

# Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für unwahre Arbeitszeugnisse

Dr. iur. Oliver Kälin, LL.M., Rechtsanwalt (Zürich)

## Grundlagen

Gemäss Art. 330a Abs. 1 OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Arbeitszeugnis verlangen. Insbesondere am Ende eines Arbeitsverhältnisses wird der Arbeitnehmer den Arbeitgeber um ein Zeugnis bitten und damit seine Bewerbungsunterlagen ergänzen<sup>1</sup>. Der Arbeitnehmer hat daher ein Interesse daran, ein möglichst gutes Vollarbeitszeugnis<sup>2</sup> zu erhalten<sup>3</sup>. Ein Vollzeugnis muss neben den Personalien des Arbeitnehmers, der Dauer des Arbeitsverhältnisses und einer Beschreibung der verrichteten Arbeit eine Leistungsqualifikation sowie eine Beschreibung der Haltung des Arbeitnehmers im Unternehmen aufweisen<sup>4</sup>. War der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer zufrieden, wird er ihm ein entsprechendes Zeugnis ausstellen und im Zeugnis vielleicht zusätzlich Bedauern über den Weggang des Mitarbeiters ausdrücken<sup>5</sup>. Es wird

*Unabhängig von der Zufriedenheit des Arbeitgebers mit den Leistungen des Arbeitnehmers hat dieser Anspruch auf ein wohlwollendes Arbeitszeugnis, das sein wirtschaftliches Fortkommen fördert. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, ein den Tatsachen entsprechendes Arbeitszeugnis auszustellen. In diesem Spannungsfeld zeigt der Autor die Grenze auf zwischen einem Arbeitszeugnis, in dem Negatives unerwähnt bleibt, und einem wahren und vollständigen Arbeitszeugnis. Er kommt zum Schluss, dass ein ehemaliger Arbeitgeber gegenüber Dritten haftpflichtig werden kann, die Hürden für Schadenersatzprozesse aber hoch sind.* **Zi.**

<sup>1</sup> Im angloamerikanischen Wirtschaftsraum werden Arbeitszeugnisse im schweizerischen Sinne nicht verwendet, sondern Beurteilungsschreiben («Reference», «Letter of Recommendation»), deren Ausstellung aber auf Freiwilligkeit beruht und die einen wesentlich informelleren Charakter aufweisen, als ein qualifiziertes Arbeitszeugnis.

<sup>2</sup> Und nicht nur eine Arbeitsbestätigung nach Art. 330a Abs. 2 OR.

<sup>3</sup> Jean Meyer, Le certificat de travail, ZSR 1991 493.

<sup>4</sup> Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Kommentar zu Art. 319-362 OR, 6. A., Zürich 2006, Art. 330a N 3; Christiane Brunner, Jean-Michel Bühler, Jean-Bernard Waeber, Christian Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3. A., Lausanne 2004, Art. 330a N 3; Rolf A. Tobler, Christian Favre, Charles Munoz, Daniela Gullo Ehm, Arbeitsrecht, kommentierte Gesetzesausgabe, Lausanne 2006, Art. 330a N 1.4.; Meyer (zit. Fn. 3) 474 f.

<sup>5</sup> Worauf der Arbeitnehmer aber keinen Anspruch hat (BGE 4C.36/2004 vom 08.04.2004, Erw. 5).

*Indépendamment de savoir si l'employeur est satisfait des prestations du travailleur, ce dernier a droit à un certificat de travail bienveillant, qui favorise, économiquement, la suite de son développement. Dans le même temps, l'employeur est obligé de délivrer un certificat de travail qui correspond aux faits. Pour aider à trancher entre ces exigences conflictuelles, l'auteur dessine la frontière entre un certificat de travail, dans lequel les points négatifs ne sont pas mentionnés, et un certificat véridique et complet. Il arrive à la conclusion qu'un ancien employeur peut être tenu pour responsable civilement à l'égard des tiers, même si les exigences posées pour admettre une prétention en dommages-intérêts sont élevées. P.P.*

demgegenüber Fälle geben, in denen der Arbeitgeber mit den Leistungen des Arbeitnehmers nicht zufrieden war, sogar froh ist über dessen Weggang oder ihm gekündigt hat. Unabhängig davon, wie zufrieden der Arbeitgeber war und unabhängig davon, weshalb der Arbeitnehmer den Arbeitgeber verlässt, der Arbeitnehmer hat in jedem Fall Anspruch auf ein wohlwollendes<sup>6</sup> Arbeitszeugnis<sup>7</sup>, wobei nach einem Teil der Lehre und Rechtsprechung sogar gute Leistungen des Arbeitnehmers vermutet werden<sup>8</sup>. Zugleich muss ein Arbeitszeugnis wahr sein und ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers wiedergeben<sup>9</sup>, den Tatsachen entsprechen<sup>10</sup> und vollständig sein<sup>11</sup>. Entscheidend dabei ist, wie ein uneteiligter Dritter das Zeugnis nach Treu und Glauben versteht und dass dieses Verständnis den Tatsachen entsprechen soll<sup>12</sup>. Massgebend ist daher nicht, ob der Arbeitgeber zufrieden war, sondern ob die Leistungen des Arbeitnehmers objektiv überzeugt haben<sup>13</sup>. Trotz verlangter Objektivität dürfen Negative im Arbeitszeugnis nur erwähnt werden, wenn sie für die Gesamtbeurteilung erheblich sind<sup>14</sup>. Einmalige Vorfälle und geringfügige Fehlleistungen, die für das Arbeitsverhältnis nicht bezeichnend sind, dürfen nicht erwähnt werden<sup>15</sup>.

Damit entsteht ein Spannungsfeld, in welchem die Forderung nach einem wahren und den Tatsachen entsprechenden Zeugnis der Forderung nach einem wohlwollenden Zeugnis, in dem Negatives grundsätzlich nicht erwähnt werden darf, gegenüber steht<sup>16</sup>. Dieser Widerspruch kann aufgrund seiner impliziten gesetzlichen Normierung in Art. 330a OR nicht aufgelöst werden.

Ist ein Arbeitnehmer der Auffassung, im Arbeitszeugnis sei seine Leis-

<sup>6</sup> Tobler, Favre, Munoz, Gullo Ehm, (zit. Fn. 4) Art. 330a N 1.7.; Peter Kaufmann, Claudia Jorns, Zwischen Wahrheitspflicht und Wohlwollen: Die Verletzung der Zeugnispflicht des Arbeitgebers infolge Ausstellung eines zu günstigen Arbeitszeugnisses, Anwalts Revue 6–7 2002 37; Martin Farner, Probleme beim Zeugnis, Referat, abgedruckt in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich, 1997 und 1998, 52: «Das heisst: Je schlechter ein Mitarbeiter, desto schwieriger die Aufgabe, ihm ein brauchbares Zeugnis zu schreiben.»

<sup>7</sup> Streiff/von Kaenel (zit. Fn. 4) Art. 330a N 3.

<sup>8</sup> Tobler, Favre, Munoz, Gullo Ehm (zit. Fn. 4), Art. 330a N 1.6.; kritisch Streiff/von Kaenel (zit. Fn. 4) Art. 330a N 5 mit Hinweisen. Die Frage der Beweislast im Berichtigungsprozess ist umstritten, Streiff/von Kaenel ebd.

<sup>9</sup> Streiff/von Kaenel (zit. Fn. 4) Art. 330a N 3; Kaufmann/Jorns (zit. Fn. 6) 38.

<sup>10</sup> Tobler, Favre, Munoz, Gullo Ehm (zit. Fn. 4) Art. 330a N 1.5.

<sup>11</sup> Basler Kommentar, 3. A., 2003, OR-Rehbinder/Portmann, Art. 330a 4 f.; Kaufmann/Jorns (zit. Fn. 6) 37.

<sup>12</sup> BGE 4C.60/2005 vom 28.04.2005 E. 4.1.; siehe auch Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 02.07.2004 in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2004 Nr. 14 S. 19 ff. = JAR 2005 501 ff., wonach die kündigende Partei im Zeugnis nur erwähnt werden darf, wenn der Beendigungsgrund zur Würdigung des Gesamtbildes beiträgt.

<sup>13</sup> Farner (zit. Fn. 6) 52.

<sup>14</sup> Brunner, Bühler, Waeber, Bruchez (zit. Fn. 4) Art. 330a N 7; Streiff/von Kaenel (zit. Fn. 4) Art. 330a N 3, wobei strittig ist, ob auch ausserdienstliche Verfehlungen ins Zeugnis aufgenommen werden müssen/können, wenn sie sich auf das Arbeitsverhältnis auswirkten. Ein einzelner Vorfall soll dann im Zeugnis erwähnt werden, wenn er für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses charakteristisch ist (Kaufmann/Jorns, zit. Fn. 6, 38); OR-Rehbinder/Portmann (zit. Fn. 11) Art. 330a N 5.

<sup>15</sup> Kaufmann/Jorns (zit. Fn. 6) 37, die zu Recht darauf hinweisen, dass unklar ist, wann Vorfälle genügend gewichtig sind, um im Zeugnis erwähnt zu werden.

<sup>16</sup> Farner (zit. Fn. 6) 52: «Die auf der Zufriedenheit aufbauenden Qualifikationen haben den (...) Nachteil, von der Sache her nicht ins Schwarze zu treffen.»

tung nicht genügend gut bewertet oder Negativa seien zu Unrecht erwähnt worden, wird er zunächst vom Arbeitgeber eine Änderung des Zeugnisses verlangen. Kommt der Arbeitgeber dieser Forderung nicht nach, kann der Arbeitnehmer den Richter anrufen und den gewünschten Zeugnistext ins Rechtsbegehren aufnehmen<sup>17</sup>. Der Richter wird zunächst versuchen, den Parteien einen Vergleich vorzuschlagen. Arbeitgeber wenden teilweise ein, dass sie dem Zeugnisabänderungswunsch des Arbeitneh-

mers nicht nachkommen können, weil sie sonst Dritten gegenüber schadenersatzpflichtig würden<sup>18</sup>.

### Die Schadenersatzpflicht des ehemaligen Arbeitgebers stützt sich auf Art. 41 Abs. 1 OR

Vorab sei erwähnt, dass der ehemalige Arbeitgeber nicht haften kann, wenn er wesentliche Vorkommnisse im einfachen Arbeitszeugnis (im Gegensatz zum Vollzeugnis) nicht erwähnt, da solche Angaben nicht Bestandteil des einfachen Zeugnisses sein können<sup>19</sup>. Wenn zwischen dem ehemaligen Arbeitgeber und dem Dritten, meist dem neuen Arbeitgeber, kein Vertrag bezüglich des Mitarbeiters bzw. dessen Wechsel besteht, richten sich Schadenersatzansprüche nach den Bestimmungen über die ausservertragliche Haftpflicht<sup>20, 21</sup>. Die Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR setzt voraus, dass dem Dritten ein Schaden entstanden ist, der widerrechtlich und schuldhaft verursacht wurde und in einem adäquaten Kausalzusammenhang zu dem schädigenden Ereignis steht<sup>22</sup>. Das schädigende Ereignis ist das Ausstellen des unrichtigen Zeugnisses. Ist der Dritte der neue Arbeitgeber, kann der Schaden bestehen aus einem durch den – für die besetzte Stelle ungeeigneten – Arbeitnehmer verursachten Schaden, den der Arbeitgeber zu tragen hat oder aus den Kosten für die Suche nach einem neuen Mitarbeiter, wie Insertionskosten oder Kosten für einen Headhunter<sup>23</sup>. Hat der ehemalige Arbeitgeber ein unrichtiges Arbeitszeugnis ausgestellt, hat er gegen das Gebot von Art. 252 StGB verstossen,<sup>24</sup> was für reine Vermögensschäden<sup>25</sup> nach der Schutznormtheorie die Widerrechtlichkeit begründet. Das Verschulden ist dann zu bejahen, wenn der ehemalige Arbeitgeber in

Kauf nahm oder hätte erkennen müssen, dass der Zeugnisinhalte nicht richtig war<sup>26</sup>. Der adäquate Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das Arbeitszeugnis geeignet war, den neuen Arbeitgeber zu veranlassen, den Arbeitnehmer einzustellen. Wäre der Arbeitnehmer aber ohnehin eingestellt worden, fehlt es an der Adäquanzt<sup>27</sup>.

In BGE 101 II 69<sup>28</sup> hatte die ehemalige Arbeitgeberin den Arbeitnehmer wegen Veruntreuung von CHF 25 000 per Ende 1968 entlassen. Im ausgestellten Arbeitszeugnis wurde der Arbeitnehmer dann aber als überaus fähiger Mitarbeiter bezeichnet, den man guten Gewissens weiter empfehlen könne. Die Veruntreuung wurde nicht erwähnt. Der Arbeitnehmer fand aufgrund des Arbeitszeugnisses im Mai 1969 eine neue Anstellung, wo er kurz darauf ab Juli 1969 bis Februar 1970 insgesamt CHF 500 000 unterschlug. Die neue Arbeitgeberin klagte den ungedeckten Rest der CHF 500 000, der beim Arbeitnehmer nicht erhältlich gemacht werden konnte, gegen die ehemalige Arbeitgeberin ein. Das Bundesgericht hiess die Klage gut, reduzierte aber die Forderung mit der Begründung, die neue Arbeitgeberin habe im konkreten Fall den Schaden mitverschuldet, da zwar eine achtmonatige Probezeit vorgesehen, dennoch aber jede wirksame Überwachung des Arbeitnehmers unterlassen wurde. Obwohl – soweit gesehen – neben BGE 101 II 69 kein weiterer Entscheid existiert, in welchem der ehemalige Arbeitgeber zu Schadenersatz verurteilt wurde, bleibt es Tatsache, dass die Haftpflicht eines ehemaligen Arbeitgebers gegenüber einem neuen Arbeitgeber wegen einem unrichtigen Zeugnis nicht bloss graue Theorie ist. Um zu bestimmen, wie hoch das Risiko für den ehemaligen

<sup>17</sup> *Streiff/von Kaenel* (zit. Fn. 4) Art. 330a N 5 mit Verweis auf BGE 129 III 177 betreffend Klage auf Ausstellung eines Zeugnisses. Betreffend die Abänderung eines Zeugnisses z.B. 4C.60/2005 vom 28.04.2005.

<sup>18</sup> *Farner* (zit. Fn. 6) 55.

<sup>19</sup> *Adrian Staehelin*, Zürcher Kommentar, Art. 319–330a OR, 4. A., Zürich 2006, Art. 330a N 25.

<sup>20</sup> Art. 41 Abs. 1 OR oder, wenn das Arbeitszeugnis durch einen vorgesetzten Arbeitnehmer ausgestellt wurde, Art. 55 Abs. 1 OR.

<sup>21</sup> Es handelt sich um einen Anwendungsfall der Vertrauenshaftung (*Streiff/von Kaenel*, zit. Fn. 4, Art. 330a N 7).

<sup>22</sup> Statt aller *Heinz Rey*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2003, Rz. 60, 805 ff.

<sup>23</sup> *Kaufmann/Jorns* (zit. Fn. 6) 40, erwähnen als möglichen Schadenposten zudem den übersetzten Lohnanteil, da Leistung und Entlohnung des eingestellten Arbeitnehmers in einem Missverhältnis stehen können oder Kosten für Weiterbildungskurse.

<sup>24</sup> BGE 101 II 72 Erw. 2 = Pra 1975 Nr. 170, 477; *Kaufmann/Jorns* (zit. Fn. 6) 40.

<sup>25</sup> Zum Begriff *Rey* (zit. Fn. 22) Rz. 703.

<sup>26</sup> *Kaufmann/Jorns* (zit. Fn. 6) 40. Es wird also nicht gefordert – und wird auch kaum je der Fall sein – dass der ehemalige Arbeitgeber in der Absicht gehandelt hat, dem ihm meist nicht bekannten neuen Arbeitgeber einen ungeeigneten Mitarbeiter zu vermitteln.

<sup>27</sup> *Kaufmann/Jorns* (zit. Fn. 6) 40.

<sup>28</sup> Pra 1975 Nr. 170.

Arbeitgeber ist, für ein unrichtiges Zeugnis haftpflichtig zu werden, ist zwischen unrichtigen Angaben betreffend Tatsachen und unrichtigen (weil zu günstigen) Angaben betreffend die Leistungen des Arbeitnehmers zu unterscheiden.

### Schadenersatzpflicht wegen unrichtigen Angaben betreffend Tatsachen

In BGE 101 II 69 verschwieg die ehemalige Arbeitgeberin die vom Arbeitnehmer begangene Veruntreuung. Nach den oben erwähnten Grundsätzen muss der Arbeitgeber Tatsachen dann erwähnen, wenn diese das Arbeitsverhältnis massgebend beeinflussen haben. Aufgrund dieser in BGE 101 II 69 so nicht erwähnten Überlegung hätte die Veruntreuung im Zeugnis angedeutet werden müssen<sup>29</sup>. Daraus folgt, dass beispielsweise die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer oft verschläft<sup>30</sup>, ebenfalls im Zeugnis erwähnt werden muss. Eine Krankheit dagegen darf nur dann erwähnt werden, wenn sie einen wesentlichen Einfluss auf die Leistung oder das Verhalten des Arbeitnehmers hatte oder einen sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses darstellte<sup>31</sup>. Dasselbe gilt für den Missbrauch des Internets<sup>32</sup>.

Selbst wenn aber der ehemalige Arbeitgeber Tatsachen verschweigt, die eine Auswirkung auf das neue Arbeitsverhältnis haben, und damit ein objektiv unrichtiges Zeugnis vorliegt, wird der neue Arbeitgeber stets Mühe haben, die Adäquanz nachzuweisen. Das Arbeitszeugnis muss offenkundig geeignet gewesen sein, dem Arbeitnehmer die neue Stelle zu verschaffen<sup>33</sup>. Der Beweis der Adäquanz und damit der Tatsachen, dass die Einstellung gestützt auf das Arbeitszeugnis

erfolgte, obliegt dem Kläger<sup>34</sup> (dem neuen Arbeitgeber). In BGE 101 II 69 wurde dem Arbeitnehmer, nachdem er mit dem ersten Arbeitszeugnis keine neue Stelle gefunden hatte, ein zweites, besseres Arbeitszeugnis ausgestellt<sup>35</sup>. Dies kann ein Hinweis gewesen sein, dass der Arbeitnehmer mit dem besseren Arbeitszeugnis eine Stelle fand, die er ohne solches zuvor vergebens gesucht hatte und zeigt damit, dass das neue Arbeitszeugnis adäquat kausal für den Schaden war.

Wenn der ehemalige Arbeitgeber erst nach Ausstellen des Zeugnisses von einer wesentlichen Tatsache erfährt, kann er das Zeugnis vom Arbeitnehmer zurückverlangen<sup>36</sup>.

### Schadenersatzpflicht wegen unrichtigen Angaben betreffend die Leistung des Arbeitnehmers

Legt ein Bewerber für eine Stelle ein gutes oder sehr gutes Arbeitszeugnis vor und stellt sich nach der Anstellung heraus, dass der Arbeitnehmer beim neuen Arbeitgeber nicht die im Zeugnis erwähnte Leistung erbringt, liegt die Vermutung nahe, dass das Arbeitszeugnis des ehemaligen Arbeitgebers unwahr und der ehemalige Arbeitgeber theoretisch haftpflichtig ist. Praktisch aber werden Haftpflichtansprüche indes kaum je erfolgreich durchgesetzt werden können. Das Problem liegt bei der Beweisführung<sup>37</sup>. Die Beurteilung der Leistung ist ein Werturteil, und der ehemalige Arbeitgeber verfügt über einen weiten Ermessensspielraum<sup>38</sup>. Zudem wird der ehemalige Arbeitgeber sich naheliegend auf den Standpunkt stellen, er sei mit den Leistungen des Arbeitnehmers zufrieden gewesen. Erst wenn der neue Arbeitgeber ein unrichtiges Zeugnis sowie zusätzlich nachweisen kann, dass er

den Arbeitnehmer ohne das unrichtige Zeugnis nicht eingestellt hätte

<sup>29</sup> Siehe dazu das Beispiel betreffend eine – im Gegensatz zu BGE 101 II 69 fristlose – Entlassung wegen Veruntreuung in *Susanne Janssen*, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Zürcher Diss., Bern 1996, 229, mit der Formulierung: «Das Arbeitsverhältnis musste von uns aus wichtigen Gründen aufgelöst werden (...)».

<sup>30</sup> Siehe Sachverhalt in BGE C 84/06 vom 04.09.2006.

<sup>31</sup> *Streiff/von Kaenel* (zit. Fn. 4) Art. 330a N 3; Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich 2003, Nr. 15, 29 = JAR 2004 598: «Herr X. verlässt uns zufolge gesundheitlicher Probleme.»; dasselbe gilt für Alkohol- und Suchtprobleme (*Janssen*, zit. Fn. 29, 127); betreffend Drogenkonsum am Arbeitsplatz siehe Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2004 Nr. 25, 37 ff. (fristlose Kündigung in casu gerechtfertigt).

<sup>32</sup> Siehe *Gerhard Koller*, Internet und E-Mail am Arbeitsplatz, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 1999 und 2000, 53 ff., 62 f.

<sup>33</sup> BGE 101 II 73 = Pra 1975 Nr. 170 477.

<sup>34</sup> Art. 8 ZGB.

<sup>35</sup> Die Zeugnistexte sind in BGE 101 II 70 f. abgedruckt, nicht aber in der Übersetzung in Pra 1975 Nr. 170. Es handelt sich um einen geradezu exemplarischen Fall eines Gefälligkeitszeugnisses (siehe *Tobler, Favre, Munoz, Gullo Ehm*, zit. Fn. 4, Art. 330a N 1.11.).

<sup>36</sup> *Kaufmann/Jorns* (zit. Fn. 6) 39; *Janssen* (zit. Fn. 29) 152 ff.

<sup>37</sup> Zeugen (z.B. Arbeitnehmer des ehemaligen Arbeitgebers) werden schwierig zu finden sein; ebenso wird der ehemalige Arbeitgeber die Herausgabe der Personalakte mit Verweis auf das Datenschutzgesetz verweigern. Es ist fraglich, wie weit der ehemalige Arbeitgeber im Prozess die Personalakte offenzulegen hat (siehe *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 184 N 2a).

<sup>38</sup> *Streiff/von Kaenel* (zit. Fn. 4) Art. 330a N 3; siehe Urteil vom 29. Juni 2004 des Bezirksgerichts Gelterkinden in JAR 2004 421 ff., wonach die Arbeitgeberin nicht zu einer positiveren Beurteilung des Arbeitnehmers verpflichtet werden kann, wenn sie mit der Leistung des Arbeitnehmers effektiv unzufrieden war.

und zudem ein Schaden in einem Umfang entstanden ist, der die zu erwartenden Rechtskosten<sup>39</sup> zumindest

übersteigt, kann sich der neue Arbeitgeber überlegen, ein Verfahren gegen den ehemaligen Arbeitgeber anzustrengen.

### Zusammenfassung

Der ehemalige Arbeitgeber, welcher einem Arbeitnehmer ein unrichtiges, weil zu günstiges Zeugnis ausstellt, kann Dritten gegenüber haftpflichtig werden. Die Hürden einer solchen Haftpflicht sind aber hoch, wenn es um die (Nicht-)Wiedergabe von Tatsachen im Zeugnis geht, und sehr hoch, wenn es um eine unrichtige Leistungsbeurteilung des Arbeitnehmers geht. Dementsprechend sind Schadenersatzprozesse in praxi selten.

### Folgerung

Betreffend Tatsachen tut der Arbeitgeber vor dem Hintergrund möglicher

künftiger Haftpflichtansprüche gut daran, diese zu erwähnen. Bei Leistungsbewertungen kann sich der Arbeitgeber aber – z.B. um einen Rechtsstreit mit dem Arbeitnehmer zu vermeiden – toleranter zeigen, im Wissen darum, dass es für einen Dritten äusserst schwierig sein wird, Haftpflichtansprüche durchzusetzen. Rechtspolitisch mag sich die Frage stellen, ob die Provokation von zu guten Arbeitszeugnissen sinnvoll ist. Da die ratio legis von Art. 330a OR darin besteht, das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers zu fördern<sup>40</sup>, ist diese Frage zu bejahen. Gegengewicht bildet die kurze Kündigungsfrist während der Probezeit gemäss Art. 335b OR, in welcher ein neuer Arbeitgeber dem Arbeitnehmer sogar innerhalb von Sperrfristen kündigen darf<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Vor den Zürcher Gerichten wird ein Streit um das Arbeitszeugnis mit einem Monatslohn bewertet, solange sich die Parteien nicht auf einen Streitwert geeinigt haben (Obergericht II. Zivilkammer, Beschluss vom 22.10.2002).

<sup>40</sup> BGE 107 IV 39 (in welchem ein Arbeitgeber androhte, einem Arbeitnehmer nur dann ein Arbeitszeugnis auszustellen, wenn dieser kündige).

<sup>41</sup> *Streiff/von Kaenel* (zit. Fn. 4) Art. 335b N 6. Die Schutzbestimmungen gegen missbräuchliche Kündigungen gemäss Art. 336 ff. OR sind nach einem überwiegenden Teil der Lehre und Rechtsprechung aber anwendbar (*Tobler, Favre, Munoz, Gullo Ehm*, zit. Fn. 4, Art. 335b N 1.8 mit Nachweisen; ebenso *Streiff/von Kaenel*, zit. Fn. 4, Art. 335b N 9). *Brunner, Bühler, Waeber, Bruchez* (zit. Fn. 4) Art. 335b N 5.