



# Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

## 1 Grundlagen

### 1.1 Rechtquellen

Sozialziele in BV 41 (reiner Programmartikel, es können keine Rechte daraus abgeleitet werden). Aus der marxischen Bewegung entstand das öffentliche Arbeitsrecht und im 1881 wurden 12 privatrechtliche Artikel zum Arbeitnehmerschutz im OR festgehalten.

Das Arbeitsrecht ist somit Teil des Sozialrechts (Art. 41 BV, Art. 62-64 BV, Art. 108-117 BV, Art. 122 BV), nebst dem Sozialversicherungsrecht, der Bildung, dem Sozialhilferecht/Asylwesen, dem Wohnungsbau und dem Mietrecht und Konsumentenschutz.

#### 1.1.1 Gliederung des Arbeitsrechts

Art. 110 BV regelt das öffentliche/kollektive Arbeitsrecht (Arbeitsschutzrecht). Daraus leitet sich das ArG, das Mitwirkungsgesetz, das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), das Gleichstellungsgesetz (GIG), das Entsendegesetz (EntsG), die Unfallverhütungsverordnung (VUV) und das Schwarzarbeitsgesetz (BGSA) ab.

Art. 122 BV verweist auf das Arbeitsvertragsrecht (Art. 319-362 OR) und IPR. Aufgrund Art. 173 Abs. 2 BV wurde das Bundespersonalgesetz erlassen. Die Koalitionsfreiheit in BV 28 bildet Grundlage für die Gesamt- und Normalarbeitsverträge.

Daneben gibt es internationale Rechtsquellen wie die Übereinkommen der ILO (International Labour Organisation), welche 1919 gegründet wurde und die Schweiz seit 1920 Mitglied ist. Sie ist seit 1946 eine Spezialorganisation der UNO. Ihr Ziel ist die Schaffung gerechter Arbeitsbedingungen. Die ILO-Übereinkommen entfalten landesrechtliche Wirkung, sofern sie ratifiziert werden und unmittelbar anwendbare (self-executing) Normen beinhalten. Die Schweiz hat aber viele Abkommen nicht ratifiziert.

Zudem gibt es auch UNO-Pakte. Diese sind aber oft non-self-executing. Schliesslich regelt das LugÜ die Zuständigkeit und Anerkennung bei internationalen Streitigkeiten im Arbeitsrecht.

#### 1.1.2 Hierarchie der Rechtsquellen

1. Stufe	BV und Völkerrecht von Verfassungsrang (EMRK)
2. Stufe	Int. Übereinkommen
3. Stufe	Zwingende Normen des Bundesrechts (ZGB 27, ArG, Sozialversicherungen) und Kantonales Recht (Mindestlöhne)

4. Stufe	Absolut zwingende Normen (OR 361) → beidseitig zwingend
5. Stufe	Relativ zwingende Normen (Art. 362 OR, GIG, OR 342 I b) → einseitig zwingend
6. Stufe	GAV (→ Günstigkeitsprinzip nach OR 357 II, OR 358, OR 361 f., gilt nur im Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag). GAV kann aber durch Öffnungsklauseln Abweichung zu Ungunsten der AN gestatten (OR 357 I)
7. Stufe	Betriebsordnungen (ArG 37 IV, ArG 38 II/III) → Günstigkeitsprinzip analog zu Art. 357 Abs. 2 OR → kann nicht durch NAV abgeändert werden, da dieser nur dispositives Recht setzt (OR 360 I)
8. Stufe	Einzelarbeitsverträge (→ Günstigkeitsprinzip nach Art. 357 Abs. 2 OR)
9. Stufe	NAV (OR 359 III, OR 360 I). Sind keine Verträge, sondern Gesetze. Enthalten Bestimmungen nach OR 359 I.
10. Stufe	Dispositives Arbeitsvertragsrecht (Gesetzesrecht)
6. Stufe	Weisungen, Reglemente, Hausordnungen des Arbeitgebers (OR 321d)

## 1.2 Internationale Arbeitsverhältnisse

Bei arbeitsrechtlichen Fragen mit grenzüberschreitendem SV kommt das IPRG zur Anwendung (z.B. bei Sitz des AG im Ausland, aber Arbeitsort in der CH).

### 1.2.1 Gerichtsstand/Zuständigkeit

- Rechtswahl (Art. 5 IPRG): freie schriftliche Vereinbarung des Gerichtsstandes, sofern einer Partei der CH-Gerichtsstand nicht missbräuchlich entzogen wird
- Besondere Gerichtsstandsbestimmungen in Art. 115 IPRG:
  - CH-Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder am Arbeitsort
  - CH-Gericht am Wohnsitz/Aufenthalt des AN (bei Klage durch AN)
  - CH-Gericht für Arbeits- und Lohnbedingungen von Entsandten
  - Nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ: Ort, an dem AN gewöhnlich seine Arbeit verrichtet und Ort der Niederlassung, die ihn eingestellt hat.

### 1.2.2 Anwendbares Recht

- Art. 121 Abs. 1 IPRG: AV untersteht Recht des Staates, an dem AN gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Erwerbortsprinzip)
- Art. 121 Abs. 2 IPRG: Wenn AN Arbeit in mehreren Staaten verrichtet: Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung oder der Wohnsitz/gewöhnlicher Aufenthalt des AG befindet.

- Bei Entsendung: Recht des Entsendestaates (gilt jedoch nur für Einzelvertragsverhältnisse, ArG gilt nur für Arbeitsorte in CH, nicht im Ausland, auch wenn CH-Recht auf AV anwendbar ist)
- Rechtswahl (Art. 121 Abs. 3 IPRG): Beschränkt auf gewöhnlicher Aufenthalt des AN (= befristeter Aufenthalt von längere Zeit, Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG) oder Sitz, Wohnsitz, Niederlassung oder gewöhnlicher Aufenthalt des AG.
- Rechtswahl und obj. Anknüpfungskriterien von Art. 121 Abs. 1 und 2 IPRG gelten nur unter Vorbehalt des ordre public (Art. 17 IPRG) und von zwingendem Recht mit besonderem Zweck (Art. 18 IPRG), z.B. ArG, GIG, Ferien/Löhne nur bei in die CH entstandenen Arbeitnehmern. ArG ist im Ausland nicht anwendbar.

### 1.3 Intertemporales Recht

- Kollisionsrecht (welches Recht gilt?) → Art. 1-50 SchIT ZGB
- Gilt überall dort wo Gesetzgeber keine Sonderbestimmungen erlassen hat.
- Regel der Nichtrückwirkung (Art. 1 SchIT ZGB): Wenn sich Tatsache unter Herrschaft des früheren Rechts verwirklicht hat, so gilt dieses auch wenn es aufgehoben wurde.
- Ausnahmen:
  - Wenn Bestimmung des neuen Rechts im Interesse der öffentlichen Ordnung oder aus Gründen der Sittlichkeit aufgestellt wurde (ordre public, Art. 2 SchIT ZGB)
  - Rechtsverhältnisse, deren Inhalt nicht durch Vertrag, sondern durch Gesetz umschrieben sind (Art. 3 SchIT ZGB)
  - Blosser Erwartungen, vage Hoffnungen auf Rechtserwerb oder Anwartschaften gelten nicht als wohlverworbene Rechte und halten demnach gegenüber dem neuen Gesetz das sie nicht anerkennt nicht stand (Art. 4 SchIT ZGB).

## 2 Der Einzelarbeitsvertrag

### 2.1 Elemente des Arbeitsvertrages (Art. 319 OR)

Ob ein AV vorliegt, bestimmt sich auf Grundlage der tatsächlichen Verhältnisse und objektiver Kriterien. Die begriffsnotwendigen Elemente des AV sind:

- **Arbeitsleistung:**
  - Jedes planmässige, regelmässige Verrichten einer körperlichen und geistigen Tätigkeit (nicht jedoch Tätigkeit zu unterlassen oder das Versprechen eine künftige Tätigkeit zu entfalten)
  - Der AN muss nur seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen und zum Arbeitseinsatz bereit sein (z.B. Arbeit auf Abruf/Pikettdienst oder auch Warten auf Arbeitseinsatz)

- Wille und Möglichkeit zum Einsatz von Arbeitskraft und das Zurverfügungstellen von Zeit und Präsenz
  - Ein Anspruch auf Beschäftigung besteht hingegen nicht, ausser bei individueller Zusicherung oder bei einem Interesse an der Aufrechterhaltung von berufsspezifischen Fertigkeiten (z.B. bei Sportlern, Musikern, Chirurgen) → Ausfluss aus dem Persönlichkeitsrecht auf wirtschaftliche Entfaltung nach ZGB 27.
- **Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation (Weisungsgebundenheit)**
- Abhängigkeitsverhältnis durch
    - Persönliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung
    - Organisatorische Eingebundenheit in die Arbeitsorganisation und Hierarchie des AG
    - Weisungsbefugnis des AG / Rechenschaftspflicht (OR 321d)
    - Wirtschaftliche Abhängigkeit vom AG
    - Grds. nicht freie Bestimmung des Arbeitsorts/Arbeitszeit
  - Wird grds. aufgrund Gesamtheit der Umstände im Einzelfall beurteilt
  - Für BGer sind Kriterien der wirtschaftlichen Abhängigkeit und Frage der Weisungsgebundenheit zentral (Begegnung auf Augenhöhe oder nicht).
  - Um das Mass des Abhängigkeitsgrades zu beurteilen, sind folgende Fragen zu stellen:
    - Wie gross ist der Grad der Weisungsgebundenheit?
      - Grad nimmt ab mit zunehmender Fachkompetenz des AN (Arzt, Richter..)
      - Steigender Hierarchiestufe (Direktor, VR, Berater)

**ABER:** Wenn Ein-/Unterordnung in Arbeitsorganisation gelten sie auch als AN, jedoch mit einem hohen Grad an Weisungsungebundenheit bzgl. ihrer besonderen Kenntnisse; Unterordnung bezieht sich dann nur auf organisatorische Aspekte (Lohnzahlung, Bereitstellung Arbeitsplatz, regelmässiger Arbeitseinsatz, Tragung Unternehmerrisiko durch AG)
    - Ist man in einem Team eingebunden, organisatorisch und hierarchisch einer höheren Ebene unterstellt?
    - Bestehen irgendwelche Kontrollmechanismen bzgl. der zu leistenden Arbeit?
    - Trägt man ein Unternehmerrisiko?
    - Wird der AN mit Arbeitsgeräten/Materialien ausgerüstete?
    - Ist die Arbeitsleistung für nur einen einzigen AG oder gegenüber mehreren vorgesehen?
    - Bezieht sich die Arbeitsleistung auf eine bestimmte Beschäftigungsdauer oder ein bestimmtes Projekt?

- Digitalisierung erschwert Qualifikation der Arbeitsleistung als Arbeitsverhältnis (Flexibilisierung bzgl. Arbeitsort/Arbeitszeit durch Homeoffice, Crowdfunding, etc.)
  - Bei Organen juristischer Personen muss im Einzelfall geprüft werden, ob Auftrag, AV, Organverhältnis oder Doppelverhältnis vorliegt. Sobald ein Organ auch operativ im Unternehmen tätig ist, wird ein AV vorgenommen. Ein AV ist wegen fehlender Subordination nur dann ausgeschlossen, wenn Organ jP alleine repräsentiert (Ein-Mann-AG) oder über Stimmenmehrheit in der GV resp. dem VR verfügt (BGE 125 III 78; BGE 128 III 129)
- **Arbeit auf Zeit (Dauerschuldverhältnis)**
- Verpflichtung zur Arbeitsleistung muss auf bestimmte oder unbestimmte Zeit begründet werden, d.h. Person stellt während einer bestimmten Dauer ihre Arbeitskraft zur Verfügung.
  - Gemäss Art. 319 Abs. 2 OR liegt AV auch bei Teilzeitarbeit vor.
    - Eigentliche TZ-Arbeit: Leistung der TZ-Arbeit nach einem bestimmten Arbeitseinsatzplan (regelmässig)
    - Uneigentliche TZ-Arbeit: Arbeit auf Abruf (unregelmässig)
      - Echte Arbeit auf Abruf: AN hat eine Einsatzpflicht
      - Unechte Arbeit auf Abruf: AN kann Einsatz ablehnen oder Einsatz nach seinen Bedürfnissen bestimmen. Es besteht oft nur ein Rahmenvertrag und nur der im konkreten Fall zustande gekommene Einsatz ist als eigentlicher AV zu qualifizieren (BGer 4A\_334/2017, E. 2.2)
    - Jobsharing: Stelle wird unter mehreren Personen aufgeteilt, jeder AN ist unmittelbar mit dem AG vertraglich verbunden.
    - Gelegenheit-/Aushilfsarbeit: Es liegt kein Rahmenvertrag vor und für jeden i.d.R. kurz befristeten Einsatz wird ein neuer AV geschlossen. Jede Anfrage des AG beruht auf einem neuen Entschluss und jedes Mal kann der An neu darüber entscheiden, ob er die Arbeit annehmen will oder nicht. Ein Aneinanderreihen von befristeten Aushilfsverträgen (sog. Kettenverträge) zur Umgehung von Arbeitnehmerschutzbestimmungen ist unzulässig resp. missbräuchlich.
    - Gefälligkeitsarbeit: Begründet kein Arbeitsverhältnis. Sie zeichnet sich durch fehlende rechtliche Verbindlichkeit, Einmaligkeit, Kurzfristigkeit, Spontaneität und fehlendem wirtschaftlichen Interesse resp. Erwerbszweck aus.
- **Entgeltlichkeit:**
- AV ist zwingend entgeltlich. Entlohnung kann in Form von Zeitlohn (Tages-/Stunden-/Monatslohn) oder Akkordlohn (Bemessung nach geleisteter Arbeit oder Stücken) oder nach Unternehmenserfolg (Provisionen/Bonus) erfolgen.

- Dabei kann es sich um Geld- oder Naturallohn (z.B. Gewährung von Unterkunft, Verpflegung, Benützung des Firmenautos, fringe benefits) handeln.
- Kein Lohn sind: (künftige) Kapitalerträge oder -gewinne aus Mitarbeiteroptionen, Dividenden (ausser es wurde etwas anderes vereinbart) und konkrete oder angemessen hohe Spesenentschädigungen. Bei unangemessen hohen Spesenentschädigung kann es sich hingegen auch um versteckten Lohn handeln, welcher bei der Sozialversicherung/Steuerbehörde als solchen abgerechnet werden muss.
- Bei fehlendem Lohn/Verzicht auf Lohn handelt es sich nicht um einen Arbeitsvertrag (z.B. bei ehrenamtlicher Tätigkeit/Freiwilligenarbeit (wenn Verzicht a priori), unentgeltlichen Schnuppertagen, Praktika, Volontariaten (jedoch UVG-Versichert), Arbeitseinsätze im Rahmen von beruflichen Eingliederungsmassnahmen der IV, ALV oder Beschäftigungsprogrammen der Sozialhilfe.

Nicht massgebend sind subjektive/formale Kriterien wie Vorstellung und Wille der Vertragsparteien, Bezeichnung des Vertrages, Art der Vergütung und die steuerrechtliche/sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Vertragsverhältnisses (wobei das SVR die Kriterien zwar anders gewichtet, jedoch nur bei triftigen Gründen davon abweicht).

Problem der Scheinselbständigkeit: Person ist faktisch nur für einen Auftraggeber tätig, von ihm wirtschaftlich abhängig und i.d.R. auch weisungsgebunden, tritt jedoch nach aussen formal als Selbständigerwerbender auf. Verliert somit sozialen Schutz, da der Betroffene nicht mehr unter Arbeitnehmerversicherungen (UVG, BVG, ALV) fällt und für Beiträge der 1. Säule selber aufkommen muss.

## 2.2 Abgrenzungen

### 2.2.1 Zum Selbständigerwerbenden im Allgemeinen

Unternehmerisches Risiko / Unternehmerische Entscheide (über gesamter Arbeitserfolg verfügen kann, sich Mandate frei aussuchen kann, Arbeitsplatz/Arbeitszeit frei bestimmen kann)	Kein unternehmerisches Risiko
Tätigen von Investitionen	Keine eigene Infrastruktur; kein Inkasso-/Delkredererisiko
Eigene Arbeitsorganisation / evt. AN persönlich beschäftigt	Einbettung in fremde Arbeitsorganisation
In eigenem Namen und auf eigene Rechnung	In fremden Namen/Rechnung

Gegenüber vielen Personen/Unternehmen tätig	Persönliche Arbeitspflicht
---	----------------------------

- Beispiele: Berater- und Kontrolltätigkeit, VR/Alleinaktionär, freier Mitarbeiter, Transportfahrer mit eigenem Lastwagen (BGE 130 III 216, E. 2.1)

### 2.2.2 Zum Werkvertrag (OR 363 ff.)

- Gegenstand ist die Leistung eines körperlichen/geistig-künstlerischen Werkes
- Es steht ein bestimmtes Arbeitsergebnis/Arbeitserfolg im Vordergrund
- Unterschied zum AV ist Gefahrtragung: Pflicht zur Sachgewährleistung des Werkunternehmers / AN hat Lohnanspruch unabhängig von Arbeitserfolg
- Selbständigkeit bei der Art der Arbeitsausführung; Weisungsrecht nur auf das Ergebnis (nicht auf den Weg bzw. die Ausführung)
- Freie Zeiteinteilung, Verwendung eigener Geräte/Materialien, Beizug von Hilfspersonen
- Beispiele: Engagement von Solokünstlern; von Bauunternehmung beigezogener Bildhauer für Kirchenrestaurationsarbeiten.

### 2.2.3 Zum Auftrag (OR 394 ff.)

- Vertragliche Verpflichtung Geschäftsbesorgung oder DL im Interesse des Auftraggebers zu übernehmen
- Entgelt nur wenn verabredet oder üblich (OR 394 III)
- Subsidiäre Vertragsform der Verträge auf Arbeitsleistung (OR 394 II)
- Weisungs- und Kontrollbefugnisse beschränken sich beim Auftrag auf organisatorische bzw. formale äussere Eckwerte
- Es bleibt dem Beauftragten überlassen wie er den Auftrag erfüllen will (gleiche Augenhöhe), vgl. BGer 4C.276/2006, E. 4-5.
- Beauftragter wird aufgrund seiner Ausbildung/Fähigkeiten ausgesucht, ist für Mehrzahl von Auftraggebern tätig, kann Anfragen ablehnen, teilt Zeit selber ein, weist eigene Arbeitsorganisation (Infrastruktur) auf und wird nach berufsständischer Honorarordnung bezahlt.
- Beispiele: freie Journalisten/Fotografen, Lastwagenchauffeur im Nebenerwerb, Unternehmer, welcher AG verkauft hat, jedoch durch einen «AV» verbunden blieb

### 2.2.4 Zum Agenturvertrag (OR 418a ff.)

- Vermittelt für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte oder schliesst diese in ihrem Namen und auf ihre Rechnung ab.
- Agenturvertragsrecht enthält auch Sozialschutzbestimmungen (OR 418m II, OR 418f, OR 418q, OR 418r)
- Indizien für Agenturvertrag: Geschäftslokal, Infrastruktur auf eigene RG, eigene Reklame, HR-Eintrag, Steuerdeklaration als Selbständigerwerbender



- Arbeitnehmerähnliche Personen (Franchisenehmer, Tankstellenpächter, etc.) werden meist dem Agenturrecht unterstellt

### **2.2.5 Zum Gesellschaftsvertrag (OR 530 ff.)**

- Mehrere Personen schliessen sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammen (d.h. ihre Ziele sind gleichgerichtet)
- Bei der Abgrenzung entscheidet das Mass der Unterordnung und die Organisation (z.B. kein AV wenn kein fixes Entgelt für Arbeitsleistung, Unternehmerrisiko wird mitgetragen, Verteilung von untereinander gleichwertigen Kompetenzen)
- Beispiele: Zwei GS im Verhältnis 51/49% mit freier Zeiteinteilung ([BGer 4A\\_10/2017, E. 3.2](#)), Zusammenschluss Taxichauffeure mit Inhaber einer Konzession zwecks gemeinsamer Nutzung

### **2.2.6 Zur Mitarbeit von Familienmitgliedern (ZGB 165, ZGB 334)**

- Für Ehepartner gilt ZGB 165, welcher eine angemessene Entschädigung für die Mitarbeit im Beruf/Gewerbe des anderen vorsieht. Ist kein Lohn i.e.S. aber AHV-Pflichtig.
- Es ist aber sinnvoll, ausdrücklich einen AV abzuschliessen, da somit auch entsprechende Schutznormen (BVG, UVG) zur Anwendung kommen.
- Nicht als Familienmitglied gelten Konkubinatspartner resp. Lebenspartner. Soweit nicht ausdrücklich auf Gegenleistung verzichtet, es sich nicht um Gesellschaftsverhältnis oder um Gefälligkeitshandlung handelt, gilt erbrachte Arbeitsleistung i.S.v. OR 320 II als entgeltlich ([OGer ZH JAR 2017 502](#))

### **2.2.7 Zur Organstellung**

- Wenn strategische und operative Stellung kann es sich je nach Umfang und Intensität für operative Tätigkeit um einen AV handeln, sofern Elemente der Subordination und wirtschaftlichen Abhängigkeit gegeben sind ([BGE 130 III 213](#))
- Doppeltes, voneinander unabhängiges Rechtsverhältnis zwischen juristischer Person und Organ/AN: AV für operative Funktion und Auftrag für strategische Funktion.

### **2.2.8 Folgen der Abgrenzung zwischen AV und anderen Verträgen auf DL**

- Anwendbarkeit zwingende Bestimmungen des Arbeitsvertragesrechts
- Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes
- Einschränkung bzgl. Art und Zeitpunkt der Vertragsauflösung
- Obligatorische Unterstellung unter 2. Säule
- Entrichtung paritätischer Sozialversicherungsbeiträge

- Unterschiedliche steuerrechtliche Behandlung von Lohn/Erwerbseinkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit
- Spezialgerichtsbarkeit / Spezialzuständigkeiten

### **3 Abschluss des Arbeitsvertrages (EAV)**

#### **3.1 Parteien des Arbeitsvertrages**

##### **3.1.1 Arbeitnehmer**

- Nur natürliche Personen
- Wenn natürliche Person als Gesellschafter oder Einzelunternehmer handelt, ist es nie AV. Ein Unternehmen in Form einer Rechtsgemeinschaft bzw. jP oder ein Einzelunternehmen können nämlich die Arbeitsleistung nicht in eigener Person erbringen, wie es OR 321 vorsieht.
- AN können auch als Eigengruppe (einfache Gesellschaft/KoIG) auftreten. Diesfalls entsteht mit jedem Mitglied der Gruppe ein AV. Wenn Gruppe unter sich aber nicht rechtlich verbunden ist, sondern durch AG gebildet wird, handelt es sich um sog. Betriebsgruppe. Hat Auswirkung auf Lohnzahlung, Weisungsbefugnis und Kündigung.
- Bei einem mehrstufigen AV schliesst der AG mit dem AN (nat. Person oder Gruppenchef einer Eigengruppe) einen AV ab. Dieser wiederum schliesst einen AV mit dem AN II (Hilfsperson). Die Hilfsperson hat gegenüber dem AG eine Arbeitspflicht und gewisse Treuepflichten. Der AG hat gegenüber der Hilfsperson ein Weisungsrecht resp. eine Fürsorgepflicht.

##### **3.1.2 Arbeitgeber**

- Natürliche und juristische Personen (insb. auch Erbengemeinschaften, Kollektivgesellschaften oder Zusammenschluss von mehreren Personen zur einfachen Gesellschaft)
- Bei einer Mehrheit von Arbeitgeber muss z.B. Umstand ob Kündigung für alle gilt oder nicht im AV geregelt werden. Wenn nichts geregelt ist, muss der SV nach Sinn und Zweck (Vertrauensprinzip) ausgelegt werden.
- Arbeitgeber ist jene Partei, welche nach aussen auftritt und den Vertrag unterzeichnet (auch bei Konzernverhältnissen). Wer für den Lohn aufkommt ist hingegen nicht relevant.
- Beim Personalverleih ist immer der Verleihbetrieb unmittelbarer Arbeitgeber (Lohnpflicht, Kündigung, OR 320). Hingegen gelten das Weisungsrecht und die Fürsorgepflicht des AG sowie die Arbeitspflicht und gewisse Treuepflichten des AN gegenüber dem Einsatzbetrieb als mittelbarer Arbeitgeber.

### 3.2 Vorvertragliche Rechtsbeziehungen

- Stellenausschreibung ist kein Vertragsantrag i.S.v. OR 3, sondern lediglich Einladung zur Antragsstellung.
- Mit Aufnahme der Vertragsverhandlungen (Einladung zum Vorstellungsgespräch) entsteht ein Vertragsverhandlungsverhältnis.
- Teil der Lehre ist der Meinung, dass dies Auswirkungen auf die Tragung der Vorstellungskosten (Fahrtkosten, Verdienstaussfall, ggf. weitere Kosten) unter Rückgriff auf OR 402 I hat. Derjenige der ersten Schritt unternommen hat, muss Kosten tragen. Ein Ausschluss der Übernahme von Bewerbungskosten ist aufgrund dispositiver Natur von OR 402 I aber möglich.

**Treupflicht nach ZGB 2:** Faires Verhalten/Ernsthaftigkeit ggüb. Vertragspartner; Verletzung gegeben, wenn AN wider besseren Wissens Eindruck erweckt, es werde zur Anstellung kommen, aber er auf dem Arbeitsmarkt gar nicht zur Verfügung steht. Bei Verletzung führt dies zu Haftung aus cic resp. unerlaubter Handlung. Bezieht sich nebst der Wahrheitspflicht auch auf:

- **Datenschutz (DSG 12 II):** Im Verhandlungsverfahren dürfen keine persönlichen Daten gegen den Willen der betroffenen Person beschafft, verarbeitet oder gegen den Willen des Bewerbers weitergegeben werden (auch nicht innerhalb eines Konzerns). Die zur Verfügung gestellten Unterlagen muss vom AG sorgfältig aufbewahrt werden und dürfen Unbefugten nicht zugänglich sein (DSG 7).
- **Datenschutz Eigentum (DSG 12 II und DSG 13):** Die Unterlagen sind dem Bewerber nach einem Scheitern der Bewerbung zurückzugeben. Elektronische Unterlagen sind zu löschen. Die dem AG gehörenden Unterlagen (z.B. Ergebnisse Einstufungstests) müssen vernichtet werden. Datenbearbeitung ist nur im Rahmen von Art. 328b OR (lex specialis) zulässig. Nur die zum Vollzug des AV notwendigen Informationen dürfen bearbeitet werden (DSG 4). Nur mit Einwilligung des Bewerbers (kann auch stillschweigend durch Angabe der Referenzen im Bewerbungsschreiben erfolgen), darf der AG die Daten bearbeiten, insb. die Bewerbung an Dritte weitergeben oder bei Dritten Referenzen einholen.
- **Auskunfts- und Informationspflicht (OR 328b):** In wie weit Fragerecht geht ist relativ und richtet sich nach der Natur des Unternehmens und der Hierarchie des Bewerbers. Bei Tenzenbetrieben (= Unternehmen, deren Zweck in einer Tätigkeit mit geistigem oder intellektuellem Charakter liegt, sei es politischer, konfessioneller, gewerkschaftlicher, wissenschaftlicher, künstlerischer, karitativer oder ähnlicher Art, z.B. Kirche,

Gewerkschaften, AG-Verbände, Tierschutz, Heimatschutz, etc.) und bei leitenden Angestellten (aufgrund grösserer Loyalitätspflicht) gilt ein erweitertes Fragerecht. Das Fragerecht darf sich einzig auf das zur Diskussion stehende Arbeitsverhältnis beziehen (Art. 328b OR), vgl. [BGE 123 III 129, E. 3.b.cc.](#)

Zulässige Fragen	Unzulässige Fragen
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Auf das Arbeitsverhältnis bezogene Fragen, z.B. über Ausbildung, Berufserfahrung, Berufspläne, Nebenbeschäftigung bei Teilzeitstellen (wegen Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit)</li> <li>• Gesundheitszustand (sofern für Tätigkeit relevant)</li> <li>• Bei Tendenzbetrieben: persönliche Einstellung/Denkweise des Bewerbers, Religions- und Parteizugehörigkeit</li> <li>• Bei leitenden Angestellten: Leumund, Netzwerk, Strafregisterauszug</li> <li>• Ob nach dem bisherigen Lohn gefragt werden darf, ist umstritten</li> </ul> <p>→ <b>Informationspflicht</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fragen, die sich auf persönliche Eigenschaften und Umstände beziehen, die für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses nicht massgebend sind</li> <li>• Krankheiten, Hobbies, Religions- und Parteizugehörigkeit, familiäre Verhältnisse</li> <li>• Schwangerschaft/Militär (ausser wenn man Tätigkeit dann nicht ausüben kann)</li> <li>• Vorstrafen (ausser für betreffende Tätigkeit ist Leumund relevant. Bei gelöschten Vorstrafen entfällt Informationspflicht des AN)</li> </ul> <p>→ <b>Notwehrrecht der Lüge</b></p>

Gesundheitsfragebögen/psychologische Tests sind nur zulässig, wenn die Tätigkeit eine besondere körperliche/psychische Belastbarkeit/Eignung erfordert. Bei ärztlichen Eignungsgutachten (Kosten gehen zu Lasten AG) darf der Arzt aufgrund der Schweigepflicht dem AG nur Aussagen bzgl. gesundheitliche Tauglichkeit des Bewerbers machen und ihm nicht die Diagnose oder weitere persönliche Informationen mitteilen).

Eine Verweigerung der Einstellung wegen Schwangerschaft stellt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts i.S.v. Art. 3 Abs. 1 und 2 GIG dar. Es können Entschädigungs-, SE-, Genugtuungsansprüche geltend gemacht werden. Max. 3 Monatslöhne (Art. 5 Abs. 4 GIG), wobei blosser Glaubhaftmachung nicht ausreicht.

Bewerber hat keine selbständige Informationspflicht, wenn keine Fragen gestellt werden oder die Mängel für den AG bei gehöriger Sorgfalt erkennbar wären. Anders verhält es sich aufgrund Treu und Glauben bei voraussehbarer Verhinderung bzw. Untauglichkeit

zur Arbeitsleistung (z.B. wegen fehlender Ausbildung, Schwangerschaft bei Tänzerin, Farbenblindheit, etc.).

Beim Notwehrrecht der Lüge ist Anfechtung des Vertrages wegen Irrtum/Täuschung nicht möglich. Kündigung jedoch schon, wäre aber missbräuchlich.

### 3.3 Zustandekommen EAV

EAV entsteht durch gegenseitige Willensäußerungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer i.S.v. OR 1 i.V.m. OR 320 I (sofern VSS für AV erfüllt)

Es gilt Grundsatz der Vertragsfreiheit, in seinen drei Erscheinungsformen:

- **Abschlussfreiheit:** Freiheit der Parteien, ob, mit wem und unter welchen Bedingungen ein AV geschlossen wird (es besteht grds. kein Anspruch auf Einstellung)
- **Inhaltsfreiheit:** Vertragsabreden dürfen ZGB 27, OR 20 I, dem gesamten zwingenden obj. Recht (kant. Mindestlohnvorschriften, Strafrecht, Sozialversicherungsrecht), den (absolut/relativ) zwingenden Vorschriften des Arbeitsvertragsrecht, des Arbeitsschutzrechts (ArG) sowie der GAV und Betriebsordnungen nicht widersprechen (**BGE 130 III 495**); wobei in Bezug auf relativ zwingende Normen das Günstigkeitsprinzip gilt (d.h. eine für den AN bessere einzelvertragliche Regelung ist zulässig). Nichtige Vertragsklauseln führen zu einer Teilnichtigkeit und lassen den Rest des Vertrages unberührt.
- **Formfreiheit** (stark eingeschränkt aufgrund Arbeitnehmerschutzrecht): Grundsätzlich formlos (mündlich) gültig (OR 320 I), wobei Schriftform i.S.v. OR 12-15 (**AGer ZH JAR 2017 594 f.**) vorbehalten werden kann (OR 16) und aus Beweisgründen auch empfohlen wird. Schriftformerfordernis kann sich auf Vertragsabschluss, Vertragsänderung, Kündigung und andere Vertragspunkte beziehen. Es sollte daher konkret gesagt werden, welche Punkte vom Formerfordernis erfasst sein sollten. Auf das Schriftformerfordernis kann nachträglich verzichtet werden (ausdrücklich oder konkludent). Eine nachträgliche Berufung auf die vorbehaltene Form kann rechtsmissbräuchlich sein. OR 330b ist keine Formvorschrift, sondern ein Informationsinstrument im Zusammenhang mit flankierenden Massnahmen. Eine Unterlassung zieht keine rechtlichen Konsequenzen mit sich.

#### 3.3.1 Vertragsinhalt

- Vertragsinhalt wird durch Parteien im Rahmen der zwingenden Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts und des übrigen privaten und öffentlichen Rechts individuell bestimmt.
- Wesentlicher Inhalt: Vertragsparteien, Arbeitsort/-radius, Arbeitszeit/-pensum, Arbeitsfunktion, Arbeitsbeginn (zur Berechnung der Fristen). Diese Punkte müssen fixiert

werden, um auszuschliessen, dass es sich nicht um eine übermässige Bindung nach ZGB 27 handelt.

- Wenn konkrete Vertragsinhalte (z.B. Lohn und Lohnhöhe sowie Kündigungsfristen) nicht geregelt werden, gelten die dispositiven/zwingenden Gesetzesvorschriften.
- Ist der Inhalt des AV nicht klar, wird nach dem mutmasslichen subjektiven Willen der Vertragsparteien ausgelegt (Vertrauensprinzip)
- Allgemeine Arbeitsbedingungen (Firmenreglemente) und Inhalt eines GAV sind nur dann rechtlich bindend, wenn sie dem AN vor Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht werden (Zugangsprinzip). Beweispflicht für Zugang zu Dokumenten liegt beim AG. Im Falle von unüblichen Inhalten bei allg. Vertragsbedingungen gilt die Ungewöhnlichkeitsregel, ausser Klauseln wurden besprochen oder AN vor Unterzeichnung darauf hingewiesen (BGer 4A\_592/2015, E. 5.3.1)
- Rechtsverbindlichkeit des AV kann durch aufschiebende Bedingung verhindert werden (z.B. nötige Arbeits- und Aufenthaltsbewilligungen).

### **3.3.2 Schriftformerfordernis**

- Folgende Arbeitsvertragstypen bedürfen als Gültigkeitserfordernis von Gesetzes wegen der Schriftform (OR 11 II):
  - Der GAV (OR 356c I)
  - Der Lehrvertrag (OR 344a)
  - Der Heuervertrag des Seemanns (SSG 69 II)
- Ebenfalls vorgesehen, aber kein Gültigkeitserfordernis ist die Schriftform für Handelsreisende (OR 347a I und II) und Leiharbeitnehmer (AVG 19 I und III).
- Folgende Einzelabreden bedürfen trotz Formfreiheit des EAV im Interesse der Rechtssicherheit für ihre Gültigkeit der Schriftform: OR 321c III, OR 322b II, OR 324a IV, OR 335b II, OR 340 I.
- Eine Globale Verweisung auf allg. Arbeitsbedingungen erfüllt das Schriftformerfordernis nicht.

### **3.3.3 Gesetzliches Arbeitsverhältnis**

- Gemäss OR 320 II gilt AV als abgeschlossen, wenn AG Arbeit in seinem Dienste entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Fiktion).
- Hat die VSS für den AV i.S.v. OR 319 auch zu erfüllen, d.h. es darf sich nicht um Gefälligkeiten im Rahmend der konkubinats-/familienrechtlichen Beistandspflicht oder um ein Gesellschaftsverhältnis handeln. Wenn Entgelt für Arbeit ausdrücklich ausgeschlossen wurde, fehlt es an einem wesentlichen Merkmal für den AV und OR 320 II findet keine Anwendung.

- OR 320 II wird auch angewendet, wenn Arbeit geleistet wird, obwohl sich Parteien noch nicht über wesentliche Vertragsbedingungen geeinigt haben, wenn überhaupt keine Vertragsbeziehungen angestrebt werden, bei fortgesetzten Gefälligkeitsarbeiten oder wenn Arbeitsleistungen, die normalerweise vergütet werden, in Erwartung einer besonderen Gegenleistung unentgeltlich erbracht werden und diese Erwartung später enttäuscht wird.
- AV kommt somit ohne übereinstimmende Willensäusserungen der Parteien (oder gar entgegen ihrer Absicht) zustande, Es handelt sich um unwiderlegbare gesetzliche Vermutung (Fiktion eines Vertrages)

### 3.3.4 Faktisches Arbeitsverhältnis

- Faktisch kommt das AV gemäss OR 320 III trotzdem zustande bei Dissens, Nichtigkeit wegen Urteilsfähigkeit, Beschäftigungsverboten (OR 20), verletzter Formvorschriften (OR 11), Rechts- und Sittenwidrigkeit (OR 19), Willensmängel oder Abschlussverboten, solange der AN in gutem Glauben seine Arbeit verrichtet hat.

## 3.4 Mängel bei Vertragsabschluss

Die Willenserklärungen der Parteien bei Abschluss des AV können mit Mängeln behaftet sein, die

- Die Nichtigkeit des Vertrages bewirken (OR 20)
- Den Vertragspartner zur Anfechtung berechtigen (OR 21, OR 23-31)

### 3.4.1 Mängel in der Verhandlungs-/Bewerbungsphase

- Willensmängel durch Irreführung bei der Anstellungsverhandlung (z.B. durch falsche Beantwortung von zulässigen Fragen, Einreichung gefälschter Zeugnisse (BGE 132 III 242), unterlassene notwendige Information/Aufklärung durch Verschweigen von wesentlichen Eigenschaften, Fähigkeiten, Verfügbarkeit, Konkurrenzverbot) → Anfechtung aufgrund Täuschung
- Irrtum in Bezug auf Vertragspartner (sofern für betreffende Stellung wesentlich) → Anfechtung wegen Irrtum
- Keine Anfechtung wegen Irrtum möglich bei unzulässiger Frage und Notwehrrecht der Lüge

→ AV kommt trotzdem zustande wegen OR 320 III.

### 3.4.2 Mängel mit Bezug auf den Vertragsabschluss

Rechtsfolge der **Nichtigkeit / Teilnichtigkeit** bei: [vgl. AGer ZH JAR 2017 596](#)

- Handlungsunfähigkeit der Vertragsparteien bzw. fehlende Vertretungsmacht (jP)
- Sittenwidrigkeit/Widerrechtlichkeit (Verstoss gegen ZGB 27 oder StGB) → Nichtigkeit gemäss OR 320 III → Rückabwicklung nach OR 20 I i.V.m. OR 62 ff.

- Öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverbot (Ausführung der Leistung ist kraft Gesetz nicht zulässig (z.B. bei Frauen/Jugendl. für bestimmte Arbeiten, vgl. ArG 29, ArGV1 66)
- Bei fehlender Bewilligung für den Personalverleih (AVG 19 VI)

Rechtsfolge der **Anfechtbarkeit** bei:

- Willensmängel (OR 21, OR 23 ff.)
- Abschlussverboten (wenn Mangel in Person der Vertragspartei liegt, z.B. bei Fehlen einer Aufenthalts-/Arbeitsbewilligung für ausländische AN) oder bei Fehlen der Berufsausübungsbewilligung (BGer JAR 2003 169), Fahrausweis, bei bestehendem Berufsverbot oder der Befähigung zur Ausbildung von Lehrlingen resp. aufgrund eines GAV
  - geht es beim Abschlussverbot einzig um die fremdenpolizeiliche Stellung des AN, ist der AV gemäss BGer trotzdem gültig resp. nicht anfechtbar, weil der AG durch den Rechtsverstoss keinen Vorteil erlangen darf. Der AV muss ordentlich gekündigt werden. Während der ordentlichen Kündigungsfrist gilt ein Beschäftigungsverbot und AN hat einen Lohnanspruch wegen Annahmeverzug (OR 324). Der AG darf nicht ausserordentlich kündigen, da Beschaffen der Arbeitsbewilligung in sein Risiko fällt.

### 3.4.3 Mängel mit Bezug auf den Inhalt

- **Objektive Unmöglichkeit:** Arbeitsleistung kann im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gar nicht erbracht werden (auch von niemand anderem) → Vertrag ist nichtig und entfällt ganz. Allenfalls Haftung aus CIC (z.B. Arbeitsstätte ist abgebrannt, AG existiert nicht mehr, Bewilligung für den Betrieb wurde nicht erteilt)
- **Subjektive Unmöglichkeit:** Arbeitsleistung kann im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur nicht durch den betreffenden AN erbracht werden → Vertrag ist zustande gekommen → Haftung i.S.v. OR 97 ff. i.V.m. OR 321e (Übernahmeverschulden des AN) oder Haftung aus CIC (ABER: Keine Haftung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung i.S.v. OR 324a)

### 3.4.4 Folgen bei Mängeln des AV

→ Wenn nur einzelne Klauseln nichtig/anfechtbar = **Teilnichtigkeit** (OR 20 II). Nichtigte Vertragsbestimmungen werden durch Gesetzesrecht ersetzt.

→ Bei **Nichtigkeit des gesamten AV** (OR 20 I) fällt der AV nur für die Zukunft dahin (es bedarf keiner Kündigung). Für die **Vergangenheit liegt ein faktisches Vertragsverhältnis** vor, d.h. er wird so behandelt, als wäre er rechtswirksam (OR 320 III):

- Bedingung für den Eintritt des faktischen Vertragsverhältnisses ist aber der gute Glaube des AN beim Vertragsschluss und der Vertragsabwicklung.
- Wenn ihm eine positive Kenntnis von der Ungültigkeit des Vertrages nachgewiesen werden kann und er trotz dieser Kenntnis die Arbeitsleistung erbracht hat, kann der



AN sich nicht auf die Wirksamkeit des Vertrages in der Vergangenheit berufen. In diesem Fall findet eine Rückabwicklung nach OR 20 I i.V.m. OR 62 ff. statt.

### 3.4.5 Kündigungsschutz

- Wenn AV wegen Rechts- oder Willensmängel aufgehoben wird, gibt es keinen Kündigungsschutz (vgl. [JAR 2010 578](#))
- Vertrag muss aber zum Zeitpunkt der Aufhebung noch immer ungültig sein resp. Mangel darf nicht geheilt worden sein
- AG/AN darf nicht trotz Kenntnis des Mangels nachträglich in AV einwilligen (ZGB 2 II).  
→ Ein aus der Aufhebung entstehender Schaden kann nur aus CIC geltend gemacht werden.

## 4 Pflichten des AN (OR 321 bis 321e)

### 4.1 Arbeitspflicht (Hauptpflicht)

- Persönliche Arbeitsleistung: Arbeitspflicht ist grds. **persönlich** zu erfüllen (OR 321 als lex specialis zu OR 68). Eine Vertretung ist grds. nicht möglich.
- **Ausnahmen:**
  - Einverständnis AG
  - bei Branchenüblichkeit (z.B. Hauswart)
  - bei Eigengruppen (z.B. Musik-, Putz-/Plattenlegerequipe) → gleichzeitige Arbeitserbring.
  - bei Job Sharing → zeitliche Nachordnung
  - beim Heimarbeitsvertrag durch Zuziehung von Familienangehörigen (OR 351)
- Wenn AN die Arbeitspflicht durch Dritten erfüllen lässt, handelt es sich um sog. mittelbares/gestuftes Arbeitsverhältnis, d.h. Dritter steht nicht in AV ggüb. AG, sondern zu dem ihn einsetzenden AN.
- Arbeitspflicht **beginnt mit Antritt der Arbeit** (nach erfolgter Information/Weisung des AG) und **endet mit Auflösung des AV/Freistellung/Tod** des AN (OR 338 I)
- Arbeitspflicht bezieht sich auf **vertraglich abgemachte Funktion/Tätigkeit** (auch während Kündigungsfrist). Arbeitspflichten können während Dauer des AV nur durch konsensuale Vertragsänderung (OR 1) erweitert, reduziert oder verändert werden (z.B. Versetzung in andere Abteilung mit andern Aufgaben, erhebliche Einschränkungen oder Übertragung von zusätzlichen Funktionen). Gilt als Angebot zur Vertragsänderung.
- **Ausnahmen:**
  - Vor- und Nachbereitungsarbeiten (z.B. Bereitstellung der Arbeitsgeräte), Vornahme kleiner Reparaturen, Aufräumarbeiten, Dekoration, etc.
  - Unwesentliche und zumutbarer Veränderung des Aufgabenbereichs (objekt. Persönlich zumutbar oder vertraglich vorbehalten)

- Vorübergehende Funktionsänderung zur Wahrung der Interessen des AG (z.B. bei Betriebsstörungen, Vertretung eines kranken MA, Reorganisations- und Inventurarbeit), sofern für den AN zumutbar (aufgrund Treuepflicht des AN)
- Arbeitspflicht **bezieht sich nur auf Arbeitszeit** (ArGV 13 I). Arbeitszeit ist Zeit, während der der AN dem AG für die Leistung von Arbeit zur Verfügung zu stehen hat.
  - Arbeitsweg gilt nicht als Arbeitszeit (ausser es wird bereits gearbeitet), jedoch der Weg vom Geschäftsdomizil zum Einsatzort (z.B. Baustelle/Kunde) oder wenn AN von Wohnort direkt an Einsatzort fährt der gegenüber Geschäftsdomizil längere Anfahrtsweg (vgl. [BGer 4A\\_376\\_2017, E. 4.1-2](#)).
  - Ebenfalls Arbeitszeit ist vom AG angeordnete Aus- und Weiterbildung oder Auslandsgeschäftsreisen.
  - Eine einseitig angeordnete Verkürzung/Ausdehnung der vertraglich abgemachten/betriebsüblichen Arbeitszeit muss AN nicht hinnehmen.
- **Ausnahmen:**
  - Überstundenpflicht (OR 321c) aufgrund der Treuepflicht.
  - Kurzarbeit, Zwangsferien, Beteiligung an einem rechtmässigen Streik, Arbeitgeberverzug, bei Verzicht des AG auf Arbeitsleistung, etc.
  - Bei echter Arbeit auf Abruf gilt auch Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit, muss jedoch nicht in gleichem Umfang entlohnt werden, Reduktion bis zu 75% ist zulässig (ausser Pikettdienst im Betrieb gilt als Arbeitszeit, vgl. ArGV1 15).
- Arbeitspflicht **bezieht sich nur auf vereinbarten/üblichen Arbeitsort** (allenfalls auch Einsatzort im Aussendienst).
- **Ausnahmen:**
  - Wenn kein fester Arbeitsort abgemacht, einseitige Bestimmung des Arbeitsorts durch den AG vorbehalten wurde oder es sich aus den Umständen ergibt, darf der AG die örtlichen Arbeitseinsätze durch Weisung bestimmen. Müssen aber objektiv zumutbar sein (sonst übermässige Bindung nach ZGB 27)
  - Vorübergehende Versetzung zur Wahrung der Interessen des AG, sofern für den AN zumutbar (aufgrund Treuepflicht des AN)

## 4.2 Befreiung von der Arbeitspflicht

Der AN wird von der Arbeitspflicht befreit, sofern ein gültiger (nicht ursprünglich nichtiger) AV besteht, bei:

- **Arbeitgeberverzug**
  - **Unverschuldet (OR 119 III):** Nachträgliche Unmöglichkeit (Sphärentheorie: Störungen sind in Risikosphäre des AG) aufgrund Betriebsstörung, Material- oder

Energiemangel, Naturgewalt, behördliches Arbeitsverbot oder Arbeitsmangel mit der Folge von Kurz- oder Zwangsarbeit

- **Verschuldet (OR 324):** Verletzung von Vorbereitungshandlungen (z.B. Arbeitsplatz wird nicht zur Verfügung gestellt), Verletzung von Fürsorgepflichten (z.B. Gesundheitsschutz, Mobbing) oder bei Freistellung (sofern nicht Recht auf Arbeit durch Persönlichkeitsrecht auf berufliches Fortkommen)

→ **Lohnzahlungspflicht des AG!**

- **Unmöglichkeit:** d.h. kein Fall von OR 119 III oder OR 324

→ **Keine Lohnzahlungspflicht des AG (evtl. Schadenersatz)**

– **Zahlungsunfähigkeit (OR 83):** Sofortiger Verzug bei kalendermässig bestimmten Fälligkeitstermin, Abmahnung bei gesetzlicher Fälligkeit (OR 323 I)

– **Arbeitnehmerverzug (OR 82, 97, 119 III, OR 324a)**

- **Unverschuldet:** Nachträgliche subjektive (= in Person des AN liegende) Arbeitsverhinderung

→ **Lohnzahlungspflicht des AG!**

- **Verschuldet:** Verletzung der Arbeitspflicht, ursprünglich subjektive Unmöglichkeit (Übernahmeverschulden), rechtmässiger Streik

→ **Keine Lohnzahlungspflicht des AG (evtl. Schadenersatz)**

- **Ursprüngliche Unmöglichkeit:** d.h. kein Fall von OR 324 oder OR 324a (sehr selten!)

→ **Keine Lohnzahlungspflicht des AG (evtl. Schadenersatz)**

### 4.3 Treuepflicht (OR 321a-c)

Die Treuepflicht betrifft den leitenden Angestellten oder AN im Tendenzbetrieb mehr als «normalen» AN, da sich die Treuepflicht im Rahmen der Interessenwahrungspflicht diesfalls auch auf die Freizeit beziehen kann. Die Treuepflicht beginnt bereits mit dem Vertragsabschluss und dauert bis zum Ende des AV.

#### 4.3.1 Überstundenarbeit (OR 321c)

**Überstundenarbeit** ist die über die vertragliche/übliche wöchentliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit. Die Beweislast trägt der AN (Zeiterfassungspflicht, auch i.S.v. ArG 46 i.V.m. ArGV1 73). Von der Arbeitszeiterfassung befreit sind AN, welche über eine grosse Autonomie verfügen, einen Bruttojahreslohn (inkl. Boni) ab CHF 120K verdienen und schriftlich in einen Verzicht der Arbeitszeiterfassung eingewilligt haben (ArGV1 73a). Für Arbeitnehmende mit grosser Zeitautonomie gilt die vereinfachte Arbeitszeiterfassung (ArGV 73b).

### Voraussetzungen:

- **Betrieblich Notwendig/im Interesse des AG:** Grundsätzlich ist AN verpflichtet, im Interesse des AG Überstundenarbeit zu leisten. Diese Pflicht ist absolut zwingend und kann nicht wegbedungen werden (OR 361).
- **Einseitige Anordnung des AG/Selbständige Vornahme im Interesse des AG:** Ausdrückliche/Stillschweige Zustimmung, Duldung durch AG (hat Kenntnis von Leistung und schreitet nicht dagegen ein (vgl. BGer 4A\_376/2017, E. 7)). Wenn AN Zeit selber einteilen kann, liegt es in seiner Verantwortung, dass keine Überstunden anfallen resp. diese im Rahmen der Gleitzeit kompensiert werden (BGer 4A\_403/2018, E. 4). Vorbehalten bleibt die Situation, wenn die Mehrstunden aus organisatorischen Gründen resp. wegen Arbeitsanfalls nicht kompensiert werden können oder der AG bestimmte Rahmenzeiten verlangt (BGE 123 III 469) oder wenn AG die Überstunden nicht ausdrücklich anordnet, der AN aber erkennen kann, dass es für die Wahrung der Interessen des AG erforderlich ist, hat AN seine Arbeitszeit zu verlängern (auch ohne Wissen des AG). AN ist jedoch verpflichtet, AG nach Leistung der Überstunden davon in Kenntnis zu setzen. Bei unterlassener Meldung verwirkt der AN den Anspruch auf Ausgleich/Entschädigung (jedoch nicht wenn AG um die Leistung der Überstunden gewusst hat oder hätte wissen müssen). Keine Überstunden, sofern diese im Interesse des AN anfallen (z.B. Ineffizienz)
- **Einmaligkeit:** d.h. vorübergehende Dringlichkeit. Wenn regelmässig Überstunden angeordnet werden und AN dies duldet, ist von einvernehmlicher Vertragsänderung auszugehen.
- **Zumutbarkeit**
  - **Persönlich, d.h. AN muss Überzeit leisten mögen** (Gesundheit, Familie, Nebenjob, Arbeitsweg)
  - **nach Treu und Glauben zugemutet** (d.h. kein Organisationsverschulden des AG, nicht regelmässig und nicht kurzfristig).
- **Im Rahmen der arbeitsgesetzlich zulässigen Überzeitarbeit:** Überzeitarbeit liegt vor, wenn die im ArG vorgesehene wöchentliche Höchstarbeitszeit (ArG 9 resp. bei Dringlichkeit ArG 12) überschritten wird.

**Ausnahme:** Leitende Angestellte, welche vom ArG ausgeschlossen sind (Art. 3 lit. d ArG). Aufgrund ihrer erhöhten Treuepflicht und dem entsprechend höheren Gehalt können sie sich auch nicht auf Überstundenarbeit i.S.v. OR 321c berufen (ausser wöchentliche Arbeitszeit wurde vertraglich festgelegt, vgl. BGer 4A\_207/2017, E. 2.1 und E. 2.6).

## **Rechtsfolgen**

- Mind. 25% Lohnzuschlag (OR 321c III)
- Zeitkompensation durch Freizeit gleicher Dauer (OR 321c II), jedoch nur mit mündlichem/stillschweigendem Einverständnis des AN innerhalb Frist von ca. 14 Wochen.
- Kann mit schriftlicher Vereinbarung für die Zukunft wegbedungen werden (sowohl Lohnpauschale wie auch Zeitkompensation), d.h. Überstunden sind im Monatslohn inbegriffen. Ist jedoch nicht zulässig für Überzeitarbeit. Eine nachträgliche Wegbedingung ist nicht möglich.

Merke: Die Überstundenentschädigung muss nicht laufend oder am Ende des AV geltend gemacht werden. Ein Zuwarten während der Verjährungsfrist (5 Jahre) gilt grds. nicht als rechtsmissbräuchlich (BGE 129 III 171).

### **4.3.2 Sorgfaltspflicht (OR 321a I)**

Der AN hat seine Arbeit sorgfältig auszuführen (OR 321a). Nicht geschuldet ist jedoch ein Arbeitserfolg. Zur Sorgfaltspflicht gehört:

- Einhaltung der funktionalen, zeitlichen und örtlichen Arbeitsverpflichtung
- Voller Einsatz der körperlichen/geistigen Kräfte des AN
- Fachgerechter, sparsamer und sorgfältiger Einsatz der zur Verfügung gestellten Produktionsmittel.

Die Sorgfaltspflicht bildet den Haftungsmassstab für die Schadenersatzpflicht wegen mangelhafter Arbeitsleistung/schuldhafter Vertragsverletzung (OR 321e). Keine Sorgfaltspflichtenverletzungen hingegen ist die mangelhafte Arbeitsleistung welche auf ein Unvermögen des AN zurückzuführen sind.

- Kein zweckwidriger Umgang mit Material
- Kein Verschleiss/Zerstörung von Material
- Übernahmeverschulden bei ungenügender fachlicher Qualifikation

### **4.3.3 Interessenwahrungspflicht/Treuepflicht (OR 321a I)**

AN hat die Interessen des AG in guten Treuen zu wahren (OR 321a I). Für leitende AN/Tendenzbetriebe gilt ein höheres Mass an Treuepflicht. Grenzen der Treuepflicht bilden die eigenen Interessen des AN (so ist Durchsetzung einer Lohnerhöhung durch Androhung der Kündigung zulässig). Aufgrund der dispositiven Natur von OR 321a ist die Nichtvornahme von Handlungen durch Weisung zulässig, darf aber nicht gegen ZGB 27 verstossen.

**Fälle der Treuepflichtverletzung durch Unterlassungspflicht** → AN muss alles unterlassen, was AG in seinen Interessen schädigen könnte:

- Keine unerlaubte Nutzung von Einrichtungen des AG für private Zwecke (z.B. Internet)
- Keine Annahme von Schmiergeldern
- Verletzung der Herausgabe wichtiger Geschäftsunterlagen
- Aktives Abwerben von Kunden/Mitarbeitenden
- Keine aktive Konkurrenzierung des Arbeitsverhältnisses
- Keine Rufschädigung ggüb. Dritten
- Hinweise auf interne Mängel/Probleme (sog. Whistleblowing): Beschreiten des Dienstweges. Gang in die Öffentlichkeit ist nur als ultima ratio möglich (BGE 127 III 310)
- Arbeitsverrichtung während der Dauer von Arbeitsunfähigkeit i.S.v. OR 324a

**Fälle der Treuepflichtverletzung durch positives Handeln** → AN muss Schaden von AG abwenden:

- Nichtanbieten von Hilfe in betrieblichen Notsituationen
- Sexuelle, verbale, non-verbale Belästigungen am Arbeitsplatz
- Begehen von strafbaren Handlungen zu Lasten des AG oder der Arbeitskollegen (BGer 4A\_163/2018, E. 3)
- Eigenmächtiges Handeln gegen die Interessen und den Willen des AG
- Melde und Informationspflicht an den Vorgesetzten (JAR 2010 370 ff.)
- Verfolgung der Unternehmensziele durch AN
- Vorübergehende Änderung des AV bei Zumutbarkeit (AGer ZH JAR 2002 165)
- Nachkommen einer vertrauensärztlichen Untersuchung
- Rechtzeitiges Melden von vorhersehbaren Absenzen (BGer 4A\_521/2016, E. 3.5)

#### **4.3.4 Verbot von Schwarzarbeit/Nebenbeschäftigung (OR 321a III)**

AN darf ausserhalb der Arbeitszeit weiter Arbeiten übernehmen (sog Nebenbeschäftigung), soweit keine vertragliche Abmachung entgegensteht. Nebenbeschäftigung ist eine neben der Hauptbeschäftigung geleistete entgeltliche/unentgeltliche Tätigkeit in einem kleinen Arbeitspensum (<25%) i.d.R. ausserhalb der vertraglichen Hauptarbeitszeit bei einem anderen AG. Verboten ist die Nebenbeschäftigung:

- Wenn durch AG ausdrücklich verboten/Einverständnis eingeholt werden muss
- Wenn der AN durch seine Nebenbeschäftigung in seiner Leistungsfähigkeit herabgesetzt wird und deshalb ausserstande ist, seine Arbeitspflicht im Vollbesitz seiner körperlichen/geistigen Kräfte voll zu erfüllen (übermässige Beschäftigung in der Freizeit)
- Bei **Schwarzarbeit**, d.h. bei konkurrenzierender Tätigkeit (=Anbieten gleichartiger Leistungen für gleiches Kundenbedürfnis an mind. teilweise überschneidenden

Kundenkreis, vgl. [BGer 4C.221/2004](#)) entgeltlich/unentgeltlich: Ist i.d.R. ein Grund für eine fristlose Entlassung.

#### **4.3.5 Rechenschafts- und Herausgabepflicht (OR 321d)**

AN muss rechtzeitig (d.h. sofort und ohne Mahnung), vollständig, wahrheitsgetreu und unaufgefordert über alles Rechenschaft ablegen und melden resp. alles herausgeben, was er im Rahmen seiner Tätigkeit von Dritten für den AG entgegengenommen hat (z.B. Geld, Gegenstände, Schmiergelder, Urkunden, Geräte, Bestellungen, Informationen, Berichterstattung, Rapporte, Aufstellungen, etc.). Der AG kann entgegengenommene Geldbeträge mit den fälligen Lohnforderungen verrechnen.

Die Herausgabepflicht erstreckt sich auch auf alles was der AN in Ausübung seiner Tätigkeit hervorbringt (z.B. Arbeitserzeugnisse, Pläne, Gutachten, Kundenlisten, Skizzen). OR 321d ist dispositiver Natur.

#### **4.3.6 Geheimhaltungspflicht (OR 321a IV)**

Bezieht sich auf alle Tatsachen, von denen der AN im Laufe des Arbeitsverhältnisses Kenntnis erlangt und die der AG geheim halten will:

- Geschäfts- (kaufmännisch-organisatorischer Bereich), Fabrikations- (technischer Bereich), Forschungsgeheimnisse
- persönliche und finanzielle Verhältnisse
- Dazu gehört auch das Abschliessen/Wegräumen von Dingen und Unterlagen

Sie gilt gegenüber Dritten (inkl. Familienangehörigen) und Arbeitskollegen. Eine allfällige Verletzung wird auch strafrechtlich sanktioniert (StGB 162). Während dem Arbeitsverhältnis gilt eine absolute Geheimhaltungspflicht (AN darf nichts mitteilen, was AG geheim halten möchte). Nach Beendigung wird Geheimhaltungspflicht gelockert und sie gilt nur noch insoweit, als dass es zur Wahrung berechtigter Interessen des AG erforderlich ist. Grds. ist der AN dazu berechtigt, seine Fähigkeiten/Erfahrungen zu seinem beruflichen Fortkommen zu verwerten und (unter Vorbehalt des Konkurrenzverbots i.S.v. OR 340 ff.) den Kundenkontakt weiter zu pflegen. Die Geheimhaltungspflicht ist dispositiver Natur.

#### **4.3.7 Befolgen von Anordnungen und Weisungen (OR 321d)**

AG darf über Art, Umfang, Ort bzw. Zeitpunkt der Ausführung der Arbeit und Verhalten des AN im Betrieb einseitige Anordnungen erlassen und Weisungen erteilen. AN muss die ihm erteilten Weisungen nach Treu und Glauben befolgen.

- -Die Weisungen können im EAV, GAV, BO, Anschlag oder individuell erfolgen
- Sie sind einseitig und empfangsbedürftig. Sie können mündlich oder schriftlich erfolgen

- Das Weisungsrecht gilt für den mittelbaren (Personalverleih) und den unmittelbaren AG. Jedoch nicht für die Muttergesellschaft ggü. AN der Tochtergesellschaft ([JAR 2003 181](#))

Die Weisungen dürfen/müssen jedoch:

- Nur betriebliche Interessen betreffen (ausser bei Tendenzbetrieben), d.h. Zielanweisungen, Fachanweisungen, Verhaltensanweisungen
- Vertragliche Abmachungen (z.B. GAV) nicht verletzen (AG darf durch Weisung die wesentlichen Vertragspunkte nicht ändern)
- Verhältnismässig sein und Treu und Glauben nicht verletzen
- Nicht gesetzes- oder vertragswidrig sein.
- Nicht schikanös oder diskriminierend sein
- Zumutbar für AN sein (Familie, Gesundheit, zusätzlicher Job, Arbeitsweg)

Wie weit das Weisungsrecht gehen darf, ist im Einzelfall zu prüfen. Soweit aber ein RFG wie das Einverständnis des AN oder überwiegende Interessen des AG gegeben sind (z.B. Kameraüberwachung [vgl. BGer 6B\\_536/2009](#)) ist die Weisung nicht rechtswidrig.

#### **Rechtsfolge bei Nichtbefolgung von rechtskonformen Weisungen:**

- Siehe unten bei Verletzung der Treuepflicht (Verletzung der Befolgungspflicht)
- Kürzung/Verweigerung einer Gratifikation (evtl. Konventionalstrafe)
- Sofern sich die Weisung auf Arbeitspflichterfüllung bezieht: Lohnkürzung möglich

#### **Rechtsfolge bei Nichtbefolgung von rechtswidrigen Weisungen:**

- AN darf nach Abmahnung seine Arbeit verweigern und AG in Arbeitgeberverzug i.S.v. OR 324 setzen.
- Wiederholte Befolgung stellt aber eine Vertragsänderung (OR 1 i.V.m. OR 6) dar!

### **4.4 Verletzung der Treuepflicht**

#### **4.4.1 Schadenersatzpflicht gemäss OR 321e**

##### **Voraussetzungen für Haftung aus OR 321e i.V.m. OR 97**

1. Schaden
2. Vertragswidrigkeit/Sorgfaltspflichtverletzung (gesetzliche/vertragliche Pflichten):  
Materialschaden, Interessenwahrung, Schlechterfüllung
3. Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schaden
4. Verschulden (leichte/mittlere/grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz). Dabei ist der Massstab der obj. Fahrlässigkeit nach OR 321e II zu ermitteln. Mangelhafte Anweisung, schlechte Arbeitsorganisation und fehlende Überwachung durch den AG wirken haftungsmildernd. Das Verschulden wird vermutet und der AN kann sich exkulpieren.



Art und Grösse des SE wegen Schlechterfüllung wird im Streitfall durch den Richter bestimmt, welcher den Grad des Verschuldens und auch die finanzielle Leistungsfähigkeit/Lohnhöhe zu berücksichtigen hat (OR 99 III, Or 43 I).

Leichte Fahrlässigkeit kann wegbedungen werden. Unzulässig sind aber Vereinbarungen von Kausalhaftungen, Pauschalbeträge für allfälligen Schaden, Kostenbeteiligung/Versicherungsprämie oder Mankoklauseln. Zulässig ist hingegen die Wegbedingung der leichten Fahrlässigkeit (OR 100 II).

#### **4.4.2 Weitere rechtlich möglichen Schritte bei Sorgfaltspflichtsverletzung:**

- Kündigung, bei wichtigen Gründen/schwerer Verletzung der Treuepflicht fristlos (OR 335, OR 337)
- Disziplinar massnahmen (Verweisung/Verwarnung) oder als besondere Disziplinar massnahmen in Form der Vertrags-/Konventionalstrafe (BGE 144 III 327, E. 5.2 -5.5)

→ MERKE: Verletzung der Pflichten hat nie eine Lohnkürzung zur Folge. Der SE-Anspruch wird jedoch mit dem Lohn verrechnet, was wiederum zu einer faktischen Lohnkürzung führt. Die Kündigungsmöglichkeit des AG bleibt vorbehalten. Der SE-Umfang bemisst sich nach OR 99 III.

#### **4.4.3 Besondere Formen der Sorgfaltspflichtverletzung**

- Schuldhaftes Nichterfüllen des Vertrags (fehlende/vertragswidrige Arbeitsleistung oder schuldhaftes Verunmöglichen der Arbeitsleistung). AG hat folgende Möglichkeiten:
  - Lohnwegfall: AG kann Lohnzahlung verweigern (OR 82)
  - Klage auf Erfüllung: AG kann auf Erfüllung seiner Verpflichtung klagen (OR 107 II i.V.m. 292 StGB)
  - Schadenersatz (OR 321e i.V.m. OR 97)
  - Fristlose Kündigung: Beharrliche Arbeitsverweigerung ist ein wichtiger Grund i.S.v. OR 337 I.
- Bei nicht schuldhafter Nichterfüllung
  - Nachträgliche, objektiv unmögliche von keiner Partei zu vertretende nicht schuldhafte Nichterfüllung: OR 119 II → Jede Partei ist von Leistungspflicht befreit. Jedoch hat AG das Betriebsrisiko zu tragen (Sphärentheorie), wenn sich die Unmöglichkeit in seinem Herrschaftsbereich ereignet. Er bleibt daher weiterhin lohnzahlungspflichtig.
  - Nachträgliche subjektiv unmögliche nur in der Person des AN begründete, nicht schuldhaftes Nichterfüllen: OR 324a OR.

## 5 Pflichten des AG

### 5.1 Lohnpflicht (Hauptpflicht, OR 322 ff.)

- Ist das Gegenstück zur Arbeitspflicht des AN.
- Bei mittelbaren Arbeitsverhältnissen trifft Personalverleiher als unmittelbarer AG die Lohnzahlungspflicht. Bei gestuften Arbeitsverhältnissen der AN gegenüber seinen Hilfspersonen.
- AN darf nach Vertragsschluss auf Lohnforderung verzichten (nicht von OR 322 umfasst). Ein vorgängiger Verzicht führt jedoch dazu, dass kein Arbeitsverhältnis vorliegt.
- Kein Rechtsmissbrauch wenn Lohnforderungen erst im Rahmen resp. gegen Ende der fünfjährigen Verjährungsfrist geltend gemacht werden.
- Lohn = sämtliche im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ausgerichteten resp. in engem Zusammenhang mit dem AV stehenden geldwerten Leistungen

#### 5.1.1 Lohnhöhe

- Höhe des Lohnes richtet sich nach dem EAV, gehört jedoch nicht zu den essentialia des AV und ist eingeschränkt durch kantonale Mindestvorschriften und GAV. Fehlt eine Regelung zur Lohnhöhe ist AV rechtgültig zustande gekommen und es ist der **übliche Lohn** geschuldet (OR 322). Üblich ist dabei derjenige Lohn, *der in derselben oder in ähnlicher Branche an dem betreffenden Ort für entsprechende Tätigkeiten unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse (Alter, Familienstand, Kinder, usw.) oder nach Massgabe eines für die Branche bestehenden, aber im konkreten Fall nicht anwendbaren GAV bezahlt wird.* Bei ausländischen AN/Schwarzarbeit ergibt sich Anspruch aus OR 342 II (Paritätslohn, vgl. auch [BGE 129 III 618, E. 5.1](#)). Form und Umfang gehören auch zur «Üblichkeit» des Lohnes (z.B. Gratifikation, 13. Monatslohn, Umsatzbeteiligung, etc.).
- Ein Irrtum in Bezug auf die Höhe und Form des Lohns führt nicht zum Dissens, sondern zu OR 320 II.
- Aufgrund Günstigkeitsprinzip darf Lohn überboten, jedoch keinesfalls unterschritten werden (→ Nichtigkeit).
- Die Höhe des Lohnes versteht sich ohne gegenteilige Abmachung immer als Bruttolohn.
- Die Sozialversicherungsbeiträge werden paritätisch getragen (Schuldner der gesamten Beiträge ist jedoch AG). Überbindung sämtlicher Lohnabzüge auf den AN ist nichtig.
- Nettolohnvereinbarung = vereinbarter Lohn nach Abzug von allen geschuldeten Abzügen (muss aber ausdrücklich vereinbart worden sein).
- Zu hohe Abzüge muss AG dem AN zurückerstatten. Wenn irrtümlich keine oder zu niedrige Abzüge vorgenommen wurden, ist AG zur Nachforderung berechtigt. Hat er die Sozialversicherungsbeiträge aber bewusst nicht abgeführt, darf dies nicht zu Lasten des gutgläubigen AN gehen und der AG hat für die vollen Beiträge selber aufzukommen.

- **Einseitige Lohnerhöhung** = Vermutung der stillschweigenden Zustimmung (OR 6)
- **Einseitige Lohnkürzung durch AG** = einseitige Vertragsänderung (nur unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zulässig).
- Stillschweigen des AN auf erfolgte Lohnkürzung darf vom AG nach Treu und Glauben nur dann als Akzept i.S. einer Tatsachenvermutung gewertet werden, wenn besondere Umstände vorliegen, ansonsten gelangt OR 6 bei einer Verschlechterung nicht zur Anwendung.
- Es muss **ausdrückliche/konkludente Zustimmung** erfolgen. In **wiederholten widerspruchslosen Entgegennahme** eines gekürzten Lohns kann eine tatsächliche Vermutung für eine stillschweigende Zustimmung über die gekürzte Lohnhöhe erblickt werden (**BGer 4A\_133/2015, E. 2**), sofern der AN anderenfalls mit ernsthaften Nachteilen (Kündigung) zu rechnen hat → vgl. **BGer 4A\_230/2018, E. 3**).
- Jedoch keine Lohnkürzung wenn Lohn wegen Minusstunden gekürzt wird (OR 82)
- GIG 3 II: Frauen haben Rechtsanspruch auf einen den Männern gegenüber gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit (BV 8 III, horizontale Drittwirkung: **BGE 125 III 368**). Lohnunterschiede, die auf individuell begründeten sachlichen Differenzierungen (Alter, Ausbildung, praktische Erfahrungen, Risiko, etc.) beruhen, sind in aller Regel erlaubt. Keine Lohnungleichheit liegt vor, wenn gewisse Berufe generell in einer tieferen Lohnkategorie eingestuft sind, auch wenn mehrheitlich Frauen in diesen Berufen tätig sind (**BGer 8C\_693/2016**). Blosser Glaubhaftmachung reicht aus (GIG 6). Eine gegen die Lohnungleichheit verstossende Vereinbarung ist nichtig und an ihre Stelle tritt ein Leistungsurteil. Die Gleichheit darf zudem nicht durch Senkung der höheren Löhne herbeigeführt werden.

### 5.1.2 Lohnarten

Auch Bestimmung der Art des Lohnes ist in erster Linie Sache des EAV. OR 322 II stellt die Vermutung des Naturallohns auf, wenn der AN in der Hausgemeinschaft des AG lebt, wobei sich der Begriff der Hausgemeinschaft nach ZGB 331 f. richtet. Sämtliche Lohnarten sind grds. steuer- und sozialversicherungspflichtig.

- **Naturallohn:** Verpflegung (Kost), Unterkunft (Logis), Dienstwagen (für Privatgebrauch), Dienstwohnung, Mitarbeiteraktionen zum Vorzugspreis, Warenbezug, Mitarbeiteraktien zum Vorzugspreis (**BGE 131 III 615**), Kryptowährung und weitere fringe benefits. Bezug von verbilligten Produkten/Gebrauch gewisser Räumlichkeiten ist dann kein Naturallohn, wenn sie bloss von der Betriebszugehörigkeit abhängen und nicht von der individuellen Arbeitsleistung. Naturallohn ist steuer- und sozialversicherungsbeitragspflichtig.
- **Geldlohn:**

- **Zeitlohn:** Entlöhnung nach Zeitabschnitten ohne Rücksicht auf Arbeitsergebnis (Stundenlohn, Tageslohn, Wochenlohn, Monatslohn), wobei bei Stunden- und Tageslöhnen nur die reine geleistete Arbeitszeit entlohnt wird, während bei Wochen- und Monatslöhnen Zeitschwankungen miterfasst werden (Lohn ist immer gleich hoch, unabhängig ob Monat 28 oder 31 Tage hat). Stundenlohn ist deshalb oft etwas höher, weil Zeitschwankungen ausgeglichen werden, dies stellt aber keine Lohnungleichheit dar. Die Lohnhöhe darf auch abhängig gemacht werden von Tageszeit und Einsatzort. Kürzung wegen Krankheit oder Kündigung ist jedoch nicht zulässig. Stundenlöhner haben gleiche Rechte wie alle anderen Lohnempfänger (OR 319 II). Bei **echter «Arbeit auf Abruf»** ist auch für ausserbetrieblichen Bereitschaftsdienst/Pikettdienst Lohn geschuldet, die Entlöhnung kann aber reduziert werden oder im Lohn integriert sein ([BGE 124 III 252, E. 3c](#)).
- **Erfolgsabhängige Löhne:**
- **Akkordlohn:** Entlöhnung nach der geleisteten quantitativen Arbeit ohne Rücksicht auf Länge der Arbeitszeit oder das qualitative Arbeitsergebnis. Einzelakkord (einzelner AN arbeitet) oder Gruppenakkord (Betriebsgruppe arbeitet und Entgelt wird nach Verteilschlüssel aufgeteilt). Reine Akkordlöhne sind in der Praxis selten. OR 326 gilt zwingend. AG ist grds. nicht berechtigt statt Akkordlohn Zeitlohn zuzuweisen (ausser OR 326 II).
  - **Gewinnbeteiligung:** Anteil am Geschäftsergebnis (OR 322a) ist eine Erfolgsvergütung welche zusätzlich zum Lohn gewährt wird. Wenn diese am Gesamterfolg des Unternehmens ausgerichtet wird handelt es sich um Gewinnbeteiligung. Diese besteht i.d.R. in % des jährlichen Reingewinns und ist von der individuellen Leistung des AN abhängig. Massgeblich ist der Gewinn gemäss ER. Wenn die Art der Berechnung nicht vertraglich festgelegt wurde, kommt OR 958 ff. zum Zuge. Der Anspruch vermindert sich pro rata temporis. Fällig wird der Anspruch spätestens 6 Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres (OR 323 III). Dem AN sind die erforderlichen Auskünfte und Einblick in die Bücher zu gewähren (OR 322a II). Im Streitfall entscheidet der Richter (OR 343).
  - **Provision:** Zuschlag wird am Wert eines einzelnen Geschäfts ausgerichtet. Provision kann auch die einzige Art des Lohns sein (OR 349a II). Die Forderung entsteht im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses mit dem Kunden (OR 322b I). Geschäftsabschluss resp. Vermittlung muss aber kausal zum Einsatz des AN sein (sofern nichts anderes verabredet). Bei Ratenzahlung kann Provision bei jeder Rate ausbezahlt werden (OR 322b II). Fällt das Geschäft ganz oder teilweise nachträglich dahin, so wird Provision ermässigt oder es besteht Rückerstattungsanspruch (OR 322b II), sofern nichts anderes vereinbart (z.B. bei zugesicherter Mindestprovision).

- **Umsatzbeteiligung:** Richtet sich nach dem Absatz von Waren/DL. Erstreckt sich auf alle vollzogenen Geschäfte, gleichgültig von wem sie abgeschlossen wurden.
- **Gratifikation und Bonus:** Prämien und Boni für besonders befriedigende Arbeitsleistungen oder Kader-MA sind nicht vom Gesetz umfasst. Es muss durch Auslegung bestimmt werden, ob es sich bei den Prämien um Lohn oder Gratifikation handelt.

<b>Bonus = Lohn (OR 322a)</b>	<b>Gratifikation (OR 322d)</b>
<p>Lohnbestandteil</p> <p>Wird ausgerichtet aufgrund Geschäftsabschluss/Leistung</p> <p>Höhe ist variabel, objektiviert nach Leistung/Plan</p>	<p><u>Freiwillige</u> Leistung des AG, welcher er zufolge eines bestimmten Anlasses (Geschäftsabschluss, Leistung, Weihnachten) gewährt. Steht nicht in direktem Zusammenhang mit geschäftlichem Erfolg, daher keine Beteiligung am Geschäftsergebnis. Einmalige Zulage pro Jahr, welche zum Lohn hinzutritt. Fällt i.d.R. tiefer aus als der fixe Lohn. Setzt grds. ein ungekündigtes AV voraus.</p>
<p>Vertraglicher/konkludenter Anspruch, sofern objektiv (Anspruch/Höhe) im Voraus bestimmt oder bestimmbar, z.B. auf vertraglichem Element beruht, welches <u>kein Ermessen</u> des AG und keine subj. Einschätzung des AN zulässt.</p>	<p>Vertraglicher/konkludenter Anspruch, aber Auszahlung ist ungewiss resp. im Ermessen des AG (<b>echte Gratifikation</b>). Auszahlung unterliegt dem Grundsatz der Gleichbehandlung, AN darf ggüb. Vielzahl anderer AN nicht in persönlichkeitsverletzender Weise diskriminiert werden (<a href="#">BGer 4A_356/2011, E. 7.4 und E. 9.6</a>)</p>
<p>Sofern vertraglicher oder konkludenter Anspruch oder freiwillige Leistung, aber Höhe unbestimmt resp. Ermessen des AG überlassen ist und etwa gleich hoch/höher ausfällt als Fixlohn, also akzessorische Natur hat (sog. <b>Unechte Gratifikation</b>, gehört auch zu Erfolgsvergütungen) bei niedrigen, mittleren oder höheren Gesamteinkommen</p>	<p>Vertraglicher oder konkludenter Anspruch oder freiwillige Leistung, Höhe unbestimmt ist (<b>unechte Gratifikation</b>)/im Ermessen des AG, aber <u>sehr hoher</u> Gesamtlohn (5x Medianlohn), <a href="#">BGE 141 III 407, BGE 142 III 381, E.2.</a></p>

<p>Bei wiederholter Ausrichtung (ab 3 Jahren) wird ein Anspruch angenommen, auch bei vorbehaltener und ernstgemeinter Freiwilligkeit (BGE 129 III 276)</p>	
--	--

→ Die Unterscheidung zwischen Lohn und Gratifikation ist deshalb wichtig, weil nur beim Bonus als Lohn ein pro rata temporis-Anspruch besteht (Ausnahme: OR 322d II).

- **13. Monatslohn:** Wie der 13. Monatslohn qualifiziert wird, muss im Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden. Er kann nämlich sowohl als Gratifikation (OR 322d) resp. im Ermessen des AG liegen und auch an gewisse Bedingungen geknüpft werden. Falls ein solcher Wille nicht erkennbar ist, ist er aber als fester Lohnbestandteil geschuldet und wird am Ende des AV pro rata temporis ausgerichtet.
- **Lohnzulagen:** Teuerungsanpassungen, Schichtzulagen, Schutzzulagen, Zulagen für besondere Anlässe, verdeckte Spesen, echte Gratifikation. Spesenpauschalen werden nur als solche anerkannt, wenn tatsächlich Spesen anfallen. Ansonsten gelten sie als Lohn. Gelegenheitsgeschenke bei bestimmten Anlässen (sofern unter Fr. 500.-) zählen nicht als Lohn.

## 5.2 Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung

Grundatz: Ohne Arbeit kein Lohn (OR 82 i.V.m. OR 119 II). Jedoch bestehen i.S.v. 119 III Ausnahmen bei:

### 5.2.1 Annahmeverzug des AG (OR 324 I)

- Arbeitsleistung wird nach Vertragsschluss durch den AG verschuldet oder unverschuldet unmöglich (z.B. AG weist keine Arbeit zu oder stellt den AN nach erfolgter Kündigung frei, Betriebsschliessung, Fehldispositionen, ungenügender Gesundheitsschutz, Materialmangel, Verletzung von Persönlichkeitsrechten/Fürsorgepflichten etc.).
- AN muss seine Arbeitsleistung anbieten, wobei auf das Arbeitsangebot verzichtet werden kann, wenn es nach Treu und Glauben oder nach den Umständen zwecklos erscheint (z.B. bei Freistellung)
- AN behält seine vertragsmässige Lohnforderung, ohne zur Nachleistung der versäumten Arbeit verpflichtet zu sein. AN ist aber auch weiterhin an Treuepflichten gebunden.
- Ist durch die Pflicht zur Anrechnung von Ersparnissen begrenzt (sog. Schadenminderungspflicht, OR 324 II)
- Herabsetzung des Lohnanspruchs durch Mitverschulden des AN (OR 321e II) ist nach OR 323b II möglich.

- Bei ursprünglicher Unmöglichkeit (z.B. Betriebsstätte ist abgebrannt, Arbeitgeber ist im Konkurs) ist der Vertrag nicht zustande gekommen
- Bei nachträglicher Unmöglichkeit, welche weder vom AN noch vom AG zu vertreten ist (z.B. höhere Gewalt) kommt grds. OR 119 II zur Anwendung: Beide Parteien sind ihrer Hauptpflichten enthoben. Nach OR 119 III kann aber die Gefahr auf den AG übergehen (Sphärentheorie, Tragung des Betriebsrisikos) und die Lohnzahlungspflicht bleibt bestehen (davon umfasst sind Unmöglichkeiten wegen betrieblicher (Betriebsstörung, Energieunterbruch, Maschinenschaden, Personalmangel, Naturkatastrophe), wirtschaftlicher (Rohstoff-/Auftragsmangel) oder behördlicher Gründe (Landestrauer, staatliches Verbot)  
*Ausnahme:* Bei Betriebsstörung wegen Arbeitskampf muss AG das Betriebsrisiko nicht auf sich nehmen!
- Rechtsfolge von OR 324 I findet auch Anwendung, wenn Arbeitsleistung nicht nur vorübergehend, sondern endgültig unmöglich ist.

### 5.2.2 Leistungsverzug des AN bei verschuldeter Arbeitsverhinderung (OR 82/97)

Bei subjektiv ursprünglicher/nachträglicher verschuldeter Verhinderung, bleibt der AV gültig, der Lohnanspruch entfällt und der AG kann aufgrund OR 97 Schadenersatz verlangen (Verletzung der Arbeitspflicht, Treuepflicht, Sorgfaltspflicht, Befolgungspflicht).

### 5.2.3 Leistungsverzug des AN bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung (OR 324a)

- **Ursprüngliche objektiv unverschuldete Arbeitsverhinderung:** Vertrag ist nicht zustande gekommen.
- **Nachträgliche objektiv unverschuldete Arbeitsverhinderung:** Arbeitspflicht des AN und Lohnzahlungspflicht des AG entfällt aufgrund OR 119 II(z.B. Naturgewalt, Unruhen, Verkehrschaos, Streik, Autopanne, Seuchen, politische Unruhen)
- **Subjektive unverschuldete Arbeitsverhinderung:** Aufgrund Krankheit, Unfall, Schwangerschaft, Militär, Zivildienst oder aufgrund familiärer (z.B. Betreuung naher Angehöriger, i.d.R. 3 Tage) oder amtlicher Pflichten (Zeuge, Geschworene, Feuerwehr): Lohnfortzahlung aufgrund OR 324a, sofern AV
  - beim nämlichen AG
  - mehr als 3 Monate in einem unbefristeten AV (Lohnanspruch beginnt sodann ab dem ersten Tag des 4. Monats zu laufen auch wenn AUF bereits vorher eingetreten ist) oder sofern befristetes AV für mehr als 3 Mt. eingegangen wurde (Lohnanspruch ab dem 1. Tag des AV).a Lohnanspruch endet nach Ablauf der angemessenen Dauer resp. mit Ablauf der Kündigungsfrist bzw. Vertragsdauer und

- die Arbeitsverhinderung nicht offensichtlich verschuldet ist, das heisst kein Vorsatz, kein offensichtliches Fehlverhalten oder grobes Verschulden des AN, auch sportlich riskante Tätigkeiten sind im Zweifel als unverschuldet zu betrachten ebenso wie die nicht notfallmässig vorgenommene medizinisch indizierte Behandlung. Als nicht unverschuldet gelten Schönheits-OPs oder präventive Massnahmen (Impfungen/Kuren).

Auch die arbeitsplatzbezogene Arbeitsverhinderung (z.B. aufgrund Mobbing) fällt unter OR 324a, wobei sich der AN aufgrund der Schadenminderungspflicht eine Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz gefallen lassen muss (BGer 8C\_708/2014, E. 4.3).

AG kann grds. ab erstem Verhinderungstag Arbeitsunfähigkeitszeugnis verlangen. Kann der Beweis der AUF nicht erbracht werden, entfällt die Lohnfortzahlungspflicht. Hat der AG die AUF verschuldet, haftet er analog OR 324.

#### **5.2.4 Dauer der Lohnfortzahlung (OR 324a II)**

Die Dauer der Lohnfortzahlung bei subjektiver, unverschuldeter Arbeitsverhinderung bestimmt sich nach OR 324a II (3 Kalenderwochen) und danach für eine angemessene längere Zeit (Zürcher Skala für Ostschweiz, Zentralschweiz, Berner Skala für Westschweiz, Basler Skala für BS/BL). Es ist der übliche Lohn geschuldet (inkl. Naturalleistungen, Zulagen und Bonus (sofern Lohnbestandteil). Bei mehreren voneinander unabhängigen Verhinderungen im selben Dienstjahr erfolgt eine Zusammenrechnung aller Absenzen. Erstreckt sich die AUF auf das nächste Dienstjahr, so beginnt der Lohnfortzahlungsanspruch wieder neu, unabhängig davon, ob AN den Anspruch des Vorjahres voll ausgeschöpft hat oder nicht. Bei Kettenarbeitsverträgen (mehrere befristete AV) wird die Vertragsdauer zusammengerechnet.

#### **5.2.5 Ersatz der Lohnfortzahlung durch Versicherungsleistungen**

- Bei obligatorischen Versicherungen (UVG, EO, IV. MV) hat der AN Anspruch auf ein Taggeld von 80% (70%) des letzten effektiven Lohnanspruchs. Der AG muss die Differenz nicht übernehmen (OR 324b I).
- AG muss jedoch auch während der Karenzfrist von 3 Monaten zu Beginn des unbefristeten AV sozialversicherungsrechtliche Wartezeiten (bei UVG 3 Tage) mit 80% des Lohnes überbrücken resp. wenn der Lohn höher ist als der versicherte Verdienst beim UVG von CHF 148'200.- (OR 324b II und III, umstritten!). Dies jedoch nur für eine angemessene Dauer (OR 324a)
- Von OR 324a kann in Form einer freiwilligen Taggeldversicherung abgewichen werden, sofern diese für den AN mindestens gleichwertig ist (OR 324a IV) mit direktem Forderungsrecht gegenüber der Versicherung (Vertrag zu Gunsten Dritter, OR 112 II) und gleichzeitiger Befreiung der Lohnfortzahlungspflicht des AG. Gültigkeitserfordernis ist die Einhaltung der Schriftform. Gleichwertigkeit liegt vor bei 80% des Lohns während



max. 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen bei einer Wartezeit von max. 3 Tagen und hälftige Prämienlast ([BGer 4A\\_514/2018, E. 3.1](#)). Unterlässt es der AG trotz vertraglicher Vereinbarung eine KTG-Versicherung abzuschliessen, haftet er uns seine Organe für den daraus entstandenen Schaden aus OR 97 ([BGE 141 III 112, E. 4.5](#)). Hat die Versicherung einen Gesundheitsvorbehalt gegenüber dem AN angebracht, so bleibt der AG gemäss OR 324a lohnfortzahlungspflichtig.

- AG kann entweder 100% des Lohnes weiter ausrichten. Dann zahlt Taggeldversicherung dem AG die Taggelder aus unter Bedingung, dass AG den Lohn an AN ausrichtet.

### **5.2.6 Lohnauszahlung**

Ort der Lohnzahlung ist den Umständen zu entnehmen (OR 74 I), sofern nichts anderes ausdrücklich vereinbart wurde oder sich durch konkludentes Handeln ergibt. I.d.R. ist es die Betriebsstätte resp. heute eher die Überweisung auf ein Post- oder Bankkonto.

Barauszahlung ist auch möglich. Die Festsetzung der Fälligkeit bestimmt sich nach OR 323 I und II. Die Auszahlung hat in Landeswährung zu erfolgen. Der AN hat Anspruch auf eine schriftliche Abrechnung (OR 323b I). Sie muss vollständig und verständlich sein sowie alle Abzüge aufführen. Die Verjährungsfrist beträgt 5 Jahre (OR 128 Ziff. 3 i.V.m. OR 341). Abreden über die Verwendung des Lohnes im Interesse des AG sind nichtig (OR 323b III), sog. Truckverbot.

Ist der AG mit seiner Lohnforderung im Rückstand, kann der AN nach erfolgloser Mahnung seine Arbeitsleistung für die laufende Lohnperiode verweigern. Für die Dauer der Leistungsverweigerung steht ihm der Lohn analog OR 324 I ebenfalls zu.

Der Lohn ist gemäss SchKG 93 nur beschränkt pfändbar (bis zum betriebsrechtlichen Existenzminimum). Im Normalfall darf das Einkommen nur bei Fälligkeit und Gegenseitigkeit von Forderungen (Schadenersatz, zu viel bezahlter Lohn, Darlehen, etc.) bis zur Höhe des Existenzminimums verrechnet werden. Bei absichtlich zugefügtem Schaden ist eine unbeschränkte Verrechnung möglich (OR 323b II i.V.m. OR 361). Der AN kann demgegenüber künftige Lohnforderungen nicht abtreten resp. bei Unterhaltsansprüchen nur bis zum betriebsrechtlichen Existenzminimum.

### **5.3 Weisungsrecht (OR 321d II)**

Durch OR 328 wird das Weisungsrecht des AG beschränkt (z.B. ist Vertrauensärztliche Untersuchung nur bei Verdacht auf Arbeitspflichtverletzung oder aus betrieblichen Gründen zulässig). Vgl. oben Ziff. 4.3.7.

## 5.4 Fürsorgepflichten

Die Fürsorgepflicht (OR 328) hat ihre Legitimation im Abhängigkeitsverhältnis des schwächeren AN gegenüber dem stärkeren AG. Sie dient dem Schutz der Persönlichkeit, des Vermögens und der Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens und ist das Gegenstück zur Treuepflicht des AN. Der Umfang der Pflicht bemisst sich nach Art. 2 ZGB. Die Fürsorgepflicht beginnt erst mit Stellenantritt, bzgl. des Persönlichkeitsschutzes und der Geheimhaltungspflicht aber schon vorvertraglich. Sie endet mit Ende des Arbeitsverhältnisses (Nachwirkungen bzgl. Datenschutz und Schutz des wirtschaftlichen Fortkommens).

### 5.4.1 Fürsorgepflicht (OR 328 ff.): Schutz der Persönlichkeit

OR 328 ist lex specialis zu ZGB 28. Zum Schutz der Persönlichkeit gehören

- Schutz von Leben und Gesundheit, körperliche, psychische, geistige Integrität, Gefahrenabwehr (auch von Dritten), Recht auf Beschäftigung (wobei diese Pflicht durch überwiegende Interessen des AG beschränkt ist; i.d.R. entfällt die Beschäftigungspflicht bei erfolgter Kündigung für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, wobei sich bei Berufen bei denen Training für das wirtschaftliche Fortkommen notwendig ist, aus OR 328 eine Beschäftigungspflicht ableiten lässt), Schutz vor Mobbing (=feindliches, systematisches und wiederholtes Isolieren und Diffamieren eines MA über längere Dauer anhaltend) und sexueller Belästigung, Schutz des Eigentums des AN vor Diebstahl sowie die schonende Rechtsausübung nach langem AV (BGer 4A\_384/2014, E. 4.2).
- Wahrung der Sittlichkeit und Ehre des AN: keine Blossstellung, Beleidigung, Rassismus und Verletzung geschlechtsbezogener Gefühle/Sexualität. Davon ausgenommen sind die datenschutzrechtlichen Rechtfertigungsgründe (DSG 13) wie höhere öffentliche/private Interessen und Einwilligung (insb. Erteilung von Referenzen)
- Gleichbehandlungsgrundsatz: Verbietet die willkürliche Schlechterstellung einzelner AN im selben Betrieb (BGE 129 III 276, E. 3.1), z.B. Paritätslohn für Heimarbeiter und Ausländer, gleicher Lohn für Mann und Frau, Verbot der geschlechtsbezogenen Diskriminierung, unbegründete Ungleichbehandlung und unbegründete Lohndiskriminierung. Der AG kann den AN jedoch zu unterschiedlichen Konditionen einstellen, wenn dafür sachliche Gründe geltend gemacht werden können (BGE 145 II 153). Gemäss GIG 3 II gilt das Verbot von geschlechterbezogener Ungleichbehandlung nebst der Einstellung auch für die Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus-/Weiterbildung und Beförderung. Nach GIG 6 wird eine Diskriminierung vermutet, wenn sie glaubhaft gemacht wird. Das Verbot der sexuellen Belästigung (GIG 4) umfasst beide Geschlechter. Als diskriminierend gelten

insb. das Versprechen von Vorteilen, das Ausüben von Druck, Verletzung der Intimsphäre oder sexistische Sprache.

- Schutz von Leben und Gesundheit (OR 328 II): Gestaltung möglichst gefahrenlosen Arbeitsablaufs, Überwachung der Einhaltung der Sicherheitsvorkehrungen, Kontrolle der AN, Rücksichtnahme bei Anordnungen auf ihre körperlichen/intellektuellen Eigenschaften. Konkrete Schutzpflichten ergeben sich aus ArG (z.B. Art. 6 ArG) und Unfallverhütungsvorschriften gemäss UVG. AG haftet, wenn Arbeitsmittel mangelhaft sind, von einem Inspektorat Vorbehalte bzgl. Sicherheit gemacht wurden oder für die Unterlassung einer genügenden Instruktion/Kontrolle der AN ([BGer 4A\\_189/2015, E. 3](#)).

Der AG hat alle Eingriffe in die Persönlichkeit des AN zu unterlassen, die nicht durch den AV gerechtfertigt sind. Der Eingriff in die Persönlichkeitsgüter darf nicht weiter gehen, als es für die Zwecke des AV unbedingt erforderlich ist. OR 328 beschränkt den allgemeinen Persönlichkeitsschutz von ZGB 28 funktional/zeitlich auf das Arbeitsverhältnis, Rechtfertigungsgründe und Rechtsfolgen bleiben jedoch anwendbar. Beim Personalverleih werden die AG-Pflichten aufgeteilt. Die Lohnpflicht verbleibt beim AG, die Fürsorgepflicht beim Einsatzbetr.

Beispiele: Blossstellung/Diffamierung von MA, Erheben unbewiesener Vorwürfe, Streuen von Gerüchten, Vorwurf ein «Macho» zu sein, Abwehr von Drohungen sowie tätlichen/verbalen Angriffen, Beilegung von Spannungen unter MA oder mit Dritten ([BGer 8C\\_2010, E. 5.3.3](#), wonach die Kündigung rechtsmissbräuchlich sein kann, umso mehr der AG den Konflikt mitverursacht hat)

## 5.4.2 Datenschutz

- **Überwachung:** OR 328b verweist auf das DSG. AG darf nur diejenigen Personendaten erheben, welche die Eignung des AN für das AV betreffen oder für die Durchführung des AV erforderlich sind. Das Sammeln von Daten, die über OR 328b hinausgehen, stellt ohne Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes (DSG 13) eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar. Überwachungsmassnahmen sind rechtmässig wenn sie:
  - Einen Rechtfertigungsgrund wie höheres privates oder öffentliches Interesse (vgl. auch [BGer 4A\\_144/2018, E. 2](#)) oder Gesetz haben (DSG 13).
  - Vorgängig bekannt gegeben werden (Grundsatz der Transparenz, DSG 4)
  - Verhältnismässig sind (DSG 4), d.h. nur das Notwendige, nur Eckdaten
  - Nach Treu und Glauben erfolgen (DSG 4)

Nicht rechtmässig sind Überwachungsmassnahmen wenn sie geheim erfolgen ([BGE 139 II 7, E. 7](#)), es sich um reine Verhaltenskontrollen handelt, eine dauernde Überwachung

stattfindet, kein höheres privates Interesse erkannt werden kann oder private Inhalte erfasst werden.

Beispiele:

- Gesundheitsgefährdend und persönlichkeitsverletzend sind zudem Datenerhebungen mittels Kameraüberwachungen soweit sie ständig oder nur auf das Personal gerichtet sind und nicht der Verhinderung von Straftaten dienen (Art. 26 ArGV3).
- Auch das Überwachen des Telefonierens in Form der Aufzeichnung von Randdaten ist nur zulässig, wenn es um die Kontrolle bzgl. Einhaltung eines Telefonnutzungsreglements geht und die Überwachung angekündigt worden ist.
- Verboten ist das Öffnen der privaten E-Mail-Post (vgl. Leitfaden EDÖB)
- Widerrechtlich erlangte Daten dürfen nicht als Beweismittel verwendet werden, es sei denn, das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiege die Interessen des Persönlichkeitsschutzes der Betroffenen (BGE 143 II 443, E. 6.3).

– **Auskunfts- und Informationsrecht:**

Bewerber/AN hat Recht auf schriftliche Auskunft über die anlässlich der Bewerbung und während des AV bearbeiteten Daten, sofern nicht Gesetz oder höherwertige Interessen entgegenstehen (DSG 8 und 9). Der AG hat sich über Richtigkeit der Daten zu vergewissern (DSG 5). Bei Unrichtigkeit kann der AN Berichtigung verlangen. AN kann sich gegen Erteilung von Referenzen wehren, in die er nicht eingewilligt hat (DSG 12 II c). Beim Ausscheiden darf der AG die Personaldaten auch gegen den Willen des AN weiterbearbeiten, wenn noch offene Rechtsstreitigkeiten bestehen (DSG 13 II a) oder wenn es sich um Daten handelt, die für die Sozialversicherung relevant sind und die Weiterbearbeitung somit im öffentlichen Interesse liegt (DSG 13 I).

### 5.4.3 Freizeit (OR 329)

Der Anspruch auf Freizeit und Ferien ist Teil des Anspruchs auf Gesundheitsschutz und dient der Erholung. Für den Anspruch als solchen nicht relevant, ist die Art der Lohnbemessung (Stunden, Wochen Monat), OR 319 II. Während der freien Zeit darf der AG den AN nicht in Anspruch nehmen und er muss grundsätzlich nicht erreichbar sein (Ausnahmen: Sofern vertraglich abgemacht, bei leitenden Angestellten oder bei einem betrieblichen Notfall). Es ist zu unterscheiden zwischen:

- **Ordentlicher Freizeit (OR 329 I):** 1 Tag pro Woche (i.d.R. Sonntag) oder ausnahmsweise zwei Halbtage oder mehrere zusammenhängende Freitag (OR 329 II). Kantone können nach ArG 20a I bis zu acht Feiertage den Sonntagen gleichstellen. Muss der AN aus betrieblichen Gründen an freien Tagen arbeiten, ist ein Überstundenzuschlag geschuldet (OR 321c; BGE 128 III 271, E. 3b). Andersgläubige

haben gesetzlichen Anspruch für ihre religiösen Feiertage einen freien Tag zu erhalten. Ist im Wochen-, Monats- oder Jahreslohn enthalten (nicht jedoch Feiertag von Andersgläubigen). Bei Stunden-, Tages- und Akkordlöhnen ist Freizeit hingegen nicht bezahlt (auch gesetzliche Feiertage mit Ausnahme 1. August (BV 110 III)). Vorbehalten bleibt ein vertraglicher Lohnanspruch.

Es ist unzulässig, Freizeit durch Geld zu kompensieren (OR 362, Pflicht zum Realbezug), es sei denn eine Kompensation ist nicht mehr möglich. Bei zu viel gewährter Freizeit, muss der AG innert 14 Wochen Kompensation durch Arbeit anordnen, ansonsten er dieses Recht nach ArG 18 verliert (ArG 11 i.V.m. ArGV1 24). Eine Aufschiebung ist zulässig, wobei eine Verjährungsfrist von 5 Jahren gilt innert welcher die aufgeschobenen Tage kompensiert werden müssen. Keine Freizeit i.S.v. OR 329 und auch keine Überstundenarbeit i.S.v. OR 321c ist das Leisten von Mehrstunden im eigenen Interesse (Vor- oder Nachholen von Zeit z.B. zwecks Festtagsbrücken).

- **Ausserordentlicher Freizeit (OR 329 III):** Kurzfristige Arbeitsbefreiung aus besonderem Anlass, z.B. für Behördengänge, Arzt-/Anwaltstermine, Geburt, Hochzeit, Todesfälle, Betreuung erkrankter Angehöriger, Prüfungen oder für die Suche einer neuen Arbeitsstelle nach erfolgter Kündigung (OR 329 III), i.d.R. ½ Tag pro Woche. Hingegen entfällt der Anspruch bei Gleitzeit, Jahresarbeitszeit oder eingeräumter Zeitautonomie. Ausserordentliche Freizeit muss nicht kompensiert werden, wobei solche Termine grundsätzlich in die Arbeitsfreie Zeit zu legen sind. Vertrags- und übungsgemäss im Monatslohn inbegriffen, jedoch nicht bei Stunden- oder Taglohn. Absenzen sind aber immer dann zu vergüten, wenn eine unverschuldete Arbeitsverhinderung i.S.v. OR 324a vorliegt.

#### **5.4.4 Ferien (OR 329a und b)**

Ferien fördern Gesundheit, Leistungsfähigkeit und Lebensfreude. Der AG kann den AN aber im Fall von Dringlichkeit und nicht vorhersehbaren wichtigen betrieblichen Bedürfnissen aus den Ferien zurückrufen oder diese einseitig verschieben, hat ihm aber die Spesen zu ersetzen und Feriennachgenuss zu gewähren. Fallen Ferien auf bezahlte Feiertage sind sie durch zusätzliche freien Tage nachzugewähren. Für jedes Dienstjahr hat der AN einen Ferienanspruch von vier Wochen (= 20 Arbeitstage) resp. bei AN bis zum vollendeten 20. Altersjahr 5 Wochen (OR 329a I). Mindestens zwei Wochen müssen wegen Erholungszweck zusammenhängen (OR 329c I). Für unvollständige Dienstjahre besteht ein Pro-Rata-Temporis-Anspruch. Zudem hat der AN Anspruch auf Nachgewährung, wenn er während den Ferien erkrankt oder verunfallt, da dadurch der Erholungszweck vereitelt wird. Bei Aushilfsarbeit von weniger als 3 Monaten ist kein Ferienanspruch geschuldet.

Der Zeitpunkt der Ferien bestimmt der AG in Rücksichtnahme der Interessen des AN (OR 329c II). Im Zweifel gehen Interessen des AG vor. Die Ferientage müssen vom AG aber rechtzeitig (mind. 3 Monate im Voraus) bekannt gegeben werden. Umgekehrt darf der AN nicht eigenmächtig und ohne Bewilligung des AG Ferien beziehen. Der AG darf die Ferien aber nicht einseitig/kurzfristig anordnen oder in die Kündigungsfrist legen (BGE 123 III 85, E. 5a), wobei sich im Falle einer längeren Freistellung aus der Treuepflicht des AN ergibt, dass die Ferien während dieser Zeit bezogen werden müssen.

Der AN hat während der Ferien Anspruch auf den üblichen (Brutto-)Lohn samt angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn (OR 329d I). Überstundenzuschläge und Zuschläge für Nacht-/Wochenendarbeit sind nur geschuldet, wenn sie rechtmässig geleistet werden (BGE 132 III 174, E. 3.2). Die Abgeltung des Ferienlohns durch Lohnzuschläge (Ferienprocente, 8.33%) ist nur zulässig, wenn es sich um unregelmässige oder im Stundenlohn entlohnte Arbeit handelt. Der Anspruch auf Ferienlohn entfällt, wenn der AN in Verletzung seiner Treuepflicht den Erholungszweck vereitelt (z.B. Schwarzarbeit). Ferien dürfen während des AV nicht durch Geldleistungen abgegolten werden (OR 329d II). Allenfalls muss AG nach Beendigung des AV Entschädigung bezahlen, wenn Bezug aus betrieblichen Gründen nicht möglich war (BGer 4A\_590/2015, E. 3.5). Noch nicht bezogene Ferien sind nach Beendigung des AV pro rata temporis in natura zu beziehen, oder sofern dies nicht möglich ist (kurze Kündigungsfrist, Freistellung oder bei unregelmässiger Arbeit resp. Stundenlohn mit Ferienzuschlag), entsprechend zu vergüten (OR 329a III). Umgekehrt müssen zu viel bezogenen Ferien vom AN nur dann in Geld zurückerstattet werden, wenn dies vertraglich so geregelt ist oder der AN treuwidrig vor seiner Kündigung die ganzen Ferien bezogen hat.

War der AN während des Dienstjahres verschuldeterweise mehr als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert, so kann der AG die Ferien für jeden vollen Monat um einen Zwölftel kürzen (OR 329b I). Bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung (OR 324a) gilt dies relativ zwingend (OR 362) erst vom zweiten vollen Monat der Arbeitsverhinderung an (OR 329b II), bei Schwangerschaft/Niederkunft vom dritten Monat (OR 329b III). Der Ferienanspruch kann auf das folgende Jahr übertragen/aufgeschoben werden. Er verwirkt (vorbehältlich Weisung betr. Bezugsmöglichkeit) nicht (BGE 130 III 25, E. 3.2), verjährt jedoch nach 5 Jahren (OR 341 II). Ein Verzicht auf Ferien ist unzulässig und damit nichtig.

Unabhängig vom eigentlichen Ferienanspruch, hat die AN, die ein lebensfähiges Kind (ab 23 SSW) zur Welt bringt einen Freizeitanspruch auf 14 Wochen ab dem Tag der Niederkunft. Nach den gesetzlichen zwingenden 8 Wo. kann die AN den Urlaub abbuchen (ArG 35 III),

hat aber dann keinen Anspruch mehr auf Mutterschaftsentschädigung. Nicht erfasst von OR 329f wird die Adoption und die Fehl-/Totgeburt. Die Mutter hat Anspruch auf 80% des versicherten Verdienstes (max. Fr. 196/T.) während 98 Tagen. Soweit die AN aber keinen Anspruch gegenüber der EO hat (weil sie z.B. Karenz-/Beitragszeit nicht erfüllt) wird der AG im Rahmen von OR 324a I für eine angemessene Zeit lohnfortzahlungspflichtig. Ist die Wöchnerin aus gesundheitlichen Gründen nicht arbeitsfähig, gilt sie als krank (BGE 142 II 425).

OR 329e gibt Anspruch auf unbezahlten Urlaub für ausserschulische unentgeltliche Jugendarbeit oder die dazu notwendige Aus- und Weiterbildung im Umfang von einer Woche je Dienstjahr bis zum 30. Altersjahr des AN.

#### **5.4.5 Schutz des Vermögens**

Die Fürsorgepflicht des AG erstreckt sich auch auf die Wahrung von vermögensrechtlichen Interessen des AN (z.B. Beachtung von sozialversicherungsrechtlichen/steuerlichen Vorschriften und Informationen darüber (OR 331 IV), Schutz des Eigentums des AN mittels Schliessfächer, Information über Betriebsübergang, etc.).

- Der AG muss dafür sorgen, dass AN seine persönlichen Utensilien angemessen verstauen kann, sodass ein Zugriff Dritter nicht nötig ist. AG kann aber, wenn doch etwas wegkommen sollte, nicht haftbar gemacht werden. Ihn trifft nur dann eine Fürsorgepflichtverletzung (und Haftung), wenn er gar keine Schliessfächer zur Verfügung stellt.
- Dies gilt aber nicht für Fahrzeuge, die der AN am Arbeitsplatz abstellt. AG hat nur dann Pflicht Parkplätze zur Verfügung zu stellen, wenn Zugang zum Arbeitsort mit öffentlichem Verkehr nicht gewährleistet wird. AG darf für Zurverfügungstellen der Parkplätze aber eine Gebühr verlangen.
- Stellt der AG nicht die geeigneten Arbeitsgeräte nach OR 327 I zur Verfügung, kommt er in Annahmeverzug (OR 324) oder kann im Fall einer Zufügung von Gesundheitsbeeinträchtigungen (OR 328) schadenersatzpflichtig werden.
- AG kann Ansprüche gegenüber AN im Voraus durch Kautionsicherung sichern. Lohnrückbehalt ist durch OR 323a stark beschränkt. AN kann Kautionsleistung leisten (OR 330). AG muss Kautionsleistung aus seinem Vermögen ausscheiden, muss sie bei Beendigung des AV herausgeben (ausser etwas anderes ist vereinbart) und kann bei streitiger Forderung gerichtlich hinterlegt werden.
- AG kann auch Vertrauensschadenversicherung abschliessen, welche Schutz gegen Vermögensschäden durch strafbare Handlungen bietet (Einzelversicherung: Vom AN als

Versicherungsnehmer auf Veranlassung des AG oder Kollektivversicherung: Vom AG als Versicherungsnehmer für gesamte/Teil der Belegschaft.

#### 5.4.6 Spesen/Auslagenersatz

Es wird unterschieden zwischen:

- **Allgemeinen Auslagen (OR 327a):** auswärtige Verpflegung, Unterkunft, Reisekosten, Porto, Telefon, PC, Aus- und Weiterbildung
  - Ein solcher ist nur bei tatsächlicher Beschäftigung und tatsächlichem Anfall von geschäftsbedingten Auslagen geschuldet.
  - Möglich ist auch die Ausrichtung einer Pauschale (Schriftform), was den AN zum Nachweis der Auslagen befreit (Vertrauensspesen). Solche liegen auch vor, wenn der AG ausdrücklich/konkludent auf den Nachweis verzichtet.
  - Höchstgrenzen sind allerdings nichtig, d.h. die Pauschale muss die effektiven Spesen durchschnittlich decken. Der AN kann aber seinen Anspruch verlieren, wenn er bei ungenügend hoher Pauschale über längere Zeit hinweg keine Nachforderungen stellt (BGE 131 III 439).
  - Ist die Pauschale hingegen so hoch angesetzt, dass sie die angefallenen Spesen übersteigt, handelt es sich im Umfang der Differenz um versteckten Lohn (worauf Sozialversicherungsbeiträge und Steuern nachzubezahlen sind).
  - Auslagenersatz unterliegt der 5-jährigen Verjährungsfrist und gilt im Konkurs des AG als Forderung 1. Klasse.
  - Abrede, das AN für Spesen aufkommen muss, ist nichtig (OR 327a III)
  - **Auslagen für Weiterbildung** muss AG dann übernehmen, wenn sie auf seine Weisung hin erfolgen und im Betriebsinteresse sind oder wenn er sich zur Übernahme der Weiterbildungskosten verpflichtet hat. Im letzten Fall keine eine angemessene (2-4 Jahre, oft zeitlich gestuft) Rückerstattungspflicht des AN durch vorgängige schriftliche Abrede vorgesehen werden (bei Abbruch, Misserfolg oder Kündigung durch AN). Weiterbildung geht nur dann auf Arbeitszeit (ArGV1 13 IV i.V.m. OR 329), wenn es vertraglich vorgesehen oder durch AG angeordnet wurde. Dasselbe gilt für die Lohnzahlungspflicht.
- **Arbeitsgeräte/Material (OR 327):** Arbeitsmaterial, Geräte, Schutzkleider, Berufskleidung
  - Soweit üblich und nicht anders vereinbart, hat der AG auf seine Kosten Arbeitsgeräte und Materialien zur Verfügung zu stellen (OR 327 I), Norm ist aber dispositiver Natur. Kosten können auch auf AN überwält werden. Nicht hingegen bei eigentlichen Schutzkleidern, hier ist der AG gemäss Art. 27 ArGV3 zur Übernahme der Kosten verpflichtet. Abreden, diese Auslagen dem AN zu überwält sind nichtig.



- Stellt AN hingegen eigene Arbeitsgeräte zur Verfügung (z.B. Musiker, PC, Auto, etc.) ist der AG nach OR 327 II angemessen (in der Höhe der Selbstkosten) entschädigungspflichtig.
  - Ob der AN für die Kosten von besonderer Arbeitskleidung (Berufskleider, Uniformen, etc.) aufzukommen hat, ist rechtlich umstritten. Einen Teil der Lehre sagt, dass AG Kosten aufgrund Vertrag/Branchenüblichkeit auf AN überwälzen kann (OR 327 II). Der andere Teil wendet OR 327 I an (AG ist zum Kostenersatz verpflichtet)
  - Keine Kostentragungspflicht des AG besteht bei normaler ziviler Kleidung (Anzug, weisse Bluse, etc.).
- **Motorfahrzeuge (OR 327b):** Betrieb, Unterhalt/Reparaturen, Garage, Steuern, Haftpflichtversicherung, Amortisation
- AG muss Betriebs- und Unterhaltskosten für Dienstfahrten tragen.
  - AG kann AN Fahrzeug für private Zwecke überlassen und vereinbaren, wer die Kosten für Privatfahrten übernimmt (ohne Vereinbarung ist dies AN). Wenn AN Fahrzeug kostenlos auch privat nutzen kann, ist dies Naturallohn.
  - Stellt der AN sein eigenes Fahrzeug zur Verfügung, muss der AG die öffentlichen Abgaben, Haftpflichtversicherung und eine angemessene Entschädigung für die Abnutzung zahlen.

#### 5.4.7 Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens

- **Arbeitszeugnis (OR 330a):** Es wird unterschieden zwischen
- **Einfachem Zeugnis (Abs. 2):** Sog. Arbeitsbestätigung, welche nur Angaben über Fakten wie Name des AN, (effektive) Funktion im Betrieb und Art und (effektive) Dauer des AV enthält (bei kurzen Einsätzen oder auf Wunsch AN)
  - **Vollzeugnis/qualifiziertes Zeugnis (Abs. 1):** Macht zudem qualitative Aussagen über Leistung und persönliches Verhalten des AN
  - AN hat zwingenden Rechtsanspruch auf Arbeitszeugnis (OR 362). Kann jederzeit verlangt werden (Zwischenzeugnis oder Schlusszeugnis) und ist zahlenmässig unbegrenzt. Ist jedoch eine Holschuld. AG ist nicht verpflichtet Arbeitszeugnis von sich aus auszustellen.
  - **Formell:** Zeugnis muss schriftlich abgefasst, genau dauert und von der zuständigen Person (Vorgesetzter) unterschrieben sein. Es muss verständlich, in Landessprache (oder auf Wunsch in Fremdsprache), sauber und sprachlich korrekt sowie auf Briefpapier des AG geschrieben sein.
  - **Materiell:** Aussagen müssen objektiv richtig und wahr sowie wohlwollend sein und dürfen nur das Arbeitsverhältnis betreffen (Wahrheitspflicht bezüglich Tatsachen unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte). Negative Feststellungen müssen in

schonender Weise erwähnt werden, wenn sie für die Gesamtwürdigung bedeutend sind resp. sich auf das AV ausgewirkt haben (BGE 144 II 345, E. 5.3).

- Zur Wahrheits- und Informationspflicht gehört es, dass gewisse Formulierungen (sog. Codierung) nicht zulässig sind. Vielmehr ist vom normalen Sinn der gewählten Wörter auszugehen.
  - Abwesenheiten aufgrund Krankheit, SS oder längerem Urlaub gehören nicht in ein Zeugnis (ausser sie haben  $\frac{3}{4}$  der Arbeitszeit ausgemacht), ebenso wenig wie Kündigungsgrund.
  - AN kann Ausstellung eines berichtigten/ergänzten Zeugnisses verlangen (BGer 4C.36/2004, E.5). AG kann dabei aber nicht verpflichtet werden, bestimmte Wortwahl zu benützen, Dankesworte auszusprechen oder ein bestimmtes, positives Werturteil über den AN abzugeben.
  - Qualifizierte Zeugnisse, die unrichtige Angaben enthalten oder wesentliche Vorkommnisse verschweigen, können zu Schadenersatzpflicht ggüb. neuem AG führen (OR 41) und auch Vertragsverletzung i.S.v. OR 328 (SE) gegenüber An darstellen, wenn er aufgrund des zu Unrecht zu negativen Arbeitszeugnisses keine Anstellung mehr findet.
  - AN kann auf Erfüllung oder Schadenersatz klagen (OR 97).
  - Wenn AN mit Inhalt nicht einverstanden ist, kann er Berichtigungsklage (mit Berichtigungsvorschlag) einreichen. Er ist dafür beweispflichtig.
  - Verjährung nach OR 127
- **Referenzen:** Es besteht ein Anspruch auf Auskunft an einen Dritten. Ohne Einverständnis des AN dürfen Referenzen aber aufgrund DSG 13 nicht erteilt werden. Die Benennung der Referenzperson ist jedoch als Einwilligung zu werten. Die Referenz muss richtig und wahr sein, muss wohlwollend ausfallen und darf nicht über das hinausgehen, was für den zur Diskussion stehenden Arbeitsplatz nötig ist.

#### 5.4.8 Vorsorgepflicht (OR 331 ff.)

- **AHV:** Meldung der Personalien und der AHV-Nummer aller AN zusammen mit den Löhnen (effektive und verdeckte) am Anfang des Jahres
- **BVG:** Anschlusspflicht an eine BVG-Vorsorgeeinrichtung und Information an AN über die zuständige Vorsorgeeinrichtung, soweit nicht diese gemäss BVG informiert sowie Herausgabe der Statuten/Reglemente.
- **UVG:** Anschlusspflicht an eine UVG-Versicherung; Information, dass UVG-Unterstellung nach 31 Tagen nach  $\frac{1}{2}$  Lohnanspruch endet. Information über Reaktivierung der

Unfalldeckung bei der KV nach deren Sistierung und Information über Abredeversicherung.

- **Freiwillige Krankentaggeldversicherung:** Bekanntgabe der KTG-Versicherung und deren Leistungen/Beiträge; Information bei Austritt betr. Recht zum Übertritt in die Einzelversicherung innert einer Frist von i.d.R. 30 Tagen.

→ Bei Unterlassen der Vorsorge- und Informationspflicht durch AG: Schadenersatz nach OR 97. Die Leistungen werden von der Auffangeinrichtung BVG und Ersatzkasse UVG erbracht.

## 5.5 Verletzung von Arbeitgeberpflichten

Kommt der AG seinen Pflichten nicht nach, begeht er eine Vertragsverletzung (Verschuldensvermutung nach OR 97). Es kommen folgende Rechtsfolgen in Frage:

- **Nichterfüllung (fehlende Lohnzahlung/Spesen):** AN hat folgende Möglichkeiten:
  - **Leistungsverweigerung wegen AG-Verzug (OR 324):** Während seiner Leistungsverweigerung besteht trotzdem Lohnanspruch. Er kann die Forderung auf dem Betreibungs- oder Klageweg (Erfüllungsklage) durchsetzen (OR 322 I)
  - **Schadenersatz** für Verzugszinsen verlangen (OR 104).
  - **Fristlose Kündigung:** Bei wiederholter Weigerung des AG seinen Zahlungspflichten nachzukommen.
- **Schlechterfüllung (Verletzung von Nebenpflichten):** AN hat folgende Möglichkeiten:
  - **Leistungsverweigerung wegen AN-Verzug (OR 324):** Bei Schlechterfüllung von Mitwirkungspflichten (Arbeitsgeräte, Material) oder bei Unzumutbarkeit der Arbeit (Gefährdung der Integrität des AN) darf Arbeit eingestellt werden (OR 324). Auf Verschulden kommt es nicht an.
  - **Erfüllungsklage:** AN kann auf ordnungsgemässe Erfüllung klagen (OR 107 II) und es ist eine Ersatzvornahme nach OR 98 möglich.
  - **Unterlassungs-/Beseitigungsklage (ZGB 28a)**
  - **Schadenersatzanspruch/Genugtuung:** Nach allg. Grundsätzen gemäss OR 97 und 42 ff. (47/49). Vgl. **BGE 137 III 16** (Gesundheitsschäden Asbestopfer). Ein zum Voraus erklärter Haftungsverzicht ist nichtig. Mitverschulden des AN kann zu Herabsetzung der SE-Pflicht führen (OR 99 III und IV).
  - **Kündigung:** Bei Verletzung der Nebenpflichten ist fristgemässe Kündigung möglich. Ist die Weiterarbeit unzumutbar, kann auch ein Grund für eine fristlose Kündigung vorliegen.
  - **Sondervorschriften für geschlechtsbezogene Diskriminierungen/sexuelle Belästigung:** Gemäss GIG 5 unter Vorbehalt von SE-Ansprüchen und Genugtuung Möglichkeit zu Verbot/Unterlassung einer drohenden Diskriminierung (Unterlassungsklage), Beseitigung einer bestehenden Diskriminierung

(Beseitigungsklage), Feststellung der Diskriminierung (Feststellungsklage) oder Zahlung des geschuldeten Lohns (Lohnzahlungsklage). Der Höchstbetrag der Entschädigung bei sexueller Belästigung liegt bei sechs Monatslöhnen des CH-Durchschnittslohns (GIG 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 4). AG kann sich von Zahlung befreien, wenn er beweist, dass er die erforderlichen Massnahmen zur Verhinderung der Belästigung getroffen hat. Nach GIG 7 auch Möglichkeit von Verbandsklagen.

## 6 Übergang des Arbeitsverhältnisses

### 6.1 Exkurs: Vertragsänderung

- Durch übereinstimmende ausdrückliche/konkludente Willensäusserung kann AV jederzeit inhaltlich geändert werden (im Rahmen Gesetz und OR 341), jedoch nicht durch einseitige Weisung des AG (ist unzulässig und unverbindlich), [BGer 4A\\_690/2012, E. 3.2.](#)
- Im Falle einer Änderungsofferte kann bei Stillschweigen unter den Bedingungen von OR 6 auf Annahme geschlossen werden, sofern dies unter den gesamten Umständen zu erwarten ist (d.h. bei Vertragsänderung z.G. des AN oder wenn Massnahme letztlich im Interesse des AN liegt (Arbeitsplatzerhaltung). AN muss seine Ablehnung daher ausdrücklich und umgehend erklären.
- Stillschweigen gilt dann als (widerlegbare) Tatsachenvermutung z.G. des AG, wenn AN bei ausdrücklicher Ablehnung mit bestimmten (negativen) Massnahmen, insb. Kündigung zu rechnen hätte, [BGer 4A\\_223/2010, E. 2.1.2.](#)
- Als tatsächliche Vermutung für eine Zustimmung gilt zudem, wenn konkludent über längere Zeit bzw. wiederholt (ca. 3-4 Mal) widerspruchslos die vertragswidrige Lage hingenommen wird, [BGer 4A\\_443/2010, E. 10.](#)
- Durch **Änderungskündigung** (OR 335) kann eine sich gegen die Änderungsofferte stellende Vertragspartei zur Einwilligung in die Änderung der Vertragsbedingungen gebracht werden, wobei die Änderungen erst nach Ablauf der Kündigungsfrist gelten.
  - **Eigentliche Änderungskündigung:** Laufender AV wird (ordentlich) gekündigt und mit der aufschiebenden/auflösenden Bedingung verknüpft, dass die Kündigung nur bei Ablehnung der neuen Vertragsbedingungen gilt (suspensiv) oder sich die Kündigung durch Annahme der neuen Vertragsbedingungen wieder auflöst (resolutiv).
  - **Uneigentliche Änderungskündigung:** Bloss angedrohte, aber nicht ausgesprochene ordentliche Kündigung für den Fall der Nichtannahme der Änderungsofferte durch den AN.
  - Wird die Änderungskündigung als Druckmittel zur sofortigen Durchsetzung der Vertragsänderung oder zur sachlich nicht gebotenen Schlechterstellung des AN im

einseitigen Interesse des AG eingesetzt, d.h. es liegen keine betrieblichen/sachlichen Gründe vor, ist die Kündigung missbräuchlich (BGE 130 III 24, 3.1.2.2.). Nicht missbräuchlich ist die Kündigung dann, wenn der AG sachliche Gründe vorlegen kann (z.B. Auftragsrückgang in Folge der Eurokrise). Auf Drohung i.S.v. OR 39 kann man sich nicht berufen. Vorbehalten bleibt Unzumutbarkeit der Weiterführung des AV i.S.v. OR 337.

- Keine Änderung liegt vor, wenn GAV gekündigt oder neu ausgehalten wird. Wenn die neuen GAV-Bestimmungen aber auch im EAV gelten sollen, bedarf es Änderungskündigung.
- Vertragsänderung ist konkludent/formlos möglich, auch wenn AV schriftlich vereinbart wurde. Wenn jedoch im AV Schriftlichkeit vorbehalten wurde, muss dies auch für Änderung gelten. Eine lang dauernde widerspruchslose abweichende Vertragsabwicklung lässt jedoch auf gegenseitigen Verzicht auf die Schriftform schliessen und man kann sich nachträglich nicht auf Schriftlichkeit berufen (Rechtsmissbrauch).
- Die Ablehnung einer zumutbaren Vertragsänderung (z.B. Lohnreduktion 20%, Arbeitsortverlegung) kann bei ALV zu Einstelltagen wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit führen.

## 6.2 Betriebsübergang (OR 333, OR 33a)

- AV geht mit all seinen Rechten und Pflichten auf neuen Betrieb über, kraft Gesetz (Fusion, Abspaltung) oder kraft rechtsgeschäftlicher Übertragung (Betriebsübernahme, z.B. Kauf, Schenkung, Pacht).
- Ein Betrieb i.S.v. OR 333 ist eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig oder unselbständig (Betriebsteil) am Wirtschaftsleben teilnimmt (BGE 129 III 336, E. 2.1).
- Betriebsübergang i.S.v. OR 333 liegt jedoch nur vor, wenn der Betrieb seine Identität in qualitativer, nicht aber in quantitativer Hinsicht wahrt und die gleiche Geschäftstätigkeit weiterführt (gleicher Kundenkreis, gleicher Betriebszweck, gleiches Angebot). Kein Betriebsübergang liegt vor, wenn es um den Verkauf sämtlicher Aktien geht und somit ein Wechsel der Aktionäre und nicht des Betriebs vorliegt. Auch ein Rechtsformwechsel ist kein Betriebsübergang.
- AN-Vertretung muss vorgängig konsultiert/informiert werden (MitwG 10 lit. b), d.h. Recht auf Anhörung sowie Begründung, jedoch kein Mitbestimmungsrecht der AN.
- Wenn Informationspflicht nach OR 333a missachtet wird, ist zwar betriebsübergangsbedingte Kündigung missbräuchlich und entschädigungspflichtig (OR

336 II c und OR 336a III), doch es fehlt an einer gesetzlichen Sanktion bei blosser Verletzung von OR 333a (ohne Kündigung).

- Das AV geht am Tag der Betriebsnachfolge automatisch und von Gesetzes wegen (integral) in seinem ganzen Umfang (Verträge, Reglemente, Betriebsordnungen, etc.) auf den neuen AG über (inkl. Inhalt, Nebenrechte, Probezeit, Schadenersatzansprüche, Dienstalter)
- Wenn alter AG den neuen AG mit bestehenden AV nicht belasten will und daher zwecks Umgehung der Folgen von OR 333 fristgerecht kündigt, ohne dass sachliche Gründe vorliegen, handelt er rechtsmissbräuchlich (BGE 136 III 552, E.3.3). Für neuen AG besteht ein gesetzlicher Übernahmepflicht. Hingegen kann neuer AG übernommene AV kündigen resp. Änderungskündigungen aussprechen.
- AN hat das Recht, den Übergang des Vertrages innert 1 Mt. seit Kenntnisnahme der Betriebsübergabe abzulehnen (keine Kündigung!). An die Stelle der vertraglichen Kündigungsfrist/Befristung tritt die gesetzliche Kündigungsfrist, wobei der Ablauf der Frist frühestens auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs erfolgen darf. Läuft die gesetzliche Frist nach dem Betriebsübergang ab, geht das AV trotz Ablehnung über (OR 335).
- Zum Schutz des AN haftet bisheriger AG mit einer zeitlich beschränkten Solidarhaftung neben dem neuen AG (OR 333 III), vgl. auch BGE 135 III 349.
- Zwingende Tarifbindung für den Betriebsnachfolger während der Dauer von einem Jahr, sofern GAV nicht vorher ausläuft oder gekündigt wird (OR 333 I<sup>bis</sup>).
- Bei insolventen Betrieben geht AV nur auf den Erwerber über, wenn dies mit ihm so vereinbart wurde (OR 333b).

### 6.3 Arbeitgeberwechsel (OR 333 IV, OR 338a)

Ist von Betriebsnachfolge zu unterscheiden. Es handelt sich nur um einen Einzelrechtsübergang (OR 333 IV) i.S.v. OR 164 I, d.h. es wird nur die Vertragspartei des AG durch Vertrag (ausdrücklich, stillschweigend, konkludent) ausgewechselt und die Arbeitgeberrechte gehen auf einen neuen Arbeitgeber über (z.B. Muttergesellschaft tritt in AV der Tochtergesellschaft ein oder Einsatzbetrieb in AV des Leihbetriebs). Der AV muss ordnungsgemäss auf den nächstmöglichen Kündigungstermin gekündigt werden. Dasselbe gilt bei Übergang des AV auf die Erben bei Tod des AG (OR 338a). Bei starker Personenbezogenheit kann das AV aber bei Tod des AG auch erlöschen (OR 338a II), z.B. bei Haushalts-AV oder Pflege-AV.

## 7 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### 7.1 Aufhebungsvertrag (OR 115)

- Entspringt der Vertragsfreiheit. Es handelt sich um zweiseitigen Vertrag (es müssen gegenseitig klare und unzweideutige Willensäußerungen erfolgen), der die Auflösung des AV als Ganzes für die Zukunft (pro futuro) als Verfügungsgeschäft zum Inhalt hat.
- Rückwirkende Aufhebung des AV ist nur möglich, wenn Vertrag noch nicht vollzogen wurde (vor Aufnahme des AV), da sonst Widerspruch zu OR 320 III
- In der Praxis wird zwecks Vermeidung von Einstelltagen der ALV oft eine einseitige Kündigung vorgegeben, obwohl dahinter ein Aufhebungsvertrag steht (Simulation)
- Es kann sich um einen befristeten, unbefristeten oder bereits gekündigten AV handeln. Die Auflösung kann sofort erfolgen oder erst auf einen späteren Zeitpunkt.
- Ist formfrei gültig, kann somit auch durch konkludentes Handeln zustande kommen. Schriftform ist aber aus beweisrechtlichen Gründen empfehlenswert.
- Handlungsfähigkeit wird vorausgesetzt. Bei betrieblicher Vertretung muss das Organ im Besitz der Vertretungsmacht sein.
- Es muss ein eindeutiger Wille erkennbar sein. Aus Arbeitnehmerschutzgründen darf nicht leichthin auf einen Aufhebungsvertrag geschlossen werden, schon gar nicht durch Stillschweigen (BGer 4C.230/2005, E.2). Auf Aufhebungsvertrag abschliessen lässt z.B. die definitive Weitergabe des AN an einen anderen Betrieb, der Kauf des Unternehmens durch AN, das Verlassen des Betriebs nach fristloser Kündigung, widerspruchslose Entgegennahme von Lohn und Abschlusszeugnis. Es ist empfehlenswert, wenn der AN nach Aufhebungsofferte des AG seine Arbeitsleistung erkennbar und in beweisbarer Form (Einschreiben) wieder anbietet, um den Schluss auf ein stillschweigendes Akzept zu verhindern.
- Der Aufhebungsvertrag ist nur gültig, wenn er an keinem Willensmangel leidet (Irrtum, Drohung, Täuschung). Damit AN nicht unter Druck gerät, muss ihm eine genügende Bedenkfrist eingeräumt werden.
- Unklarheiten werden durch Auslegung nach Vertrauensprinzip ausgelegt oder es muss auf eine Vertragslücke geschlossen werden (BGer 4C.41/2007).
- Kein Aufhebungsvertrag liegt vor, wenn eine einseitige Kündigung ausgesprochen wird, jedoch die Modalitäten/Folgen der Kündigung vertraglich festgehalten werden. Ob eine rechtmässige/unrechtmässige Kündigung in einen Aufhebungsvertrag umgedeutet werden kann (Konversion), ist letztlich eine Auslegungsfrage, jedoch nicht leichtfertig anzunehmen. Hingegen kann ein nichtiger Aufhebungsvertrag niemals in eine Kündigung umgedeutet werden, da es an der richtigen Willensbildung fehlt.

- Der Aufhebungsvertrag darf nicht der Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen sachlicher oder zeitlicher Natur dienen (sachliche und zeitliche Kündigungsschutzbestimmungen (OR 336c) kommen nämlich nicht zum Tragen.
- Konkurrenzverbot gilt in gleicher Weise wie bei Kündigung. Ebenfalls bleiben andere Ansprüche wie Überstunden oder nicht bezogene Ferien erhalten.
- Verzichtsvorbot nach OR 341 ist massgeblich. Jedoch kein Verstoss gegen OR 321 wenn beide Parteien Konzessionen machen, d.h. einen echten Vergleich abschliessen

## **7.2 Zeitablauf (OR 334 I)**

- Befristeter AV: Ob Befristung vorliegt, muss sich aus dem Vertrag und den Umständen ergeben.
- Vertragsdauer muss obj., durch den Willen beider Parteien oder durch das Gesetz bestimmt sein. Es genügt aber auch, wenn Vertragsende objektiv bestimmbar ist (z.B. Aushilfe, Erntearbeit, Saisonbetrieb, etc.).
- Vertragszeit darf maximal 10 Jahre betragen (ZGB 27)
- Einsatz einer (vertragsauflösenden) Resolutivbedingung (OR 154), d.h. die Vertragsdauer wird durch ein zukünftig eintretendes Ereignis bestimmt, ist nur zulässig wenn Eintritt nicht nur vom Willen einer Partei, sondern auch von äusseren Gegebenheiten abhängig gemacht wird und der Endtermin ungefähr bestimmbar ist, d.h. das zukünftige Ereignis muss für sich betrachtet mit Sicherheit eintreten. Dafür kann auch eine Höchstdauer vorgesehen werden. Sind die Voraussetzung nicht erfüllt, liegt ein unbefristeter AV vor.
- Das Erreichen des Pensionsalters stellt i.d.R. keine Befristung dar, da eine Weiterbeschäftigung des AN danach zulässig ist. Nur wenn der AV mit Resolutivbedingung vorsieht, endet das AV.
- Eine Aneinanderreihung befristeter AV (sog. Kettenarbeitsverträge), welche sachlich unbegründet sind (d.h. nicht auch im Interesse des AN liegt) wird in ein unbefristetes AV umgedeutet (= Konversion), da die Gefahr der Umgehung von Kündigungsvorschriften und anderen zeitabhängigen Vorteilen für den AN besteht.
- Parteien sind an Vertragsdauer gebunden, ausser es wurde durch schriftliche Vereinbarung einer Probezeit (OR 335b I e contrario) oder bei Angabe einer Maximaldauer ein Kündigungsvorbehalt angebracht (OR 334 I ist dispositiv)
- Bei Befristungen ohne Kündigungsvorbehalt ist nur eine a.o. fristlose Kündigung oder ein Aufhebungsvertrag möglich.
- Bei einer Vertragsmindestdauer, ab welcher erstmals gekündigt werden darf, handelt es sich um ein unecht befristetes AV.



- Unzulässig ist die Berechtigung einer Partei, einseitig das Vertragsverhältnis zu verlängern (Prolongationsklausel).
- Die stillschweigende Fortdauer eines befristeten AV bewirkt grds. eine Umwandlung in ein unbefristetes AV (OR 334 II), es sei denn es ist Schriftlichkeit für den Vertragsabschluss vereinbart worden (widerlegbare gesetzliche Vermutung). Daher ist die Dauer der befristeten Zeit in die Gesamtdauer der Vertragszeit miteinzubeziehen.
- Bei Auflösung durch Vertragsablauf kommen die sachlichen und zeitlichen Kündigungsschutzbestimmungen nicht zur Anwendung.

### **7.3 Tod des AN (OR 338)**

- Tod des ANA hat wegen persönlicher Leistungspflicht (OR 321) das Erlöschen des AV zu Folge.
- Gewisse Pflichten müssen auch nach dem Tod gegenüber den Hinterbliebenen erfüllt werden (Mitteilungspflicht, Herausgabepflicht, Geheimnispflicht)
- AG hat ab Todestag einen Bruttolohn (nach 5-jähriger Dienstdauer 2 Monatslöhne) auszubezahlen, wenn AN einen Ehegatten, minderjährige Kinder oder andere Personen hinterlässt, denen gegenüber er eine Unterstützungspflicht hat (sog. Lohnnachgenuss, OR 338 II). Eine für den AN günstigere Regelung (grösserer Lohnnachgenuss) ist zulässig.

### **7.4 Keine Endigungsgründe**

Keine Endigungsgründe sind hingegen:

#### **7.4.1 Tod des AG**

Bei Tod des AG treten die Erben infolge Gesamtnachfolge (Universalsukzession) in die Reststellung des verstorbenen AG ein, sofern er als natürliche Person AN beschäftigt hat. Sofern die Erben am AV nicht festhalten wollen, müssen sie ihn ordentlich kündigen. Die AN haben die Möglichkeit, die Fortsetzung des AV mit den Erben abzulehnen (analoge Anwendung der Bestimmungen über Betriebsübergang). Wurde das AV mit Rücksicht auf die Person des AG eingegangen (Haushälterin, Pflegerin, Privatsekretär) erlischt es mit dessen Tod. Der AN kann von den Erben einen angemessenen Schadenersatz für die vorzeitige Beendigung verlangen (OR 338a II).

#### **7.4.2 Konkurs des AG**

An die Stelle des AG tritt die Konkursverwaltung, die die AV weiterlaufen und AN weiterbeschäftigen kann. AN können Sicherstellung nach OR 337a verlangen und notfalls fristlos kündigen.

## 7.5 Kündigung (OR 335)

- Häufigster und wichtigster Beendigungsgrund ist die Kündigung. Ist eine einseitige, grundsätzlich bedingungsfeindliche, empfangsbedürftige Willenserklärung, die das AV für die Zukunft (pro futuro) von einem bestimmten Zeitpunkt an aufhebt. Eine Konventionalstrafe für den Fall der Kündigung ist nichtig.
- Die Kündigung setzt einen gültigen AV, Handlungsfähigkeit resp. Ermächtigung resp. Verfügungsmacht des Erklärenden voraus (BGE 128 III 129), d.h. die Kündigung darf nicht mit Willensmängeln behaftet sein. Eine mangelhafte Kündigung ist ungültig und muss nochmals ausgesprochen werden. Beispiele sind auch das Auswechseln der Türschlösser zum Büro.
- Die Kündigung bedarf für ihre Gültigkeit keiner besonderen Form (formfrei), kann somit auch mündlich oder per SMS erfolgen, es sei denn es sei Schriftlichkeit vorbehalten (SMS oder nicht zertifizierte elektronische Unterschriften genügen nicht) oder auch konkludent (z.B. durch Wegnahme der Schlüssel).
- Kündigungserklärung muss klar und unmissverständlich abgefasst sein. Es muss nicht der Begriff «Kündigung» verwendet werden, die Auflösungsabsicht muss jedoch klar erkennbar sein (z.B. bei «Rausschmiss aus Büro» oder «Aushändigung des Arbeitszeugnisses» nicht hinreichend erkennbar).
- Die Kündigung ist jederzeit möglich, d.h. auch während Ferien oder Spitalaufenthalt. Sie unterliegt dem Zugangsprinzip (= Eingang in den Machtbereich des Empfängers). Der Empfang darf aber nicht rechtmisbräuchlich verweigert werden (BGer 4C.414/2004, E. 4). Mit Zugang ist die Kündigung unwiderruflich. Eine wirksam gewordene Kündigung kann nur mit Einverständnis der Gegenpartei zurückgenommen werden i.S. einer Offerte zu einem neuen Vertrag.
- Die Kündigungsfrist beginnt am Tag nach erfolgtem Zugang zu laufen. Bei gescheitertem Zustellversuch gilt nach einem Teil der Lehre die effektive Abholung resp. mangels solcher der letzte Tag der Abholfrist seitens Post. Gemäss RIEMER-KAFKA ist diese längere Frist aber für die Kündigung AV nicht anwendbar (ebensowenig wie OR 78)
- Als Gestaltungsrecht ist die Kündigung grundsätzlich bedingungsfeindlich, wobei Potestativbedingungen erlaubt sind, d.h. Bedingungen deren Eintritt allein vom Willen des Erklärungsgegners abhängt (insb. Änderungskündigung), z.B. AN kündigt für den Fall, dass AG den Lohn nicht erhöht. AG kündigt, wenn AN Pflichtverletzung nicht unterlässt.
- Eine Angabe des Kündigungsgrundes ist nicht erforderlich, doch muss der Kündigende auf Verlangen der anderen Partei seine Kündigung später schriftlich begründen (OR 335 II und OR 337 I). Der Anspruch auf Begründung ist mittels Leistungsklage erzwingbar.

### 7.5.1 Ordentliche Kündigung

- Im CH-Arbeitsrecht gilt die Kündigungsfreiheit, d.h. das (unbefristete) AV kann von beiden Parteien aus beliebigen Gründen einseitig aufgelöst werden (OR 335 I). Die Kündigung kann auch vor Antritt der Stelle ausgesprochen werden (am besten mit Aufhebungsvertrag).
- **Kündigungsfrist** = Zeitraum der mind. zwischen Zugang der Kündigung und Beendigung des AV liegen muss
- **Kündigungstermin** = Zeitpunkt, zu dem die Beendigung des AV zulässig ist.
- Kann beides durch schriftliche Abrede, NAV oder GAV bestimmt werden, wobei **Kündigungsparität** (gleichlange Fristen für AG und AN) einzuhalten ist (OR 335a I). Die Parität ist verletzt, wenn im Falle der Kündigung durch den AN Nachteile angedroht werden. Hingegen keine Verletzung der Parität wenn eine Kündigung nicht für beide Parteien die gleichen materiellen Konsequenzen nach sich zieht. So ist auch Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes im Falle der Kündigung oder Kürzung/Nichtgewährung der Gratifikation zulässig, weil diese an die Bedingung der ungekündigten Stellung anknüpfen darf.
- Wird die Kündigung ohne Angabe von Kündigungsfrist/-termin ausgesprochen, gilt sie als Kündigung auf den nächsten zulässigen gesetzlichen Termin. Dasselbe gilt bei Kündigungen unter Angabe eines gesetz- oder vertragswidrigen Kündigungstermin.
- Während der Kündigungsfrist ist das AV ordnungsgemäss zu erfüllen, jedoch hat der AN die Möglichkeit eine neue Stelle zu suchen (OR 329 II), die ihm noch zustehenden Ferien zu beziehen und Überstunden einzuziehen.

### 7.5.2 Probezeit und Kündigung während der Probezeit (OR 335b)

- Bei unbefristeten AV wird eine Probezeit vermutet (OR 335b I), wenn nicht schriftlich eine andere Regelung getroffen wird. Dies gilt hingegen nicht bei befristeten Verträgen, dort muss eine Probezeit schriftlich vereinbart werden.
- Die Probezeit und deren Dauer beginnt am Tag des effektiven Stellenantritts
- Sofern nichts anderes vereinbart, gilt der erste Monat (Kalendermonat) als Probezeit. Die Höchstzeit der Probezeit beträgt 3 Monate (OR 335b I i.V.m. OR 77 I Ziff. 3), vgl. auch [BGE 131 III 470, E. 1.3](#). Die Probezeit kann auch ganz wegbedungen werden.
- Es darf keine neue Probezeit vereinbart werden bei Aneinanderreihung/Übergang von befristeten zu unbefristeten AV oder bei einem Betriebsübergang. Zulässig ist die Anberaumung einer Probezeit jedoch beim Personalverleih, d.h. wenn der Einsatzbetrieb den AN vom Verleiher übernimmt oder wenn der AN innerhalb eines Betriebes eine neue Funktion übernimmt.

- Bei Krankheit, Unfall oder freiwillig übernommenen Pflichten (Aufzählung ist abschliessend und unabhängig von OR 324a oder 336c) und damit verbundener effektiver Abwesenheit von mind. einem ganzen Tag, verlängert sich die Probezeit entsprechend der ausgefallenen Zeit (und zwar auch über die gesetzlich zulässige Dauer von drei Monaten hinaus). Eine proportionale Verlängerung bei Teilzeit oder Arbeit auf Abruf ist nicht erlaubt. Es ist jedoch eine Verlängerung der Probezeit bis 14 Tage möglich.
- Die Kündigungsfrist während der Probezeit ist auf 7 Kalendertage gesetzlich festgelegt (OR 335b I), kann aber verkürzt oder ganz wegbedungen werden. OR 78 kommt nicht zur Anwendung, Probezeit kann also auch an einem Sonntag enden.
- Während der Probezeit gelten nur die sachlichen Kündigungsbeschränkungen (OR 336). Es ist aber auch in der Probezeit auf Verlangen eine Begründung abzugeben und es kann auch in der Probezeit unter den Bedingungen von OR 337 fristlos gekündigt werden.

### **7.5.3 Kündigung nach Ablauf der Probezeit (OR 335c I)**

- Die in OR 335c vorgesehenen Kündigungsfristen gelten für unbefristete AV. Die Dauer des AV bestimmt sich nach der tatsächlich ununterbrochenen Vertragsbindung.
- Die Kündigungsfrist beginnt nicht am Tag nach dem Zugang der Kündigungserklärung beim Empfänger zu laufen, sondern wird vom gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen nächsten Kündigungstermin zurückgerechnet (BGE 134 III 354).
- Eine ordentliche Kündigung kann nicht nachträglich aus den gleichen Gründen in eine fristlose umgewandelt werden. Bei neu eintretenden Gründen kann aber auch während der Probezeit fristlos gekündigt werden.
- Die Kündigungsfristen sind zwingend, für abweichende Regelungen stellt die Schriftform ein Gültigkeitserfordernis dar und die Kündigungsfrist hat mind. 1 Monat zu betragen (ausser wenn GAV anderes vorsieht)
- Bei befristeten AV (über 10 Jahre) gilt OR 334 III (zwingend, OR 361).
- Bei Temporär-AV gelten kürzere Kündigungsfristen (AVG 19 IV als lex specialis zu OR 335c).

### **7.5.4 Wirkungen der Kündigung**

- Keine Annahmeerklärung nötig (aus Beweisgründen ist jedoch Eingangsbestätigung sinnvoll bzw. Kündigung per Einschreiben)
- Einhaltung aller Rechte und Pflichten (insb. Treuepflicht AN, Fürsorgepflicht AG) während Kündigungsfrist (bei Freistellung: OR 324)
- A.o. Freizeit zur Stellensuche (OR 329 III)

- Anspruch auf Zwischenzeugnis (OR 330a I)
- Anspruch auf schriftliche Begründung der Kündigung (OR 335 II im Hinblick auf OR 336), ist jedoch Holschuld.

### 7.5.5 Massentlassung

Als Massentlassung i.S.v. OR 335d ist die Rede wenn:

- Ein **Arbeitgeber**
- Innerhalb eines Zeitraumes **von 30 Tagen**
- Gegenüber einer **bestimmten Mindestzahl von AN**, je nach Betriebsgrösse (wird nach Köpfen und nicht nach Vollzeitäquivalenten gezählt). Die Betriebsgrösse bestimmt sich nach dem einzelnen Betrieb resp. einer nach aussen in Erscheinung tretenden organisatorischen Betriebseinheit aus AN, d.h. Gruppengesellschaften/Konzerne werden nicht als Ganzes betrachtet (**BGE 137 II 30, E. 3.2**). Wobei Betriebe mit weniger als 21 AN nicht OR 335d ff. unterstehen.
- **Ordentliche und ausserordentliche Kündigungen** (auch vorzeitige Pensionierungen, fristlose oder Probezeitkündigung.) Gelten jedoch nicht für vgl. OR 335e II.
- Von **befristeten und unbefristeten AV** ausspricht,
- Die in **keinem Zusammenhang mit der Person des AN** stehen.

AG trifft bei konkreter Entlassungsabsicht eine **Informations- und Konsultationspflicht** vor Aussprechen der Kündigungen, wobei die Dauer der Konsultationsfrist nach Treu und Glauben festgesetzt wird, jedoch angemessen sein muss (ca. 14 Tage, **BGE 130 III 102**).

Das Verfahren von OR 335d ff. ist zwingend zu beachten, ansonsten die Kündigungen missbräuchlich wären (OR 336 II c i.V.m. OR 336a III). AG hat auch **schriftliche Mitteilungspflicht an das Arbeitsamt** (OR 335f und 335g sowie AVG 29). Die Anzeige löst die gesetzliche 30-tägige Minimalkündigungsfrist aus. Ohne Anzeige sind die Kündigungen nicht wirksam, d.h. die Kündigungsfristen beginnen nicht zu laufen.

Betriebe mit mind. 250 AN müssen einen Sozialplan erstellen. Er muss zu diesem Zweck mit AN verhandeln (OR 335i). Wenn keine Einigung erzielt werden kann, ist Sozialplan durch ein Schiedsgericht zu erstellen (OR 335j). Ausnahme: OR 335k.

### 7.5.6 Fristlose Kündigung (OR 337)

- Jedes AV kann sowohl durch AG wie auch AN jederzeit fristlos durch a.o. Kündigung aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (d.h. es muss auf keine Vertragsdauer, Kündigungsfristen oder Sperrfristen Rücksicht genommen werden).
- Ein wichtiger Grund ist nur gegeben, wenn es sich um besonders schwere Verfehlungen handelt (Zerstörung des Vertrauensverhältnisses)

- D.h. die weitere Zusammenarbeit muss objektiv und subjektiv nach Treu und Glauben unzumutbar sein.
- Sind Verfehlungen weniger schwerwiegend, muss eine Verwarnung mit der Androhung der Rechtsfolge einer fristlosen Kündigung erfolgen ([BGer 4C.57/2007, E.3](#)). Die Abmahnung ist formfrei gültig.
- Ob ein Grund wichtig ist, ist eine Ermessensfrage (ZGB 4), es muss daher auch in diesem Zusammenhang die Verhältnismässigkeit gewahrt werden und die fristlose Kündigung ist nur als «ultima ratio» auszusprechen.
- Es kommt zudem nur ein Ereignis in Frage, welches sich vor dem Aussprechen der fristlosen Kündigung abgespielt hat, also zur Kündigung kausal ist.
- Zu berücksichtigen sind nebst dem wichtigen Grund zudem die Stellung des AN im Betrieb, das Dienstalter, die Länge der Kündigungsfristen, die Grösse und Art des Betriebs, Gleichbehandlung, Duldung ähnlichen Verhaltens in anderen Fällen.

**Wichtiger Grund:** Arbeitspflichtverletzung, Sorgfaltspflichtverletzung, Treuepflichtverletzung, strafbare Handlung, Lohngefährdung ohne Sicherheit des AG, Missachtung Fürsorgepflichtendes AG, z.B. Missachtung mündlich/schriftlich erteilter Weisung, eigenmächtiger Ferienbezug, Konsum von Suchtmitteln am Arbeitsplatz, Absentismus, Unbestrittene strafbare Handlungen gegenüber AG, Unentschuldigtes mehrtägiges Fernbleiben bzw. unterlassene Krankmeldung, Tramführer, der während Fahrt SMS schreibt, Teilnahme an einem widerrechtlichen Streik, beharrlicher Arbeitsverweigerung, Nichtgewährung des Lohnes trotz Mahnung, bei schweren/wiederholten Straftaten (wobei sog. Verdachtskündigung umstritten ist; AG hat aber verschiedene Abklärungsmittel zur Verfügung (z.B. interne Untersuchungen in Form von Befragungen/Überwachung, wobei die Grundsätze des DSG (Art. 4) zu beachten sind). Der AG kann jedoch eine Verdachtskündigung jederzeit auf eigenes Risiko aussprechen ([BGer 4A\\_251/2009](#)), bei Verletzung der Geheimhaltungspflicht, Abwerbung/Konkurrenzierung des AG. Aber auch seitens AN wenn AG seine Fürsorgepflichten verletzt (z.B. Gesundheitsschutz, Mobbing). Jedoch nur im Ausnahmefall bei Nichtbeschäftigung des AN (z.B. bei Profifussballer). Der Konkurs des AG ist ebenfalls kein wichtiger Grund, sofern ihm bei Zahlungsunfähigkeit Sicherheit geleistet wird (OR 337a). Der AN kann bis zur Sicherstellung die Arbeit verweigern.

**Kein wichtiger Grund:** unverschuldete Arbeitsverhinderung des AN ([BGer 4A\\_140/2009](#)), Verlassen des Arbeitsplatzes im Affekt, ungenügende Leistungen des AN, fehlende Eignung blosser Vorbereitung auf neue Stelle (ohne Arbeits- und Treuepflichtsverletzung ([BGE 129 III 380](#))).

Eine Drückkündigung im Rahmen der Androhung von Kampfmassnahmen kann zulässig sein. Diesfalls ist aber lediglich Freistellung (mit Lohnfortzahlungspflicht bis zum Ende der Kündigungsfrist) erlaubt.

### **Ausüben des Kündigungsrechts und Wirkungen der Kündigung**

- Das Recht zur a.o. Kündigung kann nicht im Voraus ausgeschlossen oder eingeschränkt werden (zwingendes Recht).
- Der fragliche Tatbestand kann durch stillschweigende Duldung, durch Verzeihung oder durch Zeitablauf seine Eigenschaft als Kündigungsgrund verlieren. Daher muss die a.o. Kündigung innert angemessener Frist nach Kenntnis des Kündigungsgrundes ausgesprochen werden (i.d.R. 2-3 Werktagen, in grösseren Betrieben eine Woche). Die Frist beginnt im Zeitpunkt des Wissens des wichtigen Grundes (Zugangsprinzip). Der AG kann auch mit einer gegenüber der ordentlichen Frist verkürzten Frist (z.B. 7 Tage) kündigen.
- Es muss aber immer zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich um eine a.o. Kündigung handelt. Unklare/zweideutige Erklärungen sind unwirksam.
- Die Angabe des Grundes ist kein Wirksamkeitserfordernis, der Gekündigte hat aber einen Anspruch auf spätere schriftliche Begründung (OR 337 I).
- Kündigende kann sich dann auch auf neue und bis anhin verschwiegene Kündigungsgründe berufen, welche aber zeitlich vor dem Zugang der Kündigungserklärung gelegen haben müssen. Dazu zählen auch jene Gründe, von denen die kündigende Partei zum Zeitpunkt der Kündigung gar nichts gewusst hatte, sofern der Grund sich vor der Kündigung ereignet hat (Nachschieben von Kündigungsgründen, [BGE 142 III 579, E. 4](#)).
- Die Kündigung (selbst wenn ungerechtfertigt) führt in jedem Fall zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses ex nunc, d.h. auch Verlust der BVG (Nachdeckungsfrist 30 Tage) und UVG (Nachdeckungsfrist 31 Tage).

### **Folgen bei gerechtfertigter Kündigung**

- Schadenersatzanspruch des Kündigenden des Gekündigten gemäss OR 97 ff. (für alle Umtriebe die sich aus der Kündigung ergeben) sowie entgangener Gewinn des AG infolge Lieferungsverzögerungen oder Mehraufwendungen durch Überstundenarbeit.
- Jedoch kein zusätzlicher Anspruch auf Entschädigung i.S.v. OR 337c ([BGE 133 III 657](#)).

### **Folgen bei ungerechtfertigter Kündigung**

- AV ist trotz Rechtswidrigkeit der Kündigung beendet.
- Schadenersatzanspruch des Gekündigten (OR 337c I bzw. OR 337d I) sowie Entschädigung gemäss OR 337c III (muss durch Richter ausgesprochen werden, bei

Bemessung ist nebst Verschulden des Kündigenden auch die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung beim Gekündigten und Eingriff in die Persönlichkeit zu beachten).

- Folgen in OR 337c sind abschliessend. Weiterer SE müsste sich auf andere zusätzliche Rechtsgrundlage (z.B. OR 328) stützen (BGE 135 III 405).
- SE-Anspruch für hypothetischen Verdienstaufschlag versteht sich inkl. Gratifikation, 13. Monatslohn und Abgeltung von Ferienansprüchen.
- SE-Anspruch aus OR 337d: Pauschalentschädigungszahlung von 25% des Monatslohnes (Entlastung der Beweispflicht des AG). Wenn AG zusätzlichen Schaden geltend machen möchte, muss er dies beweisen (OR 42 II). Entschädigungsanspruch ist innert 30 Tagen seit Verlassen/Nichtantritt durch Klage/Betreibung geltend zu machen. Für weitere SE-Ansprüche gilt jedoch Verjährungsfrist von 10 Jahren (OR 127). Vereinbarungen über zusätzliche Konventionalstrafen (welche über ¼ des Monatslohns hinausgehen, sind nichtig).
- Sofern fristlose Kündigung nicht nur ungerechtfertigt, sondern auch missbräuchlich (OR 336), beträgt die Entschädigung trotzdem maximal 6 Monatslöhne.

#### **7.5.7 Sachlicher Kündigungsschutz (OR 336 ff.)**

Das schweizerische Recht kennt keinen absoluten Kündigungsschutz (Kündigungsfreiheit), weshalb jede Kündigung rechtsgültig und grundsätzlich nicht persönlichkeitsverletzend ist. Das heisst, es kommt bei Verletzung der sachlichen/zeitlichen Kündigungsbeschränkungen zu Entschädigungsansprüchen. Die Kündigung bleibt aber gültig.

Motive, welche Anlass zur (ordentlichen oder fristlosen) Kündigung geben können verwerflich oder missbräuchlich sein. OR 336 ist daher ein Anwendungsfall von ZGB 2 (lex specialis). Die ausgeführte Liste von Missbrauchstatbeständen ist nicht abschliessend. Zudem kann nicht nur der eigentliche Kündigungsgrund, sondern auch die Umstände die eine Kündigung begleiten diese als missbräuchlich erscheinen lassen. Massgebend für die Missbräuchlichkeit ist, dass der verwerfliche Grund in einem Kausalzusammenhang zur Kündigung steht. Die Widerlegung der Missbräuchlichkeit ist möglich, soweit andere sachliche oder persönliche Gründe für die Kündigung den Ausschlag geben (BGE 130 III 669), z.B. verhaltens-, leistungs- oder betriebsbedingte Gründe.

#### **Missbräuchliche Kündigungsgründe:**

- Abs. 1 lit a.: Persönliche Eigenschaften (Geschlecht, Charaktereigenschaften, Rasse, Religion, Homosexualität, Behinderung, Vorstrafen, Alter, Krankheit, Strafvollzug der nichts mit AN zu tun hat (BGer A4\_437/2015, E. 2.3 und BGer 8C\_707/2009, E. 4.3.1)



- Abs. 1 lit. b: Ausübung verfassungsmässiger Rechte (Tragen eines Kopftuchs, Meinungsfreiheit, politische Rechte, Verein-/Versammlungsfreiheit)
- Abs. 1 lit. c: Vereitelung arbeitsvertraglicher Ansprüche (Kündigung, damit man keine Gratifikation am Jahresende, 13. Monatslohn oder Abgangsentschädigung erhält)
- Abs. 1 lit. d: Rache Kündigung nach geltend gemachten arbeitsvertraglichen Ansprüchen (z.B. bei Überstundenforderung, Geltendmachung des Ferienanspruchs, Nichtbefolgung vertragswidriger Weisungen, Whistleblowing)
- Abs. 1 lit. e: Erfüllung von nicht freiwilligen gesetzlichen Pflichten (Militärdienst, Zivildienst, Geschworener, Feuerwehr, familienrechtliche Pflichten), gilt auch für EU/EFTA
- Art. 2 ZGB: Andere, sich aus Treu und Glauben ergebenden Gründe (Kündigung nach sehr langen Dienstjahren kurz vor der Pensionierung (ohne vorgängige Information/Wahrung des rechtlichen Gehörs) aber auch Art und Weise wie man Kündigungen ausspricht (z.B. vor anderen AN oder vor Kunden), Blossstellung von AN, Änderungskündigungen ohne sachlichen/betrieblichen Grund, nur um Druck auf Vertragsänderung auszuüben; bei Betriebsübergang/Massenentlassungen, wenn kein wirtschaftlicher Grund nachgewiesen werden kann; Mobbing, sofern AG seine Fürsorgepflicht verletzt hat).
- Abs. 2 lit. a-c (gilt nur für AG!): Gewerkschaftszugehörigkeit (sofern das Betriebsklima nicht gestört wird); Teilnahme an rechtmässigem Streik (BGE 125 III 284, E. 3c), während der Amtsdauer als gewählter AN-Vertreter in Betriebsräten, Vorsorgeeinrichtungen, etc., ausser es liegt ein personen-/verhaltensbedingter Grund vor resp. Kündigung aus wirtschaftlichem Grund; bei Massenentlassungen wegen fehlender/zu kurzfristiger Konsultierung der AN (BGE 130 III 102).
- Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (Zivilstand, familiäre Situation, Schwangerschaft) → GIG 3 II. Entschädigung erfolgt aufgrund GIG 5 II, Glaubhaftmachung genügt.
- Kündigung als Druckmittel zur Erlangung eines Entgegenkommens sexueller Art oder wegen Zurückweisung (BGer 4A\_13/2010).

### **Beweislast**

- AN muss Missbräuchlichkeit/Kausalzusammenhang beweisen, AG die Störung durch den AN resp. den im Arbeitsverhältnis liegenden Grund.
- Missbräuchlichkeit wird hingegen vermutet, wenn die Kündigungsgründe unglaubwürdig oder nachgeschoben sind oder sich die Kündigung auf Abs. 1 lit. c, d oder e stützt.
- Beruht die Kündigung auf verschiedenen Gründen, so wird auf den überwiegenden/ausschlaggebenden Grund abgestützt. Der AG trägt die Beweislast

dafür, dass die Kündigung auch ausgesprochen worden wäre, wenn der als missbräuchlich zu bewertende Grund nicht existiert hätte (BGer 4A\_430/2010).

### **Ausschlussgründe:**

Missbrauchsgründe werden verdrängt, wenn der AN einen subjektiven Grund für die Kündigung gibt. Dazu zählen

- Überwiegend organisatorische Gründe
- Überwiegend wirtschaftliche Gründe
- Überwiegend verhaltensbedingte Gründe
- Überwiegend arbeitspflichteinschränkende Gründe

Die Nachschiebung solcher Gründe schliessen die Anwendung von OR 336 aus.

### **Verfahren**

- Der Gekündigte kann eine Begründung für die Kündigung verlangen und muss schriftliche Einsprache innerhalb der Kündigungsfrist erheben (BGE 136 III 96: Während Probezeit gilt diese als für die Einsprache massgebend, sofern Einsprache in der verkürzten Frist möglich und zumutbar ist). Tut er dies nicht, gilt die Kündigung als genehmigt. Sinn der Einsprache ist Rückgängigmachung der ausgesprochenen Kündigung und Weiterführung des AV, wobei AG i.d.R. Zahlung der Entschädigung vorzieht und AN keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung hat.
- Kommt keine Einigung zustande, muss der Gekündigte innert 180 Tagen seit Auflösung des AV die Klage der Post übergeben (Geltendmachung der Entschädigung), wobei bei der geschlechtsdiskriminierenden Rache Kündigung kein Einspracheverfahren stattfindet (GIG 10 III und IV).
- Die Entschädigung ist auf maximal sechs Bruttomonatslöhne beschränkt (in der Praxis i.d.R. 2-4 Monatslöhne), bei Massenentlassungen beträgt Entschädigungsumfang max. 2 Monatslöhne (OR 336a III).
- Zusätzlich kann auch Schadenersatz oder Genugtuung geltend gemacht werden (OR 336a II), z.B. bei persönlichkeitsverletzender Kündigung aus ZGB 28 oder OR 328. Die missbräuchliche Kündigung als solches begründet jedoch keine zusätzlichen Schadenersatzansprüche.

### **7.5.8 Zeitlicher Kündigungsschutz (OR 336c)**

- Sofern der AN aus bestimmten Gründen objektiv an der Arbeitsleistung tatsächlich verhindert ist, kommen sog. Sperrfristen zur Anwendung, da er sich im Falle einer Kündigung nicht um eine neue Arbeitsstelle bemühen kann.

- Dieser Kündigungsschutz gilt auch bei Teilarbeitsunfähigkeit, wenn der AN vom Hinderungsgrund noch nichts weiss (z.B. Schwangerschaft) oder bei «Präsentismus» (Arbeit trotz Krankheit).
- Gilt nur bei Kündigung des AG (inkl. Betriebsschliessung, Freistellung oder (ungültigem. z.B. unter Druck zustande gekommenen), Aufhebungsvertrag).
- Sperrfristen gelten NICHT bei Vertragsende durch Zeitablauf bei echten befristeten Arbeitsverträgen, bei Tod des AG (OR 338a II), bei Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgründen des AV, bei gültigem Aufhebungsvertrag, bei Zugang der Kündigung während der Probezeit (BGer 4A\_594/2018, E. 5), bei fristloser Kündigung (unabhängig davon ob diese gerechtfertigt war oder nicht) oder bei Selbstkündigung (Kündigung durch AN).
- Kündigungsschutz endet im Moment, in dem die Arbeitsverhinderung entfällt, spätestens aber mit Ablauf der gesetzlichen/vertraglichen Sperrfristen. Eine Ausnahme bildet OR 336c I c (BGE 135 III 349).
- Sperrfristen werden bei mehreren hintereinander folgenden Anlässen (z.B. Militärdienst und später Unfall), die in keinem kausalen Zusammenhang stehen, jeweils bei jedem einzelnen Sperrfristanlass erneut ausgelöst (nicht gegeben bei Schubkrankheiten, Rückfällen oder Spätfolgen). Bei Gleichzeitigkeit zweier Anlässe (z.B. Krankheit während Schwangerschaft) gilt die längere Sperrfrist. Die längere Sperrfrist gilt auch, wenn sich die Arbeitsverhinderung über den Wechsel vom ersten ins zweite Dienstjahr oder vom fünften ins sechste Dienstjahr erstreckt (BGE 133 III 517).
- Auf Kündigungsschutz kann nicht im Voraus verzichtet werden. Sie können aber mit einem Aufhebungsvertrag auf den Kündigungsschutz ganz oder teilweise verzichten, sofern damit nicht eine Umgehung des Kündigungsschutzes beabsichtigt wird.

### **Kündigungsgründe**

- Aufzählung in OR 336c I ist abschliessend. Die Dauer der Sperrfristen ist relativ zwingend, d.h. eine vertragliche Verlängerung zu Gunsten des AN ist zulässig. Zudem können auch vertraglich weitere Gründe vorgesehen werden (sofern zu Gunsten AN), z.B. Vaterschaftsurlaub oder Pflege von Angehörigen.
- Bei CH-Militärdienst (inkl. EU/EFTA, auch bei Frauen), sofern Dienst von mehr als 11 Tagen: 4 Wochen vorher und 4 Wochen nachher
- Bei unverschuldeter Krankheit oder Unfall (Verschulden: OR 324a I): Ab Arbeitsverhinderung (Beginn der Frist am gleichen Tag): je nach Dienstjahr (Kalendertage!)
- Während der Schwangerschaft (Beginn am Tag der Konzeption) resp. 16 Wochen nach der Niederkunft (gilt nicht bei Totgeburt, Abtreibung oder späterem Tod des Kindes).

- Bei einer vom AG bewilligten durch Bundesbehörde angeordneten Hilfsaktion im Ausland: Während Dauer der Hilfsaktion (z.B. Einsätze des Katastrophenhilfcores).
- OR 336d: Schutz des AG/Vorgesetzter → Kündigung durch AN ist nichtig, wenn AG aufgrund Militärdienst/Zivilschutz an Arbeitsleistung verhindert ist und AN in der Lage ist, dessen Funktion während dieser Zeit zu übernehmen.

### Folgen

- Die zur Unzeit erfolgte Kündigung ist nichtig (OR 336c II). Das AV dauert fort. AG ist weiterhin zur Lohnzahlung verpflichtet. Es bedarf einer erneuten Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist. Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist ist aber auch bei Fortbestehen der Arbeitsverhinderung nicht missbräuchlich.
- AN hat den Verhinderungsgrund zu beweisen (i.d.R. durch Arztzeugnis). AG kann aber bei Zweifeln auf seine Kosten eine vertrauensärztliche Abklärung vornehmen lassen (BGer 8C\_619/2014, E. 3).
- Aus dem Fernbleiben am Arbeitsplatz kann bei einer nichtigen Kündigung nicht auf ein stillschweigendes Einverständnis resp. einen Aufhebungsvertrag geschlossen werden (BGer 4C.230/2005, E. 2).
- Eine vor Eintritt der Arbeitsverhinderung/Beginn der Sperrfrist zugewandene Kündigung bewirkt, dass die Kündigung wirksam bleibt, die laufende Kündigungsfrist während der Sperrfrist jedoch unterbrochen wird resp. still steht und nach Ablauf der Sperrfrist weiterläuft. Die noch nicht konsumierten Tage der laufenden Kündigungsfrist werden somit an die Sperrfrist angehängt.
- Rückwärtsberechnungsmethode: Kündigungsfrist beginnt nicht mit Zugang der Kündigung zu laufen, wenn sie weit vorgängig und über die Kündigungsfristedauer hinaus ausgesprochen wird, sondern sie wird vom Kündigungstermin rückwärts gezählt (BGE 134 III 354), d.h. Kündigung ausgesprochen am 15.2. auf den 31.8. (Kündigungsfrist 3 Monate), d.h. Kündigungsfrist beginnt erst ab dem 1.6. zu laufen. D.h. nur ein zwischen 1.6. und 31.8. eintretender Grund führt zu einer Verlängerung der Sperrfrist.
- Es werden die effektiven Kalendertage gezählt, d.h. am Ende der Kündigungsfrist erfolgt eine Verlängerung auf Monatsende. Eine während dieser gesetzlichen Verlängerungsphase eintretende Verhinderung bewirkt jedoch keine Verlängerung der Sperrfrist.
- Nach Art. 10 GIG (Schutz vor Rache Kündigung): Kündigung kann gerichtlich angefochten werden oder AN kann nach OR 336a vorgehen und Entschädigung von max. 6 Monatslöhnen verlangen.

## 7.6 Folgen der Beendigung des AV

- **Treue- und Fürsorgepflichten:** Freizeit für Stellensuche (OR 329 III), Geheimhaltung (OR 321a IV), Arbeitszeugnis (OR 330a), Referenz.
- **Informationspflichten des AG:** Ende der UVG-Deckung und Aufhebung der Sistierung bei der Krankenversicherung, Aufklärung über UVG-Abredevversicherung, Aufklärung über Übertrittsrecht von Kollektiv- in Einzelversicherung bei Kollektiv-KTG (dahingegen bei Antritt des AV: Schriftliche Information über den Inhalt des AV bei unbefristeten oder mehr als 1 Monat befristeten AV (OR 330b); Bekanntgabe der PK und Aushändigung des PK-Reglements, Aushändigung der KTG-Police, Meldung neuer AN bei AHV und PK).
- **Fälligkeit der Forderungen (OR 339):** z.B. Abgangsentschädigung, Entschädigungsansprüche, Lohn, Überstundenzuschlag, Spesen, Lohnnachgenuss, Ferien/Freitage, Abgangsentschädigung. Mit der Fälligkeit setzt die Verzugszinspflicht und Beginn der Verjährungsfrist ein (OR 127, OR 128 Ziff. 3). Unterlässt der AG bei Beendigung des AV Schadenersatzansprüche geltend zu machen oder behält er sich diese nicht ausdrücklich vor, ist ein Verzicht anzunehmen.
- **Rückgabepflichten (OR 339a):** Kautions (AG), Fahrzeuge, Abonnemente, Werkzeuge, Schlüssel, Ausweise, Dokumente, Laptop). Allgemeines Retentionsrecht gemäss ZGB 895-898 vorbehalten.
- **Abgangsentschädigung (OR 339b-339d):** mind. 50 jähriger AN, mind. 20 Jahre Dienstdauer (relativ zwingend); bei Tod des AN ist Entschädigung zusätzlich zum Lohnnachgenuss von OR 338 II an den überlebenden Ehegatten auszurichten. Höhe beträgt 2-8 Monatslöhne oder nach Vertrag. Entschädigung kann entfallen wenn AN ohne wichtigen Grund fristlos kündigt oder AG aus wichtigem Grund fristlos kündigt. Die Entschädigungspflicht entfällt zwingend, wenn gleichwertige Leistungen aus der PK erbracht oder zugesichert werden.
- **Konkurrenzverbot (OR 340):** Geheimhaltungspflicht kann durch vertraglich vereinbartes Konkurrenzverbot ergänzt werden (BGE 130 III 353, E. 2.1.1). Das Konkurrenzverbot gilt nur gegenüber dem unmittelbaren AG, umfasst in einem Konzernbetrieb jedoch auch die anderen Konzerngesellschaften. Das Konkurrenzverbot muss im Zusammenhang mit dem AV abgeschlossen werden, spätestens einen Monat nach Beendigung.

### **Materielle Voraussetzungen** für dessen Gültigkeit:

- Handlungsfähigkeit, einfache Schriftlichkeit (über alle wesentlichen Punkte: Ort, Zeit, Gegenstand, Folgen der Verletzung)
- Einblick in den Kundenkreis resp. in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse
- Wenn AG ein möglicher erheblicher Schaden durch Verwendung dieser Kenntnisse erwachsen könnte

- Kausalzusammenhang zwischen Kenntnissen und Schaden. Dieser liegt dann nicht vor, wenn Kunden dem AN wegen seiner besonderen persönlichen Eigenschaften/Fähigkeiten folgen (wie bei Berufen der «artes liberales», wie Ärzte, Anwälte, Coiffeur, Architekt, etc.).

**Formelle Voraussetzungen:**

- Konkurrenzverbot ist räumlich (Ort), zeitlich (3 Jahre) und sachlich (Tätigkeit) angemessen zu begrenzen (ZGB 27; OR 340a). AG kann AN für die Karenzzeit eine Entschädigung zusprechen (freiwillig).

**Wegfall (OR 340c):** Interesseverlust, durch AG veranlasste Kündigung, d.h. AG hat zur Kündigung Anlass gegeben resp. AN hat aus vom AG zu vertretenden Anlass (≠ wichtiger Grund) oder AG dem AN ohne begründeten Anlass (≠ wichtiger Grund) gekündigt hat. Begründeter Anlass = Ereignis, das bei vernünftiger Betrachtung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist aber nicht notwendig, dass es sich um eigentliche Vertragsverletzung handelt (BGer A4\_468/2017, E. 2.1) oder bei Verzicht des AG.

**Verletzung (OR 340b I):** Konventionalstrafe (unterliegt der richterlichen Herabsetzung nach OR 163). Darf nicht höher als ein Jahressalär sein. Muss sich immer auf konkrete Regelverstösse beziehen. Es ist durch Auslegung zu eruieren, ob sie auch dem Schadenausgleich dient oder ausschliesslich Sicherungsfunktion (BGE 144 III 327, E. 5.2) hat. Ist der Schaden jedoch höher als die Konventionalstrafe, richtet sich der Schadenersatz nach OR 340b II und OR 161 II. Zudem ist auch Klage auf Realerfüllung (d.h. Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes) bei besonderer Treuwidrigkeit oder entsprechender schriftlicher Vereinbarung ausnahmsweise möglich.

**Auskauf (OR 340b II):** Bezahlung der Konventionalstrafe (und Schadenersatz)

**Herabsetzung (OR 340a II und OR 340b):** Übermässige Konkurrenzklauseln können vom Richter herabgesetzt werden sowie Herabsetzung der Konventionalstrafe.

- **Verzichtsverbot (OR 341):** AN soll vor Druck des AG geschützt werden, so dass er nicht (einseitig) auf die ihm zwingend zustehenden Forderungen (d.h. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, die aus zwingenden gesetzlichen Vorschriften oder aus unabdingbaren Bestimmungen des GAV erwachsen, OR 361/362 und OR 356/358 sowie öffentliches Recht z.B. Ferien/Freitage, Arbeitgeberverzug, Überstundenzuschlag, Lohnfortzahlung, Kündigungsschutz, Persönlichkeitsschutz) während des AV (d.h. ab Abschluss des AV und ein Monat nach dessen Beendigung) rechtsgültig verzichten kann (BGer 4A\_571/2008, E. 4.4). Folge davon ist Nichtigkeit der Erklärung und Weiterbestand der Forderungen. Ein nach Ablauf der Monatsfrist ausgesprochener Verzicht ist hingegen gültig. Verzicht im Rahmen eines Aufhebungsvertrages ist nur dann gültig, wenn ein Ausgleich der gegenseitigen Forderungen von vergleichbarem Wert vorliegt, d.h. beide

Seiten auf einen Anspruch verzichten). Die Saldoquittung bestätigt bei Beendigung des AV den Ausgleich aller Forderungen. Ein darin enthaltener Verzicht auf Forderungen aus zwingenden Bestimmungen müsste klar erkennbar sein. AN handelt nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er seine Forderungen erst kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist eingeklagt ([BGE 129 III 171](#)). Kein Verzicht ist die einverständliche Reduktion von Forderungen im Rahmen eines Vergleichs, wenn beide Parteien gleichmässig auf Rechte und Forderungen verzichten ([BGer 4C.185/2001, E. 3](#)).

- **Verjährung (OR 127, OR 128, OR 130):** Verjährung beginnt mit der Fälligkeit. Sie dauert bei Lohnforderungen, Ferien und allen wiederkehrenden Forderungen 5 Jahre. Alle übrigen Ansprüche aus dem AV (insb. Schadenersatz, Anspruch auf Arbeitszeugnis) verjähren innert 10 Jahren.

## 8 Personalverleih

- Oberbegriff für Dreiecksverhältnis zwischen AG, der den AN mit dessen Einverständnis für eine bestimmte Zeit einem Dritten (Einsatzbetrieb) zur Verfügung stellt, dem wesentliche Weisungsbefugnisse und betriebliche Fürsorgepflichten zukommen. Die Pflicht zur Lohnzahlung und der Anspruch auf Arbeitsleistung besteht gegenüber dem Verleiher. Dieser hat auch das Kündigungsrecht inne.
- Vom Personalverleih zu unterscheiden ist die Arbeitsvermittlung, wonach ein Vermittler AG und AN zwecks Abschlusses eines AV zusammenführt. Bei Entgeltlichkeit und Regelmässigkeit ist eine Betriebsbewilligung durch kantonales Arbeitsamt erforderlich (AVG 2).
- Folgende drei Arten von Personalverleih werden unterschieden (AVG 12 i.V.m. AVV 27):
  - Gelegentliches Überlassen (AVV 27 IV): AG behält Weisungsbefugnis. Es ist keine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamt notwendig.
  - Leiharbeit (AVV 27 III): Unternehmenszweck des AG ist nicht auf Personalverleih beschränkt, AG führt eigenen Betrieb. AN werden aber gewerbsmässig, doch nur hauptsächlich zum Zwecke des Verleihs an Dritte angestellt (werden im Betrieb noch anderweitig eingesetzt). Weisungsbefugnis und Fürsorgepflicht werden auf Einsatzbetrieb übertragen, Lohnzahlung und Kündigungsrecht obliegen dem Verleiher. Dafür bedarf es einer Betriebsbewilligung durch das kantonale Arbeitsamt.
  - Temporärarbeit: Unternehmenszweck des AG beschränkt sich auf den Verleih von AN an Einsatzbetriebe. Weisungsbefugnis und Fürsorgepflicht werden auf Einsatzbetrieb übertragen, Lohnzahlung und Kündigungsrecht obliegen dem Verleiher. Der Verleiher (unmittelbarer AG) schliesst mit dem AN einen Rahmen-AV ab. Nimmt der AN eine angebotene Arbeit bei einem Einsatzbetrieb an, wird ein

individueller Einsatzvertrag abgeschlossen. Dafür bedarf es ebenfalls einer Betriebsbewilligung.

- Verfügt der Personalverleiher nicht über die notwendige Betriebsbewilligung, ist der AV mit dem AN ungültig. Es findet OR 320 III Anwendung. Der Leiharbeitsvertrag muss schriftlich sein. Der Inhalt regelt AVG 19 II. AVG 19 IV lässt vom OR abweichende, kürzere Kündigungsfristen zu. Ab dem 7. Monat gilt die einmonatige Kündigungsfrist nach OR 335c. Vertragsklauseln, die dem AN einen Übertritt in den Einsatzbetrieb erschweren oder verunmöglichen sind nichtig (AVG 19 IV).
- Der Vertrag des Personalverleihers mit dem Einsatzbetrieb ist ein Vertrag sui generis (AVG 22). Der Verleiher haftet dem Einsatzbetrieb für die zur Verfügung gestellten AN (Auswahl und generelle Eignung). Der Personalverleiher kann gegenüber dem AN Ansprüche wegen mangelhafter Arbeitsleistung geltend machen. Somit trägt der Einsatzbetrieb das wirtschaftliche Risiko.
- Untersteht der Einsatzbetrieb einem GAV, so muss der Verleiher gegenüber dem AN die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV (AVG 20 I) einhalten.

## **9 Öffentliches Arbeitsrecht**

- Landesstreik von 1918 (aufgrund Industrialisierung). Bundeskompetenzartikel für Arbeitsgesetz, welche kantonale ArG ablösen sollte, wurde aber erst nach dem 2. WK in Kraft gesetzt. Ebenso Sozialversicherungen (AHV 1948, IV 1960, UVG/ALV 1981/82).
- Von 180 ILO-Übereinkommen hat CH lediglich 60 ratifiziert (zuletzt dasjenige über den Mutterschutz, u.a. dass Stillzeiten entlohnt sein müssen).
- Das öffentliche Arbeitsrecht hat seine verfassungsmässige Grundlage in BV 110 und lässt sich in Arbeitsschutzrecht, gestaltendes öffentliches Arbeitsrecht und Recht der Sozialversicherungen unterteilen.
- Das Arbeitsschutzrecht ist im Wesentlichen im ArG (Mindestvorschriften über Gesundheitsvorsorge, Arbeits- und Ruhezeiten, Sonderschutz Jugendlicher und weiblicher AN) und im UVG (Vorschriften über Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten) und den dazugehörigen Verordnungen geregelt.
- 1998 gab es Teilrevision des ArG: Flexibilisierung der Arbeitszeiten (zw. 6 und 23 Uhr ohne Bewilligung) und verbesserte Schutzmassnahmen für Beschäftigte (Anspruch auf 10% Zeitkompensation bei Nacharbeit, Anspruch auf medizinische Betreuung und Gesundheitsberatung, etc.). Zudem wurden Vorrechte für Frauen, soweit sie nicht biologisch notwendig sind (z.B. Mutterschutz), eliminiert (z.B. Aufhebung striktes Nachtarbeitsverbot in der Industrie).
- Per 1.1.2016 wurde Vertrauensarbeitszeit (Verzicht auf Arbeitszeiterfassung) eingeführt (ArGV1 73a und 73b).



- Derzeit wird im Parlament eine Vorlage ausgearbeitet, welche eine befristete Erhöhung der Wochenarbeitszeit für AN mit erheblicher Zeit- und Gestaltungsautonomie auf 60 Stunden und einer Reduktion der nächtlichen Ruhezeit von 11 auf 9 Stunden vorsieht.
- Das ArG setzt Mindeststandards (relativ zwingend) und ist an das Territorialitätsprinzip gebunden (nur Tätigkeiten, die in CH ausgeübt werden, durch CH-AG entsandte AN im Ausland unterliegen nicht dem ArG, was auch die Rezeptionsklausel in OR 342 ausschliesst (BGE 139 III 411, E. 2.4)).
- Es ist als Spezialverwaltungsrecht dem öffentlichen Recht zugeordnet (Rechtsweg!) und beinhaltet verschiedene Verordnungen:
  - ArGV 1: Allgemeine Verordnung (ArG 40) → Mutterschutz-VO des WBF (delegierte VO nach ArGV 62 I).
  - ArGV 2: Ruhezeit-VO (ArG 27)
  - ArGV 3: Gesundheit (ArG 6)
  - ArGV 4: industrielle Betriebe
  - ArGV 5: Jugendschutz (ArG 29/30) → gefährliche Arbeiten-VO des WBF
- Rezeptionsklausel (OR 342): zivilrechtliche Wirkung des öffentlichen Rechts: Zivilklageweg (d.h. Klage auf Erfüllung, Recht auf Arbeitsverweigerung (OR 324), Recht zur fristlosen Entlassung (OR 337 I), Schadenersatz (OR 97)), aber auch öffentlich-rechtlicher Beschwerdeweg (Verwaltungszwang, Bussen) und öffentlich-rechtliche Aufsicht (Kanton sorgt für Vollzug (KIGA), Bund übt Oberaufsicht aus (seco)).

## 9.1 Geltungsbereich des ArG

- ArG ist anwendbar auf alle öffentlichen und privaten Betriebe, d.h. auf jede Arbeitsorganisation, bei der dauernd oder vorübergehend mindestens eine Person durch einen AG weisungsgebunden beschäftigt wird. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeit nicht im Betrieb selber, sondern dezentral ausgeübt wird (z.B. Homeoffice).
- Der Betrieb muss nicht mit dem rechtlichen AG identisch sein (bei Personalverleih ist Einsatzbetrieb der massgebende Betrieb oder bei Leiharbeit, das Unternehmen, welches für die Ausführung der Arbeiten zuständig ist und Weisungsbefugnis inne hat (BGer 2C\_703/2015, E. 2.1)).
- ArG gilt für alle AN, die in einem dem ArG unterstellten Betrieb beschäftigt sind, d.h. alle in eine Arbeitsorganisation hierarchisch integrierten Personen, die weisungsgebundene Arbeit verrichten (ArGV1 1). Nicht zu den AN zählen Personen, die in einem Werkvertrags-, Auftrags- oder Gesellschaftsverhältnis arbeiten, aber nur für den Fall, dass nicht tatsächlich ein Subordinationsverhältnis vorliegt.

- **Betriebliche Ausnahmen:** ArG 2 I lit. a-g, ARGV1 5-7 (gilt nur für Arbeits- und Ruhezeiten, Gesundheitsschutz: ArG 3a und ArG4 III); Gegenausnahmen: ArG 2 II i.V.m. ArG 4, ArGV1 4a; ArGV5 3 (Liste ist abschliessend).
- **Persönliche Ausnahmen:** ArG 3 und 4 ArG, ArGV1 8-12

## 9.2 Schutzvorschriften des ArG

Sofern die nachfolgenden Bestimmungen nicht eingehalten werden, gilt dies als Annahmeverzug des AG (Art. 324 OR). Bei wiederholter Missachtung und Abmahnung ist eine fristlose Kündigung möglich (OR 337, OR 337d).

### 9.2.1 Allgemeiner Gesundheitsschutz

Das ArG kennt nur wenige Vorschriften über die Gesundheitsvorsorge: Art. 6-8 ArG sowie ArGV 3 für allgemeine Betriebe und ArGV4 für industrielle Betriebe.

ArG 6 fordert den AG auf, die erforderlichen und zumutbaren Massnahmen zu treffen, um Gesundheitsschädigungen zu vermeiden (Konkretisierung von OR 328). Es geht dabei um die physische und psychische Gesundheit (z.B. Überforderung am Arbeitsplatz durch Stress, Zeitdruck, fehlende organisatorische Massnahmen, die zu psychischen Problemen führen können). Die zu treffenden Massnahmen beziehen sich in erster Linie auf körperliche Arbeiten (Körperhaltung, äussere Einflüsse wie Strahlung, Kälte, Nässe, Licht, usw), auf Alkohol- und Tabakkonsum am Arbeitsplatz (v.a. für Gastgewerbe relevant) sowie die Arbeitsorganisation (ausgeglichene Einsatzpläne, Ruhepausen, etc.). Die Massnahmen müssen nach der Erfahrung notwendig und für den AG zumutbar und verhältnismässig sein. Sie müssen dem Stand der Technik entsprechen.

Für die Gesundheitsvorsorge und Unfallverhütung in industriellen Betrieben sind Art. 7 und 8 ArG zu beachten. Durch Plangenehmigung und Betriebsbewilligung besteht somit doppelte Kontrolle in Bezug auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften über die Gesundheitsvorsorge.

In Art. 81 ff. UVG, VUV und weitere Verordnungen enthalten Vorschriften zur Verfügung von Unfällen und Berufskrankheiten.

### 9.2.2 Arbeits- und Ruhezeiten

- AG muss Arbeitszeiten (Beginn, Ende, Pausen) seiner AN individuell erfassen und die Dokumente 5 Jahre lang aufbewahren (ArG 46 und ArGV1 73)
- Höchstarbeitszeiten: ArG 9-13, ArGV1 13-17, 22-26, 38 und 40-42. Die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschreitende Arbeitszeit ist Überzeit (VSS in Art. 12 ArG). Diese ist

durch Freizeit gleicher Dauer (in gegenseitigem Einverständnis) oder durch Lohnzuschlag von mind. 25% (zwingend!) auszugleichen. Davon unterschieden werden Überstunden i.S.v. Art. 321c OR (Differenz zwischen der effektiv geleisteten Arbeitszeit und der vertraglich vereinbarten/branchenüblichen oder NAV/GAV-konformen Arbeitszeit). Diese ist durch Freizeit gleicher Dauer (in gegenseitigem Einverständnis) oder mind. 25% Lohnzuschlag auszugleichen, wobei bei beidem eine schriftliche Wegbedingung möglich ist.

- Pausen/Ruhezeit: Art. 15/15a ArG; Art. 18-21 ArGV1, wobei Pausen als entlohnte Arbeitszeit gelten, wenn der AN auf ausdrückliche Anordnung oder im Interesse des AG diese am Arbeitsplatz verbringen muss oder seine Arbeitsstelle de facto nicht verlassen kann (z.B. Arbeiten in einem Tunnel). Keine Entlohnung kann hingegen geltend gemacht werden, bei Aufenthalt während der Pause auf dem Betriebsgelände resp. bei freiwilligem Aufenthalt am Arbeitsplatz. Ein Betriebsunterbruch zählt nicht als Pause, sondern als Arbeitszeit.
- Nachtarbeit(sverbot): Art. 16-17e ArG; Art. 27-33, 43-46 ArGV1 und ArGV2, wobei Nachtarbeit von 23-6 Uhr dauert (vgl. Art. 10 ArG). Nachtarbeit und Sonntagsarbeit ist grds. verboten. Diese kann bewilligt werden, bei dringendem Bedürfnis (vorübergehend) resp. technisch/wirtschaftlicher Unentbehrlichkeit (dauernd). Dabei ist Ansatzpunkt für die Beurteilung der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit das Arbeitsverfahren, was eine wettbewerbsneutrale Praxis bei der Erteilung der Ausnahmegewilligungen erlaubt ([BGer 2C\\_475/20117, E. 3.3](#)).
- Sonntagsarbeit(sverbot): Art. 18-22 ArG; Art. 27, 28 und 33 ArGV1 und ArGV2. Ist grds. auch verboten. Auch im Falle von Sonntagsarbeit sind unter den gleichen Bedingungen wie bei der Nachtarbeit Ausnahmegewilligungen zulässig. Der zu bezahlende Lohnzuschlag beträgt allerdings 50% und der AN hat Anspruch auf Ersatzruhe. Das Einverständnis des AN zur Sonntagsarbeit ist im Voraus schriftlich zu erteilen.

### 9.2.3 Sonderschutz

- **Jugendliche AN:** Art. 29-32 ArG, ArGV 5 → Beschäftigungsverbote: AV ist nichtig! Ruhezeiten sind in Art. 31 ArG und Art. 10 ff. ArGV5 geregelt.
- **Schwangere und stillende Mütter:** Art. 35-35b ArG, Art. 60-66 ArGV1, MuschV. Recht und Pflicht eine körperlich zumutbare gleichwertige Ersatzarbeit (fachlich, geistig) in Betrieb (bei gleichem Lohn) auszuüben. Wenn keine Arbeit zugewiesen werden kann, darf sie von der Arbeit fern bleiben und erhält 80% des Lohnes (ArG 35a und 35b sind lex specialis zu OR 324). Bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit i.S.v. OR 324a ist hingegen volle Lohnzahlung geschuldet. Unabhängig von der Art der Arbeit, hat die AN das Recht, jederzeit von der Arbeit fernzubleiben. Diesfalls jedoch ohne Lohnanspruch.

- **Andere:** Art. 36 und Art. 36a ArG

## 10 Koalitionsrecht

- Das Kollektive Arbeitsrecht bezweckt die Verbesserung der Stellung des schwächeren Vertragspartners und somit das Machtgefälle zwischen AG und AN etwas auszugleichen.
- Das Kollektive Arbeitsrecht findet seinen Ursprung in BV 28. Dieses beinhaltet das **Betriebsverfassungsrecht** (Art. 37-39 ArG (Betriebsordnung); Art. 67/68 ArGV1 und Art. 9-10 MitwG). Dieses ist grds. freiwillig (für industrielle Betriebe obligatorisch), hat eine normative Wirkung und ist hierarchisch zwischen dem GAV und dem EAV angesiedelt. Es beinhaltet Informationspflichten zum Gesundheitsschutz, der Unfallverhütung, dem Betriebsübergang und Massenentlassungen und kann auch Ordnungsstrafen vorsehen.
- Demgegenüber ist das **Recht der Arbeitsverfassung** privatrechtlich geregelt (OR 356-356b). Dieses beinhaltet nebst dem Gesamtarbeitsvertragsrecht und dem Recht auf Kollektivstreitigkeiten auch das Koalitionsrecht.
- Letzteres beinhaltet die Koalitionsfreiheit, wozu die Zusammenschlussfreiheit, die Arbeitskämpfungsfreiheit und die Tariffreiheit, welche ihrerseits die Bestandesfreiheit und die Betätigungsfreiheit, d.h. die den Koalitionen zukommenden Aufgaben frei und ohne Diskriminierung von Seiten des Staates zu garantieren (**BGE 129 I 113**).
- GAV kommt in der Hierarchie der Rechtsquellen (vgl. Ziff. 1.1.2) nach dem OR, jedoch vor dem EAV. Gemäss Günstigkeitsprinzip darf der EAV daher bessere Bedingungen vorsehen als der GAV, jedoch niemals schlechtere.

### 10.1 Koalitionen

- Koalitionen sind privatrechtliche Vereinigungen von AN (Gewerkschaften) und AG (Arbeitgeberverbände) zur Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder.
- **Gewerkschaften:** Schweizerischer Gewerkschaftsbund (insb. Unia) und Travail.Suisse
- **Arbeitgeberverbände:** Schweizerischer Arbeitgeberverband (mit 95 Arbeitgeberorganisationen, welche 100'000 Unternehmen als Mitglieder haben) und Schweizerischer Gewerbeverband (Vielzahl von KMUs)
- Sie sind als Verein i.S.v. ZGB 60 organisiert (selten Genossenschaft).
- Die Koalitionen vertreten in erster Linie die Interessen ihrer Mitglieder, nehmen aber auch eine öffentliche Ordnungsfunktion wahr. So schliessen sie einerseits GAV's ab, geniessen aber auch das Streikmonopol (OR 357a II) und haben weitere Funktionen inne (z.B. politische Willensbildung, Mitwirkung in Gremien).
- Um als Koalition gelten zu können, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- **Freiwilligkeit:** Ausfluss der neg. Koalitionsfreiheit, welche das Recht der einzelnen AN und AG gewährleistet, einem Arbeitsverband fernzubleiben (BV 28 I) und das Recht beinhaltet, aus der Koalition auszutreten (d.h. kein Eintritts- oder Austrittszwang, vgl. [BGE 124 I 107](#)).
  - **Gegnerfreiheit:** Koalition muss materiell und ideell von der Gegenseite unabhängig sein. Die Koalition muss zur Zielerreichung bereit sein, auf die Gegenseite sozialen Druck auszuüben.
  - **Unabhängigkeit:** Die Koalitionen müssen von Kirche, Staat und Dritten (politischen Institutionen) unabhängig sein, d.h. es darf keine existentielle Beziehung und Abhängigkeit zu einer solchen Organisation bestehen (kleine Zuschüsse sind erlaubt).
  - **Interessenwahrung:** Es muss die Wahrung und Förderung von Arbeitsbedingungen (Löhne, Arbeitszeit, Ferienansprüche, Weiterbildung, etc.) beabsichtigt sein. Dies erfordert zudem eine gewisse Dauer der Zweckverfolgung (keine ad-hoc-Koalitionen). Keine Aufgabe der Koalition ist hingegen die Wahrnehmung von Einzelinteressen ihrer Mitglieder vor Gericht. Die Koalition ist nur dann aktivlegitimiert, wenn die betroffene Person selber auch aktivlegitimiert wäre und der Rechtsstreit kollektive, d.h. alle Mitglieder berührende Interessen betrifft ([BGer 4A\\_248/2010, E. 4.1](#)).
  - **Demokratische Willensbildung:** Koalitionen müssen fähig sein, sich zu artikulieren (Wahl von Repräsentanten). Daher sind Koalitionen auch als Vereine organisiert.
- Sind die Kriterien nicht erfüllt, wird der Verein nicht als Koalition anerkannt, ist nicht tariffähig und hat auch kein Streikmonopol.

### 10.1.1 Aufgaben und Zuständigkeiten

- **Tariffähigkeit:** Recht, GAV abzuschliessen und Allgemeinverbindlicherklärung von GAV zu beantragen. Um tariffähig zu sein, muss ein Verband diesen Zweck ausdrücklich in den Statuten vorsehen.
- **Streikmonopol:** Nur Koalitionen können rechtmässige Arbeitskämpfe auslösen (durch Abstimmung).
- **Klagerecht:** Haben ein selbständiges Klagerecht.
- **Verwaltungs- und Mitwirkungsrechte:** Koalitionen haben ein Vorschlagsrecht für Vertreter in den Arbeitsgerichten und Einigungsämter.
- **Vertretungsrecht:** Sie sind an der Verwaltung sozialer Institutionen (SUVA, Ausgleichskassen) beteiligt.
- **Vernehmlassungsrecht:** Sie werden zudem in Vernehmlassungsverfahren miteinbezogen und sind vor dem Erlass bestimmter Gesetze/Verordnungen anzuhören.

## 10.2 Die Koalitionsfreiheit

Koalitionsfreiheit ist das Recht, sich ungehindert zu Arbeitsverbänden zu vereinigen (BV 28) und wird unterschieden in:

	<b>Individuelle Koalitionsfreiheit</b> (Menschenrecht von In- und Ausländern)	<b>Kollektive Koalitionsfreiheit</b> (Bestandes- und Betätigungsgarantie der Koalitionen und Dachverbände im Verhältnis zu ihren Konkurrenzorganisationen)
<b>Positive Koalitionsfreiheit</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Beitrittsfreiheit</i>: Gehört zum Persönlichkeitsrecht nach ZGB 28. Ein Beitrittsanspruch besteht hingegen in aller Regel nicht resp. nur dann, wenn das wirtschaftliche Fortkommen durch Nichtbeitritt gefährdet wäre (z.B. Beitritt eines Arztes zu FMH).</li> <li>– <i>Betätigungsfreiheit</i>: Recht, an der Koalitionstätigkeit ungehindert teilzunehmen.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Gründungsfreiheit</i></li> <li>– <i>Bestandesfreiheit</i></li> <li>– <i>Betätigungsfreiheit</i></li> <li>– <i>Auflösungsfreiheit</i></li> </ul>
<b>Negative Koalitionsfreiheit</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Austrittsrecht</i>: ZGB 70 II gewährleistet ein jederzeitiges Austrittsrecht aus dem Verein.</li> <li>– <i>Recht auf Fernbleiben</i>: Entschluss Koalition fernzubleiben (Aussenseiter).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Austrittsrecht</i></li> <li>– <i>Recht auf Fernbleiben</i></li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Alle Rechtsgeschäfte/Abreden, welche die positive und negative Koalitionsfreiheit einschränken, sind nichtig (OR 20 II).</li> <li>– Insb. Koalitionsfeindlicher Revers (Verpflichtungserklärung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Aufgrund OR 356 IV ist es unzulässig, durch sog. Exklusivitätsklauseln den Abschluss eines GAV (mit gleichem Inhalt) mit einer anderen Koalition zu verbieten. Das Verbot</li> </ul>

	<p>keiner Gewerkschaft anzugehören/beizutreten)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Schwarze Listen (unter AG zirkulierende Listen mit Gewerkschaftsmitgliedern, mit dem Ziel, die Einstellung zu verhindern). AN hat zwar keinen Rechtsanspruch auf Einstellung, kann aber aus ZGB 28 klagen (ZGB 28a).</li> <li>– Kündigungen wegen (Nicht-)Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft oder wegen gewerkschaftlichen Aktivitäten sind missbräuchlich, sofern nicht ein sachlicher/persönlicher Grund ausschlaggebend war (OR 336 II lit. a).</li> </ul>	<p>einen inhaltlich anderen Vertrag abzuschliessen, ist hingegen zulässig.</p>
--	---	--

- Es wird versucht einen Gewerkschaftszwang auf Aussenseiter auszuüben durch:
  - *Verdrängung*: durch Kündigung, kürzere Kündigungsfristen, schlechtere Arbeitsbedingungen
  - *Absperrklauseln*: Verpflichten AG, ausschliesslich Mitglieder der jeweiligen Gewerkschaft zu beschäftigen.
    - Verstoss gegen negative Koalitionsfreiheit (Persönlichkeitsverletzung i.S.v. ZGB 28 resp. unerlaubte Handlung). Rechtsschutz nach ZGB 28a
- *Anschlusszwang (OR 356b)*: gilt gegenüber Nichtorganisierten (≠ Andersorganisierten) mit der Verpflichtung zur Leistung von Solidaritätsbeiträgen. Mit diesen werden die Vorteile, welche ein GAV allen AN des Betriebes bietet, in angemessener Weise ausgeglichen. Aussenseiter erhalten somit mit Zustimmung der Parteien eines GAV die Stellung eines am Vertrag Beteiligten, ohne Mitglied der betreffenden Koalition zu werden. Der Vertragszwang kann in Form der Gewährung gewisser Privilegien ausgeübt werden.
  - **Ausschlussklauseln**: Verbieten dem AG nicht angeschlossenen Aussenseitern bestimmte tarifliche Vergünstigungen zu gewähren (z.B. Weiterbildung)
  - **Spannklauseln**: Gewähren den Angeschlossenen einen Vorteil gegenüber den Nichtangeschlossenen (z.B. mehr Lohn, mehr Ferien).

→ ist beides zulässig, solange dadurch kein Verbandszwang ausgeübt wird. Die Privilegien der Verbandsmitglieder dürfen daher wertmässig nicht höher als die Mitgliederbeiträge sein. Solidaritätsbeiträge, welche den Verbandsbeiträgen der Höhe nach nahekommen, können vom Richter auf ein zulässiges Mass beschränkt werden.  
→ Gegenüber Andersorganisierten ist ein Anschlusszwang nur zulässig, wenn der betreffenden anderen Org. die Gelegenheit gegeben wird, als solche den Anschluss zu erklären oder einen entsprechenden GAV abzuschliessen (OR 356b III; BGE 141 III 418, E.4).

## 11 Gesamtarbeitsvertragsrecht

- GAV = Vertrag auf überbetrieblicher Ebene zwischen AG (resp. AG-Verbänden) und AN-Verbänden mit dem Inhalt, die Arbeitsbedingungen zu regeln. Darin werden gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung des EAV (normative Bestimmungen) sowie schuldrechtliche und indirekt-schuldrechtliche (d.h. Bestimmungen über Beitragszahlungen an eine Ausgleichskasse oder einen Fonds für berufliche Aus- und Weiterbildung, Arbeitnehmervertretung in einem Unternehmen, Unfallvorsorge usw.) festgehalten. Sie kommen in zwei Formen vor:
  - GAV: Vereinbarung zur Regelung der Arbeitsverhältnisse. Sind die bedeutendste Rechtsquelle für EAV.
  - Landesmantelvertrag (LMV): Verträge auf Landesebene, welche normativ mittels (regionaler) Einzelverträge ergänzt werden.
- GAV hat *arbeitsrechtliche Ordnungsfunktion* (einheitliche Anwendung der arbeitsvertraglichen Bestimmungen) und *wirtschaftliche Ordnungsfunktion* (durch Schaffung von verbindlichen Arbeitsbedingungen wird der wirtschaftliche Wettbewerb eingeschränkt) und soll den einzelnen AN als *wirtschaftlich schwächere Partei schützen* sowie die *politische Verantwortung fördern*, indem GAV vielgestaltiger und flexibler sind als der Gesetzgebungsapparat.
- Es gibt total 581 GAV (mit über 2 Mio. unterstellten AN, d.h. 40% aller AN), davon 566 mit normativen Bestimmungen und 15 ohne (Stand: 1.3.18).

### 11.1 Die Parteien des GAV

- Firmenvertrag → zwischen AN-Verband und einzelner AG
- Verbandsvertrag → zwischen AN- und AG-Verband/Verbänden
- Fähigkeit GAV abzuschliessen ist auf AN-Seite auf Koalitionen beschränkt (Koalitions- und Tariffreiheit)
- Wenn auf einer Seite mehrere Parteien beteiligt sind = mehrgliedrige Verträge:



- Anschlussvertrag: bei nachträglichem Hinzutreten von Aussenseitern. Diese kommen nur in Genuss der normativen resp. indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen des GAV (OR 356b). Sie haben Solidaritätsbeiträge zu entrichten. Anschluss muss jeder Person offen stehen und darf nicht verweigert werden.
  - Parallelvertrag: wenn ein AG mit verschiedenen Gewerkschaften oder eine Gewerkschaft mit verschiedenen AG den gleichen GAV abschliesst.
- Es besteht bei Vorliegen berechtigter Interessen ein Anspruch jeder Koalition auf Beitritt zu einem bestehenden GAV, sofern Gewähr besteht, dass die neu zum Vertrag stossenden den Inhalt resp. die Bedingungen des GAV erfüllen und auch für die Gruppe repräsentativ sind (BGE 113 II 37).

## 11.2 Abschluss eines GAV

Der GAV kommt durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung (OR 1) zustande. Erforderlich ist eine Vertretungsmacht (Vollmacht resp. gesetzliche Vertretung oder Betriebsvereinbarung resp. Ermächtigung im GAV), wobei Schriftlichkeit Gültigkeitserfordernis darstellt.

## 11.3 Geltungsbereich des GAV

- **Persönlicher/Personeller:** Sämtliche, auch berufsfremde AN des Betriebs, sofern sie nicht vom persönlichen Geltungsbereich ausgenommen sind (z.B. Kaderangehörige, Betriebsleiter, kaufmännisches/technisches Personal, Lernende, Praktikanten, Teilzeit- und Stundenlohnangestellte).
- **Betrieblicher:** Grundsatz der Tarifeinheit in einem Betrieb (d.h. es gilt nur ein GAV). Bei Tarifpluralität (d.h. Konkurrenz zwischen zwei GAV) ist die *effektive* Tätigkeit des Betriebs und nicht jene des Unternehmens (mit verschiedenen Betrieben) resp. nicht jene des HR-Auszuges ausschlaggebend. Bei Tarifpluralität zwischen Branchen- und Berufs-GAV geht der Branchen-GAV vor, weil der Betrieb in seiner Ganzheit erfasst werden soll. Bei Tarifpluralität zwischen zwei Berufs-GAV resp. zwei Branchen-GAV kommt das Günstigkeitsprinzip zur Anwendung. Bei Tarifpluralität zwischen Branchen-AVE und Branchen-GAV gilt der Branchen-AVE
- **Räumlicher:** Schweizweit, regional, kantonal: Massgebend ist der Ort der Betriebsstätte resp. wo die Arbeitsleistung erbracht wird.
- **Zeitlicher:** Feste Laufzeit: GAV gilt während der Laufdauer des Vertrages. Erstreckung des Geltungsbereichs normativer Klauseln über die Laufzeit hinaus ist nicht möglich (deshalb kann ein neuer GAV gegenüber dem vorhergehenden GAV auch ungünstigere Bestimmungen enthalten). GAV gilt unmittelbar, d.h. Nachwirkung nach Beendigung ist nicht möglich, ausser wenn mangels gegenseitiger Äusserungen die Weitergeltung der

Normen des alten GAV dem mutmasslichen Willen der Parteien entspricht und dann Kraft EAV gelten (BGE 130 III 21, E. 3). Tarifgebundenheit gilt nur für die Dauer der Verbandsmitgliedschaft, sofern GAV aber befristet ist, so bewirkt ein Austritt aus der Koalition keine Befreiung und die normativen Bestimmungen gelten bis zum Ablauf der Dauer. Im Falle eines Betriebsübergangs gilt der GAV auch für den neuen Betriebsinhaber für längstens ein Jahr weiter (OR 333 I<sup>bis</sup>).

#### 11.4 Inhalt des GAV

Ein GAV muss normative oder indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen enthalten.

- **Schuldrechtliche Bestimmungen:** Verpflichten Parteien des GAV selbst (d.h. keine Verträge zu Lasten Dritter). Dies können beispielsweise sein:
  - **Friedenspflicht:** Im GAV kann eine absolute Friedenspflicht (d.h. für alle Belange) statuiert werden (relative Friedenspflicht gilt bereits von Gesetzes wegen, vgl. OR 357a II).
  - **Einwirkungspflicht auf Mitglieder (OR 357a I):** Verbände müssen ihre Mitglieder auf Bestand und Inhalt des GAV hinweisen und notfalls die Einhaltung mit Sanktionen erzwingen. Die Einwirkungspflicht beschränkt sich auf Mitglieder und Angeschlossene, nicht aber auf Aussenseiter (auch nicht bei AVEGAV's).
  - **Durchführungs- und Kontrollpflicht (OR 357b):** Pflicht zur Kontrolle der Einhaltung resp. des Vertragsvollzugs (paritätische Kommission oder interne Rekursstelle)
  - **Schlichtungs- und Schiedsstelle sowie weitere Selbstpflichten** (z.B. das Verbot mit einem anderen Verband einen anderslautenden GAV abzuschliessen).
- **Indirekt Schuldrechtliche Bestimmungen:** Begründen schuldrechtlich Rechte und Pflichten, jedoch ohne, dass daraus ein Rechtsanspruch abgeleitet werden kann:
  - **Bestimmung über AN-Vertretung**
  - **Solidarnormen**, welche den AG zu Leistungen z.G. der gesamten resp. Teilen der Belegschaft verpflichten (z.B. Kantine, Krippe, Kursangebot). Sie kommen auch Aussenseitern zu gute.
  - **Ordnungsnormen:** Regeln die Ordnung und das Verhalten der AN im Betrieb (Videoüberwachung, Krankmeldung, Rauchverbot, etc.).
  - **Disziplinar massnahmen**

→ Klagen auf Unterlassung, Feststellung und Schadenersatz (OR 97); Kündigung, Konventionalstrafe, Strafanzeige (wobei die Klagen nur gegen die andere GAV-Partei gerichtet werden können)
- **Normative Bestimmungen:** Sind in ihrer Wirkungsweise (OR 357) Gesetzen im materiellen Sinne gleichzusetzen. Verpflichtet werden Mitglieder und Angeschlossene

(bei AVE-GAV auch Aussenseiter), die nicht Vertragspartei sind. Durch eine Ausdehnungsklausel kann auch ein Vertrag z.G. Dritter (OR 112) geschlossen und die Anwendung des GAV (in analogiam auch OR 357 II) auf nicht organisierte AN ausgedehnt werden (BGE 139 III 60, E. 5.2-5.4). Normativer Teil enthält Mindestarbeitsbedingungen z.G. der AN und wirkt zwingend, unmittelbar und unverzichtbar auf die AV ein (z.B. Abschlussgebote/-verbote (vgl. OR 356a), Schriftformvorbehalt, Inhalt (Lohn/-fortzahlung, Ferien/Freizeit, Arbeitszeiten, Weiterbildung, Kündigung/-sgründe, Sperrfristen, etc.). Zulässig sind **Öffnungsklauseln**, wonach der GAV eine Abweichung auch zu Ungunsten der AN vorsehen kann (ansonsten gilt **Günstigkeitsprinzip**, vgl. OR 357 II) sowie Effektivklauseln (z.B. Lohnerhöhung auf dem effektiv vereinbarten Mindestlohn, vgl. auch BGE 140 III 391, E. 3).

→ Leistungsklage des Mitglieds (BGE 115 II 251), Kollektivklage gemäss OR 357b I lit. a, bei Bestimmungen, die beiden Verbänden gemeinsam einen Anspruch auf Einhaltung der arbeitsrechtlichen Klauseln gegenüber der betroffenen Mitglieder geben (gilt für einzelne Mitglieder und ist daher für die Koalition als Klagende ausgeschlossen).

– Durch Allgemeinverbindlicherklärung auf Antrag einer GAV-Vertragspartei kann der Bundesrat durch Beschluss die Vertragsbindung persönlich auf AN und AG des betreffenden Wirtschaftszweigs/Berufs ausdehnen. Davon betroffen sind aber nur normative bzw. indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen. Die Stellung der AN und AG wird daher so gestaltet, wie wenn sie am Vertrag beteiligt wären. Voraussetzung der AVE ist die Erfüllung bestimmter Quoren (gemäss AVEG). Die Tarifgebundenheit wird daher auf Aussenseiter ausgeweitet. 2018 waren 69 GAV AVE erklärt.

## 12 Recht des Arbeitskampfes

Werden im Laufe von Verhandlungen zwecks Durchsetzung günstigerer oder Beibehaltung bestehender Arbeitsbedingungen Auseinandersetzungen durch Sozialpartner Massnahmen ergriffen, die den Arbeitsfrieden stören, so spricht man von Arbeitskampf. In der Schweiz sind Arbeitskämpfe eher selten (auch aufgrund der absoluten Friedenspflicht in den GAV). Arbeitskämpfe sind aber grundsätzlich erlaubt. Der Arbeitskampf darf sich aber immer nur gegen den eigenen Koalitionspartner richten, weil nur er die Legitimation hat durch Abschluss/Veränderung des GAV eine Änderung herbeizuführen. Der Staat muss zudem bei rechtmässigen Arbeitskämpfen neutral bleiben.

## 12.1 Streik

Kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zweck der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren Arbeitgebern.

- **Wilde Streiks:** spontan gebildete, nicht gewerkschaftliche Gruppe von AN führt den Streik durch (sind rechtswidrig; es gibt keine Möglichkeit der Aussperrung, nur OR 337)
- **Organisierte Streiks:** von Gewerkschaften organisierter Streik

## 12.2 Aussperrung

Ausperrung ist die Kampfmassnahme des AG und besteht in der Ausschliessung mehrerer AN von der Arbeit. Ist in der Praxis sehr selten, da sich die «Kampfmassnahme» des AG im Recht auf fristlose Kündigung erschöpft.

## 12.3 Boykott

Ist die organisierte Meidung bestimmter Personen mit dem Zweck, sie zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen oder sie zu einem Verhalten zu massregeln. Zielsetzung ist auch hier die Durchsetzung bestimmter Arbeitsbedingungen.

## 12.4 Voraussetzungen

- **Tariffähiges Subjekt (BV 28 III):** Die Arbeitskampffreiheit steht nur den tariffähigen Subjekten (Arbeitnehmer/Arbeitgeber). Die Arbeitskampfmassnahme muss sich gegen den Tarifpartner richten.
- **Durch GAV regelbares Ziel:** Arbeitskampfmassnahmen müssen Arbeitsbeziehungen betreffen. Der Streik muss sich auf den Inhalt des GAV beziehen. Für übertarifliche Leistungen, Effektivklauseln oder Forderungen religiöser/politischer Art darf nicht gestreikt werden.
- **Einhaltung der Friedenspflicht:** D.h. kein laufender GAV (OR 357a) resp. auch keine Verhandlungen. Der Streik hat zudem friedlich zu verlaufen.
- **Schlichtungsverfahren:** Funktionswidrig sind zudem Arbeitskämpfe, die ohne Versuch einer gütlichen Einigung begonnen werden. Der Einigungsversuch muss die Durchführung des vorgesehenen Schlichtungsverfahrens umfassen.
- **Urabstimmung/Streikbeschluss:** Arbeitskämpfe müssen das in den Satzungen der Koalitionen vorgesehene Verfahren einhalten, d.h. es muss eine Urabstimmung (qualifizierte Mehrheit der Mitglieder/betroffenen AN) oder ein Streikbeschluss (Beschluss des Zentralvorstandes der Gewerkschaft) vorliegen.
- **Verhältnismässigkeit:** Arbeitskämpfe müssen fair sein (ultima-ratio).

- **Kein Streikverbot:** Einzelnen AN kann gemäss Gesetz der Streik verboten werden (VSS BV 36), z.B. für leitende Angestellte
- Alle VSS müssen erfüllt sein, dass Streik rechtmässig ist. Beispiel: [BGE 125 III 277](#)

### 12.5 Rechtsfolgen bei rechtmässigen Arbeitskämpfen

- Ruhen der Hauptpflichten, d.h. Arbeitspflicht (OR 119 II) und Lohnpflicht (OR 82). Dies gilt auch für AN die nicht im Streik teilnehmen. AN die Mitglied der Gewerkschaft sind, erhalten von dieser Streikunterstützung (60-80% des entfallenen Lohnes). AN die sich am Streik beteiligen, aber nicht Mitglied der Gewerkschaft sind, sind hingegen auf Unterstützung durch Sozialhilfe angewiesen.
- Ordentliche Kündigung ist zulässig, jedoch nicht solche die wegen des Streiks ausgesprochen werden. A.o. Kündigungen sind nicht möglich und gelten als missbräuchlich (OR 337c).
- Es besteht kein Anspruch auf Ferien, Ferienlohn oder Lohnzahlung im Krankheitsfall.

### 12.6 Rechtsfolgen bei unrechtmässigen Arbeitskämpfen

- Schadenersatzanspruch (OR 97) für Schaden der wegen Vertragsbruch entsteht.
- Schadenersatzanspruch aus OR 321e für Schaden, der aus der Teilnahme am Streik entsteht; zudem Schadenersatzanspruch aus OR 41 resp. Organhaftung aus ZGB 55 (für Koalitionen)
- Keine Lohnpflicht des AG
- A.o. Kündigung nach OR 337 (da Verletzung des AV)
- Strafverfolgung aufgrund Nötigung bei politischen Streiks, Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung, Beleidigungen, etc., v.a. wenn Verhältnismässigkeitsgrundsatz verletzt ist.
- Konventionalstrafe: Sofern im GAV vereinbart (Haftung der Koalition)

## 13 Arbeitsgerichtsbarkeit

Bei Fragen des Arbeitsprivatrechts sind Zivilgerichte oder kantonale Sondergerichte (Arbeitsgerichte) zuständig. Die Zuständigkeit des Sondergerichts richtet sich nach der arbeitsrechtlichen Natur des geltend gemachten Anspruchs. Daher muss ein Arbeitsvertrag vorliegen.

Gerichtsstand ist wahlweise am Wohnsitz des Beklagten, am Sitz der Arbeitsstätte bzw. am gewöhnlichen Arbeitsort (ZPO 34), wobei die Arbeitsstätte/gewöhnliche Arbeitsort der tatsächliche Mittelpunkt der Berufstätigkeit des AN darstellt (Ort der effektiven

Arbeitsverrichtung). Gerichtsstandsvereinbarungen zulasten des AN sind unzulässig (ZPO 35 II).

Die staatliche Arbeitsgerichtsbarkeit kann durch **Vereinbarung von Schiedsgerichtsklauseln** in EAV oder GAV ausgeschaltet werden. Dabei muss es sich um einen Anspruch handeln, über den die Parteien frei verfügen können (ZPO 354), d.h. Ansprüche auf welche der AN gemäss OR 341 I nicht rechtswirksam verzichten kann, müssen vor einem staatlichen Gericht behandelt werden.

Nach erfolglosem **Schlichtungsverfahren** (wobei bei Streitigkeiten von über CHF 100'000 darauf verzichtet werden kann und die Schlichtungsbehörde bei Streitigkeiten bis zum Fr. 5'000.- einen Urteilsvorschlag unterbreiten kann), geht das Verfahren über zum **staatlichen Arbeitsgericht**. Dieses kennt ein vereinfachtes Verfahren (vermögensrechtlicher Streit von unter CHF 30'000.-, ZPO 243), ein ordentliches Verfahren (vermögensrechtlicher Streit von über Fr. 30'000.-) oder ein summarisches Verfahren (bei vorsorglichen Massnahmen, Sachverständige i.S.v. OR 322a/OR 322c oder Lohngefährdung). Die Verfahren sind bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.- kostenlos (vor BGer betragen diese zwischen Fr. 200 und Fr. 1000.-). Alternativ ist auch eine Mediation (ZPO 213) möglich.

Der Rechtsweg geht vom staatlichen Arbeitsgericht (allenfalls mit vorgängigem Schlichtungsverfahren) an die ordentlichen kantonalen Obergerichte. Letztinstanzlich ist die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht möglich, sofern es sich um vermögensrechtliche Streitigkeiten von mehr als CHF 15'000.- handelt.

Der Streitwert bemisst sich nach der eingeklagten Forderung erster Instanz. Der Streitwert bei Arbeitszeugnissen wird nach den Kriterien Beruf, Qualifikation, Funktion Dienstalter, Lohnniveau, etc. bemessen (i.d.R. ca. 3 Monatslöhne).