

THOMAS GEISER

Professor an der Universität St. Gallen

ROLAND MÜLLER

Privatdozent für Wirtschaftsrecht und Luftrecht
an der Universität St. Gallen

Arbeitsrecht in der Schweiz

Unterlagen zum Selbststudium mit Fragensammlung



Arbeitsrecht in der Schweiz

Unterlagen zum Selbststudium mit Fragensammlung

Thomas Geiser

Professor an der Universität St. Gallen

Roland Müller

Privatdozent an der Universität St. Gallen



Vorwort

Mit dem vorliegenden Werk soll eine Lücke in der Literatur zum Arbeitsrecht in der Schweiz geschlossen werden: Lehrbuch und Fragensammlung vereint in einem Buch. Dabei wurde auf dem bereits seit einigen Jahren erfolgreich eingesetzten Arbeitsrechtsskript für Studenten an der Universität St.Gallen aufgebaut. Die integrierte Fragensammlung basiert auf den konkreten Arbeitsrechtsprüfungen der Bachelor-Stufe in den Jahren 2003 und 2004. Bei den Antworten wurden Verweise auf die massgebenden Ausführungen im Grundlagenteil eingefügt, so dass eine rasche und zielgerichtete Repetition möglich ist.

Hervorzuheben sind das umfassende Literaturverzeichnis, das über die im Text verwendete Literatur hinausgehend alle für das schweizerische Arbeitsrecht grundlegenden Werke beinhaltet, sowie das Internet Quellenverzeichnis, welches die massgebenden Fundstellen im Internet aufführt.

Im Anhang finden sich neben dem Stichwortverzeichnis auszugsweise die wichtigsten Normen. Ausgenommen davon sind das Schweizerische Obligationenrechts (OR) und das Arbeitsgesetz (ArG), welche separat anzuschaffen bzw. zu konsultieren sind. Damit eignet sich dieses Werk einerseits hervorragend zum Selbststudium und andererseits auch zur raschen Lösung von arbeitsrechtlichen Problemen.

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

St. Gallen/Staad, Januar 2005

Prof. Dr. Thomas Geiser
PD Dr. Roland Müller

Inhaltsverzeichnis

INHALTSVERZEICHNIS	V
LITERATURVERZEICHNIS	XI
INTERNETQUELLENVERZEICHNIS.....	XV
ABBILDUNGSVERZEICHNIS.....	XVII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XIX
A EINLEITUNG UND ÜBERBLICK.....	1
Normenhierarchie und Behörden im Arbeitsrecht.....	1
1. Normenhierarchie.....	1
2. Behörden und Organisationen.....	5
Inhalt des Arbeitsrechts	7
1. Abhängige Arbeit als Gegenstand.....	7
2. Soziales Marktwirtschaftsprinzip.....	7
3. Individualarbeitsrecht und öffentliches Arbeitsrecht.....	7
Geschichte des Arbeitsrechts.....	8
1. Geschichtlicher Überblick.....	8
2. Geschichte des Arbeitsrechts in der Schweiz.....	8
Anwendbarkeit des schweizerischen Arbeitsrechts.....	13
1. International.....	13
2. Intertemporal.....	14
Arbeitsgerichtliches Verfahren.....	16
1. Überblick.....	16
2. Zuständigkeit.....	16
3. Einfaches und rasches Verfahren.....	17
4. Kostenlosigkeit.....	17
5. Untersuchungsmaxime und freie Beweiswürdigung.....	17
B EINZELARBEITSVERTRAG (EAV).....	19
Begriff	19
1. Verträge über Arbeitsleistung.....	19
2. Begriffsnotwendige Elemente.....	19
Abgrenzung zu anderen Dienstleistungsverträgen	23
1. Überblick.....	23
2. Abgrenzung zum Werkvertrag.....	23
3. Abgrenzung zum einfachen Auftrag.....	23
4. Abgrenzung zum Agenturvertrag.....	24
5. Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag.....	24
6. Abgrenzung zum Dienstverschaffungsvertrag.....	25
Besondere Arten des Arbeitsvertrages	26
1. Lehrvertrag.....	26
2. Handelsreisendenvertrag.....	26
3. Heimarbeitsvertrag.....	29
4. Personalverleih.....	30
5. Gruppenarbeitsverträge.....	31
6. Öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis.....	32
7. Arbeitsleistung unter Ehegatten und Konkubinatspartnern.....	33
8. Arbeitsleistung in der Familie.....	34
Vertragsanbahnung.....	35
1. Aufnahme der Vertragsverhandlungen.....	35
2. Hilfsmittel der Entscheidungsfindung.....	35
3. Pflichten des Arbeitgebers.....	36

4. Pflichten des Bewerbers	36
Abschluss des Vertrages	37
1. Allgemeine Arbeitsbedingungen	37
2. Bewilligung	37
3. Vermutung des stillschweigenden Vertragsschlusses	37
4. Schranken der Vertragsfreiheit	38
Mängel des Arbeitsvertrages	40
1. Nichtigkeit	40
2. Unverbindlichkeit	41
3. Folgen mangelhafter Verträge	44
Pflichten des Arbeitnehmers	46
1. Übersicht	46
2. Arbeitspflicht	46
3. Pflicht zur Befolgung von Weisungen des Arbeitgebers	49
4. Sorgfalts- und Treuepflicht	53
Pflichten des Arbeitgebers	57
1. Übersicht	57
2. Lohnzahlungspflicht	57
3. Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung	63
4. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	68
Freizeit und Ferien	69
1. Freizeit	69
2. Ferien	71
Beendigung des Arbeitsvertrags im Allgemeinen	76
1. Übersicht	76
2. Kündigung	76
3. Aufhebungsvertrag	76
4. Zeitablauf	77
5. Pensionierung	78
6. Tod des Arbeitnehmers	79
7. Keine Beendigungsgründe	79
Kündigung im Speziellen	82
1. Allgemeines	82
2. Ordentliche Kündigung	82
3. Freistellung	93
4. Ausserordentliche Kündigung	94
5. Änderungskündigung	96
6. Entstehungsgeschichte des Kündigungsschutzes	97
Folgen der Vertragsauflösung	100
1. Beendigung des Arbeitsverhältnisses	100
2. Nachwirkungen	100
3. Fälligkeit aller Forderungen	100
4. Unverzichtbarkeit der Forderungen	101
5. Abgangsentschädigung	101
6. Zeugnis	102
Konkurrenzverbot	103
1. Begriff und Bedeutung	103
2. Ausgestaltung	103
3. Voraussetzungen der Wirksamkeit	103
4. Wirkung	105
5. Beendigung	105
C SOZIALVERSICHERUNG IM ARBEITSRECHT	106
Einleitung	106
1. Sozialversicherung und Arbeitsrecht	106
2. Begriff der Sozialversicherung	106

3. Geschichtliches.....	108
Überblick über die Sozialversicherungen.....	113
1. Drei-Säulen-Prinzip der Vorsorge.....	113
2. Eidgenössische AHV und IV.....	113
3. Berufliche Vorsorge.....	115
4. Unfallversicherung.....	116
5. Krankenversicherung.....	116
6. Arbeitslosenversicherung.....	117
7. Erwerbsersatzordnung.....	117
AHV/IV und Berufliche Vorsorge im Speziellen.....	119
1. Träger.....	119
2. Aufsicht und Mitwirkungsrechte.....	120
3. Rechtspflege.....	120
4. Obligatorische vs. freiwillige Versicherung.....	121
5. Pflichten des Arbeitgebers.....	122
6. Pflichten des Arbeitnehmers.....	122
7. Pflichten der Sozialversicherung.....	122
D KOLLEKTIVARBEITSRECHT.....	124
Einleitung.....	124
1. Gegenstand.....	124
2. Funktion in der schweizerischen Wirtschaftsverfassung.....	124
3. Arbeitsmarktfreiheiten.....	125
Stellung der Verbände.....	128
1. Koalitionen.....	128
2. Aufgaben und Zuständigkeiten.....	131
3. Tariffähigkeit.....	131
4. Tarifzuständigkeit.....	133
5. Krise der Gewerkschaften?.....	133
Der Gesamtarbeitsvertrag (GAV).....	134
1. Definition.....	134
2. Funktionen.....	134
3. Parteien des GAV.....	135
4. Arten von GAV.....	135
5. Inhalt des GAV.....	136
6. Entstehung der Beendigung.....	141
7. Persönlicher Geltungsbereich.....	142
8. Geschichtliches.....	144
Der Normalarbeitsvertrag (NAV).....	147
1. Begriff und Funktion.....	147
2. Stellung gegenüber Gesetz und GAV.....	147
3. Verpflichtung zum Erlass.....	147
4. Zuständigkeit und Verfahren.....	148
5. Geschichtliche Entwicklung.....	148
Betriebsordnung.....	149
1. Im Arbeitsgesetz.....	149
2. Weitere Mitwirkungsrechte.....	150
3. Geschichtliche Entwicklung.....	150
Arbeitskampfrecht.....	152
1. Grundlage.....	152
2. Streik.....	153
3. Aussperrung.....	156
4. Rechtsfolgen.....	157

E	ÖFFENTLICHES ARBEITSRECHT	159
	Grundsätze	159
	1. Vorbehalt des öffentlichen Arbeitsrechts	159
	2. Rezeptionsklausel	159
	3. Quellen	159
	Arbeitsgesetz	160
	1. Arbeitsschutzrecht	160
	2. Geltungsbereich	160
	3. Gesundheitsvorsorge und Unfallverhütung	162
	4. Arbeits- und Ruhezeit	163
	5. Sonderschutzvorschriften	165
	Durchsetzung	166
	1. Zivilrechtliche Durchsetzung	166
	2. Öffentlichkeitsrechtliche Durchsetzung	166
	Flankierende Massnahmen zur Einführung des Freien Personenverkehrs	167
	1. Bilaterale Abkommen mit der EU	167
	2. Flankierende Massnahmen	167
F	FRAGEN UND ANTWORTEN	170
	Vorbemerkungen	170
	Fall 1 "Heimleiter Victor Meier"	171
	Fall 2 "Speditionsabteilung"	174
	Fall 3 "Fritz Meier in Bern"	177
	Fall 4 "Vizedirektor Schmid"	180
	Fall 5 "Besserwisser"	183
	Fall 6 "Handelsreisende und Schwangerschaft"	186
	Fall 7 "Abzock AG"	189
	Fall 8 "Jungunternehmer Fritz Fleissig"	192
	Fall 9 "Reisebüro Asiatour"	195
	Fall 10 "Programmierer Moritz Schläu"	198
	Fall 11 "Robert Raser"	201
	Fall 12 "Pflegeheim"	204
	Fall 13 "Landi"	208
	Fall 14 "Controller Emil Wunder"	211
	Fall 15 "Pizza Blitz GmbH"	214
	Fall 16 "Fantasia Versicherungs AG"	217
	Fall 17 "Angelika Hungers Dilemma"	220
	Fall 18 "Verschlafener Max Leibundgut"	223
	Fall 19 "Glacefabrik"	226
	Fall 20 "Ögüel Hakin"	229
	Fall 21 "Adventure Tour GmbH"	232
	Fall 22 "Moritz Gernegross"	235
	Fall 23 "Rechtsanwalt Furrer"	238
	Fall 24 "Turnaround-Manager Dr. Paul Nägeli"	241
	Fall 25 "Dr. Vito Bardil"	244
	Fall 26 "Düsenmann und Hasler"	248
	Fall 27 "Schmuckgeschäfte"	251
	Fall 28 "Personalchef Felix Meier"	254
	Fall 29 "Promadia AG"	257
	Fall 30 "Unia"	260
	Fall 31 "Heiri Hasler"	263
	Fall 32 "Stephan Steiner"	266

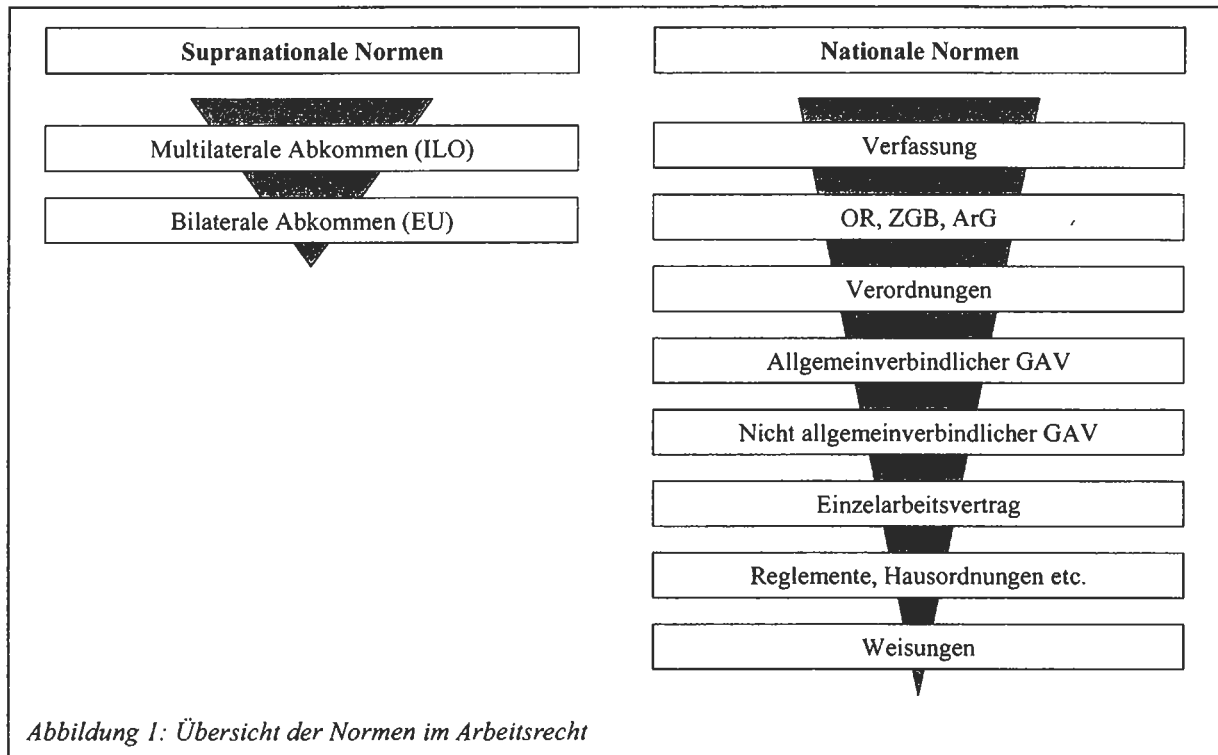
Fall 33 "Robert Rotfurt"	270
Fall 34 "Marketingschef Peter Ackermann"	273
Fall 35 "Hamster Food"	276
Fall 36 "Rosi Renner"	279
Fall 37 "Heiri Hammer"	282
Fall 38 "Moriz Löwenburger"	285
Fall 39 "Walter Wyss"	288
Fall 40 "Clara Constantin"	291
Fall 41 "Maya Brenner"	294
Fall 42 "Frida Fuchs"	297
Fall 43 "Controllerin Roberta Rossi"	300
Fall 44 "Elias Kurat"	303
Fall 45 "Roland Reichenburg"	306
Fall 46 "Fritz Feiertag"	309
Fall 47 "Romeo Bertoluzzi"	312
Fall 48 "Victor Vaselli"	315
Fall 49 "Martina Miller"	318
Fall 50 "Theo Troller"	321
GESETZESTEXTE	325
Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft	325
BG über die Gleichstellung von Frau und Mann	327
BG über den Datenschutz	328
Bundespersonalgesetz	328
BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen	329
BG über Schuldbetreibung und Konkurs	329
BG über das Internationale Privatrecht	330
Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssache	330
BG über die Berufsbildung	330
BG über die Heimarbeit	331
BG über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih	332
Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih	333
BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer	333
Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer	333
Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit	333
BG über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen	335
BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen	336
BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung	337
BG über die Invalidenversicherung	339
BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge	340
BG über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge	343
BG über die Krankenversicherung	344
BG über die Unfallversicherung	344
BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung	345
INDEX	346

A EINLEITUNG UND ÜBERBLICK

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. Die nachstehende Übersicht veranschaulicht deshalb die im Arbeitsrecht massgebenden supranationalen und nationalen Normen.

b) Internationales Recht

aa) Multilaterale Abkommen

aaa) International Labour Organization (ILO)

Die bereits 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 entfalten national Wirkung, sofern sie ratifiziert wurden und unmittelbar anwendbare Normen enthalten¹. Die Schweiz ist seit 1920 Mitglied der ILO, hat aber viele Abkommen nicht ratifiziert².

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 BK-REHBINDER, vor Art. 319 N 8.

bbb) Europäische Sozialcharta (ESC)

- 3 Die Europäische Sozialcharta wurde vom Europarat u.a. 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 1976³, hat die Ratifikation aber bis heute nicht vollzogen. Seit 1984 beschäftigen sich die Eidgenössischen Räte mit dem Geschäft, bevor der letzte Anlauf Ende 2004 scheiterte⁴. 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.). Im Gegensatz zu den ILO-Übereinkommen statuiert die ESC aber keinen Individualrechtsschutz, sondern nur ein die Vertragsparteien verpflichtendes Kontroll- und Berichtssystem. Die EU hat weite Bereiche der ESC in eigenes Recht überführt.

ccc) UN-Menschenrechtspakte

- 4 Die Schweiz hat sowohl den UNO-Pakt I⁵ als auch den UNO-Pakt II⁶ unterzeichnet und ratifiziert. Ersterer verpflichtet die Schweiz u.a., „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 ist, hat das Bundesgericht offen gelassen und lediglich festgehalten, dass überzeugende Gründe dafür sprechen⁷. Die h. L. geht hingegen davon aus, dass sich dieser Pakt allein an den Gesetzgeber richtet⁸.

- 5 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.

bb) Bilaterale Abkommen

- 6 Die Schweiz hat mit einer ganzen Reihe von Staaten bilaterale Abkommen getroffen. Von besonderer Bedeutung sind die bilateralen Abkommen mit der EU⁹. Gegenstand dieser Abkommen sind die EU-Freizügigkeiten, insbesondere der *Freie Personenverkehr* und das öffentliche Beschaffungswesen.

c) Nationales Recht

aa) Bundesverfassung

- 7 Die Arbeitsverfassung erscheint auch in der neuen Bundesverfassung nicht als geschlossene Regelung, sondern findet sich in allen Bereichen. Ebenso wie die Wirtschaftsverfassung, welche der Verfassungsgeber als marktorientierte Privatwirtschaft konzipierte¹⁰, anerkennt auch die Arbeitsverfassung stillschweigend die Privatautonomie.

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

⁴ Die notwendige Verlängerung der Behandlungsdauer der entsprechenden parlamentarischen Initiative wurde vom Nationalrat am 17.12.2004 abgelehnt (vgl. NZZ, 18. Dezember 2004, 18 ff.).

⁵ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte [SR 0.103.1].

⁶ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte [SR 0.103.2].

⁷ BGE 125 III 281.

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

⁹ Siehe Kapitel „Bilaterale Abkommen mit der EU“, ab S. 13.

¹⁰ VALLENDER/VEIT, 22.

Elemente der Arbeitsverfassung finden sich u.a. in folgenden Bestimmungen:

8

Art. 8 Abs. 3	Auftrag zur Verwirklichung der Lohngleichheit für gleichwertige Arbeit von Frau und Mann
Art. 27	Garantie der Wirtschaftsfreiheit, d.h. insbesondere der Berufswahlfreiheit, des freien Zugangs zu privatwirtschaftlichen Tätigkeiten sowie deren freie Ausübung
Art. 28	Garantie der Koalitionsfreiheit und des Streikrechts, mit Vorbehalt
Art. 41	Sozialziele, ohne unmittelbaren Anspruch oder definierte Zuständigkeit
Art. 100 Abs. 1	Auftrag des Staates zur Vollbeschäftigungspolitik
Art. 110 Abs. 1 lit. a	Ermächtigung zur Regelung des Arbeitnehmerschutzes
Art. 110 Abs. 1 lit. b	Kompetenz zur Regelung der Mitbestimmung in betrieblichen und beruflichen Angelegenheiten
Art. 110 Abs. 1 lit. d	Ermächtigung zur Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen
Art. 111 f.	Auftrag zur Sicherstellung der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge
Art. 113	Ermächtigung zur Regelung der obligatorischen, beruflichen Vorsorge
Art. 114	Kompetenz zur Regelung der obligatorischen Arbeitslosenversicherung
Art. 116 Abs. 2	Ermächtigung der Regelung von Familienzulagen
Art. 116 Abs. 3	Auftrag der Errichtung einer Mutterschaftsversicherung
Art. 117	Ermächtigung zur Regelung der Kranken- und Unfallversicherung
Art. 122	Kompetenz zur Regelung des Privatrechts, inkl. Arbeitsrecht

bb) Arbeitsvertragsrecht

aaa) Arbeitsvertrag im OR

Der *Einzelarbeitsvertrag* ist im Obligationenrecht ausführlich geregelt (Art. 319 ff. OR). Daneben enthält es auch Vorschriften zu besonderen Verträgen:

9

- Lehrvertrag (Art. 344 ff.);
- Handelsreisendenvertrag (Art. 347 ff.);
- Heimarbeitsvertrag (Art. 351 ff.);
- Gesamtarbeitsvertrag (Art. 356 ff.);
- Normalarbeitsvertrag (Art. 359 ff.).

bbb) Arbeitsverträge in Spezialgesetzen

Neben den obligationenrechtlichen Grundlagen finden sich Regelungen in verschiedenen Spezialgesetzen:

10

- *Heuervertrag der Schiffsleute*: BG vom 23. September 1953 über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschiffahrtsgesetz; SSG), Art. 68 - 86 und 162. [SR 747.30];
- *Leiharbeitsverhältnis*: BG vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) [SR 823.11];
- *Handelsreisendenvertrag*: BG vom 4. Oktober 1930 über die Handelsreisenden (Handelsreisendengesetz; HRG) [SR 943.1].

ccc) Kollektives Arbeitsrecht

Das kollektive Arbeitsrecht definiert das Zusammenspiel der Tarifpartner:

11

- *Generalarbeitsvertrag*: BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), [SR 220]: Art. 356 ff.;
- *Allgemeinverbindlicherklärung*: BG vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) [SR 221.215.311];

- *Betriebsordnungen*: BG vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) [SR 822.11] (Art. 37 – 39);
- *Einigungswesen*: BG vom 18. Juni 1914 betreffend die Arbeit in den Fabriken (Fabrikgesetz; FabrikG) [SR 821.41];
- *Beilegung Arbeitsstreit*: BG vom 12. Februar 1949 über die Eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten (EEG/EES) [SR 821.42];
- *Mitwirkung*: BG vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) [SR 822.14].

cc) Öffentlichrechtliche Bestimmungen

- 12 Verschiedene öffentlichrechtliche Bestimmungen treffen indirekt oder direkt privatrechtliche Arbeitsverhältnisse oder bilden die Grundlage für eine öffentlich-rechtliche Beschäftigung (die mit einem Stern markierten Gesetze sind im Anhang wiedergegeben):
- *Arbeitsgesetz* (ArG) vom 13. März 1964 [SR 822.11] und die zugehörigen VO 1 bis 4 (ArGV 1 via 4);
 - * *Berufsbildungsgesetz* (BBG) vom 19. April 1978 [SR 412.10] und die dazugehörige Vollzugsverordnung;
 - * *Bundespersonalgesetz* (BPG) vom 24. März 2000 [SR 172.220.1] inkl. der zugehörigen Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG) sowie Inkraftsetzungsverordnung BPG für die SBB;
 - *Landwirtschaftsgesetz* (LwG) vom 29. April 1998 [SR 910.1] und Vollzugsverordnungen;
 - *Arbeitszeitgesetz* (AZG) vom 8. Oktober 1971 [SR 822.21];
 - *Fachhochschulgesetz* (FHSG) vom 6. Oktober 1995 [SR 414.71];
 - *Ausbildungsbeihilfengesetz* (StipG) vom 19. März 1965 [SR 416.0];
 - *Binnenmarktgesetz* (BGBM) vom 6. Oktober 1995 [SR 943.02];
 - * BG vom 26. März 1931 über *Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer* (ANAG) [SR 151.1] und Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) [SR 823.21];
 - * BG vom 8. Oktober 1999 über die in die Schweiz *entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* [SR 823.20];
 - * *Arbeitsvermittlungsgesetz* (AVG) vom 6. Oktober 1989 [SR 823.11] und Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV);
 - 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

- 13 Sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen finden sich insbesondere in folgenden Gesetzen (die mit einem Stern markierten Gesetze sind im Anhang wiedergegeben):
- * BG vom 20. Dezember 1946 über die *Alters- und Hinterlassenenversicherung* (AHVG) [SR 831.10];
 - BG vom 19. März 1965 über *Ergänzungsleistungen* zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) [SR 831.30];
 - *Erwerbersatzgesetz* (EOG) vom 25. September 1952 [SR 834.1];
 - * BG vom 19. Juni 1959 über die *Invalidenversicherung* (IVG) [SR 831.20];
 - * BG vom 19. Juni 1992 über die *Militärversicherung* (MVG) [SR 833.1];
 - * BG vom 18. März 1994 über die *Krankenversicherung* (KVG) [SR 832.10];
 - * BG vom 20. März 1981 über die *Unfallversicherung* (UVG) [SR 832.20];

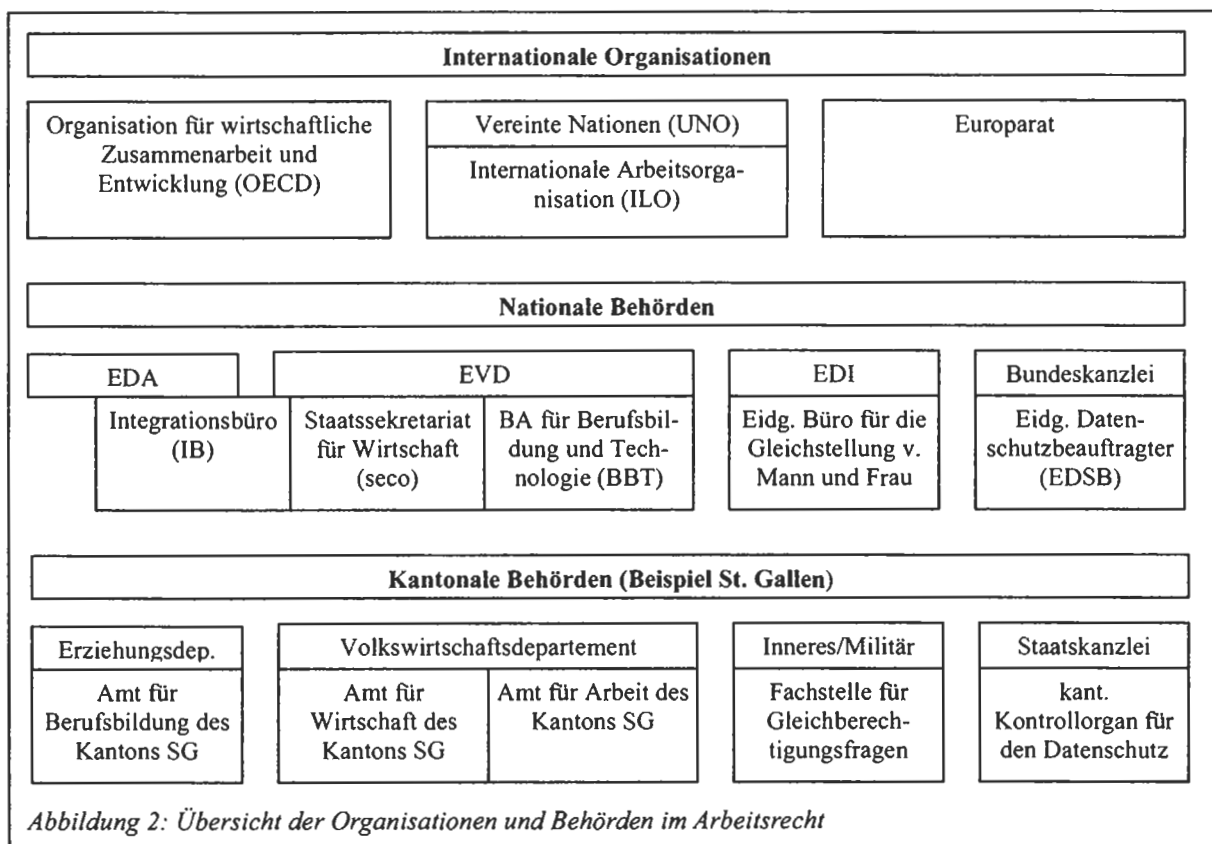
- * BG vom 25. Juni 1982 über die *berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge* (BVG) [SR 831.40]; siehe auch Art. 331-331c OR, 89bis ZGB;
- * *Arbeitslosenversicherungsgesetz* (AVIG) vom 25. Juni 1982 [SR 837.0];
- * *Freizügigkeitsgesetz* (FZG) vom 17. Dezember 1993 [SR 831.42];
- BG vom 20. Juni 1952 über die *Familienzulagen in der Landwirtschaft* (FLG) [SR 836.1].

ee) Gleichstellung von Frau und Mann; Datenschutz

- *Gleichstellungsgesetz* (GlG) vom 24. März 1995 [SR 151];
- Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den *Datenschutz* (DSG) [SR 235.1].

2. Behörden und Organisationen

a) Überblick



b) Internationale Organisationen

Die Schweiz ist Mitglied der *Vereinten Nationen* und hat die beiden UNO-Pakte ratifiziert. Die *Internationale Arbeitsorganisation* (ILO) ist eine Spezialorganisation der UNO. Sie verfolgt das Ziel der Schaffung weltweit gerechter Arbeitsbedingungen. 14

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 geschaffen, deren 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. 15

c) Nationale Behörden

16 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 einen und vertritt die Schweizer Interessen in der Ständigen Mission der Schweiz bei den internationalen Wirtschaftsorganisationen sowie im Integrationsbüro.

17 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 u.a. damit beauftragt, die Koordination integrationsrechtlicher Angelegenheiten wahrzunehmen und Verträge mit der EU auszuhandeln.

18 Das *Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT)* 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.

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

d) Kantonale Behörden am Beispiel St. Gallens

20 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.

21 Das *Amt für Wirtschaft* ist für die Wirtschaftsförderung zuständig und erteilt die Ausländerbewilligungen. Das kantonale Arbeitsinspektorat ist ebenfalls hier angegliedert. Es ist für die Überwachung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften betreffend die Arbeits- und Ruhezeiten sowie für die Arbeitsplatzsicherheit und die Gesundheitsvorsorge zuständig.

22 Dem *Amt für Berufsbildung* ist insbesondere 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.

F FRAGEN UND ANTWORTEN

Vorbemerkungen

Nachstehend werden 50 Einzelprüfungen vorgegeben, welche an der Universität St. Gallen auf der Bachelorstufe bei mündlichen Prüfungen Verwendung fanden und alle gleich aufgebaut sind. Zuerst werden jeweils zwei allgemeine Fragen zum Arbeitsrecht gestellt, die möglichst umfassend beantwortet werden sollen. Danach folgen jeweils fünf Kurzfälle, welche zwar thematisch in einem Zusammenhang stehen, nicht jedoch bezüglich der Fragenstellung. Diese Fälle sind rein fiktiv, auch wenn zum Teil Anlehnungen an konkrete Gerichtsfälle aus der Praxis der Autoren erfolgt sind. Bei diesen Kurzfällen sind gelegentlich unterschiedliche Antworten bzw. Meinungen möglich. Wichtig ist dabei die Begründung der Antworten.

Bei allen Antworten sollte jeweils angegeben werden, ob vom Gesetzgeber diesbezügliche Vorschriften aufgestellt wurden. Dabei kann das Obligationenrecht und das Arbeitsgesetz jederzeit zur Hilfe beigezogen werden. Auch in der Praxis erteilen die Arbeitsrechtsspezialisten ihre Antworten auf arbeitsrechtliche Fragen grundsätzlich gestützt auf entsprechende Gesetzesbestimmungen.

Einzelne Kurzfälle haben dieselbe Problematik zum Inhalt. Deshalb finden sich zu einzelnen Fragen praktisch identische Antworten. Dies entspricht durchaus den Erfahrungen in der Praxis. Auch die Arbeitsrechtsspezialisten werden oftmals in der gleichen Woche von verschiedenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zum gleichen Thema befragt. Auf der "Hitliste" solcher Anfragen finden sich ohne Prioritätensetzung insbesondere folgende Problemstellungen:

- Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall;
- Forderungen aus Überstunden und Überzeit;
- Ferienansprüche (Berechnung, Verjährung, Kürzung, Bestimmung);
- Berechnung von Lohn und Provision;
- Haftung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer;
- Kündigungsschutz (sachlich und zeitlich);
- Abgrenzung des Arbeitsvertrages von Auftrag und Werkvertrag;
- Zwingende Bestimmungen im Gesetz und in Gesamtarbeitsverträgen.

Fall 1 "Heimleiter Victor Meier"

Allgemeine Fragen

Wie sind die Ferien im Schweizerischen Arbeitsrecht geregelt?

Welche Unterschiede gibt es zwischen Überstunden und Überzeit?

Detailfragen

Victor Meier ist in einem Altersheim seit 1992 als Heimleiter angestellt. In seinem schriftlichen Arbeitsvertrag wurde eine Kündigungsfrist von 6 Monaten festgehalten.

Ist eine solch lange Kündigungsfrist überhaupt zulässig und gilt sie schon in der Probezeit?

Am Nachmittag des 11. November 2002 erscheint der Präsident des Stiftungsrates vom Altersheim bei Victor Meier und kündigt mündlich das Arbeitsverhältnis per Ende April 2003.

Kann ein Stiftungsratspräsident überhaupt eine Kündigung aussprechen und ist eine mündliche Kündigung überhaupt gültig?

Am Abend des 11. November 2002 konsultiert Victor Meier seinen Hausarzt, weil er am Morgen desselben Tages von der Leiter gestürzt ist. Der Hausarzt schreibt Victor Meier bis Ende Dezember 2002 arbeitsunfähig.

Kann ein Arzt rückwirkend eine Arbeitsunfähigkeit feststellen und was bedeutet die Arbeitsunfähigkeit für die Kündigung?

Als der Präsident des Stiftungsrates von der Arbeitsunfähigkeit hört, kündigt er am 15. Januar 2003 nochmals schriftlich per Ende April 2003 mit dem Vermerk, Victor Meier werde ab 1. März 2003 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses freigestellt. Er solle während dieser Zeit seine Ferien und Überstunden beziehen und erhalte deshalb für diesen Zeitraum auch keine weiteren Lohnzahlungen.

Sind die Kündigung und die Weisung zum Ferienbezug bzw. zur Überstundenkompensation rechtsgültig?

Victor Meier klagt beim Arbeitsgericht auf Bezahlung der Monatslöhne März bis April mit dem Vorbehalt des Nachklagerechtes. Gleichzeitig macht er noch nicht bezogene Ferien und Überstunden geltend.

Muss das Altersheim die Ferien- und Überstundenentschädigung zahlen? Ist der Nachklagevorbehalt im Arbeitsgerichtsprozess zulässig?

Antworten

Allgemeine Fragen

Wie sind die Ferien im Schweizerischen Arbeitsrecht geregelt?

- Dauer (→ Rz. 337)
 - Nach OR 329a mindestens 4 Wochen pro Jahr;
 - Jugendliche bis zum vollendeten 20. Altersjahr 5 Wochen;
 - bei unvollständigem Dienstjahr pro rata temporis.
- Kürzung (→ Rz. 341)
 - verschuldete Arbeitsverhinderung: Kürzung um 1/12 pro Monat (OR 329b I);
 - unverschuldete Verhinderung: Kürzung um 1/12 ab 2. Monat (OR 329b II);
- Arbeitgeber bestimmt Zeitpunkt der Ferien (→ Rz. 351);
- Betriebsferien gehen i.A. vor;
- Lohnzahlungspflicht während Ferien (→ Rz. 357);
- während Vertragsdauer keine Abgeltung durch Geldleistung (→ Rz. 354).

Welche Unterschiede gibt es zwischen Überstunden und Überzeit?

- Überstunden (→ Rz. 208 ff.)
 - Begriff: Jede Arbeit, welche die vertraglich festgelegte oder die übliche Arbeitszeit übersteigt und notwendig ist (OR 321c);
 - Der Arbeitnehmer ist zur Leistung von Überstunden verpflichtet, soweit diese notwendig und zumutbar sind;
 - Der Arbeitnehmer hat Anrecht auf Lohn mit 25% Zuschlag, sofern er die Überstunden und deren Notwendigkeit beweisen kann;
 - Der Zuschlag kann bei Überstunden schriftlich wegbedungen werden.
- Überzeit (→ Rz. 825)
 - Überzeit beginnt, wenn die vom ArG vorgegebene Höchstarbeitszeit überschritten wird;
 - Höchstarbeitszeit 45 Std. bei Industrie und 50 Std. bei übrigen Betrieben (ArG 13 ff.);
 - Im Gegensatz zu Überstunden ist bei der Überzeit der Zuschlag von 25% zwingend und kann nicht wegbedungen werden;
 - Eine Kompensation ohne Zuschlag ist sowohl bei Überstunden als auch bei Überzeit nur mit Einverständnis des Arbeitnehmers möglich;
 - Überzeit gilt nicht für leitende Arbeitnehmer, da diese vom ArG ausgeschlossen sind.

Detailfragen

Ist eine solch lange Kündigungsfrist überhaupt zulässig und gilt sie schon in der Probezeit?

- gesetzliche Kündigungsfrist
 - während Probezeit: 7 Tage (OR 335b) (→ Rz. 403);
 - nach Probezeit: 1-3 Monate (OR 335c) (→ Rz. 406);
- Abänderung nur schriftlich gültig (→ Rz. 406).

Kann ein Stiftungsratspräsident überhaupt eine Kündigung aussprechen und ist eine mündliche Kündigung überhaupt gültig?

- Form (→ Rz. 409)
 - Ohne andere vertragliche Regelung genügt mündliche Kündigung;
 - kein Kündigungsgrund erforderlich;
 - Arbeitnehmer kann nach OR 335 II eine schriftliche Begründung verlangen;
- Jedes Organ kann kündigen, aber auch ein Nichtorgan mit Vollmacht.

Kann ein Arzt rückwirkend eine Arbeitsunfähigkeit feststellen und was bedeutet die Arbeitsunfähigkeit für die Kündigung?

- zeitlicher Kündigungsschutz (→ Rz. 416)
 - Kündigungsschutz auch bei rückwirkend festgestellter Arbeitsunfähigkeit;
 - Kündigung zur Unzeit nach OR 336c I lit. b;
 - Kündigung ist nichtig;
 - Arbeitnehmer muss keine Massnahmen ergreifen.

Sind die Kündigung und die Weisung zum Ferienbezug bzw. zur Überstundenkompensation rechtsgültig?

- zweite Kündigung nach Ende Sperrfrist zulässig;
- aber Kündigungsfrist von 6 Monaten nicht eingehalten;
- Kündigung gilt also per Ende Juli ;
- Freistellung ist zulässig (→ Rz. 457 ff.);
- während Freistellung gilt Lohnzahlungspflicht;
- Ferienanordnung zulässig, aber nur wenn genügend Zeit zur Stellensuche (→ Rz. 355);
- Überstundenkompensation nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers (→ Rz. 210).

Muss das Altersheim die Ferien- und Überstundenentschädigung zahlen? Ist der Nachklagevorbehalt im Arbeitsgerichtsprozess zulässig?

- Ferien und Überstunden verjähren erst nach 5 Jahren (→ Rz. 351);
- Arbeitnehmer hat Ferienanspruch zu beweisen, Arbeitgeber aber Ferienbezug;
- Altersheim muss Ferien nicht bezahlen;
- Altersheim muss Überstunden mit Zuschlag zahlen (→ Rz. 210);
- Nachklagevorbehalt grundsätzlich zulässig, aber Streitwertgrenze CHF 30'000 (→ Rz. 60).