANehmer einen solchen Untersuch, darf er als gesund gelten (BGE 4A\_59/2010 E.2.1).

Junilohn wurde ausbezahlt, Hinweis auf Vorbehalt einer Rückzahlung erging erst nach Auszahlung.

KGer SG: Die vorbehaltlose Auszahlung des Junilohnes trotz Aufforderung zur Konsultation des Vertrauensarztes gilt als Anerkennung der Arbeitsunfähigkeit (KGer SG BZ.2009.64 E III 1. b).

# Vertrauensarzt und missbräuchliche Kündigung (2)

## Streitiger Punkt: Missbräuchliche Kündigung

KGer: Kündigung ohne vorgängiges (klärendes) Gespräch verletzt erhöhte Fürsorgepflicht bzw. Gebot der schonenden Rechtsausübung, weil:

- langjähriger Mitarbeiter, welcher berufliche Kenntnisse im Unternehmen erwarb;
- ANehmer hatte grossen Einsatz geleistet (Überstunden, gutes Zwischenzeugnis);
- ANehmer kämpfte mit gesundheitlichen Problemen und AGeberin wusste dies;
- AGeberin versuchte nicht, mittels klärendem Gespräch die Situation zu entschärfen oder eine Lösung zu suchen, sondern kündigte ANehmer ohne weiteres und – nach eigener Darstellung – via interimistischem Geschäftsführer (Unternehmensberater) (KGer E. III. 2. b cc)

„[...] dass sich die **Beklagte** im Zuge der Kündigung in einer **Art und Weise verhielt**, die **über ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten hinausging**. Sie hat die den Umständen angemessene **Fürsorgepflicht** gegenüber dem Kläger **nicht wahrgenommen**, das **Gebot schonender Rechtsausübung verletzt** und die Kündigung unter **Begleitumständen ausgesprochen**, die mit den in **Art. 336 OR** aufgeführten Gründen vergleichbar sind, womit die Kündigung als missbräuchlich erscheint.“ (KGer: E. III 2 b dd)

# Vertrauensarzt und missbräuchliche Kündigung (3)

## Streitiger Punkt: Bemessung der Entschädigung

KGer: „Die Vorinstanz hat dem Kläger eine **Entschädigung** von Fr. 5'500.- zugesprochen, entsprechend **einem Monatslohn ohne Anteile 13. und 14. Monatslohn** [...]. Entgegen der Ansicht des Klägers besteht **kein Anlass, diesen Betrag zu erhöhen.**“ (KGer SG E. III 2 b ee)

BGer: „Bezüglich der Maximalhöhe der Entschädigung ist der Bruttolohn massgebend, zu dem alle geschuldeten Leistungen des Arbeitgebers mit Lohncharakter, wie Provisionen und der 13. Monatslohn, zu zählen sind. Es kann jedoch auch eine Entschädigung von weniger als einem Monatslohn zugesprochen werden. [...] es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die kantonalen Instanzen mit der **Festsetzung einer Entschädigung auf einen Betrag, der einen Monatslohn unterschreitet, das ihnen bei der Bemessung der Entschädigung zustehende Ermessen überschritten** haben sollen.“ (BGE E. 4)

Fazit: Leistungen mit Lohncharakter gehören zum Monatslohn dazu. Da Gericht aber auch Entschädigung von weniger als einem Monatslohn zusprechen kann, ist es nicht bundesrechtswidrig, eine Entschädigung ohne anteiligen 13. und 14. Monatslohn zuzusprechen.

# Arbeitszeugnis: Anspruch auf Korrektur verwirkt?

**Thema:** Anspruch auf Anpassung des Arbeitszeugnisses, obwohl Entwurf von ANehmer bereits redigiert?

ANehmer erhielt einen rudimentären Entwurf mit der Bitte um Ergänzung bezüglich Hauptaufgaben und weitere Punkte falls gewünscht. AGeberin machte darauf hin geltend, damit sei Anspruch auf Berichtigung Zeugnis verwirkt.

KGer: „Es befremdet zunächst schon, dass die **Beklagte [...] nicht in der Lage war, die vom Kläger ausgeübten Tätigkeiten selbst zusammenzustellen**. Sie hat sich aber offensichtlich **auch sonst in keiner Weise darum bemüht, einen auf den besonderen Fall zugeschnittenen Zeugnistext zu redigieren [...]**. Dass sie dieses **eigene Ungenügen heute zum Anlass nimmt**, dem Kläger vorzuhalten, der **Berichtigungsanspruch sei verwirkt**, und ihm das gesetzlich geschuldete, dem langjährigen Einsatz gebührende und wohlverdiente Arbeitszeugnis vorenthalten will, ist nicht nur **unverständlich und schikanös, sondern auch missbräuchlich**, [...]“ (KGer SG BZ.1009.64 E. III. 3.)

# Arbeitszeugnis: Streitwert

## Thema: Korrektur eines Arbeitszeugnisses: Streitwert?

KGer: Gericht hat grosses Ermessen; Im Kanton SG wird häufig die Zürcher Praxis übernommen (Streitwert: 1 Monatslohn). In casu wurde ein Streitwert von deutlich unter einem Monatslohn angenommen:

„Die Vorinstanz hat ihre davon abweichende Streitwertbemessung aber nachvollziehbar damit begründet, dass **letztlich nur die Bereinigung von Differenzen** zwischen dem Ende März 2008 ausgestellten Arbeitszeugnis und dem Zwischenzeugnis vom Sommer 2007 zur Debatte steht. Dem kann ohne weiteres gefolgt werden.“ (KGer SG BZ.2009.64 E. II. 2)

# Stillschweigende Vertragsänderung zu Lasten Arbeitnehmer (1)

**Thema:** Vertragsänderungen *zu Gunsten* ANehmer sind üblich und anerkannt.  
Wie verhält es sich mit Vertragsänderungen *zu Lasten* ANehmer?

## Rechtsprechung auf kantonaler Ebene:

- **ArbGer ZH, Urteil vom 3. März 2004**, ARV 2004, S. 170 (widerspruchslose Entgegennahme des Lohnes während drei bis sechs Monaten);
- **AppGer BS, Urteil vom 1. November 1986**, JAR 1986, S. 86 ff. (widerspruchslose Entgegennahme während 10 Monaten);
- **KGer VS, Urteil vom 3. Mai 2005**, ZWR 2005, S. 284 ff. (widerspruchslose Entgegennahme während 12 Monaten);
- **OGer ZH, Urteil vom 4. Februar 1998**, JAR 1999, S. 135 ff. (dreimalige widerspruchslose Entgegennahme);
- **Chambre d'Appel des prud'hommes GE, Urteil vom 22. Oktober 2002**, JAR 2003, S. 201 ff. (widerspruchslose Entgegennahme während 15 Monaten)
- **Gewerbliches Schiedsgericht Basel, Urteil vom 7. Oktober 2002**, AGE 28.02.2003 (widerspruchslose Entgegennahme während 9 Monaten; Lohnreduktion 55%)

# Stillschweigende Vertragsänderung zu Lasten Arbeitnehmer (2)

## Erster Entscheid: BGE 4C.242/2005:

Schriftliche Vereinbarung eines befristeten Arbeitsvertrages auf ca. 14 Monate mit einem monatlichen Lohn von CHF 12'000.-. Nach 4 Monaten offeriert AGeberin neuen schriftlichen Vertrag mit 15%iger Lohnkürzung, ANehmer unterzeichnet diesen jedoch nicht.

BGE: „L'intimé a perçu **pendant toute la durée contractuelle, à savoir dix mois durant, un salaire réduit dans cette proportion, sans jamais élever une quelconque protestation.[...]** Dans les circonstances de l'espèce, le demandeur n'avait aucun risque de perdre son emploi s'il protestait contre la baisse de salaire, car il avait été engagé par un contrat de durée déterminée. ” (E. 4.4)

# Stillschweigende Vertragsänderung zu Lasten Arbeitnehmer (3)

## Neuer Entscheid: BGE 4A.223/2010 vom 12. Juli 2010:

Schriftlicher Arbeitsvertrag mit vereinbarter Umsatzprovision von 1.5%. AGeberin offerierte neuen schriftlichen Arbeitsvertrag mit 0.7% Provision, welchen ANehmer jedoch nicht unterzeichnete. AGeberin gab bekannt, dass ANehmer gekündigt werde, wenn er die Änderung nicht akzeptiere. In der Folge nahm ANehmer die reduzierte Provision während 34 Monaten widerspruchslos entgegen.

BGE: „[...] hat der Beschwerdeführer **erkannt, dass die Beschwerdegegnerin von seiner stillschweigenden Zustimmung zur angekündigten Provisionskürzung ausging**, nahm er doch an, andernfalls würde ihm gekündigt. Indem er die **Beschwerdegegnerin in diesem Glauben beliess, erweckte er bewusst den Anschein, er akzeptiere die Provisionssenkung**. Hätte er diese entgegen der erkennbaren Erwartung der Beschwerdegegnerin ablehnen wollen, wäre er [...] nach Treu und Glauben gehalten gewesen, ihr dies innert angemessener Frist mitzuteilen.“ (E. 2.4)

# Stillschweigende Vertragsänderung zu Lasten Arbeitnehmer (4)

## Neuer Entscheid: BGE 4A.443/2010 vom 26. November 2010:

Schriftlicher Arbeitsvertrag, wobei ANehmer (Fussballer) während 5 Monaten an einen anderen Club ausgeliehen wurde. Es war unklar, welcher Vertrag anschliessend gelten soll.

BGE: „ [...] **hat der Beschwerdeführer erkannt, dass die** von der Beschwerdegegnerin ab Juli 2004 **überwiesenen Beträge keine Lohnzahlungen gemäss Vertrag** vom 10. Juli 2001 **bedeuteten [...].** Er musste daher [...], **erkennen, dass die Beschwerdegegnerin von der Gültigkeit dieses Vertrags ausging** und diesen ab Juli 2004 umsetzte. **Hätte der** Beschwerdeführer die entsprechende von ihm nicht ausdrücklich abgelehnte Vertragsänderung **nicht akzeptieren wollen, wäre er [...]** nach Treu und Glauben **gehalten gewesen**, dies der Beschwerdegegnerin **innert angemessener Frist mitzuteilen.** ” (E. 10.3)

# Schriftformvorbehalt

**Thema:** „Sämtliche Vertragsänderungen bedürfen der Schriftform“

**BGE 4C.242/2005:** „Il s'ensuit que les parties contractantes pouvaient convenir tacitement - c'est-à-dire par le silence ou par des actes concluants - de réduire le salaire arrêté dans le contrat de travail qu'elles avaient passé le 20 février 2001.“ (E. 4.2)

**BGE 4A\_223/2010:** „Dabei kann offen bleiben, ob [...] auf einen Schriftvorbehalt geschlossen werden könnte, **denn in der Umsetzung des geänderten Vertrages über eine längere Zeit läge ohnehin ein beidseitiger stillschweigender Verzicht auf die Schriftform.**“ (E. 2.4)

**BGE 4A\_443/2010:** „In der beidseitigen Umsetzung des neuen Vertrages über eine längere Zeit liegt zudem ein stillschweigender Verzicht auf die vorbehaltene Schriftform.“ (E. 10.3)

# Lohn oder Gratifikation? (1)

**Thema:** Wann handelt es sich bei einer Zahlung (Bonus, Dankeschön, etc.) um Lohn, und wann um eine Gratifikation?

Praktisch von grosser Bedeutung, weil:

BGE 4A.115/2007: „**Eine Gratifikation** im Sinne von Art. 322d OR **kann von der Bedingung abhängig gemacht werden**, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Fälligkeit noch im Betrieb arbeitet oder in ungekündigter Stellung ist, soweit dadurch seine wirtschaftliche Freiheit (...) nicht übermässig beschränkt wird [...]. **Eine solche Bedingung ist bezüglich des Lohnes unzulässig** (Urteil 4C.462/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.2).“ (E. 4.3.1)

# Lohn oder Gratifikation? (2)

## 1. Wirklicher Wille der Parteien (und nicht falsche Bezeichnung)

BGer 4C.6/2003: „ Es kommt nicht darauf an, wie die Parteien in ihrer Vereinbarung den Bonus **rechtlich bezeichnet** haben, sondern was sie **tatsächlich gewollt haben**“ (E. 3.6)

## 2. Nur dann Gratifikation, wenn AGeber Ermessen bezüglich Höhe der Zahlung hat

BGE 4A\_502/2010: „Ainsi, contrairement au salaire, la **gratification dépend**, au moins partiellement, **du bon vouloir de l'employeur**. Si elle n'a pas été convenue expressément ou par acte concluant, la gratification est entièrement facultative et, si un versement a été convenu, l'employeur est tenu d'y procéder, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer [...].“ (E. 2.1.2)

KGer SG BZ.2006.90: „Die Gratifikation nach Art. 322d OR ist eine **Sondervergütung**, welche die Arbeitgeberin zusätzlich zu einem Festlohn ausrichtet, wobei ihr ein **mehr oder weniger grosses Ermessen** über die Ausrichtung an sich oder deren Höhe zusteht. (...) Eine zumindest gewisse **Ermessensabhängigkeit bleibt damit Tatbestandsvoraussetzung** der Gratifikation (...).“ (E. 2.)

# Lohn oder Gratifikation? (3)

## 3. Das Kriterium der Akzessorietät

BGE 4A\_502/2010: „Au demeurant, **la gratification est accessoire par rapport au salaire et elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur.** Par conséquent, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. Dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable.“ (E. 2.1.2)

=> Wo liegen die Grenzen im Verhältnis zum Fixlohn?

## Lohn oder Gratifikation? (4)

BGE	Fixlohn in TCHF	Zahlung in % des Fix- lohnes	Urteil:
129 III 276	> 100	bis zu 25%	Höhe spricht nicht gegen Gratifikation
131 III 615	415	16%	Zahlung hatte nur zweitrangige Bedeutung
4C.6/2003	130	20%	Verhältnis spricht nicht gegen Gratifikation
4A_115/2007	153.4	20%	Da AGeber grosses Ermessen, Gratifikation
4C.426/2005	112.4	248%	Kein akzessorischer Charakter, daher Lohn
4C.475/2004	200	150%	Lohn
4C.364/2004	250	86%/107%	Auszahlung in dieser Höhe einmalig: Grati
4A_28/2009	??	8.3%	Kein überragendes Gewicht, kein Lohn
4A_502/2010	123.5	15%	Zahlung von untergeordneter Bedeutung: Grati

# Lohn oder Gratifikation? (5)

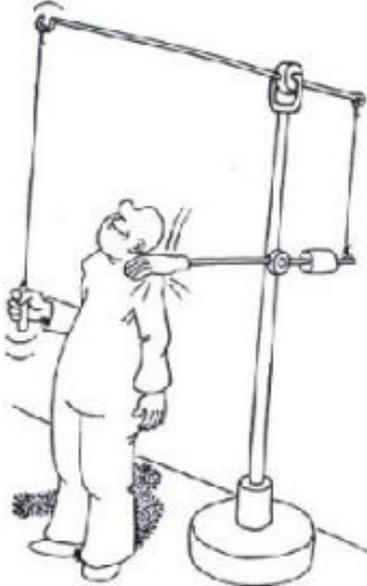
BGE 4A\_502/2010 In casu:

- Arbeitsvertrag sprach von einer „Mitarbeiter Gewinnbeteiligung“;
- Verwaltungsrat stellte jährlich eine Gesamtsumme an Boni bereit (Bonustopf);
- Höhe der einzelnen Boni wurde zwischen Leiter HR und Vorgesetztem des betreffenden Mitarbeitenden gemeinsam festgelegt;
- Massgebende Kriterien (Qualität der Leistung, Funktion, Dienstjahre, Loyalität, Anzahl Absenzen) nicht mathematisch erfassbar => Ermessen der AGeberin

BGer: „En conclusion, l'autorité cantonale n'a pas enfreint le droit fédéral en ayant jugé que la rémunération en cause ne constituait pas un élément du salaire, mais bien une gratification, [...]“ (E. 2.2)

# Lohn oder Gratifikation? (6)

Das - meines Erachtens - entscheidende Unterscheidungsmerkmal: Die Funktion der Zahlung: **Anreizinstrument oder Dankeschön?**

Merkmal	Leistungslohn	Vereinbarte Gratifikation	Freiwillige Gratifikation
Funktion:	<p><b>Anreizinstrument: prospektiv</b></p> 	<p><b>Anerkennung für erbrachte Leistungen: retrospektiv</b></p> 	

**Mit bestem Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

**Fragen?**