

---

# ArbOR

---

Mitteilungen des Instituts für  
Schweizerisches Arbeitsrecht

2013



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

---

# ArbOR

---

Mitteilungen des Instituts für  
Schweizerisches Arbeitsrecht

2013

unter Mitwirkung von

Dr. Roland Bachmann

Prof. Dr. Roland A. Müller

lic. iur. Thomas Pietruszak

Prof. Dr. Wolfgang Portmann

Dr. Adrian von Kaenel

MLaw Angela Obrist

herausgegeben von

**Prof. Dr. Jean-Fritz Stöckli**



Stämpfli Verlag

# ArbR 2013

www.staempfliverlag.com

## Redaktion

Prof. Dr. Jean-Fritz Stöckli, Peter Merian-Weg 8, Postfach,  
CH-4002 Basel, Telefon 061/267 24 85, Fax 061/267 24 83

## Verlag

Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, CH-3001 Bern,  
Telefon 031/300 63 12, Fax 031/300 66 88, Postcheck 20-458232-5

## Anzeigenannahme

beim Verlag

## Herstellung

Stämpfli Publikationen AG, Bern

## Erscheinungsweise

Jährlich erscheint in der Regel ein Band.

## Bezugspreis

Abonnementspreis pro Band CHF 55.–/€ 48.–

bei Einzelbezug CHF 58.–/€ 50.–.

Sonderpreis für Mitglieder des Instituts: CHF 44.–/€ 38.–.

Alle Preise verstehen sich zuzüglich Zustellungsgebühr. Bestellungen nehmen jede Buchhandlung und der Verlag entgegen. Der Verlag verfügt noch über gewisse Bestände an früheren Bänden. Diese können mit einem Rabatt von 50% bezogen werden.



# Die Aufhebungsvereinbarung im Arbeitsvertragsrecht

## Versuch einer Strukturierung der (inhaltlichen) Schranken der Vertragsbeendigungsfreiheit

von Dr. iur. Marco Kamber, Rechtsanwalt

### Inhalt

I.	Einleitung.....	45
II.	Formelle Anforderungen an eine Aufhebungsvereinbarung.....	46
III.	Vorgaben an den Konsens über eine Aufhebungsvereinbarung.....	47
IV.	Inhaltliche Anforderungen an eine Aufhebungsvereinbarung ..	48
	1. Übersicht .....	48
	2. Das Verzichtsverbot für bereits entstandene Rechtspositionen (Kategorie i) .....	50
	a) Der Normgehalt des Verzichtverbots nach Art. 341 Abs. 1 OR .....	50
	b) Die Praxis zur Umsetzung des Verzichtverbots nach Art. 341 Abs. 1 OR.....	52
	c) Vorbehalt zur Praxis des Erfordernisses gegenseitiger Konzessionen.....	53
	3. Der Schutz durch zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts (Kategorie ii).....	54
	4. Das Verbot der Umgehung zwingender Schutzbestimmungen (Kategorie iii) .....	55
	a) Der Gehalt des Umgehungsverbots .....	55
	b) Die Praxis zur Umsetzung des Umgehungsverbots ...	55
	5. Die Abgrenzung zwischen Art. 341 Abs. 1 OR und der Gesetzesumgehung .....	56
	a) Die diesbezügliche Praxis .....	56
	b) Die diesbezügliche korrekte Abgrenzung .....	57
	6. Praxisrelevante Faktoren für die Frage nach der Zulässigkeit einer Aufhebungsvereinbarung .....	58
	a) Einleitung.....	58

b)	Stichtag der Beurteilung .....	59
c)	Typische Nachteile des Arbeitnehmers .....	60
(i)	Einleitung .....	60
(ii)	Der Verzicht auf bereits entstandene Rechts- positionen (Kategorie i).....	60
(iii)	Der Verzicht auf die Entstehung von Rechts- positionen während der Vertragsrestlaufzeit (Kategorie ii) .....	61
(iv)	Die Umgehung zwingender Schutzbestim- mungen (Kategorie iii) .....	61
d)	Typische Vorteile des Arbeitnehmers.....	69
7.	Hinweis: Die Berufung des Arbeitgebers auf Rechtsmiss- brauch durch den Arbeitnehmer .....	72
V.	Anwendungsbeispiele .....	73
1.	Einleitung .....	73
2.	Erstes Beispiel .....	73
a)	Sachverhalt .....	73
b)	Beurteilung nach der Rechtsprechung .....	73
c)	Beurteilung nach vorliegend vertretener Ansicht .....	74
d)	Aussagegehalt des ersten Anwendungsbeispielles.....	74
3.	Zweites Beispiel .....	75
a)	Sachverhalt .....	75
b)	Beurteilung nach der Rechtsprechung .....	75
c)	Beurteilung nach vorliegend vertretener Ansicht .....	76
d)	Aussagegehalt des zweiten Anwendungsbeispielles...	77

## I. Einleitung

Der in der Praxis häufigste Beendigungsgrund für Arbeitsverhältnisse ist die ordentliche Kündigung. Dabei handelt es sich um eine Gestaltungserklärung, welche einseitig ausgesprochen wird. Die vertragliche Bindung kann indessen auch durch einen konsensualen Akt der beiden Vertragsparteien aufgelöst werden. Der Abschluss einer solchen Aufhebungsvereinbarung liegt insbesondere dann nahe, wenn beide Parteien das Interesse an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verloren haben. Es werden aber zunehmend auch in solchen Fällen einvernehmliche Vertragsbeendigungen angestrebt, in welchen der Aufhebungswunsch ursprünglich von *einer* Vertragspartei ausgeht. Ein solches Interesse kann bspw. der Arbeitgeber haben, welcher im Rahmen eines umstrukturierungsbedingten Personalabbaus Kündigungen vermeiden möchte, um die Bestimmungen über die Massenentlassung (Art. 335d ff. OR) zu umgehen. Aufhebungsvereinbarungen bieten sich ebenfalls an, wenn umstrittene gegenseitige Forderungsverhältnisse bestehen, welche die Parteien bei der Vertragsbeendigung durch eine umfassende Regelung bereinigen wollen. Schliesslich werden nicht selten Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern höherer Management-Stufen durch eine Aufhebungsvereinbarung aufgelöst. Dies etwa, um Beteiligungen am Geschäftsgewinn und an Bonusprogrammen vorzeitig abzugelten und damit verbundene allfällige Informationsrechte des Arbeitnehmers über Geschäftsergebnisse per Datum der Vertragsbeendigung zu kappen.

Die Möglichkeit der Parteien zur konsensualen Vertragsaufhebung fusst auf dem Grundsatz der Vertragsbeendigungsfreiheit als Teilgehalt der Vertragsfreiheit und damit der Privatautonomie. Die Vertragsfreiheit wurde jedoch für den Arbeitsvertrag durch verschiedene zwingende Bestimmungen eingeschränkt. Der Grund liegt darin, dass der Gesetzgeber für den Arbeitnehmer systemimmanent eine geringere Verhandlungsmacht als für den Arbeitgeber annimmt und daher nur eine beschränkte Gewähr des materiell gerechten Verhandlungsergebnisses über die freie Konsensfindung unterstellt. Der in der Folge reglementierte Arbeitnehmerschutz wirkt sich auch auf den Teilgehalt der inhaltlichen Vertragsbeendigungsfreiheit aus; Letztere wird aus verschiedenen zeitlichen Perspektiven eingegrenzt. Die Rechtsprechung lässt jedoch eine systematische und dogmatisch korrekte Anwendung dieser verschiedenen Grenzziehungen vermissen. Dies und die einleitend erwähnte hohe Praxisrelevanz der Aufhebungsvereinbarung bieten Anlass zum vorliegend – nach einem Hinweis auf die Anforderungen an Form und Konsens einer Aufhebungsvereinbarung – unternomme-

nen Versuch, die inhaltlichen Grenzen der einvernehmlichen Vertragsbeendigung praktisch verwertbar darzulegen.

## II. Formelle Anforderungen an eine Aufhebungsvereinbarung

Die vollständige oder teilweise Aufhebung einer *einzelnen* Forderung erfolgt durch einen Erlassvertrag. Gläubiger und Schuldner dürfen die entsprechende Vereinbarung gemäss Art. 115 OR stillschweigend resp. konkludent abschliessen. Dies gilt auch dann, wenn das Rechtsgeschäft, aus welchem die fragliche Forderung hervorging, von Gesetzes wegen oder gemäss Parteivereinbarung formgebunden war. Ein Erlass kann ebenfalls formfrei vereinbart werden, wenn nicht das zugrunde liegende Rechtsgeschäft an sich, wohl aber die (vorgängige) Wegbedingung des fraglichen Anspruchs gemäss gesetzlicher Bestimmung ausdrücklich formbedürftig wäre (bspw. Art. 321c Abs. 3 OR).<sup>1</sup>

Lehre und Rechtsprechung sind sich darin einig, dass Art. 115 OR über die Formfreiheit von Erlassverträgen direkt oder analog Anwendung findet auf die Aufhebung ganzer Vertragsverhältnisse als Bündel gegenseitiger Rechte und Pflichten.<sup>2</sup> Dies gilt – im Unterschied zum Gesamtarbeitsvertrag (Art. 356c Abs. 1 OR) – auch im Einzelarbeitsvertragsrecht.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 3 zu Art. 341; a.A. MANFRED REHBINDER, in: Hausheer [Hrsg.], Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt, Art. 331–355 OR, Bern 1992, N 4 zu Art. 341; ADRIAN STAEHELIN, in: Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b–355, Art. 361–362 OR, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 3 zu Art. 341.

<sup>2</sup> Statt vieler BGer. 4A\_49/2008 E. 2.1; RAINER GONZENBACH/DEBORA GABRIEL-TANNER, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1–529, 5. Aufl., Basel 2011, N 2 zu Art. 115.

<sup>3</sup> Siehe etwa BGer. 4C.397/2004 E. 2.1.

### III. Vorgaben an den Konsens über eine Aufhebungsvereinbarung

Die Aufhebungsvereinbarung ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Sie wird abgeschlossen, wenn die Parteien einer vertraglichen Beziehung einen Konsens darüber finden, dass das Vertragsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt und zu bestimmten Konditionen beendet werden soll. Im Hinblick auf das Zustandekommen des fraglichen Rechtsgeschäfts gelten die üblichen Grundsätze über den Vertragsschluss, so die Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit der Parteien, die Regeln über die Stellvertretung, das Zustandekommen eines natürlichen oder normativen Konsenses etc.<sup>4</sup> Entsprechend kann diejenige Partei, welche einem Willensmangel unterlegen ist (Art. 21–31 OR), ihre jeweilige rechtsgeschäftliche Erklärung, d.h. entweder die Offerte oder das Akzept, anfechten und damit das Dahinfallen der Aufhebungsvereinbarung bewirken.<sup>5</sup> Enthält Letztere einen *Vergleich*, werden jedoch erhöhte Anforderungen an den wesentlichen Willensmangel gesetzt; dies gilt namentlich für die Irrtumsanfechtung.<sup>6</sup>

In Bezug auf die Anforderungen an die übereinstimmenden Willenserklärungen ist folgende Ergänzung anzubringen: Der Arbeitnehmer bestreitet in aller Regel aus dem Arbeitsentgelt seinen Lebensunterhalt. Ein bestehendes Arbeitsverhältnis wird daher im Allgemeinen insbesondere für den Arbeitnehmer als Rechtsbeziehung von grundlegender Bedeutung qualifiziert. Folglich gilt die Einwilligung in eine Vertragsaufhebung als rechtsgeschäftliche Entscheidung von grosser Tragweite. Soweit nun keine deutlichen und expliziten Erklärungen der Parteien vorliegen, sondern einzig auf das *Verhalten* der Parteien oder auf undeutliche Erklärungen abgestellt werden muss, wird ein beidseitiger Wille zur einvernehmlichen Vertragsaufhebung in der Rechtsprechung nicht leichthin angenommen.<sup>7</sup> Zwar wird

---

<sup>4</sup> Vgl. zu diesen Voraussetzungen PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 285a–487, N 730–946 und N 1303a–1464; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 27.01–32.55 und N 36.01–43.11.

<sup>5</sup> Siehe URS HOFMANN, Verzicht und Vergleich im Arbeitsrecht, Diss. Zürich, Bern 1985, S. 102 f.; ROLAND A. MÜLLER, Die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Diss. Zürich, Bern 1991, S. 132 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 1), N 7 zu Art. 341.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 130 III 49 E. 1.2; BGer. 9C\_378/2008 E. 3.2.

<sup>7</sup> Siehe BGer. vom 13. Oktober 1995, E. 1a, 2a, in: JAR 1996 S. 169 ff.; ebenso BGer. vom 20. Juli 1999, E. 3c, in: JAR 2000 S. 105 ff.; BGer. 4C.122/2000 E. 1b;



für das Zustandekommen einer Vertragsbeendigung keine *tatsächliche* Willensübereinstimmung vorausgesetzt; eine Aufhebungsvereinbarung kann durchaus auch auf einem *normativen* Konsens beruhen. Jedenfalls aber bedarf es dazu – nach Treu und Glauben interpretiert – klarer und unzweideutiger Willensäusserungen.<sup>8</sup> So lässt sich bspw. alleine aus der Gegenzeichnung einer Kündigungserklärung nach Treu und Glauben nicht auf den Willen des Arbeitnehmers zum Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung schliessen, sondern bestenfalls auf denjenigen zur einvernehmlichen Regelung der Konditionen der Kündigung.<sup>9</sup>

#### **IV. Inhaltliche Anforderungen an eine Aufhebungsvereinbarung**

##### *1. Übersicht*

Es wurde einleitend bereits angesprochen, dass der Gesetzgeber die Freiheit der Parteien im Hinblick auf die einvernehmliche Regelung der Beendigungsmodalitäten eines Arbeitsvertrages eingeschränkt hat. Die Grenzziehungen gehen dabei jeweils auf zwingende Regelungen und damit auf denselben Kern zurück, auferlegen der einvernehmlichen Vertragsbeendigung aber – insbesondere je nach *zeitlicher* Perspektive – verschiedene Schranken. Zum besseren Verständnis der nachfolgenden vertieften Ausführungen erscheint es angezeigt, diesen eine zusammenfassende Übersicht voranzustellen.

---

BGer. 4C.185/2001 E. 2a, 2b; BGer. 4C.397/2004 E. 2.1; BGer. 4C.230/2005 E. 2; sodann MARTIN FARNER, Der Aufhebungsvertrag, in: ArbR 2010 S. 33 ff., 45 f.; MÜLLER (Fn. 5), S. 51 ff.; WOLFGANG PORTMANN, Erklärungen ohne Worte im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, in: ArbR 1998 S. 59 ff., 71 ff.; DERS., Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht – Eine kritische Analyse der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Harrer/Portmann/Zäch [Hrsg.], Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 355 ff., 359 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 1), N 10 zu Art. 335 und N 7 zu Art. 341.

<sup>8</sup> Vgl. bspw. BGer. 4C.122/2000 E. 1b; BGer. 4C.335/2001 E. 2a, 2b; BGer. 4A\_376/2010 E. 3. Eher grosszügig nun das AGER ZH in einem Urteil vom 17. August 2010, in: EAZ 2010 Nr. 12; siehe auch bereits AGER ZH, Urteil vom 11. Dezember 2008, in: EAZ 2008 Nr. 20.

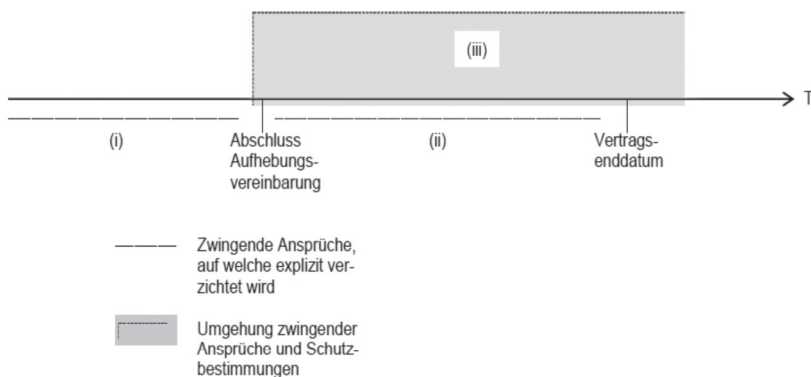
<sup>9</sup> Siehe BGer. vom 8. Januar 1999 in: JAR 2000 S. 276 ff., E. 2c; ähnlich BGer. 4C.22/2000 E. 3c; BGer. 4C.27/2002 E. 2.

Bei der Beurteilung resp. bei der Redaktion einer Aufhebungsvereinbarung sind verschiedene zwingende Bestimmungen zugunsten des Arbeitnehmers zu beachten. Grundsätzlich erfährt der Arbeitnehmer Schutz durch

(i) das Verbot des Verzichts auf *bereits entstandene* zwingende Rechtspositionen nach Art. 341 Abs. 1 OR,

(ii) durch den zwingenden Charakter einzelner Anspruchsgrundlagen *für eine allfällige Restlaufzeit* des Vertrages und

(iii) durch das Verbot der *Umgehung* zwingender Schutzbestimmungen, welche bei einer ordentlichen Vertragsbeendigung zum Zuge gekommen wären, durch die einvernehmliche Vertragsaufhebung jedoch ausgeschlossen werden.



Soweit die Aufhebungsvereinbarung Abreden enthält, welche *prima facie* gegen eine der genannten Schutzkategorien (i)–(iii) verstossen, muss die Vereinbarung als Ganzes unter die Lupe genommen werden. Dabei sind zunächst – nach dem Wissensstand zum Zeitpunkt des Abschlusses der Aufhebungsvereinbarung und gemessen an den konkreten Umständen des Einzelfalles – die dem Arbeitnehmer aus den (*prima facie*) verpönten Abreden entstehenden Nachteile auf der einen Seite der Bilanz aufzuführen. Soweit es dabei um umstrittene Rechtspositionen geht, über welche die Parteien einen *Vergleich* schliessen, darf der Nachteil nur soweit berücksichtigt werden, als dass dabei der Unsicherheit über die Durchsetzbarkeit des (vermeintlichen) Anspruches Rechnung getragen wird. Auf der anderen Seite der Bilanz sind sodann diejenigen Vorteile aufzulisten, welche

dem Arbeitnehmer aus der Aufhebungsvereinbarung oder aus dem Vorgang des Abschlusses der Aufhebungsvereinbarung erwachsen und auf welche der Arbeitnehmer bei einer ordentlichen Vertragsauflösung (Kündigung oder Zeitablauf des befristeten Arbeitsvertrages) keinen Anspruch erworben hätte.

Überwiegen nun die Vorteile des Arbeitnehmers in der Summe die verpönten Nachteile, verdient die Aufhebungsvereinbarung Rechtsschutz. Bei einem Überwiegen der Nachteile gilt dagegen Folgendes: (i) Der Verzicht auf zwingend geschützte bereits entstandene Rechtspositionen ist nichtig und (ii) der Verzicht auf während der Restlaufzeit des Vertrages entstehende zwingende Rechtspositionen ist unbeachtlich; dabei ist jeweils zusätzlich zu überprüfen, ob bei dieser Ausgangslage die Aufhebungsvereinbarung insgesamt dahinfallen muss. Führt (iii) eine Gesetzesumgehung zum Überwiegen der Nachteile für den Arbeitnehmer, so findet grundsätzlich die umgangene Gesetzesbestimmung Anwendung.

Im Hinblick auf den Einbezug der Vorteile ist zu ergänzen, dass die Rechtsprechung als Gegengewicht zum Verzicht auf entstandene oder entstehende Rechtspositionen (i, ii) Konzessionen und damit aus der Sphäre des Arbeitgebers stammende Vorteile fordert. Dagegen geht es bei der Beurteilung der Gesetzesumgehung (iii) einzig darum, dass der Arbeitnehmer am konkreten Vorgehen ein eigenes (überwiegendes) Interesse haben muss, es ist demnach ohne Relevanz, *woher* diese Vorteile stammen. Die Rechtsprechung lässt jedoch gleichzeitig eine dogmatisch begründete und konsequente Differenzierung zwischen Verzichtsverbot und Verbot der Gesetzesumgehung vermissen. Nach vorliegend vertretener Ansicht ist dagegen für *sämtliche* Kategorien (i–iii) auf diejenigen Vorteile abzustellen, welche dem Arbeitnehmer aus der Aufhebungsvereinbarung entstehen, ohne dass es darauf ankäme, woher diese Vorteile stammen.

## 2. *Das Verzichtsverbot für bereits entstandene Rechtspositionen (Kategorie i)*

### a) Der Normgehalt des Verzichtverbots nach Art. 341 Abs. 1 OR

Verschiedene Quellen für den Regelungsgehalt einer arbeitsvertraglichen Beziehung enthalten ein- oder zweiseitig zwingende Bestimmungen. Dies gilt zunächst für die Normierung des Einzelarbeitsvertragsrechts im OR, wobei der überwiegende Teil der zwingenden Bestimmungen in den Katalogen von Art. 361 f. OR aufgelistet wird. Diese Aufzählungen sind indes-

sen nicht abschliessend. Von der Dispositionsfreiheit der Parteien ausgenommen sind daneben auch sämtliche weiteren Vorschriften, deren zwingender Charakter bereits aus dem Normtext resp. aus Sinn und Zweck der entsprechenden Bestimmung hervorgeht. Zwingender Natur sind sodann die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, aus welchen über die Scharniernorm von Art. 342 Abs. 2 OR zivilrechtliche Rechtspositionen des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber erwachsen.<sup>10</sup> Dazu treten zwingende Rechtspositionen des Arbeitnehmers aus einer Betriebsordnung im Sinne der Art. 37–39 ArG und unabdingbare Rechtspositionen des Arbeitnehmers aus einem GAV, wobei dessen zwingender Charakter wiederum aus dem GAV selber hervorgehen muss.<sup>11</sup>

Art. 341 Abs. 1 OR stellt klar, dass der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und bis einen Monat nach dessen Beendigung nicht rechtsverbindlich auf Rechtspositionen verzichten kann, welche er aus solchen zwingenden Vorschriften erworben hat. Ein derartiger Verzicht ist nichtig. Der Bestimmung liegt die Annahme zugrunde, dass der Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis und im weiteren zeitlichen Rahmen der Vertragsbeendigung (etwa weil dem Arbeitnehmer noch kein verwendbares, angemessenes Arbeitszeugnis ausgestellt wurde) auf Druckausübung durch den Arbeitgeber besonders anfällig ist und daher besonderen Schutzes bedarf.<sup>12</sup>

Die Bestimmung von Art. 341 Abs. 1 OR erwähnt bloss «Forderungen». Es scheint aber richtig, Art. 341 Abs. 1 OR – direkt oder analog – auch auf weitere *Rechtspositionen* anzuwenden, für welche der Arbeitnehmer einen zwingenden Schutz genießt. Daher wird vorliegend nur von «Rechtspositionen» gesprochen. Bspw. darf die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber nicht über die Vorgabe in Art. 321e OR hinaus erweitert werden (Art. 362 Abs. 1 OR). Eine Vereinbarung, wonach der Arbeitnehmer eine (angeblich) entstandene Schadenersatzforderung des Arbeitgebers anerkennt, deren Anspruchsvoraussetzungen nur bei einer Überdehnung des Art. 321e OR gegeben wären, muss folglich nach den Grundsätzen des Art. 341 Abs. 1 OR beurteilt werden.

---

<sup>10</sup> Siehe HOFMANN (Fn. 5), S. 38 f. und 147; HUGO RENZ, Die Saldoquittung und das Verzichtsverbot im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich, Zürich 1979, S. 130 ff.

<sup>11</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 1), N 2 zu Art. 341.

<sup>12</sup> Siehe statt vieler STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 1), N 2 zu Art. 341.

Unter dem Schutz von Art. 341 Abs. 1 OR stehen nach dem Gesagten nur *bereits entstandene* Rechtspositionen.<sup>13</sup> In der Praxis sind dabei bspw. Ansprüche des Arbeitnehmers aus geleisteter Überzeit (Art. 9–13 ArG), auf Auslagenersatz oder aufgelaufene Ferienguthaben von Relevanz. In der Rechtsprechung werden überdies auch Ansprüche des Arbeitnehmers aus geleisteter *Überstundenarbeit* (Art. 321c OR) als zwingend und damit unverzichtbar eingestuft.<sup>14</sup> Dies ist abzulehnen. Für eine solche Qualifikation fehlt die Grundlage im Gesetz; gemäss Art. 321c OR sind Ansprüche auf Überstundenentschädigung vielmehr explizit disponibel.<sup>15</sup>

b) Die Praxis zur Umsetzung des Verzichtverbots nach Art. 341 Abs. 1 OR

Liegt ein Erlassvertrag vor, mit welchem der Arbeitnehmer einen Verzicht auf ihm zwingend zustehende Rechtspositionen erklärt, so ist die fragliche Abrede gemäss Art. 341 Abs. 1 OR grundsätzlich nichtig. Der Arbeitnehmer kann den fraglichen Anspruch innerhalb der Verjährungsfrist weiterhin durchsetzen (vgl. Art. 341 Abs. 2 OR). Soweit der Verzicht indessen Teil einer weitergehenden Vereinbarung bildet – insbesondere einer Aufhebungsvereinbarung –, wird die kritische Klausel vor dem Hintergrund der gesamten Vereinbarung beurteilt. Der für sich gesehen verpönte Verzicht auf Rechtspositionen, welche der Arbeitnehmer gestützt auf zwingende Bestimmungen erworben hat, wird von der Rechtsprechung daher *geschützt*, wenn die Vereinbarung *als Ganzes* echte gegenseitige Zugeständnisse, d.h. auch ein (mindestens gleichwertiges) Entgegenkommen des Arbeitgebers, enthält.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> So zu Recht bspw. auch das Urteil der CAPH GE vom 20. Oktober 1997, E. 3, in: SAE 1999 S. 24 ff., sowie das Urteil des KGer GR vom 30. Juni 2003, E. 3, in: JAR 2004 S. 513 ff.

<sup>14</sup> Bspw. BGer. 4C.337/2001 E. 2; zustimmend CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, N 1 zu Art. 341 OR.

<sup>15</sup> GLM. WOLFGANG PORTMANN, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1–529 (Fn. 2), N 12 zu Art. 321c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 1), N 5 zu Art. 321c OR *in fine*.

<sup>16</sup> Vgl. bspw. BGer. 4C.22/2000 E. 3b, 3c; BGer. 4C.122/2000 E. 2a; BGer. 4C.185/2001 E. 3a; BGer. 4C.250/2001 E. 1a, 1b; BGer. 4C.27/2002 E. 2; BGer. 4C.185/2002 E. 4.1; BGer. 4C.390/2005 E. 3.1, 3.2; Entscheid des TC VD vom 14. November 2011, E. 3b, 3bb, in: JAR 2012 S. 552–559; sodann auch HOFMANN (Fn. 5), S. 180; MÜLLER (Fn. 5), S. 13, Fn. 67.

Das Erfordernis gegenseitiger Konzessionen ist auch dann grundsätzlich erfüllt, wenn Bestand oder Durchsetzbarkeit der vom Verzicht erfassten Forderungen des Arbeitnehmers unsicher sind. Zwischen den Parteien wird dann ein sog. *Vergleich* geschlossen, mit welchem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Teil der umstrittenen, für den Fall des Bestandes aber zwingenden Ansprüche abzugelten verspricht, während der Arbeitnehmer auf den Restumfang der behaupteten Rechtsposition verzichtet.<sup>17</sup> Dies ist bspw. dann der Fall, wenn begründete Zweifel daran bestehen, dass die behauptete Leistung von Überzeit, für welche der Arbeitnehmer eine Entschädigung fordert, im vollen Umfange erbracht wurde, und sich die Parteien daher darauf einigen, dass der Arbeitgeber 25% der Forderungen des Arbeitnehmers anerkennt und bezahlt. Der Vergleich wird bei einer gerichtlichen Überprüfung vor dem Hintergrund von Art. 341 Abs. 1 OR immerhin einer Angemessenheitskontrolle unterzogen, was sich insofern rechtfertigt, als der Arbeitnehmer mindestens teilweise auf umstrittene, aber für den Fall des rechtsgültigen Bestandes doch zwingende Ansprüche verzichtet.

Auch im Hinblick auf die Rechtsfolgen ist die Norm von Art. 341 Abs. 1 OR zu präzisieren, soweit der fragliche Erlassvertrag Teil einer Gesamtvereinbarung bildet. Erweist sich der Verzicht des Arbeitnehmers auf eine ihm zwingend zustehende Rechtsposition mangels ausreichender Konzessionen vonseiten des Arbeitgebers als unzulässig, so ist nämlich zu untersuchen, ob der einzelne Erlass nichtig ist oder dieser im Rahmen der Vereinbarung in einem derart synallagmatischen Austauschverhältnis mit weiteren Inhalten der Abrede steht, dass die Vereinbarung *als Ganzes* dahinfallen muss.<sup>18</sup>

c) Vorbehalt zur Praxis des Erfordernisses gegenseitiger Konzessionen

Die Rechtsprechung beurteilt die kritische Erlassklausel im Zusammenhang mit der *gesamten* Vereinbarung. Dieser Praxis ist nach dem Sinn und Zweck von Art. 341 Abs. 1 OR – dem Schutz des Arbeitnehmers davor, unter Druck Einbussen in ihm zwingend zustehende Rechtspositionen zu akzeptieren – zuzustimmen. Indessen ergibt sich vor demselben Hintergrund keine sachliche Rechtfertigung dafür, dass die Rechtsprechung im

---

<sup>17</sup> Siehe BGE 106 II 222 E. 2; BGE 110 II 168 E. 3b; BGer. 4C.122/2000 E. 2a; BGer. 4C.390/2005 E. 3.1; HOFMANN (Fn. 5), S. 182; MÜLLER (Fn. 5), S. 10 ff.

<sup>18</sup> Vgl. HOFMANN (Fn. 5), S. 128.

Rahmen der Abwägung von Vor- und Nachteilen zwingend gegenseitige *Konzessionen*, sprich ein Entgegenkommen des Arbeitgebers, fordert. Der Fokus von Art. 341 Abs. 1 OR liegt auf dem Arbeitnehmer und dessen Schutz. Die Abwägung der Vor- und Nachteile des Arbeitnehmers muss danach einzig zum Zweck haben, die Interessen des Arbeitnehmers zu wahren, und *nicht*, dem Arbeitgeber zwingend Nachteile zu verschaffen. Daher muss es nach vorliegend vertretener Ansicht genügen, wenn die fraglichen Vorteile – welche den verpönten Verzicht des Arbeitnehmers überwiegen – erst (und nur) durch den Abschluss der Aufhebungsvereinbarung entstehen. Dass sie aus einer eigentlichen Konzession des Arbeitgebers stammen, ist dagegen nicht erforderlich.

### 3. *Der Schutz durch zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts (Kategorie ii)*

Es wurde bereits dargelegt, dass der Arbeitnehmer im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Bindung Schutz durch zwingende Bestimmungen genießt. Es ergibt sich nun ohne weiteres aus dem zwingenden Charakter der fraglichen Bestimmungen selber, dass die Parteien keine Abrede treffen dürfen, durch welche die (*künftige*) *Entstehung* der aus diesen Normen fließenden Rechtspositionen verhindert werden soll. Solche Abreden sind von vornherein nichtig; eine spezifische zusätzliche Norm, welche diese Wirkung klarstellt, ist redundant. Die bereits beschriebene Wirkung von Art. 341 Abs. 1 OR stellt denn auch bloss sicher, dass der Arbeitnehmer auch nicht auf die bereits *entstandenen* (zwingenden) Rechtspositionen verzichten kann.

Mit dem Abschluss von Aufhebungsvereinbarungen wird die arbeitsvertragliche Beziehung nicht inhaltlich umgestaltet, sondern beendet. Daher ist der Schutz durch zwingende Bestimmungen für die Zukunft in diesem Zusammenhang häufig ohne weitere Relevanz. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Arbeitsvertrag durch die Aufhebungsvereinbarung auf einen in der Zukunft liegenden Termin hin beendet werden soll und die Parteien für die verbleibende *Restlaufzeit* des Vertrages den Verzicht auf die Entstehung solcher zwingenden Ansprüche regeln wollen. Bspw. vereinbaren die Parteien am 1. Januar 2014 die Aufhebung des Arbeitsvertrages per 31. März 2014 und gleichzeitig für die verbleibenden drei Vertragsmonate vor dem Hintergrund, dass es nur noch um das «Ausfädeln» des Arbeitsverhältnisses gehe, ein reduziertes Arbeitsentgelt, welches den in einem GAV festgelegten Mindestlohn unterschreitet. Diesfalls ist die

Abrede im Umfang, in welchem sie die zwingende Bestimmung im GAV missachtet, grundsätzlich ungültig. Diese Wirkung sollte – gemäss dem Schutzzweck der zwingenden Mindestbestimmungen – aber auch hier ausgeschlossen bleiben, wenn dem Arbeitnehmer aus der fraglichen Vereinbarung gleichzeitig Vorteile entstehen, welche den verpönten Verzicht überwiegen.

#### 4. *Das Verbot der Umgehung zwingender Schutzbestimmungen (Kategorie iii)*

##### a) Der Gehalt des Umgehungsverbots

Die Problematik von Aufhebungsvereinbarungen liegt regelmässig nicht darin, dass sie einen Erlassvertrag über bereits entstandene Rechtspositionen des Arbeitnehmers umfassen oder gar für eine Restlaufzeit des Vertrags zwingend entstehende Rechtspositionen auszuschliessen versuchen.

Die Hauptproblematik liegt woanders: Der Arbeitnehmer verzichtet mit dem Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung in aller Regel auf die Entstehung künftiger, teilweise zwingender Rechtspositionen während der Vertragsrestdauer, welche bei einer ordentlichen Kündigung resp. bei Ablauf einer Befristung einzuhalten gewesen *wäre*, aber durch die vorzeitige vereinbarte Vertragsaufhebung abgeschnitten wird. Der Abschluss der Aufhebungsvereinbarung führt überdies zum Ausschluss der Anwendbarkeit von zwingenden Kündigungsschutzbestimmungen, welche bei einer Arbeitgeberkündigung Wirkung entfaltet hätten. Dabei stellt sich die Frage, ob die Aufhebungsvereinbarung eine *unzulässige* Umgehung der fraglichen zwingenden Bestimmungen zur Folge hat.<sup>19</sup>

##### b) Die Praxis zur Umsetzung des Umgehungsverbots

Eine *prima facie* zulässige Vereinbarung, durch welche die Anwendbarkeit zwingender gesetzlicher Bestimmungen ausgeschlossen wird, ist grundsätzlich eine verpönte Gesetzesumgehung. Nach allgemeinen Grundsätzen liegt jedoch dann *keine* unzulässige Gesetzesumgehung vor, wenn sachli-

---

<sup>19</sup> Vgl. HOFMANN (Fn. 5), S. 192 und 195; MÜLLER (Fn. 5), S. 14 f.; PORTMANN, Aufhebungsvertrag (Fn. 7), S. 363; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 1), N 10 zu Art. 335 OR; Urteil des KGer GR vom 30. Juni 2003, E. 3 und 3a, in: JAR 2004 S. 513 ff.; Urteil des AGer ZH vom 17. Oktober 2003 in: JAR 2004 S. 604–606.



che resp. vernünftige andere Gründe für die konkrete Vorgehensweise bestehen als bloss das Ziel des Ausschlusses der fraglichen Bestimmungen.<sup>20</sup> Im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung ist dieser allgemeine Grundsatz zur Frage hin zu präzisieren, ob der (geschützte) Arbeitnehmer ein eigenes vernünftiges Interesse an der fraglichen Aufhebungsvereinbarung mit ihrem konkreten Inhalt hat.<sup>21</sup> Soweit dies der Fall ist, bedarf der Arbeitnehmer des Schutzes nicht, den ihm die durch den Abschluss der Aufhebungsvereinbarung umgangenen Bestimmungen gewährt hätten.

Führt die Abwägung sämtlicher relevanter Umstände zum Schluss, dass der Arbeitnehmer kein eigenes vernünftiges Interesse an der einvernehmlichen Vertragsauflösung hatte, so bleibt die Aufhebungsvereinbarung grundsätzlich wirksam, aber die umgangenen Schutznormen finden dennoch (direkt oder analog) Anwendung.<sup>22</sup> Dies bedeutet, dass die durch das Umgehungsgeschäft beabsichtigte, verpönte Rechtsfolge nicht eintritt resp. die zwingende gesetzliche Rechtsfolge entgegen der Abrede im Umgehungsgeschäft Anwendung findet.<sup>23</sup> Bspw. hat also der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336 ff. OR zu bezahlen, wenn er das Arbeitsverhältnis ohne Abschluss der Aufhebungsvereinbarung aus unsachlichen Motiven gekündigt hätte und dem Arbeitnehmer am Abschluss der Aufhebungsvereinbarung kein eigenes überwiegendes Interesse zukommt.

## 5. *Die Abgrenzung zwischen Art. 341 Abs. 1 OR und der Gesetzesumgehung*

### a) Die diesbezügliche Praxis

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die inhaltliche Zulässigkeit von Aufhebungsvereinbarungen regelmässig am Massstab von Art. 341 Abs. 1 OR gemessen. Dabei wendet das Bundesgericht die Bestimmung

---

<sup>20</sup> Siehe MÜLLER (Fn. 5), S. 15 f., mit weiteren Hinweisen, sowie S. 21 ff., mit konkreten Fallbeispielen.

<sup>21</sup> Vgl. bspw. KGer GR, Urteil vom 30. Juni 2003, E. 3a, in: JAR 2004 S. 513 ff.; Urteil des AGER ZH vom 17. Oktober 2003 in: JAR 2004 S. 604 ff.; PORTMANN, Aufhebungsvertrag (Fn. 7), S. 365 f.

<sup>22</sup> Siehe etwa KGer GR, Urteil vom 30. Juni 2003, E. 3c, in: JAR 2004 S. 513 ff.; auch MÜLLER (Fn. 5), S. 15, 19; PORTMANN, Aufhebungsvertrag (Fn. 7), S. 369.

<sup>23</sup> Vgl. HOFMANN (Fn. 5), S. 190; PORTMANN, Aufhebungsvertrag (Fn. 7), S. 368 f.

nicht bloss auf den Verzicht auf bereits entstandene Rechtspositionen an, sondern ebenso auf die Anwendbarkeit von (umgangenen) zwingenden Schutznormen.<sup>24</sup> Dies wohl deshalb, weil die Aufhebungsvereinbarung die Anwendbarkeit der zwingenden Schutznormen und *gleichzeitig* die Entstehung des Schutzes gegen den Verzicht auf daraus entstehende Rechtspositionen nach Art. 341 Abs. 1 OR verhindert. Damit wird der Anwendungsbereich von Art. 341 Abs. 1 OR überdehnt. Soweit durch die Aufhebungsvereinbarung Schutzbestimmungen ausgeschlossen werden, muss auf die *Umgehung* der jeweiligen zwingenden Anspruchsgrundlage abgestellt werden.<sup>25</sup> Das Bundesgericht erwähnt das Verbot der Gesetzesumgehung jedoch nur in einzelnen Entscheiden.<sup>26</sup>

Da die Rechtsprechung die Aufhebungsvereinbarung also primär im Lichte von Art. 341 Abs. 1 OR betrachtet, beurteilt sie deren Zulässigkeit danach, ob echte gegenseitige Zugeständnisse vorliegen. Hingegen wäre bei der Beurteilung der Gesetzesumgehung darauf abzustellen, ob der Arbeitnehmer ein eigenes vernünftiges Interesse am Abschluss der Aufhebungsvereinbarung hat.<sup>27</sup> In einzelnen Entscheiden vermengt das Bundesgericht die beiden Sichtweisen und stellt nebst der Berücksichtigung beidseitiger Konzessionen *zusätzlich* darauf ab, ob dem Arbeitnehmer ein eigenes Interesse an der Aufhebungsvereinbarung zuerkannt werden kann.<sup>28</sup>

## b) Die diesbezügliche korrekte Abgrenzung

Bei einer dogmatisch präzisen Anwendung der Rechtsgrundlagen muss nicht bloss zwischen dem Anwendungsbereich von Art. 341 Abs. 1 OR und demjenigen der Gesetzesumgehung differenziert werden, sondern es hat vielmehr eine Dreiteilung zu erfolgen:

---

<sup>24</sup> Beispiele: BGE 102 Ia 417 E. 3c; BGE 118 II 58 E. 2b; vgl. auch FARNER (Fn. 7), S. 37.

<sup>25</sup> GL.M. MÜLLER (Fn. 5), S. 25.

<sup>26</sup> Ohne genaue Differenzierung auf die Gesetzesumgehung und auf Art. 341 Abs. 1 OR hinweisend bspw. BGer. 4C.185/2001 E. 3a; BGer. 4C.185/2002 E. 4.1; BGer. 4A\_563/2011 E. 4.1; BGer. 8C\_368/2011 E. 2.2; nur auf die Gesetzesumgehung wird abgestellt bei BGer. 4A\_103/2010 E. 2.2, 2.3. Vgl. auch die Verweise auf die uneinheitliche Rechtsprechung des Bundesgerichts bei PORTMANN, Aufhebungsvertrag (Fn. 7), S. 364 f.

<sup>27</sup> Bereits vorstehend, vgl. dazu auch BGer. 4C.22/2000 E. 3b, 3c; BGer. 4C.397/2004 E. 2.1; BGer. 2A.650/2006 E. 2.2.1; ebenso etwa KGer SG, Urteil vom 21. September 1989, E. 4, in: JAR 1991 S. 244 ff.

<sup>28</sup> Siehe BGer. 4C.185/2001 E. 3a, 3b.

(i) Der Verzicht auf bereits entstandene zwingende Rechtspositionen wird unstrittig von Art. 341 Abs. 1 OR erfasst. Ein solcher Verzicht ist nach der Rechtsprechung im Rahmen einer Aufhebungsvereinbarung zulässig, soweit die Vereinbarung überwiegende Konzessionen vonseiten des Arbeitgebers enthält. Nach vorliegend vertretener Meinung sind dagegen keine eigentlichen *Zugeständnisse* aus der Sphäre des Arbeitgebers erforderlich. Massgebend ist einzig, ob dem Arbeitnehmer im Rahmen des Abschlusses der Aufhebungsvereinbarung Vorteile zukommen, welche den Verzicht auf ihm zwingend zustehende Rechtspositionen überwiegen.

(ii) Erklärt der Arbeitnehmer im Rahmen einer nicht per sofort in Kraft tretenden Aufhebungsvereinbarung den Verzicht auf während der weiteren *Vertragslaufzeit* entstehende zwingende Rechtspositionen, ergibt sich die Nichtigkeit dieses Zugeständnisses aus dem zwingenden Charakter der entsprechenden Anspruchsgrundlage. Auch dieser Verzicht kann indessen durch anderweitige Konzessionen des Arbeitgebers resp. – nach vorliegend vertretener Ansicht – durch andere, aus der Vereinbarung hervorgehende Vorteile des Arbeitnehmers aufgewogen resp. überkompensiert und diesfalls geschützt werden.

(iii) Schliesslich kann der Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung zum Ausschluss von Schutzbestimmungen führen, welche (nur) im Falle einer Arbeitgeberkündigung anwendbar sind, und die frühzeitige Vertragsaufhebung kann dazu führen, dass zwingende Rechtspositionen nicht mehr entstehen, welche der Arbeitnehmer während der *potenziellen* ordentlichen Vertragsrestdauer erworben hätte. Aus dieser Perspektive ist die Aufhebungsvereinbarung dahingehend zu untersuchen, ob damit die zugrunde liegenden zwingenden Anspruchsgrundlagen umgangen werden. Eine unzulässige Umgehung scheidet dabei aus, wenn der Arbeitnehmer ein eigenes, sachlich begründetes Interesse an dieser Vorgehensweise (sprich am Abschluss der Aufhebungsvereinbarung zu den vereinbarten Konditionen) hat.

## 6. *Praxisrelevante Faktoren für die Frage nach der Zulässigkeit einer Aufhebungsvereinbarung*

### a) Einleitung

Zuweilen möchte eine Partei auf den Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung zurückkommen, gegebenenfalls auf Aufforderung durch die Arbeitslosenkasse hin, welche von einer (Teil-)Ungültigkeit derselben ausgeht und

dem Arbeitnehmer Leistungskürzungen in Aussicht stellt. Bei dieser Gelegenheit ist die Aufhebungsvereinbarung auf die inhaltliche Zulässigkeit hin zu untersuchen. Selbstverständlich sind dieselben Abwägungen bereits bei der Redaktion der Vereinbarung anzustellen, wenn die Parteien eine «was-serdichte», rechtsgültige Aufhebungsvereinbarung abschliessen wollen.

Zu diesem Zweck ist auf der einen Seite zu ermitteln, auf welche bestehenden oder künftigen zwingenden Rechtspositionen der Arbeitnehmer konkret verzichtet und welche zwingenden Schutzbestimmungen durch den Abschluss der Vereinbarung ausgeschlossen werden. Auf der anderen Seite müssen die dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Abschluss der Aufhebungsvereinbarung entstehenden Vorteile erfasst werden. Anschliessend sind die fraglichen Nach- und Vorteile einander gegenüberzustellen, um zu ermitteln, ob die Vorteile für den Arbeitnehmer überwiegen und die Aufhebungsvereinbarung daher geschützt werden kann oder aber sie sich wegen überwiegenden Nachteilen als (teil-)ungültig erweist resp. umgangene Schutznormen zur Anwendung gelangen müssen.

#### b) Stichtag der Beurteilung

Die vorstehend erwähnte Abwägung muss auf einen bestimmten Zeitpunkt hin erfolgen. Massgebend ist dabei nach der Rechtsprechung der Tag des Abschlusses der Aufhebungsvereinbarung. Dies bedeutet bspw. Folgendes:

Mit Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung wird, im Vergleich zur Arbeitgeberkündigung, die Möglichkeit zur potenziellen Vertragsverlängerung unter Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers umgangen (Art. 336c Abs. 2 OR und Art. 324a OR). Um diesen Aspekt für die erwähnte Bilanzierung von Vor- und Nachteilen verwertbar zu machen, muss er mit einem bestimmten Gewicht versehen werden. Steht mithin fest, dass ohne Abschluss der Aufhebungsvereinbarung eine ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber erfolgt wäre, ist zu untersuchen, wie gross im *Zeitpunkt des Abschlusses der Aufhebungsvereinbarung* die Wahrscheinlichkeit war, dass eine solche unverschuldete Arbeitsunfähigkeit während der ordentlichen Kündigungsfrist eintreten konnte. In diesem Umfang ist der fragliche Nachteil anschliessend in die Abwägung zwischen Vor- und Nachteilen einzubeziehen. Hingegen bleibt es für die Bewertung der Gültigkeit der Aufhebungsvereinbarung ohne Einfluss, wenn sich das entsprechende Risiko anschliessend gar nicht oder

– umgekehrt – in einem weitergehenden als dem erwarteten Ausmass realisiert.<sup>29</sup>

c) Typische Nachteile des Arbeitnehmers

(i) Einleitung

Beim Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung erfolgt – wie bei den meisten Verträgen – in der Regel ein gegenseitiges Geben und Nehmen. Der Arbeitnehmer hat dabei also regelmässig Einbussen in seinen Rechtspositionen in Kauf zu nehmen. Wie stark der Verzicht auf bereits erworbene und künftig entstehende zwingende Rechtspositionen resp. die Umgehung der Entstehung solcher Rechtspositionen ins Gewicht fällt, ist zum Zeitpunkt des Abschlusses der Aufhebungsvereinbarung und aufgrund der konkreten Umstände zu entscheiden. Nicht bei jeder Aufhebungsvereinbarung sind sämtliche nachfolgend aufgezählten Nachteile in die Waagschale zu werfen, vielmehr ist auf den Einzelfall abzustellen. In diesem Sinne ist denn auch die nachfolgende *enumerative* Aufzählung von typischerweise betroffenen Rechtspositionen des Arbeitnehmers zu verstehen. So kann in einem konkreten Sachverhalt bspw. die Umgehung des Erwerbs einer Entschädigungs- und Schadenersatzforderung wegen ungerechtfertigter fristloser Vertragsauflösung irrelevant sein, während sie in einem anderen Fall den Hauptnachteil des Arbeitnehmers bildet.

(ii) Der Verzicht auf bereits entstandene Rechtspositionen  
(Kategorie i)

Im Rahmen von Aufhebungsvereinbarungen wird zuweilen der Erlass von *bereits entstandenen* zwingenden Rechtspositionen vereinbart, wie etwa der Verzicht auf die Entschädigung geleisteter Überzeitarbeit. Der Nachteil, welcher dem Arbeitnehmer aus diesem Verzicht entsteht, ist grundsätzlich leicht zu ermitteln und zu quantifizieren.

Nicht selten geht es indessen um die Bereinigung *umstrittener* Positionen, über welche dann ein *Vergleich* geschlossen wird (Teilanererkennung und -abgeltung). Diesfalls liegt grundsätzlich kein relevanter Nachteil des Arbeitnehmers vor. Denn der Arbeitnehmer verzichtet zwar (teilweise) auf mögliche zwingende Rechtspositionen, erhält umgekehrt aber auch

---

<sup>29</sup> Vgl. zum Ganzen instruktiv das Urteil des AGer ZH vom 17. Oktober 2003 in: JAR 2004 S. 604 ff.; auch BGer. 4C.27/2002 E. 3c; FARNER (Fn. 7), S. 38 f.

Rechtspositionen abgegolten, welche er gegebenenfalls nicht hätte durchsetzen können. Erweist sich der Vergleich jedoch als unangemessen – bspw. weil gute Chancen zur Durchsetzung der umstrittenen zwingenden Rechtspositionen bestanden hätten, sich der Arbeitnehmer jedoch gleichzeitig mit einer sehr tiefen Abgeltung zufriedengibt –, so erleidet der Arbeitnehmer auch im Rahmen des Vergleiches einen relevanten Nachteil. Der Verzicht auf umstrittene zwingende Rechtspositionen durch Vergleich untersteht daher einer Angemessenheitsprüfung.

- (iii) Der Verzicht auf die Entstehung von Rechtspositionen während der Vertragsrestlaufzeit (Kategorie ii)

Das Vertragsenddatum wird in einer Aufhebungsvereinbarung nicht selten auf einen in der (nahen) Zukunft liegenden Zeitpunkt fixiert. Es kommt sodann vor, dass die Parteien für die Restlaufzeit des Vertrages besondere Abreden treffen, etwa über die Freistellung des Arbeitnehmers von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung. Es entspricht allerdings nicht der Regel, dass der Arbeitnehmer für diese Restlaufzeit explizit auf die Entstehung zwingender Rechtspositionen – bspw. auf einen in einem GAV fixierten Mindestlohn – verzichtet. Soweit dies ganz ausnahmsweise der Fall ist, muss der – wiederum leicht berechenbare – Verzicht als relevanter Nachteil in die entsprechende Waagschale gelegt werden.

- (iv) Die Umgehung zwingender Schutzbestimmungen (Kategorie iii)

Je nach konkreter Konstellation kann der Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung die Entstehung verschiedener zwingender Rechtspositionen während der *potenziellen* Vertragsrestlaufzeit (bei ordentlicher Vertragsbeendigung) oder die Anwendbarkeit von zwingenden Schutzvorschriften verhindern. Welche Positionen betroffen sind, muss im Einzelfall ermittelt werden. Die nachfolgend aufgezählten Punkte weisen eine gewisse Praxisrelevanz auf:

- (a) Beim Abschluss einer sofort resp. vor dem ordentlichen Vertragsenddatum in Kraft tretenden Aufhebungsvereinbarung verzichtet der Arbeitnehmer auf die vertraglichen Lohnansprüche für die Zeitspanne zwischen dem Aufhebungsdatum und dem ordentlichen Vertragsenddatum (sprich bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist resp. bis zum Enddatum eines befristeten Arbeitsverhältnisses). Der Lohnanspruch wird in der Rechtsprechung und Doktrin allerdings zu Recht überwiegend als nicht

zwingende Forderung eingestuft.<sup>30</sup> Somit ist dieser Verzicht bei der Beurteilung der Gültigkeit der Aufhebungsvereinbarung *nicht* zu berücksichtigen. Ein Vorbehalt gilt indessen für in einem Gesetz oder GAV verbindlich vorgeschriebene (Mindest-)Löhne.

Dagegen hat die ältere Rechtsprechung den Lohnanspruch während der *gesetzlichen* Minimalkündigungsfrist von Art. 335c OR teilweise als grundsätzlich unverzichtbar eingestuft.<sup>31</sup> Diese Rechtsprechung ging fehl. Die gesetzlichen Minimalkündigungsfristen weisen tatsächlich einen zwingenden Charakter auf. Ob allerdings auch die Entstehung von Anspruchspositionen *während* diesen Fristen unabdingbar ist, muss für jede dem Arbeitnehmer potenziell erwachsende Rechtsposition gesondert untersucht werden und hat sich aus der Natur des fraglichen Anspruches zu ergeben. Die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung gehört als *essentielle* zum Arbeitsvertrag. Die Bestimmungen über die Lohnzahlung sind allerdings grösstenteils gerade *nicht* zwingender Natur. Folglich ist auch der Lohnanspruch während der gesetzlichen Minimalkündigungsfrist nicht geschützt. Der vorliegend vertretenen Ansicht kann entgegengehalten werden, dass die zwingenden Minimalkündigungsfristen an Schutzwirkung einbüßen, wenn die Parteien das Arbeitsverhältnis während diesen Fristen (unter Vorbehalt der zwingenden Mindestbestimmungen) vollkommen aushöhlen dürfen. Für eine Sichtweise, wonach die zwingende Natur der gesetzlichen Minimalkündigungsfristen oder der unabdingbaren Kündigungsfristen aus einem GAV auch *sämtliche* während dieser Dauer entstehenden Rechtspositionen des Arbeitnehmers erfassen soll – also für einen zwingenden Bestandesschutz sämtlicher Arbeitnehmeransprüche während den Minimalkündigungsfristen –, gibt es indessen weder eine gesetzliche Grundlage

---

<sup>30</sup> So bspw. BGE 124 II 436 E. 10e und bereits früher BGer. vom 18. Mai 1982, E. 2a, 2b, in: SJ 1983 S. 94 ff. (übersetzt in: SAE 1983 S. 11 ff.); FARNER (Fn. 7), S. 35; HOFMANN (Fn. 5), S. 192; RENZ (Fn. 10), S. 134 ff.; ROGER RUDOLPH, Vertragsänderungen, in: von Kaenel [Hrsg.], Unternehmensanierung und Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 1 ff., 8; ausführlich STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 1), N 5 zu Art. 341 OR, mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung und Doktrin, woraus sich auch eine allfällige Tendenz hin zum zwingenden Charakter gewisser Lohnbestandteile ergibt.

<sup>31</sup> Vgl. etwa KGer SG, Urteil vom 21. September 1989, E. 4, in: JAR 1991 S. 244 ff., und Urteil vom 20. April 1995, E. 2c, in: JAR 1996 S. 177 f.; TC VD, Urteil vom 28. Januar 1992, E. 3, in: JAR 1995 S. 157 f.; AGer ZH, Entscheid vom 3. März 2004, E. 5.3b, in: ARV 2004 S. 170 ff., allerdings nur einleitend – im Entscheid selber schützt das AGer dann sogar einen Verzicht auf die Entlohnung an sich; siehe auch BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 14), N 1 zu Art. 341 OR.

noch eine sachliche Notwendigkeit. Daher ist die Minimalkündigungsfrist ein grundsätzlich *inhaltsloser* zwingender Anspruch, welchem bei einem Verzicht durch den Arbeitnehmer kein Eigenwert zuerkannt werden kann.

Ein Verbot der Gesetzesumgehung hinsichtlich des Lohnanspruchs während der (Minimal-)Kündigungsfrist besteht folglich nur dann, wenn sich solche Lohnansprüche ausnahmsweise aus zwingenden Bestimmungen des Privatrechts, aus einem GAV oder aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben.<sup>32</sup> Diesfalls – und nur dann (!) – ist die *Kombination* der zwingenden Charaktere sowohl des Lohnanspruchs als auch der gesetzlichen Minimalkündigungsfrist zu berücksichtigen.<sup>33</sup>

In diesem Zusammenhang ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass die vorstehend erwähnte ältere Rechtsprechung im Resultat ohnehin weitgehend folgenlos blieb. Die Praxis nahm nämlich gleichzeitig an, dass – ausser unter besonderen Voraussetzungen, etwa wenn der Arbeitnehmer nur unter Druckausübung in die sofortige Auflösung des Arbeitsvertrages einwilligt – der Vorteil des Arbeitnehmers, während der Kündigungsfrist keine Arbeitsleistung mehr erbringen zu müssen, gleich hoch zu gewichten ist wie der korrelierende Lohnverzicht. Entsprechend konnten ein ausreichendes eigenes Interesse des Arbeitnehmers an der sofortigen Vertragsauflösung resp. ausreichende gegenseitige Konzessionen angenommen werden, sodass auch bei dieser Ausgangslage keine unzulässige Gesetzesumgehung resp. kein Verstoss gegen Art. 341 Abs. 1 OR vorlag.<sup>34</sup>

(b) Wichtig ist in der Praxis die Frage nach der Umgehung der Regeln über den zwingenden zeitlichen Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR, insbesondere in Verbindung mit der ebenfalls zwingenden Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR.<sup>35</sup> Sperrfristen im Sinne von Art. 336c Abs. 1 OR führen zu einer Nichtigkeit der Kündigung oder – soweit die Kündigung zum Zeitpunkt des Eintretens der Sperrfrist bereits zugegangen ist – zu einer Unterbrechung des Laufes der Kündigungsfrist (Art. 336c

---

<sup>32</sup> Vgl. BGer. vom 16. September 1997, E. 1b, in: JAR 1998 S. 265 ff.; BGE 124 II 436 E. 10e, mit weiteren Hinweisen; BGE 129 III 618 E. 5.2.

<sup>33</sup> So wohl auch BGE 102 Ia 417 E. 3c, wobei allerdings unklar bleibt, ob diejenigen Ansprüche, auf welche der Arbeitnehmer während der gesetzlichen Minimalkündigungsfrist verzichtet hatte, tatsächlich *per se* zwingender Natur waren.

<sup>34</sup> Vgl. BGer. 4C.122/2000 E. 2a; BGer. 4C.185/2001 E. 3a, 3b; ebenso AGER ZH, Urteil vom 17. August 2010, in: EAZ 2010 Nr. 12; anders dagegen BGer. 4C.250/2001 E. 1b, indessen mit spezifischer Ausgangslage.

<sup>35</sup> Vgl. zu diesem Themenbereich auch MÜLLER (Fn. 5), S. 17 ff.



Abs. 2 OR). Während einer bestimmten Zeitdauer ist der Arbeitgeber im Falle einer unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers sodann zwingend lohnfortzahlungspflichtig (Art. 324a OR).

Der zeitliche Kündigungsschutz bewahrt den Arbeitnehmer mindestens vorübergehend vor den Auflösungswirkungen einer *Arbeitgeberkündigung*. Durch den Abschluss der Aufhebungsvereinbarung wird das Vertragsenddatum fixiert, d.h. der zeitliche Kündigungsschutz kommt nicht zur Anwendung. Wenn nun erstellt ist, dass andernfalls eine Arbeitgeberkündigung erfolgt wäre, wird mit der Aufhebungsvereinbarung die Chance des Arbeitnehmers umgangen, dass sich das Arbeitsverhältnis durch den Eintritt eines der in Art. 336c Abs. 1 OR aufgezählten Schutzzustände verlängern und der Arbeitnehmer – wenn der Zustand gleichzeitig dessen unverschuldete Arbeitsunfähigkeit begründet – in der verlängerten Kündigungsfrist ohne Arbeitsleistung die Vorteile der (zwingenden) Lohnfortzahlung geniessen könnte. Der Nachteil des Arbeitnehmers wiegt in diesem Zusammenhang mehr oder weniger schwer, je nachdem, wie gross im Zeitpunkt des Abschlusses der Aufhebungsvereinbarung die Wahrscheinlichkeit ist, dass ein solcher geschützter Zustand während der (potenziellen) Kündigungsfrist eintreten könnte. Gilt zu diesem Zeitpunkt bereits eine Sperrfrist – wäre also eine Arbeitgeberkündigung zu diesem Zeitpunkt nichtig –, bewirkt dies zwar nicht *per se* die Unzulässigkeit einer Aufhebungsvereinbarung.<sup>36</sup> Indessen erhöhen sich bei dieser Ausgangslage die Anforderungen an die Vorteile, welche dem Arbeitnehmer zukommen müssen, damit eine Gesetzesumgehung ausgeschlossen werden kann.<sup>37</sup> Das erforderliche eigene Interesse des Arbeitnehmers an der Vertragsauflösung kann dann bspw. in einer Ersatzzahlung des Arbeitgebers liegen, aber etwa auch in der Möglichkeit, dass der infolge eines körperlichen Gebrechens für die aktuelle Arbeitsstelle arbeitsunfähige Arbeitnehmer per sofort eine andere Stelle antreten kann, für welche die Arbeitsfähigkeit gegeben ist.

---

<sup>36</sup> Siehe BGE 118 II 58 E. 2a, 3b, der Arbeitgeber hat danach im Übrigen auch nicht die Pflicht, den Arbeitnehmer über dessen Rechte betreffend Kündigungsschutz aufzuklären, ein Irrtum des Arbeitnehmers über die Rechtswirkungen einer Aufhebungsvereinbarung im Vergleich zum Kündigungsschutz ist überdies ein unwesentlicher Rechtsirrtum; BGer. vom 13. Oktober 1995, E. 1a, in: JAR 1996 S. 169 ff.; BGer. vom 8. Januar 1999, E. 2b, in: JAR 2000 S. 276 ff.; BGer. vom 20. Juli 1999 in: JAR 2000 S. 105 ff., E. 3b; BGer. 8C\_368/2011 E. 2.2; GSGer BS, Urteil vom 7. März 1983, in: JAR 1984 S. 183 f.; Entscheid des TC VD vom 13. Dezember 2000, E. 3, in: SJZ 2002 S. 310 f.

<sup>37</sup> Vgl. BGer. 4C.185/2002 E. 4.2; BGer. 4C.188/2004 E. 3.2; auch BGer. 4C.37/2005 E. 2.2 und bereits BGE 110 II 168 E. 3.

Führt eine Abwägung der Vor- und Nachteile zum Schluss, dass eine unzulässige Umgehung des zeitlichen Kündigungsschutzes vorliegt, käme nach allgemeinen Grundsätzen die umgangene Schutznorm zur Anwendung. Das Arbeitsverhältnis fällt dann mithin erst an demjenigen Zeitpunkt dahin, an welchem es bei einer Arbeitgeberkündigung unter Berücksichtigung der Wirkungen des zeitlichen Kündigungsschutzes geendet hätte. Das ist korrekt, soweit der geschützte Zustand erst nach dem Abschluss der Aufhebungsvereinbarung eingetreten ist. Hingegen ist fraglich, ob die Aufhebungswirkung der *während* einer Sperrfrist abgeschlossenen Aufhebungsvereinbarung bei einer Umgehung vollständig wegfallen soll.<sup>38</sup> Dies wäre *prima facie* bei einer strengen Anwendung der umgangenen Schutznorm die folgerichtige Lösung. Sie ist allerdings sachlich unangemessen. Es ist zu berücksichtigen, dass beide Parteien das Arbeitsverhältnis offensichtlich beenden wollten. Nach anderer Ansicht kommt daher bloss die Unterbrechungswirkung der Sperrfrist, nicht aber die Nichtigkeitsfolge zur Anwendung. Der Arbeitnehmer kann dann grundsätzlich Lohnfortzahlungs- und – soweit er die Arbeitsleistung angeboten hat – Lohnansprüche bis zu demjenigen Zeitpunkt geltend machen, an dem das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung (nur) der Unterbrechungswirkung der Sperrfrist bei einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung geendet hätte. Eine neuerliche Kündigung oder eine weitere einvernehmliche Vertragsauflösung ist dagegen nicht erforderlich.<sup>39</sup> Im Hinblick auf die relevante Kündigungsfrist sind gemäss Doktrin dabei die entsprechenden gesetzlichen oder gesamtarbeitsvertraglichen *Minimalkündigungsfristen* anzuwenden, da nur diese zwingender Natur sind und somit Objekt der Gesetzesumgehung bilden können.<sup>40</sup> Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Durch die Anwendung der (kürzeren) Minimalkündigungsfristen kommt das Resultat dem von den Parteien gemeinsam, aber durch Gesetzesumgehung angestrebten Ziel der möglichst raschen Vertragsauflösung im Rahmen des gesetzlich Zulässigen am nächsten.

Im Zusammenhang mit der *Gewichtung* des Verzichts des Arbeitnehmers auf den zeitlichen Kündigungsschutz ist abschliessend auf zwei spezifische Aspekte hinzuweisen:

Zum Ersten ist die durch Art. 336c OR herbeigeführte Verlängerung des Arbeitsverhältnisses, genau wie die zwingenden gesetzlichen Minimalkün-

---

<sup>38</sup> So offenbar PORTMANN, Aufhebungsvertrag (Fn. 7), S. 369.

<sup>39</sup> Vgl. MÜLLER (Fn. 5), S. 19.

<sup>40</sup> So PORTMANN, Aufhebungsvertrag (Fn. 7), S. 369, mit Verweis auf BGE 102 Ia 417 E. 3c *in fine*.

digungsfristen, ein grundsätzlich inhaltsloser Anspruch. Entscheidend muss demnach wiederum sein, ob auch die dem Arbeitnehmer während des verlängerten Arbeitsverhältnisses erwachsenden Rechtspositionen zwingender Natur sind. Dies wiederum ist im Hinblick auf den wichtigsten Anspruch, das Arbeitsentgelt, bei gesetzlichen oder in einem GAV festgelegten zwingenden (Mindest-)Löhnen der Fall. Wichtiger noch ist aber der unabdingbare Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 324a OR. In aller Regel wird nämlich gleichzeitig ein Tatbestand der Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR und des zeitlichen Kündigungsschutzes gemäss Art. 336c OR gegeben sein. Es ist aber erst der Verzicht auf die Chance, während des verlängerten Arbeitsverhältnisses von der zwingenden Lohnfortzahlung zu profitieren, welcher die blossе Hülle des Verzichts auf eine potenzielle Vertragsverlängerung infolge zeitlichen Kündigungsschutzes mit einem (zwingend geschützten) tatsächlichen Interesse des Arbeitnehmers auffüllt.

Zum Zweiten ist darauf hinzuweisen, dass die meisten Arbeitgeber, welche eine gewisse Anzahl Arbeitnehmer beschäftigen, das Risiko der Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall über Taggeldversicherungen abgedeckt haben. Solche Versicherungen erbringen ihre Leistungen in aller Regel über die Beendigung des Arbeitsvertrages hinaus, soweit das versicherte Ereignis vorgängig eingetreten ist. Steht die weitere Deckung des Lohnausfalls durch die Versicherung nach Beendigung des Arbeitsvertrages fest, entfällt folglich der Nachteil der verkürzten Lohnfortzahlung im Rahmen einer Aufhebungsvereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem kranken oder verunfallten und damit an sich geschützten Arbeitnehmer. Dies führt wiederum dazu, dass diesem vermeintlichen Nachteil der Aufhebungsvereinbarung kein Gewicht zugemessen werden kann. Allerdings sind die Umstände des Einzelfalles genau zu beachten: Die Taggeldleistungen der Versicherungen umfassen regelmässig nur 80% des versicherten Lohnes, während bei der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers das volle Arbeitsentgelt geleistet werden muss. Soweit die Versicherungslösung nicht sogenannt gleichwertig ist, muss der Arbeitgeber daher während allfälligen Karenzfristen für die Versicherungsleistungen in der Regel den gesamten Lohnausfall begleichen und danach während der Dauer der Lohnfortzahlungspflicht die Taggeldleistungen der Versicherung auf den vollen Lohn aufzahlen.<sup>41</sup> In diesem Zusammenhang kann es sich ergeben, dass der Arbeitnehmer trotz Deckung durch eine Taggeldversicherung mit

---

<sup>41</sup> Vgl. zum Ganzen STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 1), N 13, 23 f. zu Art. 324a/b OR.

dem Abschluss der Aufhebungsvereinbarung zumindest teilweise auf ihm zwingend zustehende Leistungen verzichtet.

(c) Liegen dem Wunsch des Arbeitgebers nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses missbräuchliche Motive im Sinne der Regelungen über den sachlichen Kündigungsschutz (Art. 336 ff. OR) zugrunde, so stünden dem Arbeitnehmer im Falle einer – diesfalls missbräuchlichen – Arbeitgeberkündigung zwingende Entschädigungsansprüche zu (Art. 336a OR). Die Entstehung dieser Forderung wird bei Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung umgangen.<sup>42</sup> Nicht selten versucht der Arbeitgeber in einer kritischen Situation, genau dieses Risiko des Missbräuchlichkeitsvorwurfes durch den Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung auszuschliessen. Kann der kündigungswillige Arbeitgeber in einer solchen Ausgangslage, in welcher seine Kündigung missbräuchlich wäre, den Arbeitnehmer zum Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung verleiten, so muss die damit verbundene Umgehung des Anspruchserwerbs des Arbeitnehmers auf die Entschädigung nach Art. 336a OR bei der Abwägung der Vor- und Nachteile der Aufhebungsvereinbarung einbezogen werden.

(d) Beim Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung fällt in speziellen Situationen auch eine Umgehung der Schutzbestimmungen gegen die ungerechtfertigte ausserordentliche resp. fristlose Vertragsauflösung durch den Arbeitgeber in Betracht (Art. 337, Art. 337c OR). Erfolgt der Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung nach der Androhung, dass der Arbeitgeber andernfalls die ausserordentliche resp. fristlose Vertragsauflösung erklären werde, so entgehen dem Arbeitnehmer mit Abschluss der Aufhebungsvereinbarung Ansprüche auf Schadenersatz und auf eine Entschädigung gemäss Art. 337c OR, falls sich die angedrohte ausserordentliche resp. fristlose Vertragsauflösung vonseiten des Arbeitgebers nicht auf einen wichtigen Grund hätte stützen können.<sup>43</sup> Die Beweislast, dass der Arbeitgeber ohne Abschluss der Aufhebungsvereinbarung die ausserordentliche resp. fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses erklärt hätte, trägt dabei der Arbeitnehmer.<sup>44</sup> Vermag der Arbeitnehmer diesen Beweis nicht zu erbringen, kann indessen noch immer eine Umgehung der Schutzbestimmungen der ordentlichen Kündigung (Art. 336–336c OR) vorliegen.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Siehe etwa BGer. vom 8. Januar 1999 in: JAR 2000 S. 276 ff., E. 2c.

<sup>43</sup> Vgl. auch HOFMANN (Fn. 5), S. 192 f.

<sup>44</sup> Siehe HOFMANN (Fn. 5), S. 193.

<sup>45</sup> Vgl. PORTMANN, Aufhebungsvertrag (Fn. 7), S. 369 f.; auch MÜLLER (Fn. 5), S. 20 f.

Bei einer derartigen Ausgangslage muss folglich überprüft werden, ob die angedrohte ausserordentliche resp. fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages ohne Zustandekommen der Aufhebungsvereinbarung ausgesprochen worden und ob diese gerechtfertigt gewesen wäre. Hätte der Arbeitgeber die Vertragsauflösung erklärt und hätte es hierfür an einem wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR gefehlt, liegt eine Umgehung der zwingenden Bestimmungen von Art. 337 ff. OR vor. Der Arbeitnehmer hat dann trotz Abschluss der Aufhebungsvereinbarung Anspruch auf den vollen Schadenersatz und auf die Entschädigung gemäss Art. 337c OR.<sup>46</sup> Zulässig ist der Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung aber auch vor diesem Hintergrund im Rahmen eines angemessenen echten *Vergleiches*, oder wenn der Arbeitnehmer ein eigenes echtes Interesse am Abschluss der Aufhebungsvereinbarung hat. Der Vorteil des Arbeitnehmers aus der Entbindung von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung während der Kündigungsfrist alleine genügt bei dieser Ausgangslage aber nicht.<sup>47</sup> Die Praxis stützt im Übrigen auch diesen Fall zu Unrecht auf Art. 341 Abs. 1 OR resp. auf dessen analoge Anwendung.<sup>48</sup> Tatsächlich einschlägig wäre Art. 341 Abs. 1 OR jedoch bloss dann, wenn die ausserordentliche resp. fristlose Vertragsauflösung bereits erklärt wurde und die Parteien *anschliessend* innerhalb eines Monats nach Vertragsbeendigung den Erlass der (dann also bereits entstandenen) Ansprüche des Arbeitnehmers aus Art. 337c OR vereinbaren.

(e) In der Praxis wird nicht selten übersehen, dass der Arbeitnehmer durch die Einwilligung in eine Aufhebungsvereinbarung gegebenenfalls eine (früher als bei einer Kündigung) eintretende Arbeitslosigkeit mitverschuldet und damit seine arbeitslosenrechtlichen Ansprüche gefährdet.<sup>49</sup> Dies tut der Arbeitnehmer gleich auf mehrfache Weise. Zunächst hat die Dauer der nachgewiesenen beitragspflichtigen Erwerbstätigkeit direkte Auswirkungen auf die Versicherungsleistungen (vgl. Art. 9 Abs. 3, Art. 13 Abs. 1 und Art. 27 AVIG). Die Verkürzung der Beschäftigungsdauer durch eine Aufhebungsvereinbarung kann sich auf diesem Wege auf die Anspruchsberechtigung auswirken. Wichtig ist sodann, dass eine Aufhebungsvereinbarung, welche zwar vor Art. 341 Abs. 1 OR und vor dem Verbot der Geset-

---

<sup>46</sup> Vgl. das Urteil des AppH BE vom 20. Juli 1995 in: JAR 1996 S. 174 f.

<sup>47</sup> So zutreffend das KGer GR, Urteil vom 30. Juni 2003, E. 3c, in: JAR 2004 S. 513 ff.

<sup>48</sup> Vgl. BGer. 4C.250/2001 E. 1a; Urteil des KGer SG vom 21. September 1989, E. 6d, in: JAR 1991 S. 244 ff.; a.A. zu Recht KGer GR, Urteil vom 30. Juni 2003, E. 3c, in: JAR 2004 S. 513 ff.

<sup>49</sup> BGer. 4C.397/2004 E. 2.1; STAEHELIN (Fn. 1), N 19 zu Art. 334 OR.

zesumgehung standhält, aber zum Wegfall von Lohn- und Entschädigungsansprüchen gegenüber dem Arbeitgeber führt, eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung auf Leistungen der Arbeitslosenkasse für eine gewisse Anzahl Tage zur Folge haben kann (Art. 30 Abs. 1 lit. a und b AVIG). Erachten die zuständigen Sozialversicherungsbehörden einen Forderungsverzicht im Rahmen einer Aufhebungsvereinbarung sogar als nichtig, kann dies eine vollständige Ablehnung der Anspruchsberechtigung nach sich ziehen. Immerhin aber haben die Arbeitslosenkassen auch die Möglichkeit, einstweilen Leistungen an den arbeitslosen Arbeitnehmer zu erbringen. Die Arbeitslosenkasse subrogiert diesfalls im entsprechenden Umfang in die Rechtsstellung des Arbeitnehmers, soweit sich erweist, dass dessen Verzicht im Rahmen der Aufhebungsvereinbarung tatsächlich nichtig ist und ein Lohn oder eine Entschädigung vom Arbeitgeber nachbezahlt werden muss, welcher resp. welche den Leistungen der Arbeitslosenkasse vorgeht (Art. 11 Abs. 3 AVIG und Art. 29 Abs. 1 AVIG).<sup>50</sup>

#### d) Typische Vorteile des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer verzichtet in aller Regel mit dem Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung nicht nur auf Rechtspositionen, sondern ihm erwachsen aus dem Vertrag resp. aus dem Vorgang an sich umgekehrt auch Vorteile. Wäre dies nicht der Fall, würde der Arbeitnehmer zum Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung kaum Hand bieten. Fehlt es dagegen an solchen Vorteilen, muss der Arbeitnehmer offenbar in einer bestimmten Art und Weise unter Druck gestanden haben; der Arbeitnehmer erfährt dann nachträglich Schutz durch das Gericht, wenn der Verzicht auf zwingende Rechtspositionen resp. die Umgehung zwingender Schutzvorschriften nicht durch entsprechende Vorteile resp. Eigeninteressen des Arbeitnehmers kompensiert wurde.

Als relevante Vorteile sind diejenigen Leistungen an den Arbeitnehmer in die Bilanz aufzunehmen, welche er bei einer ordentlichen Vertragsauflösung – ordentliche Kündigung oder Ablauf der Befristung – nicht erhalten hätte. Wiederum ist die Aufhebungsvereinbarung in jedem Einzelfall gesondert zu überprüfen, wobei die nachfolgend aufgezählten Aspekte eine überdurchschnittliche praktische Relevanz aufweisen.

---

<sup>50</sup> Vgl. zum Ganzen HANS-ULRICH STAUFFER, Der Verzicht auf Forderungen aus Arbeitsvertrag und seine Auswirkung auf die Arbeitslosenversicherung, in: SZS 1988 S. 180 ff., 187 ff.

(a) Zunächst verspricht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Rahmen einer Aufhebungsvereinbarung regelmässig bestimmte Sonderleistungen, auf welche der Arbeitnehmer bei einer ordentlichen Vertragsbeendigung keinen Anspruch erworben hätte.<sup>51</sup> Dabei handelt es sich insbesondere um sog. Abgangsentschädigungen (*severance payment/termination pay*), zu deren Zahlung sich der Arbeitgeber im Rahmen einer Aufhebungsvereinbarung verpflichten kann.

(b) Wichtig ist im Rahmen der Interessenabwägung sodann, von welcher Partei die Initiative für den Abschluss der Aufhebungsvereinbarung ausgegangen ist.<sup>52</sup> Dies aus verschiedenen Gründen:

Zum einen hat das offenbar vorhandene Interesse des Arbeitnehmers am Abschluss der Aufhebungsvereinbarung ein Eigengewicht, wenn die Initiative zur Vertragsbeendigung vom Arbeitnehmer ausgegangen ist. Die entsprechenden Gründe können konkret ermittelbar sein, wie etwa das Vorliegen eines Angebots zum sofortigen Antritt einer besser bezahlten Stelle bei einem anderen Arbeitgeber. Aber auch wenn dies nicht der Fall ist, weil die Motive bspw. psychologischer Natur sind, wird dies ebenfalls als Vorteil des Arbeitnehmers in die Interessenabwägung einbezogen. Etwas anderes gilt selbstverständlich dann, wenn das psychologisch begründete Bedürfnis des Arbeitnehmers zur Vertragsauflösung auf ein Fehlverhalten des Arbeitgebers zurückgeht, bspw. auf die Duldung einer Belästigung oder einer Mobbing-Situation.

Zum andern führt die Initiative des Arbeitnehmers zum Abschluss der Aufhebungsvereinbarung zu einer erheblichen Gewichtsabnahme auf der Seite der Arbeitnehmer-Nachteile. Denn verschiedene potenzielle künftige zwingende Rechtspositionen des Arbeitnehmers resp. Schutzvorschriften entfalten bloss dann Wirkung, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis gekündigt hätte (bspw. eine potenzielle Missbräuchlichkeit der Arbeitgeberkündigung oder der zeitliche Kündigungsschutz in Kombination mit der Lohnfortzahlungspflicht). Ist also erstellt, dass der Arbeitnehmer ohne Zustandekommen der Aufhebungsvereinbarung selber die Kündigung des Arbeitsverhältnisses erklärt hätte, so fallen diese vermeintlichen Nachteile des Arbeitnehmers aus der Bilanz.

---

<sup>51</sup> Vgl. MÜLLER (Fn. 5), S. 24; PORTMANN, Aufhebungsvertrag (Fn. 7), S. 366.

<sup>52</sup> Gl.M. TC VD, Urteil vom 29. Januar 1992, E. 3, in: JAR 1995 S. 157 f.; unklar BGer. 4C.250/2001 E. 1b, 5; a.A. wohl BGer. 4C.188/2004 E. 2.2, 3.2 (zumindest implizit).



Der Arbeitgeber sollte in der Praxis entsprechend darauf achten, dass es aktenkundig ist, sofern die Initiative zum Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung vom Arbeitnehmer ausging. Dies kann bspw. als Ingress in die Aufhebungsvereinbarung einfließen. Zu erinnern ist dabei allerdings aus Sicht des Arbeitnehmers daran, dass ihn dies beim Antrag auf Arbeitslosenentschädigung behindern kann, soweit den Behörden die Aufhebungsvereinbarung zur Kenntnis gebracht wird (den Arbeitnehmer trifft unter diesen Umständen ein Selbstverschulden an der allfälligen folgenden Arbeitslosigkeit).

(c) Der Arbeitnehmer entledigt sich bei Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung seiner Pflicht zur weiteren Erbringung der Arbeitsleistung während der ordentlichen Kündigungsfrist resp. während der Restlaufzeit des befristeten Arbeitsverhältnisses, weil der Arbeitsvertrag vorzeitig endet. Läuft das Arbeitsverhältnis zumindest noch für eine beschränkte Restdauer weiter, wird der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber nicht selten von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt. Der Nutzen des Arbeitnehmers ist im zweitgenannten Fall schwerer zu gewichten, da der Arbeitnehmer unter *Lohnzahlung* von der Pflicht zur Erbringung seiner Arbeitsleistung entbunden wird, er ist aber auch im ersten Fall als Vorteil zu berücksichtigen.<sup>53</sup> Die Entbindung von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung erleichtert dem Arbeitnehmer die Stellensuche oder ermöglicht ihm den Freizeitgenuss.

Gemäss einer in der Rechtsprechung und Doktrin vertretenen Meinung hängt das Gewicht dieses Vorteils davon ab, ob der Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer angewiesen wäre oder ob es nicht vielmehr ohnehin kaum Arbeit zu erledigen gäbe und somit die Freistellung des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber im Resultat mit weniger Nachteilen verbunden ist.<sup>54</sup> Diese Ansicht muss wie folgt präzisiert werden: Bei der Ermittlung, ob der Arbeitnehmer ein eigenes Interesse am Abschluss der fraglichen Aufhebungsvereinbarung hat, ist nach vorliegend vertretener Ansicht einzig auf den Nutzen des Arbeitnehmers abzustellen und nicht darauf, ob die Konzession beim Arbeitgeber mehr oder weniger spürbare negative Folgen verursacht (und zwar unabhängig davon, ob die Situation auf der Grund-

---

<sup>53</sup> Vgl. BGer. 4C.122/2000 E. 2b; BGer. 4C.185/2001 E. 3a, 3b; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 1), N 5 zu Art. 341 OR, mit Hinweis auf Meinungen, wonach darin kein relevanter Vorteil des Arbeitnehmers liege; dieser Ansicht ist etwa auch FARNER (Fn. 7), S. 39 f.

<sup>54</sup> So etwa BGer. 4C.22/2000 E. 3b, 3c; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 1), N 5 zu Art. 341 OR.



lage von Art. 341 Abs. 1 OR oder nach Massgabe des Verbots der Gesetzesumgehung geprüft wird). Der Vorteil der Entbindung des Arbeitnehmers von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung darf entsprechend *nur dann* aus der Abwägung ausscheiden, wenn entweder gar keine Arbeit mehr vorhanden ist und der Arbeitgeber somit bei einer ordentlichen Vertragsauflösung ohnehin in Annahmeverzug geraten wäre (Art. 324 OR), oder aber, wenn der Arbeitnehmer auch ohne Abschluss der Aufhebungsvereinbarung von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt worden wäre. Bloss in diesen beiden Fällen geht nämlich der Vorteil des Arbeitnehmers nicht mehr kausal auf den Abschluss der Aufhebungsvereinbarung zurück.<sup>55</sup>

### 7. *Hinweis: Die Berufung des Arbeitgebers auf Rechtsmissbrauch durch den Arbeitnehmer*

In der Praxis kommt es zuweilen – wenn auch nicht allzu oft – vor, dass ein Arbeitnehmer auf eine Aufhebungsvereinbarung zurückkommt. Dies etwa aufgrund einer nachträglichen juristischen Beratung oder aber deswegen, weil die Arbeitslosenkasse dem ehemaligen Arbeitnehmer Leistungskürzungen in Aussicht stellt. Wenn sich der Arbeitnehmer nachträglich auf Art. 341 Abs. 1 OR beruft oder eine Gesetzesumgehung geltend macht, wird der Arbeitgeber regelmässig ein missbräuchliches widersprüchliches Verhalten des Arbeitnehmers und damit einen Verstoss gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB einwenden.

Diese Einwendung kann jedoch grundsätzlich nicht gehört werden, ansonsten würden Sinn und Zweck des Art. 341 Abs. 1 OR resp. des Umgehungsverbotes ausgehebelt. Es geht bei diesen Instituten um den Schutz des Arbeitnehmers vor *eigenen* Handlungen, so dass seine Zustimmung zur Aufhebungsvereinbarung die nachträgliche Berufung auf die fraglichen Schutzbestimmungen nicht ausschliessen darf. Die Geltendmachung von Rechtsmissbrauch hat daher nur in besonders störenden Sonderfällen Aussicht auf Erfolg.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> In diesem Sinne wohl auch BGer. 4A\_59/2007 E. 3.1.

<sup>56</sup> Vgl. BGer. vom 13. Oktober 1995 in JAR 1996 S. 169 ff., E. 2c; ausführlich und mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 1), N 4 zu Art. 341 OR.

## V. Anwendungsbeispiele

### 1. Einleitung

Die vorstehenden theoretischen Ausführungen zu den Grenzen der Inhaltsfreiheit beim Abschluss von Aufhebungsvereinbarungen sollen nachfolgend anhand zweier Anwendungsbeispiele verdeutlicht werden. Zu beachten ist jedoch, dass dabei gewisse Vereinfachungen vorgenommen wurden (bspw. bei der Quantifizierung des Entschädigungsanspruchs wegen missbräuchlicher Kündigung im ersten Fallbeispiel). Wie es sich in der Praxis mit der rechtlichen Zulässigkeit einer konkret vorliegenden Aufhebungsvereinbarung verhält, muss selbstverständlich anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalles beurteilt werden.

### 2. Erstes Beispiel

#### a) Sachverhalt

Ein Arbeitnehmer mit einem Monatslohn von CHF 5'000 hat in erheblichem Ausmass Überstundenarbeit geleistet und verlangt deswegen vom Arbeitgeber eine Entschädigung im Betrag von CHF 20'000, was dem Wert der behaupteten Mehrarbeit mit Zuschlag nach Art. 321c Abs. 3 OR entspricht. Es ist umstritten, ob der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Mehrleistungen ausreichend deutlich zur Kenntnis gebracht hat. Der Arbeitgeber will sich diese Forderung nicht gefallen lassen und droht dem Arbeitnehmer die Kündigung an; von selbiger will er nur dann absehen, wenn die Parteien eine Aufhebungsvereinbarung schliessen. Der Arbeitgeber zeigt sich dabei bereit, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung im Betrag von CHF 10'000 zu bezahlen. Die entsprechende Aufhebungsvereinbarung wird abgeschlossen.

#### b) Beurteilung nach der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung sind Ansprüche aus geleisteten Überstunden zwingender Natur. Der Arbeitnehmer ist gemäss Art. 341 Abs. 1 OR gegen den Verzicht auf solche bereits entstandenen Rechtspositionen geschützt. Jedoch handelt es sich vorliegend um umstrittene Forderungen, welche vergleichsweise erledigt werden. Vor diesem Hintergrund würde eine Vereinbarung über die Zahlung von CHF 10'000 zur Abgeltung der umstritte-

nen Ansprüche unter dem Vorbehalt der Unangemessenheit – welche anhand einer summarischen Prüfung der Prozesschancen bezüglich der umstrittenen Ansprüche beurteilt würde – geschützt.

Indessen hätte der Arbeitgeber ohne Abschluss der Aufhebungsvereinbarung die Kündigung ausgesprochen. Diese wäre als sog. «Rachekündigung» nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR missbräuchlich gewesen, womit der Arbeitnehmer eine Entschädigungsforderung gemäss Art. 336a OR erworben hätte. Dabei handelt es sich um einen zwingenden Anspruch. Die Entschädigung liegt praxisgemäss bei ca. zwei Monatslöhnen, vorliegend CHF 10'000. Mit dem Abschluss der Aufhebungsvereinbarung wurde der zwingende sachliche Kündigungsschutz und damit die Entstehung dieser Forderung umgangen.

Der dem Arbeitnehmer aus dem Abschluss der Aufhebungsvereinbarung entstehende Vorteil eines Forderungserwerbs im Betrag von CHF 10'000 vermag daher den Verzicht auf die umstrittene Überstundenentschädigung und die Umgehung der Missbräuchlichkeitsentschädigung nicht zu kompensieren. Der Arbeitnehmer kann sich folglich nachträglich auf die Umgehung der Art. 336 ff. OR berufen und trotz Abschluss der Aufhebungsvereinbarung (zusätzlich zur vereinbarten Zahlung von CHF 10'000) eine Entschädigung nach Art. 336a OR verlangen.

c) Beurteilung nach vorliegend vertretener Ansicht

Nach der vorliegend vertretenen Ansicht sind Forderungen aus Überstundenarbeit – nicht zu verwechseln mit *Überzeitarbeit* im Sinne des Arbeitsgesetzes – *nicht* zwingender Natur. Folglich stehen sich in der Bilanz einzig die umgangene Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und die Abgangsentschädigung von CHF 10'000 gegenüber. Vorbehältlich besonderer Umstände des Einzelfalles, welche zu einer deutlich höheren Entschädigung als bloss zwei Monatslöhnen geführt hätten, ist eine solche Aufhebungsvereinbarung gültig. Allerdings müsste gegebenenfalls bei der Redaktion der Aufhebungsvereinbarung darauf geachtet werden, dass die Zahlung von CHF 10'000 nicht explizit als Abgeltung der umstrittenen Überstundenleistungen deklariert wird.

d) Aussagegehalt des ersten Anwendungsbeispiels

Mit diesem ersten Anwendungsbeispiel wird zunächst der Unterschied zwischen dem Verzicht auf zwingende Ansprüche (Art. 341 Abs. 1 OR;

Kategorie i) und der Umgehung der Entstehung zwingender Ansprüche (Kategorie iii) beim Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung aufgezeigt. Sodann ergibt sich daraus, wie diese Einbussen in den Rechtspositionen des Arbeitnehmers in die Bilanz der Vor- und Nachteile aus der Aufhebungsvereinbarung aufgenommen werden, unter besonderer Berücksichtigung dessen, dass über die bereits entstandenen, aber umstrittenen Ansprüche ein *echter Vergleich* abgeschlossen wurde. Sodann werden die Konsequenzen aufgezeigt, wenn die Nachteile die sich aus der Aufhebungsvereinbarung ergebenden Vorteile überwiegen. Schliesslich wird – durch die Gegenüberstellung der Lösung der Rechtsprechung und derjenigen nach vorliegend vertretener Ansicht – die Bedeutung der Frage verdeutlicht, ob Ansprüche auf Entschädigung wegen Überstundenarbeit zwingender Natur sind.

### 3. *Zweites Beispiel*

#### a) Sachverhalt

Ein Arbeitnehmer ist für eine Drittschuld des Arbeitgebers im Betrag von CHF 100'000 eine Bürgschaft eingegangen. Er verfügt über unbestrittene offene Ferienguthaben im Wert von CHF 40'000. Der Arbeitgeber ist nahe an der Überschuldung, was dem Arbeitnehmer bekannt ist. Er möchte sich entsprechend aus dem Arbeitsverhältnis lösen, zumal er die Möglichkeit hat, per sofort eine andere Arbeitsstelle mit einem um CHF 5'000/Monat höheren Lohn anzutreten. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate. Würde er seine Ferienlohnforderung geltend machen, könnte der Arbeitgeber seine offenen Verbindlichkeiten nicht mehr decken, weswegen der Arbeitnehmer damit rechnen müsste, dass sich seine Bürgschaftsverpflichtung realisiert. Die Parteien schliessen eine per sofort in Kraft tretende Aufhebungsvereinbarung ab, wonach sich der Arbeitnehmer mit einer Abgeltung der Ferienansprüche im Betrag von CHF 10'000 zufriedengibt; die Entschädigung wird direkt mit Unterzeichnung der Vereinbarung übergeben.

#### b) Beurteilung nach der Rechtsprechung

Ferienansprüche sind zwingender Natur. Soweit sie nicht mehr in natura bezogen werden können, sind sie durch eine Geldleistung abzugelten; spätestens mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Kündigung durch den Arbeitnehmer würde die fragliche Geldforderung fällig. Der

Verzicht des Arbeitnehmers auf zwingende Entschädigungsansprüche im Betrag von CHF 40'000 wird nun durch die Zahlung von CHF 10'000 nicht gedeckt. Es liegt *prima facie* ein Verstoss gegen Art. 341 Abs. 1 OR vor. Zwar hat nun der Arbeitnehmer ein Interesse an der Vertragsauflösung, weil er derart einen höheren Lohn erhältlich machen kann – konkret im Wert von CHF 15'000 (CHF 5'000/Monat für drei Monate) – und sich überdies die Gefahr der Realisierung der Bürgschaftsverpflichtung mindert. Diese Vorteile des Arbeitnehmers stammen indessen nicht aus der Sphäre des Arbeitgebers, weswegen es an gleichgewichtigen gegenseitigen Konzessionen fehlt (bezüglich Bürgschaft siehe auch BGer. 4C.185/2002 E. 4.2). Der Erlass der dem Arbeitnehmer zwingend zustehenden Differenzforderung von CHF 30'000 verstösst danach gegen das Verzichtsverbot von Art. 341 Abs. 1 OR und ist mithin ungültig.

c) Beurteilung nach vorliegend vertretener Ansicht

Der Arbeitnehmer verzichtet mit Abschluss der Aufhebungsvereinbarung auf ihm zwingend zustehende Ansprüche im Wert von CHF 40'000. Dieser Erlass verstösst auf den ersten Blick gegen Art. 341 Abs. 1 OR. Es ist folglich eine Abwägung der Vor- und Nachteile vorzunehmen, wobei der verpönte Verzicht die «Nachteil-Seite» ausfüllt. Als Vorteil ist zunächst die Entschädigung im Betrag von CHF 10'000 einzusetzen, es verbleibt eine Differenz von CHF 30'000.

Nach der vorliegend vertretenen Ansicht kommt es bei der Ermittlung der Vorteile aus einer Aufhebungsvereinbarung jedoch auch vor dem Hintergrund von Art. 341 Abs. 1 OR einzig darauf an, ob dem Arbeitnehmer, kausal bedingt durch den Abschluss der Aufhebungsvereinbarung, im Vergleich zur alternativen Kündigung Vorteile zugehen, welche den verpönten Verzicht überwiegen. Aus welcher Sphäre diese Vorteile stammen resp. ob ihnen ein entsprechender Nachteil (Konzession) des Arbeitgebers gegenübersteht, ist danach irrelevant.

Daher ist – im Unterschied zur Lösung nach der Rechtsprechung – zunächst das Eigeninteresse des Arbeitnehmers am erzielbaren Mehrentgelt für die Arbeitsleistung im Betrag von CHF 15'000 in die Interessenabwägung einzubeziehen, wodurch sich der monetäre Nachteil des Arbeitnehmers von CHF 30'000 auf CHF 15'000 reduziert. Dazu kommt, dass der Arbeitnehmer sein Risiko mindert, dass er aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wird, ebenso das Risiko, dass der Arbeitgeber während der Kündigungsfrist in Konkurs fallen könnte und der Arbeitnehmer seine

Lohnforderungen für die Restlaufzeit des Vertrages anschliessend im Zwangsvollstreckungsverfahren durchsetzen müsste (auch wenn es sich dabei um geschützte Erstklassforderungen handelt). Bei dieser Ausgangslage darf dem Arbeitnehmer ein ausreichendes Eigeninteresse zugebilligt werden, welches den Verzicht auf zwingende Ansprüche im Betrag von CHF 30'000 resp. CHF 15'000 übersteigt. Die Aufhebungsvereinbarung ist rechtsgültig, der Arbeitnehmer darf sich nicht nachträglich auf das Verzichtsverbot berufen.

d) Aussagegehalt des zweiten Anwendungsbeispiels

Vorliegend wird die Ansicht vertreten, dass es in Bezug auf die erforderlichen Vorteile, welche die sich aus dem Verzicht auf zwingende Ansprüche (Art. 341 Abs. 1 OR; Kategorie i) ergebenden Nachteile zu überwiegen haben, nicht darauf ankommt, ob diese aus der Sphäre des Arbeitgebers stammen. Es genügt, wenn sie sich kausal aus dem Abschluss der Aufhebungsvereinbarung ergeben. Mit dem zweiten Anwendungsbeispiel wird aufgezeigt, wie sich diese Ansicht auf die Beurteilung der Gültigkeit einer Aufhebungsvereinbarung auswirken kann in Abgrenzung zur Rechtsprechung, welche dabei aus der Sphäre des Arbeitgebers stammende Konzessionen verlangt.

