



## **Frühjahrssemester 2024: Übungen im Arbeitsrecht, Fall 3, «Amor at Work»**

### **Lösungsskizze**

- Zu den allgemeinen Rechtsfragen rund um Beziehungen am Arbeitsplatz, insbesondere zu den einschlägigen rechtlichen Grundlagen und den sich ergebenden Fallgruppen (Beziehungsverbot, Informationspflichten, Weisungsrecht, Kündigungsfragen), vgl. Roger Rudolph, Amor at Work, Jusletter vom 5. März 2018, dem Teile der folgenden Ausführungen entnommen sind.
- Es stellt sich vorab die zentrale Frage, ob eine vertragliche Offenbarungspflicht in Bezug auf eine Beziehung am Arbeitsplatz rechtens ist. Die zentrale Schranke setzt Art. 328b OR, wonach Datenbearbeitungen in einem Arbeitsverhältnis einen genügenden Arbeitsplatzbezug aufweisen müssen. Weil diese Bestimmung relativ zwingend ist (vgl. Art. 362 OR), kann von dieser Grenze auch nicht mit Zustimmung der Arbeitnehmenden abgewichen werden, also auch nicht durch Eingehen einer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung, sollte diese vor Art. 328b OR nicht standhalten.
- Im Regelfall wird man kein ausreichendes Informationsbedürfnis der Arbeitgeberin anerkennen können, wenn es um private Beziehungen des Arbeitnehmers geht. Daran vermag wegen des bereits erwähnten, relativ zwingenden Charakters von Art. 328b OR auch eine entsprechende vertragliche Abrede nichts zu ändern (vgl. demgegenüber BGE 4A\_518/2020



vom 25.8.2021, der die Möglichkeit der allgemeinen Rechtfertigungsgründe des DSG vorbehält).

- Es gibt aber Ausnahmekonstellationen, in denen man der Arbeitgeberin ein berechtigtes und damit im Sinne von Art. 328b OR arbeitsplatzbezogenes Interesse zugestehen muss, über Beziehungen am Arbeitsplatz informiert zu werden. Denn es lässt sich auch bei hoher Affinität zum Daten- und Persönlichkeitsschutz nicht ausblenden, dass es im Umfeld von Beziehungen am Arbeitsplatz Situationen geben kann, in welchen die Tatsache einer Beziehung und die daraus fließenden oder mindestens drohenden Folgen (z.B. Interessenkollisionen, Abhängigkeiten und sonstige Konfliktfelder) derart von Gewicht sind, dass die Optik «ist Privatsache» zu kurz greifen würde. Dies gilt besonders, wenn ein Unternehmen wie beispielsweise im Banken- oder Versicherungsbereich aufsichtsrechtlich strengen Vorgaben in Bezug auf die Vermeidung von Interessenkollisionen, Korruptionsbekämpfung, Geldwäscherei etc. verpflichtet und deswegen gehalten ist, solche Risiken durch geeignete organisatorische Massnahmen frühzeitig zu erkennen. Regulatorische Vorgaben ergeben sich hier etwa aus dem Bankengesetz (BankG) und der dazugehörigen Verordnung (BankV), dem Börsengesetz (BEHG), den Rundschreiben der eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) und den von SwissBanking im Rahmen der Selbstregulierung geschaffenen Rechtsquellen.
- Aber auch losgelöst von solchen Regulierungskonstellationen im engeren Sinn kann das Informationsbedürfnis der Arbeitgeberin überwiegen. So zum Beispiel, wenn sich die beiden Beziehungspartner bei ihrer beruflichen Tätigkeit gegenseitig ergänzen bzw. kontrollieren sollen. Gleiches gilt, wenn die beteiligten Personen gemeinsam wichtige Verträge unterzeichnen oder anderweitig wichtige Unternehmensentscheide fällen oder ganz generell, wenn zwischen ihnen ein direktes Abhängigkeitsverhältnis besteht, etwa bei einer Romanze zwischen einer Abteilungschefin und einem ihr direkt unterstellten Sachbearbeiter.
- Genau eine solche Konstellation liegt in casu vor, arbeiten X und Y doch in einem regulierten und sehr sensiblen Bereich eng und direkt zusammen (u.a.



Überwachung von Finanztransaktionen und von Vorgaben in Bezug auf Geldwäscherei, Insiderhandel und Compliance). Vor diesem Hintergrund ist mindestens bei Vorliegen einer entsprechenden vertraglichen Grundlage (was in casu der Fall ist) eine Pflicht der beiden zu bejahen, dass sie über ihre Beziehung hätten informieren müssen. Insofern stellt ihre Unterlassung eine Vertragsverletzung dar.

- Eine andere Frage ist, ob dieses Verhalten eine fristlose Entlassung im Sinne von Art. 337 OR rechtfertigt und damit, ob X und Y einen wichtigen Grund gemäss dieser Bestimmung gesetzt haben. Diese Frage lässt sich anhand der im Sachverhalt geschilderten Hintergründe nicht abschliessend beurteilen. Einerseits ist Zurückhaltung angebracht, da die Hürde von Art. 337 OR hoch ist und – zumindest gemäss Sachverhalt – abgesehen von der unterlassenen Information weder X noch Y in fachlicher Hinsicht oder bezüglich des Verhaltens ein Vorwurf gemacht werden kann. Andererseits bekleiden beide einen Kaderrang, sodass die Erwartungen an ihre Vertragstreue und ganz generell die Treuepflicht erhöht sind. Dazu kommt, dass die beiden offenbar während Monaten, wenn nicht sogar Jahren, ein eigentliches Lügengebäude konstruiert und aufrechterhalten haben, was ins Gewicht fällt. Insgesamt handelt es sich um einen Grenzfall, dessen gerichtliche Beurteilung je nach den konkreten Umständen unterschiedlich ausfallen kann. Bejaht man eine Informationspflicht, wäre jedenfalls eine ordentliche Kündigung zulässig gewesen, da eine Kündigung wegen einer Pflichtverletzung nicht missbräuchlich sein kann. Zwar wäre an sich der Missbrauchstatbestand von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR erfüllt, weil die Beziehung im Sinne dieser Bestimmung eine persönliche Eigenschaft darstellt. Die Beziehung bzw. die Verletzung der Meldepflicht als Kündigungsmotiv würde aber rechtfertigend wirken (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR: «[...] es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb»).



*Variante 1a*

- Die erste Erkrankung vom 20. bis 29. August 2018 ist nicht massgeblich, da die sperrfristenrelevante Kündigungsfrist vom 1. September bis 30. November 2018 dauert (vgl. BGE 134 III 354 E. 2.2 und Lehrbuch Portmann/Wildhaber/Rudolph, Rz 718).
- Die zweite Erkrankung vom 2. bis 30. September 2018 fällt in die Kündigungsfrist, ist damit sperrfristenrelevant und beträgt 29 Tage. Während dieser 29 Tage ruht der Lauf der Kündigungsfrist mit der Folge, dass diese Tage an den ursprünglichen Endtermin vom 30. November 2018 anzuhängen sind. Dies führt zu einer Erstreckung bis zum 29. Dezember 2018. Wenn, was in der Praxis die Regel ist, ein vertraglicher Kündigungstermin gilt (meistens das Monatsende), erstreckt sich das Vertragsende zusätzlich bis zum nächsten Kündigungstermin (Art. 336c Abs. 3 OR). Damit würde das Arbeitsverhältnis im vorliegenden Fall am 31. Dezember 2018 enden.
- Die Lohnfortzahlung richtet sich nach Art. 324a OR, es sei denn, die Parteien hätten im Sinne von Absatz 4 dieser Bestimmung eine andere, mindestens gleichwertige Regelung getroffen (z.B. durch den Abschluss einer kollektiven Krankentaggeldversicherung). Nach dem Gesetz schuldet die Z. AG im ersten Dienstjahr drei Wochen Lohnfortzahlung und danach für eine angemessen längere Zeit (Art. 324a Abs. 2. OR). Die Gerichte orientieren sich bei der Bestimmung der «angemessenen längeren Zeit» an Skalen, welche den Lohnfortzahlungsanspruch anhand der Dienstjahre bestimmen. Die Zürcher Skala lautet:

Anzahl Wochen Lohnfortzahlung = Anzahl Dienstjahre + 6

Im konkreten Fall befindet sich X im sechsten Dienstjahr, womit sein Lohnfortzahlungsanspruch in diesem Dienstjahr maximal 12 Wochen beträgt (6+6), und zwar für alle Verhinderungstatbestände insgesamt. Soweit X dieses Gesamtguthaben durch frühere Arbeitsverhinderungen in diesem Dienstjahr noch nicht aufgebraucht hat, ist sein Lohnfortzahlungsanspruch für die Absenz vom 20. bis 29. August und vom 2. bis 30. September 2018 gesichert. Vgl. zum Ganzen Lehrbuch Portmann/Wildhaber/Rudolph, Rz 313–328, insbesondere Rz 320)



*Variante 1b*

- Es stellt sich materiellrechtlich die Frage, ob die geltend gemachte Arbeitsverhinderung genereller Natur oder bloss arbeitsplatzbezogen ist. Nach überwiegender Lehre und breiter kantonaler Rechtsprechung vermag eine bloss arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit die Sperrfrist des Art. 336c OR nicht auszulösen (weiterführend dazu Portmann/Rudolph, Obligationenrecht I, Art. 319–362, 7. Auflage Basel 2020, N 6 zu Art. 336c OR; eine Klärung durch das Bundesgericht steht noch aus). Ungeklärt ist allerdings, wer in dieser Situation die Beweislast trägt, d.h. dass die Arbeitsverhinderung eine generelle oder nur eine arbeitsplatzbezogene ist.
- In beweisrechtlicher Hinsicht hat das Bundesgericht entschieden, dass bei erheblichen Zweifeln am Arztzeugnis und verweigerter Entbindung des Arztes vom Arztgeheimnis gegenüber dem Vertrauensarzt der Beweis für die Arbeitsunfähigkeit nicht mehr erbracht sei (BGE 8C\_619/2014 vom 13.4.2015). Die kantonale Rechtsprechung ist teilweise noch strenger und stuft jede unberechtigte Verweigerung der vertrauensärztlichen Untersuchung oder auch die Weigerung, berechtigte Fragen der Arbeitgeberin zu beantworten, als Entkräftung des bestehenden Arztzeugnisses ein (z.B. Obergericht Luzern, in: JAR 2013 S. 514). Ebenfalls streng war das Bundesgericht im Entscheid 8C\_760/2012 vom 4. September 2013, an den sich die Variante anlehnt. Das Bundesgericht erachtete im Rahmen einer Willkürprüfung den Beweis der Arbeitsunfähigkeit als nicht erbracht, nachdem sich der Arbeitnehmer wie in casu geweigert hatte, einen Arztbericht an die Arbeitgeberin herauszugeben bzw. detailliertere Auskünfte über seinen Gesundheitszustand zu erteilen. Gleichzeitig lehnte auch der Hausarzt des Arbeitnehmers einen fachlichen Austausch mit dem Vertrauensarzt ab. Dieses Ergebnis ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Beweislast für das Vorliegen einer Arbeitsverhinderung bei den Arbeitnehmenden liegt (vgl. Art. 8 ZGB).
- Es hängt also von den konkreten Umständen im Einzelfall ab, ob im vorliegenden Fall der Sperrfristenschutz zur Anwendung gelangt. Zu bejahen



wäre dies, wenn das Gericht trotz der verdächtigen Umstände von einer allgemeinen (und nicht einer bloss arbeitsplatzbezogenen – so jedenfalls die überwiegende Auffassung; s. oben) Arbeitsverhinderung ausginge und es diese auch als nachgewiesen erachten würde. Andernfalls bliebe es beim 30. November 2018 als Endtermin.

*Variante 1c*

- Einzelne kantonale Gerichte behandeln eine solcherart zu Stande gekommene Arbeitnehmerkündigung (oder auch Aufhebungsvereinbarung) als Arbeitgeberkündigung (vgl. z.B. Verwaltungsgericht Zürich, in: JAR 2001 S. 280).
- Richtigerweise wäre die Situation nach den Regeln über die Gesetzesumgehung zu beurteilen. Das Arbeitsgericht Lenzburg (in: JAR 2007 S. 373) und ihm folgend der Basler Kommentar Portmann/Rudolph (a.a.O., N 2 zu Art. 336c OR) befürworten eine differenzierte Lösung, die auch die Interessenlage des Arbeitnehmers mit einbezieht: Hat der Arbeitnehmer die Gelegenheit, die Vor- und Nachteile einer eigenen Kündigung gegeneinander abzuwägen und ist seine diesbezügliche Entscheidungsfreiheit aufgrund des von der Arbeitgeberin allenfalls ausgeübten Drucks nicht erheblich eingeschränkt, so besteht kein Anlass, eine Arbeitnehmerkündigung in eine Kündigung der Arbeitgeberin umzudeuten. Es kommt also auch im vorliegenden Fall auf die konkreten Umstände an, ob sich X trotz eigener Kündigung auf den zeitlichen Kündigungsschutz berufen kann.