

# Arbeitsrecht

ZF

Jahr: HS 2025

Basierend auf den Vorlesungen von RA Michael E. Meier

Lehrbuch: Niente

ZF von

# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1</b>	<b>DAS VERTRAGSVERHANDLUNGSVERHÄLTNIS</b>	<b>1</b>
I.	BEWERBUNGSVERFAHREN	1
II.	ÜBERSICHT RELEVANTE VORSCHRIFTEN	1
III.	ALLG. PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ	1
IV.	GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN GEM. BV 8 III & GLG 3	2
V.	DATENSCHUTZ	2
1.	<i>Allgemein gem. OR 328b</i>	2
2.	<i>Fragen &amp; Antworten</i>	3
3.	<i>Zulässige &amp; unzulässige Fragen</i>	3
4.	<i>Offenbarungspflicht</i>	4
<b>§ 2</b>	<b>DER EINZELARBEITSVERTRAG GEM. OR 319 FF.</b>	<b>4</b>
I.	RECHTSGRUNDLAGE IN OR 319	4
II.	KONSEQUENZEN DER QUALIFIKATION	4
III.	RECHTSNATUR UND TB-MERKMALE	4
IV.	ARBEITSLEISTUNG	5
V.	ARBEIT AUF ZEIT (DAUERSCHULDVERHÄLTNIS)	5
VI.	ENTRICHTUNG EINES LOHNES (ENTGELTLICHKEIT)	5
VII.	EINGLIEDERUNG IN FREMDE ARBEITSORGANISATION	5
VIII.	ABGRENZUNGEN	6
1.	<i>Abgrenzung zum Auftrag gem. OR 394 ff.</i>	6
2.	<i>Abgrenzung Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation</i>	6
3.	<i>Abgrenzung zum Agenturvertrag gem. OR 418a ff.</i>	6
4.	<i>Abgrenzung zum Werkvertrag gem. OR 363 ff.</i>	7
5.	<i>Abgrenzung zur Geschäftsbesorgung von Organen für JP</i>	7
IX.	ZUSTANDEKOMMEN	8
1.	<i>...durch Konsens (OR 1)</i>	8
2.	<i>...durch Allg. Arbeitsbedingungen (AAB) od. Personalreglemente/AN-Richtlinien</i>	8
3.	<i>...Kraft Gesetz (OR 320 II)</i>	8
X.	INHALT UND FORM	9
1.	<i>Inhaltsfreiheit</i>	9
2.	<i>Rechtsfolge bei widerrechtlichen Abreden</i>	9
3.	<i>Formfreiheit</i>	9
XI.	UNGÜLTIGKEIT & FAKTISCHER ARBEITSVERTRAG	10
1.	<i>Faktischer Arbeitsvertrag: Spezialbestimmung von OR 320 III</i>	10
2.	<i>Exkurs: Anfechtung aufgrund Willensmängel</i>	10
XII.	HIERARCHIE DER ANWENDBAREN NORMEN	10
<b>§ 3</b>	<b>DIE ARBEITSPFLICHT</b>	<b>11</b>
I.	SCHULDRECHTLICHE PFLICHT DES AN	11
II.	DIMENSIONEN DER ARBEITSPFLICHT	11
1.	<i>In persönlicher Hinsicht gem. OR 68 &amp; OR 321</i>	11
2.	<i>In örtlicher Hinsicht</i>	11
3.	<i>In funktionaler Hinsicht</i>	12
4.	<i>In qualitativer Hinsicht gem. OR 321a</i>	12
5.	<i>In zeitlicher Hinsicht</i>	12
III.	DIE NORMALARBEITSZEIT	13
1.	<i>Umfang und Lage</i>	13
2.	<i>Bestimmung und gesetzliche Schranken</i>	13
IV.	PFLICHT ZUR ÜBERSTUNDENARBEIT GEM. OR 321C & ABGELTUNG VON ÜBERSTUNDEN	13
V.	ÜBERZEIT & DEREN ABGELTUNG	14

<b>§ 4</b>	<b>LOHNZAHLUNGSPFLICHT GEM. OR 322 .....</b>	<b>15</b>
I.	RECHTSQUELLEN DER LOHNBESTIMMUNG.....	15
II.	ABÄNDERUNG LOHN EAV .....	15
III.	LEISTUNGSGEGENSTAND.....	16
IV.	ÜBERSICHT BERECHNUNGSMASSSTAB .....	16
1.	<i>Der Zeitlohn</i> .....	16
2.	<i>Leistungslohn</i> .....	18
3.	<i>Die Gratifikation gem. OR 322d</i> .....	19
<b>§ 5</b>	<b>DIE LOHNZAHLUNG BEI VERHINDERUNG AN DER ARBEITSLEISTUNG.....</b>	<b>21</b>
I.	ÜBERSICHT/GRUNDSÄTZE .....	21
II.	AUSNAHME I: ANNAHMEVERZUG AG NACH OR 324.....	22
1.	<i>Grund für Verhinderung beim AG gem. OR 324 I</i> .....	22
2.	<i>Grund für Verhinderung höhere Gewalt aus obj. Gründen</i> .....	23
III.	AUSNAHME II: UNVERSCHULDETE VERHINDERUNG NACH OR 324A .....	23
1.	<i>Lohnfortzahlungspflicht – VSS</i> .....	23
2.	<i>Lohnfortzahlungspflicht – Höhe und Dauer des Anspruchs</i> .....	24
3.	<i>Lohnfortzahlungspflicht – Ersatz durch gleichwertige Lösung</i> .....	25
4.	<i>Lohnfortzahlungspflicht – Obligatorische Versicherung gem. OR 324b</i> .....	25
IV.	AUSNAHME III: FERIEN/FREIZEITLOHN NACH OR 329DC.....	25
V.	AUSNAHME IV: BESTIMMUNGEN IM EAV, GAV, ÜBUNG NACH OR 322 I .....	25
<b>§ 6</b>	<b>DIE TREUEPFLICHT GEM. OR 321A .....</b>	<b>25</b>
I.	RECHTSNATUR.....	25
II.	ALLG. TREUEPFLICHT OR 321A I .....	26
1.	<i>Unterlassungspflichten</i> .....	26
2.	<i>Handlungspflichten</i> .....	26
III.	VERBOT VON SCHWARZARBEIT GEM. OR 321A III.....	27
IV.	GEHEIMHALTUNGSPFLICHT GEM. OR 321A IV .....	27
1.	<i>Inhalt</i> .....	27
2.	<i>Dauer</i> .....	27
V.	SANKTIONEN BEI VERLETZUNG DER TREUEPFLICHT.....	28
<b>§ 7</b>	<b>FÜRSORGEPFLICHT .....</b>	<b>28</b>
I.	GESETZLICHE GRUNDLAGEN .....	28
II.	SCHUTZ VON LEBEN UND GESUNDHEIT.....	28
III.	SCHUTZ VOR MOBBING.....	29
IV.	SCHUTZ VOR STRESS.....	29
V.	GLEICHBEHANDLUNGSGRUNDSATZ GESCHLECHT .....	30
VI.	SCHUTZ VOR SEXUELLER BELÄSTIGUNG .....	30
VII.	ARBEITSZEUGNIS.....	30
1.	<i>Gesetzliche Grundlage</i> .....	31
2.	<i>Allg. zum Anspruch</i> .....	31
3.	<i>Formelle Anforderungen</i> .....	31
4.	<i>Aufbau eines Vollzeugnisses</i> .....	32
5.	<i>Materielle Anforderungen</i> .....	32
6.	<i>Codierung</i> .....	33
7.	<i>Unrichtiges Zeugnis &amp; Referenz</i> .....	33
VIII.	FREIZEIT GEM. OR 329.....	34
1.	<i>Allgemein</i> .....	34
2.	<i>Ausserordentliche Freizeit – Dauer</i> .....	34
3.	<i>Lohnanspruch?</i> .....	34
IX.	FERIEN GEM. OR 329A.....	35
1.	<i>Dauer</i> .....	35
2.	<i>Kürzung gem. OR 329b</i> .....	35
3.	<i>Zeitpunkt gem. OR 329c</i> .....	36
4.	<i>Lohn gem. OR 329d</i> .....	36

5.	<i>Lohnanspruch</i> .....	36
<b>§ 8</b>	<b>SONSTIGE WIRKUNGEN &amp; BESONDERE ARBEITSVERTRÄGE</b> .....	<b>37</b>
I.	WEISUNGSRECHT/BEFOLGUNGSPFLICHT GEM. OR 321D .....	37
1.	<i>Allg. Anordnungen und besondere Weisungen</i> .....	37
2.	<i>Befolgungspflicht vs. Schranken des Weisungsrechts</i> .....	37
3.	<i>Hierarchie der Rechtsquellen im Arbeits(privat)recht</i> .....	38
II.	TEILZEITARBEIT GEM. OR 319.....	38
III.	EINZELARBEITSVERTRAG .....	38
1.	<i>Arbeit auf Zeit (Dauerschuldverhältnis)</i> .....	38
2.	<i>Teilzeitarbeit Allgemeines</i> .....	38
3.	<i>Teilzeitarbeit besondere Punkte</i> .....	39
4.	<i>Gleitzeit</i> .....	39
5.	<i>Arbeit auf Abruf</i> .....	40
<b>§ 9</b>	<b>BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISES</b> .....	<b>42</b>
I.	ÜBERSICHT ARTEN BEENDIGUNG .....	42
II.	BEENDIGUNG DES BEFRISTETEN ARBEITSVERHÄLTNISES .....	42
III.	BEENDIGUNG DES UNBEFRISTETEN ARBEITSVERHÄLTNISES .....	43
1.	<i>Ordentliche Kündigung</i> .....	43
2.	<i>Kündigungsfristen</i> .....	44
3.	<i>Sperrfristen</i> .....	46
4.	<i>Missbräuchliche Kündigung</i> .....	49
5.	<i>Ausserordentliche Kündigung</i> .....	53
<b>§ 10</b>	<b>VERFAHREN &amp; RECHTSPFLEGE</b> .....	<b>54</b>
I.	ARBEITSRECHTLICHE STREITIGKEIT .....	54
1.	<i>Örtliche Zuständigkeit</i> .....	54
2.	<i>Sachliche Zuständigkeit – Kt. LU</i> .....	55
3.	<i>Schlichtungsbehörde – Kt. LU</i> .....	55
4.	<i>Gerichtsverfahren</i> .....	55



Ausländische Abstammung könnte z.B. dann ein zulässiger Rechtfertigungsgrund sein, wenn in einer Flüchtlings- und Asylunterkunft Dolmetscher gesucht werden und der Stellenbewerber einer Nationalität angehört, derentwegen viele Personen aus dem Heimatland geflohen sind.

anderer Fall: Art. 28 Abs. 1 ZGB ist einschlägig, wenn jemand in seiner Persönlichkeit verletzt wird. Herr B bekommt die Stelle nicht, da er für die Firma A zu alt sei. Das Alter von B. wird als negativer Faktor gewertet, weshalb B. in seiner Persönlichkeit betroffen ist. (Altersdiskriminierung). Jedoch kann sich die Firma A rechtfertigen, indem sie gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB ein überwiegendes privates Interesse geltend machen. Die Firma A befürchtet zu viele Pensionierungen in kurzer Zeit, weshalb sie lieber jüngere Arbeitnehmer einstellen möchte, um dieses Risiko des Know-how Verlustes zu minimieren. Darin liegt ein sachlicher Grund, den das Gericht im konkreten Fall als zulässig erachtet hat. Genau genommen ist nicht das Alter des Bewerbers für sich allein nachteilig (nach dem Motto: "alte Arbeitnehmer wollen wir nicht, weil sie kosten viel", das wäre nicht zulässig), sondern die Alterstruktur der Firma ist das Problem. Dieses zu beheben ist ein sachlicher Grund, weshalb keine Persönlichkeitsverletzung vorliegt.

#### IV. Gleichstellung von Frau und Mann gem. BV 8 III & GLG 3

- Geltungsbereich von GLG 3: gilt nicht für die Ausschreibung! Gilt für Anstellungsverfahren!  
*ausgeschrieben: mind. 1.88m gross -> fällt noch nicht darunter*
- Verbot der direkt diskriminierenden Auswahlkriterien (bspw. nur männliche Bewerber)  
*Bühnentänzerinnen od. Etablissement in Frauenhaus wird das Gericht nicht kippen od. wenn viel Kraft gebraucht wird & dies unmöglich ist für eine Frau*
- Verbot der indirekt diskriminierenden Auswahlkriterien (bspw. Mindestgrösse)  
ausser wenn sachlich gerechtfertigt:
  - Braucht Konnex für Arbeitsstelle
  - Rechtmässig gebotenes Arbeitsziel
  - *Mindestgrösse flight attendance für das sichere Gepäck verstauen od. Sicherheitsdienst-Angestellte für den Nahkampf*
- Anspruch auf Entschädigung gem. GLG II auf max. 3 Mt.-Löhne total  
(= für alle abgelehnten)
- Kein Anspruch auf Einstellung

Im Hinblick auf den bereits zitierten Art. 3 Abs. 3 GIG (Angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar) ist Folgendes zu erwähnen:

*sog. starre Quoten (gilt für Männerquoten und Frauenquoten) sind gemäss bundesgerichtlicher Praxis verboten. Dabei handelt es sich um fixe (starre) Prozentklauseln (z.B. 50% der Professoren müssen Frauen sein), womit Männer ausgeschlossen (diskriminiert) werden, so lange die Quote für das andere Geschlecht nicht erreicht wurde.*

*Flexible (weiche) Quoten sind dagegen zulässig, sofern sie verhältnismässig angewendet werden. Dabei handelt es sich um Regelungen, die bei einer bestehenden (nachweisbaren) Unterrepräsentation eines Geschlechts, diesem Geschlecht den Vorrang geben, sofern die fachliche Eignung gleich gut ausfällt. Das führt dann zu den vielfach verwendeten Formulierungen: "bei gleicher Qualifikation werden Frauen (oder Männer) bevorzugt"...*

*Mehr müssen Sie zu diesem (sehr komplexen) Bereich der Quotenregelungen im Rahmen des Mastermoduls Arbeitsrechts nicht können.*

#### V. Datenschutz

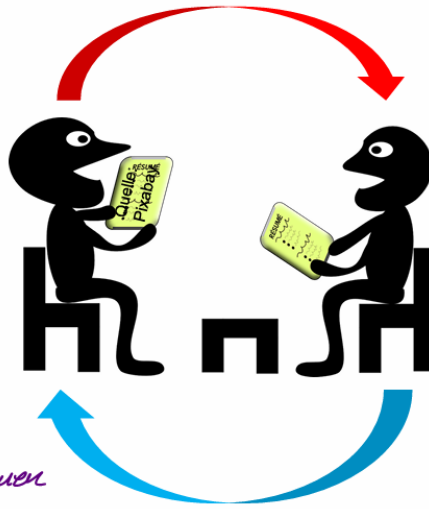
##### 1. Allgemein gem. OR 328b

- Bewerbungsunterlagen (i.d.R. digital) → Geheimhaltungspflicht DSG 7
- Grundsatz: Daten bearbeiten nur für Eignung für das Arbeitsverhältnis oder Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich (OR 328b Satz 1).
- Bewerbungsverfahren = Klärung der Eignung des Stellenbewerbers  
*wichtig: nur Daten, die mit konkreten Arbeitsverhältnis im Zusammenhang*
- Screening («Bewerber googlen») → Arbeitsplatzbezug ok (z.B. LinkedIn), DSG 30 III?  
*In der Regel liegt keine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat.*

- Neu per 01.09.2023: Informationspflicht über jegliche Datenbearbeitung (DSG 19)  
*googlen, Insta, Facebook, Tiktok? Allg. zugänglich + selbst ins Netz dann OK. Business Netzwerke OK, da geht es gerade darum Infos preiszugeben...*

## 2. Fragen & Antworten

- Fragen = Datenbeschaffung (OR 328b)
- Aufgabe des Arbeitgebers!  
*Datum zu beschaffen*
- Nur bzgl. Stellen-Eignung
- Immer bezogen auf konkretes Arbeitsverhältnis  
*od. Stelle*
- Bei unwahren Antworten: Anfechtung AV wegen Irrtum (OR 23) oder Täuschung (OR 28 I)



- Bei zulässigen Fragen = Auskunftspflicht (ZGB 2)
- Bei unzulässigen Fragen = Antwort verweigern oder falsch antworten (Lügen)
- Bei unzulässigen Fragen = keine Anfechtung wegen falscher Antwort möglich!
- Für bestimmte Tatsachen = Offenbarungspflicht (ZGB 2)

*Fragen zum Unternehmern sind nicht zulässig*

## 3. Zulässige & unzulässige Fragen

Unzulässige Fragen	Zulässige Fragen
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Wollen sie Kinder haben?</li> <li>- Sind sie schwanger? Ausnahme: wenn mit Radioaktivität zu tun und gefährlich -&gt; muss aber in Begründung erläutert werden</li> <li>- Müssen sie noch in den WK? welchen Rang haben sie? Grds. lügen!</li> <li>- Sind sie vorbestraft?</li> <li>- Sind sie religiös? Glauben sie an Gott? Sind sie politisch aktiv? Was wählen sie? An sich unzulässig, ausser bei Tendenzbetrieben! Tendenzbetrieb folgt nebst wirtschaftlichen auch ideelle Zwecke (Pfarrer, Gewerkschaft)</li> <li>- Heikel: Hatten sie schonmal ein Burnout?</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Sind sie vorbestraft? sofern in Zusammenhang mit Stelle (Banking/grosse Wirtschaftskanzleien im Vermögensbereich)</li> <li>- Möbelpacker: Haben sie es im Rücken?</li> <li>- Ob man in laufender Behandlung ist?</li> </ul>

Wenn Frage unzulässig:

- Frage nicht beantworten (theoretisch)
- Lügen als Notwehrrecht -> BSP: Nein, Kinder. Schrecklich!

Aber, wenn zulässig, muss die Frage wahrheitsgemäss beantwortet werden. Sonst müssen Konsequenzen getragen werden, sofern/sobald es der AG rausfindet.

Unzulässige Fragen	Zulässige Fragen
Frage nach <b>Schwangerschaft</b> oder nach zukünftigem <b>Militärdienst</b> (GLG 3)	<b>Ausbildung</b> , bisherige Berufstätigkeit, gewünschte berufliche Entwicklung, <b>Nebenbeschäftigung bei Teilzeitstellen</b>
<b>Krankheit / Behinderung</b> ohne Bezug zur Eignung für die konkrete Stelle (z.B. genesen)	<b>Krankheit / Behinderung</b> , sofern für Eignung der Stelle entscheidend (z.B. HIV bei Ärztin)
<b>Vorstrafen</b> , sofern nicht einschlägig oder im Zentralstrafregister bereits gelöscht	<b>Vorstrafen</b> , sofern für Stelle erforderlich (z.B. Vermögensdelikte bei Stelle als Treuhänder)
<b>Freizeitverhalten</b> , persönliches <b>Umfeld</b> (z.B. Parteizugehörigkeit oder Religion)	Nur bei sog. <b>Tendenzbetrieben</b> : je nach spezifischem Zweck Fragen erlaubt nach Zugehörigkeit zu Vereinen, Verbänden, Partei Religion oder Gewerkschaft, etc.)
<b>Gewerkschaftszugehörigkeit</b>	

#### 4. Offenbarungspflicht

- Offenbarungspflicht = von sich aus mitteilen, auch wenn nicht danach gefragt wurde
- Rechtsgrundlage: Treu und Glauben (ZGB 2) im Vertragsverhandlungsverhältnis
- Wissen um die objektive (absolut) fehlende Eignung für die Arbeitsleistung aufgrund:  
*jemand der in der IT/Algorithmus-Thematik eingestellt wird, der kaum Beamer bedienen kann od. Mandarin für China Reisen wären wichtig, und man kann es nicht und sagt nichts*
  - fehlender Ausbildung oder Berufspraxis
  - physischer oder psychischer (nur zurückhaltend) Gründe
  - Anstehender, längerdauernder Absenzen (Kur- oder Klinikaufenthalte, unmittelbar anstehender Militärdienst bei befristetem Vertrag für kurze Zeit)
  - Schwangerschaft, wenn ein Arbeitsverbot gilt (ArG 35 II i.V.m. ArGV 62 III, IV)
  - Schwangerschaft, wenn die Tätigkeit unmöglich wäre (z.B. Tänzerin)
  - eines Konkurrenzverbots mit vereinbarter Realvollstreckung (OR 340b III)  
*Arbeit kann durch Gericht verboten werden*

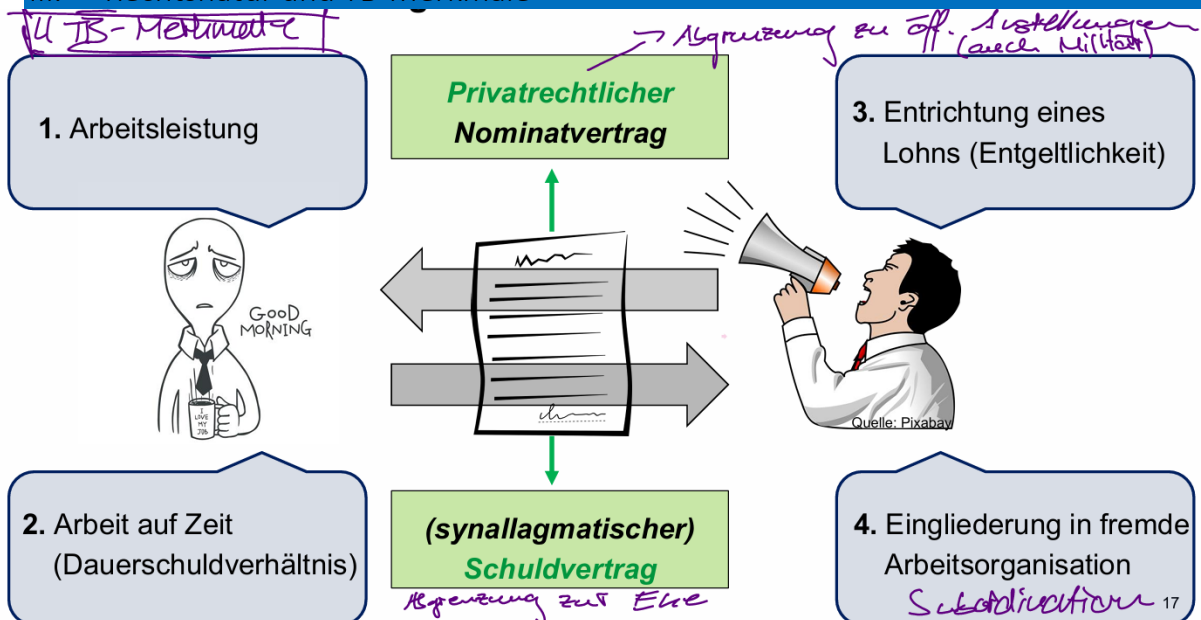
## § 2 Der Einzelarbeitsvertrag gem. OR 319 ff.

### I. Rechtsgrundlage in OR 319

### II. Konsequenzen der Qualifikation

- Anwendung der zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts  
*AVR ist stark reglementiert in vielen Bereichen von Privatautonomie geschnitten*
- Art und zulässiger Zeitpunkt der Vertragsauslösung
- Unterstellung unter gewisse Sozialversicherungszweige (BVG, UVG, ALV)
- Entrichtung paritätischer Sozialversicherungsbeiträge = Kosten für Arbeitgeber
- Steuerrechtliche Behandlung
- Spezielle Gerichtszuständigkeiten und Verfahrensnormen im Arbeitsrecht
- Arbeitsvertragsrecht ist derjenige, welcher der AN-Person die Beste Absicherung gibt v.a. in sozialen Punkten (verglichen mit Auftrag, Werkvertrag, etc.)
- Für AN das Beste, für AG das teuerste

### III. Rechtsnatur und TB-Merkmale



#### IV. Arbeitsleistung

- Planmässige körperliche oder geistige Verrichtung zur Befriedigung eines Bedürfnisses
- Positive Leistung = auch kaum aktive Tätigkeit, wie Überwachen oder Warten auf Einsatz (z.B. Taxifahrer oder Verkäufer, die auf Kunden warten) ≠ Unterlassungspflicht
- Geschuldet ist «nur» der Einsatz der Arbeitskraft sowie Zeit und Präsenz
- Nicht geschuldet ist hingegen ein bestimmter Arbeitserfolg
- I.d.R. (vertragliche Haupt-)Pflicht des AN → selten Anspruch auf tatsächliche Arbeit (Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers = Ausfluss der Fürsorgepflicht)
- BSP: *Profisportler müssen trainieren; Musiker müssen in Orchester teilnehmen*

#### V. Arbeit auf Zeit (Dauerschuldverhältnis)

- Verpflichtung zur Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit
- Zeitdauer kann sehr kurz sein (z.B. Einsatz im Service für einen Abend) ≠ Arbeitszeit
- Nicht aber nur einmaliges Austauschen von Vertragsleistungen
- Auch unregelmässige Arbeitsleistung erfasst (Teilzeitarbeit, vgl. OR 319 II)
- Arbeit auf Zeit ≠ Arbeitszeit (wie viele Stunden, Monat, Jahr)
- Verschiedene Spezialfragen im Zusammenhang mit dem Dauerschuldverhältnis (Abrufarbeit, Pikett, Job Sharing)

#### VI. Entrichtung eines Lohnes (Entgeltlichkeit)

- Der Arbeitsvertrag ist zwingend entgeltlich (BGE 64 II 10)  
*freiwillig isch schon auch möglich, aber kein Arbeitsvertrag -> bspw. wie in einem Verein wie bezahlt wird (Geld, Naturalien) ist jedoch nicht entscheidend*
- Der Lohn kann verschieden bemessen werden (vgl. OR 319 I):
  - nach Zeitabschnitten (sog. Zeitlohn), z.B. Stundenlohn, Monatslohn
  - nach geleisteter Arbeit (sog. Akkordlohn), z.B. Vergütung pro gefertigtes Stück
- Die Form der Vergütung kann verschieden sein:
  - In Geldform (Geldlohn)
  - In Naturalien (Naturallohn), z.B. Unterkunft und Verpflegung
- Vgl. detailliert Lektion Lohnzahlungspflicht Teil 1

#### VII. Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation

- Wortlaut OR 319 I: [...] Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers [...]
- Eintritt in die fremde Organisation des Arbeitgebers begründet Abhängigkeitsverhältnis
- Weisungsrecht des Arbeitgebers (OR 312d) begründet eine Unterordnung des AN  
*kann nicht wegbedungen werden, weil sonst wäre es AV ohne Subordination*
- Man unterscheidet Subordination (auch als Unselbstständigkeit bezeichnet) in:
  - *persönlicher Hinsicht*: persönliche Erfüllung, persönlicher Adressat der Weisungen  
*→ bspw. Laptop von Kunde*
  - *betrieblicher Hinsicht*: Arbeitsmaterial- und Geräte, Rechenschaftspflicht  
*→ wie Tisch bedeckt, wie Kunde begrüssen, ...*
  - *fachlicher Hinsicht*: Tätigwerden gemäss Vorstellungen und Weisungen des AG  
*→ kein Recht auf Home-Office, höchstens vertragl. vereinbaren*
  - *zeitlicher und örtlicher Hinsicht*: Soll-Zeit & Präsenzpflicht, Arbeitsort & Arbeitsplatz
  - *wirtschaftlicher Hinsicht*: Existenzsicherung, dafür kein wirtschaftliches Risiko
- Vorliegen Abhängigkeitsverhältnis = Beurteilung nach dem Gesamtbild (Einzelfall)  
*volle Abhängigkeit gibt es, aber selten*
- Bezeichnung des Vertragsverhältnis (z.B. als «Auftrag») und die sozialversicherungs- und steuerrechtliche Qualifikation haben keine Bedeutung (höchstens Indizien)
- umstritten: Schutzbedürftigkeit der schwächeren Partei («im Zweifel für den AV») → BGE 118 II 157, aber: Schutz ist Rechtsfolge und nicht normative Begründung für AV!
- (fachliche) Weisungsgebundenheit nimmt mit zunehmender Fachkompetenz des AN ab
- auch sog. «artes liberales» (Ärzte, Anwälte) können in untergeordneter Stellung ausgeübt werden  
→ bei entsprechender Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation  
*keine Weisung möglich: linkes Bein weg! Es wäre aber das Rechte. Klient entscheidet, nicht Chef!*
- Schwierig: leitende Organe jur. Personen (Auftrag, Arbeitsvertrag, Innominatkontrakt)

- Ausgeschlossen, wenn Organ die jur. Person alleine repräsentiert (BGE 125 III 78 E. 4)  
*Michael E. Meier AG wird durch ihn selbst beherrscht, dann Innominatkontrakt, nicht AV.*
- *Umfassend prüfen!*  
*Nicht sagen, im Zweifelsfall für AN, weil besserer Schutz infolge einer Anstellung*
- *BSP: Uber-Fahrer -> eng, dass Fahrer am Schluss als AN qualifiziert...*

## VIII. Abgrenzungen

### 1. Abgrenzung zum Auftrag gem. OR 394 ff.

<b>1. Arbeitsleistung</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Auftragnehmer schuldet ebenfalls <b>Einsatz seiner Arbeitskraft</b></li> <li>▪ Auftragnehmer schuldet ebenfalls <b>keinen Arbeitserfolg</b> <i>Als Anwalt wie Erfolg versprechen</i></li> </ul>	<b>3. Entgeltlichkeit</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Auftragsnehmer wird <b>i.d.R. bezahlt</b></li> <li>▪ <b>Aufträge</b> können <b>auch unentgeltlich</b> ausgeübt werden (OR 394 III)</li> </ul>
<b>2. Arbeit auf Zeit</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Aufträge <b>können</b> als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet werden</li> <li>▪ i.d.R. bemisst sich die Leistung beim Auftrag aber nicht nach Zeit, sondern nach der Besorgung eines <b>bestimmten Geschäfts</b></li> </ul>	<b>4. Fremde Arbeitsorganisation</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <b>Gewisse</b> Weisungsgebundenheit (OR 397) <i>→ v.a. für das 100%</i></li> <li>▪ Rechenschaftspflicht (OR 400) <i>→</i></li> <li>▪ <b>Kein umfassendes Weisungs- und Kontrollrecht</b> (frei in der Organisation) <i>genauso</i></li> <li>▪ Bei freien Berufen → beides möglich, relevant ist die <b>wirtsch. Abhängigkeit</b> <i>↳ Anwälte ausstellen (starke Projekte)</i></li> </ul>

### 2. Abgrenzung Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation

#### Kriterien für die Beurteilung des Abhängigkeitsgrades:

- Grad der Weisungsgebundenheit
- Eingebundenheit in ein Team
- Kein Unternehmerrisiko
- Ausrüstung des Arbeitsleistenden mit Arbeitsgeräten und Material
- Ausschliesslichkeit der Arbeitsleistung für nur einen einzigen AG
- Verpflichtung, bestimmte Arbeitszeiten einzuhalten
- Beschäftigungsdauer
- Verpflichtung zur Tätigkeit an einem bestimmten Arbeitsplatz

### 3. Abgrenzung zum Agenturvertrag gem. OR 418a ff.

<b>1. Arbeitsleistung</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Geschäfte vermitteln oder Geschäfte abschliessen = Tätigwerden für Auftraggeber</li> <li>▪ Sonderform des Auftrags</li> </ul>	<b>3. Entgeltlichkeit</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Agent arbeitet immer <b>entgeltlich</b> (Provision; OR 418g)</li> <li>▪ Entgeltanspruch bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung (OR 418m II) <i>Agentur ist eigene kleine Unternehmung</i></li> </ul>
<b>2. Arbeit auf Zeit</b> <i>→ einmalig: Maklervertrag</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Agent ist für eine <b>gewisse Dauer</b> für seinen Auftraggeber tätig</li> <li>▪ keine vereinzelte Tätigkeit (= Mäkler)</li> </ul>	<b>4. Fremde Arbeitsorganisation</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Agent ist nur beschränkt weisungsabhängig: persönlich, wirtschaftlich, zeitlich</li> <li>▪ In betriebswirtschaftlicher und arbeitsorganisatorischer Hinsicht <b>unabhängig</b></li> <li>▪ je nach Ausgestaltung → Unternehmensrisiko</li> </ul>

*Basilar-Agent hat Vertragsverhältnis mit ROS  
Lederer ist nicht seiner Personhaft verschuldet wegen  
Beschäftigung, kein Mafi-Auto, kein Handy,  
keine Berufspflicht, ...*

**Indizien für einen Agenturvertrag:**

- Geschäftslokal & Infrastruktur auf eigene Rechnung
- Fixkosten = Unternehmerisches Risiko
  - Eigene Werbung
  - Eigenes Geschäftspapier
  - Angestelltes Personal
- Handelsregistereintrag
- Unabhängigkeit, wann mit welchen Kunden Termine vereinbart werden
- Sozialabgaben auf eigene Rechnung
- Steuerdeklaration als Selbstständigerwerbender

**4. Abgrenzung zum Werkvertrag gem. OR 363 ff.**

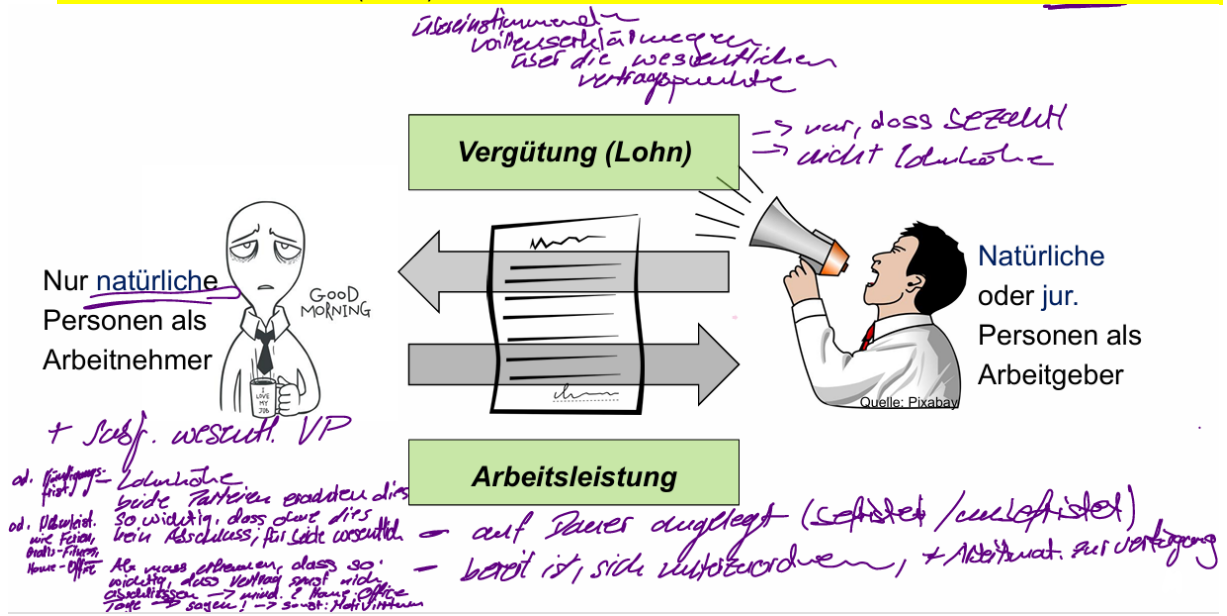
<p><b>1. Arbeitsleistung</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Geschuldet ist ein Werk = <b>Arbeitserfolg</b></li> <li>▪ Werk = objektive Überprüfbarkeit des Erfolgs</li> <li>▪ Schwierige Abgrenzungen bei Akkordlohn und Regiearbeit</li> </ul>	<p><b>3. Entgeltlichkeit</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Werkvertrag ist zwingend <b>entgeltlich</b> (Werklohn; OR 363)</li> </ul>
<p><b>2. Arbeit auf Zeit</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Leistung nicht auf Zeit, sondern betreffend <b>Erstellung eines bestimmten Werks</b></li> </ul>	<p><b>4. Fremde Arbeitsorganisation</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Weisungen und Änderungen während der Werkerstellung sind (vertraglich) möglich</li> <li>▪ <b>Sonst kein Weisungsrecht</b> <i>wie er es mag, hat man keine Mittelbindung</i></li> <li>▪ Nur Orientierungspflicht (OR 365 III) ≠ keine Rechenschaftspflicht <i>wo es erforderlich sein soll, schon</i></li> <li>▪ i.d.R. eigene Hilfsmittel (OR 364 III)</li> </ul>

**5. Abgrenzung zur Geschäftsbesorgung von Organen für JP**

<p><b>1. Arbeitsleistung</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Organ schuldet <b>Einsatz seiner Arbeitskraft</b></li> <li>▪ Organ schuldet <b>keinen Arbeitserfolg</b></li> </ul>	<p><b>3. Entgeltlichkeit</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Organe <b>i.d.R. entschädigt</b> → aber nicht dem Organbegriff inhärent (Organ = Funktion in einer jur. Person ≠ vertragliche Qualifikation)</li> <li>▪ Organe können <b>unentgeltlich</b> arbeiten (z.B. VR ohne Entgelt) <i>↳ im Verein</i></li> </ul>
<p><b>2. Arbeit auf Zeit</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Organe sind i.d.R. auf bestimmte oder unbestimmte Zeit berufen oder angestellt.</li> </ul>	<p><b>4. Fremde Arbeitsorganisation</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Je nach jur. Person = gesellschaftliche Unabhängigkeit, Abberufung, Rücktritt</li> <li>▪ Organe = leitende Funktion → erteilen i.d.R. Weisungen → Weisungsgebundenheit trotz leitender Stellung?</li> <li>▪ Subordination <b>nicht möglich, wenn Organ/GF zugleich Eigentümer der jur. Person ist.</b></li> </ul>

## IX. Zustandekommen

### 1. ...durch Konsens (OR 1)

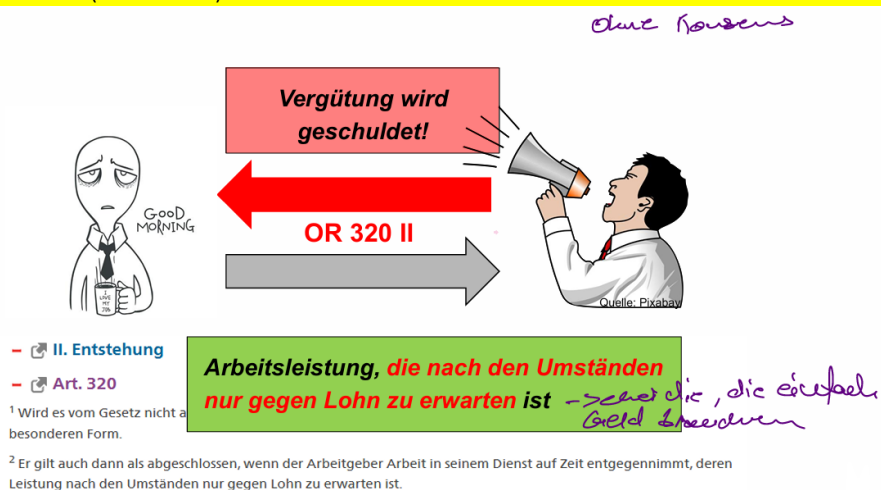


### 2. ...durch Allg. Arbeitsbedingungen (AAB)

#### od. Personalreglemente/AN-Richtlinien

- Schematisierung ist zulässig; verhandeln tut er individuelles & subj. Vertragl. Nebenpunkte
- Z.B. Personalreglemente, Inhalt eines GAV gegenüber einem Nichtmitglied  
*Zahlung Überstunden, ab wann Arztzeugnis, wann Ferieneingabe, ...*
- Arbeitsbedingungen in Broschüren sind nur verbindlich, wenn sie dem AN zur Kenntnis gebracht werden (Zugangsprinzip) und sie von ihm gebilligt werden (explizit oder konkludent)
- Beweispflicht für Abschluss (Einschluss in den EAV) der AAB liegt beim AG
- Ungenügend, wenn die allg. Arbeitsbedingungen erst nach Vertragsschluss(des EAV) übergeben und dann nicht gesondert angenommen werden.
- Globalübernahme, soweit nicht einzelne Bestimmungen individuell angepasst
- AAB = Sonderform der AVB → Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel
  - Unklarheitsregel: nur wenn unklar formuliert
  - Ungewöhnlichkeitsregel: schwierig, weil Gesetz oft nur dispositiv, bspw. bei Überstunden (weil Gesetz nur Grundsatz)
- Vor Unterschrift alles zuhause in Ruhe lesen od. überhaupt erst kriegen & dann lesen. Gute Aussage: Sie wollen, dass ich in der Praxis sorgfältig arbeite, dann tue ich dies beim AV auch!  
Wenn etw. nicht passt, kann man es zu einem subj. Wesentlichen Vertragspunkt machen.

### 3. ...Kraft Gesetz (OR 320 II)



- Faktisches Vertragsverhältnis → kein tatsächlicher Konsens, keine Auslegung nach Vertrauensprinzip (kein rechtlicher Konsens) nötig, sogar gegen Absicht Parteien
- Massgebend sind die objektiven Umstände (nicht subjektive Absichten)
- Schutz für Arbeitnehmer = Stillschweigen ist kein Verzicht auf Lohnanspruch
- OR 320 II ist grundsätzlich zwingend, Ausnahmen sind nur möglich:
  - bei ausdrücklicher Unentgeltlichkeit der Arbeitsleistung (≠ Arbeitsvertrag)  
*BSP: Praktikum*
  - Tätigkeiten des Lebenspartners im gemeinsamen Haushalt; *aber: ZGB 165*
- Aber anwendbar auf Arbeitsleistung des einen Ehegatten im Betrieb des anderen
- Wenn bereits Arbeit geleistet wird, obwohl sich die Parteien über wesentliche Vertragsbedingungen noch nicht geeinigt haben = kein Konsens AV

## X. Inhalt und Form

### 1. Inhaltsfreiheit

- Für AV gilt Inhaltsfreiheit in den Schranken des Gesetzes (OR 19 I)
- Nichtigkeit bei unmöglichem, rechtswidrigem oder unsittlichem Inhalt (OR 20 I)  
*Drogendealer ist nicht anstellbar (rechtswidrig); nicht mehr so häufig, seitdem Prostitution nicht mehr unsittlich ist (Unsittlichkeit)*
- Rechtswidrigkeit des gesamten EAV → z.B. bei strafbarer / verbotener Tätigkeit
- Rechtswidrig einzelner Abreden bei Verstössen gegen höherrangiges Recht:
  - zwingende Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und des SVR (SozialversicherungsR)
  - zwingende und teilzwingende Bestimmungen des OR (OR 361 I und 362 I)
  - zwingende Bestimmungen eines einschlägigen GAV
  - Bestimmungen einer Betriebsordnung (ArG 39 II)  
*kleine Teilnichtigkeit hat man wegen dem ziemlich schnell...*
- Inhaltsfreiheit beim EAV in der Praxis stark relativiert

### 2. Rechtsfolge bei widerrechtlichen Abreden

- Nichtigkeit gem. OR 20 → Vertrag fällt dahin
- Bei Teilnichtigkeit bleibt der Arbeitsvertrag entgegen OR 20 II aufrechterhalten  
*immer AG, der das sagt, dann hätte AG Druckinstrument, dem AG wird diese Möglichkeit in Abs. 2 Satz 2 also verwehrt...*
- Die nichtigen Vereinbarungen werden durch die vorgeschriebenen Mindestarbeitsbedingungen (gemäss Gesetz, GAV, Betriebsordnung) ersetzt
- Erfasst Mangel den ganzen Vertrag = Ganznichtigkeit (OR 20 I) → vgl. OR 320 III

### 3. Formfreiheit

- Mit wenigen Ausnahmen gilt beim EAV die Formfreiheit (OR 11 I und 320 I)  
*beim Abschluss des Vertrags*
- Aber: Schriftliche Informationspflicht des AG über EAV (OR 330b)
- Trotz Formfreiheit bedürfen zahlreiche Einzelabreden im Interesse der Rechtsicherheit, aber auch zum Schutze des AN für ihre Gültigkeit der Schriftform:  
*= handschriftliche Unterschrift (Kein W'app, E-Mail, ...)*
  - OR 321c III (Überstundenvergütung)
  - OR 322b II (Provisionsanspruch)
  - OR 324a IV (Modifikation Lohnfortzahlungspflicht durch Taggeldversicherung)
- Umstritten: Erfüllung Schriftform bei globaler Verweisung auf AAB? Bger sagt ja, h.L. zurückhaltend, da AN nicht ausreichend «gewarnt» wird (Erhöhte Wahrnehmung durch Schriftlichkeit) → *wer Aab nicht liest, würde sie auch nicht elsen, wenn in Vertrag eingeschlossen...*
- Die Verletzung der Schriftform bei einzelnen Vertragsabreden führt zur Teilnichtigkeit = zur Anwendung der gesetzlichen Regelung

Wenn AG Personalreglement ändert, muss jeder AN neu unterschreiben.  
ausser man geht auf Gesetz zurück...

## XI. Ungültigkeit & faktischer Arbeitsvertrag

### 1. Faktischer Arbeitsvertrag: Spezialbestimmung von OR 320 III

- Ganznichtigkeit wegen: Handlungsunfähigkeit, Inhalts- oder Formmangel und bei erfolgreicher Anfechtung wegen Übervorteilung od. Willensmängeln -> Problem?
- Lösung: OR 320 III
- Je nach zählweise 3 od. 4 kumulative VSS:
  - (Abschluss eines Vertrages)
  - Ungültigkeit: Inhalts- und Formmängel sowie Übervorteilung und Willensmängel
- Bereits geleistete Arbeit aufgrund des ungültigen Vertrages
- Gutgläubigkeit des AN: böser Glaube nur, wenn AN um Ungültigkeit weiss  
*fast nie der Fall -> BSP: Keine Arbeitsbewilligung in der CH, dann Wissen vorhanden*  
böser Glaube = wissen, dass gelogen reicht nicht, Folge der Ungültigkeit muss man wissen
- Rechtsfolge: Faktischer AV (Lohnanspruch AN ≠ Bereicherungsrecht)  
*bis Berufung auf Willensmangel -> anschl. per sofort (entfristete Kündigungsfrist)*
- Kündigungsrecht: mit sofortiger Wirkung beenden -> **kein Kündigungsschutz!**

*Entscheidende Frage -> gelogen  
-> Täuschung  
Flaubert sei ein  
CV ganz seltsam  
-> gelogen  
-> Unfähigkeit*

*Täuschung durch  
weil sei Beispiel  
wichtig sei  
braucht Wesentlichkeit*

*die sind möglich:  
Anfechtung aufgrund  
Übervorteilung od. Täuschung*

### 2. Exkurs: Anfechtung aufgrund Willensmängel

- Willensmängel = v.a. Irrtum (OR 23/24) und absichtliche Täuschung (OR 28)
- Praktischer Unterschied Anfechtung Irrtum vs. Täuschung?
- Anfechtbarkeit des Vertrages wird z.B. angenommen:
  - Irreführung bei der Anstellungsverhandlung durch **falsche** Beantwortung von **zulässigen** Fragen
  - unterlassene notwendige Aufklärung (Offenbarung), wenn AN tatsächlich ungeeignet für die konkrete Stelle ist
  - wenn ein Irrtum in Bezug auf die Person des Vertragspartners vorliegt, denn der Arbeitsvertrag wird im Hinblick auf eine bestimmte Person geschlossen
  - Verwendung von gefälschten Arbeitszeugnissen oder Zertifikaten
- Keine Anfechtung möglich (da rechtsmissbräuchlich), bei Falschantwort (Täuschung) auf **unzulässige Frage** des Arbeitgebers (OR 25 I)

## XII. Hierarchie der anwendbaren Normen

1. Stufe: (zwingendes) Arbeitsvölkerrecht: z.B. FZA
2. Stufe: (zwingendes) Bundesverfassungsrecht: z.B. BV 8 III
3. Stufe: **zwingendes Gesetzesrecht**: absolut zwingende Bestimmungen (OR 361 I), SVR,
4. Stufe: relativ zwingende Bestimmungen:
  - des OR gemäss Art. 362 I; Die Bestimmungen des GIG, soweit sie den EAV regeln, sind relativ zwingender Natur und ergänzen oder spezifizieren die OR-Bestimmungen
  - Bestimmungen des öffentl. Arbeitnehmerschutzrechts (vgl. OR 342 I b)
5. Stufe: normative Bestimmungen Gesamtarbeitsvertrag (OR 357 I)
6. Stufe: Betriebsordnungen (auch Betriebsreglement genannt)
7. Stufe: Einzelvereinbarung im Arbeitsvertrag
8. Stufe: Normalarbeitsvertrag (OR 359 I, 360 I; gegenüber dem dispositiven Gesetzesrecht handelt es sich beim NAV um eine *lex specialis*)
9. Stufe: Dispositives Gesetzesrecht (OR 319 ff., die nicht in OR 361 I / 362 I enthalten sind)
10. Stufe: Weisungen des Arbeitgebers (Art. 321d OR)

## § 3 Die Arbeitspflicht

### I. Schuldrechtliche Pflicht des AN



### II. Dimensionen der Arbeitspflicht

#### 1. In persönlicher Hinsicht gem. OR 68 & OR 321

##### - Art. 68

Der Schuldner ist nur dann verpflichtet, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt.

##### - Art. 321

Der Arbeitnehmer hat die vertraglich übernommene Arbeit in eigener Person zu leisten, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt.

- Grundsatz: persönliche Leistungspflicht  $\neq$  Grundsatz von OR 68  
*→ nach Gesamterkennt kann ich nicht den schliessen → wenn ich nicht arbeiten kann*
- AG muss sich keine Vertretung aufdrängen lassen / AN muss keine Vertretung stellen  
*→ v.a. bei Anstellung von hochrangigen Werten (Selbstverord. Selbsthaftung auf eigene Rechnung)*
- OR 321 = **dispositiver** Natur → z.B. Beizug von Hilfspersonen erlaubt
- Kehrseite: Leistung nur an AG geschuldet (Ausnahme z.B. Personalverleih)  
*↳ wenn man sich verpflichten drauf gibt kann man sich AGs was es nicht fordern, bei Dritten zu arbeiten*
- AG hat kein Weisungsrecht, um Erfüllung der Arbeitspflicht an einen Dritten zu fordern
- Anspruch auf Leistung an Dritten abtreten? → OR 333 IV
  - Ausnahme: wenn ganze Betriebe übergehen... dann hat man ein Kündigungsrecht
  - OR 333 IV: Im übrigen ist der AG nicht berechtigt, die Rechte aus dem AV auf einen Dritten zu übertragen, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt.  
*Man kann also AN nicht wegtraden*

#### 2. In örtlicher Hinsicht

- Arbeitsort  $\neq$  Arbeitsplatz → Arbeitsverrichtung am Arbeitsort → Versetzung AG möglich
  - Ist Arbeitsort in EAV od. Reglement geregelt? Wenn wichtig, in Vertrag definieren.
  - Geografisch dort, wo Arbeit regelmässig verrichtet
  - Arbeitsplatz ist Schreibtisch/Büro/Gebäude → meist nicht vertraglich geregelt
  - Wenn vertraglich festgesetzt, ist eine Versetzung seitens AG nur möglich, wenn sie zeitlich begrenzt ist und nur in Notfällen
- Arbeitsort vertraglich ausdrücklich festgelegt = Änderung nur bei Vertragsanpassung
- Arbeitsort nicht vertraglich festgelegt → Betriebsort ( $\neq$  Sitz jur. Person)
- Arbeitsort = räumlicher Mittelpunkt → Arbeitsleistungen auch an anderen Orten möglich (z.B. Montage oder Beratung beim Kunden, Dienstreisen oder bei Notfällen)
- Weisungsrecht AG = Versetzungsrecht (wenn Arbeitsort nicht explizit vereinbart):  
Frage der Zumutbarkeit für AN im Einzelfall: Distanz alter/neuer Arbeitsort (Wohnsitzwechsel → plus/minus 50km), schulpflichtige Kinder, Wohneigentum, Dauer der Versetzung, betriebliche Notwendigkeit, AN gesundheitlich angeschlagen?  
*Folgen: wenn nicht auftaucht → kein Lohn/ am alten Ort auftauchen, trotzdem Lohn, wenn nicht zumutbar*
- Vertragsklausel mit Einwilligung zur Versetzungsanweisung = Versetzungsklauseln  
Grenzen in ZGB 27 II übermässige + Bindung Treu und Glauben (Zumutbarkeit) im Einzelfall bei der Ausübung des (vertraglich konkretisierten) Weisungsrechts
  - Wie lange wird versetzt? (Schliessung? 2 Wochen Renovation?)
  - Wie weit ist die Versetzung? Wie lange auseinander? Braucht wesentl. Veränderung in Pendelweg!
  - I.d.R. unzumutbar: dauerhaft ins Ausland, 30-40km in CH viel → AN-freundlich

### 3. In funktionaler Hinsicht

- Gegenstand der Arbeit = Funktion = welche Arbeit hat/muss der AN verrichten?
- Funktionsumschreibung EAV + was üblicherweise zur Stelle dazugehört = Hauptarbeit *also was in den letzten Jahren oft gemacht*
- Konkretisierung der funktionalen Arbeitspflicht durch das Weisungsrecht AG (OR 321d):
  - Übliche Hilfsarbeiten: Vorbereitungs- und Nachbearbeitungsarbeiten (Bereitstellen Material, Aufbauarbeiten, kleinere Reparaturen, Aufräumarbeiten, Dekoration, etc.) *auch mal Kaffee holen od. putzen als Substitut*
  - Sonderarbeiten (Erweiterung der Arbeitspflicht): bei ausserordentlichen Umständen (Ausfluss der Treupflicht des AN), sofern nur vorübergehend (z.B. bei Betriebsstörungen, Krankheit MA) – *Wasserrohrbruch in Bank: Auch Vice-Manager hilft beim verräumen*
  - Blosser Bereitschaft (z.B. Warten auf Kundschaft als angestellter Verkäufer)
- Vertragsklausel: AG darf Inhalt per Weisung ändern → Zumutbarkeit im Einzelfall?
- Unzulässig: längerfristige Zuweisung von weniger qualifizierter Arbeit (hierarchische Rückstufung) ohne sachlichen Grund (auch wenn der Lohn gleich hoch bleibt) *weil dauerhafte Änderung von Arbeitspflicht in funktionaler Hinsicht*
- Man soll Jobbeschreibung mit Namen fordern!

### 4. In qualitativer Hinsicht gem. OR 321a

- OR 321a
  - Abs. 1: übertragene Arbeit sorgfältig ausführen
  - Abs. 2: fachgerecht zu bedienen/ sorgfältig zu behandeln
- Sorgfaltspflicht ≠ keine eigenständige Vertragspflicht → gehörige Erfüllung OR 97 I
- Arbeitet der AN nicht sorgfältig → keine Lohnkürzung zufolge Schlechterfüllung
- Schlechterfüllung = Haftung AN → Sorgfaltspflicht konkretisiert die Arbeitspflicht und ist Haftungsmassstab → wie genau dieser ausgestaltet ist = OR 321e
- Aber: Verletzung Sorgfaltspflicht = direkte Auswirkungen auf Arbeitszeugnis
- OR 321 II: Sorgfaltspflicht bzgl. Maschinen, Material und Einrichtungen → Konkretisierung der Treupflicht des AN gegenüber dem (Eigentum) des AG

### 5. In zeitlicher Hinsicht

- Normalarbeitszeit: Gesetz definiert «Arbeitszeit» nicht
- ArGV 1 13 I: Begriff der Arbeitszeit
- Wir müssen wissen
  - Was gehört zur Arbeitszeit dazu und
  - Wie wird die Normalarbeitszeit vertraglich zulässig vereinbart

#### Normalarbeitszeit

- Gesetz definiert «Arbeitszeit» nicht
- ArGV 1 13 I
- Wir müssen wissen:
  - **was** gehört zur Arbeitszeit dazu und
  - **wie** wird die Normalarbeitszeit vertraglich zulässig vereinbart

#### Überstundenarbeit (OR 321c)

- Wann und wie viele Überstunden muss der AN leisten?
- Wie werden Überstunden entschädigt?
- Was darf man abweichend regeln?

#### Überzeitarbeit (ArG 9 ff.)

- Wie viele h Überzeit muss der AN leisten?
- Wie wird Überzeit entschädigt?
- Was darf man abweichend regeln?

### III. Die Normalarbeitszeit

#### 1. Umfang und Lage

- Bestimmung durch GAV, EAV, betriebliche, branchenmässige od. lokale Übung
- Begrenzung des zulässigen Umfangs und Lage durch das Arbeitsschutzrecht (ArG)
  - Wöchentliche Höchstarbeitszeit (und Überzeitenregelung)
  - Einschränkung der Abend- und Nachtarbeit (ArG 10, 16, 17 -> zwingend)
  - ArG 17: Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit bedürfen der Bewilligung -> als Anwalt nicht, es ist verboten! 140 km/h ist auch verboten, obwohl es gew. Gern machen würden.
  - Grundsätzliches Verbot der Sonntagsarbeit (ArG 18 I, ArG 19)
- Nebst der eigentlichen Einsatzzeit zählen zur Arbeitszeit auch:
  - Dienstreisen
  - Arbeitsbereitschaft (Präsenzzeit)
  - Pikettdienst im Betrieb geleistet (ArGV 1 15 I), sonst nur effektive Einsätze (15 II)
  - Rufbereitschaft (Bereitschaftsdienst)
  - Pausen, sofern AN den Arbeitsplatz nicht verlassen darf (ArG 15 II)  
*grds. nicht Arbeitszeit; Abreden zum Durcharbeiten sind nichtig*
- Arbeitsweg zählt grundsätzlich nicht zur Arbeitszeit (kann man vereinbaren)  
das was man länger hat als zum Betriebsort -> gem. Praxis Arbeitszeit
- Lage der Arbeitszeit (von wann bis wann wird gearbeitet) wird mit gesetzlichen Rahmen durch Vereinbarung od. subsidiär durch den AG mittels Weisung bestimmt
- Von 0600-2300 ziemlich viel zulässig; ohne Abmachung entscheidet AG viel...
- Arbeitsweg mind. ab der Bude zu bezahlen. Rest nicht erlaubt, ausser direkt, dann nur der Weg, der weiter ist als die Dauer die man zur Bude hätte...

#### 2. Bestimmung und gesetzliche Schranken

- Pausen und Ruhezeiten (ArG 15, 15a) *Grds. ALZ -> genauer in ArG 15/15a*

##### - Art. 15

<sup>1</sup> Die Arbeit ist durch Pausen von folgender Mindestdauer zu unterbrechen:

- a. eine Viertelstunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als fünf und halb Stunden;
- b. eine halbe Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden;
- c. eine Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als neun Stunden.

<sup>2</sup> Die Pausen gelten als Arbeitszeit, wenn die Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz nicht verlassen dürfen.

*Pause nicht bezahlt  
muss aber Pause rechnen  
wenn, entscheidet AG*

##### - Art. 15a<sup>40</sup>

<sup>1</sup> Den Arbeitnehmern ist eine tägliche Ruhezeit von mindestens elf aufeinander folgenden Stunden zu gewähren.

<sup>2</sup> Die Ruhezeit kann für erwachsene Arbeitnehmer einmal in der Woche bis auf acht Stunden herabgesetzt werden, sofern die Dauer von elf Stunden im Durchschnitt von zwei Wochen eingehalten wird.

*Lohnsteuer im Steuerabkommen für nicht  
gesetzliche Pausen gilt doppelt nicht!*

### IV. Pflicht zur Überstundenarbeit gem. OR 321c & Abgeltung von Überstunden

#### Grundsätze gem. OR 321c

- Begriff: «Als Überstundenarbeit gilt Arbeit, die über die im Einzelarbeits-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbarte, im Betrieb (übliche) geltende oder in der Branche übliche Stundenzahl hinaus geleistet wird»
- Ohne Normalarbeitszeit -> keine Überstunden. Überzeit, wenn über gesetzl. Max. Arbeitszeit. Überzeit ≠ Überstunden
- Normalarbeitszeit, wenn immer möglich in EAV geregelt. GAVs existieren v.a. wegen dem.
- Es gibt keine gesetzliche od. durch Gerichte praxismässig festgelegte Normstundenanzahl -> teils sogar regional unterschiedlich (dt.CH länger als Romandie)
- Die Verpflichtung zur Überstundenarbeit ist beidseitig (absolut) zwingend (OR 261 I)

#### VSS für Arbeitspflicht von Überstunden:

- Bin ich über der Normalarbeitszeit?
- (betriebliche) Notwendigkeit: z.B. dringlichen od. ausserordentlichen Arbeiten, Schadensverhütungen, Ausfall anderer Mitarbeiter, Inventar, i.d.R. Einmaligkeit/Ausnahme *dinglich = aussergewöhnlich viel od. nur zu bestimmten Zeiten od. am Stück gemacht*
- Leistungsfähigkeit des AN: VSS kommt keine eigene Bedeutung zu (*wird nicht separat geprüft, fällt eigentlich in Punkt 3 rein*)
- Zumutbarkeit für den AN: Interessenabwägung im Einzelfall -> Kurzfristigkeit vs. Voraussehbarkeit, Zeitspanne, anderweitige Verpflichtungen AN (wie bspw. Kinderbetreuung od. nicht verschiebbare Freizeitaktivitäten), Wichtigkeit der Arbeit, Regelung im EAV (Wahrscheinlichkeit), wie häufig schon...

#### Weiteres:

- Überstundenarbeit liegt grundsätzlich nur bei einseitiger Anordnung durch AG vor  
*muss man beweisen können; Absicherung signieren lassen od. Mail bestätigen lassen mit Überstundenanzahl -> Verantwortung AN*
- Sind Überstunden notwendig + zumutbar = AN muss sie auch ohne explizite Anordnung leisten, wenn er Bedarf erkennt (ohne Wissen und Willen des AG)
- Einer förmlichen Anordnung von Überstunden gleichgesetzt wird, wenn der AG von ihrer Leistung Kenntnis hat und dagegen nicht einschreitet (BGE 116 II 69 E. 4b)

#### Abgeltung von Überstunden:

- Zusätzlicher Lohn: Grundlohn + 25% Zuschlag (Sonntag: Grundlohn + 50%)  
*Vorteilhafte Regelung gem. OR 321c III, kann aber wegbedungen werden*
- Per Vereinbarung (OR 321c II) Ausgleich durch Freizeit: kein Zuschlag, innerhalb Zeitraums von grs. 14 Wochen (Bger toleriert auch längere Fristen)
- Unzulässig: Freizeitkompensation während der Kündigungsfrist einseitig angeordnet  
*bis ca. 1/3 okay*
- OR 321c III = dispositives Recht = Vereinbarung Ausschluss Überstundenvergütung ist zulässig →  
Schrifterfordernis OR 321c III = gemäss Bger mit AAB erfüllt !!  
*Zuschlag & Vergütung allg. -> braucht Schriftlichkeit → AAB reicht!*  
*analog AGV: Unklarheit -> glasklar in AAB*  
*Ungewöhnlichkeit -> wenn dispositiv, schwierig Ungewöhnlichkeit einzuwenden*
- Nachträglicher Verzicht auf Überstundenentschädigung ist ausgeschlossen (OR 341 I)

## V. Überzeit & deren Abgeltung

- ArG 3: AN, die eine höhere leitende Tätigkeit od. wissenschaftliche od. selbständige künstlerische Tätigkeit ausüben sind von Geltungsbereich des ArG ausgenommen -> gilt also nicht für alle Branchen und Positionen
- Die höhere leitende Tätigkeit ist in Art. 9 Gesetz XY geregelt  
*Junior Associate fällt nicht darunter*
- ArG 9 regelt die wöchentliche Höchstarbeitszeit
  - Bürolisten kommen besser weg als Handwerker
  - Lit. a: 45h -> alles darüber Überzeit! Vertragl. Abreden subsidiär zu ArG!
  - Lit. b: 50h -> Handwerker & LW
- Art. 13 ist auch noch zu beachten!

#### Abgeltung von Überzeit:

- Zusätzlicher Lohn: Grundlohn + 25% Zuschlag
- Per Vereinbarung Ausgleich durch Freizeit: Kein Zuschlag (ArG 13 II)
- Keine Wegbedingung möglich! Absolut zwingendes öffentliches Arbeitsschutzrecht
- Aber: für Büropersonal 60h Limite beachten gem. ArG 13 I
  - Lohnzuschlag erst ab 60h/Jahr -> sonst Arbeitsvertragsregelung subsidiär
  - Dann Regelung trz. Sehr wichtig
  - Handwerker: ab 51h Überzeit -> safe!

## § 4 Lohnzahlungspflicht gem. OR 322

### I. Rechtsquellen der Lohnbestimmung

- Die Bestimmung der Art des Lohnes ist in verschiedenen Rechtsquellen geregelt
- Zwingende Gesetzesvorschriften:
  - Lohngleichheit Mann & Frau (GIG 3 II, BV 8 III)  
*in BV direkt anwendbare Norm -> Problem: wie definiert man gleiche Arbeit?*
  - Nur Provisionen (OR 349a II, analog)
  - Gesetzliche Lohnzuschläge -> bspw. Überstunden od. Nachtarbeit (ArG 13 I, 17b, 19, OR 321c III) vs. Sehr tiefe Löhne: kantonale Gesetze mit Mindestlöhnen
  - ZGB 27, StGB 157
- Lohnbestimmungen in GAV: Lohntarife sind grds. einseitig zwingend:

#### - Art. 357

*-> Heranziehung des GAV vorliegt*

<sup>1</sup> Die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse gelten während der Dauer des Vertrages unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer und können nicht wegbedungen werden, sofern der Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt.

**Öffnungsklausel =  
Verschlechterung GAV**

<sup>2</sup> Abreden zwischen beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die gegen die unabdingbaren Bestimmungen verstossen, sind nichtig und werden durch die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages ersetzt; jedoch können abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmer getroffen werden.

**Günstigkeitsprinzip  
EAV vs. GAV**

*Mindest: 4,6 M  
Lohn: 4,8 M ✓*

- Lohnbestimmungen im Normalarbeitsvertrag -> OR 360
- Lohnbestimmung im EAV: der Lohn ist in der Praxis in erster Linie Sache des EAV  
*EAV -> darum enorme Unterschiede; wenig Schutz von Gesetz  
Stellenwechsel zahlen sich lohntechnisch aus! Treue nicht!  
nur bei Staatsunternehmen zahlt sich die Treue aus!*
- Lohnbestimmung durch Übung (OR 322 I)  
*gleiche Region, gleiche Branche, gleiche Tätigkeit, je nach dem...*
- Lohnbestimmung durch Billigkeit (Richterliches Ermessen)

### II. Abänderung Lohn EAV

- Lohnkürzungen bedürfen grds. einer Änderung des EAV  
*wenn einfach nicht zahlt -> Schuldnerverzug*
- Recht zur Lohnkürzung in den AAB?
- Unmittelbares Einverständnis des AN oder Änderungskündigung
- Widerspruchsfreie Entgegennahme eines tieferen Lohnes = konkludente Lohnsenkung?  
*3 Mt. hintereinander tieferen Lohn akzeptiert -> gilt als angenommen. H.L. kritisiert; findet es Unsinn, aber Gerichte machen es so, also immer kontrollieren!*
- Siehe OR 330b

*Die unentgeltliche Verpflegung am Morgen- und Abendbuffet ist eine (in der Gastronomie) typische Form von Naturallohn (genauso wie das "gratis" Zimmer auch), da sie Markus im Austausch zu seiner Arbeitsleistung zukommt. Die nachträgliche Abänderung und Kostenpflichtigkeit der Verpflegung stellt damit eine Lohnkürzung (des Naturallohns) dar. Dies auch dann, wenn Markus nur die effektiven Mahlzeiten bezahlen müsste, weil ursprünglich eine tägliche Verpflegung als Lohnbestandteil zugesichert war, so dass Markus allgemein keine Kosten für Essen entstehen.*

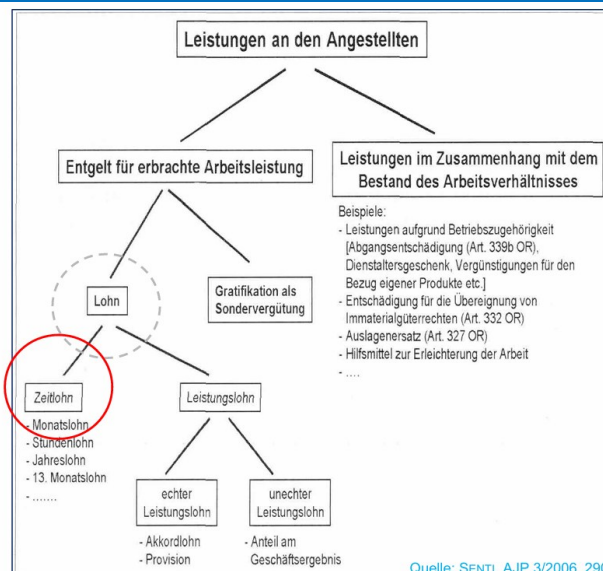
*Eine Lohnkürzung stellt eine Vertragsänderung dar und Bedarf somit immer der Einwilligung des Arbeitnehmers (genauer sogar beider Parteien). Die Einwilligung sollte grundsätzlich explizit erfolgen. Das Bundesgericht geht aber (trotz Kritik in der Lehre) bei dreimaliger unwidersprochener Entgegennahme des gekürzten Lohnes von einer Vermutung aus, dass der Arbeitnehmer konkludent in die Lohnkürzung eingewilligt hat. I.c. hat Markus die Lohnkürzung erst 2x unwidersprochen entgegengenommen und nun reklamiert, womit er die Verpflegungspauschale nicht gegen sich gelten lassen muss. Der Arbeitgeberin steht nur der Weg offen, eine Änderungskündigung auszusprechen. Die getätigten Lohnabzüge müssen zurückerstattet werden*

### III. Leistungsgegenstand

- Die Bestimmung der Art des Lohnes ist in erster Linie Sache des EAV
- Dabei nach dem Gegenstand des Lohnes zu unterscheiden zwischen:
  - Geldlohn:** i.d.R. ist nur Geldlohn geschuldet (unterschiedliche Bestandteile)
    - normal: *Bruttolohn*
  - Naturallohn:** z.B. Nahrungsmittel, Kleider, Kost und Logis, Zurverfügungstellen einer günstigen Wohnung oder eines Wagens zur privaten Benützung, **Beteiligungen**
    - *Leistungen im Zusammenhang mit dem Bestand des Arbeitsverhältnisses*
  - Mischformen zwischen Geld- und Naturallohn (z.B. fester Monatslohn + kostenlose Benützung einer Mietwohnung)
    - *entw. eher 20 oder 21*

- Abgrenzung zu Leistungen, die **nicht** im Austausch mit der Arbeitsleistung stehen:
  - *im Austausch zu Körper während Arbeit = Austausch zu Arbeitsverhältnis*
  - Spesensentzündungen, Betriebspensionen, Trinkgelder (Overtips), **Gratifikation**
    - *von Arbeit, nicht Austausch sondern als Belohnung*
    - *Belohnung pro Taten wenn Ende Jahr wird nicht dabei*
  - Mitbenützung von Kantine, Sportraum, KiTa, fringe benefits (Warenbezug)
    - *Führbar Schicksalkantine ist einschichtig möglich...*
    - *aber Lohnverteilung nicht einzeln möglich*

### IV. Übersicht Berechnungsmaßstab



#### 1. Der Zeitlohn

- Zeitlohn ist Entlohnung nach Zeitabschnitten ohne Rücksicht auf das Arbeitsergebnis
- Die Wahl des Zeitraums für die Lohnabrechnung ist den Parteien überlassen, in der Praxis kommen überwiegend Monats- und Stundenlöhne vor
  - Monatslohn = fixen Bruttobetrag; egal wieviele Tage*
  - Jahreslöhne werden meist auch mit Auszahlungsvereinbarungen im Monat abgeschlossen*
- Bei Monats- und Jahreslöhnen: Zeitschwankungen miteinberechnet
- Bei Stunden- und Tageslöhnen wird die reine Arbeitszeit berechnet: Stundenlohnansatz ist deshalb regelmässig höher als der auf Stunden herunter-gerechnete Monatslohn
- Wer im Stundenlohn arbeitet, genießt den gleichen arbeitsvertraglichen Schutz (Kündigung, Lohnfortzahlung bei Krankheit, Ferien) wie jeder andere Lohnempfänger

### a) Ferienzuschläge im Stundenlohn

- Wer im Stundenlohn arbeitet, genießt den gleichen arbeitsvertraglichen Schutz (Kündigung, Lohnfortzahlung bei Krankheit, Ferien) wie jeder andere Lohnempfänger

Ferienzuschläge beim Stundenlohn: an sich **verboten** (OR 329d I und II)

#### - Art. 329d

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten.

<sup>2</sup> Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden.

*Handwritten notes:*  
dient Erfüllung des AV  
Grundrechtsschutz  
Bei Stundenlohnver-  
einlichung sieht man  
es. Aber selbst ein  
in Ferien + Lohn kein  
Geld + wird evtl. anders  
abge-  
rechnet

- BGR bei **unregelmässiger Beschäftigung** → schwierig Ferien/Ferienlohn zu berechnen
  - Abgeltung der Ferientage via Lohnprozente (4 Wochen = mind. 8.33% Bruttolohn)
  - Abgeltung des Ferienlohns via dieselben Lohnprozente
- Teilweise starke Kritik in der Lehre an dieser Praxis → Weshalb?  
muss in Arbeitsvertrag od. Lohnabrechnung klar geregelt werden

Art. 329d Abs. 2 OR hält fest: Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Abs. 1 besagt, dass Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn erhalten. Abs. 1 ist teilzwingend, Abs. 2 sogar absolut zwingend (vgl. Art. 361 und 362 OR). Eine Abgeltung des Ferienlohns mittels Lohnzuschlägen ist damit vom Gesetzeswortlaut her verboten. Das Bundesgericht lässt es hingegen unter den Voraussetzungen zu, dass a) die Berechnung des Ferienlohns infolge unregelmässiger oder kurzer Beschäftigung schwierig ist und b) die Pauschalen oder Zuschläge im Arbeitsvertrag, sofern dieser in schriftlicher Form abgefasst ist, und in den Lohnabrechnungen betragsmässig gesondert ausgewiesen werden. Die zweite Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Der Zuschlag bei Anspruch auf vier Wochen Ferien beträgt mind. 8.33%. Die erste Voraussetzung ist hingegen nicht erfüllt. Max arbeitet in einem 20% Pensum und wird im Monatslohn bezahlt. Es liegt weder eine unregelmässige noch eine kurze Beschäftigung vor. Eine Berechnung des Ferienlohns ist ohne weiteres möglich und die Abgeltung des Ferienlohns mit Ferienzuschlägen folglich unzulässig.

### b) 13. Monatslohn

- Keine gesetzliche Pflicht zur Ausrichtung eines 13. Monatslohns *weder Anspruch, noch Art der Ausgestaltung*
- 13. Monatslohn im GAV oder EAV vertraglich vereinbarte (Anspruch) Sonderzahlung
- Höhe des 13. Monatslohn gem. Parteivereinbarung nicht zwingend 1/13 Jahreslohns
- Auszahlungszeitpunkt frei wählbar (z.B. Dezember, November, Juni, 2x jährlich)

13. Monatslohn = Lohnbestandteil ≠ **gemäss BGR keine Gratifikation** (da kein Ermessen des Arbeitgebers) → OR 322d I und II nicht anwendbar

#### - Art. 322d

<sup>1</sup> Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist.

<sup>2</sup> Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist.

*Handwritten notes:*  
↳ obwohl rein juristische Lösung es als Gratifikation  
ausgestaltet werden → für Steuer oder als Lohn

Vom Wortlaut wäre auch  
13. Monatslohn erfasst  
BGR → tel. Reduktion

*Handwritten notes:*  
als wenn in Teilweg  
Lohn nach pro rata  
Ausrechnen...

- RF: bei Ein- oder Austritt während des Jahres pro rata temporis Anspruch des AN

## 2. Leistungslohn

### a) Der (echte) Leistungslohn – Akkord gem. OR 326 f.

typische Akkordarbeit:  
UNIVERSITÄT LUZERN  
• Industrie  
• Bau  
• Handwerke  
→ in 2 Meter kriecht aber so viel...  
weil man schuldet wie Entgelt, aber Zeit  
→ manchmal Sandweil  
falls es nicht funktioniert, wird es noch gemacht.

### Die Lohnzahlungspflicht: der (echte) Leistungslohn – Akkord

- Leistungslohn = bemisst sich unabhängig von der gearbeiteten Zeit nach der Quantität oder der Qualität der Arbeit → «echter» Leistungslohn = abhängig individueller Leistung
- Akkordlohn: ist Entlohnung nach der geleisteten quantitativen Arbeit ohne Rücksicht auf die Länge der Arbeitszeit und das qualitative Arbeitsergebnis (Art. 319 Abs. 1 OR)
- Geldakkord: Stückzahl x Geldbetrag pro Stück = Lohn (z.B. Mauer pro Meter Länge)
- Zeitakkord: Leistungseinheit x Vorgabezeit x Geldfaktor = Lohn

Zwischen der Bau-AG und Anton liegt ein Arbeitsvertrag vor, da Anton nicht eine bestimmte Menge an geplättelter Fläche (Werk) schuldet und auch bezahlt werden muss, wenn die Plattenarbeiten vom Ergebnis her dem Arbeitgeber nicht genügen (kein Erfolg). Da sich der Lohn nicht nach der Arbeitszeit, sondern nach fertiggestellten Quadratmetern (d.h. der Menge) bemisst, liegt Leistungslohn in Form des Akkordlohns vor. Nach Art. 326 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, der vertragsgemäss ausschliesslich (gemäss Rechtsprechung reicht überwiegend) Akkord-lohn-arbeit nur für einen Arbeitgeber zu leisten hat, genügend Arbeit zuzuweisen. Darunter versteht die h.L., dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer so viel Arbeit geben muss, wie der Arbeitnehmer während der vertraglichen Arbeitszeit bewältigen kann (und nicht nur so viel, wie dieser für ein angemessenes Entgelt benötigt).

Kann der Arbeitgeber dies nicht, darf er dem Arbeitnehmer vorübergehend auch Zeitlohnarbeit zuweisen. Kann der Arbeitgeber weder genügend Akkordlohnarbeit noch Zeit-lohnarbeit zuweisen, so bleibt er gleichwohl verpflichtet, nach den Vorschriften über den Annahmeverzug den Lohn zu entrichten, den er bei Zuweisung von Zeitlohnarbeit zu entrichten hätte (Art. 326 Abs. 4 OR).

### b) Der (echte) Leistungslohn – Prämie [siehe Buch]

- Begriff der «Prämie» ist im Gesetz nirgends definiert → Abgrenzung teilw. schwierig
- Prämie = echter Leistungslohn, wenn Vergütung für besondere, individuelle Leistung des einzelnen AN, z.B. für besonders gute Qualität oder sparsamer Materialverbrauch
- Damit Prämie Leistungslohn ist = muss vertraglich zugesichert sein ▪ Die Bestimmungen über den Akkordlohn (OR 326 / 326a) gelten dann analog
- Keine Prämie = Zuschläge für erschwerte Arbeitsbedingungen, da kein Bezug zur Qualität oder Quantität der Leistung des AN vorliegt
- Keine Prämie = freiwillige Zahlungen des AG für Arbeitserfolge
- Bei ausschliesslichem Prämienlohn → OR 349a II analog

<sup>2</sup> Eine schriftliche Abrede, dass der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll, ist gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergibt.

### c) Der (echte) Leistungslohn – Provision gem. OR 322b [siehe Buch]

- Provision = Erfolgsvergütung für die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften
- Die Provision kann auch die einzige Art des Lohnes sein (Schriftlichkeit), wenn die sie ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit ergibt (OR 349a II OR, z.B. bei Brokern)
- Der Provisionsanspruch setzt voraus, dass der Geschäftsabschluss oder die Vermittlung kausal zum Arbeitseinsatz des AN war (BGE 128 III 174)
- Die Provisionsforderung entsteht grundsätzlich in vollem Umfang im Zeitpunkt des rechtsgültigen Geschäftsabschlusses mit dem Kunden (OR 322b I)
- Bei Ratenzahlung (z.B. Versicherungsverträge) kann schriftlich verabredet werden, dass die Provision auf jeder Rate mit ihrer Fälligkeit oder Leistung entsteht (OR 322b II)
- Fällt ein Geschäft nachträglich ganz oder teilweise dahin und wurden Akontozahlungen geleistet = Reduktion der Provision oder eine Rückerstattungspflicht (322b III)

d) Der (unechte) Leistungslohn – Anteil a. GE gem. OR 322a [siehe Buch]

- Anteil a. GE = von der individuellen Leistung unabhängig = unechter Leistungslohn
- Anteil am Geschäftsergebnis möglich in Form: Gewinn- oder Umsatzbeteiligung
- Über die Art der Berechnung muss eine vertragliche Regelung getroffen werden
- Massgebend ist grundsätzlich der Geschäftsgewinn gemäss Erfolgsrechnung und nicht der bilanzmässige Vermögensgewinn (BGE 81 II 151 Erw. 2d)
- Massgebend ist grundsätzlich nur die Erfolgsrechnung des Betriebs, in dem der AN tätig ist, und nicht des ganzen Konzerns
- Anspruch auf Gewinnbeteiligung auch bei unterjähriger Auflösung des Arbeitsvertrages
- Ausschliesslich oder vorwiegender Lohn → OR 349a II = Schriftlichkeit der Abrede + angemessenes Entgelt für Tätigkeit des AN

- Art. 322a

<sup>1</sup> Hat der Arbeitnehmer vertraglich Anspruch auf einen Anteil am Gewinn oder am Umsatz oder sonst am Geschäftsergebnis, so ist für die Berechnung des Anteils das Ergebnis des Geschäftsjahres massgebend, wie es nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen festzustellen ist.

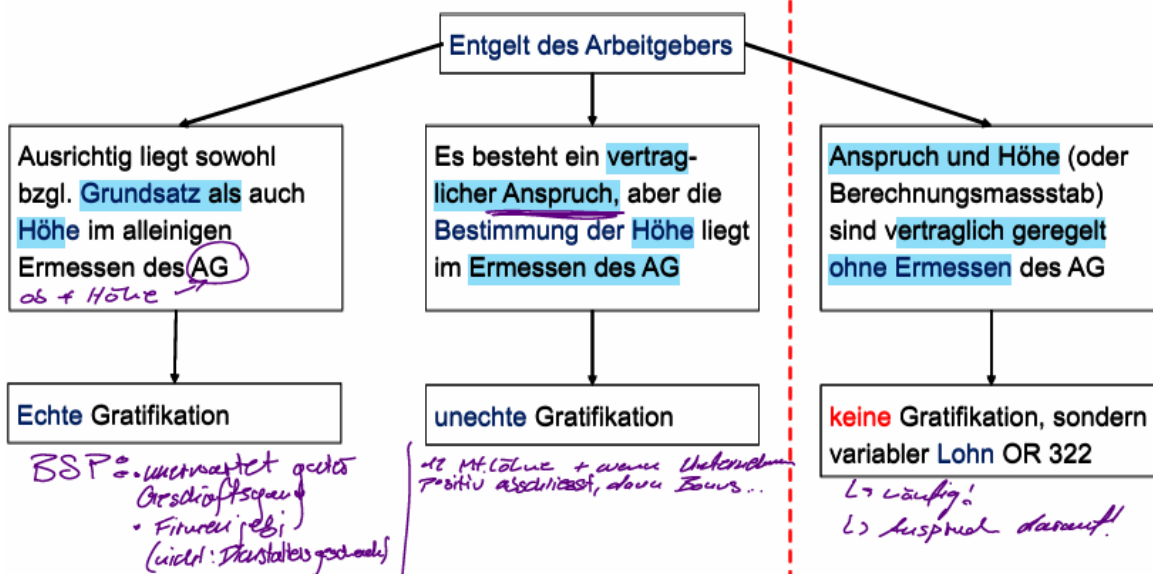
<sup>2</sup> Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer oder an dessen Stelle einem gemeinsam bestimmten oder vom Richter bezeichneten Sachverständigen die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren, soweit dies zur Nachprüfung erforderlich ist.

<sup>3</sup> Ist ein Anteil am Gewinn des Unternehmens verabredet, so ist dem Arbeitnehmer überdies auf Verlangen eine Abschrift der Erfolgsrechnung zu übergeben.<sup>114</sup>



3. Die Gratifikation gem. OR 322d

- In OR 322d I wird von einer Sondervergütung gesprochen
- Gratifikation = Bonus/Boni?  
Gesetz kennt den Begriff «Bonus» nicht! -> durch Auslegung des EAV, AAB, evtl. mündliche Abreden klären, ob eine Gratifikation oder eine Form von Lohn (häufig Leistungslohn) vorliegt
  - Hauptunterschied: Kürzbarkeit
  - Lohn weniger einfach kürzbar; braucht meist Vertragsanpassung



### a) Echte Gratifikation

- Echte Gratifikation = Grundsatz und Höhe liegen im Ermessen des Arbeitgebers
- Gleichbehandlungsgrundsatz: keine Schlechterstellung aufgrund des Geschlechts + keine willkürliche Schlechterstellung einzelner AN (Anspruch aus OR 328)
- Gratifikation bei Austritt (egal ob ausgehend von AG od. AN): endet das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung eingetreten ist, hat der AN nur einen pro-rata Anspruch, wenn verabredet (OR 322d II)

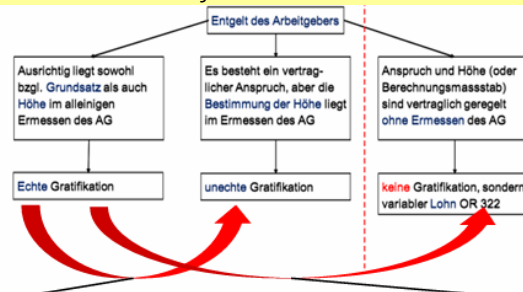
*Kündigungen erfolgen auf Ende März/April, wenn im Mai Bonusperiode beginnt*

- Gleichbehandlungsgrundsatz wird hier durch gesetzliche Regelung verdrängt *nicht so stark, weil privatrechtlich Unterschiede möglich mit objektiven sachlichen Kriterien. BSP: Dienstalter, Leistungsfunktionen (Teamleiter), an Umsatz koppeln*
- Gratifikation bei gekündigter Stelle (aber noch im Unternehmen):
  - primär vertragliche Abrede: vollständiges Entfallen der Gratifikation zulässig
  - Subsidiär: Kürzung zulässig (Kündigung = sachlicher Grund, aber nur um 30-50%
    - Weil stellt 2/3 Belohnung der Leistung dar
    - & 1/3 Motivationsanreiz für Zukunft -> darf gekürzt werden

### b) Unechte Gratifikation

- Unechte Gratifikation = Nur Höhe liegt im Ermessen des Arbeitgebers
- Gleichbehandlungsgrundsatz: keine Schlechterstellung aufgrund des Geschlechts + keine willkürliche Schlechterstellung einzelner AN (Anspruch aus OR 328)
- Zusätzliche Schranken für unsachliche Kürzungen, bei Umständen «von denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben nicht annehmen muss, sie seien für die Ausrichtung der Gratifikation bzw. deren Umfang ohne Belang»
  - Schwieriger Unterscheidungen in der Höhe zu treffen
  - AG im Voraus transparent, was relevant für Bonushöhe
- Kürzungen müssen sachlich begründet sein: z.B. schlechter Geschäftsgang, individuell gerechtfertigte Kürzungen (ungenügende Leistung, längere Abwesenheit, etc.)
- Gratifikation bei Austritt und bei gekündigter Stelle = wie echte Gratifikation

### c) Umqualifizieren von Gratifikationen



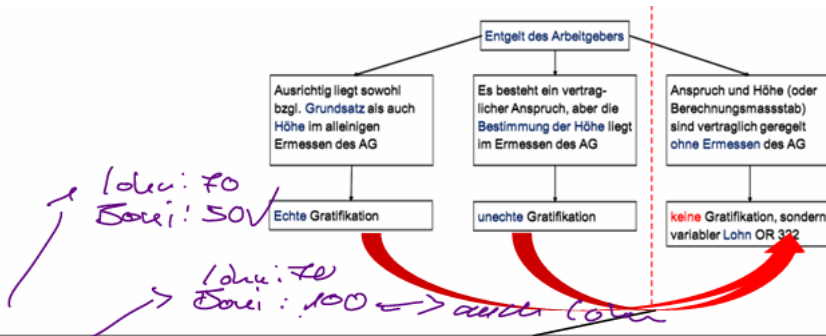
Ausrichtung der (echten) Gratifikation während mind. 3 Jahren **ohne Freiwilligkeitsvorbehalt**, **ABER:** unterschiedliche Höhe:

→ **konkludenter zukünftiger Anspruch auf unechte Gratifikation aus Betriebsübung**

*denn braucht es gute sachliche Gründe, dass nicht fallhaft -> 3 letzten Jahre*

Ausrichtung der (echten) Gratifikation während mind. 3 Jahren **ohne Freiwilligkeitsvorbehalt** und **gleicher Höhe** → konkludenter Anspruch auf Lohn aus Betriebsübung (strittig)

*nach 10 Jahre mit Freiwilligkeitsvorbehalt gen. Bonus somit auch! L> Lehre abgeben, mit jeder Mitarbeiter*



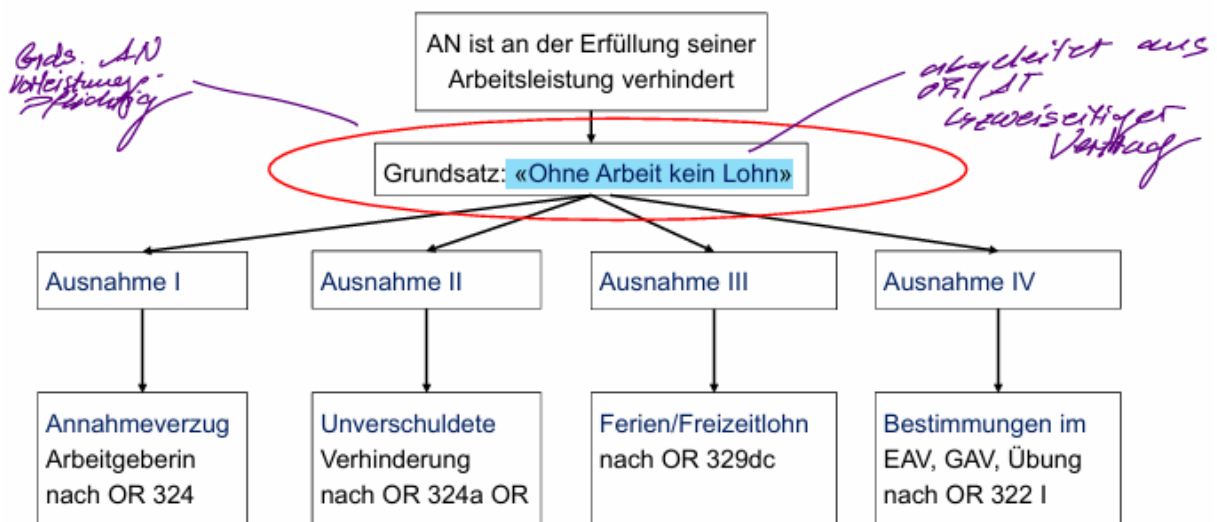
- keine Gratifikation, wenn Betrag regelmässig höher oder im Verhältnis zum sonstigen Lohn nicht mehr als «akzessorisch» (abhängig i.S.v. untergeordnet) erscheint.
- Ausser der sonstige Lohn hat ein **Ausmass**, dass er die wirtschaftliche Existenz bei **weitem gewährleistet** → gemäss Bger sicher ab 5x Medianlohn (= CHF 407'280.-)
- Bei Löhnen 1x–5x Medianlohn → wenn Gratifikation mind. Höhe Grundlohn  
*80-100K → Bonus nicht höher als Grundlohn*

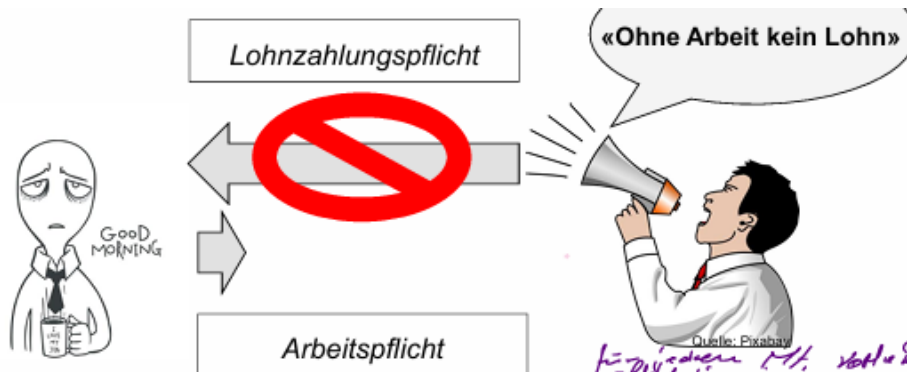
Die unentgeltliche Verpflegung am Morgen- und Abendbuffet ist eine (in der Gastronomie) typische Form von Naturallohn (genauso wie das "gratis" Zimmer auch), da sie Markus im Austausch zu seiner Arbeitsleistung zukommt. Die nachträgliche Abänderung und Kostenpflichtigkeit der Verpflegung stellt damit eine Lohnkürzung (des Naturallohns) dar. Dies auch dann, wenn Markus nur die effektiven Mahlzeiten bezahlen müsste, weil ursprünglich eine tägliche Verpflegung als Lohnbestandteil zugesichert war, so dass Markus allgemein keine Kosten für Essen entstehen.

Eine Lohnkürzung stellt eine Vertragsänderung dar und Bedarf somit immer der Einwilligung des Arbeitnehmers (genauer sogar beider Parteien). Die Einwilligung sollte grundsätzlich explizit erfolgen. Das Bundesgericht geht aber (trotz Kritik in der Lehre) bei dreimaliger unwidersprochener Entgegennahme des gekürzten Lohnes von einer Vermutung aus, dass der Arbeitnehmer konkludent in die Lohnkürzung eingewilligt hat. I.c. hat Markus die Lohnkürzung erst 2x unwidersprochen entgegengenommen und nun reklamiert, womit er die Verpflegungspauschale nicht gegen sich gelten lassen muss. Der Arbeitgeberin steht nur der Weg offen, eine Änderungskündigung auszusprechen. Die getätigten Lohnabzüge müssen zurückerstattet werden

## § 5 Die Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung

### I. Übersicht/Grundsätze





- Art. 82

Wer bei einem zweiseitigen Vertrage den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat.

- Art. 119

<sup>1</sup> Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen.

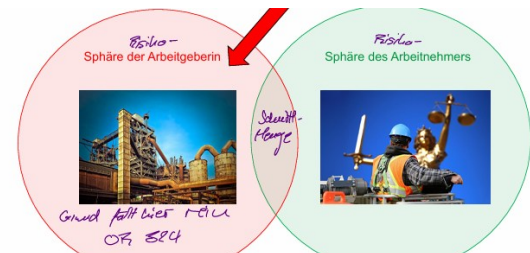
<sup>2</sup> Bei zweiseitigen Verträgen haftet der hienach freigewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung und verliert die noch nicht erfüllte Gegenforderung.

- Unberechtigte Arbeitsverweigerung durch AN: z.B. Vertragsverletzung, Minusstunden *sie kommen einfach nicht – blau machen am Montag*
- Selbstverschuldeter Unmöglichkeit der Arbeitsleistung: vgl. auch OR 324a I, kein Lohn bei absichtlicher oder grobfahrlässiger (umstritten) Herbeiführung der Unmöglichkeit *so zusaufen, dass am Montag nicht fahrfähig*
- Sog. überpersönliche Verhinderung (Unmöglichkeit, die nicht von OR 324 oder 324a erfasst wird und deshalb der Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» zum Tragen kommt)
- Rechtmässigen Streiks und Aussperrungen (kollektives Arbeitsrecht)
- *Minusstunden: Abziehbar am Lohn, sofern kein Ausnahmegrund wenn immer normale Auszahlung Lohn Ende Monat + keine Vereinbarung, dass erst Ende Jahr abgerechnet, dann AG stillschweigend akzeptiert*

## II. Ausnahme I: Annahmeverzug AG nach OR 324

### 1. Grund für Verhinderung beim AG gem. OR 324 I

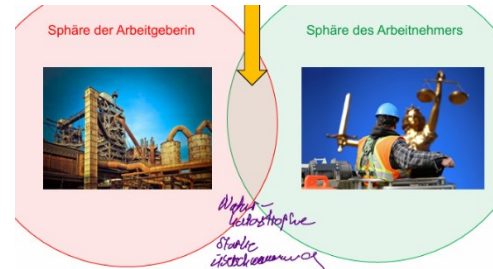
- Verschulden gem. OR 324I: nicht relevant gem. Meier nur Risikosphäre relevant
- **VSS:**
  - **Angebot der Arbeitsleistung durch AN**
    - Persönlich, zur rechten Zeit, am rechten Ort und in geeigneter Weise angeboten
    - Pflicht zur Wiederholung des Angebots *kann nicht einfach nach Hause; aktiv tätig, warum nicht da...*
    - AN trifft Beweislast für erfolgloses Angebot
    - Kein Angebot nötig (berechtigte Leistungsverweigerung) bei Lohnrückstand des AG; *bei berechtigter Leistungsverweigerung, wenn angemahnt, AG in Verzug setzen, nicht arbeiten bis Lohn bezahlt*
  - **Zurückweisung der Arbeitsleistung oder Unterlassen von notwendigen Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen seitens des AG**
    - Kein Verschulden des AG notwendig («aus anderen Gründen» OR 324 I)
    - Aber: Grund muss in das Unternehmerrisiko (Sphäre) des AG fallen:
      - Betriebsrisiko: Maschinenschaden (*bspw. Kran kaputt*), fehlende Energie (*bspw. ohne Strom kann ich als Koch nicht kochen*), Krankheit anderer MA
      - Wirtschaftsrisiko: Auftragsmangel, Lieferverzögerungen (*bspw. Ziegelsteine fehlen – AG hat diese vergessen zu bestellen*), etc.



- **Rechtsfolgen:**
  - Annahmeverzug des AG führt zur weiteren Lohnzahlungspflicht (bis Ende Verzugs)
  - Der AN muss sich jedoch auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (OR 324 II) – unterlassener Erwerb ist nur anrechnungsfähig, wenn die Arbeit zumutbar war
  - Keine Nachleistungspflicht für den AN (OR 324 I) = muss Stunden nicht nachholen, ausser bei Annahmeverzug aufgrund höherer Gewalt (Nachholen aufgrund Treuepflicht) *bei betrieblicher Notwendigkeit auf mehr Arbeit -> möglich, über Überstunden*
  - Art. 324 OR schliesst einen sofortigen Vertragsrücktritt gemäss Art. 95 OR aus
  - grs. kein Recht auf fristlose Kündigung (weder AG noch AN) → Umstände im Einzelfall
  - Weiterbestehen der Nebenpflichten: Treuepflicht und Fürsorgepflicht

## 2. Grund für Verhinderung höhere Gewalt aus obj. Gründen

- Höhere Gewalt oder Zufall → z.B. Naturkatastrophe in Form starker Überschwemmung
- kann AG treffen → Fabrik beschädigt, keine Zufahrt, Waren unbrauchbar
- kann AN (Allgemeinheit) treffen → kein ÖV für Arbeitsweg, Rettung eigener Sachen
- Immer eine Frage, welche Risikosphäre trifft es → AG oder AN?
- **wenn Sphäre AG** = Unternehmensrisiko auch bei Zufall oder höherer Gewalt  
*BSP: Lebensmittelkontrolleur macht Döner zu od. Fabrik unter Wasser -> Problem AG -> AN wäre ja da; einsetzen für Notfälle (putzen, etc.)*
- **wenn Sphäre AN:**
  - in der (individuellen) Person liegender Grund? → OR 324a  
*Krankheit -> nicht selbstverschuldet -> Lohn trotzdem*
  - die Allgemeinheit / Vielzahl von Personen betreffend → Grundsatz = kein Lohn
    - *Vulkan auf Insel/Island ausgebrochen*
    - *Ganzer Luftverkehr über Europa zusammengebrochen*
    - *Viele nicht rechtzeitig aus den Ferien zurück*
    - *=> kein Lohn für Fehltag*
- Betriebsschliessungen aufgrund Corona-Massnahmen?
  - Wenn trifft das? Lehre gespalten
  - Trifft AG -> AG-Verzug
  - Trifft AG soweit weg von Betriebsverantwortung -> nicht AG



## III. Ausnahme II: Unverschuldete Verhinderung nach OR 324a

- Artikel auf Folien & deren Unterstreichungen aluege

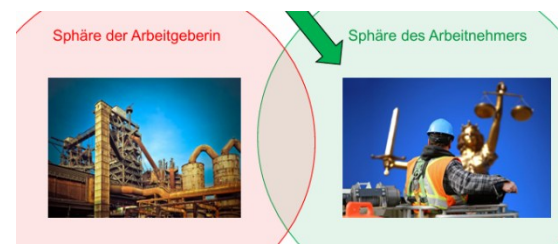
### 1. Lohnfortzahlungspflicht – VSS

**Persönliches Leistungshindernis des AN** «aus Gründen, die in seiner Person liegen»

Diese Leistungshindernisse müssen Arbeitsleistung unmöglich od. unzumutbar werden lassen, namentlich (nicht abschliessend):

- Krankheit/Unfall -> Abgrenzung von der «arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit»
  - *verschnupft je nach Arbeit okay oder nicht -> Flight attendant nein; Büro ja*
  - *Arbeitsplatzkonflikte -> arbeitsplatzbez. Unfähigkeit -> Streit, Mobbing, Drucksituationen*
  - *Lohn muss auch bei arbeitsplatzbezogener Unfähigkeit bezahlt werden*
- Schwangerschaft bzw. Niederkunft
- Erfüllung gesetzlicher Pflichten (Militär- oder Zivildienst, Feuerwehrdienst, Vorladung als Zeuge oder Partei vor Gericht etc.)
- Ausübung eines öff. Amtes (Mitgliedschaft in Behörde od. Parlament etc.)
- Familienereignisse (Heirat, Geburt, schwere Krankheit eines nahen Angehörigen)
- Erledigung dringender persönlicher Angelegenheiten (Arztbesuch, Behördengang)

Abgrenzung von betrieblichen und überpersönlichen (objektiven) Verhinderungsgründen





- Mehrere Absenzen werden zusammengerechnet = unabhängig davon, ob es sich um die gleichen oder andersartige Verhinderungsgründe handelt (z.B. Krankheit, Unfall)
- Erstreckt sich die Arbeitsverhinderung auf das nächste Dienstjahr, so beginnt der Anspruch im neuen Dienstjahr wieder neu in der für dieses Jahr vorgesehenen Dauer
- Eine Woche Lohnfortzahlung bedeutet bei Fünftage-Woche fünf Arbeitstage  
*Tageskontinent! 4 Wochen = 20 Tage.*
- Ein Monat heisst vier Wochen = 20 Arbeitstage (Werktage) ▪ Gesetzliche und vertragliche Feiertage werden nicht mitberechnet  
*krieg ich den Lohn trotzdem & habe +1 Tage*

### 3. Lohnfortzahlungspflicht – Ersatz durch gleichwertige Lösung

*Lohnfortzahlung durch Krankentaggeld. Lohnt sich in Sozialversicherung gratis. Nicht...*

## Die Lohnfortzahlungspflicht: Ersatz durch gleichwertige Lösung

<sup>4</sup> Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist. *→ so gesetzl. Lohnfortzahlungspflicht ersetzen*

- Formerfordernis: **Schriftliche Abrede, NAV oder GAV**
- Erscheinungsformen: Krankentaggeldversicherung nach KVG (selten) oder VVG  
*↳ KVG mit AG zugunsten Arbeit*
- Kriterien für die «Gleichwertigkeit»
  - Höhe des Taggeldes
  - Dauer des Taggeldanspruchs
  - Karenztage *ab wann setzt es ein*
  - Gesundheitsvorbehalte
  - Schicksal des Taggeldanspruchs bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses
  - Prämienaufteilung zwischen AG und AN *wer bezahlt Versicherungsleistung*
- Gleichwertigkeit jedenfalls erfüllt bei 720 Taggeldern innert 900 Tagen, 80% des Lohnes, Karenzfrist max. 3 Tage, paritätische Finanzierung  
*→ ab wann setzt Versicherung ein? häufig 30 Tage*  
*AG muss während gesetzl. Lohnfortzahlungspflicht zahlen wenn eses Krankentaggeld schon eingesetzt wurde, dann es wird schon auf 80%*  
*ausgebaut ↳ 70% Krankheitsfall Nettotaggeld, was keine. Soz. vers. Beiträge abgezogen, weil Krankheit soll sich nicht rechnen, abgebaut 100%*

### 4. Lohnfortzahlungspflicht – Obligatorische Versicherung gem. OR 324b

- Abs. 2: zulässig nur 80%
- 

IV. Ausnahme III: Ferien/Freizeitlohn nach OR 329dc

V. Ausnahme IV: Bestimmungen im EAV, GAV, Übung nach OR 322 I

## § 6 Die Treuepflicht gem. OR 321a

### I. Rechtsnatur

- Ergänzung zur Arbeitspflicht (Hauptpflicht) und Gegenstück zur Fürsorgepflicht AG
- Bündel von Nebenpflichten: primär Unterlassungspflichten, teilw. Handlungspflicht
- Grundsatz: Der AN muss alles unterlassen, was den AG wirtschaftlich schädigen kann *er muss antizipieren, was AG schaden könnte...*
- Treuepflicht gilt für AN:
  - in sachlicher Hinsicht: betreffend sein dienstliches Verhalten *ausserdienstlich braucht spezielle Gründe*
  - in zeitlicher Hinsicht: für die Dauer des Arbeitsverhältnisses
- Treuepflicht des AN findet seine Grenze in den überwiegenden Interessen des AN → es bedarf immer einer Interessenabwägung im Einzelfall
- «Der AN hat [...] die berechtigten Interessen des AG in guten Treuen zu wahren.» → vage Umschreibung → Lehre und Praxis haben Fallgruppen gebildet.

## II. Allg. Treuepflicht OR 321a I

### 1. Unterlassungspflichten

- **Widerrechtliches oder ungebührliches Verhalten gegenüber dem Arbeitgeber**
  - *Kein Stehlen! Keine Veruntreuung! Es reichen Kleinstbeträge.*
  - *Auch keine Beschimpfungen («Halt die Fresse» -> Grund für fristlos)*
- **Störung des Betriebsfriedens: Bekanntgabe des eigenen Lohnes?**
  - *Man darf darüber reden; an kann das Betriebsklima schon schädigen, wenn man sich lustig macht, dass andere weniger verdienen*
  - *Kein Mobbing! Definition/Übergang/Grenze schwierig!*
  - *Lästern-> sehr gefährlich*
  - *Destruktives Verhalten wie «Aufwiegelung»*
- **Beeinträchtigung des Ansehens des Unternehmens**
  - *Ablästern nach aussen; eher Zuhause als im Zug (mit Kollegen); sicher nicht mit Kunden od. Lieferanten*
  - *Lügen eher geeignet, aber Konsequenz auch bei wahren lästern...*
- **Abwerbung von Mitarbeitern, Kunden oder Lieferanten des Arbeitgebers**
  - *Es reicht, wenn ich verhindere, dass Vertrag verlängert wird. od. gar nicht*
  - *Darf ich sagen, dass ich an einem neuen Ort arbeite? Grds. nicht, v.a. wenn in gleicher Branche. Nicht während Kündigungsfrist.*
  - *Man darf sagen, man verlasse das Unternehmen, aber nicht wohin*
  - *Optionen: LinkedIn-Profil ändern; sobald Änderung -> neuer Post auf LinkedIn*
- **Forderung oder Annahme von Schmiergeldern = aktive oder passive Bestechung**
  - *Wirklich gute «Znachtessen» mit viel Geld jeden Monat*
  - *Gratis Skisaisonkarten für Stadtrat wurde verneint*
  - *Auch wenn der andere nicht profitiert; also die AG nicht verletzt wird, kann es grund sein, weil Unabhängigkeit verloren geht und evtl. gewisse moralische Verpflichtungen entstehen*
  - *Genehmigung der Vorteilnahme durch AG*  
*Zirkus-Knie-Karten Chef zeigen und fragen, was tun damit.*
- **Nutzung von Betriebseinrichtungen zu privaten Zwecken**
  - *E-Bike laden im Geschäft ohne zu fragen*
  - *Firmenauto privat brauchen -> fragen!*
  - *Garagen-Nr. an unglaublich teures Auto am Weekend*
  - *Laptop privat nutzen -> Viren laden*  
*man kann gar nicht sorgfältig genug sein*
- **Mit der Stellung unvereinbares ausserdienstliches Verhalten**
  - *Je höher die Kaderstufe – je mehr*
  - *Ermotti hat 24/7 Treuepflicht*
- **Gefährdung der Interessen der AG im Internet**
  - *Social Media -> Hirn einschalten hilft (liken, weiterleiten, posten)*
  - *Geschäfts-PC in Freizeit nutzen*

### 2. Handlungspflichten

#### Auskunfts- und Mitteilungspflichten betr. Arbeit und Betrieb:

- wahrheitsgetreue, vollständige, rechtzeitige (*zeitnah*) und eigeninitiative Berichterstattung über alle wesentlichen Aspekte der Arbeitstätigkeit; *du hast mich nicht gefragt -> geht nicht*
  - *vorhersehbare Absenzen: so früh wie möglich melden*
  - *unvorhersehbare Absenzen: möglichst umgehend*  
*am Weekend krank -> W'app/Mail schreiben -> dann kontinuierlich updaten/Informationspflicht -> nicht Diagnose, nur wie lange voraussichtlich krank*
- rasche, kontinuierliche und vollständige Berichterstattung über das Vorliegen, den Grad und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit; *Info von Kundenfeedback an Chef*
- *Regelpflichtverletzungen müsste man mitteilen -> ansprechen bei Kollegen -> wenns Chef mitkriegt naja; Treuepflicht ggü. AG, nicht ggü. Kameraden*
- *Kopierer defekt -> melden!*

### Beistandspflichten in Notfällen:

- Arbeiten an anderem Ort, Leistung von Überstunden, Leistung von anderer Arbeit als vertraglich vereinbart
- Abwehr und Behebung von Schäden und Störungen im Betrieb

### III. Verbot von Schwarzarbeit gem. OR 321a III

- Schwarzarbeit = während meiner bezahlten Arbeitszeit arbeite ich für einen anderen AG
- Mangels entgegenstehender vertraglicher Abmachung steht es dem AN grs. frei, ausserhalb der Arbeitszeit weitere Arbeiten zu übernehmen (= Nebenbeschäftigung)
- Es verstösst hingegen gegen die Treuepflicht, wenn die Nebenbeschäftigung einen solchen Umfang annimmt, dass der AN dadurch in seiner Leistungsfähigkeit herabgesetzt wird und deshalb ausserstande ist, seine Arbeitspflicht voll zu erfüllen → Unter diesen Umständen ist auch eine Arbeitsverpflichtung während den Ferien wegen Vereitelung des Erholungszwecks nicht zulässig
- *Es geht nicht, dass die 2. Erwerbstätigkeit die Erholung beeinträchtigt*
- Es verstösst auch gegen die Treuepflicht, wenn das Ansehen des AG durch die Nebentätigkeit geschädigt wird (v.a. Tendenzbetriebe)
- Schwarzarbeit i.S.v. OR 321a III: Konkurrenzierende Tätigkeit z.B. durch Anbieten
  - gleichartiger Leistungen,
  - welche dasselbe Kundenbedürfnis befriedigen und
  - dies in einem mindestens teilweise überschneidenden Kundenkreis
- Auch durch unentgeltliche Leistungen (oder Leistung für sich selbst) möglich
- bildet i.d.R. Grund für eine fristlose Entlassung
- Bei Teilzeitarbeit ist das Verbot einer konkurrierenden Nebentätigkeit grundsätzlich nicht anwendbar (kann aber vereinbart werden)
- Schwarzarbeit i.S.v. OR 321a III ist nicht als Arbeit, die ohne Arbeitsbewilligung oder Abrechnung mit den Sozialversicherungen und Steuern erfolgt

### IV. Geheimhaltungspflicht gem. OR 321a IV

#### 1. Inhalt

- VSS für das Bestehen einer Geheimhaltungspflicht:
  - **Tatsache ist nicht offenkundig = nur Geheimnisherr + Eingeweihte**
  - **Tatsache ist nicht allg. zugänglich = Dritte nicht einfach Kenntnis erlangen**
  - **Berechtigtes Geheimhaltungsinteresse**
  - **Erkennbarer Geheimhaltungswille**
- Egal, auf welche Weise der AN vom Geheimnis Kenntnis erlangt hat
- Verwerten oder anderen mitteilen = Vorsatz nicht erforderlich
- Die Geheimhaltungspflicht gilt auch ggü. Arbeitskollegen
- Zur Geheimhaltungspflicht gehört auch sicherzustellen, dass Dritte keine Kenntnisse erlangen können (z.B. Abschiessen und Wegräumen diesbezüglicher Unterlagen)

#### 2. Dauer

- **Während** des Arbeitsverhältnisses = absolute Geheimhaltungspflicht. Der AN darf nichts verwerten oder anderen mitteilen, was der AG geheim gehalten will
- **Nach** Beendigung des Arbeitsverhältnisses = Lockerung der Geheimhaltungspflicht:
  - Nachwirkende Geheimhaltungspflicht besteht nur insoweit, als es zur Wahrung berechtigter Interessen des AG erforderlich ist
  - Grundsätzlich ist der AN berechtigt, die erlangten Fähigkeiten und Erfahrungen zu seinem beruflichen Fortkommen weiter zu pflegen und unter Vorbehalt eines Konkurrenzverbots den Kundenkontakt weiter zu pflegen
- Geheimhaltungspflicht dispositiver Natur → Vereinbarung Konventionalstrafe (OR 160)
- Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses = vgl. Art. 162 StGB

## V. Sanktionen bei Verletzung der Treuepflicht

- **Kündigung:** aber ausserordentliche Kündigung nur bei schweren Pflichtverletzungen
- Geltendmachung von **Schadenersatz** (Art. 321e)
- **Konventional- und Ordnungsstrafen:**
  - Ausreichende Grundlage im EAV, AAB, GAV oder Betriebsordnung (hinreichend bestimmt, welche Tatbestände unter Strafe stehen, keine Generalklauseln)
  - Nur zulässig bei Disziplinarcharakter (Erziehungsfunktion)
  - Unzulässig bei Ersatzcharakter (da Verstoss gegen zwingenden OR 321e)
  - Höhe der Strafzahlung muss verhältnismässig sein
- **Erfüllungsklage** und entsprechende Zwangsvollstreckung
- **Unzulässig:** Herabsetzung des Lohnes (weil nicht im Austausch für Treuepflicht)

## § 7 Fürsorgepflicht

### I. Gesetzliche Grundlagen

#### - Art. 328 → Hauptnorm

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.<sup>120</sup>

<sup>2</sup> Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung<sup>121</sup> ihm billigerweise zugemutet werden kann.<sup>122</sup>

#### - Art. 328b<sup>123</sup>

Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020.<sup>124, 125</sup>

#### - Art. 329

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer jede Woche einen freien Tag zu gewähren, in der Regel den Sonntag oder, wo dies nach den Verhältnissen nicht möglich ist, einen vollen Werktag.

<sup>2</sup> Unter besonderen Umständen können dem Arbeitnehmer mit dessen Zustimmung ausnahmsweise mehrere freie Tage zusammenhängend oder statt eines freien Tages zwei freie Halbtage eingeräumt werden.

<sup>3</sup> Dem Arbeitnehmer sind im Übrigen die üblichen freien Stunden und Tage und nach erfolgter Kündigung die für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle erforderliche Zeit zu gewähren.

<sup>4</sup> Bei der Bestimmung der Freizeit ist auf die Interessen des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers angemessen Rücksicht zu nehmen.

*AN sieht sich selbst ohne Schutzvorrichtung → Arbeitgeber hat Treuepflicht  
je mehr Gefahr für Leib + Leben → AN zugestanden zu verwenden  
AN Angebots + Treuepflicht erfüllt, muss man nicht weiter Lebensgefahr ausführen → AG in Verzögerung (Einzelfall (Schiedsgericht))*

#### - 1. Arbeitsgeräte und Material

##### - Art. 327

<sup>1</sup> Ist nichts anderes verabredet oder üblich, so hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit den Geräten und dem Material auszurüsten, die dieser zur Arbeit benötigt.

<sup>2</sup> Stellt im Einverständnis mit dem Arbeitgeber der Arbeitnehmer selbst Geräte oder Material für die Ausführung der Arbeit zur Verfügung, so ist er dafür angemessen zu entschädigen, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist.

#### - 2. Auslagen

##### - a. im Allgemeinen

##### - Art. 327a

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen, bei Arbeit an auswärtigen Arbeitsorten auch die für den Unterhalt erforderlichen Aufwendungen.

<sup>2</sup> Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann als Auslagenersatz eine feste Entschädigung, wie namentlich ein Taggeld oder eine pauschale Wochen- oder Monatsvergütung festgesetzt werden, durch die jedoch alle notwendig entstehenden Auslagen gedeckt werden müssen.

<sup>3</sup> Abreden, dass der Arbeitnehmer die notwendigen Auslagen ganz oder teilweise selbst zu tragen habe, sind nichtig.

##### - b. Motorfahrzeug

##### - Art. 327b

<sup>1</sup> Benützt der Arbeitnehmer im Einverständnis mit dem Arbeitgeber für seine Arbeit ein von diesem oder ein von ihm selbst gestelltes Motorfahrzeug, so sind ihm die üblichen Aufwendungen für dessen Betrieb und Unterhalt nach Massgabe des Gebrauchs für die Arbeit zu vergüten.

<sup>2</sup> Stellt der Arbeitnehmer im Einverständnis mit dem Arbeitgeber selbst ein Motorfahrzeug, so sind ihm überdies die öffentlichen Abgaben für das Fahrzeug, die Prämien für die Haftpflichtversicherung und eine angemessene Entschädigung für die Abnutzung des Fahrzeuges nach Massgabe des Gebrauchs für die Arbeit zu vergüten.

### II. Schutz von Leben und Gesundheit

<sup>2</sup> Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung<sup>121</sup> ihm billigerweise zugemutet werden kann.<sup>122</sup>

#### - Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer

##### - Art. 6<sup>24</sup> ArbZ od. ArbG u. d. ArbZ u. d. ArbG

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber ist verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Er hat im Weiteren die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen.<sup>25</sup>

<sup>2</sup> Der Arbeitgeber hat insbesondere die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden.

#### - Art. 2 Grundsatz

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber muss alle Anordnungen erteilen und alle Massnahmen treffen, die nötig sind, um den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit zu wahren und zu verbessern. Insbesondere muss er dafür sorgen, dass:<sup>5</sup>

- a. ergonomisch und hygienisch gute Arbeitsbedingungen herrschen;
- b. die Gesundheit nicht durch physikalische, chemische und biologische Einflüsse beeinträchtigt wird;
- c. eine übermässig starke oder allzu einseitige Beanspruchung vermieden wird;
- d. die Arbeit geeignet organisiert wird.

<sup>2</sup> Die Massnahmen, welche die Behörde vom Arbeitgeber zum Gesundheitsschutz verlangt, müssen im Hinblick auf ihre baulichen und organisatorischen Auswirkungen verhältnismässig sein.

#### - Art. 3 Besondere Pflichten des Arbeitgebers

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber muss dafür sorgen, dass die Massnahmen des Gesundheitsschutzes in ihrer Wirksamkeit nicht beeinträchtigt werden; er hat sie in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen.

*Wobei nimmt Prozess bei Fürsorgepflicht von Arbeitgeber auf AG  
↳ i. d. R. Folgearbeiten*

- Einwandfreie Beschaffenheit der Arbeitsräume / andere von AN zu benutzender Räume
- Erforderlichen Schutzvorrichtungen an Maschinen und Geräten (aktueller Technikstand)
- Arbeitsabläufe und Prozesse mit möglichst wenig Gefahren ▪ Gefahrenhinweise und Instruktion für AN bei gefährlichen Tätigkeiten und Maschinen
- Überwachung auf Einhaltung der Sicherheitsvorkehrungen  
*mühsamstes! Auch bei abläufen!*

- Nichteinhaltung durch AG: Prüfen, ob Arbeitsverrichtung unzumutbar ist → AG-Verzug!
  - AG muss Gefahr erkennen & dann Massnahmen ergreifen  
*bspw. früherer Start/od. Arbeit in der Nacht aufgrund von Gefahr wegen Hitze*
  - Für alles Sorge tragen, was AN am Leib und Leben belasten könnte
  - Für die Unzumutbarkeit braucht relativ viel, bspw. komplett vereiste Dächer
- Arbeitsunfälle: Was hätte man zur Verhinderung tun können?  
*Fürsorgepflicht geht weit, aber muss zumutbar sein -> muss neuster Stand der Technik beachten!  
AG kann sich nicht damit begnügen zu sagen: haben Schulung gehabt, wenn sie es nicht verstehen kann ich nichts dafür*

### III. Schutz vor Mobbing

- Mobbing = systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll. (Definition gemäss Bger)
- Aber: keine Legaldefinition = kein «Mobbing Tatbestand» → im Einzelfall prüfen, ob Intensität die Schwelle der Persönlichkeitsverletzung überschreitet.  
*Persönlichkeitsverletzung alleine reicht nicht -> Ohrfeige = Tätlichkeit -> P. Verl., aber nicht systematisch*
- In der Praxis sehr starke Zunahme von «Mobbing-Fällen»
- Achtung kein Mobbing: schlechtes Arbeitsklima, gewöhnliche (zwischenmenschliche) Arbeitskonflikte, berechtigte Kritik des Vorgesetzten an Verhalten oder Leistung
- Einzelhandlungen (können zwar persönlichkeitsverletzend sein) aber kein Mobbing → es fehlt an der systematischen Handlung gegen den AN
- In welchen Berufen wird häufig gemobbt?
  - Häufig Ventil, weil man ihn nicht entlassen kann (dann oft von Chef akzeptiert)
  - Überall wo öff-rechtl. Angestellte, Lehrlinge, alte Angestellte, weil Kündigungen in diesen Bereichen/Sektoren schwierig -> Krankschreibung dann auch eine Lösung
  - Häufig wird im Nachgang an eine Kündigung vorgebracht: Ich wurde gemobbt. Evtl. ist Widerstandsfähigkeit gegenüber Kritik heute tiefer
- Arbeitgeber hat selber Mobbing zu unterlassen (klar!) → Fürsorgepflichtverletzung
- Arbeitgeber hat zudem Schutzmassnahmen zu ergreifen, wenn AN gemobbt wird  
*AN-Kollege trifft aber keine Fürsorgepflicht!*
- Z.B. Besprechung/Feststellung, Abmahnung, Mediation/Coaching, Versetzung  
*Versetzung in beide Richtungen möglich, entweder gemobbte Person oder Mobber. Beim Mobber braucht zuerst eine Abmahnung vor einer Kündigung.*
- Aber: Entlassung Mobbingtäter ist keine Pflicht im Rahmen der Fürsorgepflicht!  
*Am Ende eine wirtschaftliche Entscheidung im Ermessen AG*
- Vielmehr: Entlassung Mobbingopfer als ultima ratio zur Beendigung Konflikt zulässig  
*wenn er belegen kann, dass er Massnahmen versucht hat*
- Kritik: Täter verletzt AV + unerlaubte Handlung → darf Stelle behalten / Opfer fliegt raus  
*weil bspw. Kaderposition od. aufgrund Kenntnisse unersetzlich*
- Haftungsgrundlagen für Schadenersatz und Genugtuung:
  - Mobbende Mitarbeiter und Vorgesetzte (nicht identisch mit AG) → OR 41 i.V.m. 49
  - Mobbende Arbeitgeber oder Schutzpflichten des Arbeitgebers verletzt → OR 97
  - Meistens versucht man Kombination: Mitarbeiter & AG
  - V.a. Beweisproblem -> wichtigstes: Beweise sammeln & nicht selber künden  
*(eher noch krank schreiben lassen)*

### IV. Schutz vor Stress

- Stress = nicht AN ausgrenzen, sondern ihn leistungsmässig auszupressen, durch übermässigen Zeitdruck oder Erfolgszwang oder Zuweisung von Arbeit, die nach Art oder Schwierigkeitsgrad nicht bewältigt werden kann → Abgrenzung von Mobbing!
- Art. 2 Abs. 1 lit c. ArGV3: *eine übermässig starke od. allzu einseitige Beanspruchung vermieden wird*
- Problem: Stressursache können Arbeitsbedingungen aber auch private Gründe sein  
*man muss Kausalität zuordnen können! Nicht sonst was vom Leben!*
- Arbeitgeberhaftungen aufgrund zu viel Stress am Arbeitsplatz noch eher selten → wenn, dann als Folge des Mobblings
- Zurückhaltung bei einer «allgemeinen Stresshaftung» des Arbeitgebers

- Aber: systematische und anhaltende Überbeanspruchung, häufig mit Krankheitsfolge des AN (Burnout, Depression), verletzen die Fürsorgepflicht und generieren einen Haftungsanspruch (Schadenersatz, Genugtuung); *ist möglich aber in Praxis nur Extremfälle*  
*Extremfälle: nächtliche Anrufe, 100erte Überstunden*

## V. Gleichbehandlungsgrundsatz Geschlecht

- **Art. 3 Diskriminierungsverbot** *einzig aufgrund d. des Geschlechts! Mandatversicherung von IV & III!*  
*Gesetz ist geschlechtsneutral!*
- <sup>1</sup> Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den **Zivilstand**, auf die **familiäre Situation** oder, bei **Arbeitnehmerinnen**, auf eine **Schwangerschaft**.
- <sup>2</sup> Das Verbot gilt insbesondere für die **Anstellung**, **Aufgabenzuteilung**, **Gestaltung der Arbeitsbedingungen**, **Entlohnung**, **Aus- und Weiterbildung**, **Beförderung** und **Entlassung**.
- Art. 10 Gleichst. G: Absolute Ausnahme  
Gds. kennt man bei nie, gerade,  
nicht möglich in gleichzeitige Stelle  
zurückleben, ausser GIG 10!*
- |                          |   |
|--------------------------|---|
| ▪ Anstellung             | ▪ Unterlassungsanspruch   |
| ▪ Aufgabenzuteilung      | ▪ Beseitigungsanspruch (aber keine Anstellung / Beförderung erzwingbar) |
| ▪ Arbeitsbedingungen     | ▪ Feststellungsanspruch   |
| ▪ Entlohnung             | ▪ Lohnzahlungsanspruch  |
| ▪ Aus- und Weiterbildung | ▪ Entschädigungsanspruch  |
| ▪ Beförderung            |   |
| ▪ Entlassung             |   |
- wird nicht rege  
gebraucht...  
- Praxis ist dünn...*
- als des Beschwerde  
bis 6 Mt. danach  
Linus hat sich geschadet  
↳ Vermeidung oder vorübergehender  
Kündigung nach GIG*
- Entschädigung weiter  
prov. angestellt od.  
Entschädigungsanspruch*
- Anteil: keine andere Gründe  
Kündigung aufzulegen -> vorher  
eingestellt -> Einstellung von  
Frauen für Lohngleichheit*

## VI. Schutz vor sexueller Belästigung

- **Art. 4 Diskriminierung durch sexuelle Belästigung** *→ + GIG 5 → certipt. Praktiselektre*
- Diskriminierend ist jedes **belästigende Verhalten** sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die **Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz** beeinträchtigt. Darunter fallen insbesondere **Drohungen**, das **Versprechen von Vorteilen**, das **Auferlegen von Zwang** und das **Ausüben von Druck** zum **Erlangen eines Entgegenkommens** sexueller Art. *Cat-Calling (BSP), Vorteile wie Beförderungen/Einzellöhne*
- Zuerst prüfen: **GLG-Beschwerde** -> **scharfes Schwert** (braucht nur Glaubhaftmachung) *auch bei Grundsatzdiskriminierung -> allen Frauen gekündigt -> nicht GIG 10*
  - Entscheidend ist das **Durchschnittsempfinden** und die **konkreten Umstände** *schwierig! Kollegin A -> Kompliment OK; Kollegin B -> selbes Kompliment nicht ok*
  - Zudem das **Arbeitsumfeld** und die **Person des Opfers**
  - **Drohungen** und **Versprechen von Vorteilen** gegen sexuelle Handlungen
  - **Unerwünschte sexuelle Annäherungen** und Handlungen
  - **Sexistische Sprüche** und **anzügliche Bemerkungen**
  - **Nicht aber:** Komplimente und Bemerkungen im Rahmen eines guten Arbeitsklimas 10
  - **Achtung:** GIG regelt nur Haftung AG -> Haftung Täter aus OR 41 und 49

## VII. Arbeitszeugnis

- Das Arbeitszeugnis hat für einen und das persönliche & wirtschaftliche Fortkommen einen hohen Stellenwert (in CH von enormer Bedeutung)
- Sehr interessant, aber in Gesamtschau von Arbeitsrecht, nicht solch immense Bedeutung

## 1. Gesetzliche Grundlage

### - 2. Zeugnis

was hat man gearbeitet, wie lange und wie hat man gearbeitet und wie war das Verhalten mit Kollegen, Vorgesetzten oder Kunden

Vollzeugnis (qualifiziertes Zeugnis)

### - Art. 330a

<sup>1</sup> Der Arbeitnehmer kann jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht.

<sup>2</sup> Auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers hat sich das Zeugnis auf Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken.

einfaches Zeugnis (Arbeitsbestätigung)

was haben sie gearbeitet und wie lange

## 2. Allg. zum Anspruch

- **AN kann Zeugnis «jederzeit» verlangen:**
  - während des Arbeitsverhältnisses = Zwischenzeugnis
  - bei Beendigung oder nachträglich = Schlusszeugnis  
*der Zeugnisanspruch endet nicht mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses*
  - Verjährungsfrist 10 Jahre (OR 127) nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses
  - Warum verlangt man als AN Arbeitszeugnis?
    - Chef hat gewechselt
    - Umorientierung
    - Für Praktikum
  - Chef/AG kann jederzeit Grund erfragen, aber nicht den Anspruch verneinen
  - Als Anwalt alle 2 Jahre wichtig, am Besten gerade im Jahresgespräch fragen. Man wird da ja immer hochgelobt, aber mehr Lohn gibt's trotzdem nicht. Für einen selbst wäre es schön, wenn die ganzen Komplimente in Zwischenzeugnis festgehalten.
  - Schlusszeugnisse sind schwieriger, weil man dann nicht mehr viel Wert ist für den AG. Dann ist dieser eher zu ehrlich.
  - Wenn jedoch 2 Zwischenzeugnisse aus den letzten Jahren hervorragend sind & das Schlusszeugnis durchschnittlich, dann hat man gute Chancen, dass AG dies ins Schlusszeugnis übernehmen muss. AG ist dann in enormer Erklärungsnot.
- **Wahl des AN:** Vollzeugnis (OR 330a I) oder Arbeitsbestätigung (OR 330a II) → nur wenn durch AN ausdrücklich verlangt, darf AG eine Arbeitsbestätigung ausstellen  
*Arbeitsbestätigung auch üblich bei kurzen/befristeten Einsätzen od. wenn man ein sehr schlechtes Zeugnis bekommen würde*
- Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, unaufgefordert ein Zeugnis ausstellen
- **Frist für Erstellung:** h.L. 2 Tage (Arbeitsbestätigung) bis max. 2 Wochen (Vollzeugnis)  
*kommt auf größe des Unternehmens an & wie schnell das HR arbeitet*
- AN hat Anspruch auf Ersatzzeugnis, auch bei selbstverschuldetem Untergang 5
- Der AG hat kein Retentionsrecht (Zurückhalterrecht) für seine Gegenforderungen  
*Arbeitszeugnis ist Ausfluss aus der Fürsorgepflicht; AG kann es nicht zurückhalten für Gegenforderung. Aber dies ist reine Theorie. Id.R. Schlusszeugnis dann, wenn das ganze abgeschlossen; je mehr du mich drückst, desto schlechter wird das Arbeitszeugnis.*
- Sofern kein Arbeitszeugnis nicht vorhanden ist oder gewisse Formulierungen = Red Flag  
*ob es nun gut oder sehr gut ist -> weniger relevant!*

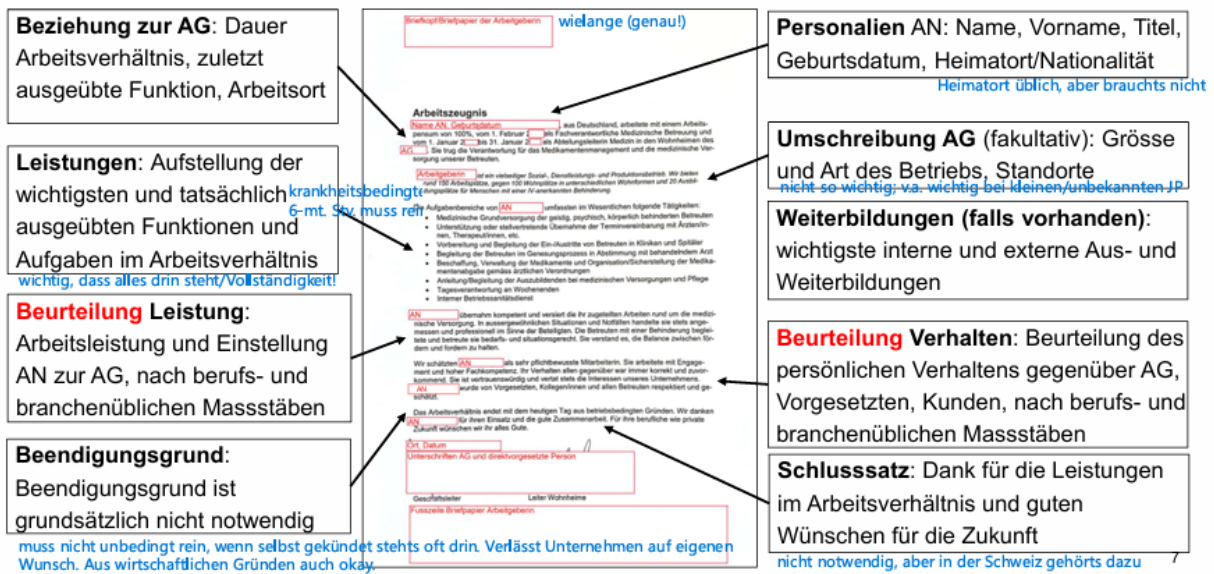
## 3. Formelle Anforderungen

- *Fürsorgepflicht de sAG besteht auch noch an der Schnittstelle vom alten zum neuen Arbeitsverhältnis. Man spricht da vom wirtschaftlichen Fortkommen des AN. Der AN soll auch im Nachgang eine gute Stelle finden (das gehört noch zur Fürsorgepflicht, dass der AG das fördert)*
- Grundsatz: Zeugnis = wirtschaftliches Fortkommen des AN → wichtige Urkunde!  
*nie das «Zwischen» rauslöschen = wäre Urkundenfälschung!*
- Schriftliche Abfassung
- Kennzeichnung als Zeugnis oder Arbeitszeugnis (Zwischenzeugnis)
- Grs. sauber/sorgfältig (Rechtschreibung!) und leserlich auf gutem Papier [aus AG-Sicht]

- Genauer Datierung (bei Ersatzzeugnis grs. Rückdatierung auf Original)
- Rechtsgültige Unterzeichnung durch Vorgesetzte(n)  
*am Besten der Direkt-Vorgesetzte; rein rechtl. betrachtet muss die Person für JP zeichnungsberechtigt sein*
- Abfassung in der Sprache des Orts des Betriebes (oder je nach Branche auf Verlangen auch in einer Fremdsprache); *auf Verlangen sist das Englische auf AN-Kosten auf Deutsch zu übersetzen*
- Keine besonderen Kennzeichnungen, Unterstreichungen, Ausrufezeichen etc.

#### 4. Aufbau eines Vollzeugnisses

Wenn Aufgabebereich Liste nicht vollständig, bei Beurteilung der Leistung kommt man schlecht weg, braucht man Türöffner -> Datum, Schreibfehler oder Aufgabebereiche; und wenn sowieso grad dran könnte man auch noch Beurteilung... anpassen, wenn formal super, dann kann man als Türöffner den Aufgabebereich nehmen und sagen, wenn sowieso nochmal, dann nochmals bei Beurteilung...



#### 5. Materielle Anforderungen

##### a) Vollständigkeit

- Zeugnis muss inhaltlich vollständig sein
- Aussagen dürfen nur das Arbeitsverhältnis betreffen und müssen sich auf die effektiv ausgeführte Tätigkeit und Funktion und die effektive Vertragsdauer beziehen
- Keine Einzelvorkommnisse, die für die Gesamtbeurteilung nicht von Bedeutung sind
- Strittig sind häufig negative Feststellungen:
  - Gesundheitliche Absenzen  
*Grds.: gehören nicht ins Arbeitszeugnis! Weil sie sind nicht wohlwollend. Zeugnis muss vollständig und wahr sein. Aber man will ja das Person wirtschaftlich weiterkommt, also schonend. Krankheitsbedingte Absenzen sind nicht wohlwollend und sind auf Gesamtverhältnis gesehen Einzelvorkommnisse. Ausnahme: im ZP des Zeugnis leidet Person an Krankheit-/Unfallfolgen die Weiterbeschäftigung an Beruf verhindert. je nach dem AG in Haftung wegen erwecken von falschen Anschein, wenn mans nicht schreibt*
  - längere Absenzen generell (inkl. Grund, z.B. Mutterschaft)  
*Ausnahme 2: im Verhältnis zur beruflichen Tätigkeit beim AG längere Absenzen. 2 Jahre im Projektmanagement -> nach 3 Mt. Schwanger, am Ende des Tages 2 Jahre auf Payroll, sehr wenige Monate gearbeitet. Man will nichts böses, aber man muss bestätigen wie lange Person gearbeitet hat. Absenzen so gross, dass es ins Gewicht fällt, dann darf mans erwähnen. BSP: 6 Dienstjahre & 580 Fehltag -> sehr*
  - strafbare Handlungen  
*strafbare Handlungen & fristlose Kündigungen darf rein im Grundsatz aufgrund Wahrheitspflicht, bei Strafbarer Handlung kommts drauf an was es war (Bagatelldiebstahl evtl. nicht), aber wenn ausgetickt und mit Schraubenschlüssel kollegen eins übers Dach. Fristlose Auflösung aufgrund Tätlichkeit gegenüber Kunden ja.*

- fristlose Kündigung inkl. Grund
- Verhalten in der Freizeit? Tendenzbetriebe  
*Verhalten in Freizeit grds. nicht!*

## b) Wahrheitspflicht

- Objektive Wahrheitspflicht des Arbeitgebers vs. Fürsorgepflicht = wohlwollend  
*darf nicht lügen (post. Od. neg.) -> aber eher wohlwollend*
- Wahrheitspflicht gilt nicht nur für Tatsachen, sondern auch Werturteile im Zeugnis
- Wahrheitspflicht als Grenze des Wohlwollens → Ermessenspielraum AG verbleibt  
*bei Wertungsteilen hat man schlechte Position wenn man nicht einverstanden ist; Arbeitsrichter sagt sich, er kann es ja nicht besser beurteilen, sieht beide zum ersten Mal. Auch Strenger Chef will beim Zwischenzeugnis Mitarbeiter motiviert & halten, darum so wichtig! Widerspruch erkennt auch Richter!*
- Die Wahrheits- und Klarheitspflicht verbietet sog. «Codierung»
  - *Woher wollen sie wissen, ob etwas wahr ist, wenn man selber nicht versteht, was da steht*
  - *Es gibt aber ganze Handbücher zu Codierungen (passen sie auf bei ChatGPT, in CH nicht gut, in DE schon)*
- Keine Pflicht für Hinweis «uncodiertes Arbeitszeugnis»
- Codierungen sind in der Praxis dennoch häufig anzutreffen:

## 6. Codierung

- Er bemühte sich, seine Aufgaben so gut wie möglich zu erledigen»  
*Seine Leistungen befriedigten nicht, obwohl er sich Mühe gab.*
- «Seine Leistungen waren zufrieden stellend.»  
*Die Leistungen genügten, hätten aber besser sein können.*
- «... stets zu unserer vollen Zufriedenheit.» wunderbarer Satz, 5.0  
*Er war ein guter Mitarbeiter*
- «... vollsten Zufriedenheit» oder «seine Leistungen waren überdurchschnittlich.»  
*Die Leistungen waren sehr gut, man lässt ihn nur ungern ziehen.* besonders gut, überdurchschnittl top 5%
- «Der Austritt erfolgt im gegenseitigen Einverständnis.» 100x besser als wir haben ihm gekündigt, lässt Raum für Erklärung an mdl. Bewerbungsgespräch  
*Man ist wahrscheinlich froh über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.*
- «Der Austritt erfolgt auf eigenen Wunsch.» wenn das so ist, gehört das auch so rein...  
*Es handelt sich um einen normalen Austritt* Im Zweifelsfall nachfragen, was bedeutet das, wieso steht das dort...

## 7. Unrichtiges Zeugnis & Referenz

- Unrichtige Angaben oder Verschweigen wesentlicher Vorkommnisse (z.B. Unterschlagung) → Schadenersatzpflicht gegenüber einem neuen AG (OR 41)
- Gegenüber dem AN können unrichtige Zeugnisse eine Vertragsverletzung darstellen
- Verweigerung Zeugnis → Leistungsklage (evtl. Zeugnistext als Rechtsbegehren)  
NICHT: Feststellungsklage  
*man muss Begehren benennen; wie es abgeändert werden muss; der Dritte Satz ist wie folgt abzuändern od. nach folgendem Entwurf ändern*
- Unrichtiges, unvollständiges oder zweideutiges Zeugnis → Berichtigungsanspruch (Leistungsklage) = konkreter Abänderungsvorschlag als Rechtsbegehren zwingend
- Beweislastverteilung zwischen AG und AN ist unterschiedlich, je nach Ausgangslage
- Zeugnisgrundsätze gelten für Referenzerteilung analog
  - *AG zur Referenzauskunft verpflichtet*
  - *Versucht Person zu nehmen, die nicht schlecht über einen spricht*
  - *Vorher informieren und Erlaubnis einholen*
  - *Dem sollte man schon vorher sagen, dass man die Stelle wechseln will*
  - *Wenn nichts angegeben, ruft er im Sekretariat an und fragt, wer ist zuständig für den Meier*

## VIII. Freizeit gem. OR 329

### 1. Allgemein

- Anspruch auf Frei- und Ferientage = voll- und teilzeitlich beschäftigte AN *bei zwei freien Tagen müssen sie gesetzlich nicht unbedingt nacheinander sein (siehe Hotellerie, Gastronomie, Airlines, ...)*
- Die Art der Lohnbemessung (Stunden- bzw. Monatslohn) ist nicht relevant *auch im Stundenlohn Anspruch auf einen freien Tag*
- Während der freien Zeit darf der AG den AN nicht in Anspruch nehmen und er muss grundsätzlich nicht erreichbar sein, es sei denn, dies wäre im Vertrag so vereinbart
  - z.B. Kaderstufe -> *minimale Erreichbarkeit für Notfälle üblich*
  - *Ab dem Augenblick, ab dem man das Telefon abnimmt, arbeitet man wieder -> aufschreiben!*
  - *14 Ferientage 3x gebraucht -> mir fehlen 3 Ferientage. Kommt drauf an ob nur Stunden oder Halbtage/Tag kommt drauf an wie Ferienzweck verhindert wurde. wenn Skifahren wollte und von 9-11 telefoniert -> dann halber Tag mehr Ferien...; evtl. sogar kommunizieren; 4 Wochen in Australien/Berge, ganz schlechtes Netz habe ich gehört*
- **Ordentliche (wöchentliche) Freizeit:**
  - ein freier Tag pro Woche (OR 329 I) +
  - einen zusätzlichen wöchentlichen freien Halbtage (ArG 21 I)
- **Ausserordentliche (übrige) Freizeit gem. OR 329 III:**  
*nicht regelmässig anfallende Anlässe/Freizeit gewähren. BSP: Arztbesuche, Behördengänge (Steueramt – Öffnungszeiten), Ganken, Krankheiten in naher Familie, Tod, Hochzeit, wenn Bewerbungsgespräch für neue Stelle*
  - Feiertage: Bund (1. August) und kantonale Feiertage
  - kurzfristige Arbeitsbefreiung aus besonderem Anlass  
*aus Treuepflicht geht hervor, dass man ausserordentliche Freizeit so früh wie irgendwie möglich bekannt gibt*

### 2. Ausserordentliche Freizeit – Dauer

- OR 329 III = verliert immer mehr an Bedeutung aufgrund Gleitzeit
- Freizeitregelungen sind häufig in GAV oder EAV näher definiert
- Als unverbindliche Richtlinie kann Folgendes herangezogen werden:
  - Wohnungswechsel: 1 bis 2 Tage  
*je nach Haushalt (WG-Zimmer od. Haus)*
  - Hochzeit: 1 bis 3 Tage
  - Geburt eines eigenen Kindes (für den Vater): 1 bis 2 Tage  
*Pflicht dem AG mitzuteilen, dass jeder Moment das Telefon kommen kann*
  - Tod eines Familienangehörigen: 1 bis 3 Tage (nach Verwandtschaftsgrad)
  - Suche einer neuen Arbeitsstelle: ½ Tag oder zweimal 2 Stunden pro Woche
- Teilzeit: wenn möglich, muss man es auf nicht Arbeitszeit legen  
wenn mehrere Anstellungen, kann er nicht sagen, er soll es beim anderen AG machen

### 3. Lohnanspruch?

- Freitage und Feiertage sind in den Monats- oder Wochenlöhnen inbegriffen, was eine Lohnkürzung ausschliesst
- Bei Stunden-, Tages- oder Akkordlöhnen: keine Lohnzahlungspflicht (ausser 1. August)  
*1. August ist Mittwochs und ich arbeite immer Mittwochs; dann 01.08. gezahlt*
- Kurzabsenzen i.S.v. Art. 329 Abs. 3 OR sind nur zu vergüten, wenn auch ein Grund gemäss Art. 324a OR vorliegt
- Kompensation nur, wenn vertraglich vereinbart

krieg ich Geld dafür wenn ich fehle?

- der wöchentliche Freitag & Feiertage sind in Monats- und Wochenlöhnen inbegriffen  
- Kurzabsenzen: an sich kein Lohnanspruch (weil ohne Arbeit kein Lohn); sie kriegen Lohn nur wenn Verhinderungsgrund in ihrer Person liegt und unverschuldet ist  
- Stundenlohn im Rest: Wirt muss einm gehen lassen, aber ausstempeln (für Wohnungsübergabe); bei Zahnarzttermin muss bezahlt werden  
- Monatslohn: spielt weniger Rolle; stempelt aus, dann hat man einfach Minuszeit

man muss die Zeit grds. nicht nacharbeiten, ausser vertraglich vereinbart  
man darf gehen, hat aber einfach 4h weniger

Todesfall 3 Tage: AG sagt ja, geb ich dir, geb dir sogar 4  
aber müssen uns darüber unterhalten, wie es mit Lohn aussieht; also weniger Lohn oder aufarbeiten?  
von Gesetzes wegen nicht Anspruch wie bei den Ferien

## IX. Ferien gem. OR 329a

### 1. Dauer

- Ferien dienen der Förderung von Gesundheit, Leistungsfähigkeit und Lebensfreude
- Der Erholungszweck der Ferien soll auf zwei Wegen verfolgt werden:
  - Pflicht zur Freistellung von der Arbeit
  - Pflicht zur Lohnzahlung während der Ferien
  - *Unterschied zur ausserordentlichen Freizeit; da wird man rechtlich nur von der Arbeit freigestellt*
- Jedes Dienstjahr min. 4 Wochen Ferien, dem unter 20-jährigen AN min. 5 Wochen
- Vertraglich kann der Ferienanspruch auch pro Kalenderjahr vereinbart werden
- Dauer des Ferienanspruchs zu Ungunsten des AN nicht abänderbar (OR 362)
- Für unvollständige Dienstjahre besteht ein pro-rata-Anspruch (OR 329a III)
- Auch für Teilzeit: Ferienanspruch ist entsprechend des Teilzeitgrades
- Anspruch auf Nachgewährung = wenn Erholungszweck nicht erreicht werden kann!
  - *AN ist beweissbelastet betr. nicht gegebener Ferienfähigkeit*
  - *was passiert, wenn sie in den Ferien krank werden? Entscheidend, ob Ferienfähigkeit gegeben (ungleich Arbeitsunfähigkeit). Erholungszweck, den Ferien haben, ist nicht mehr gewährleistet, dann Anspruch auf Nachgewährung. dann der Fall, wenn man Schmerzen hat, geschwächt ist, im Bett liegt, Lebensmittelvergiftung, Fieber, Unfall hatten, im Spital liegen, ...*
  - *hindert an Erholung. Praxis ist ziemlich streng -> 2 Wochen Skiferien in Zermatt, Knöchel verstaucht, nur bei fester Belastung Schmerzen. Ich muss Ferien stornieren, kann ich meine Ferien verschieben, dann hat AG gewichtiges Wort mitzureden. Zuhause bleiben, Netflix und dann 2 Ferienwochen wieder kriegen -> rechtlich nicht zulässig. Wenn man will, muss man zum Arzt und der muss Ferienunfähigkeit attestieren. Rechtlich spielt keine Rolle, was man in Ferien geplant hat, was nicht mehr möglich ist. Entscheidend ist der Punkt, wenn man Ferien schon genommen hat & dann nicht zur Arbeit kommen, ist die Argumentation, wenn ich jetzt nicht Ferien hätte, wäre ich auch Arbeitsunfähig, dieses Argument zählt nicht. AG ist nicht dafür verantwortlich, dass man bei vollster Gesundheit Ferien machen kann. Verhinderungsgrund nach Ferien noch besteht, dann kriegt man frei aufgrund Arbeitsunfähigkeit.*

### 2. Kürzung gem. OR 329b

- Verschuldete Absenz von mehr als einem Monat = Kürzung um 1/12 pro vollen Monat
- Unverschuldete Absenz erst Kürzung um 1/12 pro Monat ab zweiten vollen Monat *die summieren sich auf; massgebend das Dienstjahr; aber zulässig aufs Kalenderjahr umzulegen*
- Bei Schwangerschaft und Niederkunft Kürzung erst ab dem dritten vollen Monat
- Kontingent gilt für das Dienstjahr = zulässig per EAV nach Kalenderjahr
- neues Dienstjahr (oder Kalenderjahr) = neue Schonfrist
- Keine proportionale Reduktion bei unvollständigem Dienstjahr
- Gerechnet wird in Arbeitstagen → 1 Monat = 21.75 Arbeitstage (Vollzeitbeschäftigung)
- Angebrochene Monate werden nicht berücksichtigt = nur volle Monate
- In Abs. 2 und Abs. 3 zählen die Schonfristmonate nicht mit zur Kürzung!
- Teilweise Arbeitsunfähigkeit = Verlängerung der Schonfrist nach Grad der AUF *wenn 50% arbeitsunfähig, reicht ein ganzer Monat noch nicht, dann brauchen sie 2 ganze Monate & den Schonfristmonat (BSP: Deutsch-Schweiz); gibt nämlich regional versch. Lehrmeinungen*

### 3. Zeitpunkt gem. OR 329c

- AG bestimmt den Zeitpunkt der Ferien → nimmt auf die Wünsche des AN Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebes vereinbar ist (Art. 329c Abs. 2 OR)
  - *Anwaltskanzleien haben oft keine Betriebsferien. Wenn sie es haben, dann bei Gerichtsferien (Weihnachten od. Sommer -> 15.07.-15.08.)*
  - *Betriebsferien sind also zulässig. Wenn AG sagt, manche Betriebe über Weihnachten zu (24.12. – 07.01.), weil Verwaltung häufig zu & Lieferanten arbeiten auch nicht, dann sind das angeordnete Ferien. Man muss dann dort Ferien drangeben.*
- Der AG hat die Ferientermine dem AN rechtzeitig (mind. 3 Monate) bekannt zu geben  
*last Minute: AN kann sagen, ja okeii, passt. oder nein, ist mir zu kurzfristig, ich komme arbeiten & AG muss dann entscheiden, was er macht; entweder Arbeit zuweisen, freistellen (Arbeitsfreie Zeit), er kann sie aber nicht in Ferien schicken & Ferienkonto Tage entnehmen*
- Verletzt der AG diese Pflicht = AN kann zur Arbeit erscheinen = Arbeitgeberverzug
- Verweigert der AN Ferien ohne Grund = eigenmächtiger Ferienbezug
  - *AG kann sagen, nein es geht nicht! Er kann auch Ferienstopps verfügen, bspw. im Detailhandel vor Weihnachten*
  - *Ultima ratio & muss vorgängig angekündigt werden -> ohne Ankündigung: fristlose*
- Grs. darf der AG vereinbarte Ferien nur im Einverständnis mit AN zeitlich verschieben
  - *zulässig, wenn die betrieblichen Interessen eindeutig gewichtiger sind und die Verschiebung dem AN rechtzeitig angekündigt wird*
  - *Der AG kann den AN (als Ausfluss dessen Treuepflicht) in betrieblichen Notsituationen sogar aus den Ferien zurückrufen*
  - *Dann Ferienanspruch weiterhin bestehend & Kosten trägt dann der AG strittig ist, was mit der Familie ist – er hat liberalen Ansatz, dass auch Kosten der Familien übernommen werden müssen -> unglaublicher Praxisstreit*
  - *Evtl. Praxisnäher: Familie fliegt vor & ich nach & dafür 1,2 Freitage mehr od. früher back*
- Eigenmächtiger Bezug von Ferien durch den AN kann einen Grund für fristlose Entlassung sein (JAR 1999, 201); *ohne Ankündigung – 4 Wochen vorher mitgeteilt, dann okeii!*
- Wegen des Erholungszwecks müssen mind. 2 Wochen zusammenhängen (OR 329c I)  
*wenn AG dies nicht gönnen will (kennt Norm wohl nicht), dann hat er Ferienqualität nicht erfüllt. Man kann selber darauf verzichten. 4 einzelne bekommen ohne das AG zwei bewilligte, dann kann man 2 zusätzliche am Stück verlangen. Aber man kann nicht 4 einzelne Wochen eingeben und dann die zusätzlichen verlangen*
- Der AG muss die Ferien i.d.R. im Verlauf des betr. Dienst- bzw. Kalenderjahr gewähren
- Kann ein AN einen Teil der Ferien während des Dienst- bzw. Kalenderjahres nicht beziehen, so erfolgt ein Übertrag auf das nächste Jahr
- Der Ferienanspruch verwirkt vorbehaltlich anderer Abrede oder einer entsprechenden Bezugsaufforderung des AG nicht
- Der Ferienanspruch verjährt nach Ablauf von fünf Jahren (nicht 10 Jahren)

### 4. Lohn gem. OR 329d

### 5. Lohnanspruch

- Während Ferien Anspruch auf den üblichen Lohn inkl. angemessener Entschädigung für ausfallenden Naturallohn (OR 329d I), inkl. Trinkgelder und Provisionen
- Überstunden sowie Zuschläge für Nach-, Wochenend- und Feiertagsarbeit sind nur geschuldet, wenn sie regelmässig zu leisten sind (BGE 132 III 172)
- Spesenpauschalen sind nur geschuldet, wenn die Spesen auch während der Ferien anfallen oder es aufgrund der Berechnungsfaktoren gewollt war.
- Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen abgegolten werden (zwingender OR 329d II).
- Bei Verstoss gegen das Abgeltungsverbot trägt der AG das Risiko, dem AN dennoch die Ferien gewähren zu müssen, ohne eine allfällige «Ferienentschädigung» vom AN zurück zu erhalten.  
*einzigste Ausnahme: bei unregelmässigen Arbeitsverhältnissen im Stundenlohn*
- *wenn man sie immer pauschal bekommen hat, aber ohne Abrechnungspflicht, dann kompliziert. Wenn mit Job zusammenhängend Ausgaben anfallen; hoch gerechnet als Lohn bezahlt (LW-Fahrer -> auswärts WC, duschen, Essen) -> er hat als direktes Äquivalent auch Ausgaben. Solche Pauschalspesen fallen während Ferien weg. Aber Pauschalspesen fürs Kader, welche einfach 500.- kriegen im Monat (Lohncharakter); weil sowieso GA und Chef zahlt essen, die behält man. Wenn Abrechnungspflicht, dann kriegt man es in Ferien nicht.*

## § 8 Sonstige Wirkungen & besondere Arbeitsverträge

### I. Weisungsrecht/Befolgungspflicht gem. OR 321d

#### 1. Allg. Anordnungen und besondere Weisungen

- Weisungsrecht des AG = begründet rechtliches Subordinationsverhältnis des AN  
*Unterstellung unter das Weisungsrecht des AG*
- Allgemeine Weisungen: Richten sich an die ganze Belegschaft oder an spezifisch bezeichnete Gruppen von AN (Dienstanweisungen, Handbücher, Reglemente): *könnten mündlich oder verschriftlicht sein – BSP: an gewissen Stellen im Betrieb darf nicht geraucht werden.*
- Konkrete Weisung an einen bestimmten AN:
  - Zielanweisungen: Konkretisierung Arbeitsleistung nach Gegenstand, Zeit, Ort und Organisation;
  - Fachanweisungen: Konkretisierung der Art der Arbeitsausführung;  
*BSP: geh die Hände waschen; bitte nimm eine andere Kelle für das «rühren» des Topfes*
  - Verhaltensanweisungen: Konkretisierung Verhalten im Betrieb, z. B. Arbeitspausen
- Ausserdienstliche Weisungen = nur im Ausnahmefall: Tendenzbetrieb, Kader, bzgl. Nebenbeschäftigungen zur Verhinderung von Interessenskonflikten

#### 2. Befolgungspflicht vs. Schranken des Weisungsrechts

- *Nicht eine «kann»-Bestimmung, es handelt sich um Befehle, welchen man nachkommen muss. Am Ende des Tages ist die Weisung eine einseitige Geschichte.*
- Befolgungspflicht (Art. 321d Abs. 2) = Kehrseite des Weisungsrechts
- Befolgungspflicht gegeben, sofern Weisungsrecht nicht überschritten
- Weisungsrecht ist nachrangig zu allen anderen Regelungen im AV
- Befolgungspflicht (Art. 321d Abs. 2) = Kehrseite des Weisungsrechts
- Befolgungspflicht gegeben, sofern Weisungsrecht nicht überschritten
- Weisungsrecht ist nachrangig zu allen anderen Regelungen im AV
- Schranken des Weisungsrechts können sich ergeben aus:
  - **Treu und Glauben (321d II):** Unzumutbare Weisungen und solche ohne sachlichen Bezug zum AV, z.B. schikanöse Weisungen;  
*Steig aufs Dach hoch – nein, ich bin im 7.Mt. schwanger und dies ist zu gefährlich fürs Kind. Begründung wichtig, weil dann ist es kein Problem, man findet einen anderen. Wenn man keine Begründung mitliefert, ist man selbst schuld. Abmahnung ist dann trotzdem korrekt; kann ja nicht wissen, dass es unzumutbar ist.*
  - **Persönlichkeitsschutz:** z.B. hierarchische Herabstufung ohne Grund
  - **allg. gesetzliche Schranken,** insb. Strafrecht: z.B. SVG, StGB, etc.
  - **Vertragliche Schranken:** Ort, Art, Dauer der Arbeit (ausser besondere Umstände)
- Gesetzes- oder vertragswidrige Weisung: Informationspflicht an AG (Treuepflicht) + Widersetzung gegen Weisung (insb. bei strafbaren oder schädigenden Handlungen)  
*Befolgungspflicht nicht nachkommen, dann muss ich aus der Treuepflicht heraus dies mitteilen (Informationspflicht), dass man davon ausgeht, diese Weisung ist nicht korrekt (denn man kann sich auch irren) & auch Information, ich werde diese Weisung nicht ausführen...*
- Überstundenanordnung ist auch eine Weisung. Es kann dabei keine vertragliche Regel geben (nicht wegbedingbar), gesetzlich ist es vorgesehen. Betriebliche Notwendigkeit wird abgewogen gegen Zumutbarkeit des AN diese zu leisten.

### 3. Hierarchie der Rechtsquellen im Arbeits(privat)recht

man muss nicht alles befolgen, gem. Hierarchie sind Weisungen das letzttrangige.  
viele Grdl. die einer Weisung entgegen stehen können. BSP: Arbeitsvertrag enthält Arbeitsort, dann ist VErsetzung mit WEisungsrecht fast nicht möglich, geht dann nur in absoluten Notfällen und nur temporär wo Treuepflicht überragt.

1. Stufe: (zwingendes) Arbeitsvölkerrecht: z.B. FZA
2. Stufe: (zwingendes) Bundesverfassungsrecht: z.B. BV 8 III
3. Stufe: zwingendes Gesetzesrecht: absolut zwingende Bestimmungen (OR 361 I), SVR,
4. Stufe: relativ zwingende Bestimmungen:
  - des OR gemäss Art. 362 I; Die Bestimmungen des GIG, soweit sie den EAV regeln, sind relativ zwingender Natur und ergänzen oder spezifizieren die OR-Bestimmungen
  - Bestimmungen des öffentl. Arbeitnehmerschutzrechts (vgl. OR 342 I b)
5. Stufe: normative Bestimmungen Gesamtarbeitsvertrag (OR 357 I)
6. Stufe: Betriebsordnungen (auch Betriebsreglement genannt)
7. Stufe: Einzelvereinbarung im Arbeitsvertrag
8. Stufe: Normalarbeitsvertrag (OR 359 I, 360 I; gegenüber dem dispositiven Gesetzesrecht handelt es sich beim NAV um eine lex specialis)
9. Stufe: Dispositives Gesetzesrecht (OR 319 ff., die nicht in OR 361 I / 362 I enthalten sind)
10. Stufe: Weisungen des Arbeitgebers (Art. 321d OR) AG sitzt im Auto nebenan & sagt fahr schneller. So schnell wie erlaubt oder wie es der Nebel zulässt. Weisung verstösst dann gegen zwingendes Recht und wird dementsprechend unzumutbar. Relativ gut argumentierbare<sup>6</sup> Unzumutbarkeit.

## II. Teilzeitarbeit gem. OR 319

### III. Einzelarbeitsvertrag

#### 1. Arbeit auf Zeit (Dauerschuldverhältnis)

- *vertragliche Wesen EAV unterscheidet an sich nicht zwischen Vollzeitarbeit & Teilzeitarbeit, weil das Gesetz unterscheidet das im OR nirgends; gibt keine spezifische Normen über Teilzeitarbeit; Personen bei Teilzeit habe aber an diversen Stellen einen Sonderstatus, weil es nicht anders geht...*
- Verpflichtung zur Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit
- Zeitdauer kann sehr kurz sein (z.B. Einsatz im Service für einen Abend)
- Nicht aber nur einmaliges Austauschen von Vertragsleistungen
- Auch unregelmässige Arbeitsleistung erfasst (Teilzeitarbeit, vgl. OR 319 II)
- Arbeit auf Zeit ≠ Arbeitszeit (wie viele Stunden, Monat, Jahr)
- Verschiedene Spezialfragen im Zusammenhang mit dem Dauerschuldverhältnis (Abrufarbeit, Pikett, Job Sharing, etc. = Lektion 9)

#### 2. Teilzeitarbeit Allgemeines

- Teilzeitarbeit liegt vor, wenn die vertragliche auf eine Arbeitswoche bezogene Arbeitszeit unter der branchenüblichen liegt
- Auch fortgesetzte Leistung von Teilzeitarbeit nach einem bestimmten Arbeitseinsatzplan begründet ein Arbeitsverhältnis (→ sog. *eigentliche Teilzeitarbeit*)
- Unregelmässige Teilzeitarbeit = konkreter Einsatz nicht im Voraus bestimmt = *uneigentliche Teilzeitarbeit* (auch als Arbeit auf Abruf bezeichnet)
- OR 319 II → Teilzeitarbeit = Arbeitsvertragsrecht → aber: keine spezifischen Regelungen für teilzeitarbeitende Arbeitnehmer!
- *Teilzeitarbeit ungleich Abrufarbeit*  
*Teilzeit immer vormittags, einzelne Tage, aber solange man vertraglich vereinbart (od. durch Übung), dass man fixe Einsatztage/--stunden hat.*

### 3. Teilzeitarbeit besondere Punkte

50% bei AG A, dann kann A nicht verbieten, dass ich noch bei AG B arbeite, weil ich habe noch 50%, die noch nicht ausgeschöpft sind

- Teilzeitarbeit und Konkurrenzverbot (OR 321a III): Verbot einer konkurrenzierenden Nebentätigkeit ist grs. nicht anwendbar, kann aber vereinbart werden. Ausnahmen:
  - Vertraglich abweichende (explizite) Regelung entweder erlaubts du mir die Aufstockung oder ich gehe irgendwo anderst 20% arbeiten. oder sonst kündige ich. wenn im Vertrag explizit geregelt, habe ich nicht den Anspruch nebenher wo ich will arbeiten
  - Direkte, entgegengesetzte Konkurrenzierung LUKB akzeptiert nicht 60% bei ihnen und 40% bei Raifeissen
  - Leistungsfähigkeit in der Summe aller Nebenbeschäftigungen zu stark strapaziert Parade-BSP: Mo Anwaltskanzlei Teilzeit -> Sonntag Abend noch im Service bis spät Nachts -> verpennt am Montag morgen
- Teilzeitarbeit und Überstunden (OR 321c III): keine spezifische Regelung. Überstunden sind damit geschuldet (Verweigerung = Kündigungsgrund) → Frage der **Zumutbarkeit**:
  - direkte Kollision mit Nebenbeschäftigung AG sagt, ich weiss du arbeitest nur bis 12.00 Uhr, wir müssen das noch fertig machen, weil es ist betrieblich notwendig. Dann sag ich, ja ich seh das, aber ich habe eine andere Stelle ab 13.30 Uhr, und diese Pflicht zu verletzen geht nicht. Das kann ich nicht machen.
  - genügende Erholung zwischen zwei Beschäftigungen
  - weitere familiäre Pflichten

Problem: Bei Überzeit -> wenn man Leute Teilzeit anstellt, dann am Anfang der Woche. wenn Freitag angestellt & und MO-DO schon sehr viel zuviel gearbeitet am Freitag kommt man, ich bin in Überstunden (habe schon 45h gearbeitet), also Überzeit schuldest mir 25% mehr für deine 8.4h -> den letzten beissen die Hunde in der Praxis nicht so ein Problem, weil man sagt es einfach nicht

wäre wahrscheinlich auch ein Problem mit der Leistungsfähigkeit wenn sies darauf anlegen, kriegen sie die Überzeitentschädigung; einfach nur bis zur Kündigung ;)

wenn AG eine saisonale Schwankung geltend machen kann, dann geht es natürlich nicht. Deswegen Durchschnitt der letzten 6 Mt. (saisonal)
- Teilzeitarbeit und Lohnfortzahlung (OR 324a): es geht darum, wie lange dauert Vertragsverhältnis schon seit 3 Mt. 20% angestellt
  - dreimonatige Vertragsdauer ≠ Summe der tatsächlichen Arbeitszeit
  - Dauer der Lohnfortzahlung = Lohn, den der AN normalerweise erhalten würde, wenn er gearbeitet hätte = schwankende Einkommen = Durchschnittslohn
  - Teilweise Arbeitsunfähigkeit und Teilzeitarbeit → AG darf Teilarbeitsunfähigkeit nicht in die Zeit ausserhalb der Arbeitstätigkeit legen (z.B. 50% Stelle und 50% AUF?) AG darf AUF nicht in Freizeit geltend machen; in solchen Fällen braucht man ein präziseres Arztzeugnis; für jede Stelle ausweisen, wie hoch ist die AUF. Maurer 100% AUF, im Büro 100% Arbeitsfähig, 50% AUF als Büroist (+1 Stelle), dann prozentual zum Beschäftigungsgrad.
- Teilzeitarbeit und Freizeit (OR 329):
  - Fixe Einsatztage = Feiertage müssen nicht nachgewährt werden, Krankheitstage nur, wenn an diesem Tag Arbeitstätigkeit geplant
  - Wechselnde Einsatzpläne = proportionale Entlohnung an Feiertagen
  - Freie Tage für persönliche Erledigung nur, wenn nicht während arbeitsfreier Zeit zumutbar (v.a. bei Mehrfachbeschäftigung)

### 4. Gleitzeit

#### a) Folien

- Gleitzeit / gleitende Arbeitszeit = primär Lage der Arbeitszeit bestimmen:
  - Blockzeiten: Zeiten mit Anwesenheitspflicht (z.B. 09.00-11.00 und 14.00-16.00) *beginnen & aufhören, wann sie wollen; aber zu diesen Zeiten verpflichtend präsent... ob vor Ort, Home-Office od. Erreichbarkeit sicherstellen -> frei*
  - Gleichzeit: keine Anwesenheitspflicht
- Wöchentliche Arbeitszeit zusätzlich vereinbar oder nur Minimum/Maximum definiert → Umfang der Arbeit wird flexibilisiert *sie können kommen & gehen, wenn sie wollen & so viel Arbeiten pro Tag/Woche wie sie wollen. Aber dann muss definiert werden, wieviel Arbeitszeit vorgeschrieben ist pro Monat bspw. In welchen Zeitabschnitten erfüllt, einem selber überlassen. Geht auch aufs Jahr hinaus.*
- Mehrarbeit im Gleitzeitsystem = positiver Saldo ≠ Überstunden (häufig mangels arbeitgeberseitiger Notwendigkeit) → Überstunden sind aber nicht ausgeschlossen *es hat einem niemand gesagt, man müsse länger bleiben. Entsprechend hat man selber die Lage/den Umfang bestimmt. Fehlt an AG-seitiger Notwendigkeit. Kann man wieder ausgleichen, aber sind keine Überstunden und kriegt kein Zuschlag. Theoretisch aber Überstunden möglich. Dann, wenn sie mehr als das vereinbarte, soll pro Woche/Monat gearbeitet haben (gegen ihren Willen). Freitag-Mittag 42h erreicht, will gehen, AG sagt, jetzt kannst du nicht gehen. Ich brauch*

dich. Dann sind es Überstunden. Man ist zu Überstundenarbeit verpflichtet. Abgrenzung extrem schwierig. Beweis für AN auch schwierig. Einzige Lösung: Wenn Überstunden anfallen, zeitnah zum AG, und signieren lassen.

- Es liegt im Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers, fristgerecht für einen Ausgleich der Mehrarbeit (positiver Zeitsaldo) zu sorgen (BGE 123 III 469 E. 3b)
- Eine Regelung, wonach ein positives Zeitsaldo am Ende des Jahres oder nach Ablauf der Kündigungsfrist verfällt ist rechters (BGE 130 V 309 E. 5.1.3).  
*ein positiver Saldo muss also nicht ausgezahlt werden. 1 Mt. Kündigung & 200h positiver Saldo, dann verfällt am Schluss etwas. Aufpassen! Meistens max. Limite an positiven Saldis, welche man ins neue Kalenderjahr rübernehmen darf. Der Verfall wurde gestützt vom BGer, aber muss vereinbart werden. Meisten EAVs sehen dies aber vor.*
- Bestehen am Ende Minusstunden (Negativsaldo) = Kürzung Lohnanspruch  
*auch dies muss im EAV geregelt sein, wie es gehandhabt wird. Wenn Positivsaldi übertragen werden dürfen, können i.d.R. auch negative übertragen werden. Oft heisst es aber, dass keine negativen Saldi ins neue Jahr übernommen werden dürfen.*

#### b) VL-Notizen

- Im Gesetz so nicht auffindbar; höchstens im EAV i.V.m. Gleitzeitreglement niedergeschrieben zeigt den privatrechtlichen Charakter auf – möglich, sofern Konsens
- Weil im Gesetz keine Regelung, gibt es viele verschiedene Modelle in der Praxis
- Flexibilität, die man gewinnt, die hat eine Kehrseite, die ist, dass man sehr stark darauf achten muss, das positive Gleitzeitsaldo wieder wegzubekommen.
- Bei Kanzleien muss man sehr diszipliniert sein, dass man nicht immer zu viel arbeitet.

### 5. Arbeit auf Abruf

#### a) Allgemeines

- Ist der konkrete Einsatz nicht im Voraus bestimmt, handelt es sich um uneigentliche Teilzeitarbeit (auch als Arbeit auf Abruf bezeichnet). Der AN weiss zum voraus nicht genau, wieviel er im kommenden Monat arbeiten wird.
  - Diese wird unterteilt in sog. **echte Arbeit** auf Abruf = AN trifft eine Befolgungspflicht bei der echten Arbeit auf Abruf hat der AN eine Befolgungspflicht. Die Leistung wird schon entlohnt, aber man kann dann nicht versch. AG haben, dann könnten versch. einem aufrufen und man könnte nur eine befolgen.
  - Und in sog. **unechte Arbeit** auf Abruf, bei welcher der angefragte AN das Recht hat, den Einsatz abzulehnen.
  - Bei der unechten Arbeit auf Abruf besteht häufig ein Rahmenvertrag und nur der konkrete Einsatz kann als Arbeitsvertrag qualifiziert werden. Der Rahmenvertrag ist dann ein Vertrag sui generis. Dort sind schon Spesen, Entlohnung, Parteien, etc. geregelt. Erst bei Zusage entsteht dann für diese Einsatzdauer ein Vertragsverhältnis. Steht evtl. auch etwas über Dienstkleidung, Stundenlohn in Rahmenvertrag.
- Achtung Kettenarbeitsverträge:
  - Aneinanderreihung von befristeten Verträgen → Verstossen gegen ZGB 2 II  
*zuviele solche Regeln aneinander Verstoss gegen ZGB 2 II*
  - immer Einzelfallprüfung. Faustregel: 1x Verlängerung ist noch nicht missbräuchlich
  - Rahmenvertrag grs. gut = problematisch, wenn Abruf nahtlos erfolgt...  
*Gericht prüft dann, ob es sachliche Gründe dafür gibt. Evtl. kommen die Aufträge beim AG ja auch immer wöchentlich rein.*
  - BGer: Berufsschullehrer während 14 Jahren immer mit befristeten Verträgen angestellt.  
*BGer -> unbefristetes gefestigtes AV, gibt keine Gründe diesen nicht unbefristet anzustellen*
  - Ansonsten unecht nicht so problematisch, weil man immer sagen kann, ich will nicht

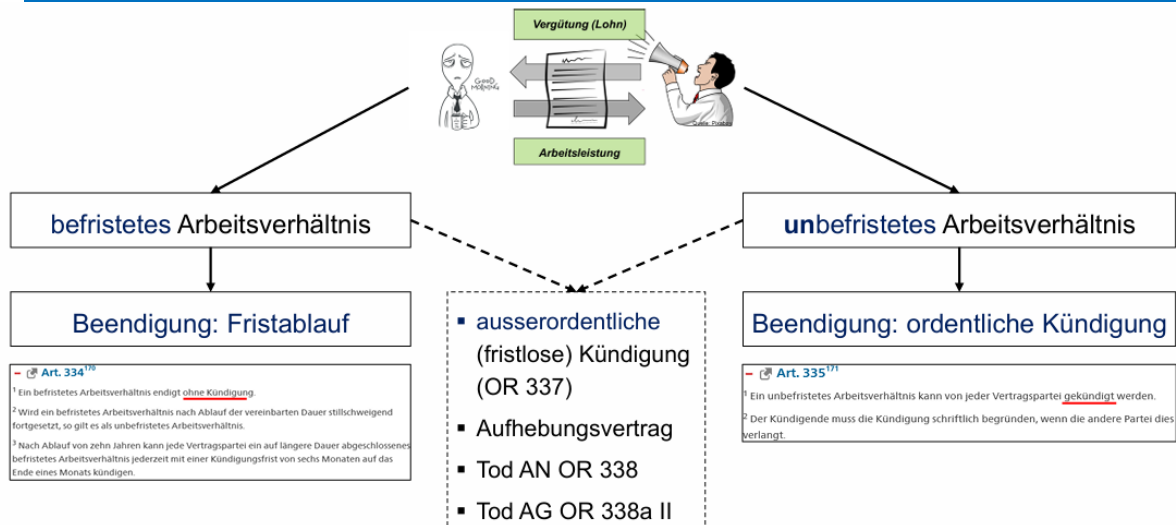
#### b) Problembereiche

- Bei echter Arbeit auf Abruf = zwei Teilbereiche:
  - Effektive Arbeitszeit im Betrieb → Entlohnung gemäss EAV, häufig im Stundenlohn
  - Bereitschaftsdienst → Wartezeit ausserhalb des Betriebs auf Abruf durch AG  
*wie wird das entlohnt?*

- **Flexibilität des AG**, Arbeitsumfang und Lage frei zu bestimmen (Arbeit mit kapazitätsorientierter variabler Arbeitszeit = KAPOVAZ AZ) – *grds. zulässig*
- Frage der Bestimmbarkeit der Arbeitszeit? → Bger bejaht Zulässigkeit
- Kündigungsfrist: Problematik, dass AG den AN in der Kündigungsfrist einfach nicht mehr abrufft (angeblich, weil er ihn nicht mehr braucht); *wieviel wurdest du im Durchschnitt abgerufen. Muss also trotzdem noch Arbeit kriegen.*
- Kündigungsfrist = AN soll neuen Arbeitsplatz finden können und gleichzeitig Ressourcen aufrecht erhalten
- Gemäss Bger eine Umgehung der zwingenden Kündigungsfristen, wenn dem AN in der Kündigungsfrist plötzlich keine Arbeit mehr gegeben wird.
- Problematik stark schwankender Einsatzzeiten während des Arbeitsverhältnisses → Zulässigkeit von sog. «Nullstundenverträgen»? *Es gibt echte Abrufverträge, die eine gewisse Mindestanzahl enthalten. AN braucht auch ein Anreiz. I.d.R. so, dass wir sicher immer 100h/Mt. brauchen, allenfalls mehr. 60% Stelle mit Option auf 100% aufstocken. Wer nimmt das an? Leute, die darauf angewiesen sind und AG nicht wählen kann. Oder AN der flexibel ist.*
- Frage, inwieweit das Betriebsrisiko auf den AN abgewälzt werden darf → Bger sagt, AN kann sich nicht verpflichten, Betriebsrisiko zu übernehmen
- «plötzliche und bedeutende Verminderung des monatlichen Arbeitspensums» wird vom Bger auch während des Arbeitsverhältnisses als rechtsmissbräuchlich betrachtet *jeden Mt. 120h-140h arbeiten & plötzlich, ich brauche dich gar nicht mehr. BGer: Rechtsmissbräuchlich & Teil der Lehre fordert auch, Aktivitätsniveau der Vergangenheit in Zukunft stützen. Anderer Teil der Lehre sagt, ist gerade Sinn der Arbeit auf Abruf. Da kollidieren 2 Interessenlagen. AN der arbeitet um Rechnungen zu zahlen, AG der nicht mehr Arbeit hat.*
- AN darf sich aus der Vergangenheit auf ein gewisses Aktivitätsniveau in der Zukunft verlassen (stark umstritten in der Lehre, da starke Schranke der Abrufarbeit)
- Unterschreitet der AG das bisherige Mass an Abrufarbeit massiv → OR 324 = Annahmeverzug = schuldet den durchschnittlichen Verdienst. (BGer-Meinung & Teil der Lehre)
- Entschädigungspflicht des Bereitschaftsdienstes?
  - «Auch die blossе Arbeitsbereitschaft dient der Bedürfnisbefriedigung des Arbeitgebers, dies selbst dann, wenn die Präsenzzeit ausserhalb des Betriebs geleistet wird. Ebenso zu bejahen ist, dass ein solcher Bereitschaftsdienst nur gegen Lohn zu erwarten ist (OR 320 II)» (BGE 124 III 249 E. 3b)
  - «Folglich muss die Rufbereitschaft - abweichende Vereinbarung vorbehalten - nicht gleich wie die Haupttätigkeit entlohnt werden.»
  - «Die Entschädigung für den Bereitschaftsdienst kann einzel- oder gesamtarbeitsvertraglich auch in den Lohn für die Hauptleistung eingeschlossen werden.»
  - BGer: wenn man es schriftlich macht, kann Entschädigung für Bereitschaft auch in Hauptleistung eingeschlossen werden. Bei Ärzten oft höherer Bruttolohn und Bereitschaft dann in Lohn inkludiert. Blosses Warten wird dann nicht vergütet. Trotzdem eingeschränkt: nicht trinken, nicht allzuweit weg, Handy immer bereit, ... .

## § 9 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### I. Übersicht Arten Beendigung



### II. Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses

- Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses durch Zeitablauf (OR 334 I):
    - genauer Fristablauf Parteien bekannt: z.B. fixes Enddatum, exakte Vertragsdauer  
*oft der Fall in der Praxis – oft in Monaten gerechnet, selten in Jahren. Beide Seiten wissen genau, wie lange Frist ist und wann sie endet. Es reicht schon, dass man sich grds. über die Befristung einigt, aber genauer ZP ist abhängig von zukünftigen Ereignis. BSP: Arbeit beendet, wenn Dachdeckerarbeiten auf diesem Dach fertig sind. -> voraussehbar od. BSP: IT-Techniker für Migration aller CS-Technik zur UBS -> wir rechnen damit bis zum Ablauf des nächsten Jahres -> völlig Okeii*
    - genauer Fristablauf noch unbekannt, aber ungefähr voraussehbar + objektiv bestimmbar + nicht von einer Partei alleine abhängig  
*NICHT: befristet für den Bau der 2. Gotthardröhre od. dem Bau des Berliner Flughafens es braucht eine grobe Voraussehbarkeit zum Schutz des AN. Es soll auch nicht von einer Partei alleine abhängig sein zum Schutz des AN.*
    - sachliche + zeitliche Kündigungsschutzbestimmungen gelten nicht!  
*Missbräuchlichkeit & Sperrfristen gelten nicht! Frist auf 6 Mt., dann ist das Praktikum vorbei, dann war dies ja von vorneherein so vereinbart. Kein Lohnfortzahlung auch wenn man krank wäre, deshalb hat es einen Reiz für AG.*
  - Ordentliche Kündigung während Probezeit, nur wenn eine solche vereinbart ist = h.L. (umstritten: andernfalls gilt OR 335b I analog = 1. Monat Probezeit -> Mindermeinung)  
*wenn nichts vereinbart -> keine Probezeit (h.L.)*
  - Ordentliche Kündigung nach zehnjähriger Vertragsdauer (OR 334 III) mit Frist 6 M.  
*ZGB 27 -> übermässige Bindung; man kann sich nicht für mehr als 10 Jahre binden*
  - Ausserordentliche Kündigung, Aufhebungsvertrag, Tod AN oder AG (= diese Gründe machen keine Unterscheidung in befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis)  
*dies ist genau gleich möglich, deshalb deutlich mehr fristlose die strittig sind als bei unbefristeten in Praxis.*
- Kündigung kann auch möglich sein gem. vertraglichen Abmachungen**  
**BSP: Kündigung AN mit Frist von 3 Mt.; Kündigung AG nur bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten**  
**Verweis auf OR: sachliche & zeitliche Kündigungsschutzbestimmungen dann auch aber wenn nicht super klar geregelt, dann immer schwierig und auslegungsspielraum**

### III. Beendigung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses

#### 1. Ordentliche Kündigung

##### a) Allg.

- **Grundsatz:** beide Vertragsparteien haben das Recht, das unbefristete Arbeitsverhältnis aus beliebigen Gründen aufzulösen (OR 335 I) = Kündigungsfreiheit in der Schweiz (wirtschaftstreibend)
- **Einseitige, bedingungsfeindliche, empfangsbedürftige Willenserklärung**, die das Arbeitsverhältnis ex nunc aufhebt (= rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht)  
*bei der ordentlichen Kündigung gibt es keine Pflicht, den AN vorgängig anzuhören/ich das rechtl. Gehör zu gewähren. Dies ist nur der Fall im öff. Personalrecht.*
- Die Kündigungserklärung muss **klar und unmissverständlich** abgefasst sein  
*es dürfen keine vernünftigen Zweifel vorliegen, dass man gekündigt ist. Im hitzigen Wortgefecht: «du musst morgen gar nicht mehr kommen»; am nächsten Tag nicht hier & Chef erwartet ihn, weil er es gar nicht so gemeint hat.*
- **Gestaltungsrecht = bedingungsfeindlich** → zulässig sind Potestativbedingungen, deren Eintritt nur vom Willen des Erklärungsgegners abhängen (z.B. Änderungskündigung)  
*NICHT: du bist gekündigt sofern wir nicht so viel Gewinn machen - Aber schon: Änderungskündigung -> spreche Kündigung aus, ausser andere Vertragspartei einverstanden mit Vertragsänderung -> künde, wenn keine Lohnerhöhung od. Kündigung, sofern nicht in 44h/W einwillige...*
- **ordentliche Kündigung** = unter Beachtung der gesetzlichen + vertraglichen Schranken:
  - zeitliche Schranken: Sperrfristen, Kündigungsfristen und Kündigungstermine
  - sachliche Schranken: Rechtswidrigkeit der Kündigung aus gewissen Gründen
- **Änderungskündigung:** eine Art Erpressung -> ja, aber sonst würde es administrativ umgangen. Dann würde einfach gekündigt werden und direkt einen neuen Vertrag/neue Offerte vorgelegt

##### b) Form

- Die Kündigung bedarf keiner besonderen Form und kann somit auch mündlich erfolgen. → wurde jedoch Schriftlichkeit vorbehalten, ist darin ein Gültigkeitserfordernis zu sehen
  - *Ab gewisser Lohnstufe/Kaderstufe/gew. Branchen (akademisch) ist es sehr unüblich ohne schriftlichen Arbeitsvertrag einzustellen; oft wird dann gesagt, Kündigung/Abänderung braucht wieder Schriftenerfordernis (Beweissicherungsklausel)*
  - *Mdl. Kündigung: braucht Zeuge -> Bestätigung im Streitfall – ja, an diesem Tag zu diesem Zeitpunkt wurde Kündigung ausgesprochen*
- Die Kündigung unterliegt dem Zugangsprinzip und somit der Voraussetzung der Möglichkeit der Kenntnisnahme  
*wenn E-Mail im Posteingang vorhanden, dann zugestellt (Entscheide gew. Kt. Entscheide); dies ist nur beweisbar, wenn auf Firmenmail geschickt und dieses privat abrufbar ist. Sonst kann man bei privater Mail immer sagen, das habe ich nicht gekriegt. Aus AG-Sicht mündlich künden und dann schriftlich bestätigen & per Post nachschicken.*
- Bei schriftlichen Kündigungen bedeutet Möglichkeit der Kenntnisnahme das Erlangen der tatsächlichen Verfügungsgewalt (nicht massgebend Datum des Poststempels)
- Die Kündigungsfrist beginnt am Tag nach erfolgtem Zugang zu laufen  
*A- und B-Post: wenn andere Person beweist, man hat dies nie bekommen, dann Problem. Deshalb üblich A-Post+ oder eingeschrieben.*
- Wenn nicht erreichbar, nimmts Pöstler wieder mit beim Einschreiben, spätere Startfrist.
- Kündigung mittels eingeschriebenen Briefs = wenn der Brief auf dem Postamt zur Abholung bereitliegt und die Abholung zumutbar ist → i.d.R. am nächsten Tag  
*Kündigung kann nicht zurückgenommen werden, neues AV einigen, dass nahtlos weiterläuft. Praxis sagt dann, Person wird so behandelt, als ob sie dauerhaft angestellt gewesen wäre, bspw. für alles, was man die Dauer bei der Firma braucht (Dienstjahre). CSler wurde gekündigt, UBS merkte, das sie ihn trotzdem brauchten*
- Die Kündigung wird mit Zugang unwiderruflich = eine wirksam gewordene Kündigung kann nur mit Einverständnis Gegenpartei zurückgenommen werden (neue Offerte EAV)  
*Potestativkündigung: man überschätzt eigene Position/Lohnforderungsposition. AG sagt, ja guet, dann gehen sie halt. dann sag ich, dann bleib ich halt. Nein, nur wenn mit AG auf neues Arbeitsverhältnis geeignet.*

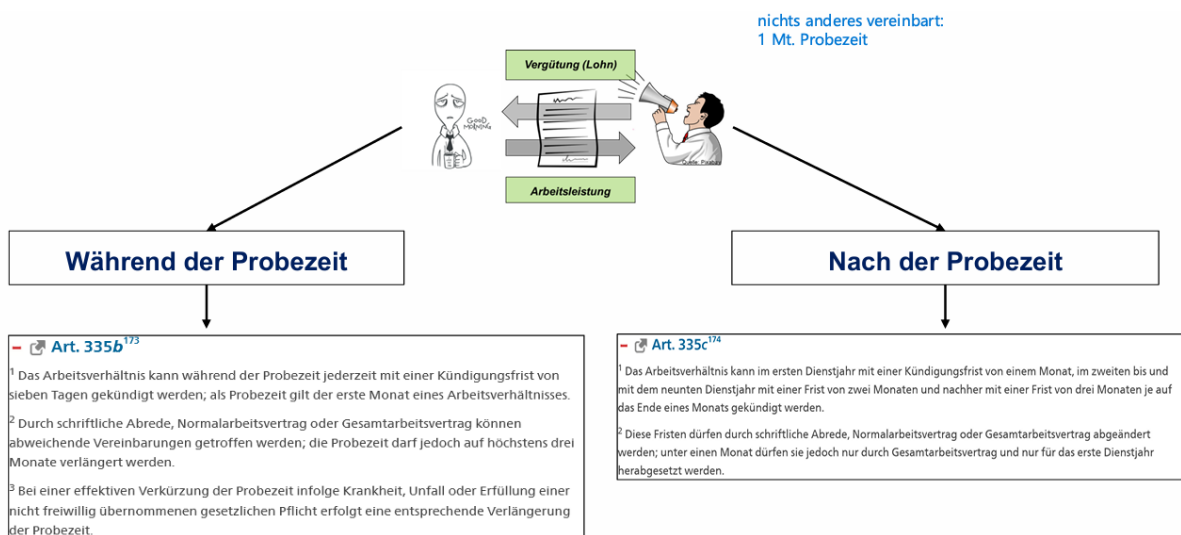
## c) Inhalt

- Die Angabe des Kündigungsgrundes ist für die Wirksamkeit der Kündigung nicht erforderlich (BGE 121 III 60). *Der AN hat meistens gute Gründe wie bspw. die berufliche Weiterentwicklung. Der AG soll es reinschreiben, dass AN mögliche Missbräuchlichkeit erkennen könnte. Aber man braucht schon dummen AG, dass sie das reinschreiben, aber das gibt's halt. AG sollten eher nicht Begründung verweigern, eher noch Leerformeln.*
- Der Kündigende muss die Kündigung jedoch auf Verlangen der anderen Partei schriftlich begründen (Art. 335 Abs. 2 OR) = Begründungspflicht
- Die Begründungspflicht besteht paritätisch und dient als Ausfluss der Treue- oder Fürsorgepflicht der Überprüfung, ob die Kündigung missbräuchlich sein könnte
- Begründung kann auch für die ALV wichtig sein (Schuldhaftigkeit = Einstelltag?) *wenn Fürsorgepflichtverletzung ->> weniger Taggelder am Anfang*
- Verletzung der Begründungspflicht = Ordnungsvorschrift → kann eingeklagt werden
- Aber: keine gesetzliche Vermutung der Missbräuchlichkeit bei fehlender, unwahrer oder unvollständiger Begründung → Berücksichtigung bei Beweiswürdigung aber möglich *Missbräuchlichkeit muss vom AN aktiv bewiesen werden*
- Aber: Leerformeln in der Praxis = «wegen zerstörten Vertrauensverhältnisses»
- Bei Verteilung der Parteikosten kann es berücksichtigt werden. Wenn nichts begründet und erst vor Gericht Grund gesagt, dann kanns den AG treffen.

## 2. Kündigungsfristen

### a) Allg.

- **ordentliche Kündigung** = unter Beachtung der gesetzlichen + vertraglichen Schranken:
  - zeitliche Schranken: Sperrfristen, Kündigungsfristen und Kündigungstermine (=Stichtag) *Standardlösung im Gesetz sieht nicht vor, dass Kündigungsfrist und Kündigungstermin zusammenfallen. In Praxis bei 2 Mt. nicht selten mehr als 2 Mt., weil nach 2 Mt. muss man noch warten bis ans Ende des Monats. Also 2 Begriffe strikt auseinander halten.*
  - sachliche Schranken: Rechtswidrigkeit der Kündigung aus gewissen Gründen
- **Begriffsdefinitionen:**
  - Kündigungsfrist: Zeitraum, der mindestens zwischen Zugang der Kündigung (1) und Beendigung des Arbeitsverhältnisses (2) liegen muss. Bezweckt, dem AN Zeit für die Suche einer neuen Arbeitsstelle einzuräumen und dem AG die Suche nach einem neuen AN und/oder die Umorganisation des Betriebes vorzunehmen.
  - Kündigungstermin: Zeitpunkt = per wann Beendigung des Arbeitsverhältnisses zulässig ist



## b) Während Probezeit

- Beginn mit effektivem Stellenantritt und nicht mit dem vertraglichen Beginn des AV
- Vermutung (unbefristetes AV): 1. Monat = Probezeit, sofern nichts anderes vereinbart
- EAV/GAV: Probezeit verkürzen (bis auf 0 Tage) oder bis auf max. 3 Monate verlängern
- Die Probezeit verlängert sich entsprechend der ausgefallenen Zeit bei Krankheit, Unfall oder nicht freiwillig übernommenen Gesetzespflichten (z.B. Militärdienst) = Abs. 3
- Gesetzliche Kündigungsfrist während der Probezeit = sieben Kalendertage  
*er kann Frist auf 0 Tage kürzen, dies muss schriftlich erfolgen. dann kann er theoretisch jeden Tag mündlich künden. In Praxis: noch nie 0 Tage gesehen, aber wird in Praxis meist auf 3 Tage max. gekürzt. aber für beide Seiten, auch AN kann sagen und tschüss*
- EAV,NAV oder GAV verkürzt, wegbedungen oder nach Arbeitstagen bemessen werden
- Einen Kündigungstermin sieht das Gesetz nicht vor = AV endet unmittelbar am letzten Tag der Kündigungsfrist (kein Abwarten des Monatsendes)
- Bei Wegbedingung Kündigungsfrist = Beendigung AV am Tag der Kündigung!
- Während der Probezeit gelten die zeitlichen Kündigungsbeschränkungen (OR 336c) nicht = Kündigung z.B. auch bei Krankheit/Unfall zulässig (keine Sperrwirkung). *Das ist auch die Idee dahinter, geht darum AG zu schützen vor blendern.*
- Sachlicher Kündigungsschutz (Art. 336 OR) gilt aber auch während Probezeit.  
*Persönlichkeitsverletzende Kündigung ist auch dann missbräuchlich; aber Gerichte bei Annahme von Missbräuchlichkeit zurückhaltend...*
- Kündigung vor Stellenantritt = es gilt die vereinbarte oder gesetzliche Kündigungsfrist gemäss Probezeit → umstr. ab wann (rechtlicher Stellenantritt oder Zugang Kündigung)  
*vom ZP der Kündigung anrechnen; wenn 1 Tag vor Stellenantritt noch 6 Tage Lohn; wenn wir aber jetzt vereinbaren, in einem Jahr wechseln...; 01.01.2028 kommst du wieder -> Kündigung kommt 06.2027 -> nützt einem 7 Tage Kündigungsfrist auch nichts.*

## c) Nach Probezeit

<b>1. Dienstjahr:</b>	1 Monat Kündigungsfrist auf Ende eines Monats
<b>2.–9. Dienstjahr:</b>	2 Monate Kündigungsfrist auf Ende eines Monats
<b>ab 10. Dienstjahr:</b>	3 Monate Kündigungsfrist auf Ende eines Monats

- Die Dauer des AV = tatsächlich ununterbrochenen Vertragsbindung
- Massgebend ist das Dienstjahr, in welchem die Kündigung mitgeteilt worden ist  
*nicht bis zu welchem Dienstjahr die Kündigungsfrist läuft*
- Die Kündigungsfrist beginnt am Tag nach dem Zugang der Kündigung beim Empfänger und der Kenntnisnahme und endet immer um 24 Uhr des letzten Tages des Monats
  - *Frist beginnt am Folgetag zu laufen, nachdem man Kenntnis hat; es spielt keine Rolle, was es für ein Tag ist. Samstag Kündigung ausgesprochen, dann beginnt Frist schon am Sonntag zu laufen, ausser man hätte Werkzeuge vereinbart.*
  - *Abschicken der Kündigung am 31. -> am 31. Zugewungen -> Frist startet am 1 zu laufen*
  - *Wie ist es, wenn frist am 31. Zu laufen beginnt und Folgemonat hat nur 30 Tage?*
- *Aufpassen mit den Wechseln! Die Jahreswechsel sind nicht gleich wie bei Sperrfristen. AV endet nachher auf Ende des Monats gem. Gesetz auch wenn die Frist schon abgelaufen ist.*

## d) Abänderung

- Kündigungsfristen dürfen durch schriftliche EAV, NAV oder GAV abgeändert werden
- Kündigungsfristen von weniger als einem Monat können nur für das 1. Dienstjahr und nur durch GAV vereinbart werden (OR 335c II) → dann aber auch 0 Tage möglich
- Grundsatz der Kündigungsparität = gleiche Kündigungsfristen AN und AG (OR 335a I) → wird die Kündigungsparität verletzt = für beide Parteien die längere Frist (OR 335a II)
- Umstritten: Regelungen des Kündigungstermins mit oder ohne Formerfordernis?
- Wird die Kündigung ohne Angabe von Kündigungsfrist und -termin ausgesprochen, gilt sie als Kündigung auf den nächsten zulässigen Termin (gemäss Vertrag oder Gesetz)
- Kündigungen unter Angabe eines gesetz- oder vertragswidrigen Kündigungstermins sind als Kündigungen zum nächstzulässigen Termin zu behandeln = Konversion → Ausnahme: expliziter übereinstimmender Wille (z.B. Aufhebungsvertrag)

- VL-Anmerkungen zu dieser Folie:
  - können im Sommer vereinbaren, dass Arbeitsverhältnis auf Ende Jahr beendet werden soll. Kündigung unwiderruflich ausgesprochen, aber Kündigungsfrist beginnt erst Anfang November zu laufen.
  - gibt nur eine Form von nichtigen Kündigungen -> Sperrfristen; letzter Bulletpoint Kündigung gilt, wird einfach umgedeutet auf den nächstmöglichen Termin, ausser Parteien einigen sich via Aufhebungsvertrag
  - Man kann auch den Kündigungstermin ändern. Das Frist nicht bis Ende Monat verlängert wird. BSP: Kündigung geht am 14.1. zu (2Mt.) - beginnt ab 15.1. Dann am 15.3. beendet - aus AN-Sicht ziemlich ass, findet für halben Monat sicher nichts & sieht komisch aus in Arbeitszeugnis. Aus AG-Sicht kommt es vor. Gibt immer mehr solche Arbeitsverträge. werden noch sehen warum.

### 3. Sperrfristen

#### a) Abgrenzungen

als AN darf man künden, wenn man krank ist; verzichtet dann auf Sperrfristenschutz  
 unglaublich gefährlich, dass AG nicht künden darf einseitig  
 wurde auch schon Druck ausgeübt von AG - "du kommst ja warsch. nicht mehr, ist auch kein Problem für mich, aber solltest du dann nicht krank sein, wäre dir schon gedient, du hättest ein gutes Arbeitszeugnis. Jetzt könnten wir auch noch vermerken, dass du gar nicht krank w

- «Nach der Probezeit [...]» = vertragliche / gesetzliche Probezeit muss abgelaufen sein
- Ende der Kündigungsfrist (der Probezeit) erst nach der Probezeit = keine Sperrfrist !

- Art. 336c<sup>192</sup>  
<sup>1</sup> Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen:  
 a.<sup>193</sup> während die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet, sowie, sofern die Dienstleistung mehr als elf<sup>194</sup> Tage dauert, während vier Wochen vorher und nachher;

- «darf der Arbeitgeber [...]» = grs. nur ordentliche Kündigung durch AG ist unzulässig
  - Ausserordentliche (fristlose) Kündigung ist (wenn wichtiger Grund gegeben) zulässig
  - Anfechtung wegen Willensmangel (OR 320 III) zulässig
- Kündigung durch AN / auch unzulässig, sofern sie ihm durch AG «aufgezwungen» wird
- Aufhebungsvertrag unzulässig, sofern auf Druck des AG abgeschlossen / Umgehung

Gerichte prüfen stark, ob in diesem Aufhebungsvertrag AG Lohn gespart hat & AN äquivalente Gegenleistung gekriegt hat (Abfindung, sonst. Auszahlung)

## b) Krankheit/Unfall

UNIVERSITÄT  
LUZERN

Militär: wenn mehr als 11 Tage Dienst leisten vor oder nach dem WK geschützt. Abs. 1 lit. b: aufgrund von unverschuldeter Krankheit/Unfall wohl am relevantesten, weil relativ lange Sperrfristen. Umstritten, ob arbeitsplatzbezogene AUF Sperrfrist auch auslöst. Aufgrund von Mobbing bspw. AUF. Wenn man es rechtlich genau anschaut, ist nur diese Stelle nicht zumutbar, jede andere Stelle in anderem Team könnte man sofort arbeiten. AUF bezieht sich nur auf konkreten Arbeitsplatz. Gewichtige Lehrmeinung: wenn er jede andere Stelle annehmen kann, kann man ihn kündigen, er sucht sich neue Stelle und alles ist gut. Arbeitsgerichte in DE-CH tendieren in diese Richtung. Problem in der Praxis im Beweisrecht. Aus Arztzeugnis geht nur hervor ob Krankheit/Unfall. Arbeitsplatzbezogenheit muss AG beweisen, sehr mühsam, mit vertrauensärztlicher Untersuchung.

ergänze Notizen Luca

- Ausnahme bei «unbedeutenden» Krankheiten (**umstr.** bei arbeitsplatzbezogener AUF) wird häufig vorgebracht von AG und zwar einfach mal als Behauptung

b. während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen;

1. Dienstjahr: 30 Tage  
2.–5. Dienstjahr: 90 Tage  
ab 6. Dienstjahr: 180 Tage

vom 5. ins 6. Dienstjahr Verhinderung -> dann 180. Tage; Sperrfrist fängt auch nicht neu an zu laufen; ab 01.12. (5 DJ), dann 90 Tage, aber wenn ins neue DJ, dann beginnt Frist nicht neu, insgesamt 180 Tage ab 01.12.

- Dauert die Arbeitsverhinderung über eine Dienstaltersgrenze hinweg, wird auf das Ende der Verhinderung abgestellt und es gilt die längere Sperrfrist (BGE 133 III 517)
- Jeder neue Grund für eine Arbeitsverhinderung (gleichartig oder verschiedenartig) löst eine **eigenständige Sperrfrist** aus, selbst wenn dies in eine bestehende Sperrfrist fällt Long Covid -> 180. Tage nicht kündbar & dann am 170. Tag fällt er die Treppe runter, dann für den Unfall wieder 180 Tage
- Krankheiten oder Unfälle sind neu, wenn sie zu früheren Krankheiten oder Unfällen in keinem Zusammenhang stehen (Rückfall löst keine neue Sperrfrist aus) aber Resttage kann man brauchen

180 Sperrfristentage kriegt man nur, wenn man so lange krank ist. Dies ist einfach die Maximalfrist, wenn nach 14 Tag nicht mehr krank, dann wieder das ist anders beim Militär, da ist man auch 4 Wochen danach noch geschützt, auch wenn man wieder arbeitet man kann einzelarbeitsvertraglich auf die Kalenderjahre als DJ abstellen; Vorteil AN, weil früher im 2. DJ

## c) Rechtsfolge Nichtigkeit

entscheidender ZP: Sekretärin sagt, Chef will kündigen, auf Absatz kehren und psychologisch Krankschreiben lassen, Chef ruft an und sagt wir kündigen, leider bin ich seit 9 Krank geschrieben -> nichtig

gehe rein ins Gespräch, Kündigung, nimmt mich mit & gehe mich krankschreiben lassen -> nicht nichtig, einfach Sperrfristen trotz Arztzeugnis und Kündigung am gleichen Tag

<sup>2</sup> Die Kündigung, die während einer der in Absatz 1 festgesetzten Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt.

- Eine Kündigung während der Sperrfristen ist **nichtig** = nichtexistent = AV besteht weiter
- Entscheidend ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim AN
- Eine **Umdeutung** der nichtigen Kündigung in eine Kündigung zum nächsten zulässigen Termin würde dem Sinn der Sperrfrist zuwiderlaufen und erfolgt daher **nicht** !
- Es ist somit eine neue Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist erforderlich  
→ erneute Beachtung der vertraglichen/gesetzlichen Kündigungsfristen  
dann erst am nächsten Tag; am letzten Tag der Sperrfrist -> genauso nichtig
- Grund nach Ablauf der Sperrfrist noch nicht weggefallen = keine Missbräuchlichkeit

#### d) Rechtsfolge Unterbruch

erst danach Sperrfristengrund eingetreten: 15. November Kündigung ausgesprochen, also Ende Februar AV beendet. Zw. Weihnachten & Neujahr Beibruch. Kündigung wird nicht nachträglich nichtig. Laufende Kündigungsfrist wird während Sperrfrist unterbrochen. Max. Unterbrochen um die Dauer der Sperrfrist. Sobald Sperrfristengrund wegfällt, dann läuft Frist weiter. Dann auf den nächsten Endtermin.

<sup>2</sup> Die Kündigung, die während einer der in Absatz 1 festgesetzten Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt.

<sup>3</sup> Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin.

- Kündigung vor Eintritt der Sperrfrist = Kündigung bleibt **wirksam!**
- Die laufende Kündigungsfrist wird während der Sperrfrist unterbrochen und läuft nach Ablauf der Sperrfrist weiter (OR 336c II) = die noch nicht abgelaufenen Tage der Kündigungsfrist sind somit an die Sperrfrist anzuhängen (BGE 121 III 107)
- Am Ende der Kündigungsfrist erfolgt eine Verlängerung auf den **nächsten Endtermin**
- Während dieser gesetzlichen **Verlängerungsphase** eintretende Verhinderungen bewirken jedoch keine Verlängerung der Sperrfrist mehr (BGE 134 III 354)!

#### e) Rückwärtsberechnungsmethode

- Ob ein Verhinderungsgrund während der laufenden Kündigungsfrist eingetreten ist, beurteilt sich nach der sog. **Rückwärtsberechnungsmethode**
- Die Kündigungsfrist (**für die Berechnung** von OR 336c II, III) beginnt nicht mit dem Zugang der Kündigung zu laufen, wenn sie über die Kündigungsfrist hinaus ausgesprochen wird, stattdessen wird sie vom Kündigungstermin aus rückwärts gezählt.

#### Beispiel «Rückwärtsberechnungsmethode»:

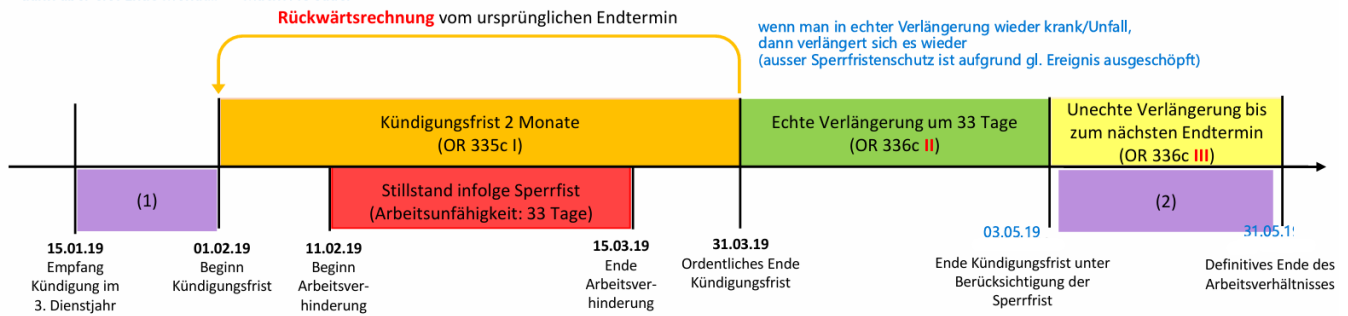
Kündigungsfrist von 3 Monaten; Kündigung ausgesprochen am 15.02.2022 auf den 31.8.2022 (Kündigungstermin).

Schutz wird Nahe am Beendigungs-ZP gebraucht  
Nur für die Frage der Verlängerung der Kündigungsfrist für das Eintreten eines Sperrfristenstatestand nach dem Kündigungszugang rechnet man die Kündigungsfrist vom Beendigungsgrund an zurück. Nur in diesem Fall!

#### Lösung:

Die Kündigungsfrist beginnt erst am 01.06.2022 zu laufen. Nur eine zwischen dem 01.06. und dem 31.08. auftretende Sperrfrist führt zu einer Verlängerung der Kündigungsfrist.

17.01. Krankschreiben -> egal, passiert nicht  
wenn am 17.03. -> einen Sperrfristentag -> Kündigungsfrist verlängert sich um einen Tag -> am 1. April um einen Tag verlängert -> AV beendet am 01.04. Abends 00.00  
dann aber erst Ende Monat... -> Macht AG sauer



- (1) Fällt ein sperrfristenrelevanter Tatbestand (OR 336c I) in diesen Zeitraum, führt dies **nicht zu einer Verlängerung** der Kündigungsfrist, weil die Kündigungsfrist dadurch (noch) nicht berührt ist (i.e. beginnt die Kündigungsfrist aufgrund der Rückwärtsrechnung erst am 01.02.2019).
- (2) Fällt ein sperrfristenrelevanter Tatbestand (OR 336c I) in diesen Zeitraum, führt dies **nicht zu einer Verlängerung** der Kündigungsfrist, selbst wenn es sich um eine komplette neue Ursache handelt. Die unechte Verlängerung hat einzig zum Zweck, die ursprünglich gelebten Anstellungsmodalitäten (Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf einen **bestimmten Endtermin**, wie das Ende eines Monats) im Falle einer Verlängerung aufgrund einer Sperrfrist beizubehalten. Die Kündigungsfrist (i.e. zwei Monate) ist während der **unechten** Verlängerung nicht mehr von der Sperrfrist berührt, d.h. der AN hat effektiv zwei ganze Monate ohne Arbeitsverhinderung Kündigungsfrist erhalten.

- ...
- ...

#### f) Lohnzahlungspflicht?

- Da der Arbeitsvertrag während der Sperrfrist weiterhin gilt, ist der AG zur Lohnzahlung im Rahmen von OR 324a verpflichtet
- Wichtig: (verlängerte) Kündigungsfristen und Lohnzahlungsfristen sind nicht aufeinander abgestimmt! → AV kann weiterbestehen, aber ohne Lohnzahlungspflicht
  - dann nützt dann auch eine Verlängerung nichts mit neuem Grund; weil bei Lohnfortzahlung werden versch. Gründe zusammengezählt; dann kriegt man kein Geld mehr
  - weil noch AV besteht, kann sich AN nicht bei RAV melden für Taggelder, auch wenn er keinen Lohn kriegt
- Der AN hat seinerseits nach Wegfall des Hinderungsgrundes zur Vermeidung einer Arbeitspflichtverletzung seine Dienste anzubieten (gilt grs. in Kündigungsfrist)
- Eine Pflicht des AG, den AN auf diese Pflicht hinzuweisen, wird verneint
- Umstr.: Anbieten der Arbeitsleistung für die Verlängerung des AV bei ursprünglich freigestellten AN?
- während der Kündigungsfrist gilt Arbeits- und Lohnzahlungspflicht wie normal 15.01.-10.02. & 15.03.-31.05. muss man arbeiten, wenn man Lohn will.
- Trick AG: Man kann den Endtermin im Arbeitsvertrag ändern. dann wäre nach echter Verlängerung fertig. Man kann dies aber nur machen, bei allen oder keinem.

#### 4. Missbräuchliche Kündigung

##### a) Ord. Kündigung: Sachliche Schranken – Abgrenzungen

- Neben der zeitlichen Kündigungsbeschränkung ist auch eine sachliche Schranke gemäss OR 336–336b zu beachten = Verbot rechtsmissbräuchlicher Kündigungen
  - sachlicher Kündigungsschutz setzt eine **ordentliche** Kündigung der Gegenpartei voraus:
    - ≠ fristlose Kündigung
    - ≠ Aufhebungsvertrag
    - ≠ Anfechtung wegen Willensmängel (Nichtigkeit)
- können nicht missbräuchlich sein
- Missbrauchsschutz setzt Kündigung der Gegenpartei voraus ≠ eigene Kündigung!

- Aufpassen: Missbräuchlichkeit nach der Probezeit ≠ während der Probezeit  
*deutlich freundlicher für die Partei die kündigt während der Probezeit, weil diese sei ja gerade dafür da, dass man sich kennenlernt. Verhalten ggü. Kameraden ist nicht hinnehmbar -> Gericht während Probe nicht missbräuchlich; nach 10 Jahren gleiche Begründung eher fraglich, eher missbräuchlich -> kann fast nicht sein, dass 10 Jahre i.O. und jetzt plötzlich nicht mehr...*
- wenn jemand Missbräuchlichkeit anruft -> in allermeisten Fällen AN. aber: Man bekommt den Job nicht zurück (privatrechtlich) - öff. Arbeitsrecht u.U. möglich; d.h. das einzige, was dem AG droht ist eine Entschädigungszahlung. In Praxis kommt also Missbräuchlichkeit sehr häufig, aber im Unterschied zum zeitl. Kündigungsschutz/Verlängerung K'Frist gehts "nur" um Geld.

#### b) Ord. Kündigung: Missbrauchstatbestände – lit. a

diskriminierend: Hautfarbe (schwierig zu beweisen) - eher bei Einstellungen od. wenn Chef wechselt höchstens, häufig -> Alterskündigungen -> hat der AG soziale Verpflichtung für ältere (wenn dann aus Fürsorgepflicht)? Obwohl eigentlich Kündigungsfreiheit. BGER hat eine Diskriminierungs-Rspr. fürs Alter, aber die ist nicht so streng wie alle denken. Grds. Kündigungsfreiheit. Beim Alter gibts je länger je mehr Entscheide, die Altersdiskriminierung bejahen. Wenn bejaht, muss Alter doppelt gegeben sein. Hohes Lebensalter (je näher an 60 oder eher über 60) -> 58 bei Juristen keine Chance, Bankwesen gehen viele früher. Und hohes Dienstalter! wenn erst vor 2 Jahre geholt, dann schreit kein hahn nach Altersdiskriminierung. Aber wenn schon 35 Jahre dort war. Kellner von BGE war 42 Jahre da und ist 64,25 - geht in 8 Mt. in Pension - hat eher Charakter, dem will man noch eins rein geben -> Missbräuchlichkeit.

### Ordentliche Kündigung: Missbrauchstatbestände – lit. a

Möglichkeiten: Mit AN Gespräch suchen, ihn irgendwie im Unternehmen zu halten - nicht zum gleichen Lohn & nicht in der gleichen Funktion. Wenn abgelehnt von AN od. Betrieb einfach nicht genügend gross ist -> dann auch keine Altersdiskriminierung. Gerichte schauen, wurde er angehört, wurde ein Platz zu finden versucht...

1 Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht:

- wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtigt wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb; Kündigung aufgrund Verhältnissen am Arbeitsplatz -> Praxis erstaunlich streng. Gerichte gemeinen Missbräuchlichkeit oft, wenn Kader und untergeordnete betroffen, wenn Geheimnisse in versch. Bereichen betroffen. Meist wichtig: Offenlegung!
- Kündigung wegen persönlicher Eigenschaften = sog. Diskriminierungskündigung  
aus diskriminierendem Grund od. in diskriminierender Absicht
- ACHTUNG: 2x Rechtfertigungsgründe möglich, wenn pers. Eigenschaft:**
  - in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht; oder
  - die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt v.a. Störer/ wenn Teil von Mobbingkultur: wenn selber der Mobber ist, dann kann man sich nicht darauf berufen, dass man zuerst mit ihnen Gespräche hätte führen sollen.
- i.d.R. keine Rechtfertigung bei Ethnie, Religion, sex. Ausrichtung, Alter oder Vorstrafen  
müssen ganz spezielle Konstellationen sein, dass man erste 3 RF kann.
- Zusammenhang mit Arbeitsverhältnis = **Bezug zur Arbeits- oder Treuepflicht AN**
- Störung des Betriebsklimas → Rechtfertigung bedingt vorgängige Massnahmen des AG

in der persönlichen Eigenschaft liegend wäre auch eine Krankheit. 46 -> Krebsdiagnose od. kommt nach Burnout zurück & ist immernoch psychisch angeschlagen. Gerichte sagen, wenn es Arbeitsleistung beeinträchtigt, ist es an sich keine missbräuchliche Kündigung. Kann aber in zeitlicher Hinsicht nichtig sein -> Sperrfristen. Im Grds. kein Missbrauchstatbestand, ausser dem AG kann nachgewiesen werden, dass Mitverantwortlich für Krankheit (bspw. Mobbing zugelassen, sexuell belästigt, ...), dann kann es sein, dass Missbräuchlichkeit eher bejaht wird.

#### c) Ord. Kündigung: Missbrauchstatbestände – lit. b

- Indirekte Drittwirkung von Grundrechten!
- z.B. politische Meinungsäusserung, Tragen eines Kopftuchs am Arbeitsplatz
- Wiederum: 2x Rechtfertigungsgründe möglich, wenn Ausübung der Rechte:
  - eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt; oder
  - die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt
- Vor allem umstritten bei Tendenzbetrieben  
*Pfarrer ist katholisch bei Anstellung. Nachher konvertiert er zum Islam & übt es sehr stark aus! Dann sicher diskutabel (bei privatrechtl. AV). Hauptanwendungsfall: Religion (&Politik).*
- Aufgepasst bei öffentlicher Kritik am AG (BV 16 II) vs. Treuepflicht des AN
  - *spannend Meinungsäusserungsfreiheit: Saftladen - Treuepflichtverletzung od. Entlassung, weil schon mehrfach. Im Kern hätte es was, Meinung äussern...*
  - *entscheidend v.a., wann sich geäussert. so lang objektiv und nicht primär gg. AG - gehts AG nichts an. Aber Öff. Kritik ist nicht geschützt, darf man aus Treuepflicht nicht.*
- Teilnahme an rechtmässigem Streik → Missbrauchstatbestand «eigener Art»
- *dort wo Religion Rolle spielt - häufig bei Schulen - Öff. Recht - da hat es eine andere Dimension, weil Schule verfassungsmässig zur Neutralität verpflichtet ist.*

#### d) Ord. Kündigung: Missbrauchstatbestände – lit. c

- z.B. um Anspruch zu vereiteln auf:
  - Gratifikation (typisch, da nicht pro rata geschuldet)  
*wenn solche Spielchen gespielt werden, laufen sie mit relativ viel Vorlaufzeit ab -> Beweis schwierig*
  - Dienstaltersgeschenk (z.B. nach 5, 10, 15, etc. Dienstjahren); *hier ist einfacher*
  - Abgangsentschädigung (z.B. nach 5, 10, 15, etc. Dienstjahren)
  - Pensionierungsleistungen (der Pensionskasse) zu vereiteln
- Vereitelung muss nicht der einzige Grund der Kündigung sein, aber der (zu vereitelnde Anspruch) muss unmittelbar bevorstehen. *Braucht eine gewisse Nähe zum vereitelten Anspruch...*
- Anspruch muss aus dem Arbeitsvertrag herrühren → umstr. bei Ansprüchen aus GAV

#### e) Ord. Kündigung: Missbrauchstatbestände – lit. d

- Kündigung nach Geltendmachung von Ansprüchen aus AV = sog. Rache Kündigung
- Auf die Begründetheit der Ansprüche kommt es nicht an = vermeintliche Ansprüche
- Anspruch = Rechtsposition (weit gefasst)
- Enorm reichhaltige Praxis, u.a.:
  - Lohnforderungen
  - Stundenerfassung durch AG
  - Freizeit / Ferien 8
  - Lage der Arbeitszeit / Weisungen zum Ort

*Ansprüche müssen nicht begründet bestehen; spielt keine Rolle, ob der Anspruch in Realität wirklich besteht. Man kann nicht argumentieren, die Überstunden bestanden gar nicht. Völlig absurd geltend gemachte Ansprüche -> da ist missbrauch nicht möglich, denn für AG ist es dort gar keine Gefahr. Ansonsten geht es darum, ist es theoretisch denkbar, wenn ja, dann sind sie geschützt.*

*darunter fällt: auch Versetzungen, kriegen ausserordentliche Freizeit nicht (Pflege von Angehörigen), bekommen Lohnerhöhungen nicht - Exempel statuiert an ihnen, der letzte der gefragt hat, ist hochkant rausgeflogen. AG scheinen hier empfindlich zu reagieren, wenn AN Dinge, die ihm zustehen, fordert.*

#### f) Ord. Kündigung: Missbrauchstatbestände – weitere

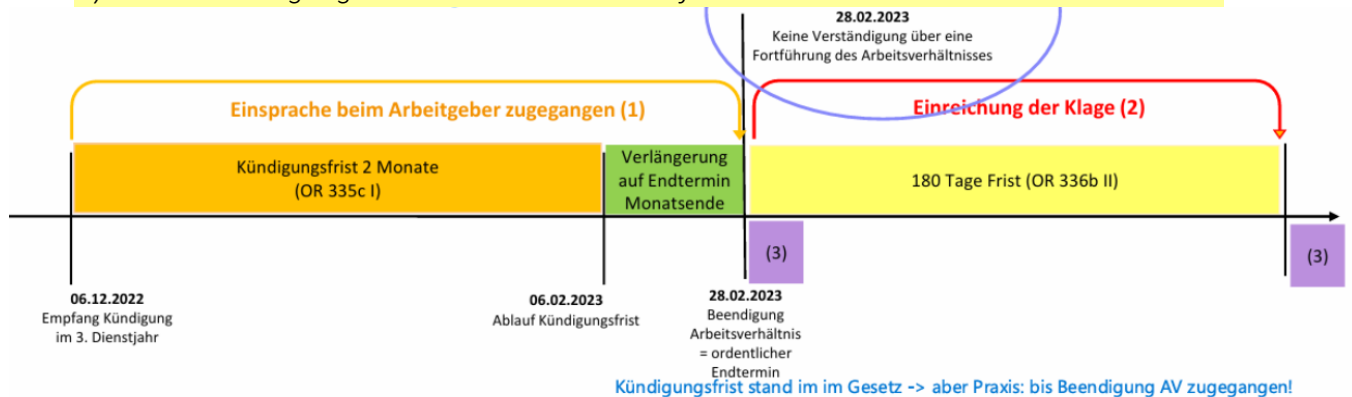
Weitere Arten von missbräuchlicher Kündigung kann das Gericht mit dem Verbot des Rechtsmissbrauchs (ZGB 2 II) begründen:

- Krasses Missverhältnis der Interessen: z.B. langjähriger Mitarbeiter kurz vor Pension  
gew. Gericht: Alterdiskriminierung od. eigenständige TB
- Ausnützung eines rechtswidrigen Verhaltens: z.B. Leistungseinbusse nach Mobbing
- «Exempelkündigungen» als Abschreckung wegen Abwicklungsproblemen bei anderen mit derselben Partei abgeschlossenen Verträgen (Darlehen, Miete etc.)
- Änderungskündigungen ohne sachlichen oder betrieblichen Grund, nur um Druck auf Vertragsänderung auszuüben (BGE 125 III 72 Erw. 2a)

#### g) Ord. Kündigung: Missbrauchstatbestände – Rechtsfolgen

- Die missbräuchliche Kündigung behält ihre Gültigkeit und löst das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist auf !
- Die gekündigte Partei hat aber Anspruch auf eine Entschädigung in der Höhe von maximal sechs Brutto-Monatslöhnen (OR 336a)
  - *Wenn er 15K Brutto im Monat hat, lohnt sich der Anwalt. Wenn es aber um 3.6K geht, ist der Anwalt ökonomisch nicht so sinnvoll.*
  - *Es kann ins Geld gehen und weh tun. Aber gibt gewisse die dies einfach in Kauf nehmen. Gerade bei Gratifikationskündigung kann sich wirtschaftlich auszahlen; ist halt nicht mehr da im Gratifikationszeitpunkt*
- Festsetzung der Höhe nach richterlichem Ermessen: schwere des Rechtsmissbrauchs, wirtschaftliche Lage der Partei, Dienstalter, allfälliges Mitverschulden des Gekündigten
- Sehr uneinheitliche Praxis der Arbeitsgerichte je nach Kanton...
- Entschädigung zusätzlich zum ordentlichen Lohn während der Kündigungsfrist
- Entschädigung hat keinen Lohncharakter (= keine Sozialversicherungsbeiträge)

## h) Ord. Kündigung: Missbräuchlichkeit – Verfahren



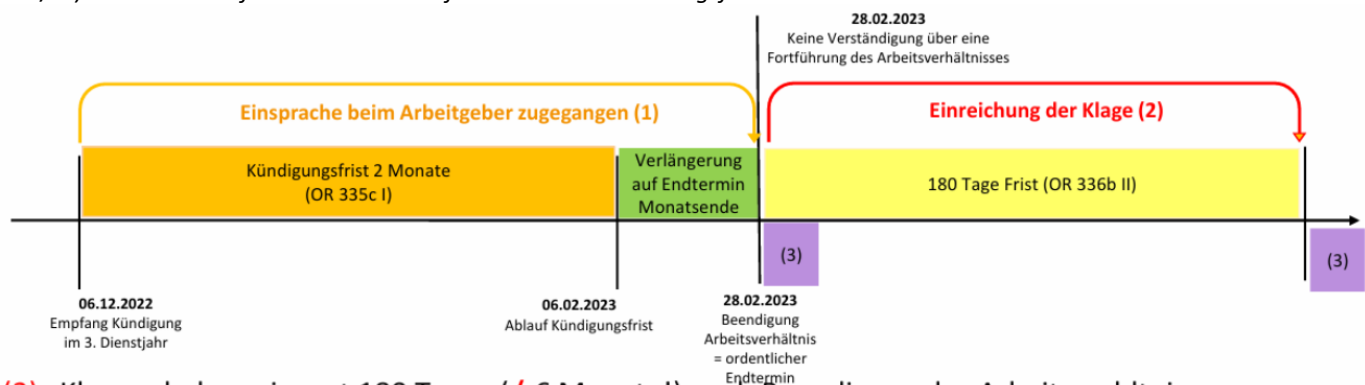
Kündigungsfrist stand im im Gesetz -> aber Praxis: bis Beendigung AV zugegangen!

(1) Die Einsprache (OR 336b I) muss schriftlich bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgen.

- Schriftlich  $\neq$  Schriftefordernis OR 13 (umstr.)  $\rightarrow$  Telefax, E-Mail, SMS ? SMS, W'app, Memos per W'app kritisch!
- Verlängerung der Einsprachefrist bei unterlassener Begründung nach OR 335 II (umstr.) weshalb? habe Anspruch auf Begründung, Begründung kommt lange nicht. in Praxis immer Einsprache erheben -> kostet ja nichts. Man sagt, ich bin nicht einverstanden, inhaltlich keine hohen Ansprüche (gehe davon aus, Missbräuchlichkeit).
- Begründungsbegehren allein ist noch nicht als Einsprache zu qualifizieren
- Fristwährend ist der **Zeitpunkt des Zugangs** der Einsprache beim Kündigenden
- Inhaltlich keine hohen Anforderungen = zum Ausdruck bringt, dass man nicht einverstanden ist!

AG muss zumindest versuchen mit AN zu sprechen, ob man AV fortführen kann

Oberärztin direkt Rechtschutzversicherung, der hat mir nur gekündigt, weil ich ihm gesagt habe, ich kann nicht mehr 70h arbeiten. Ich wurde schon 55h ordentlich eingetragen. Okay Einsprache wegen Racheekündigung. AG dann, ich nehme Kündigung zurück. Geht aber eigentlich nicht. Das ist dann Fortführung des AV nach Kündigungsfrist. Gerichte: Gekündigte AN-Person ist nicht verpflichtet dies anzunehmen, aber nach halbwegs gefestigter Praxis verlieren sie ihren Entschädigungsanspruch aufgrund der Missbräuchlichkeit. Das wird nicht akzeptiert, da wirft man ihnen Insich-Widersprüchliches Verhalten vor  $\rightarrow$  Verstoss gegen Treu & Glauben. Nicht annehmen muss man Veränderung von Bedingungen; auch schon kleine Veränderungen reichen. (45h  $\rightarrow$  50h/W). Ist ein relativ formalistisches Verfahren mit 2 Verwirkungsfristen.



(2) Klageanhebung innert 180 Tagen ( $\neq$  6 Monate!) nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

- 180 Tage Frist beginnt am Folge nach Beendigung AV
- Einreichung Schlichtungsgesuch genügt (ZPO 62) um die Frist zu wahren...
- **Leistungsklage:** Geltendmachung der Entschädigung, nicht Feststellung Missbräuchlichkeit man fordert der AG sei zu verpflichten gestützt auf OR 336 3 Mt.-Löhne Entschädigung aufgrund Missbräuchlicher Kündigung zu bezahlen

(3) Wir Einsprache oder Klage nicht fristgerecht erhoben  $\rightarrow$  **verwirkt** Anspruch auf Entschädigung

- Dann kann nur noch die Rechtswidrigkeit mit einer Feststellungsklage festgestellt werden. dann braucht man aber ein Feststellungsinteresse...

#### i) *Ord. Kündigung: Missbrauchstatbestände – Beweislast*

- Die Beweislast für die Missbräuchlichkeit der Kündigung trägt die gekündigte Partei = Nachweis eines missbräuchlichen Motivs, das für die Kündigung kausal war
- Die Missbräuchlichkeit wird aufgrund eines Erfahrungssatzes vermutet, wenn die Kündigungsgründe unglaubwürdig oder nachgeschoben sind
- Bei mehreren Kündigungsgründen: einige missbräuchlich und andere nicht = Gericht stützt seinen Entscheid über die Missbräuchlichkeit auf jenen Kündigungsgrund ab, der für die kündigende Partei wahrscheinlich der ausschlaggebende Grund war.  
*heute Überstunden geltend machen, morgen Kündigung -> einfacher  
schlaue AG: heute Überstunden geltend machen, Kündigung in 3 Mt. -> schwieriger zu beweisen*
- Bei mehreren Kündigungsgründen: AG trägt Beweislast, dass die Kündigung auch ausgesprochen worden wäre, wenn der missbräuchliche Grund nicht existiert hätte.
- *grosse Rechtsunsicherheit lädt grds. für einen Vergleich ein*
- *Gericht muss beurteilen, was erscheint ihm wahrscheinlicher. Ist die Grundangabe des AG als Schutzbehauptung zu verstehen vom Gericht, dann wird gesagt, Beweiserbringung als erfüllt zu verhalten. Wenn AG von Anwalt vertreten, dann wird er schon gute Gründe bringen. AG wird oft sagen, Leistungen waren nicht ausreichend.*

### 5. Ausserordentliche Kündigung

#### a) *Ausserord. Kündigung: Gesetzliche Grundlage [OR 337]*

- Jedes Arbeitsverhältnis (befristet oder unbefristet) kann fristlos durch ausserordentliche Kündigung aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund i.S.v OR 337 vorliegt
- Keine gesetzlichen noch vertraglichen Kündigungsfristen oder Kündigungstermine
- Sperrfristen sind für die ausserordentliche Kündigung unbeachtlich
- Die ausserordentliche Kündigung steht sowohl dem AN als auch dem AG zu
- *AV ist an dem Tag, was zugegangen ist, fertig! Jegliche Sperrfristen können so umgangen werden.*
- Voraussetzung der ausserordentlichen Kündigung ist ein wichtiger Grund OR 337 OR = Fortsetzung des AV bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist, weil das Vertrauensverhältnis zerstört ist (OR 337 II)  
*dies ist wirklich eine hohe Hürde!*
- Beispiele gestörter Vertrauensverhältnisse:
  - Schwere Vertragsverletzungen, insbes. beharrliche Arbeitsverweigerung  
*beharrliche Weisungsverweigerung*
  - Schwere oder wiederholte Straftaten zum Nachteil des AG oder von Kunden  
*Übelste Beschimpfung des Chefs; kann man nicht auf Abmahnung zuerst hoffen...*
  - Annahme von Schmiergeldern
  - Nichtgewähren des Lohnes trotz Mahnung
  - Aufforderung des AG zu einer strafbaren Handlung
  - Grobe Sorgfaltspflichtverletzungen i.S. der Missachtung von Sicherheitsvorschriften
  - Verletzung der Geheimhaltungspflichten
- bei vielen dieser Gründe erst im Wiederholungsfall, als genügend erachtet werden für fristlose Kündigung. steter Tropfen höhlt den Stein; bei Abmahnungen häufig schriftlich festgehalten. Mit Abmahnung fristlose Kündigung angedroht. Wiederholungsfall zeigt an, dass bei AN Lernfähigkeit fehlt.

#### b) *Ausserord. Kündigung: Ungerechtfertigte Kündigung [OR 337c]*

- fristlose Kündigung = ungerechtfertigt, wenn kein «wichtiger Grund» vorliegt
- Das AV wird auch bei einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung sofort aufgelöst
- Die ungerechtfertigt ausserordentlich gekündigte Partei hat jedoch Anspruch auf:
  - Schadenersatz: Ersatz des durch die ungerechtfertigte Entlassung verursachten Vermögensschadens (Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist inkl. Nebenleistungen wie Trinkgelder, Zulagen, Gratifikationen usw.)
  - Entschädigung: wie bei der missbräuchlichen Kündigung, max. 6 Monatslöhne

# § 10 Verfahren & Rechtspflege

## I. Arbeitsrechtliche Streitigkeit

### 1. Örtliche Zuständigkeit

#### Art. 34 Arbeitsrecht

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

<sup>2</sup> Für Klagen einer stellensuchenden Person sowie einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers, die sich auf das Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989<sup>20</sup> stützen, ist zusätzlich das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung der vermittelnden oder verleihenden Person, mit welcher der Vertrag abgeschlossen wurde, zuständig.

#### Art. 35 Verzicht auf die gesetzlichen Gerichtsstände

<sup>1</sup> Auf die Gerichtsstände nach den Artikeln 32–34 können nicht zum Voraus oder durch Einlassung verzichtet werden:

- a. die Konsumentin oder der Konsument;
- b. die Partei, die Wohn- oder Geschäftsräume gemietet oder gepachtet hat;
- c. bei landwirtschaftlichen Pachtverhältnissen: die pachtende Partei;
- d. die stellensuchende oder arbeitnehmende Partei.

<sup>2</sup> Vorbehalten bleibt der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Entstehung der Streitigkeit.

- Gerichtsstände sind teilzwingend = Arbeitnehmer kann im Voraus nicht verzichten!
- Arbeitsrechtliche Klagen = sämtliche Ansprüche, auf welche die Regeln für Arbeitsverträge anwendbar sind = weites Begriffsverständnis, z.B. auch:
  - Klagen aus einem nachgelagerten Konkurrenzverbot
  - Culpa in contrahendo (Bewerbungsverfahren)
  - Persönlichkeitsverletzungen im Zusammenhang mit dem AV
- Nicht aber: Aufträge, Werkverträge, öffentlich-rechtliche Anstellungen
- Nicht aber: Rechtsstreitigkeiten zwischen versch. AN

#### Art. 34 Arbeitsrecht

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

<sup>2</sup> Für Klagen einer stellensuchenden Person sowie einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers, die sich auf das Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989<sup>20</sup> stützen, ist zusätzlich das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung der vermittelnden oder verleihenden Person, mit welcher der Vertrag abgeschlossen wurde, zuständig.

#### Art. 35 Verzicht auf die gesetzlichen Gerichtsstände

<sup>1</sup> Auf die Gerichtsstände nach den Artikeln 32–34 können nicht zum Voraus oder durch Einlassung verzichtet werden:

- a. die Konsumentin oder der Konsument;
- b. die Partei, die Wohn- oder Geschäftsräume gemietet oder gepachtet hat;
- c. bei landwirtschaftlichen Pachtverhältnissen: die pachtende Partei;
- d. die stellensuchende oder arbeitnehmende Partei.

<sup>2</sup> Vorbehalten bleibt der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Entstehung der Streitigkeit.

- Wahlgerichtsstand: (Wohn-)Sitz der beklagten Partei oder Ort der Arbeitsverrichtung
- Wahlgerichtsstand steht beiden Parteien zur Verfügung.
- Arbeitsverrichtung = tatsächliche Schwerpunkt der Berufstätigkeit ≠ zwingend Betriebsort oder Unternehmenssitz → z.B. eine Baustelle oder eigene Wohnung...
- Bei mehreren Arbeitsorten → Hauptarbeitsort → falls nicht eruierbar = GS nicht möglich

## 2. Sachliche Zuständigkeit – Kt. LU

### Art. 4 Grundsätze

<sup>1</sup> Das kantonale Recht regelt die sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

### § 23 Erstinstanzliche Gerichte

<sup>1</sup> Die erstinstanzlichen Gerichte sind

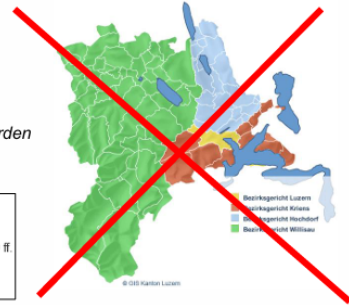
- die Bezirksgerichte,
- das Arbeitsgericht,
- das Kriminalgericht,
- das Jugendgericht,
- das Zwangsmassnahmengericht.

Gesetz [des Kt. Luzerns] über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (SRL Nr. 260)

### § 32 Arbeitsgericht

<sup>1</sup> Das Arbeitsgericht ist zuständig

- für Streitigkeiten aus dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, insbesondere gemäss Artikel 319 ff. Obligationenrechts vom 30. März 1911<sup>111</sup> (OR),
- als einzige Instanz in Schiedsgerichtssachen (Art. 356 Abs. 2 ZPO).



- Für das ganze Gebiet des Kantons Luzern besteht **ein** Arbeitsgericht (JusG 3, 23, 32).
- Es beurteilt alle **zivilrechtlichen** Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis (OR 319 ff.)
- Vor der Klageeinreichung: Schlichtungsverfahren vor der «Schlichtungsbehörde Arbeit»

## 3. Schlichtungsbehörde – Kt. LU

Gesetz [des Kt. Luzerns] über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (SRL Nr. 260)

### 2.5.4 Schlichtungsbehörde Arbeit

#### § 48 Zuordnung

<sup>1</sup> Die Schlichtungsbehörde Arbeit ist administrativ dem Arbeitsgericht zugeordnet.

<sup>2</sup> Der Präsident oder die Präsidentin und die Mitglieder des Arbeitsgerichtes gehören der Schlichtungsbehörde von Amtes wegen an.

#### § 49 Besetzung und Zuständigkeit

<sup>1</sup> Die Schlichtungsbehörde Arbeit besteht aus einem oder einer Vorsitzenden und einer paritätischen Vertretung der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite.

<sup>2</sup> Sie ist zuständig für die Schlichtungsverfahren bei allen Streitigkeiten aus dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis.

- Keine PE (ZPO 113 I) und keine Gerichtskosten bis Sfr. 30'000.- (ZPO 113 II d)
- In vielen Kantonen Formulare für Arbeitsschlichtungen → Formular
- Vor der Klageeinreichung: Schlichtungsverfahren vor der «Schlichtungsbehörde Arbeit»

## 4. Gerichtsverfahren

### Art. 243 Geltungsbereich

<sup>1</sup> Das vereinfachte Verfahren gilt für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken.

<sup>2</sup> Es gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert bei Streitigkeiten:<sup>83</sup>

- nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995<sup>84</sup>;
- wegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen nach Artikel 28b ZGB<sup>85</sup> oder betreffend eine elektronische Überwachung nach Artikel 28c ZGB;
- aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, sofern die Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen, der Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen, der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Miet- oder Pachtverhältnisses betroffen ist;
- zur Durchsetzung des Auskunftsrechts nach dem Bundesgesetz vom 19. Juni 1992<sup>87</sup> über den Datenschutz;
- nach dem Mitwirkengesetz vom 17. Dezember 1993<sup>88</sup>;
- aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1994<sup>89</sup> über die Krankenversicherung.

### Art. 247 Feststellung des Sachverhaltes

<sup>1</sup> Das Gericht wirkt durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen.

<sup>2</sup> Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest:

- in den Angelegenheiten nach Artikel 243 Absatz 2;
- bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken:
  - in den übrigen Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht,
  - in den übrigen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten.