

# **Arbeitsrecht**

**HR-Fachfrau / HR-Fachmann  
mit eidgenössischem Fachausweis**

**Oktober 2011 – Oktober 2012**

**lic. iur. Judith Wissmann Lukesch**

**Rechtsanwältin und Ausbilderin, Schöffliisdorf und  
Zürich**

## EINLEITUNG

### Lernziele im Fach Arbeitsrecht

Die Studierenden:

- **kennen** die Grundlagen des Schweizerischen Arbeitsrechts und des internationalen HR-Managements;
- sind in der Lage, ihre Kenntnisse in Lösungsvorschläge zu arbeitsrechtlichen Fragestellungen **umzusetzen** und einfachere Fälle selbständig zu lösen.
- **können das Gelernte** entsprechend der Wegleitung 2009 Fachausweis HR-Fachfrau/-Fachmann **an der eidg. Prüfung erfolgreich anwenden**. Das Fach Arbeitsrecht umfasst die folgenden Ziffern der Wegleitung 2009:
  - 7.41 Arbeitsrecht,
  - 7.42 Arbeitsvermittlung,
  - 7.64 IHRM nur ausgewählte Bereiche des internationalen Arbeitsrechts, nämlich: Internationaler Transfer : Arbeitsrecht, Vertragswesen, Grundfragen und Regelungen des Arbeitsrechts in der EU und den übrigen Ländern, Inhalt der internationalen Arbeitsverträge und Problematik der gerichtlichen Zuständigkeit

### Zum vorliegenden Skriptum

Das Skriptum:

- folgt der **Systematik des Bildungsganges**;
- enthält das Wesentliche, was die Studierenden am Ende des Bildungsganges wissen (d.h.: reproduzieren, darüber diskutieren und an praktischen Beispielfällen anwenden können) sollen;
- enthält nicht den vollständig gesprochenen Text; in den Unterrichtsstunden werden zusätzliche Informationen vermittelt und praktische Fallbeispiele besprochen;
- kann durch die Studierenden mit eigenen Notizen ergänzt werden und soll zusammen mit diesen Notizen Grundlage zum Bestehen der Prüfung sein.

### Verfasserin des vorliegenden Skriptums

Katharina Landolf, Rechtsanwältin, Zürich, 1998

Überarbeitung 2011 durch Judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin und Ausbilderin, Schöfflisdorf und Zürich, [judith.wissmann@bluewin.ch](mailto:judith.wissmann@bluewin.ch), [www.judithwissmann.ch](http://www.judithwissmann.ch)

<b>EINLEITUNG</b> .....	<b>2</b>
<b>LERNZIELE IM FACH ARBEITSRECHT</b> .....	<b>2</b>
<b>ZUM VORLIEGENDEN SKRIPTUM</b> .....	<b>2</b>
<b>1. RECHTSQUELLEN DES ARBEITSRECHTS</b> .....	<b>8</b>
<b>1.1. Gesellschaftliche Verhältnisse und Rechtsverhältnisse</b> .....	<b>8</b>
<b>1.2. Rechtsverhältnis und Rechtssubjekt</b> .....	<b>8</b>
<b>1.3. Privates und öffentliches Recht</b> .....	<b>9</b>
<b>1.4. Das Normensystem</b> .....	<b>10</b>
<b>1.5. Die einzelnen Rechtsgebiete</b> .....	<b>12</b>
a) Im Bereich des öffentlichen Rechts .....	12
b) Im Bereich des Privatrechts: .....	13
<b>1.6. Rechtsquellen des Arbeitsrechts</b> .....	<b>13</b>
1.6.1. Obligationenrecht, Zehnter Titel: Der Arbeitsvertrag .....	14
1.6.2. Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) mit Verordnungen (Revision in Kraft seit 1.8.2000) .....	15
1.6.3. Sozialversicherungsgesetze .....	15
1.6.4 Gleichstellungsgesetz (GlG, in Kraft seit 1.7.1996) .....	15
1.6.5. Mitwirkungs-gesetz (in Kraft seit 1.5.1994) .....	17
1.6.6. Datenschutzgesetz (DSG, Revision in Kraft am 1.1.2008) .....	18
1.6.7. Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG, in Kraft seit 1.7.1991) .....	19
1.6.8. Normalarbeitsverträge (NAV) .....	20
1.6.9 Betriebsordnungen (BO) .....	20
1.6.10. Gesamtarbeitsverträge (GAV) .....	20
1.6.11 Einzelarbeitsvertrag .....	21
1.6.12 Verfassung (revidierte Bundesverfassung in Kraft seit 1.1.2000) .....	21
1.6.13. Prozessrecht .....	22
1.6.14. Öffentliches Arbeitsrecht .....	22
1.6.15. EU - Arbeitsrecht .....	23
<b>2. RANGORDNUNG DER RECHTSQUELLEN IM ARBEITSRECHT</b> .....	<b>24</b>
<b>3. DER EINZELARBEITSVERTRAG</b> .....	<b>26</b>
<b>3.1. Charakteristik des Einzelarbeitsvertrages</b> .....	<b>26</b>
<b>3.2. Unterscheidung des Einzelarbeitsvertrages von sonstigen Verträgen über Arbeitsleistungen</b> .....	<b>26</b>
3.2.1. Werkvertrag .....	26
3.2.2. Auftrag .....	27

<b>3.3. Besondere Einzelarbeitsverträge und verschiedene Arbeitsformen.....</b>	<b>27</b>
3.3.1 Der Handelsreisendenvertrag.....	27
3.3.2. Der Heimarbeitsvertrag .....	27
3.3.3. Der Lehrvertrag .....	28
3.3.4. Teilzeitarbeit.....	28
3.3.5. Aushilfsarbeit.....	28
3.3.6. Arbeit auf Abruf .....	29
3.3.7. Temporärarbeit .....	29
<b>3.4. Zustandekommen des Arbeitsvertrages .....</b>	<b>30</b>
3.4.1. Bewerbung und Vorstellung .....	30
3.4.2. Abschluss des Arbeitsvertrages .....	32
3.4.2.1. Grundsatz.....	32
3.4.2.2. Allgemeine Arbeitsbedingungen / Betriebsreglemente .....	33
<b>4. PFLICHTEN DES ARBEITNEHMERS/DER ARBEITNEHMERIN .....</b>	<b>34</b>
4.1. Persönliche Arbeitspflicht.....	34
4.2. Treuepflicht.....	36
4.3. Sorgfalts- und Schadenersatzpflicht.....	36
4.4. Befolgung von Anordnungen und Weisungen .....	38
<b>5. PFLICHTEN DES ARBEITGEBERS .....</b>	<b>39</b>
5.1. Lohnzahlung .....	39
5.1.1. Höhe des Lohns .....	39
5.1.2. Arten der Entlohnung .....	39
5.1.3. Ausrichtung und Fälligkeit des Lohnes .....	41
5.1.4. Lohnsicherung .....	42
5.2. Auslagenersatz .....	42
5.3. Weiterbildungskosten.....	43
5.4. Schutz der Persönlichkeit / Fürsorgepflicht.....	43
5.5. Zeugnispflicht .....	44
5.5.1. Inhalt des Arbeitszeugnisses.....	45
5.5.2. Haftung für falsches Zeugnis.....	45
5.5.3. Zeitpunkt des Anspruchs auf ein Arbeitszeugnis .....	45
5.6. Erfindungen und andere immaterielle Güter .....	46
<b>6. ARBEITSZEIT UND FREIZEIT .....</b>	<b>47</b>
6.1. Begriff.....	47
6.2. Normalarbeitszeit .....	47

<b>6.3. Höchstarbeitszeit .....</b>	<b>47</b>
<b>6.4. Überstunden / Überzeit .....</b>	<b>48</b>
6.4.1. Begriffe .....	48
6.4.2. Überstunden .....	48
6.4.3. Überzeit .....	50
<b>6.5. Nachtarbeit.....</b>	<b>51</b>
<b>6.6. Sonn- und Feiertagsarbeit (Art. 18 - 20a ArG).....</b>	<b>51</b>
<b>6.7. Ruhe- und Freizeitvorschriften .....</b>	<b>52</b>
<b>6.8. Gleitende Arbeitszeit .....</b>	<b>54</b>
<b>6.9. Sonderregeln für Schwangerschaft und Mutterschaft.....</b>	<b>54</b>
<b>6.10. Sonderregeln für jugendliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer .....</b>	<b>55</b>
<b>7. FERIEN .....</b>	<b>56</b>
7.1. Begriff .....	56
7.2. Dauer der Ferien.....	56
7.2.1. Gesetzliche Mindestdauer.....	56
7.2.2. Bemessungszeitraum .....	56
7.2.3. Pro rata-Anspruch.....	56
7.3. Ferienkürzung.....	57
7.4. Zeitpunkt der Ferien .....	57
7.5. Ferienlohn .....	58
7.6. Besondere Fälle.....	59
<b>8. LOHNFORTZAHLUNGSPFLICHT .....</b>	<b>61</b>
8.1. Annahmeverzug des Arbeitgebers (Art. 324 OR) .....	61
8.2. Verhinderung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin an der Arbeitsleistung .....	62
8.3. Dauer des Lohnanspruchs .....	63
8.3.1. Gesetzliche Regelung .....	63
8.3.2. Vertragliche Regelung.....	66
8.3.3. Abgeltung der Lohnfortzahlung im Lohn.....	66
<b>9. BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES .....</b>	<b>67</b>
9.1. Kündigung vor Stellenantritt .....	67

<b>9.2. Kündigung während der Probezeit.....</b>	<b>67</b>
<b>9.3. Beendigung befristeter Arbeitsverhältnisse.....</b>	<b>67</b>
<b>9.4. Beendigung bei unbestimmter Vertragsdauer.....</b>	<b>68</b>
9.4.1. Ordentliche Kündigung .....	68
9.4.2. Kündigungsfristen .....	69
9.4.3. Kündigungstermin .....	69
9.4.3. Begründung der Kündigung .....	70
<b>9.5. Kündigungsschutz .....</b>	<b>70</b>
9.5.1. Missbräuchliche Kündigungen .....	70
9.5.2. Kündigung zur Unzeit .....	72
9.5.2.1. Durch den Arbeitgeber (Art. 336c OR).....	72
9.5.2.2. Durch den Arbeitnehmer (Art. 336d OR).....	72
9.5.2.3. Folgen der Kündigung zur Unzeit (Art. 336c Abs. 2 und 3, 336d Abs.2).....	72
<b>9.6. Auflösung durch gegenseitige Vereinbarung.....</b>	<b>73</b>
<b>9.7. Fristlose Kündigung .....</b>	<b>74</b>
9.7.1. Folgen <b>gerechtfertigter</b> fristloser Kündigung .....	75
9.7.2. Folgen <b>ungerechtfertigter</b> fristloser Kündigung.....	75
9.7.2.1. Ungerechtfertigte fristlose Entlassung.....	75
9.7.2.2. Ungerechtfertigtes fristloses Verlassen der Arbeitsstelle .....	76
<b>9.8. Auflösung durch Tod .....</b>	<b>76</b>
9.8.1. Tod des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin .....	76
9.8.2. Tod des Arbeitgebers.....	76
<b>9.9. Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....</b>	<b>77</b>
9.9.1. Fälligkeit aller Forderungen .....	77
9.9.2. Rückgabepflichten .....	77
9.9.3. Abgangschädigung .....	77
<b>10. KONKURRENZVERBOT .....</b>	<b>79</b>
<b>10.1. Voraussetzungen des Konkurrenzverbotes.....</b>	<b>79</b>
<b>10.2. Beschränkung des Konkurrenzverbotes .....</b>	<b>80</b>
<b>10.3. Folgen der Übertretung des Konkurrenzverbotes .....</b>	<b>80</b>
<b>10.4. Wegfall des Konkurrenzverbotes.....</b>	<b>81</b>
<b>11. ABLAUF EINFACHER RECHTSVERFAHREN, VORGEHEN, INSTANZEN</b>	<b>82</b>
<b>11.1. Zuständigkeit .....</b>	<b>82</b>
<b>11.2. Verfahren .....</b>	<b>82</b>
11.2.1. Streitwert .....	82
11.2.2. Einfaches, rasches und kostenloses Verfahren .....	83
11.2.3. Vertretung vor Gericht.....	84

11.3. Instanzenweg im Kanton Zürich.....	84
<b>12. INTERNATIONALES ARBEITSRECHT .....</b>	<b>85</b>
12.1. Arbeitsrecht in EU-Staaten: Beispiel Bundesrepublik Deutschland .....	85
<u>Arbeitsrecht Deutschland</u> .....	85
<b>Arbeitsvertragsrecht / Individualarbeitsrecht in Deutschland</b> .....	85
<b>Kollektives Arbeitsrecht in Deutschland</b> .....	87
12.2. Arbeitsrecht in EU-Staaten: Beispiel Frankreich .....	88
12.3. Internationale Arbeitsverträge.....	91
12.4. Internationale Zuständigkeit.....	91

## 1. RECHTSQUELLEN DES ARBEITSRECHTS

### 1.1. Gesellschaftliche Verhältnisse und Rechtsverhältnisse

Der Mensch ist nicht allein, sondern immer in Beziehung zu anderen. Er wird geboren, ernährt und aufgezogen, er wird ausgebildet, lebt und arbeitet, er pflanzt sich fort, immer zusammen mit anderen, in Beziehung zu anderen. Kein Mensch existiert für sich allein, sondern lebt immer in gesellschaftlichen Verhältnissen.

Zwischen den verschiedenen Personen, die an einem bestimmten gesellschaftlichen Verhältnis beteiligt sind, bestehen oft unterschiedliche Interessen:

#### **Beispiele:**

*Das Kind will fernsehen, die Mutter will, dass es ins Bett geht.*

*Die Arbeiterin will in die längst geplanten Ferien verreisen, der Arbeitgeber will, dass sie dableibt, um einen kurzfristig erhaltenen Auftrag auszuführen.*

*Der Vermieter will für seine Wohnung möglichst viel erhalten, der Mieter möglichst wenig bezahlen.*

Für den grössten Teil dieser Fälle bestehen Regelungen, wie diese Interessengegensätze zu lösen sind. Diese Regelungssysteme nennen wir **Recht**. Die Beziehungen zwischen Personen in bestimmten gesellschaftlichen Verhältnissen, soweit sie rechtliche Aspekte vorweisen, nennen wir **Rechtsverhältnisse**.

### 1.2. Rechtsverhältnis und Rechtssubjekt

Rechtsverhältnisse bestehen immer zwischen **Rechtssubjekten**, d.h. zwischen Personen oder Institutionen, welche an gesellschaftlichen Verhältnissen beteiligt sind und welche von der Rechtsordnung als Träger von Interessen anerkannt sind. In der bei uns herrschenden Rechtsordnung gibt es drei Arten von Rechtssubjekten:

- **Natürliche Personen**, d.h. alle Menschen unabhängig von Alter, Geschlecht, Rasse, Herkunft usw.
- **juristische Personen**, d.h. Zusammenschlüsse von Personen oder Sachen, welche als Rechtssubjekte anerkannt sind (zum Beispiel Vereine, Stiftungen, Handelsgesellschaften, Genossenschaften);
- **öffentlich-rechtliche Körperschaften**, d.h. Institutionen der Staatsverwaltung, soweit sie als Rechtssubjekte anerkannt sind (zum Beispiel Bund, Kantone, Gemeinden, öffentlich-rechtliche Anstalten, Zweckverbände).



**Anmerkung:**

Die Anerkennung als Rechtssubjekt ist nicht vorgegeben, sondern historisch bedingt. So waren beispielsweise die Sklaven, obwohl menschliche Wesen, keine Rechtssubjekte und noch heute sind in verschiedenen Dritt-Weltstaaten nicht alle Menschen als Rechtssubjekte voll anerkannt.

### 1.3. Privates und öffentliches Recht

Die natürlichen und die juristischen Personen sind jeweils Träger ihrer eigenen, unmittelbaren, eben „**privaten**“ **Interessen**. Demgegenüber vertreten die öffentlich-rechtlichen Körperschaften in erster Linie ein allgemeineres, eben „**öffentliches**“ **Interesse**. Das öffentliche Interesse ist dem privaten grundsätzlich **übergeordnet**.

Aus diesem Grund gibt es auch zwei unterschiedliche Arten von Rechtsverhältnissen: Solche, an denen nur natürliche oder juristische Personen beteiligt sind, und solche, bei welchen mindestens eines der beteiligten Rechtssubjekte eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist. Im ersten Fall liegt ein **privatrechtliches Verhältnis** vor, im zweiten Fall ein **öffentlich-rechtliches**. Im ersten Fall stehen sich zwei private, also gleichrangige Interessen gegenüber, im zweiten Fall ist ein übergeordnetes öffentliches Interesse im Spiel.

**Beispiele:**

*B. hat bei der Buchhändlerin A. ein Buch bestellt, das er nicht bezahlt hat. Nun schickt ihm A. eine Rechnung, weil sie ihr Geld haben will. Es handelt sich um gleichrangige private Interessen, also um ein privatrechtliches Verhältnis.*

*Im andern Fall erhält B. eine Rechnung vom Steueramt der Gemeinde A. Diese nimmt das öffentliche Interesse wahr, wie es im Steuergesetz niedergelegt ist. Es handelt sich hier um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis.*

Es ist allerdings zu beachten, dass öffentlich-rechtliche Verhältnisse auch zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Körperschaften, zum Beispiel zwischen Bund und Kanton, zwischen Kanton und Gemeinde, zwischen zwei Kantonen usw. möglich sind. Andererseits können öffentlich-rechtliche Körperschaften in beschränkter Masse auch privatrechtliche Verhältnisse eingehen, dort nämlich, wo sie nicht als Vertreterinnen öffentlicher Interessen auftreten, sondern ihre eigenen Organisationsinteressen wahrnehmen.

**Beispiele:**

*Eine Gemeindeverwaltung kauft Schreibmaterial, mietet einen Büroraum, der Kanton nimmt ein Darlehen auf usw.*

**Anmerkung:**

Es ist wiederum nicht vorgegeben, sondern Ausdruck von politischen Entscheidungen, welche Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlich und welche privatrechtlich ausgestaltet sind. So sind etwa die Beziehungen zwischen Telefonunternehmen und TelefonbenützerInnen in den USA privatrechtlicher, in der Schweiz bis vor kurzem öffentlich-rechtlicher Natur und nun teilweise auch privatrechtlicher Natur. Manchmal ist auch der gleiche Lebensvorgang im gleichen Land Gegenstand unterschiedlicher Regelungen, so etwa im Gesundheitsbereich.

**Beispiel:**

*Das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patientin ist in einem öffentlichen Spital in der Regel öffentlich-rechtlicher Natur, im Privatspital normalerweise privatrechtlicher Natur.*

Die Gesamtheit der privatrechtlichen Verhältnisse nennen wir **Privatrecht**, die Gesamtheit der öffentlich-rechtlichen Verhältnisse heisst **öffentliches Recht**. Diese Unterscheidung ist für unser Rechtssystem von zentraler Bedeutung, denn in den beiden Bereichen gelten teilweise ganz andere Regelungsprinzipien.

So gilt etwa im **öffentlichen Recht**:

- Jedes Handeln einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft bedarf einer gesetzlichen Grundlage (**Gesetzmässigkeitsprinzip**).
- Das Recht wird von Amtes wegen angewendet (**Offizialmaxime**).
- Das Recht muss angemessen angewendet werden (**Verhältnismässigkeitsprinzip**).

Demgegenüber gilt im **Privatrecht**:

- Was nicht verboten ist, ist erlaubt (**Freiheitsprinzip**).
- Das Recht wird nur auf private Initiative hin angewendet („**Wo kein Kläger, da ist kein Richter**“; **Dispositionsmaxime**).

## 1.4. Das Normensystem

Das Regelungssystem, das wir Recht nennen, versteht sich als einheitlich und widerspruchsfrei. Eine Regel kann also nicht gleichzeitig gelten und nicht gelten und es können nicht gleichzeitig zwei Regeln gelten, welche sich gegenseitig aufheben. Die zahllosen Einzelvorschriften dieses Regelungssystems sind daher auch nicht einfach alle gleichwertig. Es gibt höherrangige und niederrangige, erstklassige und zweit-, drittklassige Regeln, etc.

Eine Rangfolge besteht zunächst einmal vertikal, d.h. hinsichtlich der **Institution**, welche die Vorschrift erlässt: Vorschriften des Bundes gehen den Vorschriften der Kantone vor, diejenigen der Kantone denjenigen der Gemeinden. Alle diese staatlichen Vorschriften gehen den privaten Vereinbarungen (Verträge, Statutenbestimmungen usw.) vor.

**Beispiel:**

*Die Bestimmungen des Berufsbildungsgesetzes des Bundes und des Schweizerischen Obligationenrechtes über die Lehrverhältnisse gehen den kantonalen Vorschriften über die Berufsbildung vor, dieses wiederum den Vereinbarungen im einzelnen Lehrvertrag.*

Sodann gibt es eine Rangfolge innerhalb der Vorschriften, die von einer Institution erlassen werden, die sogenannten „**Normstufen**“:

Zuoberst steht die Verfassung, dann folgen Gesetze und andere Erlasse des Parlamentes (National- und Ständerat), danach Verordnungen, Reglemente, Weisungen, Ausführungsvorschriften, usw. des Bundesrates, respektive seiner Departements. In der Regel wird diese Rangfolge aus jedem Erlass selbst ersichtlich, indem darin festgehalten wird, auf welche höherrangige Normen er sich stützt.

**Beispiel:**

*Die bundesrätliche Verordnung über die Beiträge der Kantone an die AHV/IV beginnt mit den Worten: „Der schweizerische Bundesrat, gestützt auf die Art. 105 und 106 des Bundesgesetzes vom 20.12.1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) und Art. 78 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 19.6.1959 über die Invalidenversicherung (IVG) beschliesst:...“.*

Oder schematisch dargestellt:

Verfassung

|

Bundesgesetz

|

Verordnung

|

Vollziehungsverordnung

|

etc.

In der Praxis kommt es trotzdem vor, dass Widersprüche zwischen verschiedenen Regelungen auftreten, die nach den vorstehenden Prinzipien nicht zu lösen sind. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn sich verschiedene Vorschriften der **gleichen Institution** und der **gleichen Normenstufe** widersprechen. Hier gelten die folgenden beiden Faustregeln:

- **Die neuere Norm geht der älteren vor**, also zum Beispiel ein Gesetz von 1980 einem solchen von 1920.
- Die - bezogen auf den konkreten Fall - **speziellere Norm geht der allgemeineren vor**, also zum Beispiel für eine Frage des Arbeitsschutzes das Arbeitsgesetz dem Obligationenrecht.

## 1.5. Die einzelnen Rechtsgebiete

Rechtsnormen beschlagen die verschiedensten Bereiche des täglichen Lebens. Das Recht wird in der Regel in Regelungskomplexe gegliedert, die bestimmte Lebensbereiche betreffen. Die wichtigsten dieser Komplexe sind:

### a) Im Bereich des öffentlichen Rechts

- **Das Völkerrecht:**

Es regelt die Beziehungen zwischen Staaten und den rechtlichen Aufbau der internationalen Organisationen. Von grosser wirtschaftlicher Bedeutung sind vor allem die Bestimmungen über die Rechte an Bodenschätzen, über den Schiffs- und Luftverkehr sowie über die Benützung des Weltraums.

- **Das Staatsrecht:**

Es regelt die innere Organisation des Staates und der Behörden sowie die rechtliche Stellung der Einzelnen gegenüber dem Staat. Zum Staatsrecht gehören auch die Grund- und Freiheitsrechte.

- **Das Verwaltungsrecht:**

Es regelt die Tätigkeiten des Staates im einzelnen, soweit diese nicht in andere Rechtsgebiete fallen. Hierzu gehört auch das **öffentliche Arbeitsrecht**, d.h. die staatlichen Vorschriften über Höchstarbeitungszeiten, Ruhezeiten, Arbeitsschutzmassnahmen usw. im Arbeitsgesetz.

- **Das Sozialversicherungsrecht:**

Es regelt die staatlichen Einrichtungen der Sozialvorsorge sowie die Stellung der Versicherten gegenüber diesen Einrichtungen.

- **Das Prozessrecht:**

Es regelt die Gerichtsverfahren und die Vollstreckung von Urteilen, soweit es nicht um Geldforderungen geht. Die Regelungen des Verwaltungsverfahrens stellen im Grunde auch Prozessrecht dar, werden jedoch traditionellerweise dem Staatsrecht zugeordnet.

- **Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht:**

Es regelt die zwangsweise Durchsetzung von Geldforderungen sowie die Folgen einer erfolglosen Betreibung.

- **Das Strafrecht:**

Es regelt die staatlichen Sanktionen (Bussen, Freiheitsstrafen usw.) für rechtswidriges Verhalten. Strafbestimmungen finden sich nicht nur im sogenannten „Strafgesetzbuch“, sondern auch in zahlreichen anderen Gesetzen, vor allem in den Bereichen des Staats-, des Verwaltungs- und Sozialversicherungsrechts.

b) Im Bereich des Privatrechts:

- **Das Personenrecht:**

Es regelt die Anerkennung natürlicher und juristischer Personen als Rechtssubjekte sowie deren Handlungsfähigkeit und den Schutz ihrer Persönlichkeit.

- **Das Familienrecht:**

Es regelt die Rechtsbeziehungen zwischen Ehepartnern, Kindern und ihren Eltern, zwischen sonstigen Familienmitgliedern sowie das gesamte Vormundschaftswesen.

- **Das Erbrecht:**

Es bestimmt die Rechtsfolgen beim Tode einer natürlichen Person.

- **Das Sachenrecht:**

Es regelt die absoluten Rechte an Sachen, d.h. Rechte, die gegenüber jedem anderen Privaten Gültigkeit haben (zum Beispiel Eigentum, Pfandrechte, Nutzniessungsrecht).

- **Das Obligationenrecht:**

Es regelt die relativen Rechte, d.h. Rechte, die nur gegenüber ganz bestimmten Personen geltend gemacht werden können, zum Beispiel vertragliche Rechte, Schadenersatzansprüche. Hierzu gehört auch das **Arbeitsvertragsrecht**. Weiter gehören dazu auch das Handelsrecht (Recht der Handelsgesellschaften, Wertpapierrecht) und das Recht des wirtschaftlichen Wettbewerbs (Gesetz über den unlauteren Wettbewerb, Kartellrecht, Konsumentenschutzrecht).

## 1.6. Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Grundsätzlich unterliegen die Beziehungen zwischen Vertragspartnern, also auch zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn, deren **freien Verfügungsgewalt und Gestaltungsfreiheit**. Üblicherweise können die Vertragsparteien also ihre Rechtsverhältnisse so gestalten, wie es ihnen passt (**Dispositionsfreiheit**). Das Gesetz hält lediglich Regelungen für jene Fragen bereit, die die Parteien im Vertrag nicht ausdrücklich geregelt haben.

Dieser Dispositionsfreiheit der Vertragspartner sind im Arbeitsrecht gewisse **Schranken** gesetzt durch:

- absolut zwingende Gesetzesvorschriften
- relativ zwingende Gesetzesvorschriften
- Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages (GAV)
- Bestimmungen eines Normalarbeitsvertrages (NAV)
- Bestimmungen der Betriebsordnung (BO)

Verschiedene Erlasse des Bundes und der Kantone enthalten Vorschriften über die Arbeitsbeziehungen. Die wichtigsten sind:

- Obligationenrecht (OR) mit Zehnter Titel, Arbeitsvertragsrecht Art. 319 bis 362;
- Arbeitsgesetz (ArG) mit Verordnungen (ArGV1 und ArGV2);
- Sozialversicherungsgesetze (AHVG, IVG, EO, ALVG, UVG, BVG);
- Gleichstellungsgesetz (GlG)
- Mitwirkungsgesetz (MwG)
- Datenschutzgesetz (DSG).
- Berufsbildungsgesetz (BBG)
- Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG)
- Normalarbeitsverträge (NAV)

#### 1.6.1. Obligationenrecht, Zehnter Titel: Der Arbeitsvertrag

Ordnet die **privatrechtlichen Beziehungen** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmenden (also „**Den Arbeitsvertrag**“) mit

- **absolut zwingenden Bestimmungen** (Abweichungen sind nicht möglich, Aufzählung in Art. 361 OR);
- **relativ zwingenden Bestimmungen** (Abweichungen nur zu Gunsten der Arbeitnehmenden möglich, Aufzählung in Art. 362 OR);
- **dispositiven Bestimmungen** (kommen nur zur Anwendung, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben).

#### **Beispiele:**

- *Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden (Art. 329d OR), **absolut zwingende Bestimmung.***
- *Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer jedes Dienstjahr wenigstens vier Wochen, dem Arbeitnehmer bis zum vollendeten 20. Altersjahr wenigstens fünf Wochen Ferien zu gewähren (Art. 329a OR), **relativ zwingende Bestimmung.***
- *Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres eine Sondervergütung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist (Art. 322d OR), **dispositive Bestimmung.***

### 1.6.2. Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) mit Verordnungen (Revision in Kraft seit 1.8.2000)

Regelt den **öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutz**. Die Bestimmungen sind Mindestvorschriften: Abweichungen sind nur möglich, wenn die Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ist.

Das Gesetz enthält Bestimmungen über:

- Gesundheitsvorsorge/Unfallverhütung
- Arbeits- und Ruhezeit
- Sonderschutz für Jugendliche und weibliche Arbeitnehmerinnen

Das Arbeitsgesetz gilt:

- **grundsätzlich für alle Betriebe und ArbeitnehmerInnen**

**Ausnahmen:**

- nur für bestimmte Bereiche der Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinde,
- nicht für reine Familienbetriebe
- nicht für bestimmte Arbeitnehmerkategorien (zum Beispiel höhere leitende Angestellte), siehe Art. 3 ArG,
- seit dem 1. Januar 2005 gilt das ArG für Assistenzärzte, davor nicht,
- in bestimmten Teilen nur für industrielle Betriebe

### 1.6.3. Sozialversicherungsgesetze

Regeln die Rechte und Pflichten von Arbeitnehmenden und Arbeitgeber/Arbeitgeberinnen mit Bezug auf die verschiedenen Sozialleistungen. Details sind Gegenstand des Faches Sozialpolitik/Sozialleistungen.

### 1.6.4 Gleichstellungsgesetz (GIG, in Kraft seit 1.7.1996)

Das Gleichstellungsgesetz bezieht sich auf das Erwerbsleben. Es gilt nur für **unselbständige**, aber sowohl für **privatrechtliche**, als auch für **öffentlich-rechtliche** Arbeitsverhältnisse. Das Gleichstellungsgesetz will die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau fördern, es konkretisiert 8 Abs. 3 der neuen Bundesverfassung (BV) für das Erwerbsleben.

Das GIG verbietet **sämtliche Benachteiligungen** (direkte und indirekte) aufgrund des Geschlechts, des Zivilstandes, der familiären Situation oder aufgrund einer Schwangerschaft. Es gilt für die ganze Dauer des Arbeitsverhältnisses von der Anstellung an bis zu dessen Beendigung (**Anstellung, Aufgabenzuteilung, Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung, Entlassung**).

- **Direkte Diskriminierungen:** Wenn Massnahme sich direkt und ausdrücklich auf Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Merkmal bezieht, das nur Angehörige eines Geschlechts erfüllen können.

**Beispiel:**

*Arbeitgeberin schreibt Stelle ausschliesslich für männliche Bewerber aus. Arbeitgeber nimmt grundsätzlich keine Lehrtöchter. Frauen werden nicht in Polizeidienst aufgenommen.*

Nach Bundesgericht ist eine direkte Diskriminierung nur dann zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung ausschliessen (Mannequin/Dressman, Mitarbeiter in einem Frauenhaus).

- **Indirekte Diskriminierung:** Formal geschlechtsneutrale Massnahmen oder Verhaltensweise mit nachteiligen Auswirkungen auf ein Geschlecht.

**Beispiel:**

*ungleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, Anrechnung von Berufserfahrung nicht aber Familienbetreuung*

### **Speziell Schutz vor sexueller Belästigung in Art. 4 GIG**

Jedes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde der Frauen und Männer am Arbeitsplatz beeinträchtigt.

Diese Bestimmung verpflichtet den Arbeitgeber ein **belästigungsfreies Arbeitsklima** zu schaffen. Eine belästigte Person kann den Arbeitgeber zur Verantwortung ziehen, neben der strafrechtlichen Sanktion gegen den Täter und Schadenersatz und Genugtuung aus Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht.

Die Arbeitgeber müssen **präventive Massnahmen** ergreifen zur Verhinderung sexueller Belästigung, die nach der allgemeinen Lebenserfahrung **notwendig** und **angemessen** und dem Arbeitgeber **zumutbar** sind. Unterlässt ein Arbeitgeber diese Prävention, wird er entschädigungspflichtig bis zu 6 Schweizer Durchschnittslöhnen (letzte Erhebung Bundesamt für Statistik 2004 = Fr. 5'548).



### Rechtsansprüche nach Art. 5 GIG

- Klagen auf Verboten, Unterlassen und Beseitigen der Diskriminierung
- Klagen auf Feststellen einer Diskriminierung
- Klagen auf Lohnzahlungen bzw. Lohnnachzahlungen für die letzten 5 Jahre
- Entschädigung bis max. 3 (bei Ablehnung der Anstellung) bzw. 6 Monatslöhnen (bei sexueller Belästigung oder Kündigung)
- Entschädigung bis max. 6 Monatslöhne wegen Unterlassen der präventiven Massnahmen
- Schadenersatz und Genugtuung
- Anspruch auf Wiedereinstellung bei Kündigung während eines Diskriminierungsverfahrens und noch 6 Monate danach

### Verfahren nach Art. 6 GIG

Das GIG enthält eine **Beweiserleichterung** für die betroffenen Personen. Es braucht keinen strikten Beweis mehr, **Glaubhaftmachen** genügt (ausser bei Nichtanstellung und sexueller Belästigung). Es ist das kostenlose Verfahren vorgeschrieben und es wird der Sachverhalt von Amtes wegen festgestellt. Alle Kantone haben **Schlichtungsstellen für Diskriminierungen im Erwerbsleben** eingerichtet, welche als erste Anlaufstelle für derartige Auseinandersetzungen dienen.

#### **Beispiel:**

*Eine Arbeitnehmerin verlangt aufgrund eines konkreten Vergleichs gleichen Lohn wie ein Kollege, der gleichwertige Arbeit verrichtet; der Arbeitgeber hat zu beweisen, dass darin **keine** Frauendiskriminierung liegt.*

### 1.6.5. Mitwirkungsgesetz (in Kraft seit 1.5.1994)

Das Mitwirkungsgesetz gilt nur für **private Betriebe**, die ständig ArbeitnehmerInnen in der Schweiz beschäftigen. In Betrieben mit **mindestens 50 ArbeitnehmerInnen** haben die ArbeitnehmerInnen Anspruch auf eine Arbeitnehmervertretung. Diese wird in allgemeiner und freier Wahl bestellt. Die Grösse der Vertretung wird von der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite gemeinsam festgelegt. Bei Betrieben ohne eine solche Vertretung, stehen die Mitwirkungsrechte direkt den Arbeitnehmenden zu.

Die Arbeitnehmervertretung hat:

- **Informationsrechte:** mindestens einmal pro Jahr über Auswirkung des Geschäftsganges auf die Beschäftigten und generell Anspruch auf rechtzeitige umfassende Information über alle Angelegenheiten, deren Kenntnis Voraussetzung für eine ordnungsgemässe Erfüllung ihrer Aufgabe ist.
- **Mitwirkungsrechte:**
  - ⇒ in Fragen der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes
  - ⇒ beim Übergang von Betrieben an neue Eigentümer oder Fusion (Art. 333 und 333a OR)
  - ⇒ Bei Massenentlassungen (Art. 335d- 335g OR, hier speziell **Konsultationsrecht** der Arbeitnehmervertretung und Anzeige an kant. Arbeitsamt)

Die Arbeitnehmervertretung darf ihre Tätigkeit während der Arbeitszeit ausüben und ihre Mitglieder geniessen einen gesetzlichen Schutz gegenüber dem Arbeitgeber (siehe auch Kapitel über den Kündigungsschutz 9.5.1). Demgegenüber sind die Mitglieder der Arbeitnehmervertretung zur Verschwiegenheit verpflichtet gegenüber betriebsfremden Personen und gegenüber allen Personen, wenn dies von einer Partei verlangt wird oder wenn es Angelegenheiten von MitarbeiterInnen betrifft.

#### 1.6.6. Datenschutzgesetz (DSG, Revision in Kraft am 1.1.2008)

Das Eidgenössische Datenschutzgesetz (DSG) beansprucht Geltung sowohl im öffentlich-rechtlichen (bei Bundesbehörden), als auch im privatrechtlichen Bereich. Geschützt werden **personenbezogene Daten** natürlicher und juristischer Personen. Das DSG umfasst die automatisierte und manuelle Bearbeitung von Personendaten.

- **im öffentlichen Bereich bei Bundesorganen:** grundsätzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, d.h. keine Datenbearbeitung ohne gesetzliche Grundlage.
- **im privaten Bereich:** beispielhafte Aufzählung, unter welchen Voraussetzungen Datenbearbeitung zu Persönlichkeitsverletzung führt.

Personendaten dürfen nur **rechtmässig** bearbeitet werden. Die Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss **verhältnismässig** sein. Personendaten dürfen nur dem **Zweck** bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Die Beschaffung von Personendaten und der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffene Person **erkennbar** sein..Für die Bearbeitung der besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen ist die ausdrückliche **Einwilligung** erforderlich. Wer Personendaten bearbeitet, hat sich über deren **Richtigkeit** zu vergewissern. Ohne angemessene Schutzgesetzgebung dürfen Personendaten **nicht ins Ausland** bekannt gegeben werden. Die gesammelten Daten müssen mit geeigneten technischen oder organisatorischen Mitteln **gegen Eingriffe Unbefugter geschützt** werden. Jede Person

hat gegenüber dem Inhaber einer Datensammlung ein **Auskunftsrecht** (Grundsätze in Art. 4-11 DSGVO).

Inhaber von Datenbanken sind **auskunftspflichtig** gegenüber Personen, betreffend die über sie gesammelten Daten und zwar über:

⇒ Inhaber der Datensammlung,

⇒ Zweck,

⇒ Kategorien der Datenempfänger, wenn eine Datenbekanntgabe vorgesehen ist

Verstöße gegen das DSGVO werden zivil- und verwaltungsrechtlich geahndet, nicht aber strafrechtlich mit einzelnen Ausnahmen.

### **Datenschutz im Arbeitsverhältnis**

Im Arbeitsvertragsrecht wurde Art. 328b OR eingefügt. Demnach darf der Arbeitgeber Daten über seine Arbeitnehmenden nur noch bearbeiten, soweit sie dessen **Eignung für das Arbeitsverhältnis** betreffen oder zur **Durchführung des Arbeitsvertrages** erforderlich sind. Im übrigen gelten die Bestimmungen des DSGVO. Das heisst, der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin haben **Anrecht auf Auskunft** über die in seinem/ihrer Dossier gesammelten und bearbeiteten Daten. Wird vorsätzlich eine falsche oder unvollständige Auskunft erteilt, können private Personen nach Art. 34 Abs. 1 DSGVO auf Antrag mit **Haft oder Busse** bestraft werden.

#### 1.6.7. Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG, in Kraft seit 1.7.1991)

Das Arbeitsvermittlungsgesetz regelt die besonderen Arbeitsverhältnisse, die über ein Temporärbüro bzw. eine Arbeitsvermittlungsfirma abgewickelt werden.... Der Temporärarbeit liegt ein vertragliches **Dreiecks-Verhältnis** zugrunde. Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin steht in einem **übergeordneten** arbeitsvertraglichen Verhältnis, dem **Rahmenarbeitsvertrag** (Vermittlungsvertrag) zu einer Vermittlerfirma, von der er seinen Lohn bezieht. Diese vermittelt ihn von Fall zu Fall aufgrund eines **konkreten Einsatzvertrages**. Das Vermittlungsunternehmen und der jeweilige Arbeitgeber schliessen einen sogenannten „**Verleihvertrag**“, „Dienstverschaffungsvertrag“ oder „Arbeitsüberlassungsvertrag“ ab.

Zwischen dem einzelnen Arbeitgeber (der Einsatzfirma) und dem/der ArbeitnehmerIn besteht **keine vertragliche Beziehung**. Dennoch hat die Einsatzfirma die Persönlichkeit der Temporärmitarbeitenden zu achten, allerdings liegen die typischen Arbeitgeberpflichten beim Vermittlungsunternehmen.

Das Vermittlungsunternehmen benötigt eine **Bewilligung**, muss eine **Kaution** hinterlegen und ist verpflichtet, auf die Vermittlungstätigkeit in den Stelleninseraten **hinzuweisen**. Zudem muss es die Verträge mit dem Temporärarbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb **schriftlich** abschliessen (Art der Arbeit, Ort, Beginn und Dauer, Kündigungsfrist, Lohn bzw. Kosten des Verleihs,). Vereinbarungen, welche den Übertritt von Vermittlungsfirma zu Einsatzbetrieb ausschliessen oder erschweren, sind ungültig, es kann aber unter bestimmten Voraussetzungen eine Entschädigung an die Vermittlungsfirma abgemacht werden. Abweichungen vom OR sind bei Temporärverträgen insbesondere bezüglich **Kündigungsfristen** bei kürzeren Einsätzen vorgesehen:

- 1. – 3. Monat mind. 2 Tage
- 4. – 6. Monat mind. 7 Tage
- ab 7. Monat mind. 1 Monat (reguläre Frist nach OR)

#### 1.6.8. Normalarbeitsverträge (NAV)

Ein Normalarbeitsvertrag ist eine **Verordnung** des Bundes oder des Kantons, die für bestimmte Berufsgruppen das Anstellungsverhältnis ganz oder teilweise regelt (zum Beispiel für Pflegepersonal, Hausangestellte). Geregelt in Art. 359 bis 360 OR.

Der Ausdruck „Vertrag“ ist irreführend: Es handelt sich nicht um vertragliche Abreden zwischen Arbeitgeber(-verbänden) und Arbeitnehmer(-verbänden), sondern um einen **hoheitlichen Erlass**.

Die Bestimmungen des NAV stellen Mindestbestimmungen dar. Im übrigen gelten sie nur, soweit zwischen ArbeitgeberIn und -nehmerIn nichts anderes schriftlich verabredet wurde. Die praktische Bedeutung des NAV ist eher gering.

#### 1.6.9 Betriebsordnungen (BO)

**Industrielle Betriebe** müssen eine Betriebsordnung aufstellen. Diese enthält Bestimmungen über Gesundheitsvorsorge, Unfallverhütung, Ordnung im Betrieb. Geregelt in Art. 38 ArG.

Die BO muss durch das Arbeitsinspektorat genehmigt werden.

#### 1.6.10. Gesamtarbeitsverträge (GAV)

Ein Gesamtarbeitsvertrag ist ein Vertrag zwischen Arbeitgeber-(Verbänden) und Arbeitnehmer-(Verbänden) (Gewerkschaften). Geregelt in Art. 356 bis 358 OR.

Er regelt die Arbeitsbedingungen in einem Betrieb oder in Betrieben der gleichen Branche, und zwar wie ein Gesetz (normative Wirkung). Er enthält Abreden über Abschluss, Inhalt und Beendigung der Einzelarbeitsverträge; legt die gegenseitigen Rechte und Pflichten der ArbeitnehmerInnen und ArbeitgeberInnen fest (schuldrechtliche Wirkung).

Es gibt gesamtschweizerische, regionale, kantonale und betriebliche GAV.

Geltungsbereich des GAV:

- Ein GAV gilt in erster Linie nur für diejenigen ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen, die **Mitglieder der vertragschliessenden Verbände** sind.
- ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen, die den unterzeichnenden Verbänden nicht angehören, können sich mit Zustimmung der Vertragsparteien dem GAV anschliessen (Art. 356b OR), ohne dass eine Mitgliedschaft bei den vertragschliessenden Parteien nötig wird (**Anschlussklärung**).
- Der Einzelne, dem GAV unterstellte Arbeitgeber wird häufig verpflichtet, die GAV-Bestimmungen auf alle ArbeitnehmerInnen, egal, ob Gewerkschaftsmitglieder oder Aussenseiter, anzuwenden (**Gleichstellungsabreden**).
- ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn können in ihrem **Einzelarbeitsvertrag vereinbaren**, dass die Bestimmungen eines GAV für ihr Arbeitsverhältnis Geltung haben, auch wenn sie nicht Mitglieder der Vertragsparteien sind.
- Die zuständige Behörde kann einen GAV **allgemeinverbindlich erklären**, d.h. seine Verbindlichkeit für alle Branchen- oder Berufsangehörigen auf ArbeitgeberIn- und ArbeitnehmerIn-Seite bewirken (Beispiel Coiffeure, Möbelindustrie).

#### 1.6.11 Einzelarbeitsvertrag

Der Einzelarbeitsvertrag ist eine **privatrechtliche Vereinbarung** zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn über die Ausgestaltung des konkreten Anstellungsverhältnisses. Ge-regelt in Art. 319 ff. OR.

#### 1.6.12 Verfassung (revidierte Bundesverfassung in Kraft seit 1.1.2000)

Der Vollständigkeit halber sei hier erwähnt, dass als allerhöchste Fundstelle für arbeitsrechtliche Vorschriften die schweizerische Bundesverfassung steht. Diese enthält Vorschriften über den Arbeitnehmerschutz, Vorschriften zur Förderung des Arbeitsfriedens, Vorschriften über die Gesamtarbeitsverträge, Vorschriften über die Arbeitsbeschaffung, Vorschriften zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, der Fürsorge und der Versicherung sowie Vorschriften über die Arbeitsvermittlung. Alle diese Vorschriften wurden in den entsprechenden Bundesgesetzen konkretisiert (zum Beispiel OR, ArG, Sozialversicherungsgesetze, etc.).

Die wichtigste in der Bundesverfassung enthaltene Vorschrift befindet sich aber ganz am Anfang unter den Grundrechten, nämlich in Art. 8.

Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.

Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre Gleichstellung vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.

### 1.6.13. Prozessrecht

Bei einem allgemeinen Überblick über die Rechtsgrundlagen darf auch nicht fehlen, wie eine Verletzung dieser Rechtsgrundlagen geahndet werden kann.

Der letzte Artikel im Arbeitsvertragsrecht, Art. 343 OR stellt Vorschriften über die Zivilrechtspflege auf. In Abs. 2 wird den Kantonen vorgeschrieben, für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zum einem Streitwert von Fr. 30'000.—ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren aufzustellen. Die Zivilprozessordnungen der Kantone werden zur Zeit in eine eidgenössische Zivilprozessordnung überführt, welche anfangs 2011 in Kraft treten wird. Dann wird Art. 343 OR sowie Art. 11 und 12 GIG aufgehoben. Die neuen Verfahrensregeln im Arbeitsstreit werden im Kapitel 11 behandelt, sind jedoch sehr ähnlich wie die bisherigen kantonalen Regelungen.

### 1.6.14. Öffentliches Arbeitsrecht

Die bis anhin zitierten Rechtsquellen regeln das Verhältnis zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn auf privater Ebene. Dies gilt auch, wenn eine Person eine sozial stärkere Position einnimmt und vielleicht sogar als Gesellschaft auftritt.

Ist eine Person aber eine Institution des öffentlichen Rechts, so sind die entsprechenden Rechtsquellen nicht im Privatrecht zu suchen, sondern im öffentlichen Recht. Bei diesen Verhältnissen wird auch nicht von Arbeitsverhältnis gesprochen, sondern vom **Dienstverhältnis**. Auf Dienstverhältnisse sind die Bestimmungen im Arbeitsvertragsrecht (OR) nicht und im Arbeitsgesetz (ArG) nur teilweise anwendbar. Auch sind die Streitigkeiten über Dienstverhältnisse nicht den Arbeitsgerichten oder anderen Zivilgerichten, sondern den Verwaltungsgerichten überlassen.

Im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis bleibt kein Raum für spezielle Abmachungen zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn. Es handelt sich denn meistens nicht um Verträge, sondern einseitig erlassene Verfügungen. Allerdings werden nun z.T. auch im öffentlichen Dienst Arbeitsverhältnisse durch öffentlichrechtliche Verträge begründet, vorgesehen z.B. im Bundespersonalgesetz (BPG).

Die gesetzlichen Grundlage und damit auch die Regelung des Inhalts dieser Dienstverhältnisse finden wir in Gesetzen, Verordnungen, Reglementen und Weisungen.

#### 1.6.15. EU - Arbeitsrecht

Am 1. Juni 2002 trat das Abkommen über den freien Personenverkehr in Kraft. Dieser Vertrag, der zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten abgeschlossen wurde, hat das Ausländerrecht stark verändert. Die Rechtsstellung von Ausländern, die ein EU-Bürgerrecht haben, ist ähnlich wie jene von Schweizer Bürgern und unterscheidet sich stark von jenem der Ausländer aus Nicht-EU-Staaten. Für EU-Angehörige gilt das Recht auf vollständige Gleichbehandlung mit den Schweizern, und zwar in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Jegliche Diskriminierung von EU-Angehörigen ist verboten.

Die Familienangehörigen der EU-Ausländer (Ehepartner, unterhaltsbedürftige Nachkommen bis 21 Jahre, unterhaltsbedürftige Eltern) dürfen ebenfalls in der Schweiz wohnen. Das Saisonier-Statut, das den Familiennachzug einschränkt, ist also nicht mehr zulässig. Es ist auch nicht mehr zulässig, dass EU-Angehörige und deren Familienangehörigen nach Beendigung der Erwerbstätigkeit aus der Schweiz abgeschoben werden. Dies gilt auch bei Arbeitslosigkeit oder Invalidität. Im Jahr 2007 ist nun auch die Übergangsfrist für die zahlenmässige Beschränkung des Zuzugs von EU-Staatsangehörigen abgelaufen.

Siehe auch Kapitel 12 zum Internationalen Arbeitsrecht.

## 2. RANGORDNUNG DER RECHTSQUELLEN IM ARBEITSRECHT

Wie bereits erwähnt, ergibt sich die Rangordnung der Rechtsquellen aus der Rangordnung der erlassenden Gesetzgeber, oder Legislative. Oberstes Organ ist das Bundesparlament, als Volksvertreter für die Bundesverfassung und den Erlass der Bundesgesetze zuständig. Die Bundesgesetze werden durch die Exekutive, den Bundesrat, mittels Verordnung konkretisiert. Daraus ergibt sich die Rangordnung:

Verfassung-Bundesgesetz-Verordnung.

Die im Arbeitsrecht zur Anwendung kommenden Bundesgesetze sind in erster Linie das Arbeitsvertragsrecht im OR und das Arbeitsgesetz (ArG), und weiter die Sozialversicherungsgesetze, das Gleichstellungsgesetz (GIG), das Mitwirkungsgesetz, das Datenschutzgesetz (DSG), das Heimarbeitsgesetz, das Handelsreisendengesetz, das Berufsbildungsgesetz, etc.

Die nächst tiefere Rangstufe findet sich in den Gesamtarbeitsverträgen (GAV) und Normalarbeitsverträgen (NAV). Wiederum eine Stufe tiefer finden sich die Betriebsordnungen (BO).

Unterste Stufe bildet der Einzelarbeitsvertrag (EAV), der die Inhalte regelt, die der Dispositionsfreiheit der Parteien überlassen bleiben.

Daraus ergibt sich schematisch dargestellt folgende Rangordnung:

Verfassung

|

Bundesgesetze (OR und ArG, GIG, DSG, Sozialversicherungsgesetze, Mitwirkungsgesetz, AVG etc.)

|

GAV und NAV

|

BO

|

EAV



- **Absolut zwingende Bestimmungen des OR (siehe Art. 361 OR) und des Arbeitsgesetzes (ArG)** gehen allen anderen Rechtsquellen vor: Von diesen Bestimmungen kann in keinem Fall durch Vertrag abgewichen werden.
- **Von den relativen zwingenden Bestimmungen** darf im Einzelfall zu Gunsten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin abgewichen werden: Es sind sogenannte Mindestvorschriften (siehe Art. 362 und 357 Abs. 2 OR).
- Gibt es für eine zu regelnde Frage keine Mindestvorschriften im Gesetz, im GAV oder im NAV, so kann sie zwischen ArbeitgeberIn und -nehmerIn **frei vereinbart werden** (Einzelarbeitsvertrag).
- Wurde in einer bestimmten Frage **keine vertragliche Abrede** getroffen, so springt das **nicht zwingende (dispositive) Gesetzesrecht** ein. Es sind dies vor allem die Vorschriften im OR, die nicht in den Art. 361 und 362 OR aufgeführt sind.

### 3. DER EINZELARBEITSVERTRAG

Der am meisten verbreitete und deshalb wichtigste Arbeitsvertrag ist der Einzelarbeitsvertrag. Dabei unterscheiden wir zwischen dem „normalen“ Einzelarbeitsvertrag (Art. 319-343 OR) und den „besonderen“ Arbeitsverträgen Lehrvertrag (Art. 344-346a OR), Handelsreisendenvertrag (Art. 347-350a OR) und Heimarbeitsvertrag (Art. 351-355 OR).

#### 3.1. Charakteristik des Einzelarbeitsvertrages

Die Definition findet sich in Art. 319 des Obligationenrechts (OR):

„Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird.“

Kennzeichnend für den Einzelarbeitsvertrag ist:

- Die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur **Leistung von Arbeit auf bestimmte oder unbestimmte Zeit**, also für eine gewisse Dauer;
- **Einbindung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation** des Arbeitgebers;
- **Unterstellung** des Arbeitnehmers unter die Weisungen des Arbeitgebers;
- Verpflichtung des Arbeitgebers zur **Entrichtung eines Lohnes** nach Zeitabschnitten oder nach geleisteter Arbeit.

#### 3.2. Unterscheidung des Einzelarbeitsvertrages von sonstigen Verträgen über Arbeitsleistungen

##### 3.2.1. Werkvertrag

Durch den **Werkvertrag** verpflichtet sich der Hersteller zur Herstellung eines fertigen Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR).

Der Hersteller verspricht und schuldet dem Besteller demnach einen **Arbeitserfolg** (das Werk). Er arbeitet **auf eigenes Risiko**: Misslingt das Werk, so ist keine Vergütung geschuldet.

Der Hersteller befindet sich zum Besteller in **keinem Unterordnungsverhältnis**.

### 3.2.2. Auftrag

Durch die Annahme eines **Auftrages** verpflichtet sich der Beauftragte zur Besorgung irgendwelcher ihm übertragenen Geschäfte für den Auftraggeber (Art. 394-406 OR). Es besteht auch hier kein Unterordnungsverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem.

Jede Arbeitsleistung, die Gegenstand eines Arbeitsvertrages sein kann, kann grundsätzlich auch im Auftragsverhältnis erledigt werden, und umgekehrt. Wie der Arbeitnehmer, haftet auch der Beauftragte nur für die **sorgfältige Besorgung** seiner Aufgaben, nicht aber für einen bestimmten Erfolg.

Da die äusserlichen Unterschiede minim, die Konsequenzen - etwa in Bezug auf Kündigungsmöglichkeit und Sozialversicherung - aber bedeutend sind, müssen zur Auslegung unklarer Verhältnisse oft die Gerichte in Anspruch genommen werden. Bestehen nach sorgfältiger Prüfung noch Zweifel über die Natur des Vertrages, so nehmen die Gerichte in der Regel das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses an.

Zugunsten des Auftragsverhältnisses entscheiden die Gerichte insbesondere dann,

- wenn der Arbeitsleistende ein Unternehmerrisiko trägt (insbesondere durch Aufbau einer eigenen Infrastruktur) und
- wenn er eine Tätigkeit relativ frei organisieren kann und nicht unmittelbar weisungsgebunden ist.

## 3.3. Besondere Einzelarbeitsverträge und verschiedene Arbeitsformen

### 3.3.1 Der Handelsreisendenvertrag

Durch den **Handelsreisendenvertrag** verpflichtet sich der Handelsreisende auf Rechnung eines Geschäftsinhabers gegen Lohn, Geschäfte jeder Art ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers zu vermitteln oder abzuschliessen.

Die Tätigkeit des Handelsreisenden ist in Art. 347-350a OR geregelt und untersteht ausserdem den öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Handelsreisendengesetzes. Der Handelsreisende untersteht nicht dem Arbeitsgesetz; die Schutzvorschriften betreffend Ruhezeit, Nacht- und Sonntagsarbeit usw. gelten für ihn nicht.

Der Handelsreisendenvertrag muss zu seiner Gültigkeit **schriftlich** abgefasst sein.

### 3.3.2. Der Heimarbeitsvertrag

Durch den **Heimarbeitsvertrag** verpflichtet sich der Heimarbeitnehmer, in seiner Wohnung oder in einem anderen von ihm bestimmten Arbeitsraum allein oder mit Familienangehörigen Arbeiten im Lohn für den Arbeitgeber auszuführen (Art. 351 OR).

Ausser den Spezialbestimmungen des OR untersteht der Heimarbeitsvertrag den öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Heimarbeitsgesetzes.

Wegen der **organisatorischen Selbständigkeit** des Heimarbeiters kann die Abgrenzung zum Werkvertrag Schwierigkeiten bereiten, insbesondere wenn kein Zeitlohn, sondern ein Stücklohn vereinbart ist.

### 3.3.3. Der Lehrvertrag

Durch den Lehrvertrag verpflichtet sich der Lehrmeister, den Lehrling für einen bestimmten Beruf fachgemäss auszubilden, und der Lehrling, zu diesem Zweck Arbeit im Dienst des Lehrmeisters zu leisten (Art. 344 OR).

Für den Lehrvertrag gelten neben den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts die Spezialbestimmungen von Art. 344-346a OR sowie die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bundesgesetzes über die Berufsbildung (Einige Änderungen eingefügt mit dem Inkrafttreten des neuen BBG am 1. Januar 2004). In der Regel ist der Lehrvertrag ein befristeter Vertrag, der nur unter den Voraussetzungen in Art. 346a vorzeitig beendet werden kann.

Der Lehrvertrag muss zu seiner Gültigkeit schriftlich abgefasst sein. Da der Lehrling in der Regel noch nicht volljährig ist, muss der Lehrvertrag **vom Inhaber der elterlichen Gewalt mitunterzeichnet** werden. Der Lehrvertrag muss zudem von der **zuständigen kantonalen Behörde genehmigt** werden (im Kanton Zürich Amt für Berufsbildung).

### 3.3.4. Teilzeitarbeit

Das Gesetz umschreibt den Begriff der Teilzeitarbeit in Art. 319 Abs. 2 OR so:

„Als Einzelarbeitsvertrag gilt auch der Vertrag, durch den sich ein Arbeitnehmer zur **regelmässigen** Leistung von **stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit** im Dienst des Arbeitgebers verpflichtet.“

Die Teilzeitarbeit untersteht demnach vollumfänglich den Regeln über den Einzelarbeitsvertrag. Auch eine Arbeitnehmerin, die lediglich für 1 Stunde pro Woche Arbeit leistet (zum Beispiel Putzfrau), untersteht demnach den Regeln über den Einzelarbeitsvertrag.

### 3.3.5. Aushilfsarbeit

Der Aushilfsarbeitnehmer steht nicht im Rahmen eines ununterbrochenen andauernden Arbeitsverhältnisses, sondern **vorübergehend** und **befristet** im Dienste des Arbeitgebers. Dabei gilt der jeweilige Einsatz als separates Arbeitsverhältnis.

Auch die Aushilfsarbeit unterliegt den Regeln des Einzelarbeitsvertrages.

### 3.3.6. Arbeit auf Abruf

Die **Abrufarbeit** nimmt eine Zwischenstellung zwischen Teilzeitarbeit und Aushilfsarbeit ein. Die Arbeit wird im Rahmen eines **Dauerarbeitsverhältnisses** geleistet, wobei die Arbeitszeit nicht im voraus festgelegt wird, sondern der Arbeitgeber frei entscheiden kann, wann die Arbeitsleistung zu erbringen ist.

Solange kein Abruf erfolgt, entsteht kein Lohnanspruch des Arbeitnehmers.

#### **Anmerkung**

Das Bundesgericht hat diesen Grundsatz in einem neuen Urteil gelockert. Arbeit sei eine „auf die Befriedigung eines Bedürfnisses gerichtete planmässige Verrichtung eines Menschen“. Es müsse sich dabei nicht unbedingt um ein Tätigsein handeln. Auch die blossere Arbeitsbereitschaft diene der Bedürfnisbefriedigung des Arbeitgebers, selbst dann, wenn die Präsenzzeit ausserhalb des Betriebes geleistet werde. Weil die ausserhalb des Betriebes geleistete Bereitschaft den Arbeitnehmer aber weniger stark belaste, als das Warten im Betrieb, sei diese Rufbereitschaft auch tiefer zu entschädigen. Falls im Einzelarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nichts geregelt sei, schulde der Arbeitgeber „was üblich ist“. Diese neuen Grundsätze sind sicher auch auf die Bereitschafts- und Piquetdienste anzuwenden (siehe Kapitel 6.1).

Auch die Arbeit auf Abruf unterliegt den Regeln des Einzelarbeitsvertrages.

### 3.3.7. Temporärarbeit

Der Temporärarbeit liegt ein vertragliches Dreiecks-Verhältnis zwischen Vermittlerfirma, Temporärmitarbeitenden und Einsatzbetrieb zugrunde. Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin steht in einem **übergeordneten** arbeitsvertraglichen Verhältnis, dem **Rahmenarbeitsvertrag** (mit allen Sozialleistungsansprüchen) zu einer Vermittlerfirma, von der er seinen Lohn bezieht. Die Vermittlerfirma hat die Arbeitgeberrolle inne. Sie vermittelt den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin von Fall zu Fall aufgrund des konkreten Einsatzvertrages. Das Vermittlungsunternehmen und der jeweilige Arbeitgeber schliessen einen „Verleihvertrag“ (so im AVG bezeichnet), „Dienstverschaffungsvertrag“ oder „Arbeitsüberlassungsvertrag“ ab.

Zwischen dem einzelnen Arbeitgeber (der Einsatzfirma) und dem/der ArbeitnehmerIn besteht **keine vertragliche Beziehung**.

Die Temporärarbeit wird durch das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, Arbeitsvermittlungsgesetz genannt (AVG), geregelt. Ausserdem gelten (mit Abweichungen, etwa bezüglich Kündigungsfristen bei kürzeren Einsätzen) die Vorschriften des Obligationenrechts.

Die allfällige Geltung von Arbeitsgesetz und/oder Gesamtarbeitsverträgen beurteilt sich nach der Art der ausgeübten Tätigkeit und des Betriebes, für welchen die Temporärarbeit

geleistet wird. Grundsätzlich sollen Temporärmitarbeitende nicht schlechter gestellt sein als die Festangestellten. Die Fürsorgepflichten des Einsatzbetriebes gelten dennoch, müssen jedoch über die Vermittlungsfirma eingefordert werden.

### 3.4. Zustandekommen des Arbeitsvertrages

#### 3.4.1. Bewerbung und Vorstellung

In der Regel wird der erste Kontakt zwischen den Vertragsparteien aufgrund eines Bewerbungsschreibens hergestellt. In der Regel reicht der Bewerber/die Bewerberin zusammen mit dem Bewerbungsschreiben Unterlagen ein, die über die berufliche Ausbildung und Praxis Auskunft geben.

Diese Dokumente, egal ob Originale oder Kopien, sind **Eigentum des Bewerbers/der Bewerberin** und sind ihm/ihr zurückzugeben, falls es nicht zu einer Anstellung kommt.

Anders verhält es sich mit **Personalfragebögen, graphologischen Gutachten und psychologischen Tests** sowie **den eingeholten Referenzen**. Diese Unterlagen gehören zum **Eigentum des Arbeitgebers**. Da sie aber Angaben über die Persönlichkeit des Bewerbers/der Bewerberin enthalten, besteht ein Anspruch auf Vernichtung, falls es nicht zur Anstellung kommt.

Falls es zur Anstellung kommt, werden die Bewerbungsunterlagen sowie zusätzlich vom Arbeitgeber eingeholte Gutachten in aller Regel Bestandteil des Personaldossiers.

Bei ärztlichen Gutachten darf der Arzt/die Ärztin lediglich Aussagen über die Tauglichkeit des Bewerbers/der Bewerberin für den künftigen Arbeitsplatz machen, er darf **keine Diagnose** bekannt geben.

Die Verhandlungen sind nach dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben beidseitig fair und korrekt zu führen. Beide Parteien haben Informationsbedürfnisse, die erfüllt sein müssen, um einen definitiven Entscheid fällen zu können.

Im Rahmen dieses Entscheidungsprozesses haben sowohl der Bewerber/die Bewerberin, als auch der mögliche zukünftige Arbeitgeber gewisse Pflichten:

Eine **Auskunftspflicht des Bewerbers/der Bewerberin** besteht hinsichtlich:

- Ausbildung
- bisherige berufliche Tätigkeit
- bisheriges Einkommen (umstritten)
- Verschuldung
- Gesundheitszustand
- Schwangerschaft (umstritten)
- Vorstrafen (wenn für die Stelle wichtig),

wobei bei den entsprechenden Fragen einerseits das Informationsinteresse des Arbeitgebers berechtigt sein muss, andererseits aber der Bewerber/die Bewerberin Tatsachen offen legen muss, die ihn/sie an der Erbringung der Arbeitsleistung hindern

könnten. Unzulässige Fragen, d.h. **Fragen, die nicht mit dem Arbeitsplatz oder der zu leistenden Arbeit im Zusammenhang stehen**, braucht der Bewerber/die Bewerberin nicht zu beantworten, er/sie kann sie sogar unrichtig beantworten („Notwehrrecht der Lüge“).

**Beispiele:**

- **Vorstrafen:** Eine Offenbarungspflicht besteht, wenn die Art früher begangener Delikte mit der ins Auge gefassten beruflichen Stellung als unvereinbar erscheint (Unterschlagung/Buchhalter).
- **Psychische Verfassung:** Hier handelt es sich in der Regel um eine persönliche Angelegenheit, die mit dem Arbeitsverhältnis nicht zusammenhängt. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ist eine Partei nicht verpflichtet, bei Vertragsverhandlungen auf diese Umstände aufmerksam zu machen.
- **Homosexualität:** Keine Offenbarungspflicht.
- **Schwangerschaft:** Offenbarungspflicht nur, wenn von der Arbeit her gerechtfertigt (Fotomodell, Tänzerin, Sportlerin, besonders schwere körperliche Arbeit).
- **Gesundheitszustand:** Nur zulässig, sofern für das künftige Arbeitsverhältnis von Interesse, ausgeheilte Krankheiten gehen den neuen Arbeitgeber nichts an.

•  
•

**Schutz der Persönlichkeit des Bewerbers/der Bewerberin:**

Referenzen beim alten Arbeitgeber und bei Dritten dürfen **nur mit Einwilligung des Bewerbers/der Bewerberin** eingeholt werden. Das Einverständnis oder gar das Ersuchen um Einholen von Referenzen ergibt sich aber aus der Tatsache, dass die Bewerberin/der Bewerber die Auskunftsperson selber als Referenz angibt. Das Einverständnis gilt aber nur hinsichtlich der angegebenen Person, nicht der Firma generell. Der Auskunft gebende Arbeitgeber haftet gegenüber dem Bewerber/der Bewerberin und gegenüber dem anfragenden Arbeitgeber für seine Auskünfte.

Das Einholen von **psychologischen und graphologischen Gutachten** darf ebenfalls nur mit Einwilligung des Bewerbers/der Bewerberin gemacht werden. Gerechtfertigt sind solche Gutachten nur, wenn sie **arbeitsplatzbezogen** sind. Die Akteneinsicht in solche Gutachten war bereits Gegenstand zahlreicher Gerichtsentscheide, die allerdings vor Erlass des Datenschutzgesetzes ergangen ist. Das Arbeitsgericht Zürich hat die Einsicht in solche Akten geschützt, wenn sich der Arbeitgeber bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf diese Akten stützt. Eine Herausgabepflicht hat es aber verneint, da im konkret zu beurteilenden Fall auch Dritte tangiert waren.

**Ersatz der Vorstellungsspesen:** Ob Vorstellungsspesen zu ersetzen sind, ist umstritten. Werden BewerberInnen zur Vorstellung aufgefordert, so sind Ersatzansprüche nicht zum vornherein ausgeschlossen. Bei unaufgeforderter Vorstellung entfällt jedenfalls eine Kostenersatzpflicht auch im Fall einer Einstellung. Für allfälligen Lohnausfall besteht keine Ersatzpflicht.

### 3.4.2. Abschluss des Arbeitsvertrages

#### 3.4.2.1. Grundsatz

Das Gesetz hält in Art. 320 OR fest:

„Wird es vom Gesetz nicht anders bestimmt, so bedarf der Einzelarbeitsvertrag zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form.

Er gilt auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist.

Leistet der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit im Dienste des Arbeitgebers aufgrund eines Arbeitsvertrages, der sich nachträglich als ungültig erweist, so haben beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen, bis dieses wegen Ungültigkeit des Vertrages von einem oder anderen aufgehoben wird.“

Nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts braucht es zur Entstehung eines Vertrages die **übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung** beider Parteien, mindestens in allen wesentlichen Punkten. Da für den Arbeitsvertrag keine bestimmte Form vorgesehen ist, kann dieser auch durch mündliche Übereinkunft oder sogar nur durch schlüssiges Verhalten (konkludentes Verhalten) zustande kommen.

#### **Beispiel:**

*Ein Arbeitnehmer arbeitet nach seiner Pensionierung ohne Absprache weiterhin an seinem Arbeitsplatz.*

Aus Beweisgründen empfiehlt es sich jedoch, Arbeitsverträge schriftlich abzuschliessen. Zudem schreibt das Gesetz zum Schutze des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin **in einigen Bereichen die Schriftlichkeit** vor, ansonsten sind sie unwirksam:

- **Für die Wegbedingung der Überstundenentschädigung**
- **Für eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung betreffend Lohnzahlung bei Krankheit oder Unfall**
- **Für die Änderung von Kündigungsfristen**
- **Für die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes**
- **Für den Abschluss eines Lehrvertrages oder Handelsreisendenvertrages.**

Neu wurde im Zusammenhang mit der Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens und dem vermehrten Einsatz von Arbeitnehmenden aus den neuen EG-Mitgliedstaaten eine **schriftliche Informationspflicht des Arbeitgebers über wesentliche Vertragselemente** (Namen der Vertragsparteien, Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses, Funktion des Arbeitnehmers, Lohn und allfällige Lohnzuschläge, wöchentliche Arbeitszeit, Art. 330b OR, in Kraft seit 1.4.2006) eingeführt. Diese



Informationen müssen spätestens ein Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich abgegeben werden. Diese Informationspflicht gilt für alle Arbeitsverhältnisse berührt aber die Gültigkeit des Vertrages nicht.

Erweist sich ein Arbeitsvertrag im Nachhinein als ungültig, so sind die Pflichten beider Parteien zu erfüllen, bis das Arbeitsverhältnis wegen Ungültigkeit aufgehoben wird.

**Beispiel:**

*Vertrag mit einem Unmündigen, ohne nachträgliche und stillschweigende Zustimmung eines Elternteils*

*Jemand nimmt in einer Firma ohne irgendwelche ausdrückliche Abmachung die Arbeit auf.*

Diese **faktischen Arbeitsverhältnisse** sind gleich zu behandeln, wie Arbeitsverhältnisse, die gültig zustande gekommen sind.

#### 3.4.2.2. Allgemeine Arbeitsbedingungen / Betriebsreglemente

Diese sind nur verbindlich, wenn sie dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin ausgehändigt und von diesen gebilligt worden sind.

Ausnahme:

Betriebsordnungen (behördlich kontrolliert) gelten auch bei einseitigem Erlass.

## 4. PFLICHTEN DES ARBEITNEHMERS/DER ARBEITNEHMERIN

(Art. 321-321e OR)

Das Arbeitsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis mit starkem Persönlichkeitsbezug. Die vermögensrechtliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung und die personenrechtliche Treuepflicht sind die charakteristischen Pflichten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin. Diesen stehen die vermögensrechtliche Lohnzahlungspflicht und die personenrechtliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber.

Pflichten	Arbeitnehmer/in	Arbeitgeber/in
Vermögensrechtlich	Arbeitspflicht	Lohnzahlungspflicht
Personenrechtlich	Treuepflicht	Fürsorgepflicht

Das Gesetz erwähnt folgende Pflichten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin:

- **persönliche Arbeitspflicht (Art. 321 OR)**
- **Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a OR)**
- **Rechenschafts- und Herausgabepflicht (Art. 321b OR)**
- **Überstundenarbeit (Art. 321c OR)**
- **Befolgung von Anordnungen und Weisungen (Art. 321d OR)**
- **Haftung des Arbeitnehmers (Art. 321e OR)**

Die Pflicht zur Leistung von Überstundenarbeit wird im Kapitel über die Arbeitszeit behandelt. Die restlichen Pflichten werden nachfolgend einzeln behandelt.

### 4.1. Persönliche Arbeitspflicht

(Art. 321 OR)

Die Arbeitspflicht ist die hauptsächlichste geschuldete Leistung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin. Dabei wird im Einzelarbeitsvertrag die Erfüllung der Arbeitspflicht nicht an einem bestimmten Erfolg gemessen, sondern **am blossen Tätigwerden**. Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin hat dem Arbeitgeber für bestimmte oder unbestimmte Zeit, jedenfalls aber andauernd, **seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen**.

Die Art der Arbeitsleistung ergibt sich im wesentlichen aus der Art des Betriebes bzw. aus der vertraglichen Vereinbarung, eventuell aus einem Pflichtenheft. Innerhalb dieses Rahmens regelt der Arbeitgeber Art und Umfang der Arbeit aufgrund seines **Weisungsrechts**.

Der Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer/von der Arbeitnehmerin verlangen, dass dieser/diese auch **Nebenarbeiten** erledigt, die **mit der Haupttätigkeit zusammenhängen** und **mit der Stellung** des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin **vereinbar** sind.

**Beispiele:**

- *Mithilfe bei der Inventaraufnahme für eine Verkäuferin*
- *Protokollierung für eine Sekretärin*

Unter besonderen Umständen können vorübergehende Änderungen der Arbeitspflicht eintreten. Die Arbeitspflicht kann erweitert bzw. eingeschränkt werden oder ganz entfallen.

**Beispiele:**

- *Erweiterung bei Brand, Unfall, Ausfall von Arbeitnehmern oder bei Domizilwechsel*
- *Beschränkung aus wirtschaftlichen Gründen*

Für eine Beschränkung der Arbeitspflicht bedarf es des Einverständnisses der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers, falls damit Lohnkürzungen verbunden sind.

Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin hat **die Arbeitsleistung persönlich zu erbringen**. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürfen der ausdrücklichen Vereinbarung.

Es besteht kein Recht auf Arbeit. Das heisst, der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass ihm/ihr Arbeit zugewiesen wird und/oder, dass seine/ihre Arbeitsergebnisse vom Arbeitgeber entgegengenommen und verwendet werden. Auf jeden Fall ist aber für vertragsgemäss erbrachte Arbeitsleistung Lohn geschuldet, unabhängig davon, ob das Ergebnis der Arbeit befriedigt und entgegengenommen wird.

Die Arbeitspflicht fällt weg und muss nicht nachträglich nachgeholt werden, wenn

- die Arbeitsleistung unmöglich ist (etwa infolge höherer Gewalt);
- der Arbeitgeber im Annahmeverzug ist, d.h., die Leistung aus einem beim Arbeitgeber liegenden Grund nicht erbracht werden kann;
- der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin aus Gründen, die in seiner Person liegen, an der Arbeit verhindert ist (Unfall, Krankheit, Schwangerschaft, Ausübung eines öffentlichen Amtes, Militärdienst);
- der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin Ferien oder Feiertage bezieht.

## 4.2. Treuepflicht

(Art. 321a OR)

Der Grundsatz ergibt sich aus Art. 321a OR:

„Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.“

Die Treuepflicht kann sowohl in positivem Handeln (Handlungspflicht), als auch im Unterlassen von den Arbeitgeber schädigenden Handlungen (Unterlassungspflicht) bestehen.

Aus diesem Grundsatz wird insbesondere das Verbot der **Schwarzarbeit** abgeleitet: Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin darf den Arbeitgeber nicht im Dienste Dritter konkurrieren. Unter Schwarzarbeit wird hier die zusätzliche Arbeit für einen anderen Arbeitgeber verstanden und nicht die Arbeitstätigkeit eines Ausländers ohne Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung

Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin muss Tatsachen, die ihm/ihr in seiner/ihrer geschäftlichen Tätigkeit bekannt geworden sind, **geheim halten**, wenn der Arbeitgeber ein Interesse an der Geheimhaltung hat.

Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin hat den Arbeitgeber **vor drohendem Schaden zu warnen**. Mit dem **Eigentum des Arbeitgebers ist sorgsam umzugehen**, Materialien sind sparsam zu verwenden. Überhaupt ist jeder Vermögensschaden vom Arbeitgeber abzuwenden.

Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin darf gestützt auf die Treuepflicht keine **Schmiergelder** annehmen bzw. muss er/sie dem Arbeitgeber abgeben. Dasselbe gilt für grössere **Geschenke**, während Gelegenheitsgeschenke (z.B. eine Flasche Cognac zu Weihnachten) und normale Trinkgelder sich mit der Treuepflicht vereinbaren lassen.

Die Verletzung der Treuepflicht macht den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin schadenersatzpflichtig und bildet unter Umständen einen Grund zur fristlosen Entlassung.

## 4.3. Sorgfalts- und Schadenersatzpflicht

(Art. 321a und Art. 321e OR)

Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin ist für den Schaden verantwortlich, den er/sie dem Arbeitgeber **absichtlich** oder **fahrlässig** zufügt. Es bedarf demnach folgender Voraussetzungen:

- **Vertragsverletzung bzw. Rechtswidrigkeit**
- **Verschulden (Absicht, Fahrlässigkeit)**
- **Schaden des Arbeitgebers**
- **Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden**

Die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer haftet nicht nur für grobe Fahrlässigkeit (Verletzung elementarster Vorsichtsmassnahmen), sondern auch für leichte Fahrlässigkeit (Unachtsamkeit). Dabei richtet sich das Mass der Sorgfalt, das von den Arbeitnehmenden verlangt wird, nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung:

- des Berufsrisikos,
- des Bildungsgrades oder
- der Fachkenntnisse, welche zu der Arbeit verlangt werden sowie
- den individuellen Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin.

**Anmerkung:**

Grundsätzlich keine Schadenersatzpflicht trifft den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin dafür, dass seine/ihre Arbeitsleistung nicht von Erfolg gekrönt ist. Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin hat lediglich seine/ihre Leistung im vertraglichen Rahmen zu erbringen, wogegen das Betriebsrisiko beim Arbeitgeber bleibt. Eine mehr oder weniger direkte Tragung des Risikos durch die Arbeitnehmerin/den Arbeitnehmer findet immerhin dort statt, wo die Entlohnung ganz oder teilweise auf Provisions- oder Gewinnbeteiligungsbasis erfolgt.

Die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer, die einfach die in sie/ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllt, kann dafür grundsätzlich nicht haftbar gemacht werden. Weder darf ihr/sein Lohn ohne weiteres gekürzt, noch darf ihr/ihm fristlos gekündigt werden. Dem Arbeitgeber steht nur die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung offen, gegebenenfalls verbunden mit dem Angebot eines anderen Einsatzes und/oder einer niedrigeren Entlohnung (Änderungskündigung).

Entstandener Schaden muss grundsätzlich vollumfänglich ersetzt werden. Es bestehen im Arbeitsvertragsrecht besondere **Reduktionsgründe** für die Schadenersatzpflicht:

- **Bloss leichte Fahrlässigkeit**

Regelmässig wird die Schadenersatzpflicht reduziert, wenn dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin keine grobe, sondern nur leichte Fahrlässigkeit angelastet werden kann.

Leichte Fahrlässigkeit heisst, etwas nicht beachten, das man eigentlich bei genauerem Überlegen hätte beachten müssen. Grobe Fahrlässigkeit bedeutet, etwas ausser Acht lassen, das jeder vernünftige Mensch in dieser Lage bedacht hätte.

- **Berufsrisiko**

Eine Reduktion der Schadenersatzpflicht findet regelmässig statt, wenn die Tätigkeit des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin mit einem besonderen Risiko verbunden ist.

**Beispiele:**

*Besondere Empfindlichkeit des Arbeitsmaterials, besonders komplizierte Tätigkeit, notwendiger Umgang mit gefährlichen oder teuren Materialien, besonders risikogeeignete Tätigkeit.*

*Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass erhöhte Berufsrisiken eine überdurchschnittliche Betriebsgefahr des Arbeitsplatzes darstellen, für die der Arbeitgeber aufzukommen hat.*

• **Mitverschulden des Arbeitgebers**

Wie im gesamten Haftpflichtrecht, bildet auch im Arbeitsrecht das Mitverschulden des geschädigten Arbeitgebers einen Reduktionsgrund.

**Beispiele:**

*Unterlassung von Schutzvorkehrungen, Einsatz eines zuwenig ausgebildeten Arbeitnehmers, etc.*

Der Arbeitgeber hat seine Schadenersatzforderung **sofort**, spätestens bis Ablauf des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen.

Der Arbeitgeber darf Schadenersatzforderungen mit dem Lohn nur insoweit verrechnen, als dieser pfändbar ist (Art. 323b Abs. 2 OR). Das heisst, das **Existenzminimum** des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin muss gewahrt bleiben.

Diese Beschränkung der Verrechnungsmöglichkeit gilt nicht für absichtlich zugefügten Schaden. Dieser Schaden darf unbeschränkt mit dem Lohn verrechnet werden.

#### **4.4. Befolgung von Anordnungen und Weisungen**

(Art. 321d OR)

Der Arbeitgeber kann über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmenden im Betrieb **allgemeine Anordnungen** erlassen. Er kann den einzelnen Arbeitnehmern überdies individuelle **Weisungen** erteilen.

Die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer hat sowohl die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers als auch die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen.

Das Weisungsrecht gilt im Rahmen des Arbeitsvertrages und soweit der Arbeitnehmerin/dem Arbeitnehmer zumutbar.

Ein Weigerungsrecht des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin besteht, sofern die Weisung in keiner Weise mehr vom Arbeitsvertrag gedeckt wird, schikanös, unsittlich, gesetzwidrig oder gesundheitsgefährdend ist.

## 5. PFLICHTEN DES ARBEITGEBERS

(Art. 322-330a OR)

### 5.1. Lohnzahlung

#### 5.1.1. Höhe des Lohns

Der Arbeitgeber hat der Arbeitnehmerin/dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der **verabredet oder üblich** oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist (Art. 322 Abs. 1 OR). In erster Linie ist also die (mündliche oder schriftliche) Vereinbarung zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn entscheidend.

Bei der Lohngestaltung ist Art. 8 Abs. 3 der Bundesverfassung zu beachten: „Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.“

Ist keine Abmachung getroffen worden, muss der Richter im Streitfall darauf abstellen, was „üblich“ ist. Als Entscheidungshilfe dient das in der Firma bzw. in der Branche am entsprechenden Ort für die gleiche oder ähnliche Tätigkeiten bestehende Lohnniveau. Als Indiz für den üblichen Lohn können auch entsprechende Vereinbarungen in Gesamtarbeitsverträgen herangezogen werden.

Eine Lohnkürzung ist nur im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin zulässig. Auch wer seine Arbeit schlecht erfüllt, hat Anspruch auf den vertraglich zugesicherten Lohn.

#### 5.1.2. Arten der Entlohnung

- **Geldlohn/Naturallohn**

Regelfall ist der Geldlohn. Lebt der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin jedoch in Hausgemeinschaft mit dem Arbeitgeber, so bildet der Unterhalt im Haus mit Unterkunft und Verpflegung regelmässig einen Teil des Lohnes, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist (Art. 322 Abs. 2 OR).

- **Zeitlohn/Akkordlohn**

Den Regelfall bildet die Entlohnung per Stunde, per Tag oder per Monat. Der sogenannte Zeitlohn.

Akkordlohn liegt vor, wenn die Vergütung nach dem erzielten Arbeitsergebnis festgelegt wird.

- **Provision**

Als Provision wird eine Beteiligung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin am Wert einzelner von ihm/ihr vermittelter Geschäfte bezeichnet. Die Provision tritt im Regelfall zusätzlich zu einem Zeitlohn (als Fixum) hinzu. Denkbar ist aber auch die Vereinbarung von Provisionen als alleiniger Lohnart.

- **Anteil am Geschäftsergebnis**

Ist zwischen den Parteien ein Anteil am Geschäftsergebnis vereinbart, so bemisst sich dieser Anteil in der Regel entweder am Umsatz oder am Gewinn des Arbeitgebers. Die Berechnungsgrundlagen sind zum vornherein klar festzulegen.

Ist ein Anteil am Geschäftsergebnis vereinbart, so hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin/dem Arbeitnehmer die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren, soweit dies zur Prüfung erforderlich ist (Art. 322a Abs. 2 OR).

- **13. Monatslohn**

Der 13. Monatslohn bildet, wenn er vereinbart ist, einen **ordentlichen Bestandteil des Lohns** und bemisst sich entweder nach dem letzten Monatslohn oder nach dem Lohnschnitt des abgelaufenen Jahres.

Für angebrochene Jahre ist der 13. Monatslohn mangels anderweitiger Vereinbarungen anteilmässig (pro rata temporis) zu entrichten. Arbeitgeber und ArbeitnehmerIn können durch gemeinsame ausdrückliche Vereinbarung die Entrichtung des 13. Monatslohns an Bedingungen knüpfen und etwa vorsehen, dass bei gerechtfertigter fristloser Entlassung im Verlaufe des Jahres kein anteiliger 13. Monatslohn geschuldet ist.

Seiner Natur nach kann der 13. Monatslohn aber nicht vom Geschäftsgang abhängig gemacht werden.

- **Gratifikation**

Als Gratifikation bezeichnen wir eine von Arbeitgeber zunächst **freiwillig entrichtete Sondervergütung** zu bestimmten Anlässen wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres (Art. 322d Abs. 1 OR).

Die Freiwilligkeit entfällt und der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin hat einen Anspruch auf Gratifikation, sobald sie verabredet wird. Diese Verabredung kann **ausdrücklich oder stillschweigend** erfolgen. Eine stillschweigende Verabredung der Gratifikation erblicken die Gerichte jedenfalls nach dreimaliger vorbehaltloser Auszahlung. Will der Arbeitgeber für die folgenden Jahre keine bindende Verpflichtung auf Ausrichtung einer Gratifikation eingehen, so hat er jedes Mal bei der Auszahlung darauf hinzuweisen, dass die Gratifikation freiwillig und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht ausbezahlt wird.

Für die Ausrichtung einer Gratifikation gilt die **Pflicht zur Gleichbehandlung** aller ArbeitnehmerInnen. Krasse Unterschiede in der Ausrichtung von Gratifikationen müssen vom Arbeitgeber auf Verlangen begründet werden können. Eine Abweichung von dem Grundsatz der Gleichbehandlung ist für ArbeitnehmerInnen zulässig, die zur Zeit der Fälligkeit in gekündigter Stellung sind.

Die Höhe der Gratifikation richtet sich nach der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Vereinbarung zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn. Will der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin sich die Bemessung der Höhe von Jahr zu Jahr vorbehalten, so hat er dies ebenfalls bei jeder Auszahlung zu erklären.



Endet das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Gratifikation eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin keinen Anspruch auf anteilmässige Vergütung, wenn dies nicht ausdrücklich verabredet oder betriebsüblich ist (Art. 322d Abs. 2 OR).

- **Truckverbot**

Das Gesetz sieht den Geldlohn vor und erlaubt als andere Abgeltung nur die Form von Kost und Logis. An dieser Stelle gilt es auf Art. 323 b Abs. 3 OR hinzuweisen, der das sogenannte **Truckverbot** postuliert.

Diese Bestimmung schützt die Arbeitnehmenden vor der Verpflichtung, einen Teil des Lohnes in Form von Waren oder Dienstleistungen, die der Arbeitgeber produziert oder verteilt, entgegennehmen zu müssen.

Auch die Verpflichtung, einen bestimmten Teil des Lohnes für Einkäufe im Geschäft des Arbeitgebers aufwenden zu müssen, ist nichtig.

**Beispiel:**

- *Verkäuferin in einem Modegeschäft muss ausschliesslich Kleider des Geschäfts tragen und sie auch selber bezahlen.*
- *Verpflichtung, in der firmeneigenen Kantine zu essen.*

### 5.1.3. Ausrichtung und Fälligkeit des Lohnes

Hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten stellt das Gesetz diverse Regeln auf, welche teilweise nur mangels anderweitiger Verabredung zwischen den Parteien gelten, teilweise aber auch zwingend sind.

- **Fälligkeit des Lohnes**

Sind nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich und ist durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt, so ist der Lohn dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin **am Ende jedes Monats** auszurichten (Art. 323 Abs. 1 OR).

Längere Zahltagsperioden dürfen danach nur durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag verabredet werden.

- **Vorschuss**

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin **nach Massgabe der geleisteten Arbeit** Vorschuss zu gewähren, dessen der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin in Folge einer **Notlage** bedarf und den der Arbeitgeber **zu gewähren vermag** (Art. 323 Abs. 4 OR). Diese Bestimmung ist zwingend. Keine Rolle spielt, ob die Notlage des Arbeitnehmers verschuldet oder unverschuldet eingetreten ist.

- **Art und Ort der Lohnauszahlung**

Erfolgt die Lohnauszahlung in bar, so ist sie gemäss Art. 323b Abs. 1 OR innert der Arbeitszeit (und somit am Arbeitsplatz) auszubezahlen. Ist die bargeldlose Entlohnung auf dem Überweisungsweg nicht ausdrücklich im Vertrag vorgesehen, so kann der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin Barauszahlung verlangen.

#### 5.1.4. Lohnsicherung

- **Verrechnung**

Der Arbeitgeber kann seine Gegenforderung gegen den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin **nur bis zum Existenzminimum** mit dessen/deren Lohn verrechnen (Art. 323b Abs. 1 OR). Vorbehalten ist die volle Verrechnung von Schadenersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden (Art. 323b Abs. 2 OR).

- **Lohnabtretung**

Freiwillige Lohnabtretungen des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin sind nur beschränkt möglich. Zur Sicherung **familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten** kann der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin künftigen Lohn bis zur Grenze seines/ihrer Existenzminimums abtreten (Art. 325 Abs. 1 OR).

Zur Sicherung anderer Verbindlichkeiten dürfen künftige Lohnforderungen nicht abgetreten werden. Diese Bestimmung ist zwingend, entsprechende Abtretungsvereinbarungen wären nichtig (Art. 325 Abs. 2 OR).

## 5.2. Auslagenersatz

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin **alle durch die Ausführung der Arbeit notwendigerweise entstehenden Auslagen** zu ersetzen (Art. 327a OR). Diese Vorschrift ist relativ zwingend, d.h., es darf von ihr nur zugunsten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin abgewichen werden. Abreden, dass die notwendigen Auslagen ganz oder teilweise selbst zu tragen seien, sind nichtig (Art. 327a Abs. 3 OR).

Die Abgeltung der Auslagen durch eine Pauschale ist möglich.

Benützt die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer im Einverständnis mit dem Arbeitgeber für ihre/seine Arbeit (nicht für den Arbeitsweg) ein Motorfahrzeug, so sind ihr/ihm die üblichen Aufwendungen für dessen Betrieb und Unterhalt zu vergüten (Art. 327b OR). Die Vergütung für das Privatfahrzeug des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin hat auch die anteiligen Kosten für Steuern, Versicherungen und Amortisation zu umfassen (Art. 327b Abs. 2 OR).

### 5.3. Weiterbildungskosten

Die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer kann, sofern dies zuvor ausdrücklich vereinbart wird, zur Finanzierung ihrer/seiner Aus- und Weiterbildung in Anspruch genommen werden. Keine Beteiligungspflicht besteht indessen für die Kosten der Einarbeitung.

Die produktespezifische Ausbildung, die nur in der Unternehmung des Arbeitgebers verwendet werden kann, gilt nicht als Ausbildung, sondern als blosser Einarbeitung und kann dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin somit nicht verrechnet werden.

Ein übliches Finanzierungsmodell besteht darin, dass der Arbeitgeber die Kosten der Aus- und Weiterbildung der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers ganz oder teilweise übernimmt, aber mit der Arbeitnehmerin/dem Arbeitnehmer eine Ausbildungsvereinbarung trifft, die bei vorzeitiger Kündigung eine ganze oder teilweise Kostenrückerstattung vorsieht. Dabei gilt es aber zu berücksichtigen, wer die Kündigung veranlasst, respektive verursacht hat.

### 5.4. Schutz der Persönlichkeit / Fürsorgepflicht

Der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers wird im Gesetz in Art. 328 OR wie folgt umschrieben:

„Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin zu achten und zu schützen, auf dessen/deren Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen.

Er hat zum Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann.“

Die **Fürsorgepflicht des Arbeitgebers** ist das Gegenstück zur **Treuepflicht des Arbeitnehmers**. Der Schutz der „Persönlichkeit“ umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung **die Gesamtheit der persönlichen Güter**, also die ganze Rechtsstellung, die dem Menschen seiner Natur nach zusteht. Zu den geschützten Gütern gehören heute unter anderem:

- Leib und Leben
- körperliche und geistige Integrität
- persönliche, geschlechtliche und berufliche Ehre
- Stellung und Ansehen im Betrieb
- private Geheimsphäre
- Freiheit der persönlichen Meinungsäusserung
- Freiheit der beruflichen Organisation

Für das Arbeitsrecht gilt demnach ganz allgemein, dass der Arbeitgeber alle Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin zu unterlassen hat, **die nicht durch das Arbeitsverhältnis gerechtfertigt sind**. Der Arbeitgeber hat weiter dafür zu sorgen, dass solche Eingriffe auch von **Vorgesetzten** und **MitarbeiterInnen** des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin unterlassen werden. Weitere Gesundheitsschutzpflichten finden sich in Art. 6 ArG und Art. 3 ArV3.

- **Gesundheitsschutz**

Der Arbeitgeber hat durch zweckdienliche Vorkehrungen und Weisungen die Gesundheit der ArbeitnehmerInnen soweit als möglich zu schützen. Dazu gehört der Schutz der ArbeitnehmerInnen vor Mobbing.

- **Wahrung der Sittlichkeit**

Ausdrücklich nennt das Gesetz in Art. 328 Abs. 1 OR auch die „Wahrung der Sittlichkeit“ als Pflicht des Arbeitgebers. Dieser hat also im Rahmen seiner Möglichkeiten etwa dafür zu sorgen, dass ArbeitnehmerInnen vor unsittlichen Belästigungen geschützt werden (spezieller Schutz vor sexueller Belästigung gemäss GIG siehe Ziff. 1.6.4.).

- **Schutz des Eigentums**

Ebenfalls im Rahmen seiner Fähigkeiten hat der Arbeitgeber das Eigentum der ArbeitnehmerInnen zu schützen. Dies kann etwa dadurch konkretisiert werden, dass den ArbeitnehmerInnen verschliessbare Kästen zur Verfügung gestellt werden, wo dies durch die Art des Betriebes gerechtfertigt ist.

- **Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes**

Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin, dessen/deren Persönlichkeitsrechte durch den Arbeitgeber verletzt worden sind, hat unter Umständen **Anspruch auf Schadenersatz**, allenfalls das Recht auf **Verweigerung der Arbeitsleistung** oder gar auf **Rücktritt vom Arbeitsvertrag**.

## 5.5. Zeugnispflicht

Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin kann vom Arbeitgeber jederzeit ein Zeugnis verlangen, das sich über **die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses** und über **die Leistungen** und **das Verhalten** des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin ausspricht (Vollzeugnis, Art. 330a Abs. 1 OR).

Auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin hat das Zeugnis sich auf Angaben über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken (Arbeitsbestätigung, Art. 330a Abs. 2 OR).

### 5.5.1. Inhalt des Arbeitszeugnisses

Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin hat Anspruch auf ein Zeugnis, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Für die Ausstellung eines Vollzeugnisses gelten **drei wesentliche Grundsätze**: Alle Angaben müssen:

- **objektiv richtig und wahr sein**
- **wohlwollend formuliert sein**
- **charakteristisch sein für die Art des Arbeitsverhältnisses sowie die Leistungen und das Verhalten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin.**

Es muss **die gesamte Dauer**, nicht nur die Schlussphase des Arbeitsverhältnisses im Zeugnis beurteilt werden.

Der entscheidende Teil des Vollzeugnisses liegt in der Qualifikation von Leistungen und Verhalten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin.

Entgegen verbreiteter Auffassung gehören auch **negative Aussagen** in ein Arbeitszeugnis, wenn ihnen auf das ganze Arbeitsverhältnis gesehen ein gewichtiger Stellenwert zukommt. So z.B. laut Bundesgericht längere Krankheit, die erheblichen Einfluss auf die Leistungen oder das Verhalten des Mitarbeitenden hatte, nicht jedoch Bemerkungen zu geheilten Gesundheitsproblemen, die keine Auswirkungen hatten (BGer vom 6.9.2010, 4A\_187/2010).

Die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer kann verlangen, dass die **Gründe des Austritts** im Zeugnis stehen.

Das Zeugnis darf **das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin** nicht behindern.

Ein Arbeitszeugnis kann gerichtlich angefochten werden, wenn es nicht der Wahrheit und Klarheit entspricht. Gemäss den allgemeinen Beweisregeln ist die Partei beweispflichtig, die eine Unrichtigkeit behauptet. Das Zürcher Arbeitsgericht verlangt, dass der gewünschte korrigierte Text von der klagenden Partei vorformuliert wird.

### 5.5.2. Haftung für falsches Zeugnis

Das absichtliche Ausstellen eines Zeugnisses mit unrichtigen Angaben oder verschwiegenen wesentlichen Vorkommnissen kann zu einer beträchtlichen Schadenersatzpflicht führen. Die Schadenersatzpflicht besteht gegenüber dem neuen Arbeitgeber und gegenüber dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin.

### 5.5.3. Zeitpunkt des Anspruchs auf ein Arbeitszeugnis

Die Arbeitnehmerin kann das Arbeitszeugnis jederzeit verlangen, d.h. während des Arbeitsverhältnisses und bis zum Ablauf der Verjährungsfrist nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Es ist umstritten, ob der Zeugnisanspruch nach 5 oder 10 Jahren

verjährt. Da eine Firma die Unterlagen 10 Jahre aufbewahren muss, sollte auch beim Zeugnis von 10 Jahren ausgegangen werden.

## 5.6. Erfindungen und andere immaterielle Güter

Art. 332 Abs. 1 und 2 OR bestimmt:

„ Erfindungen, die der Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit und in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten macht oder an deren Hervorbringung er mitwirkt, gehören unabhängig von ihrer Schutzfähigkeit dem Arbeitgeber.

Durch schriftliche Abrede kann sich der Arbeitgeber den Erwerb von Erfindungen ausbedingen, die vom Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit, aber nicht in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gemacht hat.“

Abs. 1 erfasst die sog. „**Diensterfindungen**“: diese stehen ohne besondere Vergütung dem Arbeitgeber zu. Gemeint sind damit z.B. Erfindungen eines als Forscher angestellten Arbeitnehmers oder eines hochgestellten Mitarbeiters, zu dessen Pflichten die Weiterentwicklung der Produkte der Firma gehört. Abs. 2 regelt die sog. „**Zufalls- oder Vorbehaltserfindungen**“, also jene, welche in Ausübung der Berufstätigkeit eher zufällig und nicht in Erfüllung der vertraglichen Pflichten gemacht werden. Auf diese hat der Arbeitgeber nur Anspruch, wenn er sich dies schriftlich ausbedungen hat (sog. „Erfinderklausel“). Abs. 3 und 4 enthält das Verfahren zur Freigabe und Entschädigung der Zufallserfindung.

## 6. ARBEITSZEIT UND FREIZEIT

### 6.1. Begriff

**Arbeitszeit** ist die Zeit, während welcher sich der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin für Arbeitsleistung zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat (Art. 13 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz).

**Präsenzzeit sowie Bereitschafts- oder Piquetdienst** im Betrieb gilt als Arbeitszeit. Bereitschaftsdienst, bei dem der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin ausserhalb des Betriebes auf Abruf zur Verfügung steht, ist insoweit an die Arbeitszeit anzurechnen, als er/sie tatsächlich zur Arbeit erscheinen muss. Beachte aber die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Arbeit auf Abruf (Kapitel 3.3.6).

Der **Arbeitsweg** gilt nicht als Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes, selbst wenn diese Zeit als Arbeitszeit entlohnt wird.

Die **Reisezeit** von ArbeitnehmerInnen, deren Tätigkeit eine Reise von einem Arbeitsort zum andern erfordert (zum Beispiel bei Monteuren), gilt als Arbeitszeit, wenn die Berufsausübung ohne diese Fahrten gar nicht möglich wäre.

**Pausen** gelten als Arbeitszeit, wenn die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz nicht verlassen darf.

### 6.2. Normalarbeitszeit

**Normalarbeitszeit** ist diejenige Zeit, die vertraglich vereinbart, durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag festgelegt oder betriebsüblich ist.

### 6.3. Höchstarbeitszeit

Das Arbeitsgesetz legt in Art. 9 wöchentliche **Höchstarbeitszeiten** fest, welche aber unter im Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen verlängert werden können. Die Höchstarbeitszeiten sind branchenspezifisch geregelt:

- **45 Stunden:**

Büropersonal, technisches Personal, MitarbeiterInnen industrieller Betriebe, Verkaufspersonal in Grossbetrieben des Detailhandels (ab 50 Personen);

- **50 Stunden:**

Für alle übrigen ArbeitnehmerInnen (Gewerbebetriebe);

Für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern kann die wöchentliche Höchstarbeitszeit zeitweise um höchstens 4 Stunden verlängert werden, sofern sie im Jahresdurchschnitt nicht überschritten wird (Art. 9 Abs. 3 ArG). Die höchstzulässige Arbeitszeit pro Tag ergibt sich aus den Vorschriften über die Grenzen der Tagesarbeit (Art. 10 ArG) und die Pausen (Art. 15 ArG):

## 6.4. Überstunden / Überzeit

### 6.4.1. Begriffe

Es ist zu unterscheiden zwischen **Überstundenarbeit** und **Überzeitarbeit**:

- **Überstunden:**

Arbeitszeit, welche die vereinbarte oder übliche tägliche Normalarbeitszeit, nicht aber die arbeitsgesetzliche Höchstarbeitszeit überschreitet. Überstundenarbeit ist in Art. 321c OR geregelt.

- **Überzeit:**

Arbeitszeit, welche die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit übersteigt. Überzeit ist in Art. 12 Art. und Art.13 ArG geregelt.

### 6.4.2. Überstunden

Nach Gesetz ist die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer unter gewissen Bedingungen verpflichtet, Überstunden zu leisten:

- Die Überstunden müssen **zumutbar** sein und der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin muss sie leisten können;
- Die Überstunden müssen **betrieblich notwendig** sein;
- Die Überstunden müssen vom Arbeitgeber **angeordnet** sein;
- Die Vorschriften über die **Ruhezeit, das Verbot der Nachtarbeit und die Grenzen der Tagesarbeit** müssen **eingehalten** sein.



**Anmerkung**

Überstundenarbeit ist nicht zumutbar, wenn der Arbeitgeber durch eine zweckmässigere Arbeitseinteilung deren Notwendigkeit vermeiden kann, wenn ihm bei dauernd erhöhtem Arbeitsanfall vernünftigerweise die Einstellung von Hilfskräften zugemutet werden kann oder wenn die betroffene Arbeitnehmerin/der betroffene Arbeitnehmer ausserberuflich ausgelastet ist oder aus gesundheitlichen Gründen nicht zusätzlich belastet werden darf. (Arbeitnehmerin mit Kleinkindern).

Die **Kompensation der Überstunden** kann erfolgen:

- **Im gegenseitigen Einverständnis durch Gewährung von Freizeit gleicher Dauer;**
- **durch Lohn mit einem Zuschlag von 25%.**

**Anmerkung:**

Die Freizeitkompensation kann weder einseitig vom Arbeitnehmer/von der Arbeitnehmerin beansprucht, noch vom Arbeitgeber gegen den Willen des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin diktiert werden. Der Ausgleich ist innert 14 Wochen vorzunehmen, sofern nicht eine längere Frist vereinbart wird, die aber 12 Monate nicht übersteigen darf.

Eine Weigerung seitens der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers, nach erfolgter Kündigung mit Freistellung Überstunden zu kompensieren, kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn kein sachlicher Grund wie Ferienbezug, Krankheit oder Stellensuche vorliegt.

Die Entschädigung durch Lohn plus Zuschlag kann im Einzelarbeitsvertrag, durch Normalarbeitsvertrag oder durch Gesamtarbeitsvertrag anders geregelt oder total ausgeschlossen werden.

Damit Überstunden entschädigungspflichtig werden, müssen sie angeordnet oder genehmigt sein, was auch stillschweigend erfolgen kann

Von der gesetzlichen Regelung der Abgeltung der Überstunden kann vertraglich abgewichen werden. Dies muss aber **in Schriftform** geschehen. Mündliche Abmachungen sind rechtlich wirkungslos.

**Anmerkung:**

Das Bundesgericht hat sich in zwei neueren Tessiner Entscheiden aus dem Gastgewerbe mit dem Beweis der Überstunden befasst: Zwar ist der **Arbeitnehmer beweispflichtig** für Überstunden, aber dem Arbeitgeber obliegt gemäss dem L-GAV Gastgewerbe die Kontrolle der Arbeitszeit (was im Grundsatz bei allen dem ArG unterstellten Betrieben gilt, Art. 73 lit. C ArGV1) . Das höchste Gericht erachtete mangels Arbeitszeitkontrolle durch die Arbeitgeberin die eigenen Stundenaufstellungen des Arbeitnehmers als genügend, allerdings müssen die **Überstunden laufend gemeldet** werden (BGer 4A\_40/2008). Und in einem weiteren Urteil lässt das Bundesgericht sogar die **Schätzung** der überstunden zu (BGer 4A\_86/2008).

**Geringfügige Überstundenleistungen** in der Grössenordnung einer halben Stunde sind nicht entschädigungspflichtig, ausser wenn sie regelmässig erbracht werden müssen (umstritten).

#### **Überstundenanspruch bei vertraglich nicht fixierter Arbeitszeit:**

Ist die Arbeitszeit nicht genau fixiert worden, muss auf die „übliche“ Arbeitszeit abgestellt werden. Als obere Grenze kann auf die wöchentliche Höchstarbeitszeit zurück gegriffen werden.

Entschädigungsanspruch von **leitenden Angestellten**: Art. 321c OR gilt für sämtliche ArbeitnehmerInnen, auch für leitende Angestellte. Vielfach ist jedoch bei diesen der zeitliche Umfang der Arbeitsleistung nicht vertraglich geregelt, weshalb es für sie keine eigentliche Überstundenarbeit geben kann. Da ArbeitnehmerInnen in einer höheren leitenden Tätigkeit dem Arbeitsgesetz nicht unterstellt sind, gilt dessen wöchentliche Höchstarbeitszeit für sie nicht. Ist eine vertragliche Arbeitszeit vereinbart worden, können auch leitende Angestellte mangels anderer schriftlicher Abrede einen Überstundenanspruch geltend machen.

#### **Zeitpunkt der Geltendmachung:**

Überstunden müssen sofort gemeldet werden, damit sie kontrolliert werden können. Für die Geltendmachung gilt jedoch die übliche Verjährungsfrist von 5 Jahren für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis.

### 6.4.3. Überzeit

Diese Bestimmungen gelten nur für Betriebe und ArbeitnehmerInnen, die dem Arbeitsgesetz unterstellt sind. Eine Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit ist unter gewissen Voraussetzungen möglich (Art. 12 ArG):

- **Wöchentliche Höchstarbeitszeit**
- 
- **Sie darf ausnahmsweise überschritten werden**
- 
- ⇒ wegen Dringlichkeit der Arbeit oder ausserordentlichen Arbeitsandranges
- ⇒ für Inventaraufnahmen, Rechnungsabschlüsse und Liquidationsarbeiten
- ⇒ zur Vermeidung oder Beseitigung von Betriebsstörungen, soweit dem Arbeitgeber keine anderen Vorkehren zugemutet werden können
- 
- **Tägliche Höchstarbeitszeit**
- 

Die Überzeit darf für den einzelnen zwei Stunden täglich nicht überschreiten, ausser an arbeitsfreien Werktagen oder in Notfällen, und pro Kalenderjahr gelten folgende Beschränkungen:

- ⇒ 170 Stunden für Arbeitnehmer mit wöchentlicher Höchstarbeitszeit von 45 Stunden
- ⇒ 140 Stunden für Arbeitnehmer mit wöchentlicher Höchstarbeitszeit von 50 Stunden

Wie bei den Überstunden kann auch die Überzeitarbeit **im Einverständnis mit der Arbeitnehmerin/dem Arbeitnehmer** durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgeglichen werden. Andernfalls ist sie **zwingend** mit einem Zuschlag von 25% zum Normallohn zu entschädigen. Eine vertragliche **Wegbedingung ist unzulässig** (vgl. Art. 13 ArG). Allerdings sind bei Betrieben mit 45 Std. Höchstarbeitszeit nur die 60 Stunden übersteigenden Überzeitstunden zuschlagspflichtig.

#### **Anmerkung**

Es wird nach neueren Entscheiden in der Welschschweiz und des Bundesgerichts sogar als zulässig erachtet, die ersten 60 Überzeitstunden bei Betrieben mit 45 Std. Höchstarbeitszeit gar nicht zu entschädigen. Die Deutschschweiz ist dieser Praxis bisher eher nicht gefolgt.

### **6.5. Nachtarbeit**

Grundsätzlich ist die Beschäftigung von ArbeitnehmerInnen ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit gem. Art. 10 ArG ist untersagt. Ausnahmen können bewilligt werden (vgl. dazu Art. 17 ArG). Als Nachtarbeit gelten die Stunden von 23.00 Uhr bis 06.00 Uhr. Die Arbeit von 06.00 Uhr bis 20.00 Uhr gilt als Tagesarbeit, diejenige von 20.00 Uhr bis 23.00 Uhr als Abendarbeit.

- **Vorübergehende Nachtarbeit** kann von den **kantonalen Behörden bewilligt** werden, sofern ein **dringendes Bedürfnis** nachgewiesen wird (Art. 17 Abs. 3 ArG). Vorübergehende Nachtarbeit ist mit einem **Lohnzuschlag von 25%** zu entschädigen.
- **Dauernde oder regelmässig** wiederkehrende Nachtarbeit kann, sofern sie aus **technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich** ist, von **den Bundesbehörden bewilligt** werden. Die ArbeitnehmerInnen erhalten **keinen Lohnzuschlag**, sondern einen **Zeitzuschlag von 10% und einen Gesundheitscheck**.

Sondervorschriften gelten für bestimmte Wirtschaftszweige, wie zum Beispiel Spitäler, Heime, Gastbetriebe etc. (vgl. Art. 27 ArG).

### **6.6. Sonn- und Feiertagsarbeit (Art. 18 - 20a ArG)**

Sonn- und Feiertagsarbeit ist grundsätzlich verboten. Im gesetzlichen Sinne dauert der Sonntag von Samstag 23.00 Uhr bis Sonntag 23.00 Uhr. Ausnahmen vom Verbot sind **bewilligungspflichtig**, abgesehen von den Sonderfällen in der Verordnung 2 zum ArG (Spitäler, Heime, Gastgewerbe etc.).

- **Vorübergehende Sonntagsarbeit** kann von den **kantonalen Behörden bewilligt** werden, sofern ein **dringendes Bedürfnis** nachgewiesen wird. Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin muss einverstanden sein. **Lohnzuschlag: 50%**.
- **Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit** kann, sofern sie aus **technischen oder wirtschaftlichen Gründen** unabdingbar ist, vom **Bundesamt bewilligt** werden. In diesem Fall ist das Einverständnis der ArbeitnehmerInnen nur erforderlich, falls die Sonntagsarbeit nicht in den Anstellungsbedingungen vorgesehen war; es muss **kein Lohnzuschlag** entrichtet werden, dafür ein freier Tag während der Woche..

Auch bei bewilligter Sonntagsarbeit muss den Arbeitnehmern innert zwei Wochen einmal ein ganzer Sonntag freigegeben werden.

Die Kantone **können höchstens 8 Feiertage im Jahr** den Sonntagen gleichstellen (Art. 20a ArG). Der Bundesfeiertag ist den Sonntagen gleichgestellt. Alle unter dem Titel „Sonntage“ genannten Bestimmungen gelten auch für diese Feiertage.

## 6.7. Ruhe- und Freizeitvorschriften

- **Tägliche Mindestruhezeit:**

Sie beträgt mindestens 11 aufeinanderfolgende Stunden (Art. 15a ArG). Für erwachsene Arbeitnehmer kann sie einmal pro Woche bis auf 8 Stunden reduziert werden, sofern die Dauer von 11 Stunden im Durchschnitt von zwei Wochen eingehalten wird.

- **Pausen:**

Die Länge der Pausen richtet sich nach der Länge der Arbeitszeit (Art. 15 ArG).

- ¼ Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 5½ Stunden
- ½ Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7 Stunden
- 1 Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden
- 

Pausen gelten als bezahlte Arbeitszeit, wenn der Arbeitsplatz nicht verlassen werden darf.

- **Wöchentlicher freier Halbttag**

Wird die wöchentliche Arbeitszeit auf mehr als 5 Tage verteilt, so ist den ArbeitnehmerInnen jede Woche ein freier Halbttag zu gewähren, mit Ausnahme der Wochen, in die ein arbeitsfreier Tag fällt (Art. 21 ArG).

Die Vorschrift hat durch die 5-Tage-Woche an Bedeutung verloren.

- **Übriger Freizeitanspruch**

Art. 329 Abs. 3 i.V. mit Art. 324a OR gibt dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin das Recht auf kurzfristige Arbeitsabsenzen mit Lohnanspruch.

Dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin stehen die „üblichen freien Stunden und Tage“ zur Erledigung persönlicher Angelegenheiten zu (zum Beispiel Heirat, Geburt, Todesfall in der naher Verwandtschaft, Arzt- und Behördenbesuche, Erfüllung von Bürgerpflichten, Umzug des eigenen Haushaltes, und anderes). Was üblich ist, richtet sich nach den Umständen im Einzelfall, den örtlichen oder branchenüblichen Usanzen.

Nach erfolgter Kündigung hat die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer Anrecht auf Freizeit für Vorstellungsgespräche. Dabei spielt es keine Rolle, von wem das Arbeitsverhältnis aufgelöst worden ist. Nach verbreiteter Praxis ist dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin zur Stellensuche ½ Tag pro Woche zu gewähren, wenn erforderlich aufteilbar oder zusammenziehbar.

## 6.8. Gleitende Arbeitszeit

Die gleitende Arbeitszeit verursacht insbesondere in der Frage der Überstundenregelung und der Freizeitansprüche Schwierigkeiten. Eine gesetzliche Regelung besteht nicht, vorbehaltlich anderer vertraglicher Abmachungen und besonderer Verhältnisse gilt:

- Wird die vorgesehene wöchentliche Arbeitszeit freiwillig und ohne betriebliche Notwendigkeit überschritten, entsteht dadurch ein Gleitzeitguthaben. Es entsteht kein Anspruch auf Überstundenentschädigung. Entschädigungspflichtig sind hingegen innerhalb der Gleitzeit und darüber hinaus geleistete notwendige angeordnete Überstunden. Auch diesfalls muss die Möglichkeit gegeben werden, die zuviel gearbeitete Zeit durch Freizeit zu kompensieren.
- Im Falle einer Kündigung kommt eine Entschädigung für das Gleitzeitguthaben nur dann in Frage, wenn betriebliche Bedürfnisse oder anderslautende Weisungen des Arbeitgebers den zeitlichen Ausgleich solcher Guthaben innerhalb des vereinbarten Gleitzeitrahmens und unter Einhaltung etwaiger Blockzeiten bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zulassen.
- Auch bei der gleitenden Arbeitszeit haben zumindest ArbeitnehmerInnen im Monatslohn Anspruch darauf, bewilligte Kurzabsenzen (im Sinne von Art. 329 Abs. 3 OR) während der Blockzeit ohne Lohnabzug nicht kompensieren zu müssen. Das Personal kann jedoch verpflichtet werden, solche Kurzabsenzen wenn immer möglich in die Gleitzeit zu verlegen. Absenzen während der Blockzeit können von einer besonderen Bewilligung abhängig gemacht werden.
- 

## 6.9. Sonderregeln für Schwangerschaft und Mutterschaft

- (Art. 35-35b ArG, ArV1 Art. 60-65, Art. 324a, 329 und 336c OR)
- 
- Im Arbeitsgesetz und der Verordnung 1 sind verschiedene **Beschäftigungsbeschränkungen** für Schwangere enthalten.
- So dürfen Schwangere und Stillende **nicht zu Überstundenarbeit** herangezogen werden.
- Es besteht ein **absolutes Arbeitsverbot** zwischen 20 und 6 Uhr ab der 8. Woche vor der Niederkunft. Schon ab Beginn der Schwangerschaft kann sie mit Arztzeugnis Einteilung in Tagesarbeit verlangen. In beiden Fällen gilt; falls **keine vergleichbare Ersatzarbeit** während des Tages angeboten werden kann, hat sie das Recht, zu Hause zu bleiben, und der Betrieb hat ihr **80% des Lohnes** zu bezahlen.
- Bei hauptsächlich **stehender Tätigkeit** ab 4. Schwangerschaftsmonat sind minimale Kurzpausen von 10 Minuten nach jeder 2. Stunde einzuhalten, ab 6. Schwangerschaftsmonat stehende Tätigkeit nicht länger als 4 Stunden pro Tag.

- Die Schwangere und Stillende hat das Recht, **beschwerliche oder gefährliche Arbeiten** abzulehnen. Falls keine Ersatzarbeit angeboten wird, haben sie Anspruch auf Freistellung und 80% des Lohnes.
- Es muss Gelegenheit zum Hinlegen und Ausruhen und Stillen gegeben werden.
- Nach der Niederkunft besteht ein **Beschäftigungsverbot während 8 Wochen**; Beschäftigung ist nur mit Einverständnis bis und mit 16. Woche nach der Niederkunft möglich.
- Der Betrieb hat im **1. Lebensjahr des Kindes die erforderliche Zeit zum Stillen** zur Verfügung zu stellen. Die Mutter kann ihr Kind innerhalb (gilt voll als Arbeitszeit) oder ausserhalb des Betriebs (gilt zur Hälfte als Arbeitszeit) stillen. Die benötigte Zeit darf weder vor- noch nachgeholt werden. Die Bezahlung der Stillzeit ist rechtlich nicht klar geregelt.
- Neu hat die Arbeitnehmerin nach der Niederkunft Anspruch auf einen **bezahlten Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen** (Art. 329 f, in Kraft seit 1. Juli 2005 mit der Ergänzung zur Mutterschaftsversicherung in der EO, ist neu in Liste der relativ zwingenden Bestimmungen von Art. 362 OR).
- **Lohnfortzahlung** läuft **während der Schwangerschaft nach Art. 324a OR** je nach Dienstjahren (Kapitel 8 hinten) und nach der Geburt gemäss neuer Mutterschaftsversicherung 80 % des Lohnes für die Dauer von 14 Wochen (Ergänzungen des EoG, in Kraft seit 1. Juli 2005).
- Davon zu unterscheiden sind die **besonderen Kündigungsschutzregeln (Art. 336c OR)**, wonach einer Frau während der Schwangerschaft und noch 16 Wochen nach der Geburt nicht gekündigt werden darf.

### **6.10. Sonderregeln für jugendliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer**

(Art. 40 ArG, Jugendschutzverordnung ArGV 5, Art. 329e OR)

Zu beachten sind die Erhöhung des Jugendschutzalters in Art. 40 ArG auf 18 Jahre und die differenzierten Regeln für Kinder und Jugendliche in der neuen Jugendschutzverordnung, i.K. seit 1.1.2008). Zudem gelten besondere Urlaubsregeln für ausserschulische unentgeltliche Jugendarbeit bis zum Alter von 30 Jahren: 1 Woche zusätzlich frei.

## **7. FERIEN**

(Art. 329a-d OR)

### **7.1. Begriff**

Ferien sind eine zum voraus bestimmte Zahl aufeinanderfolgender freier Tage, die der Erholung dienen und an denen die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer den üblichen Lohn weiterbezieht.

### **7.2. Dauer der Ferien**

#### 7.2.1. Gesetzliche Mindestdauer

Der gesetzliche Mindestferienanspruch beträgt 4 Wochen pro Jahr, resp. 5 Wochen für Jugendliche bis zum vollendeten 20. Altersjahr (Art. 329a OR). Diese Mindestdauer darf durch Abreden nicht verkürzt, wohl aber verlängert werden.

#### 7.2.2. Bemessungszeitraum

Der Ferienanspruch bemisst sich pro Dienstjahr. Zur Vereinfachung kann auf das Kalenderjahr abgestellt werden.

#### 7.2.3. Pro rata-Anspruch

Ist die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer nicht ein volles Jahr im Dienst des Arbeitgebers gestanden, sind die Ferien entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses im betreffenden Jahr zu gewähren.

Der Pro-rata Anspruch bei unvollständigem Dienst- oder Kalenderjahr beträgt bei 5-Tage-Woche:

- 1,67 Ferientage pro Monat bei 4 Wochen Ferien
- 2,08 Ferientage pro Monat bei 5 Wochen Ferien
- 2,50 Ferientage pro Monat bei 6 Wochen Ferien



### 7.3. Ferienkürzung

Der Ferienanspruch kann für **jeden vollen Monat einer Absenz** des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin um 1/12 gekürzt werden (Art. 329b OR):

- Absenz aus **eigenem Verschulden vom ersten vollen Monat** der Verhinderung an (es gibt keine Schonfrist);
- **Unverschuldete** Absenz aus persönlichen Gründen (Krankheit, Unfall, Militärdienst) **vom zweiten vollen Monat** der Verhinderung an (Schonfrist 1 Monat);
- Absenz wegen **Schwangerschaft und Niederkunft vom dritten vollen Monat** der Verhinderung an (Schonfrist 2 Monate), wobei die Zeit der Mutterschaftsentschädigung gemäss EoG nicht mitgerechnet werden darf (neuer Art. 329 b Abs. 3 OR).

#### **Beispiel:**

*Eine Schwangere fehlt 3 Monate und 10 Tage: Kürzung des Ferienanspruchs um 1/12 für den 3. vollendeten Monat der Verhinderung.*

Die einzelnen Arbeitsversäumnisse des zugrundeliegenden Berechnungsjahres (meistens Anstellungsjahr) werden zusammengezählt. Dies führt dazu, dass auch für die Berechnung des „vollen“ Monats auf die Arbeitstage pro Monat abgestellt werden muss, also bei der 5-Tage-Woche auf 21,75 Tage und bei der 6-Tage-Woche auf 26 Tage.

Die verschiedenen Schonfristen lassen sich nicht kumulieren, eine Schwangere kann demnach nicht zwei Monate wegen der Schwangerschaft und zusätzlich einen Monat wegen Krankheit beanspruchen.

Bei nur teilweiser, beispielsweise 50%-iger Arbeitsunfähigkeit, kann der Ferienanspruch gemäss einem Teil der herrschenden Lehre nicht gekürzt werden. Das Arbeitsgericht des Kantons Zürich hat mit Entscheid vom 1. Juni 1995 jedoch anders entschieden. Allerdings wurde bei einer 50 %-igen Arbeitsunfähigkeit aber erst ab dem vollendeten vierten Monat gekürzt.

### 7.4. Zeitpunkt der Ferien

Der Arbeitgeber kann den Zeitpunkt der Ferien festlegen, wobei er im Rahmen der betrieblichen Bedürfnisse auf die Wünsche der ArbeitnehmerInnen Rücksicht zu nehmen hat. Er hat die Ferien so frühzeitig anzuordnen, dass die Arbeitnehmerin die Ferien noch planen kann. Nach einem Urteil des Zürcher Arbeitsgerichts gelten etwa 3 Monate als angemessen.

Die Ferien müssen mindestens während zwei aufeinander folgenden Wochen gewährt werden (Art. 329c OR).

Grundsätzlich sind Ferien im betreffenden Dienstjahr zu gewähren und zu beziehen; ein Übertrag muss die Ausnahme bleiben. Allerdings verliert die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer ihren/seinen Ferienanspruch nicht, wenn sie/er von ihrem/seinem Ferienrecht im einschlägigen Dienstjahr nicht Gebrauch machen konnte (Verjährungsfrist 5 Jahre).

In Firmen mit Betriebsferien muss bei neu eintretenden MitarbeiterInnen, die noch keinen (vollen) Ferienanspruch haben, über den Ferienbezug bereits beim Vertragsabschluss eine Regelung getroffen werden. Die ArbeitnehmerInnen sind nicht verpflichtet, „Ferien auf Vorschuss“ zu beziehen und haben Anspruch darauf, beschäftigt zu werden.

## 7.5. Ferienlohn

Der während der Ferien geschuldete Lohn ist in gleicher Höhe zu entrichten, wie wenn der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin während dieser Zeit arbeiten würde. Der Ferienlohn setzt sich demnach aus dem Grundlohn und den Zulagen dauernden Charakters (zum Beispiel regelmässige Überstundenentschädigungen) zusammen. Ebenso sind Naturalleistungen wie Unterkunft, Verpflegung, Trinkgelder und Ähnliches Bestandteil. Bei erheblichen Schwankungen, zum Beispiel **bei unregelmässiger Teilzeitarbeit**, ist vom durchschnittlich verdienten jährlichen Lohn auszugehen und wie folgt zu rechnen:

- 8,33% bei 4 Ferienwochen
- 10,63% bei 5 Ferienwochen
- 13,04% bei 6 Ferienwochen

Wichtig ist die absolut zwingende Vorschrift des Art. 329d Abs. 2 OR: Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses **nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten** werden.

Von diesem Verbot hat die Gerichtspraxis allerdings zwei wesentliche Ausnahmen sanktioniert:

- Bei **kurzfristiger Teilzeitarbeit mit stark wechselnder Beschäftigung** darf der Ferienanspruch dann durch einen Lohnzuschlag abgegolten werden, wenn dessen Berechnung auf erhebliche Schwierigkeiten stossen würde. Der Zuschlag muss jedoch getrennt vom sonstigen Lohn sowohl im Vertrag festgelegt und aus jeder einzelnen Lohnabrechnung ersichtlich sein. Zudem muss dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin ermöglicht werden, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses Ferien von mindestens der ihm/ihr zustehenden Dauer zu beziehen.
- Bei **Beendigung eines Arbeitsverhältnisses** kann die Barabgeltung des Ferienanspruches zulässig sein, wenn mehr Ferientage zu beziehen sind als verfügbare Arbeitstage übrig bleiben.

## 7.6. Besondere Fälle

- **Arbeit während der Ferien**

Es ist nicht jede Arbeit schlechthin untersagt, sondern bloss **entgeltliche Arbeit** für einen Dritten, welche **die berechtigten Interessen des Arbeitgebers verletzt** (Art. 329d OR), wie zum Beispiel Arbeit in einem Konkurrenzunternehmen.

- **Unfall, Krankheit während der Ferien**

Im Gesetz findet sich darüber keine Regelung. Es ist in der Praxis jedoch anerkannt, dass die Ferien während der Zeit einer Krankheit oder der Folgen eines Unfalls ruhen, sofern der entsprechende Nachweis erbracht wird (mittels Arztzeugnis). Massgebend ist, ob der Zustand des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin der Erholung entgegensteht oder nicht.

- **Feiertage, die in die Ferien fallen**

Das Gesetz regelt auch diese Frage nicht. Zahlreiche Gesamtarbeitsverträge sehen aber vor, dass sich die Ferientage um die Feiertage erstrecken.

- **Zuviel bezogene Ferien**

Die Rechtsprechung ist in der Frage der Rückzahlung zuviel bezogener Ferien nicht einheitlich. Es ist ratsam, diese Frage vertraglich zu regeln und die Gewährung individueller Ferien (im Gegensatz zu den Betriebsferien) ausdrücklich mit dem Hinweis zu versehen, dass allenfalls zuviel bezogene Ferien zurückzuzahlen sind. Falls keine vertragliche Regelung besteht, sollte im Einzelfall untersucht werden, wer die Auflösung des Arbeitsvertrages verursacht hat. Eine Verrechnung zu viel bezogener Ferien wäre dann nur statthaft, wenn die Kündigung seitens der arbeitnehmenden Person zu verantworten ist.

- **Ferienbezug und Freistellung**

In der Regel kollidiert der Ferienbezug während der Kündigungsfrist mit dem Interesse des Arbeitnehmers, während dieser Zeit eine neue Stelle zu suchen. Da Ferien nicht nur in natura zu beziehen sind, sondern auch dem Erholungszweck dienen, kann dem Arbeitnehmer der Ferienbezug während einer kurzen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden. Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist freigestellt wurde.

- **Feiertagsentschädigung für Arbeitnehmende im Stundenlohn**

In einem neueren Urteil des Genfer Appellationsgerichts wurde in Übereinstimmung mit dem für die Schweiz gültigen ILO-Übereinkommen der internationalen Arbeitsorganisationen festgehalten, dass auch Arbeitnehmende, welche im Stundenlohn

beschäftigt sind, Anspruch auf bezahlte Feiertage haben (Urteil Cour d'Appel, C/16613/2006-5). Somit gerät die bisherige Praxis in Wanken, wonach Stundenlöhner/innen, welche am betreffenden Feiertag nicht arbeiten, keinen Lohn erhalten

## 8. LOHNFORTZAHLUNGSPFLICHT

Die Pflicht des Arbeitgebers, Lohn zu zahlen, bildet das Gegenstück zur Pflicht der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers persönlich Arbeitsleistung zu erbringen. Grundsätzlich wird das Gehalt also nur ausbezahlt, wenn dafür entsprechende Arbeit geleistet wurde. Davon gibt es Ausnahmen:

### 8.1. Annahmeverzug des Arbeitgebers (Art. 324 OR)

Die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer hat Anspruch auf vertragsgemässe Beschäftigung und Entlöhnung. Kann sie/er **aus vom Arbeitgeber zu vertretenden Gründen** nicht voll oder gar nicht arbeiten, hat sie/er dennoch Anspruch auf Lohn, ohne dass Nachleistung erbracht werden muss. Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung des sogenannten **Annahmeverzuges** in Art. 324 OR. Der Arbeitgeber kann in folgenden Fällen in den Annahmeverzug kommen:

- Er weigert sich unberechtigterweise, den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin arbeiten zu lassen;
- Er unterlässt die zum Arbeiten nötigen Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen (z.B. Material, Geräte, Büro etc.);
- Das Arbeiten ist aus betrieblichen oder wirtschaftlichen Gründen nicht möglich.

Der Arbeitgeber kann auch ohne eigenes Verschulden in Annahmeverzug geraten, namentlich dann, wenn die Arbeit wegen Betriebsstörungen, die zum Betriebsrisiko gehören, nicht ausgeführt werden kann.

Wenn der Arbeitgeber wegen mangelnder Aufträge **Kurzarbeit** einführt, d.h. Reduktion der vertraglichen Arbeitszeit mit entsprechender Lohnkürzung, braucht er **die Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmenden**. Stimmt einer/eine nicht zu, bleibt nur der Weg über die ordentliche Kündigung unter voller Weiterbezahlung des Gehalts während der Kündigungszeit. Das gleiche gilt auch bei sogenannten Änderungskündigungen.

Die Arbeitslosenversicherung vergütet 80%, respektive 70% (bei Versicherten ohne Unterstützungspflichten) des Lohnausfalls bei genehmigter Kurzarbeit.

## 8.2. Verhinderung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin an der Arbeitsleistung

Der Arbeitgeber hat für eine beschränkte Zeit den Lohn zu entrichten, wenn der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin **aus Gründen, die in seiner/ihrer Person liegen**, ohne Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist. Solche Gründe sind:

- **Krankheit:**

Umstritten ist, ob auch wegen eines bestimmten Leidens ärztlich verordnete Kuren als krankheitsbedingte Absenz lohnzahlungspflichtig sind (Gerichtspraxis: eher ja);

- **Unfall:**

Beeinträchtigung der Gesundheit durch ein äusseres Ereignis;

- **Schwangerschaft und Niederkunft:**

Nach der Niederkunft darf die Wöchnerin gemäss dem neuen Art. 35a Abs. 3 ArG während 8 Wochen nicht und danach bis zur 16. Woche nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden, so dass sie auch in dieser Zeit als unverschuldet arbeitsunfähig gilt;

- **Erfüllung gesetzlicher Pflichten:**

Militär, Zivildienst, Feuerwehr, Erscheinen als Zeuge/Zeugin vor Gericht, Betreuung eines kranken Familienangehörigen in Ausnahmefällen;

- **Ausübung eines öffentlichen Amtes:**

Vormund, Parlamentarier, Richter.

Damit der Lohnanspruch in den genannten Fällen der Arbeitsverhinderung bestehen bleibt, müssen 2 Voraussetzungen erfüllt sein:

- Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin muss **ohne sein/ihr Verschulden** an der Arbeitsleistung verhindert sein;
- das Arbeitsverhältnis muss **bereits 3 Monate gedauert** haben oder **für mehr als 3 Monate eingegangen** worden sein.

Die Lohnfortzahlungspflicht besteht demnach, wenn entweder der Vertrag auf mehr als 3 Monate fest abgeschlossen ist oder mehr als 3 Monate gedauert hat. Sie besteht von Anfang an, wenn ein auf eine bestimmte Dauer abgeschlossener Vertrag mehr als 3 Monate dauern soll und wenn ein Vertrag auf unbestimmte Zeit von Anfang an durch Kündigung erst auf einen Termin nach Ablauf von 3 Monaten beendet werden kann. Bei einem Vertrag von unbestimmter Dauer mit Probezeit oder mit anderer Kündigungsmöglichkeit auf einen Termin, der vor Ablauf der 3 Monate liegt, beginnt die Lohnfortzahlungspflicht am ersten Tage des 4. Anstellungsmonats.

Wird die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer aus **objektiven Gründen** an der Arbeit gehindert (z.B. Lawinenniedergänge, Verkehrszusammenbrüche etc.), d.h. aus Gründen, die nicht in ihrer/seiner Person liegen, hat sie/er die Folgen selber zu tragen. Den Arbeitgeber trifft hier keine gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht.

**Den Beweis** für das Vorliegen eines Verhinderungsgrundes hat der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin zu erbringen. Im Krankheitsfall geschieht dies durch ein Arzteugnis. Zweifelt der Arbeitgeber die Krankheit trotz dieses Zeugnisses an, kann er unter Umständen eine Untersuchung durch den Vertrauensarzt verlangen.

### 8.3. Dauer des Lohnanspruchs

#### 8.3.1. Gesetzliche Regelung

Wenn der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin

- **unverschuldet und**
- **aus subjektiven Gründen**

an der Arbeitsleistung verhindert ist sowie

- **wenn das Arbeitsverhältnis mehr als 3 Monate gedauert hat oder für mehr als 3 Monate eingegangen worden ist,**

so hat der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin während einer beschränkten Zeit, die sich nach der Anzahl der Dienstjahre richtet, den vollen Lohn zugute. Im **ersten Dienstjahr** beträgt der Fortzahlungsanspruch **3 Wochen**. Für die weiteren Dienstjahre hat sich zum ungenauen Gesetzesbegriff „für eine angemessene längere Zeit“ eine Praxis entwickelt. Je nach Region kommen hier die sogenannten Berner-, Basler- oder **Zürcher Skala** zur Anwendung:

Dienstjahre	Basler-Skala	Berner-Skala	Zürcher-Skala
1.	3	3	3
2.	9	4	8
3.	9	9	9
4.	13	9	10
5.	13	13	11
6.	13	13	12
7.	13	13	13
8.	13	13	14
9.	13	13	15
10.	13	17	16
11.	17	17	17
15.	17	22	21
20.	22	26	26
21.	26	26	27
25.	26	30	31
30.	26	33	36
35.	26	39	41
40.	26	39	46

Die Dauer der **Lehrjahre** im Betrieb werden an die Dienstjahre als Angestellter angerechnet.

Gemäss Gesetzestext besteht die Lohnfortzahlungspflicht für eine beschränkte Zeit pro Dienstjahr; dabei fallen alle in Art. 324a OR genannten Verhinderungsgründe gesamthaft in Betracht: D.h. **verschiedene Gründen** dürfen pro Jahr **zusammengezählt** und an die insgesamt geschuldete beschränkte Zeit angerechnet werden.

Mit Beginn eines neuen Dienstjahres beginnt auch die beschränkte Dauer der Lohnfortzahlung neu zu laufen. Dies ist vor allem dann zu beachten, wenn die Abwesenheit über den Dienstjahreswechsel hinaus weiter andauert.



**Beispiel:**

*Eine Arbeitnehmerin hat am 1. Juni begonnen zu arbeiten. Am 1. Mai des folgenden Jahres erkrankt sie und bleibt während insgesamt neun Wochen der Arbeit fern. Im ersten Dienstjahr hat sie Anspruch auf drei Wochen Lohnfortzahlung, d.h. vom 1. Mai bis 21. Mai. Anschliessend bleibt eine Woche unbezahlt. Am 1. Juni (Dienstjahreswechsel) entsteht ein neuer Anspruch von 8 Wochen (Zürcher Skala), d.h. die folgenden 5 Wochen sind wieder voll bezahlt.*

**Achtung umstrittener Lohnfortzahlungsanspruch bei Dienstjahreswechsel!**

*Das Obergericht Zürich hat in einem Urteil vom 3. Februar 1998 entschieden, dass der Lohnfortzahlungsanspruch nicht immer in jedem Dienstjahreswechsel neu anfängt. Vielmehr komme es auf die **Umstände** an, wie sie Art. 324 a OR erwähnen (konkret hatte hier ein Arzt eine Praxis erst vor 2 Jahren übernommen, die „mitübernommene“ Arbeitnehmerin stand bei Krankheit im 15./16. Dienstjahr. Das Obergericht sprach nur Lohnfortzahlung für das höhere Dienstjahr, also 22 Wochen zu). Dieses Urteil wurde heftig diskutiert und kritisiert. Das Arbeitsgericht hat trotzdem an seiner ursprünglichen Meinung festgehalten, d.h. mit jedem neuen Dienstjahr beginnt der Lohnfortzahlungsanspruch neu (überwiegende Lehrmeinung).*

**Schwangerschaft und Niederkunft** sind gemäss Abs. 3 bezüglich Lohnfortzahlung anderen Arbeitsunterbrüchen gleichgestellt. Zeitpunkt und Umfang des Arbeitsausfalls bestimmen sich nach den gleichen Grundsätzen wie bei Krankheit, soweit nicht das Arbeitsgesetz mit einer grosszügigeren Lösung anwendbar ist (Art. 35 ArG). Während der Schwangerschaft können die dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitnehmerinnen die Arbeit jederzeit einstellen, ohne Arztzeugnisse vorlegen zu müssen. Dieses Recht ist aber für die Arbeitnehmerin von beschränktem Nutzen, da die Lohnfortzahlungspflicht zeitlich limitiert ist.

Besonders umstritten war lange Zeit, ob die Mutter, die ein krankes Kind pflegen muss, oder der Mann, der die kranke Gattin nicht allein lassen kann, aus einem Grund an der Arbeitsleistung gehindert würden, der den in Art. 324a OR aufgezählten Beispielen gleichzusetzen sei. Dies wird heute nach einhelliger Ansicht bejaht, weil den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin eine gesetzliche Pflicht zur Pflege von Familienangehörigen trifft. Die Lohnfortzahlung dauert jedoch nur so lange, als für die Organisation einer Fremdhilfe notwendig ist.

Grundsätzlich ist der volle Lohn geschuldet. Art. 324b OR beschränkt die Lohnzahlungspflicht dort, wo **obligatorische Versicherungen** bestehen, nämlich bei der:

- Unfallversicherung
- Erwerbsersatzordnung (Lohnausfall während Militärdienst)
- Militärversicherung

In diesen Fällen muss der Arbeitgeber während der oben genannten Fristen die Versicherungsleistungen allenfalls auf 80% des Lohnes ergänzen.

### 8.3.2. Vertragliche Regelung

Für Erwerbsausfälle infolge Krankheit, Schwangerschaft und Niederkunft kann der Arbeitgeber anstelle der gesetzlichen Regelung eine **gleichwertige Versicherungslösung** treffen. Diese Abweichung muss **schriftlich** erfolgen. Als gleichwertig erachtet die Praxis eine Taggeldversicherung, die 80% des Lohnes deckt, wobei der Arbeitgeber mindestens die Hälfte der Prämien übernehmen muss. Ist eine Krankentaggeldleistung vertraglich zugesichert oder gemäss Gesamtarbeitsvertrag geschuldet, so hat der Arbeitgeber bei fehlender Versicherungsleistung die Leistung zu eigenen Lasten zu erbringen. Dies trifft dann zu, wenn die Krankentaggeldversicherung wegen vorbestandenen Leiden einen Vorbehalt angebracht hat oder aufgrund einer Versicherungsvertragsbedingung bei vorbestandenen Leiden nicht oder nur beschränkt leistet.

### 8.3.3. Abgeltung der Lohnfortzahlung im Lohn

Strittig ist, ob durch schriftliche Abrede vereinbart werden kann, die Entschädigung bei Krankheit, Unfall, Schwangerschaft, eventuell auch bei den übrigen Verhinderungsgründen, sei im Lohn inbegriffen.

Auch hier verlangt die Praxis **die Schriftlichkeit** und eine genaue Angabe der Lohnprozent, die auf die Lohnfortzahlung entfallen.

## 9. BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES

### 9.1. Kündigung vor Stellenantritt

Die Frage, ob ein Arbeitsvertrag bereits vor Stellenantritt wieder gekündigt werden könne, ist umstritten. In der Rechtsprechung hat sich folgende Lösung herauskristallisiert:

Eine Kündigung kann vor Antritt der Stelle erklärt werden, jedoch nur auf den ersten Kündigungstermin nach dem Zeitpunkt, auf den der Antritt der Stelle vereinbart worden ist. Das bedeutet, unter Einhaltung der Kündigungsfrist von 7 Tagen während der Probezeit.

Je nach den konkreten Umständen (Motive des Kündigenden) tritt eine Schadenersatzpflicht ein.

### 9.2. Kündigung während der Probezeit

Der erste Arbeitsmonat gilt von Gesetzes wegen als Probezeit (Art. 335b OR). Durch besondere **schriftliche Vereinbarung**, ist eine Verlängerung bis auf 3 Monate möglich. Auch GAV oder NAV können verlängerte Fristen enthalten. Eine längere Probezeit als drei Monate, ist absolut zwingend verboten.

Fällt der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin während der Probezeit wegen Krankheit, Unfall, Militärdienst usw. aus, so verlängert sich diese um die Abwesenheitsdauer (Art. 335b Abs. 3 OR). In diesem Fall kann die Probezeit auch einmal länger dauern, darf netto (abzüglich Abwesenheit) aber ebenfalls maximal 3 Monate betragen.

Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis **jederzeit auf 7 Tage** hinaus gekündigt werden (diese Frist kann vertraglich verlängert oder verkürzt werden). Die **Kündigungssperrfristen von Art. 336c und Art. 336d OR laufen nicht**.

### 9.3. Beendigung befristeter Arbeitsverhältnisse

Das für eine im voraus bestimmte Zeit abgeschlossene Arbeitsverhältnis (befristetes Arbeitsverhältnis) endet beim Ablauf dieser Zeit ohne weiteres. Es bedarf also keiner Kündigung mehr.

Befristet sind ihrer Natur nach die Lehrverträge.

Wird ein befristetes Arbeitsverhältnis nach Ablauf der vereinbarten Dauer stillschweigend fortgesetzt, so gilt es als unbefristetes Arbeitsverhältnis (Art. 334 Abs. 2 OR).

## 9.4. Beendigung bei unbestimmter Vertragsdauer

### 9.4.1. Ordentliche Kündigung

Das auf unbestimmte Zeit eingegangene Arbeitsverhältnis endet erst, wenn es gekündigt wird. Im Normalfall durch „ordentliche Kündigung“.

Die Kündigung ist eine „**einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung**“.

- **Einseitig:** Jede Partei kann die Kündigung ohne Einverständnis der anderen Vertragspartei aussprechen. (Zur Erinnerung: bei der Vertragsentstehung braucht es die übereinstimmende Willenserklärung beider Parteien).
- **Empfangsbedürftig:** Die Kündigung gilt erst als ausgesprochen und entfaltet ihre volle Wirkung, wenn sie dem Empfänger zugegangen ist **und** er davon Kenntnis nehmen konnte.

Die Kündigung muss also **vor Ablauf der allfälligen Frist beim Empfänger eintreffen**, so dass dieser die Möglichkeit hat, davon Kenntnis zu nehmen. Das blosses Absenden vor Fristablauf (Datum des Poststempels) genügt nicht.

#### **Anmerkung:**

- Wenn ein Adressat gegenüber dem Postboten die **Annahme** eines die Kündigung enthaltenden Einschreibebriefes **verweigert**, gilt die Kündigung gleichwohl als im Zeitpunkt der Annahmeverweigerung zugestellt.
- Eine Kündigung gilt nicht als fristgerecht erfolgt, wenn der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der Zustellung der Kündigung ferien- oder krankheitshalber abwesend ist.
- Bei der Zustellung eingeschriebener Sendungen an **Briefkasten- oder Postfachinhaber** gilt die Zustellung als erfolgt, sobald der Empfänger/die Empfängerin die Abholungseinladung entgegennehmen bzw. abholen kann. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dies innerhalb von 7 Tagen der Fall, weshalb die Kündigung als zugestellt gilt nach Ablauf von 7 Tagen. Falls bewiesen werden kann, dass das Abholen schon vorher möglich war, gilt dieser Termin als Zustellungstermin.

Eine verspätete Kündigung bewirkt die Auflösung des Vertrages auf den dem beabsichtigten Kündigungstermin folgenden nächsten Termin.

Bei **Betriebsübernahmen bzw. Fusionen** und **Massenentlassungen** sind die Informations-, Mitwirkungs- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmervvertretungen sowie die Anzeige an das kantonale Arbeitsamt gemäss Art. 333, 333a und 335d-g zu beachten.

#### 9.4.2. Kündigungsfristen

Gemäss Art. 335c OR gelten folgende Kündigungsfristen:

- 1. Dienstjahr (nach Ablauf der Probezeit) 1 Monat
- 2. - 9. Dienstjahr: 2 Monate
- ab dem 10. Dienstjahr: 3 Monate

Die **Erhöhung** dieser Fristen ist beliebig möglich und auch sehr verbreitet.

Die **Herabsetzung** bis auf einen Monat ist durch schriftliche Abrede, Gesamtarbeitsvertrag oder Normalarbeitsvertrag möglich. Eine Herabsetzung unter einen Monat ist nur durch Gesamtarbeitsvertrag und nur für das erste Dienstjahr zulässig.

Unzulässig ist - unabhängig von der Länge - die Vereinbarung unterschiedlicher Kündigungsfristen für Arbeitnehmende und Arbeitgeber. Bei Abweichungen gilt für beide Parteien die längere Frist.

#### 9.4.3. Kündigungstermin

Gekündigt werden kann von Gesetzes wegen jeweils auf ein Monatsende (Art. 335c OR). Eine abweichende Vereinbarung wäre möglich, ist aber selten (zum Empfang und Einhaltung der Kündigungsfrist siehe Kapitel 9.4.1. ordentliche Kündigung).

#### **Anmerkung zur Freistellung:**

Bei einer ordentlichen Kündigung kann der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin auch freigestellt werden. Das heisst, er/sie erhält zwar noch den vollen Lohn bis Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, muss aber nicht mehr dafür arbeiten. Hier stellen sich diverse Fragen, wie Kompensation der Überstunden und Ferienguthaben oder Anrechnung anderweitig verdienter Löhne.

- Liegt kein sachlicher Grund vor, darf die Kompensation von Überstunden mit Freizeit während der Freistellung nicht verweigert werden. Gründe können sein, Ferienbezug, Krankheit oder Stellensuche.
- Ferien müssen bezogen werden, wenn die Kündigungsfrist im Verhältnis zur Feriendauer lang genug ist, um auch noch eine andere Stelle zu suchen
- Wurde keine schriftliche Abrede getroffen und lassen auch die Umstände des konkreten Falls keinen Rückschluss zu, so muss von einer Anrechnungspflicht anderweitig verdienter Löhne ausgegangen werden.

### 9.4.3. Begründung der Kündigung

Die Kündigung **ohne Grundangabe ist gültig**. Der Kündigende muss die Kündigung aber schriftlich begründen, wenn die andere Partei es verlangt (Art. 335 Abs. 2 OR). Diesem grundsätzlich freien Kündigungsrecht werden einzig durch die erweiterten Bestimmungen über den Kündigungsschutz Schranken gesetzt.

Kommt eine Partei dem Gesuch um Begründung nicht nach, so besteht die Sanktion lediglich in der Tatsache, dass der Richter im Prozess die Kosten entsprechend auferlegt, weil sich die klagende Partei zum Prozess veranlasst fühlte.

## 9.5. Kündigungsschutz

Grundsätzlich ist eine Kündigung also gültig:

- **ohne Einhaltung einer bestimmten Form,**
- **ohne Begründung** und
- **ohne dass Gründe vorliegen müssen,**

die sie rechtfertigen. Seit dem 1. Januar 1989 sind jedoch neue Kündigungsschutzbestimmungen in Kraft, die dieses freie Kündigungsrecht zugunsten der Arbeitnehmenden etwas einschränkt. Zu unterscheiden sind **missbräuchliche Kündigungen** (sachlicher Kündigungsschutz) und **Kündigungen zur Unzeit** (zeitlicher Kündigungsschutz).

### 9.5.1. Missbräuchliche Kündigungen

Der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung gehört zum sogenannten sachlichen Kündigungsschutz, weil hier Kündigungen, die aus bestimmten missbräuchlichen Gründen/Motiven ausgesprochen werden, zu Sanktionen führen.

Gemäss Art. 336 OR ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn sie von einer Partei ausgesprochen wird:

- a) wegen **persönlicher Eigenschaften** der anderen Partei, welche mit dem Arbeitsverhältnis keinen Zusammenhang haben;

Dazu gehören persönliche Eigenschaften wie Geschlecht, Familienstand, Herkunft, Rasse, Bürgerrecht, Nationalität, Vorstrafen, Alter oder Homosexualität.

- b) wegen der **Ausübung verfassungsmässiger Rechte** durch die andere Partei;

Hier fallen insbesondere die verschiedenen verfassungsmässigen Grundrechte wie Religionsfreiheit, Meinungsäusserungsfreiheit sowie die politischen Rechte in Betracht.

c) ausschliesslich zur **Vereitelung von Ansprüchen** der anderen Partei **aus dem Arbeitsverhältnis**;

Darunter fallen Ansprüche auf Dienstaltersgeschenke, Gratifikationen, Abgangsentschädigungen, usw.

d) weil die andere Partei nach Treu und Glauben **Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht**;

e) weil die andere Partei **Militärdienst** leistet oder eine andere **gesetzliche Pflicht** erfüllt;

f) wegen **Zugehörigkeit** oder **nicht Zugehörigkeit** der andern Partei zu einem **Arbeitnehmerverband** oder **wegen Ausübung gewerkschaftlicher Tätigkeiten**;

g) gegenüber einem **gewählten betrieblichen Arbeitnehmervertreter** ohne begründeten Anlass

h) bei **Massenentlassung** **ohne** Beachtung der **Konsultationsrechte** der Arbeitnehmervertretung.

Stellt sich eine Kündigung als missbräuchlich heraus, wird sie nicht etwa aufgehoben, das Arbeitsverhältnis wird nicht fortgesetzt. Als Sanktion einer missbräuchlichen Kündigung ist lediglich eine **Entschädigung von bis zu 6 Monatslöhnen** geschuldet (Art. 336a OR).

Die Entschädigung wird vom Gericht unter Würdigung aller Umstände festgesetzt. Kriterien zur Festsetzung dieser Entschädigung sind:

- Die Dauer der Anstellung
- Die Enge der arbeitsvertraglichen Beziehung
- Das Alter des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin
- Die Schwere der Missbräuchlichkeit
- Die besonderen Umstände der Kündigung im Einzelfall
- Die soziale Lage des/der Gekündigten
- Die finanzielle Lage beider Parteien
- Die Bereitschaft des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.

**Die Beweislast der Missbräuchlichkeit liegt beim Arbeitnehmer/bei der Arbeitnehmerin.** Da es sich in der Regel um einen inneren Vorgang beim Kündigenden handelt, ist ein solcher Beweis nicht strikt zu erbringen. Es wird darum gehen, Indizien für einen missbräuchlichen Kündigungsgrund aufzuzeigen. Einzig im Fall von Art. 336 Abs. 2 lit.b OR hat der Gesetzgeber die **Beweislast umgekehrt**. Hier muss der Arbeitgeber beweisen, dass er den gewählten Arbeitnehmervertreter aus einem begründeten Anlass entlassen hat, das heisst, er muss beweisen, dass er einen Grund hatte.

Voraussetzung zur Geltendmachung der Entschädigung ist, dass der Betroffene/die Betroffene spätestens **bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Einsprache** gegen die Kündigung erhebt (Art. 336b OR).

Kommt eine Einigung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zustande, so hat die Partei, welche eine Entschädigung geltend machen will, **innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Klage anhängig zu machen**. Andernfalls gilt der Anspruch als verwirkt. Die Frist von 180 Tagen kann auch mit Zustimmung der Gegenpartei nicht verlängert werden.

## 9.5.2. Kündigung zur Unzeit

### 9.5.2.1. Durch den Arbeitgeber (Art. 336c OR)

**Nach Ablauf der Probezeit** darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen:

- a) während **Militär- oder Schutzdienst oder Schweizerischem Zivildienst** sowie, sofern die Dienstleistungen mehr als 11 Tage dauert, zusätzlich
  - 4 Wochen vorher und 4 Wochen nachher;
- b) während **unverschuldeter Abwesenheit** zufolge Krankheit und Unfall, und zwar:
  - im 1. Dienstjahr während 30 Tagen
  - im 2. - 5. Dienstjahr während 90 Tagen
  - ab dem 6. Dienstjahr während 180 Tagen
- c) während **Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft**
- d) während Dienstleistungen im Rahmen einer **Hilfsaktion des Bundes im Ausland**.

### 9.5.2.2. Durch den Arbeitnehmer (Art. 336d OR)

Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, wenn ein Vorgesetzter, dessen Funktion er/sie auszuüben vermag, oder der Arbeitgeber selber infolge Militärdienstes von mehr als 11 Tagen Dauer, an der Arbeit verhindert ist und der Arbeitnehmer dessen Tätigkeit während der Verhinderung (als Stellvertreter) zu übernehmen hat (Art. 336d OR).

### 9.5.2.3 Folgen der Kündigung zur Unzeit (Art. 336c Abs. 2 und 3, 336d Abs.2)

Eine Kündigung durch den Arbeitgeber wie auch durch den Arbeitnehmer, die **während dieser Sperrfristen** ausgesprochen wird, ist **nichtig** und lässt das Arbeitsverhältnis nicht enden. Der Arbeitgeber hat das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Sperrfrist erneut zu kündigen unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist.

Ist dagegen die Kündigung **vor der Sperrfrist** erfolgt, aber bei Beginn der Sperrfrist noch nicht abgelaufen, so wird die Kündigungsfrist während der Dauer der Sperrfrist **unterbrochen** und nach Ablauf der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR). Lappt die so verlängerte Kündigungsfrist in einen neuen Monat, so verlängert sich die Kündigungsfrist noch bis zum Ende dieses neuen Monats.



**Beispiel:**

*Einem Arbeitnehmer im ersten Dienstjahr wird am 30. Juni unter Einhaltung der Kündigungsfrist von einem Monat per 31. Juli gekündigt. Am 14. Juli wird er krank und fehlt 10 Tage. Die Kündigungsfrist wird vom 14. Juli bis 24. Juli unterbrochen. Die 10 Tage werden hinten angehängt, d.h. vom 1. August bis 10. August. Da nur auf Ende eines Monats gekündigt werden kann, endet die Kündigungsfrist also erst am 31. August.*

Beginnt eine Krankheit im 1. Dienstjahr und dauert in das 2. Dienstjahr fort, also bei **Dienstjahreswechsel** während der Krankheit, so gilt die längere Sperrfrist des 2. Dienstjahres, jedoch ab Beginn der Krankheit im 1. Dienstjahr.

Jede **neue Krankheit**, resp. jeder neue Unfall, die nicht miteinander zusammenhängen, lösen eine **neue Sperrfrist** aus. Dies gilt auch bei mehreren verschiedenen Hinderungsgründen wie z.B. zuerst Militärdienst, dann Krankheit. Ein **Rückfall** gilt jedoch als gleicher Grund und ist bei der früheren Krankheit oder den Unfalleistungen anzurechnen. Tritt innerhalb der verlängerten **Nachfrist** eine neue Arbeitsunfähigkeit auf, wird keine neue Sperrfrist ausgelöst.

Die **Sperrfristen** für die Kündigung sind klar **auseinander zuhalten** von der Dauer der **Lohnfortzahlungspflicht** des Arbeitgebers.

**Beispiel:**

*Eine Mutter darf gemäss Arbeitsgesetz nach der Geburt während 8 Wochen nicht arbeiten und es darf ihr noch während 16 Wochen nicht gekündigt werden. Ihr Lohnfortzahlungsanspruch gemäss Mutterschaftsversicherung dauert maximal 14 Wochen nach der Geburt.*

Art. 336c OR gehört zu den relativ zwingenden Vorschriften und kann deshalb zugunsten der Arbeitnehmenden abgeändert werden.

Kündigt der Arbeitnehmende selbst sein Arbeitsverhältnis, kommen die Sperrfristen nicht zur Anwendung (ausser der Spezialsperrfrist bei Stellvertretung in Art. 336d OR).

## **9.6. Auflösung durch gegenseitige Vereinbarung**

Es steht ArbeitnehmerInnen und Arbeitgebern frei, das Arbeitsverhältnis jederzeit per sofort oder auf einen im voraus bestimmten Zeitpunkt durch Vereinbarung aufzulösen, sofern die Beendigung für die Arbeitnehmerseite Vorteile oder jedenfalls keine Nachteile bringt.. Das ursprünglich auf unbestimmte oder auf längere Dauer abgeschlossene Arbeitsverhältnis endet dann auf diesen Zeitpunkt.

## 9.7. Fristlose Kündigung

Mit Rücksicht auf das besondere Vertrauensverhältnis, welches im Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien herrschen muss, bietet das Gesetz die Möglichkeit der fristlosen Auflösung des Vertrages.

Beide Parteien können das Arbeitsverhältnis jederzeit - auch während der Sperrfristen - fristlos auflösen, wenn dem Kündigenden die **Fortsetzung des Verhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann** (Art. 337 OR).

Die fristlose Auflösung muss auf Verlangen der Gegenpartei - wie jede Kündigung - schriftlich begründet werden.

Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist **sofort nach Bekanntwerden des Grundes** zu erklären. Die von der Gerichtspraxis anerkannten Bedenkfristen sind sehr kurz.

Notwendige Voraussetzung einer ausserordentlichen Kündigung ist das Vorliegen eines **wichtigen Grundes**. Das Gesetz verzichtet auf eine beispielhafte oder abschliessende Aufzählung der wichtigen Gründe. Es enthält hingegen eine Generalklausel:

„Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR).“

**Unzumutbar** wird die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, wenn die **wesentliche Vertrauensgrundlage** zerstört oder so erschüttert worden ist, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist. Wann dies der Fall ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin, der Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses sowie von der Art und Schwere der Vorwürfe.

### **Beispiel:**

*Trunkenheit eines Chauffeurs ist von ganz anderer Bedeutung als diejenige eines Gärtners.*

Als Gründe für eine fristlose Entlassung seitens des Arbeitgebers anerkennt die Praxis etwa:

- Straftaten zum Nachteil des Arbeitgebers sowie zum Nachteil von MitarbeiterInnen;
- Beharrliche Arbeitsverweigerung trotz Verwarnung und Androhung der Entlassung;
- Eigenmächtiger Bezug von Ferien;
- Grob unanständiges Verhalten gegenüber Vorgesetzten, MitarbeiterInnen oder KundInnen;
- Unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit (Blaumachen, Krankfeiern) trotz Verwarnung und Androhung der Entlassung;
- Dauernde Unpünktlichkeit trotz Verwarnung und Androhung der Entlassung.

Von der Praxis anerkannte Gründe zum fristlosen Verlassen der Arbeitsstelle durch den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin sind etwa:

- Beschimpfungen und Tätlichkeiten durch den Arbeitgeber;
- unzumutbares Arbeitsklima ohne dass der Arbeitgeber eingreift;
- Vorhalten von Vorstrafe in Gegenwart von Drittpersonen;
- Kränkungen und Belästigungen durch MitarbeiterInnen ohne Einschreiten des Arbeitgebers;
- Gefährdung durch mangelnde Sicherheitsvorkehrungen;
- Schicksalsschlag (Tod in der Familie, schwere Krankheit des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin);
- Erhalt von Weisungen zu sitten- oder rechtswidrigem Tun.

Ist ein Grund nicht derart schwerwiegend, dass er die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht, aber trotzdem von solcher Tragweite, dass das Vertrauensverhältnis gestört wird, so bedarf es einer **Verwarnung und einer Androhung der fristlosen Entlassung**, damit ihm Wiederholungsfall eine fristlose Entlassung ausgesprochen werden kann. Es empfiehlt sich aus Beweisgründen sowohl die Verwarnung als auch die Androhung der Entlassung schriftlich auszusprechen.

#### 9.7.1. Folgen **gerechtfertigter** fristloser Kündigung

Hat sich eine Partei vertragswidrig verhalten und ist deshalb die fristlose Auslösung des Vertragsverhältnisses gerechtfertigt, so hat die entlassene Partei **Schadenersatz** zu leisten, unter Berücksichtigung aller aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Forderungen (Art. 337b OR).

Als Schaden gelten alle finanziellen Nachteile, die kausal aus der berechtigten fristlosen Auflösung entstehen. Liegt das Verschulden beim Arbeitnehmer/bei der Arbeitnehmerin, so hat der Arbeitgeber Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses. Darunter fallen der nicht erzielte Gewinn wegen Wegfallens der Arbeitskraft, die Mehrzahlung für Überstunden anderer ArbeitnehmerInnen, oder die Mehrkosten eines temporären Ersatzes. Liegt das Verschulden beim Arbeitgeber, so kommt die Schadensberechnung weitgehend auf dasselbe heraus, wie bei der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung.

#### 9.7.2. Folgen **ungerechtfertigter** fristloser Kündigung

##### 9.7.2.1. Ungerechtfertigte fristlose Entlassung

Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos und ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf **Entlöhnung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist** bzw. bis zum Ablauf der festen Dauer des Arbeitsverhältnisses (Art. 337c Abs. 1 OR).

Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin muss sich anrechnen lassen, was er/sie anderweitig verdient hat oder hätte verdienen können.

**Zusätzlich** kann der Richter eine **Entschädigung** festsetzen, die wiederum maximal 6 Monatslöhne betragen darf.

Das Arbeitsverhältnis endet aber faktisch und rechtlich mit dem Empfang der fristlosen Kündigung.

#### 9.7.2.2. Ungerechtfertigtes fristloses Verlassen der Arbeitsstelle

Verlässt der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin die Stelle ohne wichtigen Grund fristlos oder tritt er/sie die Stelle ohne wichtigen Grund gar nicht an, wird er/sie **schadenersatzpflichtig**.

Art. 337d OR sieht eine **pauschalisierte Entschädigung von ¼ Monatslohn** vor. Darüber hinausgehender Schaden ist - soweit bewiesen - ebenfalls durch den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin zu ersetzen. Umgekehrt ist eine Reduktion der pauschalisierten Entschädigung nach Ermessen des Richters möglich, wenn dem Arbeitgeber nachweislich gar kein oder geringerer Schaden entstanden ist.

Wenn die Schadenersatzpauschale nicht mit einem Lohnguthaben verrechnet werden kann, muss der Arbeitgeber sie innert 30 Tagen seit dem Nichtantritt oder dem Verlassen der Stelle geltend machen. Gleiches gilt für den weiteren Schadenersatz. Bei Versäumen dieser Frist gilt der Anspruch als verwirkt.

### 9.8. Auflösung durch Tod

#### 9.8.1. Tod des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin

Mit dem Tod der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers erlischt das Arbeitsverhältnis (Art. 338 Abs. 1 OR).

Der Arbeitgeber hat jedoch den Lohn weiter zu entrichten, wenn der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin einen Ehegatten oder minderjährige Kinder oder sonstige Personen hinterlässt, die er/sie unterstützt hat.

Diese Fortzahlungspflicht dauert:

- **Im 1. - 5. Dienstjahr 1 Monat**
- **ab dem 6. Dienstjahr 2 Monate**

#### 9.8.2. Tod des Arbeitgebers

Mit dem Tod des Arbeitgebers endet das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht. Es geht auf die ErblInnen des Arbeitgebers über (Art. 338a Abs. 1 OR).

Ist das Arbeitsverhältnis wesentlich mit Rücksicht auf die Person des Arbeitgebers eingegangen worden (zum Beispiel PrivatsekretärIn, PflegerIn), so erlischt es mit dessen Tod. Jedoch kann der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin angemessenen Schadenersatz für die vorzeitige Beendigung fordern (Art. 338a Abs. 2 OR).

## 9.9. Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### 9.9.1. Fälligkeit aller Forderungen

Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden grundsätzlich alle Forderungen aus dem Verhältnis fällig (Art. 339 Abs. 1 OR).

Für Provisionsforderungen kann die Fälligkeit durch schriftliche Abrede hinausgeschoben werden, da solche Forderungen oft erst aufgrund von Abschlüssen berechnet werden können (Art. 339 Abs. 2 OR).

### 9.9.2. Rückgabepflichten

Arbeitgeber und ArbeitnehmerInnen haben einander alles herauszugeben, was sie voneinander oder von Dritten für die Dauer des Arbeitsverhältnisses erhalten haben (Arbeitsgeräte, Unterlagen, Dienstfahrzeuge, etc; Art. 339a OR).

### 9.9.3. Abgangsentschädigung

Endigt das Arbeitsverhältnis eines **mindestens 50 Jahre alten** Arbeitnehmers **nach 20 oder mehr Dienstjahren**, so ist eine Abgangsentschädigung auszurichten (Art. 339b Abs. 1 OR).

Beim Tod der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers sind der Ehegatte, die minderjährigen Kinder, oder die unterstützten Personen anspruchsberechtigt (Art. 339b Abs. 2 OR).

Die Höhe der Abgangsentschädigung kann vertraglich abgemacht sein oder vom Gericht im Rahmen von **2 bis 8 Monatslöhnen** festgelegt werden. Anzurechnen sind Freizügigkeitsleistungen aus Personalfürsorgeeinrichtungen, soweit sie vom Arbeitgeber finanziert wurden (Art. 339d OR). Da die berufliche Vorsorge per 1. Januar 1985 obligatorisch erklärt worden ist, sind mittlerweile die Abgangsentschädigungen meist kleiner, als die von den Arbeitgebern finanzierten Anteile der Freizügigkeitsleistung. Die Abgangsentschädigung verliert deshalb mehr und mehr an Bedeutung.

Das freie Ermessen erlaubt dem Gericht die konkreten Umstände wie Dauer des Arbeitsverhältnisses, Alter, persönliche und finanzielle Verhältnisse der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers sowie die finanzielle Situation des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist es jedoch zu begrüssen, dass die Gerichtspraxis Skalen mit nach Lebens- und Anstellungsjahren gleichmässig

ansteigenden Entschädigungen entwickelt hat, die zwar nicht in der ganzen Schweiz einheitlich angewendet werden, doch immerhin die Unterschiede reduzieren.

## 10. KONKURRENZVERBOT

(Art. 340 - 340c OR)

Während des Arbeitsverhältnisses ergibt sich das Verbot, den Arbeitsgeber zu konkurrenzieren, aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin (Art. 321a OR). Aus Art. 321a Abs. 4 OR ergibt sich auch, dass der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Verschwiegenheit in Bezug auf geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse verpflichtet ist.

Soll es dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin untersagt sein, während einer bestimmten Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses konkurrenzierend tätig zu sein, so muss dies **ausdrücklich schriftlich vereinbart** werden.

### 10.1. Voraussetzungen des Konkurrenzverbotes

Insgesamt müssen nach Art. 340 OR vier Voraussetzungen erfüllt sein:

- Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin muss **handlungsfähig** sein;
- Die Konkurrenzklausel muss **schriftlich** vereinbart werden;
- Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin muss **Einblick** in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse haben;
- Erhebliche **Schädigungsmöglichkeit** durch Verwendung dieser Kenntnisse.

**Handlungsfähig** ist, wer **mündig** (ab 18. Lebensjahr) und **urteilsfähig** (Fähigkeit, vernunftsgemäss zu handeln) ist (Art. 13 ZGB). Lehrlinge können demnach keine Konkurrenzklauseln unterzeichnen. Für den Lehrvertrag werden die Konkurrenzklauseln ausdrücklich als nichtig erklärt (Art. 344a Abs. 6 OR).

Die Konkurrenzklausel muss vom Arbeitnehmer/von der Arbeitnehmerin **eigenhändig unterschrieben** sein. Konkurrenzverbote in allgemeinen Anstellungsreglementen können nur dann Bestand haben, wenn sie ausdrücklich in den Einzelarbeitsvertrag integriert und dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin **nachweisbar zur Kenntnis** gebracht worden sind. Eine Konkurrenzklausel darf **nicht ungewöhnlich** sein.

**Einblick in den Kundenkreis** hat nur, wer aufgrund seiner Tätigkeit die Möglichkeit hat Kunden kennen zu lernen und in persönliche Beziehung mit Ihnen zu treten. Nicht der Name der Kunden, **sondern die Beziehung zu ihnen** wird geschützt.

**Fabrikationsgeheimnisse** sind alle einen Fabrikationsvorgang betreffenden Tatsachen, die weder offenkundig, noch allgemein zugänglich sind und an denen der Arbeitgeber ein **berechtigtes Interesse der Geheimhaltung** hat. Erworbene Branchenkenntnisse fallen nicht darunter.

**Geschäftsgeheimnisse** sind Tatsachen, die die kaufmännische Organisation und den kaufmännischen Verkehr des Unternehmens betreffen.

## 10.2. Beschränkung des Konkurrenzverbotes

Das Konkurrenzverbot darf nicht weitergehen, als es die berechtigten Interessen des Arbeitgebers erfordern und muss deshalb beschränkt werden:

- **in zeitlicher Hinsicht:**  
Grundsätzlich nicht mehr als 3 Jahre;
- **in örtlicher Hinsicht:**  
Klare geographische Umgrenzung;
- **in gegenständlicher Hinsicht:**  
Art der vom Verbot erfassten Tätigkeit muss umschrieben werden.

Die maximale zeitliche Ausdehnung der Konkurrenzklausel entspricht dem Zeitpunkt, während welchem der Arbeitgeber ein erhebliches Interesse hat. Es darf unter besonderen Umständen 3 Jahre überschreiten. Dies ist dann der Fall, wenn die Verwertung von Fabrikationsgeheimnissen und Fabrikationsverfahren auch nach Ablauf von 3 Jahren den Arbeitgeber noch erheblich schädigen könnten.

Die grösstmögliche örtliche Ausdehnung liegt im Wirkungskreis des Unternehmens, zu dessen Schutz das Konkurrenzverbot vereinbart wurde.

## 10.3. Folgen der Übertretung des Konkurrenzverbotes

Eine Übertretung des Konkurrenzverbotes führt - alternativ oder kumulativ - zu folgenden Verpflichtungen (Art. 340b OR):

- **Schadenersatzpflicht**
- **Bezahlung einer Konventionalstrafe**
- **Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes**

Bei der Berechnung des Schadens kommen die allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechtes zur Anwendung.

Die Konkurrenzklausel kann durch eine Konventionalstrafe gesichert werden, die bei der Übertretung geschuldet wird. Das Gericht kann eine übermässig hohe Konventionalstrafe nach seinem Ermessen herabsetzen. Entscheidend ist das Verhältnis zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Arbeitgebers an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes, die Schwere des Verschuldens des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin sowie dessen/deren wirtschaftliche Lage.

Falls **ausdrücklich und schriftlich verabredet**, kann der Arbeitgeber neben der **Konventionalstrafe** und dem **Ersatz weiteren Schadens** die **Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes** verlangen. Wenn nichts schriftlich verabredet ist, gibt es nur Schadenersatz (**Art. 340b OR**).



#### **10.4. Wegfall des Konkurrenzverbotes**

Das Konkurrenzverbot fällt weg, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein Interesse hat, weil eine Schädigungsgefahr nicht mehr besteht (Art. 340c OR).

Das Verbot fällt ferner dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin dazu begründeten Anlass gegeben hat.

Schliesslich fällt das Konkurrenzverbot auch weg, wenn der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin das Arbeitsverhältnis kündigt, der Arbeitgeber dazu aber einen begründeten Anlass geliefert hat.

## 11. ABLAUF EINFACHER RECHTSVERFAHREN, VORGEHEN, INSTANZEN

### 11.1. Zuständigkeit

Wahlweise gilt der Gerichtsstand des **Wohnsitzes/Sitzes** oder des **Arbeitsortes** der beklagten Partei. Nach dem Gerichtsstandsgesetz (Art. 24, in Kraft seit 1.1.2001) genügt für den Gerichtsstand des Arbeitsortes der effektive Arbeitsort. Anstelle des Gerichtsstandsgesetzes sowie Art. 343 OR trat am 1. Januar 2011 die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft, welche die 26 unterschiedlichen kantonalen ZPOs ersetzt:

Art. 34 Arbeitsrecht

1Für arbeitsrechtliche Klagen ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig.

2Für Klagen einer stellensuchenden Person sowie einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers, die sich auf das Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989<sup>13</sup> stützen, ist zusätzlich das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung der vermittelnden oder verleihenden Person, mit welcher der Vertrag abgeschlossen wurde, zuständig.

#### **Beispiel:**

*Eine Firma mit Hauptsitz in Bern hat eine Niederlassung in Fribourg. Der Arbeitnehmer, der in dieser Niederlassung gearbeitet hat, kann auch dort klagen.*

*Eine Baufirma hat ihren Sitz in Bern und arbeitet auf einer Baustelle in Fribourg. Der Arbeiter kann nicht in Fribourg klagen.*

### 11.2. Verfahren

#### 11.2.1. Streitwert

Die Kantone müssen schon bisher nach Art. 343 OR und nun neu auch nach der Schweizerischen ZPO ein spezielles Gerichtsverfahren für Streitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen einführen, soweit der **Streitwert nicht über Fr. 30'000.--** steigt.

Art. 113 Schlichtungsverfahren

1Im Schlichtungsverfahren werden keine Parteientschädigungen gesprochen. Vorbehalten bleibt die Entschädigung einer unentgeltlichen Rechtsbeistandin oder eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes durch den Kanton.

2Keine Gerichtskosten werden gesprochen in Streitigkeiten:

- a. nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995<sup>23</sup>;
- b. nach dem Behindertengleichstellungsgesetz vom 13. Dezember 2002<sup>24</sup>;
- c. aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus

landwirtschaftlicher Pacht;

d. aus dem Arbeitsverhältnis sowie nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom

6. Oktober 1989<sup>25</sup> bis zu einem Streitwert von 30000Franken;

e. nach dem Mitwirkungsgesetz vom 17.Dezember 1993<sup>26</sup>;

f. aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz vom 18.März 1994<sup>27</sup> über die Krankenversicherung.

Art. 114 Entscheidverfahren

Im Entscheidverfahren werden keine Gerichtskosten gesprochen bei Streitigkeiten:

a. nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24.März 1995<sup>28</sup>; b. nach dem Behindertengleichstellungsgesetz vom 13. Dezember 2002<sup>29</sup>;

c. aus dem Arbeitsverhältnis sowie nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom

6. Oktober 1989<sup>30</sup> bis zu einem Streitwert von 30000Franken;

d. nach dem Mitwirkungsgesetz vom 17.Dezember 1993<sup>31</sup>;

e. aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz vom 18.März 1994<sup>32</sup> über die Krankenversicherung.

Dieses Schlichtungs- und Gerichtsverfahren muss:

- einfach
- rasch und
- kostenlos sein.

Der Streitwert darf im Moment, in dem die Klage rechtshängig wird, Fr. 30'000.—nicht überschreiten. Eine allfällige Widerklage wird in Abweichung von sonstigem Recht nicht hinzugezählt. Wird der Streitwert während des Verfahrens erhöht, so muss das Verfahren nicht mehr rasch, einfach und kostenlos sein. Bei Streitigkeiten nach Gleichstellungsgesetz und Mitwirkungsgesetz gilt die Kostenlosigkeit unabhängig vom Streitwert, also auch über 30'000 Franken.

Der Streitwert bemisst sich nach den Bruttolöhnen, also vor allen Abzügen.

**Anmerkung:**

Nach Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind Zeugnisprozesse vermögensrechtlicher Natur. Es ist aber schwierig, einem Zeugnis einen Streitwert zuzuordnen. Im Kanton Zürich gehen die Gerichte in der Regel von einem Monatslohn aus, falls die Parteien den Streitwert nicht übereinstimmend selbst beziffern.

### 11.2.2. Einfaches, rasches und kostenloses Verfahren

Der Bundesgesetzgeber definiert neu generell, dass die Verfahren bis 30'000 Franken einfach und schnell durchgeführt werden müssen (Art. 243 ZPO).

Der Richter hat aber bei der Bewilligung von Verschiebungs- und Erstreckungsgesuchen Zurückhaltung zu üben. Mit der Vorladung sind geeignete Nachteile bei Nichterscheinen anzudrohen. Viele Kantone behelfen sich mit der Einführung von Sondergerichten, um dem Gebot des einfachen Verfahrens nachzukommen. In solchen Gerichten sitzen regelmässig auch Laien, d.h. Arbeitnehmer- und ArbeitgebervertreterInnen.

Das Verfahren ist bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.— kostenlos und zwar durch alle Instanzen hindurch. Das bedeutet, dass keine Gerichtskosten auferlegt werden dürfen. Die anwaltliche Vertretung ist darin aber nicht inbegriffen. Eine Partei, die sich anwaltlich vertreten lässt, muss das Honorar selbst bezahlen und auch der Gegenpartei eine

Prozessentschädigung für die Kosten ihrer anwaltlichen Vertretung leisten, falls sie unterliegt.

### 11.2.3. Vertretung vor Gericht

Das Obligationenrecht macht keinerlei Vorschriften bezüglich der Vertretung vor Gericht. Grundsätzlich ist also die anwaltliche Vertretung vom Bundesgesetz her nicht verboten. Einzelne Kantone lassen aber die Vertretung bei Prozessen bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- nicht zu. Nach der neuen ZPO ist nun die Vertretung durch einen Anwalt in Arbeitsstreitigkeiten generell zulässig.

## 11.3. Instanzenweg im Kanton Zürich

Der Kantonsrat kann auf Antrag einer oder mehrerer Gemeinden für deren Gebiet ein Arbeitsgericht einführen (§ 8 Gerichtsverfassungsgesetz). Der Kanton Zürich hat in den Städten Zürich und Winterthur solche spezialisierten Fachgerichte eingerichtet.

Das Arbeitsgericht wird für jede Sitzung mit einem Präsidenten und je einem Richter/einer Richterin aus der Gruppe der ArbeitnehmerInnen und der Arbeitgeber besetzt. Die ArbeitsrichterInnen werden nach Möglichkeit aus der Berufsrichtung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin beigezogen. So sollte gewährleistet sein, dass das Gericht über die nötige Branchenerfahrung und allenfalls notwendiges Fachwissen verfügt.

In Bezirken, die nicht über ein Arbeitsgericht verfügen, ist zuerst die Schlichtungsstelle und dann das Bezirksgericht zuständig.

Entscheide der ersten Instanz können an das Obergericht des Kantons Zürich und anschliessend an das Bundesgericht in Lausanne weitergezogen werden. Die Rechtsmittelmöglichkeit ist jedoch abhängig vom Streitwert der Klage.

## 12. Internationales Arbeitsrecht

Gemäss Wegleitung benötigen die Studierenden im Fach Internationales HR-Management Grundkenntnisse über zentrale Unterschiede zwischen dem schweizerischen Arbeitsrecht gegenüber den EU-Nachbarstaaten (z.B. Kündigungsfreiheit, Organisationsfreiheit in CH, Nachbarstaaten strenger Kündigungsschutz und hoher Organisationsgrad der Gewerkschaften und Arbeitnehmerverbände in Betriebsräten u.ä.)

### 12.1. Arbeitsrecht in EU-Staaten: Beispiel Bundesrepublik Deutschland

#### Arbeitsrecht Deutschland

Quelle: Zusammenstellung von RA Claudia Eugster, Zürich

In Deutschland wird ebenfalls zwischen dem Individualarbeitsrecht sowie dem Kollektivarbeitsrecht unterschieden, wobei dem kollektiven Arbeitsrecht ein bedeutend höheres Gewicht eingeräumt wird.

Das Arbeitsrecht ist sehr unübersichtlich und es besteht – obwohl dies der Einigungsvertrag BRD/DDR vorsieht - bis heute kein einheitliches Gesetzbuch der Arbeit sondern vielmehr eine grosse Zahl an Einzelgesetzen, welche punktuelle Probleme regeln, sowie in vielen Bereichen Richterrecht.

Infolge der Zugehörigkeit der Bundesrepublik Deutschland zur Europäischen Union (EU) haben die EU-Richtlinien (Mindestbedingungen) zunehmend an Bedeutung gewonnen. Stehen die **EU-Richtlinien im Widerspruch zum innerstaatlichen Recht**, haben **erstere Vorrang**.

#### **Arbeitsvertragsrecht / Individualarbeitsrecht in Deutschland**

Die Eckpfeiler sind im Dienstvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) geregelt. Hinzu kommen diverse Spezialgesetze, z.B:

Gesetz Allgemeine arbeitsvertragliche Grundsätze vom 24. August 2002

Handelsgesetzbuch

Arbeitsschutzgesetz vom 7. August 1996 (technischer und sozialer Schutz) sowie Arbeitszeitgesetz

Nachweisgesetz (ähnlich Art. 330b OR)

Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz vom 14. Juni 2006

Arbeitsplatzschutzgesetz (bei Einberufung zum Wehrdienst)

Arbeitsgerichtsgesetz (Verfahrensrecht)

Nachfolgend einige Spezialgesetze bzw. Regelungen, welche von der schweizerischen Rechtsordnung wesentlich abweichen

### **Teilzeit- und Befristungsgesetz / Altersteilzeitgesetz vom 23. Juli 1996**

Teilzeitmitarbeitende dürfen ohne sachlichen Grund nicht schlechter gestellt werden, z.B. betreffend Lohn, und es besteht ein Anspruch auf Teilzeitarbeit.

Bis zur Dauer von zwei Jahren ist eine Befristung zulässig, wobei innerhalb dieses Zeitraumes maximal eine dreimalige Verlängerung zulässig ist. Eine Befristung über zwei Jahre ist nur möglich, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Die Befristung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Fehlt es an der Schriftform oder dem sachlichen Grund, ist die Befristung unwirksam und der Arbeitsvertrag gilt als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Fehlt es am sachlichen Grund, darf der Arbeitgeber jedoch das Arbeitsverhältnis frühestens auf den vereinbarten Zeitpunkt kündigen. Die Rechtsunwirksamkeit ist vom Arbeitnehmer innert drei Wochen durch Klage geltend zu machen.

Das Altersteilzeitgesetz ermöglicht einen gleitenden Übergang in den Ruhestand.

### **Auflösung des Arbeitsvertrags / Kündigungsschutzgesetz in Deutschland**

Währenddem die Kündigung im BGB geregelt ist, gibt es für den Kündigungsschutz ein separates Gesetz. Die Kündigungsfreiheit wird stärker eingeschränkt als bei uns.

Die Kündigung und auch der Auflösungsvertrag müssen schriftlich erfolgen, ansonsten sie ungültig sind.

Das Kündigungsschutzgesetz – welches auch auf Änderungskündigungen anwendbar ist - gilt für Betriebe mit mehr als 10 Mitarbeitern und gewährt dem Arbeitnehmer einen Bestands- und Vertragsinhaltsschutz. Hat das Arbeitsverhältnis ohne Unterbruch mehr als 6 Monate gedauert, ist die **Kündigung rechtsunwirksam**, wenn sie sozial nicht gerechtfertigt ist. Gerechtfertigt ist die Kündigung nur infolge schlechter Leistung bzw. ungenügendem Verhalten des Arbeitnehmers oder bei dringendem betrieblichem Erfordernis. Im letztern Fall hat die Auswahl der Mitarbeiter nach den folgenden sozialen Kriterien zu erfolgen: Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung. Die ordentliche oder fristlose Kündigung ist zudem unwirksam, wenn sie ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats ausgesprochen wird. Mitglieder eines Betriebsrates oder einer Personalvertretung können während dem Amt sowie während eines Jahres nach Beendigung des Amtes nur bei Vorliegen eines fristlosen Kündigungsgrundes gekündigt werden.

Der Arbeitnehmer muss innert drei Wochen nach Zugang der Kündigung Feststellungsklage beim Arbeitsgericht einreichen und geltend machen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Wird die Klage gutgeheissen, kommt es zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

### **Mutterschutzgesetz in Deutschland**

Die Arbeitnehmerin hat Anspruch auf Freistellung von der Arbeit in den letzten 6 Wochen vor der Geburt bis zum Ablauf von 8 bzw. 12 Wochen nach der Geburt sowie Gewährung von Stillzeit. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, neben dem Mutterschaftstaggeld der Krankenversicherung einen Zuschuss zu bezahlen und während der Stillzeit das Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Während der Schwangerschaft und 4 Monate nach der Niederkunft besteht ein absoluter Kündigungsschutz, d.h. auch eine fristlose Kündigung ist nicht möglich.

### **Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz vom 5. Dezember 2006 in Deutschland**

Das Bundeselterngeld wird von der Geburt bis zur Vollendung des 14. Monats, wobei ein Elternteil höchstens 12 Monate beziehen kann, ausbezahlt. Zusätzlich besteht ein Anspruch auf Elternzeit bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres. Es besteht unter gewissen Voraussetzungen Anspruch auf Teilzeitarbeit sowie nach Ablauf der Elternzeit das Recht auf Rückkehr an den Arbeitsplatz zur alten Arbeitszeit. Zudem darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ab Verlangen und während der Elternzeit nicht kündigen (besonderer Kündigungsschutz).

### **Kollektives Arbeitsrecht in Deutschland**

#### **Freiwilliger Zusammenschluss der Arbeitnehmer**

Im Grundgesetz (ähnlich der schweizerischen Bundesverfassung) ist die Koalitionsfreiheit, d.h. das Recht der Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber, sich zusammenzuschliessen, geregelt. Gemäss Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört dazu auch das Recht zum Streik der Arbeitnehmer bzw. zur Aussperrung durch die Arbeitgeber. Die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden schliessen Tarifverträge ab, welche ihre Grundlage im Tarifvertragsgesetz finden.

#### **Gesetzlich geregelter Zusammenschluss der Arbeitnehmer / Betriebsverfassungsgesetz in Deutschland**

Gesetzlich geregelt ist der tatsächliche Zusammenschluss der Arbeitnehmer eines Betriebs, nämlich im Betriebsverfassungsgesetz. Das Betriebsverfassungsgesetz sieht vor, dass ein Betriebsrat/Arbeitnehmervertretung zu schaffen ist, sobald ein Betrieb 5 wahlberechtigte Mitarbeiter ständig beschäftigt bzw. 3 davon wählbar sind.

Das Gesetz regelt die:

- Zusammensetzung und Wahl des Betriebsrats
- Amtszeit, Organisation und Geschäftsführung des Betriebsrats
- Betriebsversammlung der Arbeitnehmer (hat nur Vorschlagsrecht an Betriebsrat)

- Zusammenarbeit Betriebsrat/Arbeitgeber bzw. den Abschluss einer Betriebsvereinbarung sowie
- Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer, wobei diese bedeutend stärker als in der Schweiz ausgebaut sind.

Der Betriebsrat hat in der Gestaltung der Arbeitsplätze, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung, in personellen und sozialen Angelegenheiten und in wirtschaftlichen Angelegenheit Mitwirkungs- und/oder Mitbestimmungsrechte. So ist er z.B. vor jeder Kündigung anzuhören.

### **Mitbestimmungsgesetze in Deutschland**

Mitbestimmungsgesetz vom 4. Mai 1976: bei alle Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, welche mehr als 2000 Mitarbeiter beschäftigen, ist der Aufsichtsrat paritätisch mit Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter zusammen zu setzen.

Drittelbeteiligungsgesetz vom 18. Mai 2004: Für Unternehmen die mehr als 500 aber weniger als 2000 Mitarbeiter beschäftigen setzt sich der Aufsichtsrat aus 1/3 aus Arbeitnehmervertretern zusammen. Dieses Gesetz gilt nicht für Familienunternehmen.

Montan-Mitbestimmungsgesetz sowie Mitbestimmungsergänzungsgesetz: diese beiden gelten für den Bereich des Bergbaus sowie der Eisen - bzw. Stahl erzeugenden Industrie.

## **12.2. Arbeitsrecht in EU-Staaten: Beispiel Frankreich**

### **Arbeitsrecht und Sozialversicherung in Frankreich**

Quelle:

<http://www.connexion-emploi.com/de/a/arbeitsrecht-und-sozialversicherung-in-frankreich>

dans FICHES FRANCE

Das französische Arbeitsrecht kennt neben den Gesetzen, den Verordnungen und der Rechtsprechung eine Vielzahl von Tarifverträgen und Betriebsordnungen als Rechtsquellen. Angesichts großen Anzahl von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen ist bei jeder Erstellung von Arbeitsverträgen oder der Vornahme von Rechtshandlungen gegenüber Arbeitnehmern zunächst zu prüfen, ob und gegebenenfalls welcher Tarifvertrag Anwendung findet. Aus diesen Tarifverträgen ergeben sich häufig für Unternehmen ungünstige Regelungen zur Arbeitszeit, zu Kündigungsfristen und zu gegebenenfalls zu zahlenden Entschädigungen.

### **Arbeitsverträge in Frankreich**

Arbeitsverträge müssen in Frankreich grundsätzlich schriftlich geschlossen werden. Grundsätzlich müssen Arbeitsverträge in Frankreich unbefristet sein (contrat à durée indéterminée). Angesichts der Tatsache, dass Tarifverträge häufig maximale Probezeiten



von 3 Monaten vorsehen, stellt sich die Frage nach der Möglichkeit von befristeten Arbeitsverträgen (contrat à durée déterminée), um sich ggf. Entschädigungsfrei von Mitarbeitern wieder lösen zu können. Die Höchstdauer beträgt 18 Monate, unter gewissen Voraussetzungen auch 24 Monate.

Befristete Arbeitsverträge sind nur bei Vorliegen gesetzlich festgeschriebener Gründe zulässig. Die Möglichkeiten, für befristete Verträge zu optieren, sind im Gegensatz zum deutschen Recht erheblich seltener. So ist nur in folgenden typischen Fällen der Abschluss befristeter Verträge zulässig:

zeitlich begrenzter Ersatz eines unbefristet angestellten Arbeitnehmers (z. B. wegen Urlaubs, Unfalls oder Krankheit);

befristeter Personalmehrbedarf durch eine saisonale oder unvorhergesehene Mehrbelastung im Betrieb (Sonderschichten, Sonderprojekte).

Die Gründungs- und Aufbauphase für deutsche Unternehmen, die in Frankreich einen Vertrieb neu aufbauen wollen, gilt dabei nicht als Mehrbelastung, so dass es solchen Unternehmen in aller Regel untersagt ist, jedenfalls aus diesem Grunde befristete Arbeitsverträge zu schließen.

Der Abschluss befristeter Verträge ist insbesondere nicht zulässig in Fällen gesundheitsgefährdende Tätigkeiten, in Fällen von Streiks oder bei dauerhaftem Ersatz unbefristet angestellter Arbeitnehmer.

Seit August 2005 können Arbeitsverträge allerdings bei kleineren Betrieben unter 20 Mitarbeitern unter Bestimmten Bedingungen ohne Begründung innerhalb der ersten 24 Monate nach Vertragsabschluss gekündigt werden, wenn zuvor kein anderer Arbeitsvertrag mit dem Mitarbeiter bestand (so genannte contrat de nouvelle embauche). Gleichwohl diese Frage noch nicht gerichtlich geklärt ist, gehen wir davon aus, dass diese arbeitgeberfreundlichen Vorschriften auf für deutsche Unternehmen mit einer Belegschaft von über 20 Mitarbeitern in Deutschland gelten, sofern das Unternehmen in Frankreich unter 20 Mitarbeiter beschäftigt.

### **Arbeitszeit, Urlaub, Feiertage in Frankreich**

Das französische Arbeitsrecht sieht die 35-Stunden-Woche vor. Der Gesetzgeber hat angesichts der erheblichen praktischen Probleme allerdings zahlreiche Möglichkeiten vorgesehen, von dieser Höchstarbeitszeit abzuweichen. So können insbesondere Vereinbarungen getroffen werden, durch die Jahreskontingente für die Arbeitszeit geschaffen und diese mithin erheblich flexibilisiert wird. Leitende Angestellte sind gar von den Vorschriften zur Arbeitszeit ausgenommen. Überstunden sind mit gesetzlich festgeschriebenen Aufschlägen (25% bzw. 50%) zu vergüten.

Das französische Recht kennt auch einen Mindestlohn (SMIC). Dieser betrug im Jahr 2011 9 Euro brutto pro Stunde oder 1.385 € pro Monat brutto für 169 Stunden.

Arbeitnehmer haben grundsätzlich einen gesetzlichen Anspruch auf Urlaub von 5 Wochen pro Jahr. Grundsätzlich stehen damit dem Arbeitnehmer für jeden gearbeiteten Monat 2,5 Werktage Urlaub zu. In der Praxis nehmen die französischen Arbeitnehmer in der Regel 3 bis 4 Wochen Urlaub in den Monaten Juli oder August oder eine Woche am Jahresende bzw. zu Ostern. Auf Grund von Tarifvereinbarungen können einige Tage Zusatzurlaub anfallen.

## **Kündigung von Arbeitnehmern in Frankreich**

Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt das französische Recht keinen dem Kündigungsschutz vergleichbaren Differenzierungen zwischen großen und kleinen Unternehmen. **Der Kündigungsschutz ist grundsätzlich auf alle Mitarbeiter anwendbar**, sofern nicht ein Vertrag für neue Mitarbeiter (contrat de nouvelles embauches) geschlossen wurde. Im Unterschied zum deutschen Recht droht dem Arbeitgeber allerdings im Falle einer unberechtigten Kündigung keine Wiedereinstellung, sondern nur die Zahlung von Schadensersatz. Eine Kündigung von Arbeitnehmern ist damit nur zulässig, wenn die Kündigung begründet ist. Bei allen Verschiedenheiten oder Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer werden dabei durch Arbeitsgerichte entschieden.

In der Praxis ist dabei anzumerken, dass häufig jedenfalls in erster Instanz zu Gunsten der Arbeitnehmer entschieden wird, diese Urteile aber häufig in zweiter Instanz durch die Berufungsgerichte aufgehoben werden.

Zu dem häufigsten Fall der Individualkündigung kann gesagt werden, dass ein Arbeitnehmer sowohl aus wirtschaftlichen als auch aus personenbezogenen Gründen gekündigt werden kann. Kündigungen aus wirtschaftlichem Grund sind nur zulässig, wenn keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für den betroffenen Arbeitnehmer vorhanden ist. Wenn ein Unternehmen einen älteren Arbeitnehmer entlässt, muss der Arbeitgeber eine spezielle Abgabe zahlen (sog. contribution DELALANDE). Zu diesem Grundsatz gibt es allerdings zahlreiche Ausnahmen, insbesondere für den Fall, dass es sich um den ersten Arbeitnehmer über 50 Jahren handelt, der innerhalb der letzten 12 Monate entlassen wurde.

Der Arbeitgeber hat sich bei der Kündigung genau an die vorgeschriebenen Verfahrensgrundsätze zu halten. Diese weichen erheblich vom deutschen Recht ab, so dass es einen häufigen und folgenreichen Fehler darstellt, wenn das deutsche Unternehmen dem Arbeitnehmer ein einfaches deutsches Kündigungsschreiben übermittelt.

Vor Ausspruch der Kündigung muss der Arbeitnehmer zu einem Vorgespräch eingeladen werden, in dem dieser über die Absicht des Arbeitgebers informiert wird, ihn zu kündigen. In diesem Vorgespräch darf der Arbeitgeber nicht den Eindruck vermitteln, den Entschluss zur Kündigung bereits gefasst zu haben. Erst nach Ablauf einer gesetzlichen Frist nach diesem Vorgespräch kann dem Arbeitnehmer das schriftliche Kündigungsschreiben unter Angabe aller Gründe, die zu seiner Kündigung geführt haben, durch eingeschriebenen Brief mit Rückschein übermittelt werden. Im Falle der Kündigung eines Personalvertreters muss die vorherige Genehmigung durch das Arbeitsamt eingeholt werden.

## **Sozialversicherung in Frankreich**

Frankreich verfügt über ein nationales Sozialversicherungssystem für Arbeitnehmer. Die Sozialversicherung umfasst 5 verschiedene Bereiche: Krankenversicherung (einschl. Mutterschutz, Tod und Invalidität), Altersversorgung, Familienversorgung, Arbeitslosigkeit, Unfallversicherung. Das Sozialversicherungssystem wird durch Beiträge der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber finanziert. Darüber hinaus gewähren französische Unternehmen in der Regel freiwillige Krankenzusatzversicherungen (so genannte

mutuelles). Diese Zusatzleistungen variieren von Unternehmen zu Unternehmen und sind für die verschiedenen Arbeitnehmergruppen unterschiedlich.

Der Arbeitgeberanteil einer Sozialversicherung beträgt etwa 43 % der Bruttovergütung, der Arbeitnehmeranteil liegt bei ca. 23 % der Bruttovergütung.

Lockerung des Arbeitsrechtes in Frankreich geplant seit anfangs 2008, aber noch nicht durchgeführt

Quelle:

<http://www.handelsblatt.com/politik/international/frankreich-lockert-arbeitsrecht;1376719>

### 12.3. Internationale Arbeitsverträge

In internationalen Arbeitsverhältnissen wird häufig ein **Entsendungsvertrag** (bzw. andere Bezeichnungen wie Ex-patriats-Vertrag / Delegationsvertrag) und ein **lokaler Vertrag** verwendet. Der Entsendungsvertrag läuft nach den arbeitsvertraglichen Regeln und Gebräuchen im Entsendungsland. Der lokale Vertrag nimmt auf die landestypischen Spezialitäten im Einsatzland Bezug (z.B. längere Arbeitszeiten zugelassen, keine befristeten Verträge etc.). Schwierigkeiten entstehen bei Widersprüchen zwischen den beiden Verträgen (z.B. Entsendungsvertrag ist auf feste Dauer befristet, lokaler Vertrag hat Kündigungsfrist). Im **EU-Raum** bzw. im Geltungsbereich der **bilateralen Verträge** sind die Kollisionsfragen nach diesen Internationalen Rechtsgrundlagen oder dem nationalen Arbeitsrecht, auf welches verwiesen wird (in der Schweiz OR und ArG), zu lösen. **Ausserhalb der EU** sind diese Rechtsfragen aufgrund des internationalen Privatrechts (in der Schweiz IPRG) bzw. **Wortlauts** im Entsendungs- und lokalen Vertrag zu lösen. Z.B. Im Entsendungsvertrag wird eine klare Ziffer eingefügt, wonach dieser vor einem lokalen oder mündlich abgeschlossenen Vertrag **Vorrang** hat.

### 12.4. Internationale Zuständigkeit

Gemäss Art. 115 des des Internationalen Privatrechts (IPRG) sind für Klagen aus Arbeitsvertrag die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz der Beklagten oder am Ort zuständig, wo der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. (Abs. 1) Für Klagen des Arbeitnehmers sind überdies die schweizerischen Gerichte an seinem Wohnsitz oder an seinem gewöhnlichen Aufenthalt zuständig (Abs. 2). Abs. 1 deckt sich mit dem Gerichtsstandsgesetz und somit der Zuständigkeit am **Wohnsitz/Sitz/Arbeitsort der beklagten Partei** nach Schweizer Recht (siehe Kapitel 11.1). Abs. 2 gibt der Arbeitnehmerseite in internationalen Rechtsbeziehungen zudem ein Klagerecht an seinem Wohnsitz oder Aufenthaltsort.

1998/© Katharina Landolf

Okt.2011 Überarbeitung durch Judith Wissmann Lukesch