

# recht

www.recht.recht.ch 5/6/11

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

## 29. Jahrgang

### Inhalt

---

#### Abhandlungen

- 145 *Peter Gauch*  
**Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR**
- 156 *Roland Müller/Caroline von Graffenried*  
**Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung**
- 170 *Arnold F. Rusch*  
**Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle**
- 175 *Martino Mona/Nicolas Leu*  
**Tücken der Notwehr – Abirrungen, Irrtümer und allerlei Gefahren für unbeteiligte Dritte bei Notwehrhandlungen**
- 193 *Regula Kägi-Diener*  
**Völkerrecht und nationales Recht in der Auslegung am Beispiel der UNO-Frauenrechtskonvention CEDAW**
- 

#### Universitäres

- 204 *Thierry Burkart*  
**LL.M.-Lehrgang Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht der Universität Liechtenstein**



Roland Müller/Caroline von Graffenried

## Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung

*Ist die Sekretärin einer Schulgemeinde öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich angestellt? Darf eine öffentlich-rechtliche Körperschaft überhaupt privatrechtliche Arbeitsverträge eingehen? Welche Unterschiede resultieren aus der Art des Anstellungsverhältnisses? Spielt es z. B. für die Art und Weise der Kündigung eine Rolle, ob jemand öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich angestellt ist? Darf eine vertrauensärztliche Untersuchung in beiden Fällen angeordnet werden? Bestehen Unterschiede hinsichtlich Arzt- oder Arbeitszeugnissen?*

*Dieser Beitrag befasst sich mit diesen aufgeworfenen Fragestellungen. Anhand eines Fallbeispiels wird aufgezeigt, mittels welcher Kriterien die Qualifikation solcher Arbeitsverhältnisse erfolgen kann. Zudem wird anhand der aus dem Fallbeispiel resultierenden Fragestellungen abgeklärt, welche Unterschiede zwischen einer öffentlich-rechtlichen und einer privatrechtlichen Anstellung bestehen können.*

### I. Einleitung

Schliesst eine öffentlich-rechtliche Körperschaft einen Arbeitsvertrag ab, so kann dies grundsätzlich sowohl auf öffentlich-rechtlicher, wie auch auf privatrechtlicher Grundlage geschehen. Eine Verpflichtung für staatliche Körperschaften, alle ihre Anstellungsverhältnisse dem öffentlichen Recht zu unterstellen, gibt es nicht.<sup>1</sup> Der Abschluss privatrechtlicher Arbeitsverträge in der öffentlichen Verwaltung ist denn auch in vielen Kantonen gängige Praxis.<sup>2</sup>

Aufgrund der Wahlmöglichkeit ist im Einzelfall allerdings oft nicht klar, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche oder um eine privatrechtliche Anstellung handelt. Verträge, in denen ausdrücklich auf die Art der Anstellung hingewiesen wird, bilden die seltene Ausnahme; in den meisten Fällen fehlt eine nähere Bezeichnung des Rechtsverhältnisses.<sup>3</sup>

Der Hauptunterschied zwischen einem öffentlich-rechtlichen und einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis liegt darin, dass sich die Parteien im Falle einer privatrechtlichen Anstellung auf gesichertem Gebiet befinden, da sich die gesetzlichen Grundlagen einheit-

lich im Obligationenrecht und je nach Anwendbarkeit auch noch im Arbeitsgesetz finden. Unterstützend ist hier zudem eine Fülle von Literatur und Rechtsprechung verfügbar. Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis hingegen ist nicht einheitlich, sondern auf Bundesebene im BPG und seinen Verordnungen und auf kantonaler und kommunaler Ebene in vielen verschiedenen Personalgesetzen, Beamtenengesetzen, Besoldungsverordnungen usw. geregelt. Hinzu kommt, dass sich zu dieser Thematik nur wenig Literatur und Rechtsprechung findet.<sup>4</sup>

Die Unklarheit bezüglich der Qualifikation des Arbeitsverhältnisses und der allfällig daraus resultierenden Unterschiede kann sowohl auf Arbeitnehmer- wie auch auf Arbeitsgeberseite zu Unsicherheiten führen.

Im Folgenden sollen anhand eines praxisnahen Fallbeispiels und den damit verbundenen Fragestellungen (unten II) mögliche Abgrenzungskriterien (unten III, 1), sowie einige Hauptunterschiede zwischen einem öffentlich-rechtlichen und einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (unten III, 2-7) aufgezeigt werden. Mit abschliessenden Empfehlungen soll zudem gezeigt werden, wie Schwierigkeiten in diesem Bereich umgangen werden können (IV).

### II. Fallbeispiel

#### 1. Sachverhalt

Martha Meier ist 63 Jahre alt und arbeitet nun schon während 28 Jahren als Teilzeitsekretärin bei einer Schulgemeinde im Kanton Bern. Ihr Arbeitspensum beträgt 60% entsprechend 24 Stunden pro Woche. Sie ist unter anderem zuständig für die Pflege der Homepage der Primarschule. Sie tut sich jedoch schwer mit der

Prof. Dr. iur. Roland Müller, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht sowie Luftrecht an der Universität St. Gallen, Rechtsanwältin St. Gallen; MLaw Caroline von Graffenried, Wissenschaftliche Assistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

<sup>1</sup> HAFNER, Rechtsnatur, S. 192; HANGARTNER, Ausgewählte Rechtsfragen, S. 3; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 2 zu Art. 342; RHINOW, Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, S. 429; STRUB, Das Dienstverhältnis der stadtbarnischen Gemeindebediensteten, Diss. Basel 1971, S. 54; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 33 N 14; AppGer BS, in: JAR 1998, S. 97 ff., S. 97 f. Zu den Einschränkungen siehe III 1 hiernach.

<sup>2</sup> Siehe RHINOW, Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, S. 429 f.

<sup>3</sup> MÜLLER Roland, Arbeitsvertragliche Situation von wissenschaftlichen Mitarbeitern an der Universität St. Gallen, Gutachten, St. Gallen 2009, S. 1.

<sup>4</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 199; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 2 zu Art. 342.

modernen Computertechnologie und hat deshalb immer wieder Auseinandersetzungen mit ihrem Chef, dem Schulratspräsidenten. Die Spannungen führen ihrer Ansicht nach schliesslich sogar zu nervösen Störungen, Schlafschwierigkeiten und Kopfschmerzen. Deswegen erscheint sie mehrere Male unentschuldig nicht zur Arbeit. Als der Chef eine Aussprache verlangt, wirft sie ihm systematische Zurücksetzung und Mobbing vor. Als Reaktion verlangt dieser umgehend eine vertrauensärztliche Untersuchung durch einen Psychiater. Martha Meier ist tief gekränkt, empfindet die Forderung als eine Persönlichkeitsverletzung und weigert sich strikte, den vorgeschlagenen Psychiater aufzusuchen. In der Folge kündigt die Schulgemeinde das Arbeitsverhältnis mit der Teilzeitsekretärin ordentlich auf den nächstmöglichen Termin. Ein konkreter Endtermin wird nicht angegeben, da kein schriftlicher Arbeitsvertrag vorhanden ist.

Nachdem Martha Meier das Kündigungsschreiben erhalten hat, konsultiert sie am nächsten Tag ihren Hausarzt und berichtet ihm von ihren nervösen Störungen, den Schlafschwierigkeiten und dem Kopfweh. Der Hausarzt schreibt Martha Meier rückwirkend auf ein Datum vor 10 Tagen für einen ganzen Monat zu 50% arbeitsunfähig. Als sich der Schulratspräsident beim Arzt erkundigt, wie die Arbeitsunfähigkeit zu verstehen sei, erhält er die eigenartige Antwort, dass Martha Meier grundsätzlich ein Arbeitspensum von 20 Stunden in der Woche leisten könnte; für eine Tätigkeit in der Schulgemeinde des Schulratspräsidenten sei sie jedoch vollständig arbeitsunfähig.

## 2. Fragestellungen

Aus dem geschilderten Sachverhalt ergeben sich folgende Fragestellungen, welche die Unterschiede zwischen einer privatrechtlichen und einer öffentlich-rechtlichen Anstellung verdeutlichen:

1. Ist Martha Meier öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich angestellt und was sind die relevanten Kriterien zur Abgrenzung?
2. Welche Unterschiede resultieren aus der Art der Anstellung im Hinblick auf die Kündigung im Allgemeinen?
3. Wie ist der Kündigungsschutz in solchen Fällen geregelt?
4. Darf ein Arbeitgeber eine vertrauensärztliche Untersuchung verlangen und welche Bedeutung hat ein solcher Untersuchung?
5. Bestehen erhöhte Anforderungen bei der Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung durch einen Psychiater?
6. Kann ein Arzt ein Arzteugnis rückwirkend ausstellen und wie ist eine teilweise Arbeitsunfähigkeit bei einem Teilzeitmitarbeiter zu verstehen?
7. Wie wirkt sich die Art der Anstellung auf das Arbeitszeugnis aus?

## III. Konkrete Unterschiede in der Praxis

### 1. Qualifikation der Anstellungsart: Ist Martha Meier öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich angestellt und was sind die Kriterien zur Abgrenzung?

Wie bereits erwähnt, ist das Gemeinwesen nicht dazu verpflichtet, seine Anstellungsverhältnisse öffentlich-rechtlich auszugestalten. Entscheidend ist zunächst, dass eine privatrechtliche Anstellung durch das jeweils anwendbare Dienstrecht nicht ausgeschlossen wird.<sup>5</sup> Dieses Wahlrecht ergibt sich indirekt aus Art. 342 Abs. 1 lit. a OR.<sup>6</sup>

Nach h.L. und Rechtsprechung untersteht das Rechtsverhältnis zwischen dem Staat als Arbeitgeber und dem Privaten als Arbeitnehmer allerdings grundsätzlich dem öffentlichen Recht, was die Wahlfreiheit des Gemeinwesens stark beschränkt. Das privatrechtliche Anstellungsverhältnis soll demnach nur für Ausnahmefälle vorgesehen sein und für seine Zulässigkeit wird eine klare und unmissverständliche gesetzliche Regelung verlangt.<sup>7</sup>

Ob Martha Meier öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich angestellt ist entscheidet sich also zunächst nach dem für die entsprechende Schulgemeinde in Bern anwendbaren Dienstrecht. Schliesst dieses den Abschluss eines Arbeitsvertrages nach OR nicht aus, bzw. ist eine solche für Ausnahmefälle ausdrücklich vorgesehen, ist eine privatrechtliche Anstellung grundsätzlich möglich.<sup>8</sup> Als Ausnahmefall gilt im Übrigen in vielen Kantonen die Teilzeitarbeit.<sup>9</sup>

Dies vorausgesetzt, kann nun genauer untersucht werden, ob hier ein privatrechtliches Anstellungsverhältnis vorliegt. Es ist nämlich möglich, dass trotz einer allfälligen gesetzlichen Qualifizierung als privatrechtliches

<sup>5</sup> STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 2 zu Art. 342; HAFNER, Rechtsnatur, S. 192; HANGARTNER, Ausgewählte Rechtsfragen, S. 4.

<sup>6</sup> HAFNER, Rechtsnatur, S. 192; HANGARTNER, ausgewählte Rechtsfragen, S. 4.

<sup>7</sup> Siehe AppGer BS, in: JAR 1998, S. 97 ff.; BGE 118 II 213, in: Die Praxis (Pra) 1992, Nr. 238; HAFNER, Rechtsnatur, S. 192 ff.; POLEDNA, Annäherungen, S. 210 f.; RHINOW, Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, S. 429 f.

<sup>8</sup> So sieht etwa das Personalreglement der Stadt Bern (PRB) und die Personalverordnung (PVO) den Abschluss privatrechtlicher Verträge für Ausnahmefälle ausdrücklich vor (Art. 6 Abs. 1 PRB und Art. 4 PVO). Auch für Bundesangestellte ist gemäss Art. 6 Abs. 5 und 6 eine privatrechtliche Anstellung möglich.

<sup>9</sup> Siehe RHINOW, Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, S. 430.

Verhältnis, dennoch ein öffentlich-rechtliches vorliegt.<sup>10</sup> Dies ist dann der Fall, wenn eine privatrechtliche Anstellung aufgrund gewisser Theorien, mit denen das öffentliche Recht vom Privatrecht abgegrenzt wird, ausgeschlossen ist.<sup>11</sup>

Zunächst ist im vorliegenden Fall allerdings zu berücksichtigen, dass kein schriftlicher Arbeitsvertrag vorhanden ist. Ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis wird entweder mittels eines öffentlich-rechtlichen Vertrages oder durch eine mitwirkungsbedürftige Verfügung begründet.<sup>12</sup> Eine (mitwirkungsbedürftige) Verfügung bedarf zu ihrer Gültigkeit der Schriftform.<sup>13</sup> Ob dies auch für einen verwaltungsrechtlichen Vertrag gilt wird vom Bundesgericht offen gelassen.<sup>14</sup> Nach TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER wird mit Blick auf die Rechtssicherheit das Erfordernis der Schriftlichkeit auch für den verwaltungsrechtlichen Vertrag bejaht.<sup>15</sup> Demnach ist ein mündlicher verwaltungsrechtlicher Vertrag nichtig.<sup>16</sup> Dagegen bedarf der privatrechtliche Arbeitsvertrag gemäss Art. 320 Abs. 1 OR - sofern im Gesetz nichts anderes vorgesehen ist - keiner besonderen Form.

Für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses können des Weiteren die Grundsätze zur Abgrenzung vom verwaltungsrechtlichen zum zivilrechtlichen Vertrag hilfreich sein. Hier ist von Bedeutung, ob der Vertrag in unmittelbarer Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe abgeschlossen worden ist. Trifft dies zu, handelt es sich um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag. Bezweckt der Vertragsschluss hingegen nur mittelbar die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe, liegt ein zivilrechtlicher Vertrag vor.<sup>17</sup> Als Sekretärin einer Grundschule ist Martha Meier nicht direkt mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betraut. Sie nimmt im Gegensatz zu den Lehrkräften nur am Rande öffentliche Aufgaben wahr.<sup>18</sup> Demnach muss eine privatrechtliche Anstellung hier nicht aufgrund der sog. Funktionstheorie ausgeschlossen werden.<sup>19</sup>

Aus diesen Gründen könnte in casu durchaus von einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ausgegangen werden.<sup>20</sup> Massgebendes Kriterium ist aber eben die anwendbare Dienstordnung. Sieht diese keine privatrechtliche Anstellung vor, kommen die Bestimmungen des OR grundsätzlich nicht zur Anwendung. In diesem Fall ist die entsprechende Anstellungsordnung der Schulgemeinde in Bern massgebend. Die privatrechtlichen Bestimmungen können allerdings ausnahmsweise anwendbar sein, nämlich wenn die Grundsätze des OR Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze sind, wenn das massgebende Dienstrecht ausdrücklich darauf verweist oder wenn es zur Lückenfüllung hinzugezogen wird.<sup>21</sup> Das Rechtsverhältnis an sich ist dann aber selbstverständlich als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.<sup>22</sup>

Bevor nun näher auf bedeutende Unterschiede zwischen einem privatrechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis eingegangen werden soll, muss zunächst die wichtige Frage geklärt werden, ob die Schulgemeinde als privatrechtlicher Arbeitgeber auch gänzlich wie ein Privater handeln darf.

Nach wohl h.L. und Rechtsprechung ist der Staat auch dann an die Grundsätze des öffentlichen Rechts gebunden, wenn er als Privater auftritt.<sup>23</sup> Er kann nach dieser Auffassung also nicht alle verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Rahmenregelungen ablegen. Insbesondere ist er an das Rechtsgleichheits- und an das Willkürverbot gebunden und hat sich am öffentlichen Interesse und am Verhältnismässigkeitsprinzip zu orientieren. Auch das Legalitätsprinzip und der Vertrauensschutz müssen beachtet werden.<sup>24</sup> Die Schulgemeinde in Bern wird also auch dann nicht zum rein privatrechtlichen Arbeitgeber, wenn sie Frau Meier privatrechtlich angestellt hat. Sie hat die Grundrechte ihrer Mitarbeiter zu akzeptieren und die privatrechtlichen Bestimmungen müssen in modifizierter Form Anwendung finden, wenn sie die Grundsätze des öffentlichen Rechts verletzen.<sup>25</sup> Welche Konsequenzen dies hat, wird noch zu zeigen sein.

<sup>10</sup> HAFNER, Rechtsnatur, S. 198 ff.

<sup>11</sup> Siehe Näheres bei HAFNER, Rechtsnatur, S. 201 ff.

<sup>12</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 203.

<sup>13</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 29 N 4.

<sup>14</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 34 N 3 mit Hinweis auf BGE 99 Ib 115 E. 3a S. 120 f.

<sup>15</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 34 N 3.

<sup>16</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 35 N 6.

<sup>17</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 33 N 10; Vgl. auch GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 211 ff.

<sup>18</sup> Vgl. RBOG 2005, Nr. 36 E. 4b. Hier ging es um die Frage, ob der Arbeitsvertrag eines Hauswartes mit einer Schulgemeinde als zivilrechtlicher oder als verwaltungsrechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist.

<sup>19</sup> Vgl. Häfner, S. 203.

<sup>20</sup> A.M. wohl Häfner, der ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis hier offenbar aufgrund der Interessentheorie ausschliesst. Vgl. HAFNER, S. 203 f.

<sup>21</sup> STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 2 zu Art. 342; HANGARTNER, Ausgewählte Rechtsfragen der öffentlichen Dienstverhältnisse, S. 4.

<sup>22</sup> HAFNER, Rechtsnatur, S. 197.

<sup>23</sup> Siehe BGE 109 Ib 146 E 4 S 155; HAFELIN/MÜLLER, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, N 236; HAFNER, Rechtsnatur, S. 205; POLEDNA, Annäherungen, S. 220; RHINOW, Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, S. 438 f.; A.M. wohl KIENER Regina/KÄLIN Walter, Grundrechte, Bern 2007, S 42.

<sup>24</sup> POLEDNA, Annäherungen, S. 220.

<sup>25</sup> HAFNER, Rechtsnatur, S. 205; POLEDNA, Annäherungen, S. 220.

## 2. Unterschiede bei der Kündigung im Allgemeinen: Welche Unterschiede resultieren aus der Art der Anstellung im Hinblick auf die Kündigung im Allgemeinen?

Der wohl bedeutendste Unterschied zwischen der Kündigung einer öffentlich-rechtlichen und jener einer privatrechtlichen Anstellung liegt darin, dass im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis der Grundsatz der Kündigungsfreiheit gilt.<sup>26</sup> Will demnach ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer ordentlich kündigen, kann er dies privatrechtlich tun, ohne einen speziellen Grund dafür anführen zu müssen, solange er sich an die entsprechenden Kündigungsfristen hält. Begrenzt wird die Kündigungsfreiheit einzig durch den sachlichen Kündigungsschutz in Art. 336 ff. OR.<sup>27</sup> Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis hingegen kann einem Arbeitnehmer nur gekündigt werden, wenn dafür ein sachlicher Grund, wie etwa nicht zufriedenstellende Arbeitsleistung oder fehlender Bedarf vorliegt.<sup>28</sup> Die meisten Dienstordnungen sehen solche sachlichen Gründe vor.<sup>29</sup> Da sich dieser Grundsatz aber aus dem Gleichheits- und Willkürverbot ergibt, ist auch im Falle einer fehlenden Vorschrift eine grundlose Kündigung nicht möglich.<sup>30</sup>

Bedeutend wird diese Unterscheidung im Hinblick auf die Gültigkeit der Kündigung: In einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung grundsätzlich gültig. Sie kann höchstens Entschädigungsansprüche auslösen. Demgegenüber kann ein öffentlich-rechtlich angestellter Arbeitnehmer geltend machen, die Kündigung sei nichtig, wenn sie ohne Grund erfolgt ist. In diesen Fällen muss der Arbeitgeber dem gekündigten Arbeitnehmer wenn möglich die bisherige oder eine andere zumutbare Arbeitsstelle anbieten.<sup>31</sup>

Ein weiterer Unterschied zwischen einem privatrechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis

ist die Form der Kündigung. Eine Kündigung nach OR kann formfrei erfolgen. Zwar kann die Gegenpartei gemäss Art. 335 Abs. 2 OR eine schriftliche Begründung verlangen, doch wird dadurch die Gültigkeit der Kündigung nicht beeinflusst.<sup>32</sup> Eine Kündigung im öffentlichen Recht hingegen bedarf für die Gültigkeit meist der Schriftform und evtl. zusätzlich noch einer schriftlichen Mahnung.<sup>33</sup> Auch die Verletzung solcher Formvorschriften hat Nichtigkeit zur Folge.<sup>34</sup>

Bezüglich der Kündigungsfristen gelten im Falle eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses die Art. 335c ff. OR. Für Martha Meier ist z.B. Art. 335c OR einschlägig, der eine Kündigungsfrist von 3 Monaten auf Ende eines Monats vorsieht. Dies entspricht i.d.R. dem öffentlichen Recht<sup>35</sup>, wobei aber öffentlich-rechtliche Dienst- und Besoldungsordnungen durchaus auch andere Kündigungsfristen vorsehen können.<sup>36</sup>

## 3. Unterschiede im Kündigungsschutz: Wie ist der Kündigungsschutz in solchen Fällen geregelt?

### a) Übersicht

Der Kündigungsschutz könnte in Martha Meiers Fall aus zwei Gründen eine Rolle spielen. Zum einen steht sie mit ihren 63 Jahren kurz vor der Pensionierung. Eine solche Kündigung könnte schon aus sachlichen Gründen missbräuchlich sein. Zum anderen hat sie ihrem Arbeitgeber ein rückwirkendes Arzzeugnis vorgelegt. Bei Gültigkeit dieses Arzzeugnisses könnte also auch der zeitliche Kündigungsschutz wirksam werden. Es stellt sich die Frage, wie der Kündigungsschutz in solchen Fällen im privatrechtlichen und wie im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis geregelt ist und ob Unterschiede bestehen.

<sup>26</sup> Allerdings gilt dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt, vgl. PÄRLI Kurt, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, in: AJP 2010, S. 715 – 728.

<sup>27</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 624; POLEDNA, Annäherungen, S. 230. Gemäss Art. 335 Abs. 2 OR muss der Kündigende die Kündigung zwar schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt, doch genügt jeder Kündigungsgrund auch ohne besondere Spezifikation.

<sup>28</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 210; POLEDNA, Annäherungen, S. 228. Siehe z.B. für den Bund die Gründe in Art. 12 Abs. 6 BPG, für den Kanton St. Gallen in den Art. 74 ff. Staatsverwaltungsgesetz (hier wird nach der Kategorie des Dienstverhältnisses unterschieden) und für die Stadt Bern im Art. 20 Abs. 1 PRB.

<sup>29</sup> Siehe z.B. für den Bund die Gründe in Art. 12 Abs. 6 BPG, für den Kanton St. Gallen die Art. 77 ff. Staatsverwaltungsgesetz und für die Stadt Bern Art. 20 Abs. 1 PRB.

<sup>30</sup> Vgl. POLEDNA, Annäherungen, S. 220.

<sup>31</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 210; Art. 14 BPG. Die Entschädigung als Rechtsfolge wird aber aufgrund des zerstörten Vertrauensverhältnisses diskutiert. Siehe POLEDNA, Annäherungen, S. 221 (insbesondere Fn. 40) und S. 230 f.

<sup>32</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 590.

<sup>33</sup> Siehe z.B. für den Bund Art. 12 Abs. 6 lit. b und Art. 13 BPG und für die Stadt Bern Art. 20 Abs. 2 und Abs. 5 PRB.

<sup>34</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 210.

<sup>35</sup> Vgl. z.B. für den Kanton St. Gallen Art. 77 (Kündigungsfrist für Beamte) und Art. 81 Staatsverwaltungsgesetz (Kündigungsfrist für Angestellte) und für die Stadt Bern Art. 20 Abs. 5 PRB. Der Bund sieht die dreimonatige Kündigungsfrist bis zum 5. Dienstjahr vor. Für das 6. bis zum 10. Dienstjahr gilt eine Kündigungsfrist von 4 Monaten und ab dem 11. Dienstjahr eine Kündigungsfrist von 6 Monaten (Art. 12 Abs. 3 BPG)

<sup>36</sup> Insbes. für spez. Personalkategorien wie z.B. 6 Monate für Hauptlehrer beim Interkant. Technikum Rapperswil (Art. 4 Abs. 2 der Dienst- und Besoldungsordnung vom 4. Juli 1975):

## b) Sachlicher Kündigungsschutz

## aa) Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

## aaa) Mögliche Missbrauchstatbestände

Der sachliche Kündigungsschutz ist im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis in Art. 336 OR geregelt. Diese Bestimmung nennt mögliche Tatbestände einer missbräuchlichen Kündigung. Es stellt sich die Frage, welcher dieser Gründe für eine Kündigung kurz vor der Pensionierung in Frage kommen könnten.

Evident ist in diesen Fällen zunächst das für einen Arbeitnehmer hohe Alter. Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung dann missbräuchlich, wenn eine Partei sie wegen einer Eigenschaft ausspricht, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Zu den persönlichen Eigenschaften zählt auch das Alter.<sup>37</sup> Allerdings ist dies in casu nicht der einschlägige Missbrauchstatbestand, da die Kündigung ganz offensichtlich nicht aufgrund des Alters von Martha Meier ausgesprochen wurde.

Bei einer Kündigung kurz vor der Pensionierung ist auch an Art. 336 Abs. 1 lit. c OR zu denken. Nach dieser Bestimmung ist eine Kündigung dann missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausschliesslich ausspricht, um die Entstehung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln. Umfasst werden Fälle, in denen der Arbeitgeber eine Kündigung ausspricht, um das Entstehen von Ansprüchen des Arbeitnehmers, die an den Bestand des Arbeitsverhältnisses geknüpft sind (z.B. eine Gratifikation oder Treueprämie), zu vereiteln.<sup>38</sup> Als Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis gelten auch Forderungen aus der Personalvorsorge. Zwar entstehen diese Ansprüche aus dem Vorsorgevertrag und richten sich nicht direkt gegen den Arbeitgeber. Sie sind jedoch eine Folge des Arbeitsverhältnisses, da es keine Personalvorsorge ohne vorbestehendes Arbeitsverhältnis gibt.<sup>39</sup>

Die Kündigung ist dann missbräuchlich, wenn der Anspruch in naher Zukunft entsteht.<sup>40</sup> Zudem muss die Geltendmachung von Ansprüchen des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis in einem Kausalzusammenhang mit der Kündigung stehen.<sup>41</sup> Ob die Vereitelungs-

absicht einziger Grund für die Kündigung sein muss, wie es der Gesetzeswortlaut mit der Formulierung „ausschliesslich“ vermuten lässt, ist strittig.<sup>42</sup>

In casu kann das aber dahingestellt bleiben, da nicht von einer Vereitelung von Ansprüchen ausgegangen werden kann. Zwar steht die Arbeitnehmerin mit 63 Jahren kurz vor der Pensionierung, doch wurde die Kündigung nicht ausgesprochen, um ihre Ansprüche auf die Leistungen der Pensionskasse zu vereiteln, sondern vielmehr aufgrund des immer heftiger werdenden Disputs mit ihrem Vorgesetzten. Eine missbräuchliche Kündigung i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. c OR kommt deshalb nicht in Frage.

Eine Kündigung kurz vor der Pensionierung kann schliesslich auch aus einem anderen Grund nichtig sein, denn die gesetzliche Aufzählung der Tatbestände einer missbräuchlichen Kündigung in Art. 336 OR, ist nicht abschliessend. Es handelt sich hier lediglich um eine Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB).<sup>43</sup> So hat das Bundesgericht in BGE 132 III 115 eine Kündigung als missbräuchlich qualifiziert, weil ein Arbeitnehmer nach 44 Dienstjahren kurz vor der Pensionierung und ohne dass nach einer schonenderen Lösung gesucht worden wäre, entlassen worden ist. Das Bundesgericht sah in dem Verhalten des Arbeitgebers zunächst eine Verletzung der Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR. Diese sei besonders nach einer langen Dienstdauer erhöht.<sup>44</sup> Zudem sei das Gebot schonender Rechtsausübung verletzt worden, da der Arbeitnehmer ohne jegliches Vorgespräch und unter sofortiger Freistellung entlassen worden sei.<sup>45</sup> Schliesslich sei auch ein krasses Missverhältnis der auf dem Spiele stehenden Interessen vorgelegen. Da ein Arbeitnehmer kurz vor der Pensionierung kaum eine neue Anstellung finden dürfte und er mit Einbussen bei den Einkommensersatzleistungen zu rechnen habe, habe er ein eminentes Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages. In diesem Fall konnte der Arbeitgeber dem kein eigenes schützenswertes Interesse gegenüberstellen.<sup>46</sup>

<sup>37</sup> STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 5 zu Art. 336; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 238 f.

<sup>38</sup> STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 7 zu Art. 336; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 241.

<sup>39</sup> STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1993, N 7 zu Art. 336.

<sup>40</sup> VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 242. Nach STREIFF/VON KAENEL lässt sich dem Gesetz keine solche Beschränkung entnehmen. Die zeitliche Nähe wirke sich jedoch auf die Beweisbarkeit aus. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 7 zu Art. 336.

<sup>41</sup> VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 242; BSK OR I-REHBINDER/PORTMANN, N 12 zu Art. 336.

<sup>42</sup> Nach VISCHER muss die Vereitelungsabsicht nicht einziger Kündigungsgrund sein. Dies gehe aus den Materialien zur Gesetzgebung hervor. Mit dem Wort „ausschliesslich“ komme zum Ausdruck, dass in erster Linie besondere vertragliche Leistungen gemeint sind, die ohne Kündigung geschuldet wären. VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 242. Siehe auch BSK OR I-REHBINDER/PORTMANN, N 12 zu Art. 336. A.M. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 7 zu Art. 336.

<sup>43</sup> VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 237.

<sup>44</sup> BGE 132 III 115 S. 120 E. 5.1, 5.4.

<sup>45</sup> BGE 132 III 115 S. 121 E. 5.4.

<sup>46</sup> BGE 132 III 115 S. 122 E. 5.5.

In casu handelt es sich wohl um einen Grenzfall. Einerseits ist die Kündigung ohne Vorwarnung erfolgt, nachdem die Arbeitgeberin die psychiatrische Untersuchung verweigert hat. Es ist also fraglich, ob der Schulratspräsident seine Fürsorgepflicht - die auch hier aufgrund einer langen Dienstdauer erhöht ist - wahrgenommen und das Gebot der schonenden Rechtsausübung beachtet hat. Auf den ersten Blick scheint die Kündigung ohne jede Vorwarnung unverhältnismässig. Im Unterschied zum eben erwähnten Bundesgerichtsentscheid hat der Schulratspräsident allerdings mit Frau Meier das Gespräch gesucht, um den Streit beizulegen. Martha Meier hat sich dem aber widersetzt. Zudem gab es offenbar schon sehr lange Spannungen zwischen der Arbeitnehmerin und ihrem Vorgesetzten. Es scheint, als wäre eine vernünftige Zusammenarbeit kaum mehr möglich gewesen. Schliesslich hat der Arbeitgeber dem Interesse von Martha Meier an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages ein eigenes schützenswertes Interesse entgegenzuhalten, nämlich jenes einer sorgfältigen Erledigung der Sekretariatsarbeiten. Aus diesen Gründen liegt hier keine missbräuchliche Kündigung vor.

#### bbb) Exkurs: Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung

Auch wenn vorliegend nicht von einer missbräuchlichen Kündigung im Sinne des OR ausgegangen wird, soll dennoch deren Konsequenz kurz erläutert werden. Diese liegt - wie bereits erwähnt - nicht in der Ungültigkeit, sondern lediglich in einem Entschädigungsanspruch (Art. 336a Abs. 1 OR). Eine missbräuchliche Kündigung hat im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis nicht Ungültigkeit zur Folge. Das Arbeitsverhältnis wird also nicht fortgesetzt, der Kündigende soll es beenden können.<sup>47</sup>

Gemäss Art. 336a Abs. 2 OR liegt die Bemessung der Entschädigung im richterlichen Ermessen. Das Gesetz schreibt nur eine Höchstgrenze vor. Diese beträgt heute sechs Monatslöhne.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 630; Teilrevision, S. 8, 15.

<sup>48</sup> Der Entwurf zu einer Teilrevision des Arbeitsvertragsrechts schlägt eine Erhöhung des Höchstbetrages der Entschädigung vor. Dieser soll in Zukunft nicht mehr nur sechs, sondern zwölf Monatslöhne betragen (Art. 336a Abs. 2 VE-OR). Eine Erhöhung wird vorgeschlagen, weil die Bandbreite, in denen das Gericht die Entschädigung festlegen muss als zu schmal erachtet wird, um den verschiedenen Funktionen der Entschädigung und allen möglichen Situationen gerecht zu werden. Eine Kündigung kann extrem missbräuchlich sein und für den Arbeitnehmer schwerwiegende Folgen haben, während der Arbeitgeber finanziell kaum betroffen ist. Solche Kündigungen sollen mit hohen Sanktionen belegt werden können, damit die Wirkung der Sanktion weiterhin strafend und abschreckend bleibt. Die Sanktion in diesen Fällen soll sich deutlich von anderen Fällen abheben können, in denen sich der Arbeitgeber nichts zuschulden kommen liess, die Kündigung für den Arbeitnehmer keine gravieren-

Bei der Entschädigung nach Art. 336a OR handelt es sich weder um Schadenersatz, noch Genugtuung oder Lohn, sondern vielmehr um einen Anspruch sui generis, der einerseits pönalen Charakter hat und andererseits die Wiedergutmachung im Sinne einer Konventionalstrafe bewirken soll und damit auch dann geschuldet ist, wenn kein Schaden nachgewiesen werden kann. Andererseits deckt er den gesamten Schaden ab, der durch die missbräuchliche Kündigung entstanden ist. Eine zusätzliche Entschädigung - z.B. für Auslagen für das Auffinden einer neuen Stelle oder Umzugskosten - ist damit ausgeschlossen.<sup>49</sup> Allerdings sind Ansprüche aus anderen Rechtstiteln, wie etwa Genugtuung im Falle einer Persönlichkeitsverletzung ausdrücklich vorbehalten.<sup>50</sup>

Gemäss Art. 336a Abs. 2 OR wird die Entschädigung vom Gericht „unter Würdigung aller Umstände“ festgesetzt. Dabei muss der Doppelfunktion der Entschädigung (Strafe und Wiedergutmachung) Rechnung getragen werden. Zu den Umständen, die das Gericht bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen hat (Art. 4 ZGB), zählen die wirtschaftlichen Folgen der Kündigung, die Schwere des Fehlers des Arbeitgebers, ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers, die Art und Weise, wie gekündigt wurde, die Beeinträchtigung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, die Dauer und Intensität des Arbeitsverhältnisses, das Alter der Betroffenen, die Schwierigkeiten bei der Suche einer neuen Erwerbstätigkeit sowie die finanzielle Lage der Vertragsparteien.<sup>51</sup>

Der Kündigungsschutz ist grundsätzlich paritätisch ausgestaltet. In der Praxis spielt allerdings der Schutz des Arbeitgebers vor Kündigungen des Arbeitnehmers eine untergeordnete Rolle.<sup>52</sup>

Art. 336 OR ist zwingender Natur (Art. 361 Abs. 1 OR). Grundsätzlich ist damit eine vertragliche Abrede auf weitergehenden Schutz ausgeschlossen.<sup>53</sup>

---

den Folgen hat oder der Arbeitgeber finanziell schwächer ist. Bei missbräuchlichen Kündigungen kurz vor der Pensionierung könnte die Sanktion also künftig höher ausfallen. Siehe Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), Erläuternder Bericht und Vorentwurf, September 2010, S. 9, 19, 23 und 41.

<sup>49</sup> Kritisch VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 246.

<sup>50</sup> VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 246.

<sup>51</sup> Siehe die entsprechende Zusammenfassung der gegenwärtigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Teilrevision des Obligationenrechtes, S. 9.

<sup>52</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N. 625.

<sup>53</sup> Teilrevision des Obligationenrechtes, S. 9; Kritisch STREIFF/ULLIN, Arbeitsvertrag, N 10 zu Art. 336a. Der Vorentwurf schlägt vor, die Ausweitung des Kündigungsschutzes vertraglich zuzulassen, wenn das Vereinbarte für beide Parteien gleichermaßen oder nur für den Arbeitnehmer günstiger ist (Art. 336 Abs. 4, 336a Abs. 3, Art. 361 und Art. 362 VE-OR). Das Paritätsprinzip bleibt damit weiterhin erhalten, gleichzeitig wird aber berücksichtigt, dass der Kündigungsschutz in der Praxis haupt-

Wird demnach eine Kündigung kurz vor der Pensionierung als missbräuchlich qualifiziert, so hat dies einen Entschädigungsanspruch der gekündigten Person zur Folge. Bei der Festsetzung der Entschädigungssumme verdienen in diesen Fällen sicherlich die Dauer des Arbeitsverhältnisses, das Alter der gekündigten Person und die Schwierigkeiten bei der Suche einer neuen Erwerbstätigkeit besondere Beachtung.

bb) Unterschied des öffentlich-rechtlichen zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen die Parteien „auf gleicher Stufe“<sup>54</sup>, weshalb auch der Grundsatz der Kündigungsfreiheit unproblematisch ist. Der Kündigende soll die Möglichkeit haben, den Arbeitsvertrag aufzuheben. Diese Freiheit soll nur dann beschränkt werden, wenn der Beweggrund für die Kündigung oder die Art und Weise wie sie vorgenommen wird, missbräuchlich ist. Die Beschränkung erfolgt gestützt auf den allgemeinen Grundsatz des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB), welcher durch die Auflistung der Missbrauchstatbestände für die speziellen Situationen im Arbeitsrecht in Art. 336 OR konkretisiert wurde. Die Freiheit ohne Grund kündigen zu können bleibt aber die Regel. Zudem ist auch im Falle einer missbräuchlichen Kündigung kein Bestandesschutz vorgesehen. Das Arbeitsverhältnis wird also auch bei Vorliegen von Missbrauch aufgelöst.<sup>55</sup>

Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit hingegen nicht, da der Staat hier als Hoheitsträger handelt. Die meisten Dienstordnungen ermöglichen eine Kündigung nur bei Vorliegen genau festgelegter Gründe.<sup>56</sup> Aus diesem Grund bedarf es hier auch keiner Missbrauchstatbestände. Dass ein öffentlich-rechtlich angestellter Arbeitnehmer z.B. nicht aufgrund des Alters entlassen werden darf, ergibt sich schon daraus, dass eine Kündigung eben nur aufgrund der im Gesetz vorgesehenen Gründe erfolgen darf und dass diese Gründe an die BV gebunden sind. Deshalb ist kaum ein Fall denkbar, in dem der sachliche Kündigungsschutz bei Vorliegen eines Grundes sinnvoll wäre.

Dennoch verweisen einige Dienstordnungen auf die Bestimmungen des Kündigungsschutzes im OR. So muss gemäss Art. 14 Abs. 3 lit. a BPG der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die bisherige oder - wenn dies nicht möglich ist - eine andere zumutbare Arbeit anbieten,

wenn die Kündigung im Sinne von Art. 336 OR missbräuchlich ist.

Der entscheidende Unterschied liegt eben vielmehr in der Gültigkeit der Kündigung. Im Gegensatz zu einer missbräuchlichen Kündigung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist im Falle einer grundlosen Kündigung im öffentlichen Recht Nichtigkeit die Folge.<sup>57</sup>

#### b) Zeitlicher Kündigungsschutz

Der zeitliche Kündigungsschutz bereitet bezüglich der Unterscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung weitaus weniger Probleme.

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist der zeitliche Kündigungsschutz in Art. 336c OR geregelt. Diese Bestimmung sieht gewisse Sperrfristen vor, in denen nicht gekündigt werden darf. Anders als beim sachlichen Kündigungsschutz führt die Nichteinhaltung dieser Sperrzeiten zur Nichtigkeit der Kündigung (Art. 336c Abs. 2 OR). Ist das Arzzeugnis der Martha Meier zulässig, so kommt Art. 336 Abs. 1 lit. b OR zu tragen. Demnach wäre die Kündigung im vorliegenden Fall nichtig.

Dies entspricht der Situation bei den öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen. Auch hier ist ein zeitlicher Kündigungsschutz vorgesehen, indem die Dienstordnung z.B. auf Art. 336c OR verweist oder entsprechende Sperrfristen vorsieht.<sup>58</sup>

Kann Martha Meier also ihre Krankheit beweisen, spielt es keine Rolle, ob sie privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich angestellt ist. Die Kündigung wäre hier in beiden Fällen nichtig.

#### c) Konsequenzen der Unterschiede für Martha Meier

In Martha Meiers Fall ist die Kündigung sowohl nach den Regeln des OR wie auch nach den Grundsätzen einer Kündigung im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zulässig, da im vorliegenden Fall kein Missbrauchstatbestand gemäss Art. 336 OR vorliegt und der Arbeitgeber einen sachlichen Kündigungsgrund vorbringen könnte.<sup>59</sup>

Zu beachten ist aber, dass die Schulgemeinde Martha Meier auch bei Vorliegen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses nicht ohne das Vorbringen eines sachlichen Grundes entlassen könnte, weil sie nach der

sächlich dem Arbeitnehmer dient. Siehe Teilrevision des Obligationenrechtes, S. 9, 22, 41.

<sup>54</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 201.

<sup>55</sup> Vgl. Teilrevision des Obligationenrechtes, S. 7; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 237. Zum speziellen Fall des Staates als privatrechtlicher Arbeitgeber siehe sogleich unten III 3 c.

<sup>56</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 210.

<sup>57</sup> Siehe oben III 2.

<sup>58</sup> So verweist das BPG in Art. 14 Abs. 1 lit. c BPG auf die Sperrfristen in Art. 336c OR. Art 65 der Verordnung über den Staatsdienst des Kanton St. Gallen sieht vor, dass während Krankheit oder Unfall das Dienstverhältnis erst nach Ablauf des Besoldungsanspruchs gekündigt werden darf. Im PRB wurde mit Art. 21 mehrheitlich Art. 336c OR übernommen (hier sind einzig längere Sperrfristen bei Krankheit oder Unfall vorgesehen).

<sup>59</sup> Etwa Ungenügen von Leistung der Verhalten (Art. 20 Abs. 2 PRB).



h.L. und Rechtsprechung an die Grundrechte gebunden ist. Wird die Grundrechtsbindung des Staates als privatrechtlicher Arbeitgeber bejaht, ist eine grundlose aber in den Grenzen von Art. 336 OR erfolgte Kündigung also nichtig.

Kann Martha Meier ein gültiges Arzzeugnis vorweisen, ergibt sich für sie aus der Art der Anstellung kein Unterschied. In beiden Fällen wäre die Kündigung während der Sperrfrist erfolgt und damit nichtig.

#### 4. Unterschiede bei vertrauensärztlicher Untersuchung: Darf ein Arbeitgeber eine vertrauensärztliche Untersuchung verlangen und welche Bedeutung hat ein solcher Untersuch?

##### a) Vertrauensärztliche Untersuchung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

Will der Arbeitnehmer aus seiner Arbeitsunfähigkeit Rechte wie die Lohnfortzahlungsfrist oder die Kündigungsfrist geltend machen, so hat er Krankheit oder Unfall zu beweisen. Dies geschieht in der Praxis oft mithilfe eines Arzzeugnisses.<sup>60</sup>

Zweifelt der Arbeitgeber berechtigterweise an der Richtigkeit eines solchen Arzzeugnisses, so kann er vom Arbeitnehmer verlangen, sich von einem vom Arbeitgeber bezahlten und bezeichneten Vertrauensarzt untersuchen zu lassen.<sup>61</sup> Eine solche Anordnung kann als Weisung im Sinne von Art. 321d OR qualifiziert werden.<sup>62</sup> Diese ist nicht grundsätzlich rechtswidrig, da sie nicht als Persönlichkeitsverletzung qualifiziert wird.<sup>63</sup> Die Begutachtung durch den Vertrauensarzt ist also ein zulässiges Mittel zur Überprüfung der behaupteten Arbeitsunfähigkeit.<sup>64</sup> Sie kann zur Erschütterung des Beweises der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers führen.<sup>65</sup>

Die Wahl des Vertrauensarztes obliegt dem Arbeitgeber. Zwar gilt in der Schweiz der Grundsatz der freien Arztwahl, doch steht in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten diesem Recht des Arbeitnehmers das Recht des Arbeitgebers auf Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit gegenüber. Die Gerichtspraxis schützt in Abwägung beider Interessen regelmässig den Anspruch des Arbeitgebers, da im Falle der Arztwahl durch den Arbeitnehmer die

Objektivität in Frage gestellt und der Zweck der vertrauensärztlichen Untersuchung vereitelt würde.<sup>66</sup>

Zu beachten ist, dass der Arzt auch im Falle einer vertrauensärztlichen Untersuchung nicht von der Schweigepflicht befreit ist. Er darf dem Arbeitgeber weder Befund noch Diagnose bekannt geben und muss die Erkenntnisse der ärztlichen Untersuchung geheim halten. Es dürfen einzig diejenigen Angaben verlangt werden, welche einen Einfluss auf die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten haben, d.h. Tatsache, Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit sowie Antwort auf die Frage, ob es sich um eine Krankheit oder einen Unfall handelt.<sup>67</sup>

In der Literatur ist umstritten, ob sich diese Pflicht zur Unterzeichnung einer ärztlichen Untersuchung unmittelbar aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a Abs. 1 OR ergibt, oder ob es einer besonderen Vereinbarung im Vertrag bedarf.<sup>68</sup> Das Bundesgericht hat die Frage bisher offengelassen.<sup>69</sup>

Die wohl h.L. geht aber davon aus, dass der Arbeitgeber eine vertrauensärztliche Untersuchung auch dann verlangen darf, wenn dies im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich geregelt ist, sofern er aufgrund objektiver Anhaltspunkte an der Richtigkeit des Arzzeugnisses zweifelt.<sup>70</sup>

In Frau Meiers Fall kommt noch eine weitere Schwierigkeit hinzu. Hier ist problematisch, dass die Arbeitnehmerin nicht vorgängig aufgefordert wurde, ein Arzzeugnis vorzulegen, soll doch die vertrauensärztliche Untersuchung - sofern sie nicht im Arbeitsvertrag vorgesehen ist - nur bei berechtigtem Zweifel an der Richtigkeit des Arzzeugnisses verlangt werden.<sup>71</sup> Allerdings ist hier zu beachten, dass das Vorlegen eines Arzzeugnisses nur Ordnungsvorschrift ist. Die Arbeitsunfähigkeit kann vom Arbeitnehmer auch auf andere Weise bewiesen werden.<sup>72</sup> Frau Meier aber war vor ihrer Kündigung offensichtlich nicht gewillt, ihre Arbeitsunfähigkeit mithilfe eines Arzzeugnisses oder anderweitig zu beweisen. Sie hat vielmehr sofort Mobbing und systematische Zurücksetzung geltend gemacht. Bei solchem Verhalten des Arbeitnehmers darf wohl davon ausgegangen werden, dass die vertrauensärztliche Untersuchung umgehend verlangt werden darf.

<sup>60</sup> MÜLLER, Arzzeugnisse, S. 169; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 12 zu Art. 324a/b; unten III 6.

<sup>61</sup> MÜLLER, Arzzeugnisse, S. 170; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 12 zu Art. 324a/b.

<sup>62</sup> Vgl. MÜLLER, Arzzeugnisse, S. 170 f.

<sup>63</sup> BGE 125 III 70 E. 3c S. 76.

<sup>64</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 434.

<sup>65</sup> Einem Arzzeugnis kommt kein absoluter Beweiswert zu. Es steht dem Arbeitgeber frei, den Beweis mit eigenen Beweisen zu erschüttern. MÜLLER, Arzzeugnisse, S. 169.

<sup>66</sup> MÜLLER, Arzzeugnisse, S. 171. Für die Anordnung einer psychiatrischen Begutachtung siehe sogleich III 5.

<sup>67</sup> MÜLLER, Arzzeugnisse, S. 171.

<sup>68</sup> VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 128, Fn. 32.

<sup>69</sup> Vgl. BGE 125 III 70 E. 3c S. 76.

<sup>70</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 19 zu Art. 324a; BSK OR I-REHBINDER/PORTMANN, N 3 zu Art. 324a; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 434. MÜLLER, Arzzeugnisse, S. 170 mit Hinweis auf CA GE, in: JAR 1982, S. 113; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 12 zu Art. 324a/b; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 128, Fn. 32.

<sup>71</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N

<sup>72</sup> MÜLLER, Arzzeugnisse, S. 169.

Weigert sich die Arbeitnehmerin also in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, sich vertrauensärztlich untersuchen zu lassen, so liegt eine Beweisvereitelung vor. Sie trägt somit die Folgen der Beweislosigkeit gemäss Art. 8 ZGB.<sup>73</sup> Zudem kann die Weigerung als Verstoß gegen die Weisungspflicht gemäss Art. 321d Abs. 2 OR verstanden werden.<sup>74</sup> Aufgrund der Kündigungsfreiheit wäre die Kündigung auch ohne vorgängige Verwarnung grundsätzlich gültig.<sup>75</sup>

#### b) Vertrauensärztliche Untersuchung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis

Auch im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis sind vertrauensärztliche Untersuchungen zum Beweis der Arbeitsunfähigkeit gängige Praxis.<sup>76</sup> Die Grundsätze sind dabei dieselben wie im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Auch hier ergibt sich aus der Natur der Sache, dass der Vertrauensarzt vom Arbeitgeber bestimmt werden muss. Zudem hat der Arzt selbstverständlich auch dann die Schweigepflicht zu wahren, wenn er von einem staatlichen Arbeitgeber beauftragt wird. Er darf dem Arbeitgeber also auch hier nur die für die Arbeitsunfähigkeit entscheidenden Informationen geben.<sup>77</sup>

In einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis ist immer auch an die Grundrechte zu denken.<sup>78</sup> Die Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung tangiert den Schutzbereich der Rechts auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) in ihren Teilgehalten Bewegungsfreiheit, physische Integrität und psychische Integrität. Es müsste also noch eine eingehende Prüfung der Einschränkung von Freiheitsrechten (Art. 36 BV) vorgenommen werden. Der Eingriff sollte allerdings rechtmässig sein, da viele Dienstordnungen die vertrauensärztliche Untersuchung explizit vorsehen und somit eine gesetzliche Grundlage vorliegt<sup>79</sup>, die Anordnung im

Sinne einer funktionierenden Verwaltung im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig scheint.<sup>80</sup>

Weigert sich ein Angestellter im öffentlichen Dienst sich einer rechtmässig angeordneten vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, kann dies zu Kürzung oder Sistierung des Besoldungsanspruchs führen.<sup>81</sup> Hier wäre die Kündigung ohne vorherige Verwarnung unverhältnismässig und hätte damit die Ungültigkeit zur Folge. Der Schulratspräsident müsste Martha Meier also zunächst deswegen verwarnen und ihr die Kündigung androhen.

Wird schliesslich davon ausgegangen, dass der Staat auch dann an die Grundsätze des öffentlichen Rechts gebunden ist, wenn er als Privater auftritt, wäre der Grundsatz des Verhältnismässigkeitsprinzips auch bei Vorliegen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses zu beachten. Die Kündigung müsste dann konsequenterweise auch hier zunächst angedroht werden. Diesfalls könnte Frau Meier also in beiden Fällen Nichtigkeit geltend machen.

#### 5. Unterschiede im Persönlichkeitsschutz: Bestehen erhöhte Anforderungen bei der Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung durch einen Psychiater?

Wie oben beschrieben obliegt es dem Arbeitgeber den Arzt zu wählen, der die vertrauensärztliche Untersuchung durchführen wird. Der Schulratspräsident hat Martha Meier aufgefordert, einen Psychiater aufzusuchen. Es stellt sich die Frage, ob diese Anordnung die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmerin verletzt und damit unzulässig ist.

Nach BGE 125 II 70 sieht das Bundesgericht in der Weisung des Arbeitgebers zur Untersuchung durch einen Psychiater keine Persönlichkeitsverletzung.<sup>82</sup> Die Klage der entlassenen Arbeitgeberin wurde abgewiesen:

*„(...) ohne besondere Umstände [wird] das berufliche, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Ansehen einer Person durch die Tatsache einer psychiatrischen Abklärung so wenig wie durch eine psychische Erkrankung beeinträchtigt (...). Es dürfte heute allgemein bekannt sein, dass seelische Erkrankungen ebenso unverschuldet sind wie körperliche (...). Die Tatsache allein, dass eine Person psychiatrischer Hilfe bedarf, setzt sie daher in ihrem Ansehen als Person nicht herab.“<sup>83</sup>*

<sup>73</sup> MÜLLER, *Arztzeugnisse*, S. 171.

<sup>74</sup> Vgl. MÜLLER, *Arztzeugnisse*, S. 170 f. Für die Folgen einer solchen Verweigerung siehe III 5.

<sup>75</sup> Zu beachten ist aber das Gebot von Treu und Glauben.

<sup>76</sup> Siehe HÄNNI, *Das öffentliche Dienstrecht*, S. 251, 564, 741.

<sup>77</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.206/2006 vom 24.1.2007, E. 3.3.

<sup>78</sup> Wird davon ausgegangen, dass der Staat auch dann an die Grundrechte gebunden ist, wenn er als Privater auftritt gilt dies auch im Falle eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses zwischen Bürger und Staat. Siehe oben III 1.

<sup>79</sup> Siehe z.B. für die Stadt Bern Art. 65 PRB, Art. 89 PVO und Art. 141 PVO oder für den Bund Art. 56 Abs. 4 BPV. Doch selbst wenn die entsprechende Dienstordnung die vertrauensärztliche Untersuchung nicht ausdrücklich vorsieht, sollte deren Anordnung möglich sein, da sich eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitnehmers auch bei einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis aus der Treuepflicht ergibt. Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 22 N 1.

<sup>80</sup> Vgl. für die schulärztliche Untersuchung MÜLLER Markus, *Obligatorische schulärztliche Untersuchung als Grundrechtsfrage*, in: BVR 1993, S. 266 ff.

<sup>81</sup> Vgl. HÄNNI, *Das öffentliche Dienstrecht*, S. 251; Urteil des Bundesgerichts 2P.206/2006 vom 24.1.2007.

<sup>82</sup> BGE 125 III 70 E. 3c S. 76 f.

<sup>83</sup> BGE 125 III 70 E. 3c S. 77.

Es spielt also keine Rolle, ob die ärztliche Untersuchung von einem Psychiater vorgenommen werden soll. Martha Meier hat der Anordnung des Schulratspräsidenten damit an sich weder in einem privatrechtlichen noch in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis etwas entgegenzuhalten. Für die Konsequenzen ihrer Weigerung kann sowohl für den Fall einer privatrechtlichen wie auch einer öffentlich-rechtlichen Anstellung auf das bereits Gesagte verwiesen werden.<sup>84</sup>

## 6. Unterschiede beim Arztzeugnis: Kann ein Arzt ein Arztzeugnis rückwirkend ausstellen und wie ist die teilweise Arbeitsunfähigkeit bei einem Teilzeitmitarbeiter zu verstehen?

### a) Allgemeines zum Arztzeugnis im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gilt für die Arbeitsunfähigkeit die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB. Der Arbeitnehmer hat also die Arbeitsunfähigkeit zu beweisen, wenn er daraus Rechte wie Lohnfortzahlungspflicht (Art. 324a OR und 324b OR) oder Kündigungsnichtigkeit (Art. 336c OR) geltend machen will.<sup>85</sup> Der Beweis wird in der Praxis oft mithilfe eines Arztzeugnisses erbracht. Der Arbeitgeber hat das Recht, ab dem ersten Tag der Arbeitsverhinderung ein Arztzeugnis zu verlangen, auch wenn der Arbeitsvertrag dies nicht ausdrücklich vorsieht.<sup>86</sup> Eine Pflicht zur unaufgeforderten Beibringung eines Arztzeugnisses besteht hingegen nur dann, wenn dies ausdrücklich im Arbeitsvertrag vereinbart worden ist.<sup>87</sup>

In vielen Arbeitsverträgen ist das Vorlegen eines Arztzeugnisses vorgesehen, wenn die Arbeitsverhinderung aus gesundheitlichen Gründen mehr als zwei, drei oder vier Tage dauert.<sup>88</sup> Zu beachten ist aber, dass das Beibringen eines Arztzeugnisses bloss Ordnungsvorschrift und nicht Voraussetzung der Lohnfortzahlungsvorschrift ist. Die Arbeitsunfähigkeit kann also auch anderweitig bewiesen werden.<sup>89</sup>

### b) Allgemeines zum Arztzeugnis im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis

Auch im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis ist das Vorlegen eines Arztzeugnisses im Falle der Arbeitsunfähigkeit gängige Praxis und in den entsprechenden Dienstordnungen vorgesehen.<sup>90</sup> Die Ausgestaltung ist dabei unterschiedlich. So kann die Beibringung eines Arztzeugnisses als Recht des Arbeitgebers ausgestaltet sein, nach Ablauf von einigen Tagen Krankheitsabwesenheit ein Arztzeugnis verlangen zu dürfen.<sup>91</sup> Es ist auch möglich eine Pflicht des Arbeitnehmers vorzusehen, nach Ablauf einiger Tage mit Arbeitsverhinderung unaufgefordert ein Arztzeugnis vorzulegen.<sup>92</sup>

Zu beachten ist, dass das Arztzeugnis im öffentlichen Dienstrecht im Unterschied zu jenem im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis als Voraussetzung für die Lohnfortzahlungspflicht ausgestaltet sein kann.<sup>93</sup> Ansonsten sind aber keine entscheidenden Unterschiede ersichtlich. Insbesondere entspricht die privatrechtliche Praxis zur Lösung gewisser Probleme, die sich im Zusammenhang mit Arztzeugnissen ergeben können jener des öffentlichen Rechts. Auch in der Literatur wird regelmässig auf das andere Rechtsgebiet verwiesen, weswegen die Fragen nach der Zulässigkeit eines rückwirkenden Arztzeugnisses und nach der teilweisen Arbeitsunfähigkeit bei einem Teilzeitmitarbeiter im Folgenden für beide Anstellungsverhältnisse gemeinsam aufgezeigt werden können.

### c) Zulässigkeit des rückwirkenden Arztzeugnisses

Ein rückwirkend ausgestelltes Arztzeugnis ist zwar nicht von vornherein ungültig, aber höchst problematisch, da ein Arzt im Nachhinein natürlich nur mit eingeschränkter Sicherheit beurteilen kann, ob die behauptete Arbeitsunfähigkeit tatsächlich vorgelegen hat.<sup>94</sup> Einem rückwirkenden Arztzeugnis kann also u.U. eine eingeschränkte Beweisfunktion zukommen.<sup>95</sup> Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn weitere Umstände vorliegen, welche für sich alleine schon die behauptete Arbeitsunfähigkeit fraglich erscheinen lassen.<sup>96</sup>

<sup>84</sup> Siehe oben III 4.

<sup>85</sup> MÜLLER, Arztzeugnisse, S. 169.

<sup>86</sup> MÜLLER, Arztzeugnis, S. 169; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 12 zu Art. 324a/b.

<sup>87</sup> MÜLLER, Arztzeugnis, S. 169.

<sup>88</sup> STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 12 zu Art. 324a/b.

<sup>89</sup> STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 12 zu Art. 324a/b mit Hinweis auf ZivG GL, in JAR 1985, S. 154 und Oger SO, in JAR 1982, S. 112.

<sup>90</sup> Siehe z.B. für Bundesangestellte Art. 56 Abs. 4 BPV, für den Kanton St. Gallen Art. 46 VO über den Staatsdienst und für die Stadt Bern Art. 88 PVO.

<sup>91</sup> So etwa im Kanton St. Gallen in Art. 46 VO über den Staatsdienst.

<sup>92</sup> So etwa für die Angestellten der Stadt Bern in Art. 88 PVO.

<sup>93</sup> Vgl. z.B. für Bundesangestellte Art. 56 Abs. 4 BPV.

<sup>94</sup> BVGE A-6509/2010 vom 22. März 2011 E. 10.2 S. 14; MÜLLER, Arztzeugnisse, S. 172.

<sup>95</sup> Vgl. BVGE A-6509/2010 vom 22. März 2011 E. 10.2 S. 14.

<sup>96</sup> MÜLLER, Arztzeugnisse, S. 172.

Deshalb ist wichtig, dass auch bei der Erstellung eines rückwirkenden Arztzeugnisses eine umfassende Untersuchung des Patienten erfolgt, die sich nicht nur auf den Gesamteindruck des Patienten bzw. auf dessen Schilderung stützt. Die Rückwirkungsdauer sollte zudem nicht zu lange sein<sup>97</sup> und ein Arbeitgeber darf darauf bestehen, dass ein rückwirkendes Arztzeugnis als Mindestangaben das Datum des Beginns der Arbeitsunfähigkeit, der Ausstellung und der ersten Behandlung enthält.<sup>98</sup>

Im vorliegenden Fall könnte die Rückwirkungsdauer von 10 Tagen zwar noch als adäquat betrachtet werden, doch ist bedenklich, dass Frau Meier ihren Hausarzt erst am Tag nach Erhalt des Kündigungsschreibens konsultiert hat. Schon dieser Umstand allein vermag die Arbeitsunfähigkeit in Frage zu stellen. Zudem scheint keine eingehende Untersuchung durch den Hausarzt vorgenommen worden zu sein. Gerade bei einem medizinisch so weitläufigen Gebiet wie Schmerz-, Schlaf- und psychische Störungen bedarf es wohl einer umfassenderen Abklärung. Hier scheint es aber, als hätte der Hausarzt lediglich die von Martha Meier geäusserte Behauptung bestätigt. Solche Arztzeugnisse sind grundsätzlich nicht beweisbildend und werden als sog. Gefälligkeitszeugnisse bezeichnet.<sup>99</sup> Die Situation wäre wohl anders zu werten, wenn Frau Meier aufgrund ihrer Schmerzen, Spannungen und Schlaflosigkeit schon in der Vergangenheit wiederholt ihren Hausarzt aufgesucht hat und dieser dem rückwirkenden Arztzeugnis somit eine längere Krankheitsgeschichte zugrunde legen kann.<sup>100</sup>

Ist das rückwirkende entgegen Arztzeugnis entgegen dem eben aufgeführten beweiskräftig, kommt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis die Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR zur Anwendung. Die Kündigung wäre demnach während der Sperrfrist erfolgt und damit gemäss Art. 336c Abs. 2 OR nichtig. In diesem Fall müsste der Schulratspräsident Martha Meier nach Ablauf von (höchstens) 180 Tagen erneut die Kündigung aussprechen.<sup>101</sup> Da die Sperrfristen im öffentlichen Dienstrecht jenen im Privatrecht entsprechen<sup>102</sup>, wäre die Kündigung auch bei Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses nichtig. Auch hier könnte der Schulratspräsident nach Ablauf der vorgesehenen Frist - und natürlich nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes - erneut die Kündigung aussprechen.

#### d) Teilweise Arbeitsunfähigkeit bei einem Teilzeitmitarbeiter

Im Falle einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit eines Teilzeitmitarbeiters stellt sich die Frage, ob sich die entsprechende Prozentangabe der Arbeitsunfähigkeit im Arztzeugnis auf ein Vollpensum oder auf die entsprechende Teilzeitanstellung bezieht.

Enthält das Zeugnis keine weiteren Angaben, ist zunächst davon auszugehen, dass sich die Prozentangabe auf den Anstellungsgrad bezieht. Die tägliche Arbeitszeit wird also um den angegebenen Prozentsatz verkleinert.<sup>103</sup> Im vorliegenden Fall müsste die Arbeitnehmerin bei 50%iger Arbeitsunfähigkeit und einem Anstellungsgrad von 60% also noch ein Pensum von 30% erfüllen. Dies entspricht 12 Stunden pro Woche.

Allerdings handelt es sich hierbei nicht um eine klare Regel. Was angemessen ist und was nicht richtet sich schliesslich auch nach der jeweiligen Krankheit oder gesundheitlichen Störung. Um Unklarheiten zu vermeiden, sollte das Arztzeugnis deshalb jeweils genau umschreiben, wie die Arbeitsunfähigkeit zu verstehen ist, insbesondere ob sie sich auf die Arbeitszeit oder Arbeitsleistung bezieht und welche Arbeiten davon betroffen sind.<sup>104</sup>

Enthält das Arztzeugnis diesbezüglich keine klaren Angaben, kann der Arbeitgeber die nötigen Angaben beim attestierenden Arzt einholen. Der Arzt hat in diesen Fällen also zu präzisieren, wie die teilweise Arbeitsunfähigkeit zu verstehen ist.<sup>105</sup>

Diese Auskunft hat aber innerhalb der Schranken der ärztlichen Schweigepflicht zu erfolgen. Die strafrechtlich relevante Schweigepflicht gemäss Art. 321 StGB gilt grundsätzlich auch gegenüber dem Arbeitgeber. Der Arzt darf daher nur Angaben machen, welche mit der in Frage stehenden Arbeitsunfähigkeit von Bedeutung sind, wie etwa Tatsache, Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit. Die Diagnose darf nicht bekannt gegeben werden. Gibt der Arzt weitergehend Auskunft, ohne dass er von der Schweigepflicht befreit worden ist, setzt er sich dem Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung aus.<sup>106</sup>

<sup>97</sup> Nach Empfehlungen der Ärztesgesellschaft Zürich nicht länger als eine Woche. MÜLLER, Arztzeugnisse, S. 172.

<sup>98</sup> MÜLLER, Arztzeugnisse, S. 172.

<sup>99</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 12 zu Art. 324a/b; HÄNNI, Das öffentliche Dienstrecht, S. 557.

<sup>100</sup> Vgl. BVGE A-6509/2010 vom 22 März 2011 E. 10.2 S. 14.

<sup>101</sup> VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 250, 252.

<sup>102</sup> Siehe oben III 2.

<sup>103</sup> MÜLLER, Arztzeugnisse, S. 174.

<sup>104</sup> MÜLLER, Arztzeugnisse, S. 168, 174.

<sup>105</sup> Vgl. MÜLLER, Arztzeugnisse, S. 174.

<sup>106</sup> MÜLLER, Arztzeugnisse, S. 170; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 12 zu Art. 324a/b.

## 7. Unterschiede beim Arbeitszeugnis: Wie wirkt sich die Art der Anstellung auf das Arbeitszeugnis aus?

### a) Arbeitszeugnis im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis kann der Arbeitnehmer gemäss Art. 330a Abs. 1 OR jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen ausspricht (sog. Vollzeugnis). Gemäss Abs. 2 der Bestimmung kann der Arbeitnehmer auch ein Zeugnis verlangen, das sich auf Angaben über die Art und Dauer beschränkt (sog. Teilzeugnis oder Arbeitsbestätigung). Das Zeugnis kann „jederzeit“ verlangt werden, d.h. sowohl während dem Arbeitsverhältnis (sog. Zwischenzeugnis), wie auch nach dessen Beendigung (sog. Schlusszeugnis). Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses verjährt nach Art. 127 OR mit Ablauf von zehn Jahren.<sup>107</sup>

Das Arbeitszeugnis muss wahr, vollständig und schonend sein. Wahr meint nicht die Wiedergabe der subjektiven Meinung des Arbeitgebers, sondern der Tatsachen. Für ein falsches Zeugnis ist der Arbeitgeber haftbar.<sup>108</sup>

### b) Arbeitszeugnis im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis

Die Frage nach dem Arbeitszeugnis ist in den verschiedenen Dienstordnungen unterschiedlich geregelt. Es finden sich folgende drei Varianten:

1. Der öffentlich-rechtliche Erlass enthält eine eigene Zeugnisregelung. Dies ist heute bei sehr vielen Personalerlassen der Fall.<sup>109</sup> Diese Bestimmungen sind inhaltlich weitgehend deckungsgleich mit der Zeugnisregelung im OR.<sup>110</sup>
2. In manchen Erlassen wird das OR für anwendbar erklärt. So enthält etwa das BPG keine Zeugnisregelung, doch ist aufgrund des allgemeinen Verweises in Art. 6 Abs. 2 BPG auf das OR im Falle des Fehlens einer Regelung für Bundesangestellte Art. 330a OR einschlägig.
3. Schliesslich findet sich in einigen (wenigen) älteren Personalgesetzen weder eine Zeugnisregelung

noch ein Verweis auf das OR.<sup>111</sup> Allerdings hat das Schweigen des Gesetzgebers keine Auswirkungen, denn die Praxis geht davon aus, dass auf ein Arbeitszeugnis auch dann ein Anspruch besteht, wenn das öffentliche Recht einen solchen Anspruch nicht explizit festhält.<sup>112</sup> Äussert sich ein personalrechtlicher Erlass nicht zum Arbeitszeugnis, wird eine echte Lücke angenommen, die durch eine analoge Anwendung von Art. 330a OR gefüllt wird.<sup>113</sup>

Es ist damit festzuhalten, dass der Anspruch auf Zeugnisausstellung auch im öffentlichen Recht besteht.

Die Arten von Zeugnissen entsprechen jenen des Privatrechts. So gibt es auch im öffentlichen Dienst Arbeitszeugnisse i.S. von Vollzeugnissen, Arbeitsbestätigungen, Zwischenzeugnissen und Schlusszeugnissen.<sup>114</sup> Zudem ist auch hier grundsätzlich die Ausstellung eines Vollzeugnisses vorgesehen.

Bezüglich der Form, des Aufbaus und des Inhalts der Arbeitszeugnisse kann ebenfalls gänzlich auf die gängige Praxis im Privatrecht verwiesen werden.<sup>115</sup>

Auch die Grundsätze der Zeugnisausstellung und deren Handhabung entsprechen grundsätzlich jenen des Privatrechts. So hat das Zeugnis wahrheitsgetreu, vollständig und schonend zu sein.<sup>116</sup> Speziell zu beachten sind in den meisten öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen allerdings zusätzlich die Gebote der Voraussehbarkeit und der Spezifität, wonach negative Eigenschaften nur soweit aufgenommen werden dürfen, als sie mit dem Arbeitnehmer vorbesprochen wurden und – etwa mittels Leistungsbeurteilungen und Qualifikationsgesprächen – belegt werden können.<sup>117</sup>

Ein entscheidender Unterschied findet sich hinsichtlich der Fälligkeit des Anspruchs auf ein Zeugnis. Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis wird der Anspruch auf ein Zwischenzeugnis fällig, sobald der Arbeitnehmer das Zeugnis vom Arbeitgeber verlangt. Der Anspruch auf das Schlusszeugnis wird mit dem Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig.<sup>118</sup>

<sup>107</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 695.

<sup>108</sup> GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 696; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, S. 177.

<sup>109</sup> POLEDNA, Arbeitszeugnis, S. 170. Siehe Art. 44 des Personalgesetzes Graubünden, §17 des Personalgesetzes Aargau, Art. 50 des Personalgesetzes Bern, §60 der regierungsrätlichen Verordnung über die Rechtsstellung des Staatspersonals Thurgau; §49 des Personalgesetzes Luzern; Art. 57 des Personalgesetzes Appenzell Ausserrhoden, §29 der Personal- und Besoldungsverordnung Schwyz; Art. 54 PRB.

<sup>110</sup> Allenfalls sind sie aber im Gegensatz zum Art. 330a OR geschlechtsneutral formuliert. POLEDNA, Arbeitszeugnis, S. 170. Siehe z.B. Art. 54 PRB.

<sup>111</sup> Z.B. enthält die derzeit noch geltende Verordnung über den Staatsdienst vom 5. März 1996 des Kantons St. Gallen nur teils Verweise auf das OR, nicht jedoch hinsichtlich des Arbeitszeugnisses. Auch im neu in Kraft tretenden Personalgesetz findet sich keine ausdrückliche Regelung des Zeugnisanpruchs, es ist aber in Art. 8 ein genereller Verweis auf das OR enthalten.

<sup>112</sup> POLEDNA, Arbeitszeugnis, S. 170 mit Hinweis auf VBP 63.65.

<sup>113</sup> POLEDNA, Arbeitszeugnis, S. 170 mit Hinweis auf VBP 63.65 und Urteil des Bundesgerichts 1P.169/2000 vom 31. August 2000, sowie VPB 60.76 und 48.33.

<sup>114</sup> POLEDNA, Arbeitszeugnis, S. 172.

<sup>115</sup> Ausführlich POLEDNA, Arbeitszeugnisse, S. 176 ff.

<sup>116</sup> Ausführlich POLEDNA, Arbeitszeugnis, S. 172 ff.

<sup>117</sup> Vgl. POLEDNA, Arbeitszeugnis, S. 173.

<sup>118</sup> BK-REHBINDER/STOCKLI, N 15 zu Art. 330a.

Einige Gemeinwesen gehen aber über diese Minimalvariante hinaus und sehen einen Anspruch auf ein Zwischenzeugnis auch ohne Ersuchen des Arbeitnehmers vor.<sup>119</sup> Der Anspruch auf Ausstellung eines Zwischenzeugnisses kann sogar dann unaufgefordert entstehen, wenn dies nicht explizit erwähnt ist, das Personalgesetz den Arbeitnehmern aber einen Anspruch auf regelmäßige Beurteilung von Leistung und Verhalten zugestanden wird, denn darin muss die Verpflichtung zur unaufgeforderten Ausstellung von periodischen Zwischenzeugnissen gesehen werden.<sup>120</sup> Selbst wo eine explizite Regelung fehlt, kann eine entsprechende Praxis des Gemeinwesens bestehen, die aus Gründen der Rechtssicherheit in allen Fällen Anwendung finden muss.

### c) Konsequenzen für Martha Meier

In Martha Meiers Fall spielt die Art der Anstellung für die Zeugnisausstellung nach dem Gesagten keine Rolle. Aufgrund der Streitigkeiten wäre sie in jedem Falle gut beraten, sowohl eine Vollzeugnis als auch eine einfache Arbeitsbestätigung zu verlangen. Bei einer Bewerbung könnte sie dann gegebenenfalls nur die Arbeitsbestätigung vorweisen, falls dies vorteilhafter sein sollte.

## IV. Zusammenfassung und Empfehlungen

Dem Gemeinwesen steht es grundsätzlich frei, seine Arbeitsverhältnisse öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich auszugestalten. Allerdings soll nach h.L. und Rechtsprechung ein Anstellungsverhältnis zwischen Staat und Privatem grundsätzlich dem öffentlichen Recht unterstellt sein. Das privatrechtliche Arbeitsverhältnis soll demnach für Ausnahmefälle – wie etwa die Teilzeitarbeit – ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sein.

Auch wenn die entsprechende Dienstordnung eine privatrechtliche Anstellung vorsieht, muss dennoch im Einzelfall abgeklärt werden, ob auch tatsächlich ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis vorliegt. Hierbei kann die Abgrenzung zwischen einem öffentlich-rechtlichen und einem zivilrechtlichen Vertrag hilfreich sein.

Zur Klarstellung der Art des Rechtsverhältnisses sollte im Arbeitsvertrag eine ausdrückliche Qualifizierung als öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches Arbeitsverhältnis enthalten sein.

Ein bedeutender Unterschied zwischen einer privatrechtlichen und einer öffentlich-rechtlichen Anstellung liegt in der Regelung der Kündigung. Im privatrechtli-

chen Arbeitsverhältnis gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Der Arbeitgeber kann einem Arbeitnehmer also willkürlich kündigen, solange er sich an die Grenzen des Kündigungsschutzes in den Art. 336 ff. OR hält. Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis hingegen ist eine Kündigung nur möglich, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt. Dies ergibt sich aus dem Willkürverbot.

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist eine Missbräuchlich erfolgte Kündigung grundsätzlich gültig. Sie löst höchstens Entschädigungsansprüche aus. Ist hingegen eine Kündigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis grundlos erfolgt, so hat das die Nichtigkeit deren Nichtigkeit zur Folge. Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer dieselbe oder eine ähnliche Stellung anbieten.

Der Abschluss privatrechtlicher Arbeitsverträge entbindet den Staat nach h.L. nicht davon, sich an die Grundsätze staatlichen Handelns zu halten. Er ist also an die Grundrechte gebunden. Dies hat zur Folge, dass für ihn der Grundsatz der Kündigung nicht gilt. Er darf seinen Angestellten dementsprechend nicht ohne Vorliegen eines Grundes kündigen, selbst wenn er sich an die Grenzen des sachlichen Kündigungsschutzes gemäss Art. 336 OR hält.

Die Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung bei berechtigtem Zweifel an der Richtigkeit vorgelegter Arztzeugnisse ist sowohl im öffentlich-rechtlichen wie im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zulässig. Die Arztwahl obliegt dabei dem Arbeitgeber. Dabei verletzt er die Persönlichkeitsrechte seines Arbeitnehmers nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht, wenn er eine psychiatrische Begutachtung anordnet. Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis kann die Verweigerung einer rechtmässig angeordneten vertrauensärztlichen Untersuchung als Verweigerung der Weisungsbefolgungspflicht gesehen werden, was allenfalls eine Kündigung zur Folge haben kann. Im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis kann die Verweigerung zur Sistierung oder Kürzung des Besoldungsanspruchs führen.

Sowohl im öffentlich-rechtlichen wie auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis sind zum Beweis der Arbeitsunfähigkeit Arztzeugnisse vorgesehen. Das Arztzeugnis im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist aber im Gegensatz zu jenem im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis nicht Voraussetzung des Lohnfortzahlungsanspruchs.

Ein rückwirkend ausgestelltes Arztzeugnis ist zwar nicht von vornherein ungültig, doch höchst problematisch. Es muss daher strenge Voraussetzungen erfüllen, um beweiskräftig zu sein. So muss sich das Arztzeugnis auf eine eingehende Untersuchung stützen und die Rückwirkungsdauer darf nicht zu lange sein. Dies gilt sowohl im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis wie im öffentlichen Dienstrecht.

<sup>119</sup> Vgl. POLEDNA, Arbeitszeugnis, S. 170.

<sup>120</sup> POLEDNA, Arbeitszeugnis, S. 171 f. Siehe z.B. Art. 46 Abs. 1 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz des Kantons Zürich vom 27.9.1998).

Bei der teilweisen Arbeitsunfähigkeit bei einem Teilzeitarbeitnehmer bezieht sich die Prozentangabe - sofern andere Angaben fehlen - grundsätzlich auf den Anstellungsgrad. Die tägliche Arbeitszeit wird also um den angegebenen Prozentsatz verkleinert. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um eine klare Regel. Was angemessen ist und was nicht entscheidet sich schliesslich auch nach der jeweiligen Krankheit oder gesundheitlichen Störung. Um Unklarheiten zu vermeiden, sollte das Arztzeugnis deshalb jeweils genau umschreiben, wie die Arbeitsunfähigkeit zu verstehen ist, insbesondere ob sie sich auf die Arbeitszeit oder Arbeitsleistung bezieht und welche Arbeiten davon betroffen sind.

Der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses ist sowohl im privatrechtlichen Anstellungsverhältnis wie auch im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis vorgesehen. Arten, sowie Form und Inhalt der Arbeitszeugnisse entsprechen sich bei beiden Rechtsverhältnissen weitgehend. Im öffentlichen Dienstrecht entsteht der Anspruch auf ein Zwischenzeugnis z.T. auch ohne besondere Aufforderung des Arbeitnehmers.

## Literatur

- Geiser THOMAS / Müller ROLAND*, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009; zit.: GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz.
- HANGARTNER Yvo*, Ausgewählte Rechtsfragen der öffentlichen Dienstverhältnisse, Referat Aarau 1977; zit.: HANGARTNER, Ausgewählte Rechtsfragen.
- HAFNER Felix*, Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse, in: HELBLING Peter / POLEDNA Tomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999; zit.: HAFNER, Rechtsnatur.
- HÄNNI Peter*, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, Dargestellt anhand der Gerichts- und Verwaltungspraxis in Bund und Kantonen, Eine Fallsammlung, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2008; zit.: HÄNNI, das öffentliche Dienstrecht.
- MÜLLER Roland*, Arztzeugnisse in Arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: AJP 2/2010, S. 167 ff.; zit.: MÜLLER, Arztzeugnisse.
- POLEDNA Tomas*, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: HELBLING Peter / POLEDNA Tomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999; zit.: POLEDNA, Annäherungen.
- POLEDNA Tomas*, Arbeitszeugnis und Referenzauskünfte des Arbeitgebers im öffentlichen Dienst, in: ZBI 104/2003, S. 169 ff.; zit.: POLEDNA, Arbeitszeugnis.
- HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang* (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel u.a. 2007; zit.: BSK OR I-VERFASSENDE.
- REHBINDER Manfred / STÖCKLI Jean-Fritz*, Berner Kommentar, band VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362, 1. Abschnitt, Einleitung und Kommentierung zu den Art. 319-330b OR; zit.: BK-REHBINDER/STÖCKLI.
- RHINOW René*, Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung, in: Festschrift für Frank Vischer, Zürich 1983, S. 429 ff; zit.: RHINOW, Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.
- STREIFF Ullin / VON KAENEL Adrian*, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 6. Auflage, Zürich 2006; zit.: STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag.
- TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009; zit.: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht.
- VISCHER Frank*, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel / Genf / München 2005; zit.: VISCHER, Der Arbeitsvertrag.