



# Workshop Arbeitsrecht 3. Oktober 2023

## Landwirtschaftliches Institut

### Grangeneuve

1. Stundenlohn: Bezahlung während des Urlaubs
2. Die Verlängerung der Probezeit
3. Aufeinanderfolgende Verträge, un-/befristete Verträge
4. Vereinbarungen über die Beendigung des Arbeitsvertrages
5. Die missbräuchliche Kündigung - Folgen
6. Krankheit und Urlaub

7. Ärztliche Bescheinigungen (Besonderheiten)
8. Stillen während der Arbeitszeit
9. Neuheiten in der Rechtsprechung

# 1. LOHN, DER PRO STUNDE BEZAHLT WIRD: BEZAHLUNG WÄHREND DER FERIEN

- Der Lohn kann monatlich oder stündlich gezahlt werden.
- Wenn er pro Stunde bezahlt wird, kommen noch Zuschläge für Ferien und Feiertage hinzu:

## 4. Für das Personal im Stundenlohn

wird die Entschädigung für die Ferien und die Ruhetage dem Stundenlohn nach folgendem Ansatz dazugerechnet:

	<u>Ferien</u>	<u>Ruhetage</u>	<u>Total</u>
5 Wochen Ferien	10,64 %	+ 4 %	14,64 %
5 Wochen und 3 Tage Ferien:	12,07 %	+ 4 %	16,07 %
6 Wochen Ferien:	13,04 %	+ 4%	17,04 %
7 Wochen Ferien:	15,55 %	+ 2 %	17,55 %
Ruhetage:		4 %	

# 1. LOHN, DER PRO STUNDE BEZAHLT WIRD: BEZAHLUNG WÄHREND DER FERIEN

- Es gibt zwei Systeme, um Urlaub (und Feiertage) zu vergüten:
  - 1. Da der/die Arbeitnehmer/in den Ferien- und Feiertagszuschlag bei jedem monatlichen Lohneingang erhalten hat, ist nichts mehr geschuldet, wenn er/sie Urlaub nimmt.
  - 2. Die andere Möglichkeit ist, den Zuschlag zu horten und ihn dem/der Arbeitnehmer/in während des Urlaubs auszuzahlen.

Bei einem unregelmäßigen Zeitplan, der von Woche zu Woche oder von Monat zu Monat erstellt wird, ist das 1. System am einfachsten anzuwenden.

# 1. LOHN, DER PRO STUNDE BEZAHLT WIRD: BEZAHLUNG WÄHREND DER FERIEN

- Beispiel:
- Arbeitnehmer/in, der/die 8 Stunden pro Tag arbeitet 2 Wochen mit den folgenden Arbeitszeiten:
- Woche 1: von Dienstag bis Samstag Woche 2: von Montagnachmittag bis Freitag
- Woche 3: Im Urlaub
- Der Arbeitnehmer hat also in den ersten 2 Wochen gearbeitet:  $40 + 36$  Stunden = 76 Stunden
- Er wird 76 Stundenzuschläge gehortet haben, um seine freien Tage in der 3. Woche zu bezahlen.
- Wenn er 33.- pro Stunde erhält, hat er als Zuschläge Ferien/GF "eingenommen":
- $76 \times (14,64\% \text{ von } 33) = 367,15$
- Ein Arbeitstag wird vergütet:  $8 \times 33 = 264.-$ .
- Man sieht also, dass hier der Urlaub nur an 1,4 von 5 Tagen finanziert wurde. Die weitere Bezahlung erfolgt zu einem späteren Zeitpunkt mit den nächsten Tagen, an denen gearbeitet und zusätzlich bezahlt wird.

# 1. LOHN, DER PRO STUNDE BEZAHLT WIRD: BEZAHLUNG WÄHREND DER FERIEN

- Kumulative Anforderungen des BG für die Zulassung des ersten Systems, d. h. der Zahlung des Ferienzuschlags nach und nach mit der Zahlung der geleisteten Arbeitsstunden (BGE 4A 561/2017):
  - 1. Es muss eine objektive Notwendigkeit aufgrund einer unregelmäßigen Tätigkeit vorliegen;
  - 2. Der Anteil des Gesamtlohns, der für die Ferienabgeltung bestimmt ist, muss im Arbeitsvertrag klar und ausdrücklich erwähnt werden....
  - 3. ... sowie auf den periodischen Lohnabrechnungen.

## 2. DIE VERLÄNGERUNG DER PROBEZEIT

-  **b. während der Probezeit**

-  **Art. 335b<sup>178</sup>**

<sup>1</sup> Das Arbeitsverhältnis kann während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden; als Probezeit gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses.

<sup>2</sup> Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag können abweichende Vereinbarungen getroffen werden; die Probezeit darf jedoch auf höchstens drei Monate verlängert werden.

<sup>3</sup> Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende Verlängerung der Probezeit.

Die Änderung der Dauer der Probezeit muss bilateral erfolgen. Siehe Art. 3.3 GAV

Maximale Dauer: 3 Monate

Keine Probezeit in befristeten Arbeitsverträgen vorgesehen, aber Möglichkeit, eine Probezeit vorzusehen.

## 2. DIE VERLÄNGERUNG DER PROBEZEIT

<sup>3</sup> Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende Verlängerung der Probezeit.

Die Probezeit wird nur in den in Art. 335b Abs. 3 OR genannten Fällen verlängert, d.h.:

- die Krankheit;
- den Unfall;
- die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung.

Beispiel:

Anstellung am 01.09.2023; Probezeit von 2 Monaten. Hr. X erkrankt vom 25.10.2023 bis 11.11.2023.  
-> Die Probezeit endet nicht am 31.10.2023, sondern am 18.11.2023.

# 3. AUFEINANDERFOLGENDE VERTRÄGE, UN-/BEFRISTETE VERTRÄGE

-  **G. Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

-  **I. Befristetes Arbeitsverhältnis**

-  **Art. 334<sup>175</sup>**

<sup>1</sup> Ein befristetes Arbeitsverhältnis endigt ohne Kündigung.

<sup>2</sup> Wird ein befristetes Arbeitsverhältnis nach Ablauf der vereinbarten Dauer stillschweigend fortgesetzt, so gilt es als unbefristetes Arbeitsverhältnis.

<sup>3</sup> Nach Ablauf von zehn Jahren kann jede Vertragspartei ein auf längere Dauer abgeschlossenes befristetes Arbeitsverhältnis jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf das Ende eines Monats kündigen.

Ein befristeter Vertrag kann verlängert werden. Wenn keine näheren Angaben: unbefristeter Vertrag

Aber 2. befristeter Vertrag möglich. Beispiel: Befristeter Vertrag vom 01.01.23 bis 30.04.23 verlängert bis 31.07.23

Grundsätzlich gelten ab dem 3. befristeten Vertrag (2 Verlängerungen) in Folge die Regeln für einen unbefristeten Arbeitsvertrag.

# 3. AUFEINANDERFOLGENDE VERTRÄGE, UN-/BEFRISTETE VERTRÄGE

Wenn auf einen Lehrvertrag eine Festanstellung folgt -> keine (neue) Probezeit

Wenn ein befristet Beschäftigter (AVG) fest angestellt wird -> Möglichkeit, eine Probezeit einzulegen.

Das Kriterium ist, dass im ersten Fall der Arbeitgeber derselbe ist, im zweiten Fall jedoch nicht.

## Praktikumsvertrag

Dieser Begriff ist mehrdeutig und um verschiedene Fälle abzudecken. Sie müssen entscheiden, ob es sich um:

einem **Praktikum im engeren Sinne**, das man als einen kurzen Aufenthalt in einem Unternehmen definieren könnte, um einen Beruf oder eine Stelle kennenzulernen. Ein Beispiel: Ein Inhaber einer eidgenössischen Matura kommt 15 Tage in die Kreditabteilung einer Bank.

Oder ein **Praktikum, das eher wie ein Arbeitsvertrag aussieht, d. h.** der/die Praktikant/in leistet bezahlte Arbeit für den Arbeitgeber. In diesem Fall wird es als befristeter Arbeitsvertrag betrachtet.

# 3. AUFEINANDERFOLGENDE VERTRÄGE, UN-/BEFRISTETE VERTRÄGE

Siehe Anhang 11 GAV:

## **1. Definitionen:**

- a. Hospitations-, Schnupper- oder Informationspraktikum: dauert eine Woche und maximal 4 Wochen. Findet im Allgemeinen während der Ausbildung in der Sekundarstufe I oder II statt. Kann von den Berufsberatungsstellen organisiert werden. Das Risiko für Nichtberufsunfälle wird von der Praktikantin bzw. dem Praktikanten getragen. Die Praktikantin bzw. der Praktikant darf nicht gebeten werden, einen ordentlichen Stelleninhaber zu vertreten.
- b. Praktikum vor der Aufnahme in eine Schule (Fachschule, Fachhochschule, Universität): Dauer und Modalitäten werden von der Schule/Universität festgelegt.
- c. Praktika während der Ausbildung (ES-HES-Universität): Dauer und Modalitäten werden von der Schule/Universität festgelegt.
- d. Sonstige Praktika: Von anderen Hochschulen vorgesehene Praktika sind vorbehalten. Die Entschädigung ist nicht garantiert.

## **2. Für alle Praktika geltende Grundsätze:**

- a. Dauer von mehr als einem Monat: Abschluss eines Vertrages obligatorisch.
- b. Im Vertrag müssen die Organisation und der Ablauf des Praktikums präzisiert werden.
- c. Das Praktikum muss von einem Verantwortlichen mit einem anerkannten Titel betreut werden, entsprechend der gemeinsam mit dem oder der Praktikanten(in) und eventuell der Schule beschlossenen Ziele.
- d. Erstellung eines Praktikumsberichts erforderlich. Dieser wird an die Dauer des Praktikums und die Modalitäten der Schule angepasst.
- e. Die Institution erstellt ein Praktikumszeugnis.
- f. Die Praktikantinnen bzw. Praktikanten dürfen nicht zum Personal der Institution gezählt werden.
- g. Der Unfallschutz wird von der Institution übernommen.
- h. Die Praktikantinnen bzw. Praktikanten dürfen nicht um einen Posten oder eine Lehrstelle konkurrieren.
- i. Ohne gegenteilige Bestimmung im Praktikumsvertrag unterliegt der Praktikant bzw. die Praktikantin den Bestimmungen des GAV im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen, die Versicherungen und die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

# 3. AUFEINANDERFOLGENDE VERTRÄGE, UN-/BEFRISTETE VERTRÄGE

## **3. Entschädigung**

Die Praktika werden grundsätzlich entschädigt, mit Ausnahme des Hospitations/Schnupperpraktikums (1a), für das ein Naturallohn (Mahlzeit) angeboten werden kann.

Vergütungsskala:

- Praktikum vor der Universität (Heil- und Sonderpädagogik) oder an der HETS:  
CHF 1'300.- (x12)
- Erstes Praktikum während der Ausbildung an der HETS:  
CHF 1'500.- (x12)
- 2. Praktikum oder letztes Praktikum während der Ausbildung an der HETS oder letztes Praktikum an der Universität: CHF 1'600.- (x12)

Für Praktika in sonderpädagogischen Institutionen (IPS) sind die Richtlinien des SoA vorbehalten.

Für die Praktika während der Ausbildung kann der Praktikant bzw. die Praktikantin gebeten werden, einen Mitarbeiter vorübergehend zu vertreten. Sollte diese Vertretung länger als 3 Tage dauern, wird sie auf der Grundlage der Klassifikation der Funktionen entlohnt.

GAV/INFRI-VOPSI/ Inkraftsetzung am 1.1.2006 / Neuausgabe 1.7.2021/1.1.2023

### 3. AUFEINANDERFOLGENDE VERTRÄGE, UN-/BEFRISTETE VERTRÄGE

Wenn zwei Verträge aufeinander folgen: keine Möglichkeit, eine neue Probezeit einzuführen, da sich die Parteien bereits kennen.

Es ist jedoch möglich, vertraglich zu vereinbaren, dass jemand "auf Probe" die Stelle wechselt und an seiner alten Stelle wieder eingestellt wird, wenn die Probezeit nicht erfolgreich verläuft. In diesem Fall befinden wir uns außerhalb der Probezeit des OR.

Wenn zwei Verträge aufeinander folgen, aber mit einer Unterbrechung in der Mitte, ist entscheidend, wie lange die Unterbrechung zwischen den beiden Verträgen dauert.

-> sehr lange Unterbrechung: Möglichkeit, eine neue Probezeit vorzusehen

-> kurze bis lange Unterbrechung: keine Möglichkeit, eine neue Probezeit vorzusehen

## 4. VEREINBARUNG ÜBER DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGS

Sie werden auch als "Aufhebungsvereinbarungen" bezeichnet.

Sie werden häufig eingesetzt, weil die Parteien am Ende des Vertrags Risiken haben.

Es handelt sich um eine Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, den Arbeitsvertrag zu beenden und/oder die Modalitäten der Beendigung festzulegen.

2 verschiedene Fälle:

1. Eine der Parteien kündigt. Die Parteien möchten die Modalitäten festlegen.
2. Der Arbeitgeber möchte sich von dem Arbeitnehmer trennen, will aber ein Gerichtsverfahren vermeiden. Er kündigt dem Arbeitnehmer daher und bespricht anschließend mit ihm die Modalitäten der Kündigung.

# 4. VEREINBARUNG ÜBER DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGS

Den Parteien steht es frei, sich über das Vertragsende zu einigen, einschließlich der Möglichkeit, vom Vertrag abzuweichen. Es müssen jedoch gegenseitige Zugeständnisse vorliegen, und Art. 341 OR findet Anwendung:

-  **H. Unverzichtbarkeit und Verjährung**

-  **Art. 341**

<sup>1</sup> Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten.

<sup>2</sup> Die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung sind auf Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis anwendbar.

Es muss auch ein klarer und unmissverständlicher Wille der Parteien vorliegen. Ihnen muss eine Bedenkzeit eingeräumt werden.

Es ist keine besondere Form vorgeschrieben (es ist jedoch ratsam, die Vereinbarung schriftlich zu machen und von beiden Parteien unterschreiben zu lassen).

# 4. VEREINBARUNG ÜBER DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGS

Es kann Auswirkungen auf den Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitslosengeld geben: Art. 30 Abs. 1 Bst. a und b AVIG

## - **Art. 30 Einstellung in der Anspruchsberechtigung<sup>132</sup>**

<sup>1</sup> Der Versicherte ist in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn er:

- a. durch eigenes Verschulden arbeitslos ist;
- b. zu Lasten der Versicherung auf Lohn- oder Entschädigungsansprüche gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber verzichtet hat;

Ein Problem kann insbesondere der Verzicht des Arbeitnehmers auf die Anwendung von Art. 336c OR sein.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass eine Vereinbarung nur dann gültig ist, wenn:

- dass es einen gemeinsamen Willen der Parteien gibt;
- dass das Abkommen mit gegenseitigen Zugeständnissen ausgewogen ist;
- dem Arbeitnehmer eine Bedenkzeit eingeräumt wurde

# 4. VEREINBARUNG ÜBER DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGS

Rückerstattung von Ausbildungskosten - Art. 35 GAV

## **Art. 35 Finanzierung der Weiterbildung**

- 35.1 Ist die Weiterbildung von Interesse für die Institution, so beteiligt sie sich nach dem Prinzip der geteilten Kostenübernahme entsprechend diesem Interesse (25, 50, 75 oder 100 %) an den Kosten. Im Übrigen erfolgt die Kostenübernahme im Verhältnis zum Beschäftigungsgrad.
- 35.2 Die bei der Berechnung der Finanzierung berücksichtigten Gesamtkosten der Weiterbildung schliessen die Auslagen für die Anmeldung und die Kurse sowie die Lohnkosten entsprechend der für die Ausbildung aufgewendeten Zeit bis zur gesamten Stundenzahl der Kurse, Seminarien oder Workshops und Prüfungen ein. Eingeschlossen sind auch die zusätzlichen Reisekosten mit dem öffentlichen Verkehr, falls der Angestellte aus Gründen, die von der Institution zu vertreten sind, eine Schule ausserhalb des Kantons besuchen muss.
- 35.3 Die übrigen durch die Ausbildung anfallenden Nebenkosten gehen zulasten des Angestellten.

## 4. VEREINBARUNG ÜBER DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGS

Die Frage der Ausbildungskosten und was die Parteien bei der Annahme einer Austrittsvereinbarung vereinbaren, wird in der Regel bereits in der Ausbildungsvereinbarung geregelt.

Beispiel für eine klassische Klausel:

*Wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber verlässt, erstattet er ihm die von diesem vorgestreckten Kosten in Höhe von:*

- 75% im ersten Jahr nach Abschluss der Ausbildung*
- 50% im zweiten Jahr nach Abschluss der Ausbildung*
- 25% im dritten Jahr nach Abschluss der Ausbildung*

# 4. VEREINBARUNG ÜBER DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGS

## **Art. 36 Ausbildungsvereinbarung**

- 36.1 Übersteigen die Gesamtkosten der Ausbildung CHF **3'000.--**, werden die Finanzierung und die Bedingungen dieser Ausbildung in einer von beiden Parteien unterzeichneten Vereinbarung geregelt.
- 36.2 Der oder die sich weiterbildende Angestellte verpflichtet sich, nach Abschluss der Weiterbildung weiterhin zwei bis fünf Jahre bei der Institution tätig zu sein, je nach dem vom Arbeitgeber finanzierten Betrag:
- CHF 3'001.-- bis CHF 7'000.-- = 2 Jahre,  
CHF 7'001.-- bis CHF 10'500.-- = 3 Jahre,  
CHF 10'501.-- bis CHF 14'000.-- = 4 Jahre,  
ab CHF 14'001.-- = 5 Jahre.

# 4. VEREINBARUNG ÜBER DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGS

## **VEREINBARUNG ZUR BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISES**

abgeschlossen zwischen

**AG, Arbeitgeber** einerseits

und

**X, Arbeitnehmer** andererseits

-----

### **PRÄAMBEL**

Zum besseren Verständnis dieses Übereinkommens wird Folgendes kurz  
dargelegt:

Hier wird der Hintergrund dessen dargestellt, was die Parteien dazu  
veranlasst hat, eine Vereinbarung zu treffen

\* \* \* \* \*

# 4. VEREINBARUNG ÜBER DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGS

In dem Wunsch, das Ende ihres Arbeitsverhältnisses auf vertraglicher Basis zu regeln, vereinbaren die Parteien Folgendes:

## VEREINBARUNG

- I. Die Parteien vereinbaren, dass der Arbeitsvertrag von X unwiderruflich am **30. September 2023** endet. X ist sich bewusst, dass er mit der Unterzeichnung dieses Vertrags, auf den in Art. 336c OR festgelegten Schutz verzichtet.
- II. Bis zum Ablauf des Vertrages zahlt AG X seinen Lohn gemäss Arbeitsvertrag und Art. 324a und 324b OR.
- III. X ist bis zum Ende des Vertrags von seiner Arbeitspflicht befreit. Jeglicher Feriensaldo und/oder Überstunden werden in dieser Zeit als ausgeglichen betrachtet.
- IV. Ohne Anerkennung irgendeiner Verantwortung und nach eigenem Ermessen zahlt AG X eine Entschädigung.

## 4. VEREINBARUNG ÜBER DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGS

- V. Innerhalb von 20 Tagen nach Unterzeichnung dieser Vereinbarung stellt AG - X ein Zwischenarbeitszeugnis und per 30. September 2023 ein Enderbeitszeugnis aus. X kann bei Bedarf trotz der Klausel in Ziffer X unten Berichtigungen des Zwischen- und Endzeugnisses verlangen.
- VI. X bleibt auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses an seine Geheimhaltungspflicht gebunden.
- VII. X wird darüber informiert, dass er die Beendigung des Arbeitsverhältnisses seiner Krankenversicherung melden muss, damit gegebenenfalls die Deckung gegen Nichtberufsunfälle wieder hergestellt werden kann.
- VIII. Gemäss Art. 2 UVG wird X darüber informiert, dass der UVG-Versicherungsschutz nach Ablauf des 31. Tages nach dem Tag, an dem der Anspruch auf mindestens den halben Lohn endete, endet (Art. 3 Abs. 2 UVG) und dass er die Möglichkeit hat, die Versicherung durch eine besondere Vereinbarung, um bis zu 180 Tage zu verlängern (Art. 3 Abs. 3 UVG), die er vor Ablauf des Versicherungsverhältnisses mit dem Versicherer abgeschlossen hat.

# 4. VEREINBARUNG ÜBER DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGS

- IX. Unter dem alleinigen Vorbehalt der vorstehenden Bestimmungen quittieren sich die Parteien gegenseitig für alle Rechnungen und Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis.
- X. Diese Aufhebungsvereinbarung ist abschließend. Sie regelt die Gesamtheit der Leistungen, die die Parteien aus ihrem Arbeitsverhältnis noch schulden.
- XI. Diese Vereinbarung enthält gegenseitige Zugeständnisse, die die Parteien als bekannt erklären.
- XII. Diese Vereinbarung ist streng vertraulich. Die Parteien vereinbaren, dass sich die Kommunikation über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf den Hinweis auf eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund von Meinungsverschiedenheiten beschränkt.
- XIII. Diese Vereinbarung unterliegt ausschließlich dem materiellen Schweizer Recht. Der Gerichtsstand befindet sich in Freiburg.

Ausgefertigt in zwei Originalkopien, je eine für jede Partei.

# 4. VEREINBARUNG ÜBER DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGS

Freiburg, der .....

IM NAMEN VON AG

A und B

Freiburg, der .....

.....

X

# 5. DIE MISSBRÄUHLICHE KÜNDIGUNG - FOLGEN

Der GAV stellt einige Anforderungen an den Ablauf des Entlassungsprozesses (teilweise in Anlehnung an die Regeln des StPG):

## 4.5 Bedingungen für die Kündigung nach Ablauf der Probezeit

- a) Die Kündigung wird ausgesprochen, wenn die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter die Anforderungen der Funktion wegen mangelnder Leistungen oder Fähigkeiten oder auf Grund des Verhaltens nicht mehr erfüllt.
- b) Auf Verlangen der entlassenen Mitarbeiterin oder des entlassenen Mitarbeiters wird ihr/ihm der Grund der Entlassung schriftlich und in allgemeinen Ausdrücken mitgeteilt; ansonsten wird die Entlassung für ungültig betrachtet.
- c) **Der Kündigung muss zumindest eine schriftliche und begründete Verwarnung** oder eine ausführliche Bewertung, die diese Möglichkeit erwähnt, vorgehen, die es der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter erlaubt, innert nützlicher Frist den Anforderungen der Stelle gerecht zu werden.

d) Der Arbeitgeber darf den Arbeitsvertrag nicht kündigen: (gemäss OR Art. 336c):

- während die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet, sowie, sofern die Dienstleistung mehr als elf Tage dauert, während vier Wochen vorher und nachher;
- während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin;
- solange der Anspruch auf Betreuungsurlaub nach Artikel 20.6 besteht, längstens aber während sechs Monaten ab dem Tag, an dem die Rahmenfrist zu laufen beginnt;
- während der Mitarbeiter/die Mitarbeiterin ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen, ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen, und ab dem zehnten Dienstjahr während eines Jahres.

Die Kündigung nach der Sperrfrist ist nicht dem Verwarnungsverfahren nach Buchstabe c) unterstellt. Der Mitarbeiter / die Mitarbeiterin, der / die wegen Krankheit oder Unfall abwesend ist, ist über die Schutzdauer zu informieren.

In allen anderen Situationen, mit Ausnahme der Fälle nach Artikel 4.3, ist die Verwarnung obligatorisch.

- 4.6 Bei Kündigung des Vertrages räumt der Arbeitgeber der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter die nötige Zeit ein, eine andere Anstellung zu suchen.  
Hat eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter, welchem gekündigt wurde, eine neue Anstellung gefunden, kann sie/er den Arbeitsplatz verlassen falls die Hälfte der Kündigungsfrist abgelaufen ist, wobei die Gehaltszahlung mit dem Ende der Tätigkeit aufhört.
- 4.7 **Im Kündigungsverfahren muss der Anspruch der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters auf rechtliches Gehör garantiert sein.** Falls die Entlassung rückgängig gemacht wird, ist der Betroffene schriftlich zu benachrichtigen.

# 5. DIE MISSBRÄUCLICHE KÜNDIGUNG - FOLGEN

Der GAV sagt nichts über die Folgen eines Verstosses gegen die Bestimmungen des Vertrags aus. Der Richter muss also über die Folgen eines solchen Verstoßes entscheiden, in diesem Fall darüber, ob die Kündigung nichtig, anfechtbar oder missbräuchlich ist.

In den meisten Fällen wird das Gericht von der Missbräuchlichkeit der Kündigung ausgehen und somit Art. 336ff. OR anwenden.

Beispiel für Rechtsprechung mit Anwendung des GAV (2019):

- einen Monatslohn als Entschädigung nach Art. 336a OR an den Arbeitgeber, der eine Arbeitnehmerin entlassen hat, ohne sie zuvor ordnungsgemäß gewarnt zu haben (Verstoss gegen Art. 4.5 Bst. c) GAV).

- c) Der Kündigung muss zumindest eine schriftliche und begründete Verwarnung oder eine ausführliche Bewertung, die diese Möglichkeit erwähnt, vorangehen, die es der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter erlaubt, innert nützlicher Frist den Anforderungen der Stelle gerecht zu werden.

# 5. DIE MISSBRÄUCLICHE KÜNDIGUNG - FOLGEN

Zur Erinnerung: Es gibt auch alle Fälle von missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336 OR:

Sowie die von der Rechtsprechung entwickelten, wie die Fälle von Mitarbeitern

»Älter und mit einem gewissen Dienstalder«: z.B. BG-Urteil 4A-117/2023 vom 15.05.23

3.4.4. Demnach hatte der im Zeitpunkt der Kündigung 64-jährige Beschwerdegegner während rund 30 Jahren für den Beschwerdeführer gearbeitet und war nur rund elf Monate vor der Pensionierung gestanden. Für die Vorinstanz stand daher ausser Frage, dass die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung einschlägig sei und den Beschwerdeführer eine erhöhte Fürsorgepflicht getroffen habe. Die Vorinstanz setzte sich mit dem Einwand des Beschwerdeführers auseinander, dass er dem Beschwerdegegner nur wegen dessen schlechten Gesundheitszustands und der fehlenden Einsatzfähigkeit gekündigt habe. Aus der erhöhten Fürsorgepflicht leitete die Vorinstanz aber ab, dass der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner frühzeitig über die beabsichtigte Kündigung hätte informieren und eine sozialverträglichere Alternative zumindest prüfen müssen. Damit sprach die Vorinstanz dem Beschwerdeführer nicht das Kündigungsrecht ab. Vielmehr qualifizierte sie die Art und Weise der Kündigung als missbräuchlich.

Damit widerlegt der Beschwerdeführer nicht die vorinstanzliche Erwägung, wonach er zusammen mit dem Beschwerdegegner eine sozialverträglichere Alternative zur Kündigung zumindest hätte in Erwägung ziehen müssen, zumal der Beschwerdegegner nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht voll arbeitsunfähig gewesen und vor der Kündigung nicht krankgeschrieben war.

Das Bundesgericht betonte in jenem Urteil, dass die Arbeitgeberin nicht verpflichtet war, die Arbeitnehmerin fast ein Jahr lang und ohne Hinweis darauf, dass sie in der Zwischenzeit wieder arbeiten könnte, weiter zu beschäftigen. Somit unterscheidet sich der vorliegende Fall durchaus vom Sachverhalt gemäss Urteil 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022.

## - III. Kündigungsschutz

### - 1. Missbräuchliche Kündigung

#### - a. Grundsatz

#### - Art. 336<sup>190</sup>

<sup>1</sup> Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht:

- wegen einer Eigenschaft, 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;
- weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb;
- ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln;
- weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht;
- <sup>191</sup> weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt.

<sup>2</sup> Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist im Weiteren missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird:

- weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt;
- während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist, und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte;
- <sup>192</sup> im Rahmen einer Massenentlassung, ohne dass die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer, konsultiert worden sind (Art. 335f).

<sup>3</sup> Der Schutz eines Arbeitnehmervertreters nach Absatz 2 Buchstabe b, dessen Mandat infolge Übergangs des Arbeitsverhältnisses endet (Art. 333), besteht so lange weiter, als das Mandat gedauert hätte, falls das Arbeitsverhältnis nicht übertragen worden wäre.<sup>193</sup>

## 6. KRANKHEIT UND URLAUB

Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit muss von dem Begriff der Unfähigkeit, seinen Urlaub (oder freie Zeit zum Ausgleich von Überstunden) nehmen und genießen zu können, unterschieden werden.

Beispiel: Ein professioneller Pianist ist möglicherweise arbeitsunfähig, weil er sich einen Finger gebrochen hat, kann aber trotzdem seinen Urlaub nehmen. In diesem Fall wird der Arzt bescheinigen, ob er urlaubsfähig ist oder nicht.

Damit die Urlaubstage "zurückgegeben" werden, weil der Arbeitnehmer (ärztlich bestätigt) nicht in der Lage war, seinen Urlaub nehmen zu können, muss ein ärztliches Attest vorgelegt werden.

ACHTUNG: Es ist nicht möglich, zu 50% im Urlaub und zu 50% krankgeschrieben zu sein.

Einige Fälle mögen kritikwürdig erscheinen: psychische Krankheit und OK, um ins Ausland zu gehen und trotzdem krankgeschrieben zu bleiben.

# 7. ÄRZTLICHE BESCHEINIGUNGEN (BESONDERHEITEN) -> RÜCKWIRKENDE ÄRZTLICHE BESCHEINIGUNGEN

- A) Allgemeines
- Ein ärztliches Zeugnis kann definiert werden als ein Dokument über den Gesundheitszustand einer Person, das von einem Arzt oder einer anderen gesetzlich befugten medizinischen Fachkraft auf der Grundlage seiner Feststellungen erstellt wird, auf seinen medizinischen Kenntnissen beruht und dazu dient, eine medizinische Tatsache mit rechtlicher Bedeutung zu beweisen.
- Diese Definition bezieht sich auf mehrere Arten von Dokumenten, insbesondere das ärztliche Zeugnis vor der Arbeitsaufnahme, das Zeugnis über die Eignung oder Nichteignung und das ärztliche Zeugnis über den Arbeitsausfall. (Quelle: le certificat médical dans les relations de travail - in "*Les certificats dans les relations de travail*" - CERT - Neuchâtel - 2018)
- B) Rückwirkende ärztliche Bescheinigungen
- In den meisten Fällen stellt der Arzt die Bescheinigung ab dem Tag aus, an dem der Arbeitnehmer ihn aufsucht. Manchmal datiert er den Beginn des Zeugnisses auf das Eintreten eines auslösenden und identifizierbaren Ereignisses der Arbeitsunfähigkeit zurück.
- Wo es anfängt, problematisch zu werden, ist, wenn die Rückwirkung darüber hinausgeht, insbesondere wenn es um psychische Beeinträchtigungen geht. -> So sollte die Nichtigkeit der Kündigung aufgrund eines rückwirkenden ärztlichen Attests nicht zugelassen werden, wenn der Patient die Kündigung gerade erst erhalten hat und nachweisen will, dass er bei Erhalt der Kündigung bereits krank war.

## 7. ÄRZTLICHE BESCHEINIGUNGEN (BESONDERHEITEN) -> RÜCKWIRKENDE ÄRZTLICHE BESCHEINIGUNGEN

- C) Schlussfolgerung
- Außer in besonderen Situationen sollte ein ärztliches Attest nicht über einen zu langen Zeitraum rückwirkend ausgestellt werden (in der Regel mehr als drei Tage, um einen Termin beim Arzt zu vereinbaren). Nach dieser Zeit sollte es grundsätzlich keinen Beweiswert mehr haben.

# 8. STILLEN WÄHREND DER ARBEITSZEIT

Rechtsgrundlage: Art. 22.11 GAV (der Art. 6o ArGV<sub>1</sub> übernimmt)

## 22.11 Stillen

- a) Der Mitarbeiterin ist die für das Stillen oder für das Abpumpen von Milch erforderliche Zeit freizugeben. Davon wird im ersten Lebensjahr des Kindes als bezahlte Arbeitszeit pro Kind eine Pause angerechnet:
- 30 Minuten bei einer täglichen Arbeitszeit von bis zu 4 Stunden,
  - 60 Minuten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 4 Stunden,
  - 90 Minuten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7 Stunden.

Im Vorfeld gibt es Art. 35a ArG

-  **Beschäftigung bei Mutterschaft**

-  **Art. 35a**

<sup>1</sup> Schwangere und stillende Frauen dürfen nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden.

<sup>2</sup> Schwangere dürfen auf bloße Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben oder die Arbeit verlassen. Stillenden Müttern ist die erforderliche Zeit zum Stillen freizugeben.

# 8. STILLEN WÄHREND DER ARBEITSZEIT

Es stellt sich die Frage nach der Auslegung von Art. 35a Abs. 2 ArG in Bezug auf das Stillen

<sup>2</sup> Schwangere dürfen auf bloße Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben oder die Arbeit verlassen. Stillenden Müttern ist die erforderliche Zeit zum Stillen freizugeben.

Es ist anzunehmen, dass das Gesetz stillenden Müttern formell kein Recht auf Freistellung von der Arbeit nach der 16. Woche nach der Geburt ihres Kindes einräumt, dass aber zumindest nach Ablauf dieser Frist, wenn die vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Massnahmen es der Arbeitnehmerin nicht erlauben, ihren Säugling zur Zufriedenheit zu stillen, diese auf der **Grundlage von Art. 35a ArG eine Freistellung von der Arbeit verlangen** kann (Urteil KG-FR 102 2022 42 vom 08.08.22).

## 8. STILLEN WÄHREND DER ARBEITSZEIT

Art. 35a Abs. 2 ArG begründet jedoch eine Meldepflicht für Frauen, die sich von der Arbeit freistellen lassen wollen. Die Mitteilung kann mündlich oder schriftlich erfolgen, muss aber an einen Vorgesetzten gerichtet sein (Wyler, in Kommentar Arbeitsgesetz, 2005, Art. 35a N. 5). So muss **eine Arbeitnehmerin, die von** ihrem Recht Gebrauch machen möchte, ihren Säugling zu stillen, **den Arbeitgeber darüber informieren** und gegebenenfalls die Zeiträume angeben, in denen gestillt werden soll. Dies ist eine Pflicht, die es dem Arbeitgeber ermöglichen soll, den Grund für die Nichtbereitstellung der Arbeit zu ermitteln. Denn obwohl der Arbeitgeber über das Stillen informiert ist, muss er erkennen können, ob die Abwesenheit seiner Arbeitnehmerin auf das Stillen, die Ausübung des Rechts, nicht beschäftigt zu werden, oder andere Gründe zurückzuführen ist (Wyler, Art. 35a N. 16). **Die Zeit, die für das Stillen aufgewendet wird, gilt in der Tat als Arbeitszeit in** dem in Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 genannten Umfang. **Die Zeit, in der stillende Mütter von der Arbeit freigestellt werden, wird hingegen nicht als Arbeitszeit angerechnet und diese Mütter werden daher nicht entlohnt** (Wyler, Art. 35a N. 12). Bei fehlender Meldung und sofern er über das Stillen der Arbeitnehmerin informiert ist, muss der Arbeitgeber eine gewisse Milde walten lassen und darf ohne vorherige Erinnerung an die Meldepflicht keine Sanktionen aussprechen (Wyler, Art. 35a N. 5).

# 9. NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Gerichtshof GE - Urteil 194/2022 vom 7. Dezember 2022

2.1 Gemäss der Rechtsprechung stellt eine Arbeitsunfähigkeit, auch wenn sie auf den Arbeitsplatz beschränkt ist, eine echte Arbeitsunfähigkeit dar. Einem Arztzeugnis kommt eine erhöhte Beweiskraft zu, da das Verfassen eines falschen Zeugnisses nach Art. 318 StGB strafbar ist.

STGB GEAHNDET WIRD (BGER 4D\_7/2021 vom 12. April 2021, E. 4.4 und 4.5).

2.2 Im vorliegenden Fall gibt es keinen Grund, die Arbeitsunfähigkeit von T. vom 19. März bis 31. August 2019 in Frage zu stellen. Diese Arbeitsunfähigkeit wird nämlich durch ärztliche Bescheinigungen belegt, deren Beweiskraft durch kein Element in den Akten in Frage gestellt werden kann.

Das Schreiben der Erwerbsausfallversicherung an E. vom 12. Juli 2019 lässt keinen anderen Schluss zu, da die Versicherung darin bestätigte, dass sie bis zum 31. August 2019 Entschädigungen zahlen wolle, da T. eine Wiederaufnahme der Arbeit vor diesem Datum nicht zugemutet werden könne. Die Tatsache, dass die Versicherung angab, dass T. in der Lage sei, ab dem 1. September 2019 wieder eine Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber aufzunehmen, ist irrelevant. T. behauptete im Übrigen auch nicht, dass seine Arbeitsunfähigkeit nach dem 31.

31. August 2019 fortbestehen würde,

Da T. die Kündigung am 26. November 2018 mit Wirkung zum 31. Mai 2019 (Sechsmonatsfrist) zugestellt wurde, stand die Kündigungsfrist gemäss Art. 336c Abs. 2 OR während 74 Tagen, d.h. vom 19. März bis zum 31. August 2019, still. Das Gericht stellte daher zu Recht fest, dass das Ende des Arbeitsverhältnisses auf den 30. November 2019 verschoben wurde.

Entgegen der Behauptung von E. entbindet die Tatsache, dass die Erwerbsausfallversicherung ab dem 1\* September 2019 keine Entschädigungen mehr zahlt, sie nicht von der Lohnzahlung während der Kündigungsfrist. Denn da T. nicht mehr krank war, gab es keinen Grund für die Versicherung, für diesen Zeitraum Entschädigungen zu zahlen. Dies hat keinen Einfluss auf die Verpflichtung von E., den Lohn während der Kündigungsfrist von T. zu zahlen.

# 9. NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

- BG-Urteil 4A\_39/2023 vom 14.02.23

## 5.

Das Arbeitsgericht verzichtete auf die Durchführung eines Beweisverfahrens und die Abnahme der von den Parteien offerierten Beweise zu den von der Beschwerdegegnerin genannten Kündigungsgründen. Dies mit der Begründung, die Missbräuchlichkeit der Kündigung werde auch dann nicht vermutet, wenn die Begründung der Kündigung unzutreffend sein sollte oder gewisse Indizien dafür vorliegen würden. Für die hier zu entscheidende Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung sei mithin nicht entscheidenderheblich, ob die von der Beschwerdegegnerin angegebenen Kündigungsgründe wahr oder unwahr seien.

Die Vorinstanz stimmte dem - zu Recht - zu. Aus dem im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht geltenden Prinzip der Kündigungsfreiheit folgt, dass es für die Rechtmässigkeit einer Kündigung keiner besonderen Gründe bedarf (dazu oben E. 3.1). Das Bundesgericht hat klargestellt, dass bei Vorliegen einer unwahren Begründung keine gesetzliche Vermutung für die Missbräuchlichkeit der Kündigung besteht; die unwahre Begründung als solche stellt keinen Rechtsmissbrauch dar (**BGE 121 III 60** E. 3b, c und d).

Dem Beschwerdeführer, der für das Vorliegen eines Missbrauchstatbestands behauptungs- und beweispflichtig ist, hätte es somit mangels Vermutung der Missbräuchlichkeit nicht geholfen, wenn er die Unwahrheit der Kündigungsbegründung hätte nachweisen können. Selbst im Falle einer fehlenden, unwahren oder unvollständigen Kündigungsbegründung bleibt die Behauptungs- und Beweislast beim Arbeitnehmer, der sich auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung beruft (vgl. **BGE 121 III 60** E. 3c S. 63).

Bei dieser Rechtslage erkannte die Vorinstanz zutreffend, dass das Arbeitsgericht - ohne Recht zu verletzen - auf die Beweisabnahme zur nicht entscheidewesentlichen Frage der Wahrheit der angegebenen Kündigungsgründe verzichten durfte. Die vom Beschwerdeführer in diesem Kontext gerügten Verletzungen von Art. 29 BV, Art. 8 ZGB, Art. 152 ZPO und Art. 6 Abs. 1 EMRK gehen daher ins Leere.

## 9. NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

- Wenn noch Zeit bleibt, Evokation von möglichen weiteren Rechtsprechungen.
- Ansonsten:

▪ FRAGEN?

▪ Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!