

5/2024

www.zbjv.ch

Organ für schweizerische  
Rechtspflege und Gesetzgebung

# ZBJV

**Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**  
**Revue de la société des juristes bernois**

---

160. Jahrgang  
Erscheint jeden Monat  
Mai 2024

Redaktoren  
Prof. Dr. Jörg Schmid  
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf

**online+**

Ihre Vorteile auf  
einen Blick: Seite 303

**en ligne+**

Vos avantages en  
un coup d'œil :  
Page 303



Stämpfli  
Verlag

## Impressum

### Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern  
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88  
E-Mail [verlag@staempfli.com](mailto:verlag@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://www.staempfli.com)

### Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Bern

### Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Zürich; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber PD Dr. MARTIN KOCHER, St. Gallen; Prof. em. Dr. Dr. h.c. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. em. Dr. Dr. h.c. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern; Prof. Dr. CHRISTOF RIEDO, Bern; Prof. Dr. ROGER RUDOLPH, Zürich; Prof. Dr. FRANZISKA SPRECHER, Bern; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. FRANZ ZELLER, Bern.

### Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 154.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 184.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

#### *Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:*

Schweiz CHF 214.–, Europa CHF 249.50, Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 149.–, Einzelheft CHF 24.– (exkl. Versandkosten). Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten. Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

[www.zbjv.recht.ch](http://www.zbjv.recht.ch)

### Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 63 25  
E-Mail [zeitschriften@staempfli.com](mailto:zeitschriften@staempfli.com), Internet [www.staempfliverlag.com/zeitschriften](http://www.staempfliverlag.com/zeitschriften)

### Inserate: Stämpfli AG, Kommunikationsunternehmen, Inseratemanagement,

Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 63 82

E-Mail [mediavermarktung@staempfli.com](mailto:mediavermarktung@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com/zeitschriften](http://www.staempfli.com/zeitschriften)

### Druck und Spedition: Stämpfli AG, Kommunikationsunternehmen, Wölflistrasse 1,

Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 66 66

E-Mail [info@staempfli.com](mailto:info@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://www.staempfli.com)

**Auflage:** 1480 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print) / e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.



**Der Schreiber** steht für unseren Anspruch, gemeinsam mit unseren Autorinnen und Autoren relevante und herausragende Inhalte zu produzieren.

**Le scribe** symbolise notre volonté de produire, en collaboration avec nos auteurs, du contenu d'exception.

---

# Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2023

Arbeitsrecht

## Veröffentlicht in Band 149

Von Prof. Dr. iur. ROGER RUDOLPH<sup>1</sup>

### Inhaltsverzeichnis

- I. **Quorenberechnung bei Massentlassung (BGE 149 III 98)**
- II. **Ferienlohnabgeltung bei Vollzeitbeschäftigung (BGE 149 III 202)**
- III. **Definitive Rechtsöffnung bei Zusprechung eines Bruttolohns; befreiende Einwendung (BGE 149 III 258)**
- IV. **Einsprache gegen missbräuchliche Kündigung; Behauptungs- und Beweislast (BGE 149 III 304)**

Im Berichtsjahr 2023 hat das Bundesgericht im dritten Band vier Entscheide mit arbeitsrechtlichem Einschlag gefällt. In BGE 149 III 98 ging es um die Quorenberechnung bei einer Massentlassung, in BGE 149 III 202 um die Ferienlohnabgeltung bei Vollzeitbeschäftigung, in BGE 149 III 258 um die betriebsrechtliche Behandlung einer Bruttolohnforderung und in BGE 149 III 304 um die Behauptungs- und Beweislast bezüglich der Einspracheerhebung bei missbräuchlicher Kündigung.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Der Autor bedankt sich bei MLaw Christoph Reusser, Rechtsanwalt, für die wertvolle Mitarbeit an diesem Beitrag.

<sup>2</sup> Der Vollständigkeit halber zu erwähnen, da am Rande ebenfalls das Arbeitsrecht berührend, ist BGE 149 III 105, der die Haftung einer Bank bei Veruntreuung von Kundenguthaben durch einen Bankmitarbeiter zum Gegenstand hatte.

## I. Quorenberechnung bei Massentlassung (BGE 149 III 98)

Liegt eine Massentlassung im Sinne von Art. 335d ff. OR vor, hat die Arbeitgeberin als zentrale Pflicht, die Arbeitnehmenden bzw. ihre Vertretung zu konsultieren und das kantonale Arbeitsamt zu informieren.<sup>3</sup> Das Gesetz knüpft für den Tatbestand der Massentlassung in Abhängigkeit von der Anzahl beschäftigter Mitarbeiter an bestimmte Mindestquoten pro Zeiteinheit von 30 Tagen an, wobei sich das vorausgesetzte Quorum nicht etwa am Gesamtunternehmen als juristischer Einheit bemisst, sondern am von den Kündigungen betroffenen Betrieb.<sup>4</sup> Beschäftigt ein Betrieb beispielsweise in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer, ist der Massentlassungstatbestand erfüllt, sobald die Arbeitgeberin innert 30 Tagen mindestens 10 Kündigungen ausspricht.<sup>5</sup> Als Betrieb gilt dabei eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt.<sup>6</sup> Bis hierhin kann von einer unbestrittenen Rechtslage gesprochen werden.

Kontrovers wird nun aber die Frage beurteilt, wie es sich verhält, wenn mehrere Betriebe desselben Unternehmens in geografischer Nähe betroffen sind. Nach einem Teil der Lehre sind solche Betriebe bzw. die von ihnen beabsichtigten Kündigungen für die Quorenberechnung gemeinsam zu betrachten, während nach anderer Auffassung auch in diesem Fall eine separate Beurteilung für jeden einzelnen Betrieb zu erfolgen hat.<sup>7</sup> Je nach den konkreten Umständen kann dies dazu führen, dass nach der einen Variante eine Massentlassung vorliegt, während dies nach der anderen nicht der Fall ist. Das Bundesgericht hat sich nun mit BGE 149 III 98 der Einzelfallbetrachtung pro Betrieb angeschlossen. Dies geschah auf der Grundlage einer in erster Linie historischen und teleologischen Auslegung.

---

3 Art. 335f OR.

4 Art. 335d OR, wobei die Informations- und Konsultationspflichten nach Art. 335f OR schon vor dem Aussprechen greifen, nämlich sobald die Arbeitgeberin eine Massentlassung beabsichtigt.

5 Art. 335d Ziff. 1 OR. Vorausgesetzt ist weiter, dass die Kündigungen in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen.

6 BGE 129 III 335 E. 2.1.

7 Übersicht über den Meinungsstand in BGE 149 III 98 E. 5.5.

Im zu entscheidenden Fall ging es um Poststellen der Schweizerischen Post. Das Bundesgericht hielt fest, dass jede einzelne Poststelle als Postfiliale im Sinne der Massentlassungsgesetzgebung einen Betrieb darstelle. Massgebend ist also nicht, wie viele Kündigungen die Post in Bezug auf das gesamte Postnetz oder in nahe beieinanderliegenden Filialen ausspricht. Stattdessen müssen die Schwellenwerte von Art. 335d OR in Bezug auf jede einzelne Postfiliale erfüllt sein, sodass sie in der Regel nur selten erreicht werden dürften.<sup>8</sup>

## II. Ferienlohnabgeltung bei Vollzeitbeschäftigung (BGE 149 III 202)

Nach Art. 329d Abs. 2 OR dürfen Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Die Rechtsprechung, angeführt vom Bundesgericht, lässt nur unter restriktiven materiellen wie formellen Voraussetzungen Ausnahmen von diesem Grundsatz zu. Materiell vorausgesetzt ist, dass es sich um eine kurze oder eine unregelmässige Tätigkeit handelt. In formeller Hinsicht muss der für die Ferien bestimmte Lohnanteil zunächst klar und ausdrücklich im Arbeitsvertrag ausgeschieden sein, sofern ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt. Ausserdem muss der auf die Ferien entfallende Lohnanteil in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen ausgewiesen werden (z. B. in Franken oder Lohnprozenten).<sup>9</sup> Für die wichtigere Variante «unregelmässige Tätigkeit» hat nun das Bundesgericht in BGE 149 III 202 entschieden, dass dieser Ausnahmetatbestand nur bei Teilzeit-, nicht aber bei Vollzeittätigkeit bei derselben Arbeitgeberin zur Verfügung steht. Vollzeittätigkeit beim gleichen Arbeitgeber schliesst mit anderen Worten die Möglichkeit der Ferienlohnabgeltung auch dann aus, wenn es sich um eine unregelmässige Tätigkeit handelt und die formellen Voraussetzungen erfüllt sind.

---

<sup>8</sup> Eine Massentlassung kann erst vorliegen, wenn mindestens zehn Kündigungen in einem Zeitraum von dreissig Tagen ausgesprochen werden, wobei die konkret erforderlichen Quoren von der Anzahl Mitarbeitender im Betrieb abhängen; Art. 335d OR.

<sup>9</sup> Zum Ganzen BGE 149 III 202 E. 2.2.1.

Dieses Verdikt ist bemerkenswert, denn 2019, anknüpfend an ein Urteil aus dem Jahr 2003, war das Bundesgericht noch zum gegenteiligen Schluss gekommen, dass also auch bei Vollzeitbeschäftigung eine unregelmässige Tätigkeit als Voraussetzung für die ausnahmsweise zulässige Ferienlohnabgeltung vorliegen könne.<sup>10</sup> Nun aber ist klar: Sieht eine Arbeitgeberin bei (regelmässiger oder unregelmässiger) Vollzeitanstellung eine Abgeltungslösung vor, riskiert sie eine Doppelzahlung, indem sie die Ferien – Rechtsmissbrauchsfälle vorbehalten – trotz der laufenden Abgeltung beim Bezug bzw. bei Vertragsende ein zweites Mal bezahlen muss. Ein Ergebnis, das auf den ersten Blick überraschen mag, aber der herrschenden Auffassung entspricht.<sup>11</sup>

### III. Definitive Rechtsöffnung bei Zusprechung eines Bruttolohns; befreiende Einwendung (BGE 149 III 258)

Heisst ein Gericht eine Lohnforderung gut, stellt sich die Frage, ob der Anspruch brutto oder netto zuzusprechen ist. Dazu fehlen klare gesetzliche Regeln, und die kantonale Praxis ist entsprechend heterogen.<sup>12</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich prinzipiell um einen Bruttolohn, wobei dem Gericht zwei Lösungen zur Verfügung stehen: Es kann entweder einen Bruttobetrag zuzusprechen und die abzuziehenden Sozialversicherungsbeiträge berechnen, oder es kann auf Letzteres verzichten und dafür ausdrücklich vorsehen, dass dieser Betrag vom Arbeitgeber um die Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers zu kürzen ist.<sup>13</sup>

Unabhängig von diesen beiden Varianten äusserte sich das Bundesgericht in BGE 149 III 258 zur betriebsrechtlichen Behandlung einer zugesprochenen Lohnforderung. Demnach stellt ein end-

---

10 BGer, Urteil 4A\_619/2019 vom 15.4.2020 E. 3.4, mit Verweis auf BGer, Urteil 4C.90/2003 vom 7.7.2003.

11 Vgl. BGer, Urteil 4C.147/2005 vom 26.9.2005 E. 2; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Zürich/Basel/Genf, N 9 zu Art. 329d OR, mit weiteren Hinweisen.

12 ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH (Fn. 11), N 14 zu Art. 322 OR.

13 BGE 149 III 258 E. 6.2.1, mit Verweis auf BGer, Urteil 4C.319/1995 vom 8.4.1997 E. 2b/aa.

gültiges und vollstreckbares Urteil, das eine Arbeitgeberin dazu verurteilt, ihrem Arbeitnehmer einen Bruttolohn abzüglich der von diesem zu tragenden Sozialabgaben zu zahlen, einen definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG dar. Die Arbeitgeberin kann jedoch als Einwendung gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG ihre Verpflichtung zur Abführung dieser Beiträge geltend machen. Dabei obliegt es ihr, den Umfang ihrer Verpflichtung urkundlich zu beweisen, wobei sie sich jedoch nicht auf eine effektive Zahlung berufen muss. Andernfalls hat der Rechtsöffnungsrichter den Rechtsvorschlag in Höhe des Bruttolohns aufzuheben. Es ist nicht seine Aufgabe, das Urteil inhaltlich zu überprüfen, indem er selbst den Nettolohn bestimmt.<sup>14</sup>

#### IV. Einsprache gegen missbräuchliche Kündigung: Behauptungs- und Beweislast (BGE 149 III 304)

Missbräuchliche Entlassungen, tatsächliche oder vermeintliche, beschäftigen die Gerichte sehr häufig.<sup>15</sup> Voraussetzung für einen darauf fussenden Rechtsanspruch in der Form einer finanziellen Entschädigung<sup>16</sup> ist eine schriftliche Einspracheerhebung bei der Gegenpartei, und zwar längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist.<sup>17</sup> Dabei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, sodass bei Säumnis der Anspruch erlischt, selbst wenn die Kündigung tatsächlich missbräuchlich war.

In BGE 149 III 304 war nun das Vorliegen einer rechtsgenügenden Einspracheerhebung strittig. Ausgangspunkt war, dass die Frage überhaupt erst in der Hauptverhandlung vom Tribunal des prud'homme des Kantons Genf zum Thema gemacht wurde. Die Arbeitnehmerin räumte ein, dass sie es versäumt hatte, das entsprechende Schreiben

---

14 BGE 149 III 258 E. 6.3.3.

15 Die Missbrauchstatbestände von Art. 336 OR sind zwar paritätisch ausgestaltet, sodass nach dem Gesetz auch der Arbeitnehmer missbräuchlich kündigen könnte. Dieser Aspekt des sachlichen Kündigungsschutzes ist aber toter Buchstabe geblieben, weshalb sich der faktische Anwendungsbereich der Art. 336–336b OR auf Entlassungen von Arbeitnehmern beschränkt.

16 Vgl. Art. 336a OR; maximal sechs Monatslöhne.

17 Art. 336b Abs. 1 OR. Kumulativ muss die Klage innert 180 Tagen seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses anhängig gemacht werden; Art. 336b Abs. 2 OR.

vorzulegen. Sie bot aber an, dies nachzuholen, und wies weiter darauf hin, dass das Schreiben in den Akten erwähnt werde. Das half ihr allerdings vor der Erstinstanz nicht weiter: Diese wies die Klage mit der Begründung ab, dass die Klägerin weder behauptet noch bewiesen habe, rechtzeitig Einsprache erhoben zu haben. Ausserdem seien die Voraussetzungen für ein Novenrecht nach Art. 229 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt.

Auf bemerkenswerte Milde stiess die Arbeitnehmerin dagegen bei der von ihr mittels Berufung angerufenen Cour de justice. Dieses hielt im Kern dafür, dass die Nichtverwirkung eines Rechts, wie dies bei der Einspracheerhebung nach Art. 336b Abs. 1 OR der Fall sei, als implizite Tatsache nur dann formell behauptet und bewiesen werden müsse, wenn sie bestritten werde, was in casu nicht der Fall gewesen sei.<sup>18</sup> Infolgedessen wurde das erstinstanzliche Urteil aufgehoben.

Nach einem erneuten Instanzenzug hatte sich schliesslich das Bundesgericht mit der Sache zu beschäftigen. Und dieses fand deutliche Worte: Es sei Sache der Klägerin, die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, gestützt auf welche das Gericht schliessen könne, dass sie gegen die angeblich missbräuchliche Kündigung Einsprache erhoben habe. Die Klägerin, die bereits vor Beginn des Gerichtsverfahrens professionell vertreten gewesen sei, habe es schlichtweg versäumt, diese Anforderungen zu erfüllen.<sup>19</sup> Infolgedessen wies das Bundesgericht die Klage auf Zusprechung einer Missbrauchspönale ab.

---

<sup>18</sup> Offenbar hatte sich auch die Arbeitgeberin bis zur Hauptverhandlung nicht zur Frage der Einspracheerhebung geäussert.

<sup>19</sup> BGE 149 III 304 E. 4.2.