



Frühjahrssemester 2022: Übungen im Arbeitsrecht, Fall 5, «Voll, voller, am vollsten»

Lösungsskizze

- «Gut» oder «sehr gut»: Das Arbeitsgericht Zürich taxierte die Gesamtbeurteilung im Zeugnis mit einem „gut“ bei einem in den jährlichen Mitarbeiterbeurteilungen erzielten Durchschnittswert von (aufgerundet) 3,25, bei einer Skala von 1–5, als korrekt (Entscheide 2014 Nr. 12). Es sei zwar gerichtsnotorisch, dass bei internen Mitarbeiterbeurteilungen ein strengerer Massstab angewendet werde (und auch solle) als bei der Ausstellung von Arbeitszeugnissen. Dieser Umstand alleine führe aber nicht dazu, dass der Arbeitnehmer nachzuweisen vermöge, dass seine Leistungen überdurchschnittlich gewesen seien. Dem Kläger wurde ausserdem vorgehalten, dass bereits im Zwischenzeugnis «gute Ergebnisse» bescheinigt worden seien und er nicht geltend mache, dagegen protestiert zu haben.
- *Anspruch auf Gesamtbeurteilung?*: Heute ist es verkehrüblich, dass sich das Arbeitszeugnis neben der Beurteilung einzelner Aspekte auch über eine Gesamtbeurteilung ausspricht, weshalb ein entsprechender Anspruch zu bejahen ist (so Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319—362 OR, 7. Auflage Zürich/Basel/Genf 2012, N 3 zu Art. 330a OR; zustimmend Obergericht Uri, Urteil OG V 12 28 vom 8.3.2013 E. 5.d).
- *Weiterbildungskurse*: Das Bundesverwaltungsgericht hat einen Anspruch auf spezielle Erwähnung betriebsspezifischer bzw. interner Weiterbildungskurse



von jeweils ein- bis zweitägiger Dauer verneint (Urteil A-32/2012 vom 27.6.2012 E. 7.3). Dies auch vor dem Hintergrund, dass die betreffenden Kurse bereits im Rahmen der Fachkenntnisse ins Zeugnis Eingang fanden.

- *Zeugnissprache:* Das Zeugnis ist grundsätzlich in der am Arbeitsort vorherrschenden Sprache abzufassen, ausser der Arbeitnehmer gehöre einer Berufsgruppe mit klar überwiegender Berufssprache an oder das Arbeitsverhältnis sei stark international geprägt. In diesen Fällen hat der Arbeitnehmer Anspruch auf ein Zeugnis in beiden Sprachen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3c zu Art. 330a OR, mit weiteren Hinweisen). Bei einem Informatiker in einer Softwareentwicklungsfirma kann demzufolge je nach den Umständen ein Anspruch auf eine englische Fassung bestehen. Vgl. für ein ablehnendes Beispiel Bundesverwaltungsgericht, Urteil A-32/2012 vom 27.6.2012 E. 7.1.
- *Schlussformulierung:* Nach gefestigter Lehre und Rechtsprechung kann die Arbeitgeberin gerichtlich nicht verpflichtet werden, gegen ihren Willen das Bedauern über das Ausscheiden des Arbeitnehmers auszudrücken. Mit dem Wahrheitsgebot ist ferner nicht vereinbar, wenn im Arbeitszeugnis eine Beendigung «auf eigenen Wunsch» des Arbeitnehmers bescheinigt wird, obwohl die Arbeitgeberin gekündigt hat (statt vieler: Arbeitsgericht Zürich, Entscheide 2014 Nr. 12). Daran ändert auch nichts, wenn sich die Entlassung als missbräuchliche oder gar ungerechtfertigt fristlose Kündigung erweist (vgl. Arbeitsgerichts Zürich, in: JAR 2013 S. 617 f.).
- *Haftung der Arbeitgeberin:* Eine Arbeitgeberin, welche die Ausstellung eines Zeugnisses verweigert oder ein unvollständiges bzw. zu schlechtes Zeugnis ausstellt, kann gegenüber dem Arbeitnehmer haftbar werden. Der Nachweis, dass eine Stelle adäquat kausal wegen des fehlenden Zeugnisses flöten ging, ist allerdings oft schwierig zu erbringen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 7 zu Art. 330a OR). So scheiterte kürzlich auch ein ETH-Angestellter mit seiner Schadenersatzforderung. Das Bundesgericht sah wie schon das Bundesverwaltungsgericht den Nachweis der geforderten Kausalität als nicht erbracht, nachdem der Arbeitnehmer trotz des bemängelten Zeugnisses zu mehreren Bewerbungsgesprächen eingeladen



worden war (BGE 2C_936/2012 vom 14.1.2013 und BVGE A-5588/2007 vom 10.8.2012).

- Vgl. zu Inhalt, Form und gerichtlicher Durchsetzung von Arbeitszeugnissen auch Lehrbuch Portmann/Wildhaber, Rz 540—547.

Variante 1

Wenn eine Arbeitgeberin die Ausstellung des Arbeitszeugnisses vollständig verweigert, besteht für den Arbeitnehmer neben dem langwierigen ordentlichen Prozess die Möglichkeit, den Anspruch im summarischen Verfahren nach Art. 248 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO durchzusetzen (Rechtsschutz in klaren Fällen; vgl. für ein seltenes Fallbeispiel Bezirksgericht Zürich, Verfügung ER130021 vom 21.3.2013).

Variante 2

- Der Sachverhalt ist an BGE 4A_688/2014 vom 15.4.2015 angelehnt.
- Gestützt auf die allgemeine Treuepflicht (Art. 321a OR) bejahte das Bundesgericht die Pflicht eines Arbeitnehmers, die Arbeitgeberin bei der Anmeldung einer Aufgaben- bzw. Dienstleistung zu unterstützen und dafür notwendige Erklärungen abzugeben. Andernfalls könne die Arbeitgeberin ihr gemäss Art. 332 Abs. 1 OR zustehende Erfindungen gar nicht sinnvoll nutzen. Aus diesem Grund bestehe diese Pflicht zur Mitwirkung auch über das Arbeitsverhältnis hinaus, wenn bei einer Patentanmeldung eine Erklärung verlangt werde.
- Im vom Bundesgericht zu entscheidenden Fall hatte sich der Arbeitnehmer zu Unrecht geweigert, ein für die Patentanmeldung in den USA notwendiges Dokument zu unterzeichnen. Dazu wurde er nun im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen (Art. 248 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 257 Abs. 1 ZPO) und unter Androhung von Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB zunächst vom Bundespatentgericht und anschliessend vom Bundesgericht verpflichtet.



- Der Entscheid könnte Signalwirkung dafür haben, wenn Arbeitgebende auf administrative Hilfestellungen durch bereits ausgetretene Arbeitnehmende angewiesen sind.
- Vgl. zum Ganze auch Lehrbuch Portmann/Wildhaber, Rz 591—604.

Variante 3

- Das schweizerische Arbeitsrecht steht in den Art. 340 ff. OR nachvertraglichen Konkurrenzverboten vergleichsweise offen gegenüber. So ist insbesondere nicht vorausgesetzt (und auch nicht die Regel), dass Arbeitnehmende eine Entschädigung für ihre Konkurrenzenthaltung erhalten (eine sog. Karenzentschädigung).
- Vorliegend ist die Klausel aber – aus Sicht der Y. AG – in verschiedener Hinsicht handwerklich mangelhaft formuliert. So fehlt etwa das Vorsehen der Möglichkeit einer Realerfüllung, dass also die Konkurrenzierung tatsächlich gerichtlich verboten werden kann, oder auch eine Regelung, wonach die Leistung der Konventionalstrafe nicht von der weiteren Einhaltung des Verbots befreie und die Geltendmachung von Schadenersatz vorbehalten bleibe.
- Vor allem aber fehlt die von Art. 340a Abs. 1 OR geforderte örtliche Begrenzung des Konkurrenzverbots. Nach 145 III 365 greift in einem solchen Fall, wenn der Umfang auch nicht durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip bestimmt werden kann, Unwirksamkeit der gesamten Abrede (und nicht nur richterliche Beschränkung nach Art. 340a Abs. 2 OR).
- Selbst wenn die Y. AG aber die örtliche Beschränkung in die Klausel aufgenommen hätte, müsste sie mit dem Wegfall des Konkurrenzverbots rechnen, denn sie war es ja, die gekündigt hat. Nach Art. 340c Abs. 2 OR führt eine Arbeitgeberkündigung dazu, dass das Konkurrenzverbot dahinfällt, sofern der Arbeitnehmer keinen begründeten Anlass dazu gegeben hat. Blosser Spannungen dürften dafür nicht reichen, mindestens wenn X dafür nicht (haupt-)verantwortlich ist. Kommt dazu, dass die Beweislast für den begründeten Anlass bei der Arbeitgeberin liegt.



- Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass das nachvertragliche Konkurrenzverbot unwirksam bzw. weggefallen ist. Vgl. zum Ganzen auch Lehrbuch Portmann/Wildhaber, Rz 818–836.