
Thomas Geiser

Professor an der Universität St. Gallen

Roland Müller

Professor an den Universitäten St. Gallen und Bern

Arbeitsrecht in der Schweiz

3. Auflage

Unter Mitarbeit von Mathias Mauchle, André Tanner und
Mato Bubalović



Stämpfli Verlag

Zitervorschlag:

Geiser/Müller, SJL Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Auflage, Rz. ...

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2015

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter www.staempfliverlag.com erhältlich

ISBN Print 978-3-7272-8695-7

ISBN Judocu 978-3-0354-1231-4

Vorwort

Arbeitsrecht zählt zu den spannendsten Rechtsgebieten. Jeder kommt früher oder später damit in Kontakt, sei es als Arbeitnehmer oder als Arbeitgeberin. Und wer sich vertieft mit Arbeitsrecht auseinandersetzt, wird bald mit entsprechenden Fragen von Kolleginnen oder Kollegen konfrontiert. Zudem betrifft Arbeitsrecht alle sozialen Schichten, von der Aushilfe bis zum Führungspersonal mit Einsitz im Verwaltungsrat. Dennoch ist Arbeitsrecht weitgehend Teil des Sozialrechtes. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass in der Regel der Arbeitnehmer als schwächere Vertragspartei des Schutzes bedarf.

In der vorliegenden, dritten Auflage wird die neuste Lehre und Rechtsprechung im Bereich des Arbeitsrechtes berücksichtigt. Zudem werden die Neuerungen in den folgenden Themengebieten vertieft behandelt: Implikationen durch den Erlass der VegüV, Auswirkungen der Gesetzesbestimmungen zur Sanierung und zum Sozialplan sowie Fragen und Perspektiven im Zusammenhang mit dem freien Personenverkehr mit der EU.

Im ersten Teil wird wie bis anhin das Arbeitsrecht umfassend erörtert; im zweiten Teil folgen Fälle aus der Praxis mit Fragen und Antworten. Komplett überarbeitet wurde in der neuen Auflage der Fragenteil, in welchem zwischen verschiedenen Schwierigkeitsniveaus gewählt werden kann. Konkret stehen dem Leser Musterprüfungen auf Bachelor- und Masterstufe sowie zwei Anwaltsprüfungen zur Verfügung. Damit eignet sich das Werk einerseits hervorragend zum Selbststudium und andererseits stellt es eine wertvolle Hilfe zur Lösung von arbeitsrechtlichen Problemen dar.

Der Schwerpunkt in den Ausführungen wurde bewusst auf den Einzelarbeitsvertrag gelegt, der im Obligationenrecht geregelt ist. Das kollektive Arbeitsrecht und der öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutz werden summarisch dargestellt. Zum Sozialversicherungsrecht findet sich ein Überblick. Auf das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis wird nur am Rande eingegangen.

Nicht nur die Studierenden an Universitäten und Fachhochschulen, sondern auch die Personalverantwortlichen in Unternehmen sind heute mehr denn je darauf angewiesen, sich innert kurzer Zeit das massgebende Wissen zur Beantwortung von arbeitsrechtlichen Fragen anzueignen. Möge dieses Buch dazu beitragen und vielen zu einer wertvollen Hilfe werden.

Ein besonderer Dank gilt Mathias Mauchle, André Tanner und Mato Bubalović, welche am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht der Universität St. Gallen (FAA-HSG) tatkräftig bei der Ausarbeitung der dritten Auflage des Lehrbuches mitgeholfen haben.

Im vorliegenden Werk wird jeweils von der «Arbeitgeberin» und dem «Arbeitnehmer» gesprochen. Dies scheint für die Arbeitgeberinnen bereits deshalb angebracht, da es sich bei ihnen in der Mehrzahl der Fälle um juristische Personen handelt. Die konsequente Verwendung der männlichen Form beim Arbeitnehmer erfolgt ausschliesslich aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit. In wörtlichen Zitaten wurde die Schreibweise der entsprechenden Quellen übernommen. Im Sinne der Gleichstellung sind jedoch – soweit nicht explizit nur Personen des einen Geschlechts gemeint sein können – immer sowohl Personen weiblichen als auch männlichen Geschlechts gemeint. In diesem Zusammenhang sei auch Annick Bosshart gedankt, welche den Text des Buches auf seine Geschlechtergerechtigkeit hin analysiert und zahlreiche Hinweise zur Thematik geliefert hat.

Die Autoren sind auch den Lesern und Leserinnen dieses Werkes dankbar für Kritik, Anregungen sowie Hinweise auf aktuelle Problemstellungen und interessante Urteile. Entsprechende Mitteilungen werden gerne direkt von den Autoren oder unter info.faa@unisg.ch entgegengenommen.

St. Gallen/Staad, Juli 2015

Prof. Dr. Thomas Geiser

Prof. Dr. Roland Müller

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XXIII
Internetquellenverzeichnis	XXXVII
Abbildungsverzeichnis	XLI
Abkürzungsverzeichnis	XLIII
Teil I: Grundriss des Arbeitsrechts	1
§ 1 Einleitung und Überblick	1
A. Normenhierarchie und Behörden im Arbeitsrecht	1
1. Normenhierarchie	1
a) Übersicht	1
b) Internationales Recht.....	2
c) Nationales Recht	5
2. Behörden und Organisationen	11
a) Überblick	11
b) Internationale Organisationen	12
c) Nationale Behörden	12
d) Kantonale Behörden am Beispiel St. Gallen	13
e) Kantonale Behörden am Beispiel Bern	13
B. Inhalt des Arbeitsrechts	15
1. Abhängige Arbeit als Gegenstand	15
2. Statistische Angaben zu den Erwerbstätigen	15
3. Soziales Marktwirtschaftsprinzip	15
4. Individualarbeitsrecht und öffentliches Arbeitsrecht	16
C. Geschichte des Arbeitsrechts.....	17
1. Geschichtlicher Überblick	17
2. Geschichte des Arbeitsrechts in der Schweiz	18
a) Zunftordnung und technische Revolution	18
b) Kinderschutz	20
c) Kantonale Fabrikgesetze	20
d) Eidgenössisches Fabrikgesetz von 1877	20
e) Dienstvertragsrecht im Obligationenrecht	22
f) Fabrikgesetz von 1914	23
g) Eidgenössisches Arbeitsgesetz.....	23
h) Arbeitsvertragsrecht im OR	24
i) Bedeutende Neuerungen nach 1971	25

D.	Anwendbarkeit des schweizerischen Arbeitsrechts.....	26
1.	International.....	26
a)	Zuständigkeit.....	26
b)	Anwendbares Recht	27
2.	Intertemporal	29
a)	Allgemeines zum Übergangsrecht	29
b)	Regel der Nichtrückwirkung.....	29
c)	Ausnahmefälle der Rückwirkung.....	29
E.	Verfahren bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten	31
1.	Überblick	31
2.	Zuständigkeit	31
a)	Örtliche Zuständigkeit.....	31
b)	Sachliche Zuständigkeit	32
c)	Schiedsgerichtsbarkeit	32
3.	Vereinfachtes Verfahren.....	34
4.	Kostenlosigkeit	35
5.	Untersuchungsmaxime und freie Beweiswürdigung	35
§ 2	Einzelarbeitsvertrag (EAV).....	37
A.	Begriff	37
1.	Verträge über Arbeitsleistung.....	37
2.	Begriffsnotwendige Elemente.....	37
a)	Übersicht.....	37
b)	Arbeitsleistung	37
c)	Dauerschuldverhältnis.....	38
d)	Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.....	39
e)	Entgeltlichkeit	40
f)	Rechte am Arbeitsergebnis	41
B.	Abgrenzung zu anderen Dienstleistungsverträgen	45
1.	Überblick	45
2.	Abgrenzung zum Werkvertrag.....	45
3.	Abgrenzung zum einfachen Auftrag.....	46
4.	Abgrenzung zum Agenturvertrag	47
5.	Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag	48
6.	Abgrenzung zum Innominatvertrag	49
7.	Problematik der Scheinselbstständigkeit	50
C.	Parteien im Einzelarbeitsvertrag.....	52
1.	Problematik.....	52
2.	Arbeitgeberin	52
3.	Arbeitnehmer	53
4.	Weitere Beteiligte	53
5.	Sonderfall Konzern.....	54

D.	Besondere Arbeitsverhältnisse	56
1.	Lehrvertrag	56
2.	Handelsreisendenvertrag.....	59
a)	Arbeit ausserhalb der Geschäftsräume.....	59
b)	Abgrenzung von ähnlichen Rechtsverhältnissen.....	60
c)	Zustandekommen	62
d)	Lohnformen	62
e)	Retentionsrecht	64
f)	Besonderer Kündigungsschutz.....	64
g)	Besondere Folgen der Kündigung.....	65
h)	Bundesgesetz über die Handelsreisenden	65
i)	Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes.....	65
3.	Heimarbeitsvertrag	65
4.	Personalverleih	67
5.	Gruppenarbeitsverträge.....	72
6.	Öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis	73
a)	Einführung	73
b)	Wesentliche Unterschiede.....	74
c)	Zweckmässigkeit des öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses.....	79
d)	Das Arbeitsverhältnis nach BPG im Speziellen	80
7.	Arbeitsleistung unter Ehegatten, eingetragenen Partnern und Konkubinatspartnern.....	82
8.	Arbeitsleistung in der Familie.....	84
E.	Vertragsanbahnung.....	85
1.	Aufnahme der Vertragsverhandlungen	85
2.	Auswahlverfahren.....	85
a)	Problematik	85
b)	Auskunftspflicht.....	86
c)	Mitteilungspflicht ohne Fragestellung	89
d)	Wahrheitspflicht.....	90
e)	Auskünfte Dritter	91
f)	Ärztliche Untersuchungen.....	93
g)	Grafologische Gutachten und psychologische Eignungstests	93
h)	Probearbeit.....	94
3.	Pflichten der Arbeitgeberin.....	94
a)	Ersatz der Vorstellungskosten.....	94
b)	Aufbewahrungs- und Herausgabepflicht an Bewerbungsunterlagen.....	95
c)	Diskriminierungsverbot bei Begründung einer Ablehnung.....	96
4.	Pflichten des Bewerbers	97

F.	Abschluss des Vertrags	98
1.	Allgemeine Arbeitsbedingungen (AAB)	98
2.	Änderung von allgemeinen Arbeitsbedingungen.....	99
3.	Behördliche Bewilligungen	100
4.	Vermutung des stillschweigenden Vertragsschlusses.....	100
5.	Schranken der Vertragsfreiheit	101
a)	Abschlussfreiheit.....	101
b)	Inhaltsfreiheit	102
c)	Formfreiheit	103
6.	Probezeit	109
G.	Mängel des Arbeitsvertrags.....	112
1.	Nichtigkeit	112
a)	Allgemeine Nichtigkeitsgründe	112
b)	Verstoss gegen Beschäftigungsverbote.....	112
2.	Anfechtbarkeit	114
3.	Folgen mangelhafter Verträge	115
a)	Übersicht.....	115
b)	Teilnichtigkeit	115
c)	Faktisches Vertragsverhältnis	116
d)	Rechtsfolgen vor Arbeitsantritt.....	117
4.	Schwarzarbeitsgesetz.....	117
H.	Pflichten des Arbeitnehmers	120
1.	Übersicht.....	120
2.	Arbeitspflicht	120
a)	Persönliche Arbeitspflicht.....	120
b)	Inhalt der Arbeitspflicht	121
c)	Ort und Zeit der Arbeitsleistung	122
d)	Überstunden und Überzeit	123
e)	Verletzung der Arbeitspflicht.....	127
3.	Pflicht zur Befolgung von Weisungen der Arbeitgeberin.	129
a)	Begriff und Umfang des Weisungsrechts.....	129
b)	Arten von Weisungen.....	130
c)	Grenzen des Weisungsrechts	131
d)	Nichtbefolgung rechtmässiger Weisungen.....	135
e)	Rechtswidrige Weisungen.....	136
4.	Sorgfalts- und Treuepflicht	136
a)	Sorgfaltspflicht.....	136
b)	Treuepflicht.....	137
c)	Grenzen der Treuepflicht	143
d)	Sorgfalts- oder Treuepflichtverletzung	144
I.	Pflichten der Arbeitgeberin	146
1.	Übersicht.....	146
2.	Lohnzahlungspflicht	146
a)	Begriff.....	146

b)	Lohnhöhe	148
c)	Lohnformen	155
d)	Ort, Zeit und Währung der Lohnzahlung	163
e)	Lohnabtretung	164
f)	Familienzulagen	164
g)	Auslagensatz (Spesen)	166
h)	Sonderfall börsennotierte Aktiengesellschaften («Minder-Initiative»)	168
3.	Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung	172
a)	Grundsatz des zweiseitigen Vertrags	172
b)	Annahmeverzug der Arbeitgeberin	173
c)	Verhinderung des Arbeitnehmers	174
4.	Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin	188
a)	Übersicht	188
b)	Schutz der Persönlichkeit	188
c)	Schutz des Vermögens	192
d)	Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens	193
J.	Haftung	195
1.	Haftung des Arbeitnehmers	195
a)	Überblick	195
b)	Haftung nach Art. 321e OR	195
2.	Haftung der Arbeitgeberin	198
3.	Haftung Dritter	200
4.	Durchsetzung der Haftung	201
K.	Freizeit und Ferien	202
1.	Freizeit	202
a)	Erscheinungsformen	202
b)	Freizeit ausserhalb der üblichen Arbeitszeit	202
c)	Kurzfristige Arbeitsbefreiung	203
d)	Feiertage	204
2.	Ferien	205
a)	Begriff und Bedeutung der Ferien	205
b)	Dauer der Ferien	206
c)	Verlängerung der Feriendauer	207
d)	Verkürzung der Feriendauer	208
e)	Zeitpunkt der Ferien	211
f)	Abgeltungsverbot für Ferien	212
g)	Anspruch auf Ferienlohn	213
h)	Geltendmachung und Verjährung	214
i)	Abgrenzung zu Kurzarbeit, Bildungsurlaub, unbezahltem Urlaub	214
j)	Geschichtliche Entwicklung	215

L.	Beendigung des Arbeitsvertrages im Allgemeinen	217
1.	Übersicht.....	217
a)	Beendigungsgründe.....	217
b)	Keine Beendigungsgründe	217
2.	Kündigung	222
3.	Aufhebungsvereinbarung.....	223
4.	Zeitablauf.....	225
a)	Befristete Arbeitsverhältnisse	225
b)	Weiterführung des Arbeitsverhältnisses.....	227
c)	Abgrenzungen.....	228
5.	Pensionierung und Invalidisierung	228
6.	Tod des Arbeitnehmers.....	230
a)	Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	230
b)	Gehaltsnachgenuss.....	231
M.	Kündigung im Speziellen	232
1.	Allgemeines	232
2.	Entstehungsgeschichte des Kündigungsschutzes.....	232
a)	OR von 1911	232
b)	Revision von 1971	233
c)	Revision von 1988	236
d)	Revision von 1993	236
e)	Revisionsbegehren von 2010	237
3.	Ordentliche Kündigung	237
a)	Kündigungstermine und Kündigungsfristen	237
b)	Form.....	242
c)	Massenentlassungen.....	243
4.	Ausserordentliche Kündigung	248
a)	Voraussetzungen	248
b)	Verfahren	250
c)	Wirkungen	250
5.	Kündigungsschutz.....	253
a)	Zeitlicher Kündigungsschutz	253
b)	Sachlicher Kündigungsschutz	259
c)	Kündigungsschutz im Gleichstellungsgesetz	271
6.	Freistellung	272
a)	Anspruch auf Arbeit.....	272
b)	Ersatzverdienst.....	273
c)	Rücknahme einer Freistellungserklärung.....	275
d)	Selbstverschuldete Freistellung.....	276
7.	Verdachtskündigung	276
8.	Änderungskündigung.....	278
a)	Begriff.....	278
b)	Erscheinungsformen	278

N.	Folgen der Vertragsauflösung	280
1.	Beendigung des Arbeitsverhältnisses	280
2.	Nachwirkungen.....	280
3.	Fälligkeit aller Forderungen.....	281
4.	Unverzichtbarkeit der Forderungen	283
5.	Abgangsentschädigung	284
a)	Überblick	284
b)	Gesetzliche Abgangsentschädigung.....	285
c)	Vertragliche Abgangsentschädigung	285
6.	Zeugnis	286
O.	Konkurrenzverbot.....	290
1.	Begriff und Bedeutung	290
2.	Voraussetzungen für ein wirksames Konkurrenzverbot ...	291
a)	Handlungsfähigkeit.....	291
b)	Schriftlichkeit.....	292
c)	Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse	292
d)	Potenzielle Schädigung der Arbeitgeberin.....	292
e)	Schranken.....	293
3.	Wirkung und Folgen der Übertretung.....	294
4.	Wegfall des Konkurrenzverbotes.....	296
5.	Beendigung des Konkurrenzverbotes	298
§ 3	Kollektivarbeitsrecht (einschliesslich GAV und NAV)	299
A.	Einleitung	299
1.	Gegenstand	299
2.	Funktion in der schweizerischen Wirtschaftsverfassung ..	299
3.	Arbeitsmarktfreiheiten	301
a)	Tarifautonomie.....	301
b)	Koalitionsfreiheit	301
c)	Arbeitskampffreiheit	303
B.	Stellung der Verbände.....	305
1.	Koalitionen	305
a)	Gesetzliche Regelung und Übersicht	305
b)	Gewerkschaften.....	305
c)	Internationale Spitzenverbände.....	309
d)	Arbeitgeberverbände.....	309
2.	Aufgaben und Zuständigkeiten	310
3.	Tariffähigkeit	310
a)	Bedeutung	310
b)	Verband.....	310
c)	Unabhängigkeit.....	311
d)	Freiwillige Vereinigung	312
e)	Überbetrieblichkeit	312

f) Arbeitskampfbereitschaft	313
4. Tarifizuständigkeit	313
5. Bedeutung der Gewerkschaften	314
6. Haftung der Gewerkschaften	314
C. Der Gesamtarbeitsvertrag (GAV).....	316
1. Definition.....	316
2. Geschichtliches	316
a) Erste Erscheinungsformen	316
b) Obligationenrecht.....	317
c) Friedensabkommen in der Maschinen- und Metall- industrie	317
d) Revision des OR 1956.....	319
3. Funktionen.....	319
a) Schutzfunktion	319
b) Ordnungsfunktion	319
c) Friedenssicherungsfunktion	319
d) Durchsetzungsfunktion	319
e) Politische Funktion	320
f) Schrittmacherfunktion.....	320
g) Kartellfunktion	320
4. Parteien des GAV	320
a) Unterscheidung nach beteiligten Parteien.....	320
b) Gewerkschaftspluralismus	321
c) Sonderfall GAV im Konzern	322
5. Arten von GAV	322
a) Unterscheidung nach Inhalt	322
b) Unterscheidung nach örtlichem Geltungsbereich.....	323
6. Inhalt des GAV.....	323
a) Normative Bestimmungen	323
b) Schuldrechtliche Bestimmungen.....	326
c) Indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen	328
d) Rechtsdurchsetzung	328
7. Entstehung und Beendigung	331
a) Abschluss und Form	331
b) Dauer.....	332
c) Beendigung	332
d) Nachwirkung.....	334
8. Persönlicher Geltungsbereich	334
a) Vertragsparteien.....	334
b) Anschluss von Nichtmitgliedern	335
c) Allgemeinverbindlicherklärung	338
9. GAV-Konkurrenz	340
a) Problematik.....	340
b) Tarifeinheit.....	340
c) Lösungsregeln.....	341

D.	Der Normalarbeitsvertrag (NAV).....	343
	1. Begriff und Funktion	343
	2. Stellung gegenüber Gesetz und GAV	344
	3. Verpflichtung zum Erlass	344
	4. Zuständigkeit und Verfahren	344
	a) Zuständigkeit.....	344
	b) Verfahren	344
	5. Geschichtliche Entwicklung	345
E.	Betriebsordnung	346
	1. Gesetzliche Grundlage.....	346
	a) Inhalt der Betriebsordnung gemäss ArG.....	346
	b) Erlass der Betriebsordnung gemäss ArG	347
	2. Geschichtliche Entwicklung	347
	a) Fabrikordnung.....	348
	b) Betriebsordnung.....	348
	c) Arbeiterkommissionen	348
	d) Mitbestimmungsrechte.....	349
F.	Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer	350
	1. Gemäss Arbeitsgesetz	350
	2. Gemäss Mitwirkungsgesetz	350
	a) Arbeitnehmersvertretung.....	350
	b) Informationsrechte	350
	c) Mitwirkungsrechte	351
	d) Schutz der Vertreter	351
	e) Revisionsvorschläge	351
	3. Mitbestimmung in der Europäischen Union	352
G.	Arbeitskampfrecht	353
	1. Grundlage	353
	a) Wirtschaftsverfassung	353
	b) Verfassungsmässiges Recht	353
	c) Beamtenstreikrecht	354
	d) Geschichtliche Bedeutung.....	355
	2. Streik.....	355
	a) Definition	355
	b) Rechtmässigkeit	356
	3. Aussperrung.....	360
	a) Definition	360
	b) Voraussetzungen der Aussperrung.....	362
	4. Rechtsfolgen	362
	a) Rechtmässige Arbeitskämpfe.....	362
	b) Rechtswidrige Arbeitskämpfe.....	364

§ 4 Öffentlich-rechtlicher Arbeitnehmerschutz.....	366
A. Einleitung.....	366
1. Vorbehalt des öffentlichen Arbeitsrechts.....	366
2. Rezeptionsklausel.....	366
3. Quellen.....	366
4. Zuständige Behörden.....	367
B. Arbeitsgesetz.....	368
1. Arbeitsschutzrecht.....	368
2. Geltungsbereich.....	368
a) Sachlicher Geltungsbereich.....	368
b) Persönlicher Geltungsbereich.....	369
c) Sondervorschriften.....	371
3. Gesundheitsschutz und Unfallverhütung.....	372
a) Massnahmen zum Gesundheitsschutz.....	372
b) Massnahmen zur Unfallverhütung.....	372
c) Plangenehmigung und Betriebsbewilligung.....	372
d) Schutz vor Passivrauchen.....	373
4. Arbeits- und Ruhezeit.....	373
a) Übersicht.....	373
b) Arbeitszeit.....	376
c) Pausen.....	382
d) Pikettdienst.....	383
e) Schichtarbeit.....	384
5. Sonderschutzvorschriften.....	385
a) Geltungsbereich und Ausnahmen.....	385
b) Jugendliche.....	385
c) Arbeitnehmerinnen.....	387
d) Mutterschaftsversicherung im Speziellen.....	387
C. Durchsetzung.....	391
1. Zivilrechtliche Durchsetzung.....	391
2. Öffentlich-rechtliche Durchsetzung.....	391
D. Freier Personenverkehr mit der EU und flankierende Massnahmen.....	393
1. Bilaterale Abkommen mit der EU.....	393
a) Überblick.....	393
b) Freier Personenverkehr.....	393
c) Bewilligungen gemäss Personenfreizügigkeit im Überblick.....	395
d) Acquis communautaire.....	396
2. Flankierende Massnahmen.....	397
a) Entsendegesetz.....	398
b) Anpassungen im IPRG.....	401
c) Anpassungen im AVEG.....	401

d) Anpassungen im OR	402
e) Anpassungen im AVG	402
3. Entwicklung und Zukunft des freien Personenverkehrs ...	402
§ 5 Sozialversicherung im Arbeitsrecht	406
A. Einleitung	406
1. Sozialversicherung und Arbeitsrecht	406
2. Begriff der Sozialversicherung	406
a) Übersicht	406
b) Staatsaufgabe	407
c) Öffentlich-rechtliche Ausgestaltung	407
d) Verwaltungsgerichtsbarkeit	408
e) Versicherte Risiken	408
f) Versicherung	409
g) Finanzierungsweise	409
h) Obligatorium	409
3. Geschichtliches	410
a) Deutschland	410
b) Schweiz	410
B. Überblick über die Sozialversicherungen	415
1. Drei-Säulen-Prinzip der Vorsorge	415
2. Eidgenössische AHV und IV	415
a) Organisation und Finanzierung	415
b) 10. AHV-Revision	416
c) 11. AHV-Revision	417
d) Neue 11. AHV-Revision	418
e) Revision zur «Verbesserung der Durchführung der AHV»	418
3. Berufliche Vorsorge	420
a) Organisation und Finanzierung	420
b) Freizügigkeitsgesetz	421
4. Unfallversicherung	421
5. Krankenversicherung	423
6. Arbeitslosenversicherung	424
7. Erwerbsersatzordnung	426
a) Organisation und Finanzierung	426
b) Mutterschaftsversicherung	426
C. AHV/IV und berufliche Vorsorge im Speziellen	430
1. Träger	430
a) AHV/IV	430
b) BVG	430
2. Aufsicht und Mitwirkungsrechte	431
3. Rechtspflege	432
4. Obligatorische vs. freiwillige Versicherung	433

a) AHV/IV	433
b) BVG	434
5. Pflichten der Arbeitgeberin.....	435
a) AHV/IV	435
b) BVG	436
c) Haftung für nicht abgelieferte Sozialversicherungs- beiträge.....	436
6. Pflichten des Arbeitnehmers.....	437
a) AHV/IV	437
b) BVG	437
7. Pflichten der Sozialversicherung	437
a) AHV/IV	437
b) BVG	437
Teil II: Fragen und Antworten zum Arbeitsrecht.....	439
§ 6 Bachelorprüfungen.....	441
Fall 1: Pyro-Tech AG	441
Fall 2: Beda Beck bei der Backfrisch AG	447
Fall 3: Autolackierer Simon Schnell	453
Fall 4: Temporärarbeitnehmer François Oberson.....	458
Fall 5: Armin Kunz bei der Simtech Maschinenbau AG.....	464
Fall 6: Der Handelsreisende Walter Schneeberger.....	471
Fall 7: Verwaltungsrat Dr. Urs Bösch.....	477
Fall 8: Angelo Balotelli bei der Pizza Palermo GmbH.....	483
Fall 9: Die Auszubildende Martina Gerber	489
Fall 10: Landi-Mitarbeiter Silvan Sommer	495
Fall 11: CFO Dr. Franz Steiger	501
Fall 12: Arbeiten beim Schnellimbiss Pronto Lunch.....	508
Fall 13: Unternehmensberater Harald Meister	514
Fall 14: Unternehmensjurist Fabian Stocker	520
Fall 15: Treuhandfirma Emil Etter AG.....	527
Fall 16: Übernahme durch die Spiel und Spass GmbH.....	532
Fall 17: Programmierer Severin Bischof.....	538
Fall 18: Paul Steinmann bei der Belimport AG.....	544
Fall 19: Zu hohe Kosten bei der Kona AG.....	551
Fall 20: Zusammenschluss mehrerer Gewerkschaften	558
Fall 21: Ruedi König beim Reisebüro Far East Tours.....	564
Fall 22: Marketingchefin Karolina Hammer	571
Fall 23: Buchhalter Bernhard Hauser.....	577
Fall 24: Bummelstreik bei der Smart Soft GmbH	583
Fall 25: Isabelle Bergers Stellenwechsel.....	589
Fall 26: Markus Manella bei der Optiprint AG	595
Fall 27: Claudia Simmlers Schwangerschaft.....	601
Fall 28: Bergführer Sven Holzer	608

Fall 29: Fristlose Entlassung von Dr. Munz	614
Fall 30: Kündigungen im Restaurant Sonne	620
§ 7 Masterprüfungen	626
Prüfung Individualarbeitsrecht I	626
Prüfung Individualarbeitsrecht II	638
Prüfung Individualarbeitsrecht III	651
Prüfung kollektives und öffentliches Arbeitsrecht I	666
Prüfung kollektives und öffentliches Arbeitsrecht II	675
Prüfung kollektives und öffentliches Arbeitsrecht III	686
§ 8 Anwaltsprüfungen	703
Anwaltsprüfung I	703
Anwaltsprüfung II	711
Anhänge	721
Übersicht über die besonderen Einzelarbeitsverträge	721
Lohnhöhe bei Überstunden/Überzeit	721
Arbeitsrechtliche Probleme bei Schwangerschaft	722
Übersicht Probleme bei Kündigung	722
Übersicht Arbeits- und Ruhezeiten	724
Unterschiede zwischen privatrechtlichem und öffentlich- rechtlichem Arbeitsverhältnis	726
Sachregister	731

Teil I: Grundriss des Arbeitsrechts

§ 1 Einleitung und Überblick

A. Normenhierarchie und Behörden im Arbeitsrecht

1. Normenhierarchie

a) Übersicht

Wie in anderen Rechtsgebieten auch, wird das Arbeitsrecht massgeblich durch supranationale Normen beeinflusst, welche teilweise direkt anwendbare Normen enthalten und damit dem schweizerischen Recht vorgehen. Der Normalarbeitsvertrag (NAV) ist grundsätzlich dispositiver Natur und steht deshalb in der Hierarchie unter dem Einzelarbeitsvertrag (EAV). Nur NAV mit zwingenden Mindestlöhnen auf Antrag einer tripartiten Kommission gehen dem EAV vor.

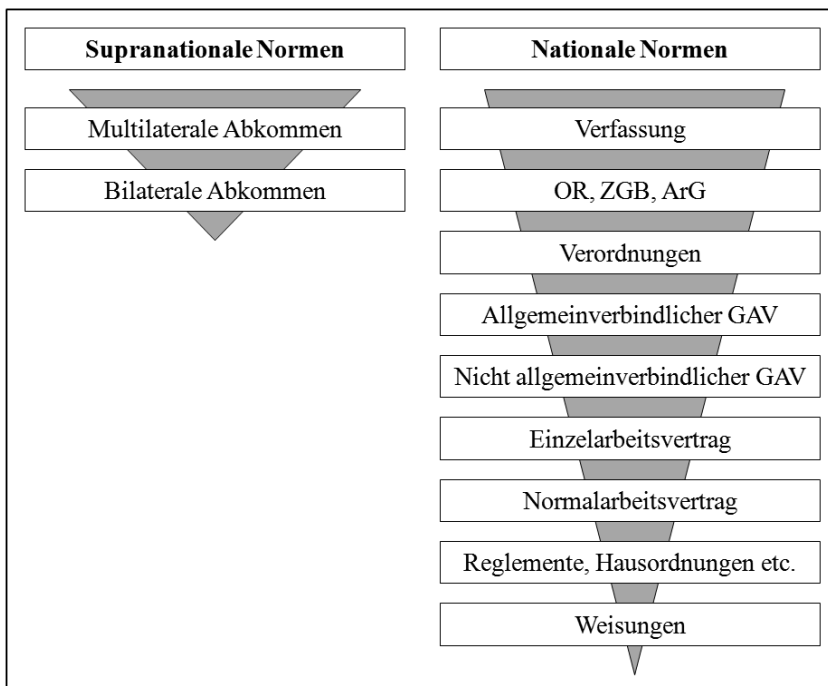


Abbildung 1: Übersicht der supranationalen und nationalen Normen im Arbeitsrecht

b) Internationales Recht

aa) Multilaterale Abkommen

aaa) International Labour Organization (ILO)

2 Die 1919 gegründete und im Jahr danach in Genf eingerichtete ILO ist seit 1946 eine Spezialorganisation der UNO. Gemäss ihren Statuten verfolgt sie das Ziel der *Schaffung gerechter Arbeitsbedingungen*, was vor allem mittels völkerrechtlicher Übereinkommen und Empfehlungen versucht wird. ILO-Übereinkommen begründen binnenstaatlich direkt Rechte und Pflichten, sofern sie ratifiziert wurden und unmittelbar anwendbare Normen enthalten.¹

2a Die Schweiz ist seit 1920 Mitglied der ILO. Sie hat bisher 60 Abkommen ratifiziert. Unmittelbar kommen die Abkommen selten zum Tragen, beträchtlichen Einfluss entfalten sie aber als Rahmen und Motor der nationalen Gesetzgebung.²

bbb) Europäische Sozialcharta (ESC)

3 Die Europäische Sozialcharta wurde vom Europarat unter anderem mit den Zielen der *Förderung des Lebensstandards* und des *Schutzes der sozialen Rechte* geschaffen. Sie wurde 1965 von fast allen Mitgliedsländern unterzeichnet; die Schweiz folgte 1976,³ hat die Ratifikation aber bis heute nicht vollzogen. Seit 1984 beschäftigten sich die Eidgenössischen Räte mit dem Geschäft, bevor der letzte Anlauf Ende 2004 scheiterte.⁴ Zu Diskussionen Anlass gaben jeweils das allgemeine Streikrecht (auch für Angestellte im öffentlichen Dienst) und die Gastarbeiterproblematik (Export von Sozialversicherungsgeldern ins Ausland, Recht auf medizinische Fürsorge, Familiennachzug etc.). 2010 hat ein Postulat der aussenpolitischen Kommission die Frage erneut aufgenommen und den Bundesrat mit der Abfassung eines Berichts beauftragt. Die Debatte um eine Ratifikation hält also weiter an. Im Gegensatz zu den ILO-Übereinkommen statuiert die ESC aber keinen Individualrechtsschutz, sondern nur ein die Vertragsparteien verpflichtendes Kontroll- und Berichtssystem. Die EU hat

¹ Ratifiziert, aber gemäss h.L. nicht unmittelbar anwendbar, ist das am 25. März 1976 in Kraft getretene ILO-Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts (AS 1976, 689) [SR 0.822.718.7].

² Vgl. hierzu M. SENTI.

³ BBl 1980 I 560 ff., 1983 II 1241 ff.

⁴ Die notwendige Verlängerung der Behandlungsdauer der entsprechenden parlamentarischen Initiative wurde vom Nationalrat am 17. Dezember 2004 abgelehnt.

weite Bereiche der ESC in eigenes Recht überführt. Durch die bilateralen Verträge mit der EU zeitigt die Charta so auch in der Schweiz indirekt Wirkung.

ccc) UN-Menschenrechtspakte

Die Schweiz hat sowohl den UNO-Pakt I⁵ als auch den UNO-Pakt II⁶ unterzeichnet und ratifiziert. Ersterer verpflichtet die Schweiz unter anderem, das «*Streikrecht*» zu gewährleisten, «soweit es in Übereinstimmung mit der innerstaatlichen Rechtsordnung ausgeübt wird» (Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I). Explizit vorbehalten sind nur Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der öffentlichen Verwaltung (Art. 8 Abs. 2 UNO-Pakt I). Ob diese Bestimmungen unmittelbar anwendbar sind, hat das Bundesgericht offengelassen und lediglich festgehalten, dass überzeugende Gründe dafür sprechen.⁷ Die herrschende Lehre geht hingegen davon aus, dass sich dieser Pakt allein an den Gesetzgeber richtet.⁸ Auch mit Blick auf Art. 7 lit. d UNO-Pakt I, der zugunsten der Arbeitnehmer die Vergütung gesetzlicher Feiertage vorsieht, hat das Bundesgericht eine direkte Anwendbarkeit des Pakts bestritten.⁹ Dieser Entscheid offenbart das u.E. dünne Eis, auf dem sich die Deutung des Pakts als eines blossen Gesetzgebungsauftrags bewegt.¹⁰

Der UNO-Pakt II gibt jedermann das Recht, sich frei mit anderen zusammenzuschliessen «sowie zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu bilden und ihnen beizutreten» (Art. 22 Abs. 1 UNO-Pakt II). Dies kann als eigener Anhaltspunkt für die Garantie eines Streikrechts angesehen werden.

ddd) Lugano-Übereinkommen

Das Lugano-Übereinkommen wurde ursprünglich am 16. September 1988 in Lugano abgeschlossen. Es trat für die Schweiz am 1. Januar 1992 in Kraft und regelt die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handels-

⁵ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) [SR 0.103.1].

⁶ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) [SR 0.103.2].

⁷ BGE 125 III 281.

⁸ STÖCKLI, BJM 1997, 172 f.; relativierend KÜNZLI, AJP 1996, 527 ff.

⁹ BGE 136 I 290.

¹⁰ Vgl. GEISER/HÄFLIGER, SJZ 107 (2011), Nr. 14, 336 ff.

sachen. Als Staatsvertrag gilt es nur für die dem Abkommen beigetretenen Staaten¹¹ und geht als solcher dem IPRG vor.

- 7 Schweizer Arbeitnehmer und Arbeitgeberinnen sind dann vom LugÜ betroffen, wenn Arbeitsverhältnisse einen internationalen Bezug aufweisen und die örtliche Zuständigkeit für einen Prozess eruiert werden muss.
- 8 2007 wurde das Übereinkommen revidiert. Nach erfolgter Ratifikation trat das revidierte LugÜ für die Schweiz am 1. Januar 2011 in Kraft.
- 9 Die hauptsächlichen materiellen Neuerungen betreffen die Zuständigkeitsvorschriften für den Vertragsgerichtsstand und den Konsumentenvertrag. Im Weiteren ergeben sich wesentliche Änderungen bei der Grundzuständigkeit im Gesellschaftsrecht, bei der Rechtshängigkeit und den konnexen Verfahren sowie beim Exequaturverfahren. Weniger weitreichende Änderungen ergeben sich unter anderem in Bezug auf den Arbeitsvertrag.
- 10 Die Normen zu den arbeitsvertraglichen Streitigkeiten finden sich in einem eigenen Abschnitt (Art. 18–21, Abschnitt 5). Nach Art. 18 umfasst der Anwendungsbereich der besonderen Bestimmungen für Arbeitsverträge auch in einem Vertragsstaat befindliche «Zweigniederlassungen, Agenturen oder sonstige Niederlassungen» einer Arbeitgeberin, deren Hauptsitz nicht in einem Vertragsstaat liegt. Die Art. 19 und 20 differenzieren zwischen den Gerichtsständen des klagenden Arbeitnehmers und den Gerichtsständen für Klagen der Arbeitgeberin. Art. 21 regelt die Möglichkeit abweichender Gerichtsstandsvereinbarungen.
- 11 Art. 19 des LugÜ sieht Gerichtsstände für den klagenden Arbeitnehmer an seinem Arbeitsverrichtungsort oder am Ort der einstellenden Niederlassung vor. Art. 20 statuiert für Klagen der Arbeitgeberin (vorbehältlich der Widerklage gegen eine Klage des Arbeitnehmers) einen zwingenden Gerichtsstand am Wohnsitz des Arbeitnehmers. Gemäss Art. 21 Abs. 1 sind Gerichtsstandsvereinbarungen nur zulässig, wenn sie nach Entstehung einer Streitigkeit getroffen werden oder dem Arbeitnehmer ermöglicht wird, andere als in Abschnitt 5 vorgesehene Gerichtsstände anzurufen (Abs. 2). Eine Regelung des

¹¹ Die meisten europäischen Staaten sind dem Abkommen beigetreten.

Gerichtsstands für entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, wie sie sich in der EU-Entsenderichtlinie¹² findet, enthält das LugÜ nicht.¹³

bb) Bilaterale Abkommen

Die Schweiz hat mit einer ganzen Reihe von Staaten bilaterale Abkommen getroffen. Von besonderer Bedeutung sind die bilateralen Abkommen mit der EU. Gegenstand dieser Abkommen sind die EU-Freizügigkeiten, insbesondere der *Freie Personenverkehr* und das öffentliche Beschaffungswesen.¹⁴

12

c) Nationales Recht

aa) Bundesverfassung

Die Arbeitsverfassung erscheint auch in der neuen Bundesverfassung nicht als geschlossene Regelung, sondern findet sich in verschiedenen Bereichen. Ebenso wie die Wirtschaftsverfassung, welche der Verfassungsgeber als marktorientierte Privatwirtschaft konzipierte,¹⁵ anerkennt auch die Arbeitsverfassung stillschweigend die Privatautonomie.

13

Elemente der Arbeitsverfassung finden sich unter anderem in folgenden Bestimmungen:

14

Art. 8 Abs. 3 BV	Auftrag zur Verwirklichung der Lohngleichheit für gleichwertige Arbeit von Frau und Mann
Art. 27 BV	Garantie der Wirtschaftsfreiheit, d.h. insbesondere der Berufswahlfreiheit, des freien Zugangs zu privatwirtschaftlichen Tätigkeiten sowie deren freie Ausübung
Art. 28 BV	Garantie der Koalitionsfreiheit und des Streikrechts, mit Vorbehalt
Art. 41 BV	Sozialziele, ohne unmittelbaren Anspruch oder definierte Zuständigkeit

¹² Richtlinie (EG) 96/71, ABl. der EG L018 vom 21.1.1997. Deren Artikel 6 sieht einen Gerichtsstand am Ort, an den der Arbeitnehmer entsendet wird, vor.

¹³ BBl 2009, 1796.

¹⁴ Vgl. Rz. 979 f.

¹⁵ VALLENDER/VEIT, 22.

Art. 95 Abs. 3 BV	Organmitglieder erhalten keine Anfangs- oder Abgangsschädigungen und keine Prämien für Firmenverkäufe
Art. 100 Abs. 1 BV	Auftrag des Staates zur Vollbeschäftigungspolitik
Art. 110 Abs. 1 lit. a BV	Ermächtigung zur Regelung des Arbeitnehmerschutzes
Art. 110 Abs. 1 lit. b BV	Kompetenz zur Regelung der Mitbestimmung in betrieblichen und beruflichen Angelegenheiten
Art. 110 Abs. 1 lit. d BV	Ermächtigung zur Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen
Art. 111 f. BV	Auftrag zur Sicherstellung der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge
Art. 113 BV	Ermächtigung zur Regelung der obligatorischen, beruflichen Vorsorge
Art. 114 BV	Kompetenz zur Regelung der obligatorischen Arbeitslosenversicherung
Art. 116 Abs. 2 BV	Ermächtigung zur Regelung von Familienzulagen
Art. 116 Abs. 3 BV	Auftrag zur Errichtung einer Mutterschaftsversicherung
Art. 117 BV	Ermächtigung zur Regelung der Kranken- und Unfallversicherung
Art. 122 BV	Kompetenz zur Regelung des Privatrechts, inkl. Arbeitsrecht

Abbildung 2: Elemente der Arbeitsverfassung in der BV

bb) Arbeitsvertragsrecht

aaa) Arbeitsverträge im OR

15 Der *Einzelarbeitsvertrag* ist im Obligationenrecht bei den einzelnen Vertragsverhältnissen ausführlich geregelt (Art. 319 ff. OR). Insbesondere enthält das OR Bestimmungen zu Themen wie Entstehung des Arbeitsvertrags, Pflichten des Arbeitnehmers sowie der Arbeitgeberin, Ferien und Freizeit, Personalvorsorge und zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Daneben enthält es auch Vorschriften zu besonderen Verträgen:

- Lehrvertrag (Art. 344 ff. OR)
- Handelsreisendenvertrag (Art. 347 ff. OR)
- Heimarbeitsvertrag (Art. 351 ff. OR)
- Gesamtarbeitsvertrag (Art. 356 ff. OR)

Einige der Regelungen im OR sind *dispositiver Natur*, d.h., die Vertragsparteien können von ihnen abweichen. Andere Normen sind *zwingend*. Hier ist nochmals zu differenzieren: *Absolut zwingende Normen* sind diejenigen, von denen weder zuungunsten des Arbeitnehmers noch zuungunsten der Arbeitgeberin abgewichen werden darf. *Relativ zwingende Normen* sind diejenigen, von denen nicht zuungunsten des Arbeitnehmers, wohl aber zuungunsten der Arbeitgeberin abgewichen werden darf. Das OR listet die absolut zwingenden Bestimmungen in Art. 361, die relativ zwingenden in Art. 362 auf. Zu beachten ist allerdings, dass diese beiden Kataloge unvollständig sind.

15a

Eine bemerkenswerte Besonderheit des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts im Vergleich mit andern Ländern ist, dass dessen Regeln grundsätzlich auf sämtliche Arbeitsverträge Anwendung finden, unabhängig von Stellung und Lohnhöhe des Arbeitnehmers. Der CEO einer Grossbank kann sich hier demnach auf dieselben Schutzbestimmungen berufen wie ein Bauarbeiter. Dies erscheint angesichts der massiven Differenzen in der Lebensrealität der verschiedenen Arbeitsverhältnisse als inadäquat. Unseres Erachtens ist daher eine Beschränkung der Anwendbarkeit, wie sie der öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutz vorsieht,¹⁶ auch für die Schutzbestimmungen des OR zu erwägen. Als mögliche Begrenzung käme das Kriterium infrage, das der Gesetzgeber jüngst im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht herangezogen hat: Dort wird bei der Bestimmung der Konkursklassen auf den gemäss obligatorischer Unfallversicherung maximal versicherten Jahresverdienst abgestellt (Art. 219 Abs. 4 SchKG¹⁷). *De lege ferenda* könnte diese Lohngrenze auch als Schranke für die Anwendung der arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen berücksichtigt werden.

15b

bbb) Arbeitsverträge in Spezialgesetzen

Neben den obligationenrechtlichen Grundlagen finden sich Regelungen in verschiedenen Spezialgesetzen:

16

- Leiharbeitsverhältnis: BG vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) [SR 823.11]

¹⁶ Vgl. Rz. 931 ff.

¹⁷ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) [SR 281.1].

- Heuervertrag der Schiffsleute: BG vom 23. September 1953 über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschifffahrtsgesetz, SSG), Art. 68–86 und 162. [SR 747.30]
- Handelsreisendenvertrag: BG vom 23. März 2001 über das Gewerbe der Reisenden (Handelsreisendengesetz, HRG) [SR 943.1]
- Normalarbeitsvertrag: Dieser stellt eine Besonderheit dar. Es handelt sich dabei nicht um einen Arbeitsvertrag, sondern um eine kantonale Verordnung.¹⁸

ccc) Kollektives Arbeitsrecht

17 Das kollektive Arbeitsrecht¹⁹ definiert das Zusammenwirken der Tarifpartner:

- Mitwirkung: BG vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz, MitwG) [SR 822.14]
- Betriebsordnungen²⁰: BG vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; Art. 37 ff.) [SR 822.11]
- Allgemeinverbindlicherklärung: BG vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) [SR 221.215.311]
- Beilegung Arbeitsstreitigkeiten: BG vom 12. Februar 1949 über die Eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten (EEG/EES) [SR 821.42]
- Einigungswesen: BG vom 18. Juni 1914 betreffend die Arbeit in den Fabriken (Fabrikgesetz, FabrikG) [SR 821.41]
- Gesamtarbeitsvertrag: BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; Art. 356 ff.) [SR 220]

cc) Öffentlich-rechtliche Bestimmungen

18 Verschiedene öffentlich-rechtliche Bestimmungen treffen indirekt oder direkt privatrechtliche Arbeitsverhältnisse oder bilden die Grundlage für eine öffentlich-rechtliche Beschäftigung:

¹⁸ Vgl. Rz. 859 ff.

¹⁹ Vgl. Rz. 730 ff.

²⁰ Vgl. Rz. 870 ff.

- BG vom 6. Oktober 2006 über Beiträge an die Aufwendungen der Kantone für Stipendien und Studiendarlehen im tertiären Bildungsbereich (Ausbildungsbeitragsgesetz) [SR 416.0]
- BG vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [SR 142.20]
- BG vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG) [SR 412.10] und die dazugehörige Vollzugsverordnung [SR 412.101]
- BG vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) [SR 830.1]
- Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG) [SR 172.220.1] inkl. der zugehörigen Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG) [SR 172.220.11] sowie Inkraftsetzungsverordnung BPG für die SBB [SR 172.220.112]
- BG vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) [SR 823.20]
- BG vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG) [SR 910.1] und Vollzugsverordnung [SR 910.11]
- BG vom 6. Oktober 1995 über die Fachhochschulen (Fachhochschulgesetz, FHSG) [SR 414.71]
- BG vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) [SR 943.02]
- BG vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) [SR 823.11] und Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV) [SR 823.111]
- BG vom 8. Oktober 1971 über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz, AZG) [SR 822.21]
- BG vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) [SR 822.11], welches insb. Bestimmungen zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden enthält, und die zugehörigen VO 1 bis 5 (ArGV 1 bis 5) [SR 822.111; SR 822.112; SR 822.113; SR 822.114; SR 822.115]
- BG vom 30. September 1954 über die Vorbereitung der Krisenbekämpfung und Arbeitsbeschaffung [SR 823.31]

- BG vom 3. Oktober 1951 über die Bildung von Arbeitsbeschaffungsreserven der privaten Wirtschaft [SR 823.32]

dd) Sozialversicherungsrecht

19 Sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen finden sich insbesondere in folgenden Gesetzen:

- BG vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG) [SR 832.10]
- BG vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG) [SR 831.42]
- BG vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung (MVG) [SR 833.1]
- BG vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) [SR 831.40]; siehe auch Art. 331 ff. OR sowie Art. 89a ZGB
- BG vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG) [SR 837.0]
- BG vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG) [SR 832.20]
- BG vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) [SR 831.30]
- BG vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG) [SR 831.20]
- BG vom 25. September 1952 für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG) [SR 834.1]
- BG vom 20. Juni 1952 über die Familienzulagen in der Landwirtschaft (FLG) [SR 836.1]
- BG vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) [SR 831.10]

ee) Gleichstellung von Frau und Mann; Datenschutz

- 20
- BG vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) [SR 151]
 - BG vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG) [SR 235.1]

2. Behörden und Organisationen

a) Überblick

Auch bei den Behörden bestehen Hierarchien. Zu unterscheiden sind drei Ebenen: die internationale, die nationale und die kantonale. 21

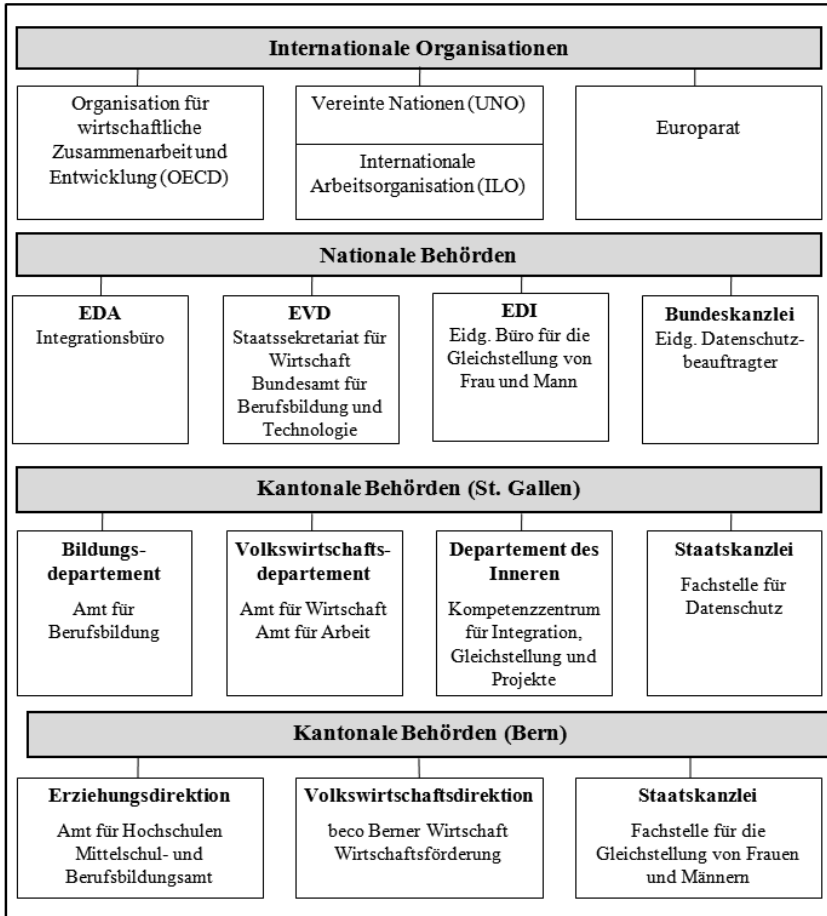


Abbildung 3: Übersicht der Organisationen und Behörden (national und in den Kantonen St. Gallen und Bern)

b) Internationale Organisationen

- 22 Die Schweiz ist Mitglied der *Vereinten Nationen* und hat die beiden UNO-Pakte ratifiziert.²¹ Die *Internationale Arbeitsorganisation* (ILO) ist eine Spezialorganisation der UNO.²² Sie verfolgt das Ziel der Schaffung weltweit gerechter Arbeitsbedingungen.
- 23 Die *Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung* (OECD) befasst sich im Bereich des Arbeitsrechtes insbesondere mit der Entwicklung bzw. Durchsetzung fundamentaler Arbeitsnormen. Der *Europarat* hat die Europäische Sozialcharta (ESC) geschaffen, deren Ziele die Förderung des Lebensstandards und der Schutz der sozialen Rechte sind. Obwohl die ESC von der Schweiz nicht ratifiziert wurde, arbeitet das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) mit dem Europarat zusammen.

c) Nationale Behörden

- 24 Das *Staatssekretariat für Wirtschaft* (SECO) entstand 1999 durch Zusammenschluss der beiden ehemaligen Bundesämter für Wirtschaft und Arbeit (BWA) sowie für Aussenwirtschaft (BAWI). Es befasst sich also sowohl mit der Binnen- als auch mit der Aussenwirtschaft. Es fungiert als Ansprechpartner für Kantone, Unternehmen, Wirtschaftsorganisationen und Sozialpartner und vertritt die Schweizer Interessen in der Ständigen Mission der Schweiz bei den internationalen Wirtschaftsorganisationen sowie im Integrationsbüro.
- 25 Das seit 1961 bestehende *Integrationsbüro* ist eine gemeinsame Dienststelle des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) und des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD). Es wurde vom Bundesrat unter anderem damit beauftragt, die Koordination integrationsrechtlicher Angelegenheiten wahrzunehmen und Verträge mit der EU auszuhandeln.
- 26 Das *Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation* (SBFI) ist das Kompetenzzentrum des Bundes für Fragen der Berufsbildung, der Fachhochschulen und der Innovationspolitik. Es arbeitet zu diesem Zweck eng mit den Berufsverbänden, den Kantonen, den Universitäten und Fachhochschulen zusammen.

²¹ Vgl. Rz. 4 f.

²² Vgl. Rz. 2.

Gerade im Bereich des Arbeitsrechtes haben Gleichstellungsfragen eine grosse praktische Bedeutung. Besonders wichtig ist im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen auch der Datenschutz als Teil des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer. Auf Bundesebene sind hierfür das *Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann* bzw. der *Eidgenössische Datenschutzbeauftragte* zuständig. 27

d) Kantonale Behörden am Beispiel St. Gallen

Das *Amt für Arbeit* ist für den kantonalen Vollzug des Arbeitslosenversicherungsrechts und die öffentliche Arbeitsvermittlung zuständig. Dem Amt sind die Regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) des Kantons St. Gallen unterstellt und es wirkt als Bewilligungsstelle für private Vermittler. 28

Das *Amt für Wirtschaft* bezweckt die Standortförderung mit Standortmanagement und Standortpromotion. Es erteilt zudem die Arbeitsbewilligungen für Ausländer. Das kantonale Arbeitsinspektorat ist ebenfalls hier angegliedert. Dieses ist für die Überwachung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften betreffend die Arbeits- und Ruhezeiten sowie für die Arbeitsplatzsicherheit und die Gesundheitsvorsorge zuständig. 29

Dem *Amt für Berufsbildung* ist das Lehrlingsamt angegliedert. Dieses bewilligt die Lehrverträge und gibt Lehrlingen sowie Lehrbetrieben Auskünfte. Die *Fachstelle für Gleichberechtigungsfragen* ist für Gleichstellungsfragen, das *kantonale Kontrollorgan für den Datenschutz* für Datenschutzfragen zuständig. 30

e) Kantonale Behörden am Beispiel Bern

Das *beco (Berner Wirtschaft)* ist der Volkswirtschaftsdirektion unterstellt. Zu seinen Aufgabenbereichen gehören die Führung der Arbeitslosenkasse, die Arbeitsvermittlung, die Kontrolle der Arbeitsbedingungen sowie die Wirtschaftsförderung. 31

Die *Wirtschaftsförderung Kanton Bern (WFB)* bezweckt die Unterstützung von Berner Unternehmen. Im Zentrum der angebotenen Dienstleistungen stehen Beratung, Kontaktvermittlung zur Verwaltung und Finanzierungshilfen. Sie ist dem *beco* angegliedert. 32

- 33 Das *Mittelschul- und Berufsbildungsamt* (MBA) ist zuständig für die Mittelschulen (Maturitätsschulen, Handels- und Fachmittelschulen) und die Berufsbildung im Kanton Bern.
- 34 Im Kanton Bern gibt es drei Hochschulen: die Universität, die Berner Fachhochschule und die Pädagogische Hochschule. Es handelt sich dabei um autonome Institutionen. Sie werden in ihren öffentlichen Aufgaben aber vom Kanton gesteuert und beaufsichtigt. Die Grundlagen dafür erarbeitet das *Amt für Hochschulen*.
- 35 Die kantonale *Fachstelle für die Gleichstellung von Frauen und Männern* (FGS) ist das Kompetenzzentrum für Gleichstellungsfragen im Kanton Bern. Für die Überwachung des Datenschutzes ist die kantonale *Datenschutzaufsichtsstelle* zuständig.

B. Inhalt des Arbeitsrechts

1. Abhängige Arbeit als Gegenstand

Das Arbeitsrecht als Sonderrecht regelt nur die *abhängige Arbeit*, d.h. die weisungsabhängige Arbeitsleistung unter Eingliederung in eine fremde Organisation aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags.²³ Die sogenannten freien Dienste, wie das Dienstleistungsgewerbe und die freien Berufe, unterliegen dagegen dem Auftrags- oder dem Werkvertragsrecht. Mit 86 % der Erwerbstätigen stehen die abhängig Beschäftigten aber im Vordergrund. 13 % sind selbstständig erwerbend und 1 % arbeiten bei Familienmitgliedern.²⁴ 36

2. Statistische Angaben zu den Erwerbstätigen

Im Jahr 2014 waren in der Schweiz 4.63 Mio. Personen erwerbstätig,²⁵ 53 % davon waren Männer, 47 % Frauen. Sieben von zehn Personen waren zwischen 25 und 54 Jahre alt.²⁶ Die Zahl der potenziellen Erwerbspersonen (15–64-jährige Bevölkerung) steigt zurzeit noch an, wird jedoch aus demografischen Gründen in den kommenden Jahrzehnten vermutlich abnehmen.²⁷ 37

Ende 2014 waren im Handelsregister der Schweiz 156'577 Einzelunternehmungen (natürliche Personen) gegenüber 206'040 AG und 159'580 GmbH (juristische Personen) eingetragen.²⁸ 38

3. Soziales Marktwirtschaftsprinzip

Heute wird vom System einer *sozialen Marktwirtschaft*, d.h. einer freien Marktwirtschaft mit sozialen Zügen ausgegangen. Der Staat garantiert die Freiheit der wirtschaftenden Parteien, greift aber soweit in den Wirtschaftsablauf ein, als der Gedanke der sozialen Gerechtig- 39

²³ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 2.

²⁴ Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE) des Bundesamtes für Statistik (BFS).

²⁵ Personen im Alter ab 15 Jahren, die während der Referenzwoche mindestens eine Stunde gegen Entlohnung gearbeitet haben oder trotz zeitweiliger Abwesenheit von ihrem Arbeitsplatz (wegen Krankheit, Ferien, Mutterschaftsurlaub, Militärdienst usw.) weiterhin eine Arbeitsstelle als Selbstständigerwerbende oder Arbeitnehmer hatten oder unentgeltlich im Familienbetrieb mitgearbeitet haben.

²⁶ Erwerbstätigenstatistik (ETS) des BFS.

²⁷ Vgl. Szenarien zur Bevölkerungsentwicklung der Schweiz 2010–2060 des BFS.

²⁸ Statistik des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister (EHRA).

keit dies erfordert. Es gilt die Devise: so viel Freiheit wie möglich, so viel Zwang wie unbedingt notwendig.²⁹

40 Der Arbeitsmarkt ist aus drei Gründen ein *unvollkommener Markt*:

- Der Arbeitnehmer als Anbieter der Leistung kann eine *anormale Marktreaktion* an den Tag legen. Beispielsweise wird er bei sinkendem Lohn unter Umständen mehr statt weniger Arbeit anbieten, um eine Einkommenseinbusse abzuwenden.
- Der Arbeitnehmer ist existenziell auf das Anbieten der Leistung angewiesen, weil sie meist seine *einzigste Einkommensquelle* darstellt.
- Der Arbeitnehmer ist häufig weniger verkehrsgewandt als die Arbeitgeberin. Er ist deshalb im individuellen Arbeitsvertragsverhältnis die schwächere Partei und muss durch eine sonderrechtliche Behandlung geschützt werden.³⁰ Das Arbeitsrecht ist heute *Sozialrecht*, das diesen Schutz gewährleisten sollte und damit immer auch im Spannungsverhältnis zur Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft steht.

4. Individualarbeitsrecht und öffentliches Arbeitsrecht

41 Das *Individualarbeitsrecht* regelt die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin als Teilnehmer am Privatrechtsverkehr. Das *öffentliche Arbeitsrecht*³¹ begründet grundsätzlich öffentlich-rechtliche Pflichten zwischen dem Staat und Privaten. Das Recht der Arbeitsverbände und ihre Beziehungen zum jeweiligen Sozialpartner wird durch das *kollektive Arbeitsrecht*³² geregelt.

²⁹ STOBER, 43.

³⁰ GYGI, 217, 221.

³¹ Siehe hierzu § 4.

³² Siehe hierzu § 3.