

Stämpfli juristische Lehrbücher

Thomas Geiser
Roland Müller
Kurt Pärli

Arbeitsrecht in der Schweiz

5. Auflage



Stämpfli Verlag

Thomas Geiser

em. Professor an der Universität St. Gallen

Roland Müller

Professor an den Universitäten St. Gallen und Bern

Kurt Pärli

Professor an der Universität Basel

Arbeitsrecht in der Schweiz

5. Auflage



Stämpfli Verlag

Zitiervorschlag:

Geiser/Müller/Pärli, SJL Arbeitsrecht in der Schweiz, 5. 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 · 2024
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-3745-4

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

Judocu ISBN 978-3-0354-6464-1



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 Mitglied in der Geschäftsleitung oder im Verwaltungsrat. Dennoch ist Arbeitsrecht weitgehend Teil des Sozialrechts. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass in der Regel der Arbeitnehmer als schwächere Vertragspartei des Schutzes bedarf.

In der vorliegenden, fünften Auflage werden die neuste Lehre und Rechtsprechung im Bereich des Arbeitsrechts ebenso berücksichtigt wie gesetzgeberische Änderungen wie namentlich die neuen Bestimmungen zum Urlaubsrecht (u.a. Betreuungsurlaub, Vaterschaftsurlaub). Thematisiert werden zudem auch arbeitsrechtliche Streitfragen, die sich im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie ergaben.

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 einige Musterprüfungen von verschiedenen Universitäten 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 bei dieser Neuauflage Nic Frei, MLAW, der am Lehrstuhl für Soziales Privatrecht der Universität Basel tätig ist und bei der vorliegenden fünften Auflage tatkräftig mitgewirkt hat.

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 entgegengenommen.

St. Gallen/Staad/Basel, Oktober 2023

Prof. Dr. Thomas Geiser

Prof. Dr. Roland Müller

Prof. Dr. Kurt Pärli

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. 1

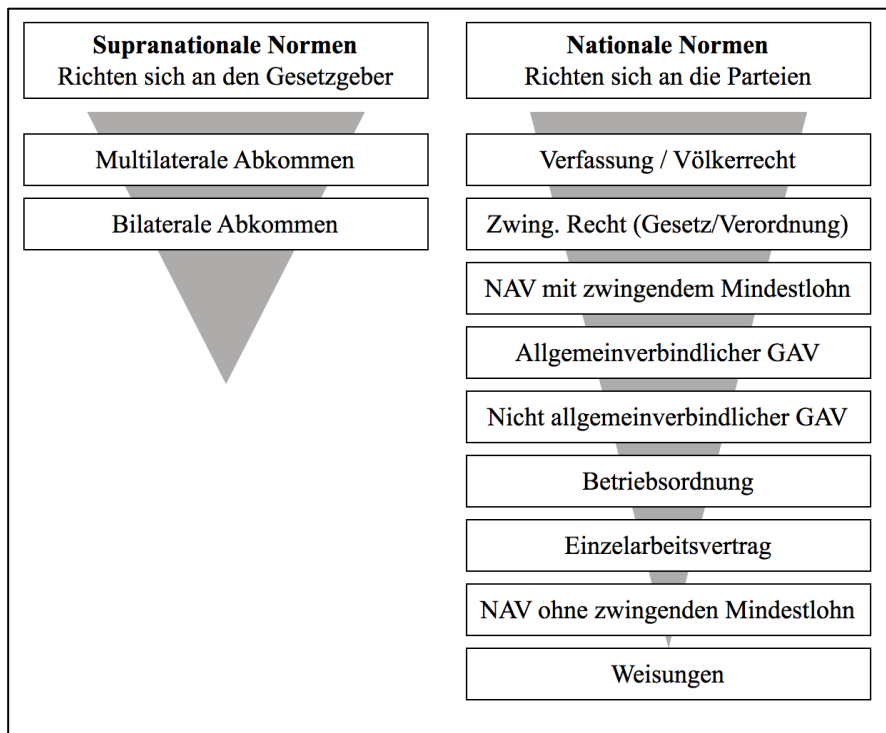


Abbildung 1: Übersicht der supranationalen und nationalen Normen im Arbeitsrecht

b. Internationales Recht

aa. Multilaterale Abkommen

aaa. International Labour Organization (ILO)¹

- 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. Eine Besonderheit der ILO ist ihre tripartite Struktur. Alle entscheidungsrelevanten Gremien der Organisation sind mit Vertretern von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen sowie der Regierungen besetzt.² Die ILO-Übereinkommen enthalten *völkerrechtlich verbindliche Aufträge* an die zuständigen nationalen Behörden zur Umsetzung der vereinbarten Ziele zum Schutz der Arbeitnehmer. Eine zentrale Bedeutung kommt dabei den acht sogenannten Kernübereinkommen zu (Erklärung der ILO über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit³), die ein Verbot der Zwangsarbeit, Schutzvorschriften für Kinder und Jugendliche, Diskriminierungsverbote sowie die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit beinhalten.⁴ An der 110. Arbeitskonferenz im Juni 2022 hat die ILO zudem die Konventionen ILO 155 und 187 (Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz) neu als Kernarbeitsnormen anerkannt. Treiber dieser Entwicklung waren die während der Covid-Pandemie festgestellten Defizite. Die Durchsetzung der Übereinkommen auf internationaler Ebene erfolgt primär durch ein Berichtsverfahren. Die Ratifikationsstaaten sind verpflichtet, den zuständigen ILO-Gremien periodisch einen Bericht über den Stand der Umsetzung zu erstatten.⁵ Ein quasi-justizielles besonderes Beschwerdeverfahren gilt hinsichtlich der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit. Hier steht den Sozialpartnern das Recht einer Beschwerde an den Verwaltungsratsausschuss für Vereinigungsfreiheit (Governing Body Committee on Freedom of Association, CFA) zu.⁶

- 2a Die Schweiz spielte bei der Gründung der ILO eine wichtige Rolle und ist seit 1920 Mitglied.⁷ Sie hat bisher 60 Abkommen ratifiziert, von denen 13

¹ Randziffern 2 und 2a sind im Vergleich zu den Voraufgaben erheblich erweitert worden.

² Vgl. DEMIR, internationale Dimension, Rz. 66 f.

³ Auffindbar unter: www.ilo.org (Home, Labour Standards) oder NORMLEX.

⁴ Vgl. GREVEN/SCHERRER, fundamentale Arbeiterrechte, S. 163 ff.

⁵ Vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 198.

⁶ Vgl. DEMIR, internationale Dimension, Rz. 85–87.

⁷ Vgl. TSCHUDI, Arbeitsrecht, S. 282.

inzwischen wieder gekündigt wurden.⁸ Gekündigt hat die Schweiz bspw. Überkommen zum Nachtarbeitsverbot von Frauen, da dieses gegen den in der Bundesverfassung verankerten Grundsatz der Gleichstellung von Mann und Frau versties.⁹ Ratifiziert hat die Schweiz insbesondere auch die ILO-Kernarbeitsnormen. Die letzten ratifizierten Abkommen sind die Übereinkommen Nr. 183 über den Mutterschutz (in Kraft seit 4. Juni 2015)¹⁰ und das Übereinkommen Nr. 189 zum Schutze von Hausangestellten (in Kraft seit 12. November 2015).¹¹ Im September 2017 ratifizierte die Schweiz überdies ein ILO-Protokoll gegen Zwangsarbeit,¹² das das Kernübereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit aus dem Jahr 1930 auf den neusten Stand bringt. Das Protokoll hat zum Ziel, moderne Formen der Zwangsarbeit, darunter auch Menschenhandel und Kinderarbeit, zu bekämpfen. Einige wichtige Konventionen zum Schutze der Arbeitsrechte hat die Schweiz jedoch auch nicht ratifiziert. So namentlich das Übereinkommen Nr. 156 über die Chancengleichheit und die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer: Arbeitnehmer mit Familienpflichten und das Übereinkommen Nr. 158 über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber.

Die ratifizierten ILO-Übereinkommen haben für das schweizerische Arbeitsrecht eine mehrfache Bedeutung. Auf *internationaler Ebene* wird die Compliance der Schweiz mit den Übereinkommenszielen durch das ILO-Berichtsverfahren überprüft.¹³ Wegen Verletzung der Übereinkommen Nr. 87 und 98 i. V. m. dem Übereinkommen Nr. 135 wurde die Schweiz mehrfach vom ILO-Ausschuss zur Vereinigungsfreiheit gerügt. Das schweizerische Kündigungsschutzrecht schützt nach Ansicht dieses Ausschusses nicht wirksam vor missbräuchlicher Entlassung von Gewerkschaftsvertretern.¹⁴ *Innerstaatlich* stellen die ILO-Übereinkommen kraft der monistischen Tradition der Schweiz zum Umgang mit Völkerrecht schweizerisches Recht dar.¹⁵ In einem arbeitsrechtlichen Streit kommt den ILO-Normen indes nur dann eine unmittelbare Wirkung zu, wenn und soweit eine Bestimmung *Rechte und Pflichten des Einzelnen* betrifft, genügend *konkret und klar*, um von einer *Behörde* oder einem *Gericht* *direkt auf eine Rechtssache angewandt* werden zu kommen und sich somit nicht

2b

⁸ Siehe: www.ilo.org/normlex, Ratifications by country, Ratifications for Switzerland.

⁹ Vgl. hierzu SENTI, Schweiz in der ILO.

¹⁰ Übereinkommen Nr. 183 über den Mutterschutz, SR 0.822.728.3.

¹¹ Übereinkommen Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte, SR 0.822.728.9.

¹² Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit, SR 0.822.713.9, neues Protokoll tritt am 28. September 2018 in Kraft.

¹³ Vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 211.

¹⁴ Vgl. DUNAND/MAHON, Schutz Arbeitnehmervertreter sowie Rz. 639.

¹⁵ PÄRLI, Einwirkungsformen, Rz. 1061.

an den Gesetzgeber, sondern an die *rechtsanwendenden* Behörden richtet (self-executing). Gemäss der Praxis des Bundesgerichts sind die in den ILO-Konventionen verankerten Arbeitsrechte nicht unmittelbar anwendbar.¹⁶ Der Einfluss der von der Schweiz ratifizierten ILO-Übereinkommen auf das innerstaatliche Arbeitsrecht ist dennoch beachtlich. Auswirkungen zeigten sich in der Gesetzgebung,¹⁷ aber trotz fehlender unmittelbarer Anwendbarkeit auch in der Rechtsprechung. So nahm beispielsweise das Bundesgericht im Jahre 1977 in dem berühmten Entscheid zu ungleichen Löhnen von Lehrerinnen und Lehrern im Kanton Neuenburg ausdrücklich auf die ILO-Übereinkommen Nr. 100 über die Entgeltgleichheit¹⁸ und Nr. 111 zum Verbot der Diskriminierung¹⁹ Bezug.²⁰

- 2c Die ILO-Übereinkommen und auch die Spruchpraxis der ILO-Überwachungsorgane werden auch vom Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bei der Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)²¹ berücksichtigt.²² Feststellbar ist weiter ein Einfluss des ILO-Regelwerks auf das Arbeitsrecht der Europäischen Union (EU).²³ Die ILO-Kernübereinkommen bilden überdies Referenzpunkt für verschiedenste Guidelines und Prinzipien verantwortungsvoller Unternehmensführung.²⁴ Im Beschaffungsrecht des Bundes wird zudem die Erteilung des Zuschlages von der Gewährleistung der Einhaltung der ILO-Mindestarbeitsstandards in der Beschaffungskette abhängig gemacht.²⁵ Insgesamt zeigt sich somit die Notwendigkeit für jede Arbeitsrechtlicherin und jeden Arbeitsrechtler, sich (auch) mit den Arbeitsschutznormen der ILO auseinanderzusetzen. Das gilt auch für die Arbeitsrechte, wie sie in völkerrechtlichen Menschenrechtsverträgen verankert sind (und von denen sogleich die Rede sein wird).

¹⁶ Siehe BGE u. a. BGE 111 II 245, E. 4a; BGE 134 IV 97, E. 6.3.3.3 und BGer Urteil 4C_422/2004 vom 13. September 2005, Erw. 3.2.1. Kritisch dazu: KAUFMANN/GOOD, Anwendbarkeit ILO-Recht.

¹⁷ Pärli, Vertragsfreiheit, S. 88.

¹⁸ Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit, SR 0.822.720.0.

¹⁹ Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, SR 0.822.721.1.

²⁰ BGE 103 Ia 517, E. 4, siehe dazu PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 231 ff.

²¹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

²² Vgl. PÄRLI, Einwirkungsformen, Rz. 1050 ff.

²³ Vgl. UEBE, Arbeitsverhältnis, Rz. 2150.

²⁴ KAUFMANN/GOOD, Anwendbarkeit ILO-Recht, S. 662 ff.

²⁵ Siehe Art. 7 Abs. 2 der Verordnung über öffentliches Beschaffungswesen, VöB (SR 172.056.11), der die Verpflichtung der Anbieter für die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen für die im Ausland erbrachten Leistungen vorsieht, sowie DEMIR in PÄRLI ET AL., Internationales Arbeitsrecht, Rz. 2104.

bbb. Europäische Sozialcharta (ESC) und Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

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 1976,²⁶ 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.²⁷ 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. Am 2. Juli 2014 hat der Bundesrat einen Bericht genehmigt, der zum Schluss kommt, dass die Schweiz die revidierte Europäische Sozialcharta ohne gesetzliche Anpassungen ratifizieren kann. Der Bericht erläutert im Detail, dass die Schweiz die rechtlichen Minimalanforderungen an eine Ratifikation bereits heute erfüllt. Der Ständerat lehnte im Dezember 2016 eine Motion ab, die vorsah, auf die Ratifikation der ESC zu verzichten. Die Debatte um eine Ratifikation hält also weiter an. Ungeachtet der noch fehlenden Ratifikation wirkt sich die ESC mittelbar auf die Schweiz aus, da der EGMR die Bestimmungen der Charta, namentlich zum Streikrecht, regelmässig zur Auslegung der einschlägigen EGMR-Normen heranzieht.

Der *Einfluss der EMRK* auf das nationale Arbeitsrecht liegt nicht unbedingt auf der Hand, beinhaltet doch die EMRK weitgehend die klassischen zivilen Rechte wie die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMKR) oder die Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK) und den Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK). Naheliegend ist die Bedeutung der in Art. 11 EMKR verankerten Vereinigungsfreiheit, die bereits in ihrem Wortlaut auch das Recht beinhaltet, zum Schutze der Arbeitnehmerrechte Gewerkschaften beizutreten. Allerdings hat der EGMR lange Zeit aus Art. 11 EMRK vor allem die negative Koalitionsfreiheit betont und gestützt darauf Kollektivvereinbarungen mit Zwangsmitgliedschaften in Gewerkschaften als Konventionsverletzung qualifiziert. Erst in jüngerer Zeit ist der EGMR dazu übergegangen, in schöpferischer Rechtsprechung aus Art. 11 EMRK auch ein Recht auf Kollektivverhandlungen und den Abschluss von Kollektivverträgen sowie ein Recht auf Kampfmassnahmen einschliesslich Streik,

²⁶ BBl 1980 I 560 ff., 1983 II 1241 ff.

²⁷ Die notwendige Verlängerung der Behandlungsdauer der entsprechenden parlamentarischen Initiative wurde vom Nationalrat am 17. Dezember 2004 abgelehnt.

selbst für Beamte, zu interpretieren. Auch Sanktionen gegen Gewerkschafter können eine Verletzung von Art. 11 EMRK darstellen.²⁸

3b Der EGMR hat in *evolutiver und integrativer Auslegung* auf die ILO-Konventionen, die Spruchpraxis der ILO-Organen, aber auch die arbeitsrechtlichen Bestimmungen weiterer völkerrechtlicher Menschenrechtsverträge Bezug genommen und so EMRK-Bestimmungen eine arbeitsrechtliche Bedeutung gegeben. Exemplarisch lässt sich dies am Beispiel des in Art. 8 EMRK verankerten Anspruchs auf Schutz des Privatlebens nachzeichnen. Der EGMR anerkannte, dass auch das Berufsleben einen Aspekt des Privatlebens darstellt und so stellt Art. 8 EMRK heute eine verbindliche *Schranke gegenüber* unsachlichen und zu wenig transparenten *Überwachungsmaßnahmen* der Arbeitgeberin dar.²⁹

3c Die EMRK ist zwar grundsätzlich staatsgerichtet. Durch die *staatlichen Schutzpflichten* entfaltet aber die EMRK auch eine *mittelbare Drittwirkung*. Der EGMR betont die Pflicht der Staaten, gestützt auf Art. 1 EMRK die Konventionsrechte den Rechtsunterworfenen zu gewährleisten. Im arbeitsrechtlichen Zusammenhang bedeutet dies, dass die Ratifikationsstaaten (also auch die Schweiz) die EMRK-Rechte auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen zu garantieren haben. Sie haben dabei die Interessen des Arbeitnehmers (z. B. Schutz seiner Religionsfreiheit) gegenüber den Interessen der Arbeitgeberin abzuwägen.³⁰ Besonders sorgfältig ist diese Abwägung vorzunehmen, wenn der Eingriff gegenüber einem EMRK-Recht gegenüber verletzlichen Personen erfolgt. So entschied der EGMR im Falle der Entlassung eines HIV-positiven Arbeitnehmers durch eine private Arbeitgeberin, dass der involvierte griechische Staat bei der Abwägung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen den besonderen Schutzbedarf des betroffenen Arbeitnehmers zu wenig beachtet hatte. Im Ergebnis hat Griechenland durch die Ablehnung der Klage des Arbeitnehmers gegen die Kündigung durch die Arbeitgeberin Art. 8 EMRK verletzt.³¹

3d Die grosse praktische Bedeutung der EMRK für das schweizerische Arbeitsrecht zeigt exemplarisch der Fall *Howald Moor*. Der EGMR entschied, die Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist bei Schäden, die erst nach Ablauf dieser Frist entdeckt werden konnten, verstosse gegen den in Art. 6 EMRK ver-

²⁸ Zur dynamischen Weiterentwicklung der Gewerkschaftsrechte durch den EGMR siehe PÄRLI, Gewerkschaftsrechte, S. 435 ff.

²⁹ EGMR, 05. 09. 2017, Appl. No. 61496/08, *Bărbulescu ./ Rumänien*.

³⁰ EGMR, 15. 01. 2013, Appl. No. 48420/10, /10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u. a. ./ Vereinigtes Königreich*.

³¹ EGMR, 03. 10. 2013, Appl. No. 552/10, *I. B. ./ Griechenland*.

ankerten Grundsatz eines fairen Verfahrens.³² Die Bedeutung der EMRK erschöpft sich indes nicht in der Möglichkeit, nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges eine Beschwerde gegen die Schweiz an den EGMR zu richten. Die EMRK-Rechte bilden Bestandteil des schweizerischen Rechts. Die zunehmende Bedeutung der EMRK für arbeitsrechtliche Fälle hat also auch innerstaatlich Relevanz. Solide Kenntnis der EGMR-Praxis in arbeitsrechtlichen Fällen gehört deshalb zum «Handwerkszeug» Schweizer Arbeitsrechtler/innen.³³

ccc. UN-Menschenrechtspakte

Die Schweiz hat sowohl den UNO-Pakt I³⁴ als auch den UNO-Pakt II³⁵ 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 dafürsprechen.³⁶ Die herrschende Lehre geht hingegen davon aus, dass sich dieser Pakt allein an den Gesetzgeber richtet.³⁷ Auch mit Blick auf Art. 7 lit. d UNO-Pakt I, der zugunsten der Arbeitnehmer die Vergütung gesetzlicher Feiertage vorsieht, hat das Bundesgericht jüngst eine direkte Anwendbarkeit des Pakts bestritten.³⁸ Dieser Entscheid offenbart das u. E. dünne Eis, auf dem sich die Deutung des Pakts als eines blossen Gesetzgebungsauftrags bewegt.³⁹

³² Das Bundesgericht hat mit BGE 137 III 16 (Schadenersatz gegen Arbeitgeber) und BGE 136 II 187 (Verantwortlichkeit gegen SUVA) seine seit dem Uhrmacherinnenfall (BGE 106 II 124) bestehende Praxis, wonach die 10-jährige Verjährungsfrist in jedem Fall nach der letzten Exposition anlaufe, geschützt. Der EGMR entschied jedoch, bei Ansetzen der Verjährungsfrist müsse der Umstand berücksichtigt werden, dass eine Person nicht habe wissen können, dass sie krank sei «lorsqu'il est scientifiquement prouvé, qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie», EGMR, 11. 03. 2014, App. Nr. 52067/10.

³³ Vgl. dazu PÄRLI, AJP 2015, S. 1671 ff.

³⁴ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I), SR 0.103.1.

³⁵ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II), SR 0.103.2.

³⁶ BGE 125 III 281.

³⁷ STÖCKLI, BJM 1997, 172 f.; relativierend KÜNZLI, AJP 1996, 527 ff.

³⁸ BGE 136 I 290.

³⁹ Vgl. GEISER/HÄFLIGER, SJZ 107 (2011), Nr. 14, 336 ff.

- 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.
- 5a Über die beiden UNO-Pakte hinaus beinhalten eine Reihe weiterer UN-Übereinkommen Gleichheits- und Diskriminierungsschutzbestimmungen sowie Teilhaberechte für bestimmte Personengruppen, die auch arbeitsrechtlich bedeutsam sind. Durchgesetzt werden diese UN-Übereinkommen auf *internationaler Ebene* (wie auch die UN-Pakte I und II) einerseits durch das Staatenberichtsverfahren und andererseits sehen Zusatzprotokolle zu den Übereinkommen Individualbeschwerdeverfahren vor. *Innerstaatlich* richten sich die Übereinkommen an den Gesetzgeber, soweit die Bestimmungen lediglich programmatischen Charakter haben, und an die rechtsanwendenden Behörden, wenn eine Bestimmung eines Übereinkommens den Anforderungen an die unmittelbare Anwendbarkeit genügt.⁴⁰
- 5b Die Konvention zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Anti-Rassismus Konvention, RDK)⁴¹ sieht in ihrem Art. 5 lit. e vor, dass der Staat diskriminierungsfrei das Recht auf Arbeit, auf die freie Wahl des Arbeitsplatzes, auf gerechte und befriedigende Arbeitsbedingungen, auf Schutz gegen Arbeitslosigkeit, auf gleiches Entgelt für gleiche Arbeit, auf gerechte und befriedigende Entlohnung gewährleisten muss. Zumindest der Anspruch gegenüber dem staatlichen Arbeitgeber auf gleiches Entgelt für gleiche Arbeit ist u. E. unmittelbar anwendbar.⁴²
- 5c Die UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Frauendiskriminierungskonvention, FDK)⁴³ verbietet in Art. 11 jede Diskriminierung der Frau im Bereich des Erwerbslebens. Genannt wird in Art. 11 FDK das Recht auf Arbeit (Abs. 1 lit. a), auf dieselben Arbeitsmöglichkeiten (Abs. 1 lit. b), auf die freie Berufswahl inkl. Arbeitsplatzwahl und Arbeitsbedingungen (Abs. 1 lit. c) über die gleiche Entlohnung bei gleichwertiger Arbeit und auf Gleichbehandlung bei der Bewertung der Arbeit (Abs. 1 lit. d) und der Anspruch auf Gleichberechtigung bei der Beförderung, Alterssicherung und bei der Gewährung von sozialen Leistungen bei Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität oder sonstiger Arbeitsunfähigkeit (Abs. 1 lit. e) sowie auf Schutz der Gesundheit am Arbeitsplatz. Die FDK sieht auch ausdrücklich vor, dass die Ratifikations-

⁴⁰ Vgl. dazu oben, Rz. 2b.

⁴¹ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, SR 0.104.

⁴² Vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 458 ff.

⁴³ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108.

staaten verpflichtet sind, positive Massnahmen zur Gleichstellung von Mann und Frau zu treffen. Die arbeitsrechtlich relevanten Bestimmungen der FDK sind angesichts ihrer Klarheit in gewissen Teilen unmittelbar anwendbar.⁴⁴ Zu vermerken ist allerdings, dass der schweizerische Gesetzgeber im Gleichstellungsgesetz (GlG) die wesentlichen Forderungen der FDK umgesetzt hat. Die Bestimmungen der FDK und auch die Spruchpraxis des zuständigen internationalen Überwachungsorgans (FDK-Ausschuss) sind bei der Auslegung des GlG heranzuziehen.⁴⁵

Die UN-Konvention zum Schutze der Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, BRK)⁴⁶ gewährt in Art. 27 das Recht auf diskriminierungsfreie Behandlung in Zusammenhang mit Beschäftigung einschliesslich der Auswahl-, Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen sowie hinsichtlich der Arbeitsbedingungen (Art. 27 Abs. 1 lit. a). Unmittelbar anwendbar ist diese Bestimmung nicht, die präzise Formulierung beinhaltet aber einen klaren Gesetzgebungsauftrag, der rasch umgesetzt werden sollte. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, Rechtsvorschriften zu erlassen, die eine Ungleichbehandlung aufgrund einer Behinderung in allen Fragen der Beschäftigung jeder Art verbieten einschliesslich der Bedingungen in Bezug auf Rekrutierung, Einstellung, Beschäftigung und Aufstiegsmöglichkeiten und auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen.⁴⁷ Für die Rechtsanwendung kann die BRK bereits heute zur Auslegung von Bestimmungen wie z.B. Art. 328 OR (Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers) herangezogen werden.⁴⁸ Das Bundesgericht hielt fest, das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung (Art. 5 BRK i. V. m. Art. 27 Abs. 1 BRK) verpflichte eine Arbeitgeberin, angemessene Vorkehrungen zu Gunsten behinderter Arbeitnehmer zu treffen. Erwähnt wird auch, dass dieses völkerrechtliche Verbot der Diskriminierung direkt anwendbar ist.⁴⁹ 5d

ddd. Lugano-Übereinkommen

Das Lugano-Übereinkommen wurde 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 6

⁴⁴ Das trifft auf den Anspruch auf Entgeltgleichheit zu, vgl. dazu PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 457 ff.

⁴⁵ LEMPEN/BINDER, CEDAW-Kommentar, N 37 zu Art. 11 CEDAW.

⁴⁶ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, SR 0.109.

⁴⁷ DEMIR, internationale Dimension, Rz. 242.

⁴⁸ PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 717; DEMIR-SHK N 36 ff. zu Art. 27 BRK

⁴⁹ BGer 8C_633/2021 vom 14. März 2022, E. 4.2 und 6.2.2.

Zivil- und Handelssachen. Als Staatsvertrag gilt es nur für die dem Abkommen beigetretenen Staaten⁵⁰ 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 Gerichtsstands für entsandte Arbeitnehmer, wie sie sich in der EU-Entsenderichtlinie⁵¹ findet, enthält das LugÜ nicht.⁵²

⁵⁰ Die meisten europäischen Staaten sind dem Abkommen beigetreten.

⁵¹ 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.

⁵² BBl 2009, 1796.

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.⁵³ 12

cc. *Exkurs: EU-Arbeitsrecht*

Da die Schweiz nicht Mitglied der EU ist, bildet das *EU-Arbeitsrecht* an sich keine unmittelbare *Rechtsquelle des schweizerischen Arbeitsrechts*. Immerhin ist aber auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA)⁵⁴ hinzuweisen, das vorsieht, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) bis 21. Juni 1999 (Vertragsschluss) von den Vertragsparteien und somit auch von der Schweiz bei der Auslegung und Anwendung des Abkommens zu berücksichtigen ist.⁵⁵ Durch das FZA und den Anhang I zur Freizügigkeit übernimmt die Schweiz die Rechtslage zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, wie sie auch innerhalb der EU Gültigkeit hat.⁵⁶ Von grosser praktischer Bedeutung ist auch Anhang II zum FZA über die *Koordination der Sozialen Sicherheit*. Hier übernimmt die Schweiz die Verordnung Nr. 883/2004/EG zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. 12a

Bestimmungen zum Arbeitsrecht finden sich auf EU-Ebene im Primärrecht (Vertrag über die Europäische Union [EUV], Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV] und Grundrechtecharta der EU [GRC]). Zu den *Arbeitnehmergrundrechten* gehören u. a. das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen (Art. 31 Abs. 1 GRC),⁵⁷ das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub (Art. 31 Abs. 2), das Recht auf Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 30), das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmassnahmen (Art. 28)⁵⁸ und das Recht auf Unterrichtung und Anhörung 12b

⁵³ Vgl. Rz. 979 f.

⁵⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

⁵⁵ Art. 16 Abs. 2 FZA.

⁵⁶ In der EU stützt sich die Arbeitnehmerfreizügigkeit auf Art. 45 AEUV und auf die Verordnung (EU) 492/2011.

⁵⁷ Vgl. dazu z. B. EuGH, Urteil vom 12. 02. 2015, Rs. C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86, (*Sähköalojen ammattiliitto*).

⁵⁸ Vgl. die Urteile EuGH, Urteil vom 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, (*Viking*); EuGH, Urteil vom 18. 12. 2007, Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, (*Laval*);

(Art. 27). Der auch in privaten Verhältnissen unmittelbar anwendbare Grundsatz der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern bei gleicher und gleichwertiger Arbeit findet sich ebenfalls bereits auf Stufe des Primärrechts in Art. 157 AEUV.

12c Wichtigste Kompetenznorm zum Erlass sekundärrechtlicher Richtlinien bildet Art. 153 AEUV. Gestützt darauf hat der europäische Gesetzgeber zahlreiche Richtlinien erlassen, namentlich zur Arbeitszeit, zu befristeten Arbeitsverträgen, Teilzeit- und Leiharbeit, zum Arbeitnehmerschutz (Sicherheit und Gesundheit sowie Mutterschutz) sowie Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen und in Unternehmenskrisen (Massenentlassung, Betriebsübergang, Insolvenzschutz).⁵⁹ Richtlinien zum Schutz vor Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf,⁶⁰ zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Europäische Betriebsräte)⁶¹ und von im Rahmen von Entsendungen einzuhaltenden Mindestarbeits- und Lohnbedingungen⁶² sowie Verordnungen zum Kollisionsrecht (Gerichtsstand und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen) ergänzen das EU-arbeitsrechtliche Regelwerk. Trotz des beachtlichen Umfangs EU-arbeitsrechtlicher Rechtsquellen ist Arbeitsrecht in vielen Teilen noch immer im Kompetenzbereich der EU-Mitgliedstaaten. Auch innerhalb der EU finden sich deshalb unterschiedliche Lösungen von Fragen wie beispielsweise derjenigen des Kündigungsschutzes oder der Mindestlöhne.

12d Der schweizerische Gesetzgeber entschied sich nach der Ablehnung des EWR-Beitritts im Jahre 1992, ein ganzes Bündel an EU-Rechtsnormen auf dem Wege des *autonomen Nachvollzugs* zu übernehmen. Im Bereich des Arbeitsrechts wurde namentlich das Mitwirkungsgesetz verabschiedet und die Mitwirkungsrechte bei Massenentlassungen und Betriebsübergang wurden nach dem Vorbild der einschlägigen EU-Richtlinien konkretisiert. Auch wurden der Geltungsbereich der Vorschriften über den Gesundheitsschutz auf die öffentliche Verwaltung des Bundes (Art. 3 ArG) und die Bestimmungen zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten auf alle Betriebe, die in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, ausgeweitet (Art. 81 Abs. 1 UVG). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat der autonome Nachvollzug im Anwendungsbereich der Vorschriften zum Betriebsübergang (Art. 333 und 333a OR) und Massenentlas-

EuGH, Urteil vom 08.09.2011, Rs. C-297/10 und C-298/10, ECLI:EU:C:2011:560, (*Hennigs*); EuGH, Urteil vom 13.09.2011, Rs. C-447/09, ECLI:EU:C:2011:573, (*Prigge*).

⁵⁹ Für eine Übersicht der entsprechenden EU-Richtlinien vgl. UEBE, Rz. 555 ff.

⁶⁰ Vgl. PÄRLI, Gleichbehandlung, Rz. 1445 ff.

⁶¹ Vgl. LICCI, Arbeitnehmerschutz, Rz. 1872 und Rz. 1905.

⁶² Vgl. dazu JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz. 1241 ff.

sung (Art. 335d–g OR) zur Folge, dass die einschlägige *EuGH-Rechtsprechung im Interesse einer parallelen Rechtsentwicklung* zu berücksichtigen ist.⁶³

Wie das nationale Arbeitsrecht steht auch das EU-Arbeitsrecht in einem gewissen Spannungsfeld zum Wettbewerbsrecht. Namentlich Gesamtarbeitsverträge sind im wettbewerbsrechtlichen Sinne an sich problematisch. Der EuGH hat jedoch entschieden, dass das in Art. 101 AEUV verankerte Kartellverbot auf Gesamtarbeitsverträge (Tarifverträge), die der Verbesserung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmenden dienen, nicht anzuwenden ist, da Wettbewerbsbeschränkungen einem Tarifvertrag immanent seien und ansonsten die in Art. 28 GRC verankerte Tarifautonomie obsolet würde.⁶⁴

Nach einer zweijährigen Übergangsfrist wurde die europäische Datenschutzverordnung (DSGVO)⁶⁵ im Mai 2018 für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union verbindlich; eine Umsetzung in nationales Recht ist nicht erforderlich. Die DSGVO ersetzt die bisherige Datenschutzrichtlinie 95/46/EG sowie die jeweiligen nationalen Datenschutzgesetze der Mitgliedstaaten. Damit ist der Datenschutz innerhalb der Europäischen Union erstmals einheitlich gesetzlich geregelt. Die DSGVO gestattet den Mitgliedstaaten, eigene spezifischere Vorschriften⁶⁶ bezüglich des Datenschutzes in Beschäftigungsverhältnissen zu erlassen.⁶⁷ Es muss jedoch im Minimum das Schutzniveau der DSGVO gewährleistet sein. Die DSGVO entfaltet für schweizerische Unternehmen beispielsweise dann unmittelbar Wirkung, wenn sie innerhalb der EU eine Niederlassung oder eine Tochtergesellschaft betreiben. Ferner sind die Regelungen der DSGVO zu beachten, wenn sich der Lebensmittelpunkt des Arbeitnehmers eines schweizerischen Unternehmens in der EU befindet.⁶⁸ Die Arbeitgeberin ist unter bestimmten Bedingungen verpflichtet, einen Datenschutzbeauftragten zu ernennen.⁶⁹ Bei

⁶³ Vgl. den Leitentscheid BGE 129 III 335, E. 6 und zum Ganzen ausführlich PÄRLI, Einwirkungsformen, Rz. 1101 ff.

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 21. 09. 1999, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, (*Albany*), Randnummer 59 f.; EuGH, Urteil vom 15. 07. 2010, Rs. C-271/08, ECLI:EU:C:2010:426, (*Kommission/Deutschland*) Randnummer 47 ff.; EuGH, Urteil vom 04. 12. 2014, Rs. C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, (*FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Niederlanden*).

⁶⁵ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 27. April 2016.

⁶⁶ Der Begriff «spezifischere Vorschriften» ist unklar und bedarf einer Auslegung.

⁶⁷ Art. 88 DSGVO.

⁶⁸ Es empfiehlt sich, Reglemente, welche den Datenschutz betreffen (beispielsweise Regelungen zur Verwendung von Mitarbeiterfotos auf der Homepage des Unternehmens), in den Arbeitsvertrag zu integrieren.

⁶⁹ Art. 37 Abs. 1 DSGVO.

Verletzung von Regelungen der DSGVO drohen hohe Geldstrafen,⁷⁰ wobei deren tatsächliche Verhängung und Durchsetzung noch nicht absehbar sind. Das schweizerische Datenschutzgesetz (DSG) musste dem EU-Standard angepasst werden, die revidierte Fassung des DSG trat am 1. September 2023 in Kraft.

c. Nationales Recht

aa. Bundesverfassung

- 13 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,⁷¹ anerkennt auch die Arbeitsverfassung stillschweigend die Privatautonomie.
- 14 Elemente der Arbeitsverfassung finden sich unter anderem in folgenden Bestimmungen:

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
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

⁷⁰ Gemäss Art. 83 DSGVO bis zu EUR 20 Mio. oder 4 % des weltweiten Umsatzes; schweizerische Unternehmen sind deshalb gut beraten, die DSGVO zu beachten und umzusetzen.

⁷¹ VALLENDER/VEIT, 22.

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. 121a BV	Steuerung der Zuwanderung (Masseneinwanderungsinitiative)
Art. 122 BV	Kompetenz zur Regelung des Privatrechts, inkl. Arbeitsrecht

Abbildung 2: Elemente der Arbeitsverfassung in der BV

bb. Arbeitsvertragsrecht

aaa. Arbeitsverträge im OR

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)

15

- 15a – 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.
- 15b – Eine bemerkenswerte Besonderheit des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts im Vergleich mit anderen 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,⁷² 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 SchKG⁷³). *De lege ferenda* könnte diese Lohngrenze auch als Schranke für die Anwendung gewisser arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen berücksichtigt werden.

bbb. Arbeitsverträge in Spezialgesetzen

- 16 Neben den obligationenrechtlichen Grundlagen finden sich Regelungen in verschiedenen Spezialgesetzen:
- Leiharbeitsverhältnis: BG vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) [SR 823.11]

⁷² Vgl. Rz. 931 ff.

⁷³ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) [SR 281.1].

- Heuervertrag der Schiffsleute: BG vom 23. September 1953 über die Seeschiffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschiffahrtsgesetz, SSG), Art. 68–86 und 162 [SR 747.30]
- Handelsreisendenvertrag: BG vom 4. Oktober 1930 über die Handelsreisenden (Handelsreisendengesetz, HRG) [SR 943.1]
- Normalarbeitsvertrag: Dieser stellt eine Besonderheit dar. Es handelt sich dabei nicht um einen Arbeitsvertrag, sondern um eine kantonale Verordnung.⁷⁴

ccc. Kollektives Arbeitsrecht

Das kollektive Arbeitsrecht⁷⁵ definiert das Zusammenwirken der Tarifpartner: 17

- Mitwirkung: BG vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz, MitwG) [SR 822.14]
- Betriebsordnungen⁷⁶: 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]

⁷⁴ Vgl. Rz. 859 ff.

⁷⁵ Vgl. Rz. 730 ff.

⁷⁶ Vgl. Rz. 870 ff.

cc. Öffentlich-rechtliche Bestimmungen

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

Sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen finden sich insbesondere in folgenden Gesetzen: 19

- 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 19. März 1965 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 25. September 2020 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.

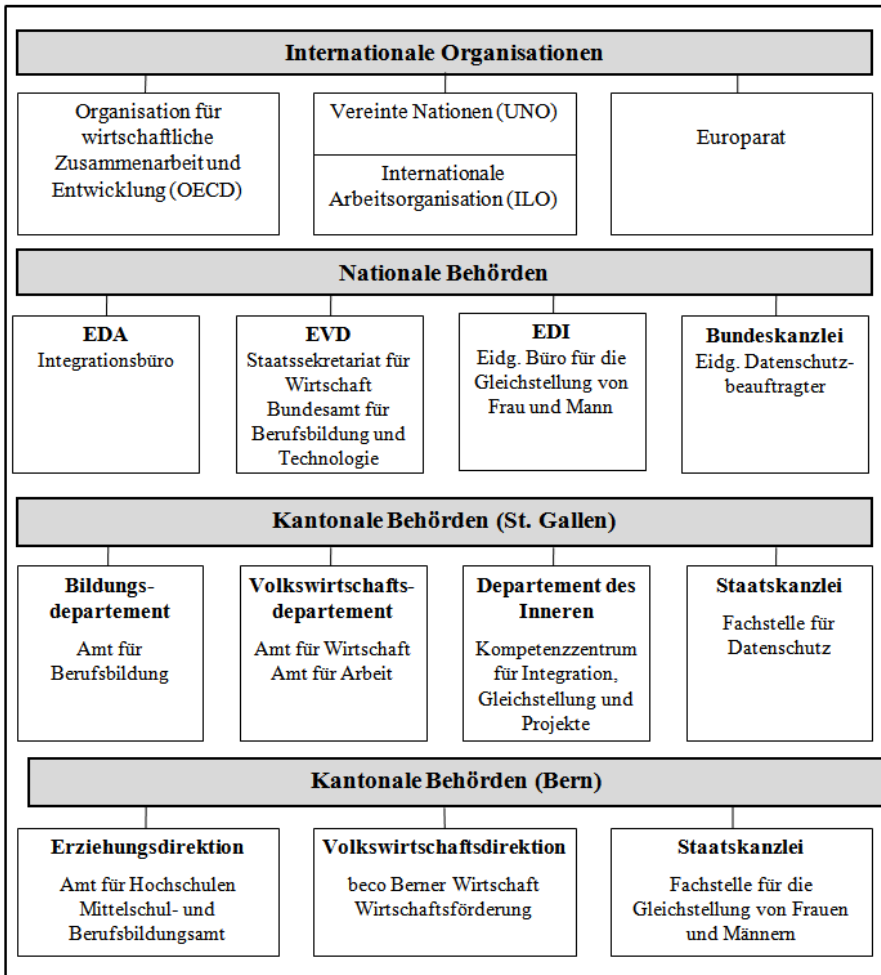


Abbildung 3: Übersicht der Organisationen und Behörden (national und in den Kantonen St. Gallen und Bern)

b. Internationale Organisationen

- 22 Die Schweiz ist Mitglied der *Vereinten Nationen* und hat die beiden UNO-Pakte ratifiziert.⁷⁷ Die *Internationale Arbeitsorganisation* (ILO) ist eine Spezialorganisation der UNO.⁷⁸ Sie verfolgt das Ziel der Schaffung weltweit gerechter Arbeitsbedingungen.
- 23 Die *Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung* (OECD) befasst sich im Bereich des Arbeitsrechts 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.

⁷⁷ Vgl. Rz. 4 f.

⁷⁸ Vgl. Rz. 2.

Gerade im Bereich des Arbeitsrechts 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

Das *Mittelschul- und Berufsbildungsamt (MBA)* ist zuständig für die Mittelschulen (Maturitätsschulen, Handels- und Fachmittelschulen) und die Berufsbildung im Kanton Bern. 33

- 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.

f. Kantonale Behörden am Beispiel Basel

- 35a Das kantonale *Amt für Wirtschaft und Arbeit* (AWA) gehört dem Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt an. Es ist zuständig für die Arbeitslosenversicherung, Bewilligungen für ausländische Arbeitskräfte und die Ausgestaltung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Das AWA ist ferner beauftragt, die Einhaltung der des öffentlichen Arbeitsrechts sicherzustellen.
- 35b Die *Abteilung Gleichstellung von Frauen und Männern* ist dem Präsidialdepartement des Kantons Basel-Stadt angegliedert und fördert in Zusammenarbeit mit der *Gleichstellungskommission* die Chancengleichheit.
- 35c Fragen des Datenschutzes fallen in den Zuständigkeitsbereich des *kantonalen Datenschutzbeauftragten*. Er berät sowohl Organe des Kantons wie auch Privatpersonen und führt Kontrollen durch.
- 35d Der dem Erziehungsdepartement angegliederte *Bereich Berufsbildung und Mittelschulen* koordiniert die kantonale Berufsbildung und ist für Lehrbetriebe 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.⁷⁹ 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.⁸⁰ 36

Es existieren überdies Verhältnisse, in denen Menschen zwar umgangssprachlich «arbeiten» und – von aussen gesehen wie auch wohl innerlich wahrgenommen – sehr wohl eine «Arbeits»-Leistung erbringen, bei denen aber dennoch kein herkömmliches, im Fokus des vorliegenden Buches liegendes Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR entsteht. Als Abgrenzung zum Gegenstand der abhängigen Arbeit sind etwa die Arbeitsleistung von Insassen in Justizvollzugsanstalten⁸¹, eine unentgeltliche 90-minütige Probearbeit in einer Restaurantküche über Mittag⁸² sowie sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme⁸³ zu nennen. 36a

2. Statistische Angaben zu den Erwerbstätigen

Im Jahr 2021 waren in der Schweiz rund 4.7 Mio. Personen erwerbstätig,⁸⁴ 53 % davon waren Männer, 47 % Frauen.⁸⁵ Die Zahl der potenziellen Erwerbsperso- 37

⁷⁹ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 2.

⁸⁰ Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE) des Bundesamtes für Statistik (BFS).

⁸¹ Arbeit im Gefängnis gemäss Art. 81 StGB dient nicht der Finanzierung des Lebensunterhalts, sondern der Resozialisierung und der Vermeidung von Haftschäden. Siehe zum Ganzen FREI.

⁸² BGE 137 IV 297.

⁸³ So etwa ein Arbeitsversuch gemäss Art. 18a Abs. 3 IVG. Umfassend zum Ganzen STUDER.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Erwerbstätigenstatistik (ETS) des BFS.

nen (15–64-jährige Bevölkerung) steigt zurzeit noch an, wird jedoch aus demografischen Gründen in den kommenden Jahrzehnten vermutlich abnehmen.⁸⁶

- 38 Anfang 2023 waren im Handelsregister der Schweiz 168'865 Einzelunternehmungen (natürliche Personen) gegenüber 235'163 AG und 244'864 GmbH (juristische Personen) eingetragen.⁸⁷

3. Soziales Marktwirtschaftsprinzip

- 39 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, wenn der Gedanke der sozialen Gerechtigkeit dies erfordert. Die Bundesverfassung gibt dem Bund und den Kantonen vor, sich in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür einzusetzen, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können.⁸⁸ Es gilt die Devise: so viel Freiheit wie möglich, so viel Zwang wie unbedingt notwendig.⁸⁹ Entsprechend sollte auch die Regelung des Arbeitsverhältnisses möglichst sachnah erfolgen. Es gilt der *Grundsatz der Subsidiarität*.⁹⁰ Die Regelung hat immer auf der kleinsten bzw. engsten dem Regelungsgegenstand angemessenen Ebene zu erfolgen, im Einzelarbeitsvertrag oder kollektiv im Betrieb, der Branche, der Region (Kanton), national oder international. Weil das Arbeitsrecht bezweckt zu verhindern, dass die Unternehmen den Wettbewerb auf dem Rücken der Arbeitnehmer austragen, sollten jene Unternehmen, die in Konkurrenz zueinanderstehen, die gleichen minimalen Arbeitsbedingungen einhalten müssen. Das zeigt auch die Wertentscheidung, welche der Gesetzgeber im Wettbewerbsrecht getroffen hat. Unlauteren Wettbewerb betreibt, wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt oder berufs- oder ortsüblich sind.⁹¹ Entsprechend muss grundsätzlich immer jene Ebene als für eine Regelung angemessen angesehen werden, welche den Markt umfasst, auf dem die durch die entsprechenden Arbeitsverhältnisse geschaffenen Produkte in Konkurrenz zueinanderstehen. Der Rückgriff auf eine

⁸⁶ Vgl. Szenarien zur Bevölkerungsentwicklung der Schweiz 2010–2060 des BFS.

⁸⁷ Statistik des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister (EHRA).

⁸⁸ Art. 41 Abs. 1 Bst. d BV.

⁸⁹ STÖCKER, 43.

⁹⁰ STÖCKLI, Subsidiarität, 446 ff.

⁹¹ Art. 7 UWG.

kleinere Einheit ist vorzubehalten, soweit die Arbeitsbedingungen für den Wettbewerb auf dem grösseren Markt nur noch eine untergeordnete Rolle spielen, weil andere Kriterien marktentscheidend sind.

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

40

- 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 *einzige 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.⁹² 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

Das *Individualarbeitsrecht* regelt die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin als Teilnehmer am Privatrechtsverkehr. Das *öffentliche Arbeitsrecht*⁹³ 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*⁹⁴ geregelt.

41

⁹² GYGI, 217, 221.

⁹³ Siehe hierzu § 4.

⁹⁴ Siehe hierzu § 3.

C. Geschichte des Arbeitsrechts

1. Geschichtlicher Überblick

Die rechtliche Regelung der Arbeit gehört zu den ältesten Institutionen;⁹⁵ abhängige Arbeit gibt es seit Beginn der Menschheitsgeschichte.⁹⁶ Das heutige Arbeitsrecht als Sonderrecht ist aber ein *junges Rechtsgebiet*. Es entstand erst in der modernen Industriegesellschaft. Die wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit der Lohnarbeitnehmer wurde durch den wirtschaftlichen Liberalismus des frühen 19. Jahrhunderts⁹⁷ verstärkt – mit untragbaren sozialen Folgen. Der Staat sah sich veranlasst, mit sozialpolitischen Massnahmen einzugreifen und das Arbeitsverhältnis einem Sonderrecht zu unterstellen. Arbeitsschutzrecht, soziale Ausgestaltung des Arbeitsvertrags, Sozialversicherungen und besondere Arbeitsgerichtsbarkeit wurden eingeführt.⁹⁸ 42

England: England war bis Ende des 19. Jahrhunderts industriell führend. Die Industrialisierung führte zur Verstädterung und Verschärfung der Klassenunterschiede. Die soziale Frage wurde zu einem der drängenden Probleme jener Zeit. Besonders die sozialen Missstände in der Textilindustrie zwangen das klassische Land des Liberalismus zu Schutzgesetzen: 1833 wurde das erste Fabrikgesetz erlassen. Darin wurde die Kinderarbeit auf acht Stunden pro Tag begrenzt und staatliche Inspektionen sorgten für die Durchsetzung des Gesetzes. Nachdem das Gewerkschaftsverbot 1824 aufgehoben wurde, entstand unter der Führung von O'Connor die erste politische Arbeiterbewegung, die Charisten. Sie riefen zu Demonstrationen und Streiks auf. 1847 wurde der Zehnstundentag in Fabriken zuerst für Frauen und Jugendliche, später allgemein eingeführt. Die Bewegung der Charisten flaute ab.

Frankreich: Die Industrialisierung und Kapitalisierung erfolgten in den Jahren 1830 bis 1847. Die Wirtschaftskrise 1846/47 führte zu einer Radikalisierung des neuen Proletariats und die Forderung nach staatlicher Arbeitssicherung kam auf. In der Februarrevolution 1848 verkündete Arbeitsminister Louis Blanc das Recht auf Arbeit und errichtete Nationalwerkstätten zur Arbeitslosenversorgung. Erst 1864 wurde das Koalitionsrecht garantiert.

Deutschland: Deutschland war vor allem nach 1871 führend in der Sozialgesetzgebung. Die Wirtschaftskrise erfasste Deutschland erst im Jahre 1873. Zur positiven Bekämpfung des erstarkten Sozialismus erliess Bismarck 1883 eine fortschrittliche Sozialversicherungsgesetzgebung.

⁹⁵ Vgl. römische und germanische Epoche, mittelalterliches Zunftsystem.

⁹⁶ TSCHUDI, Geschichte, 1.

⁹⁷ Vgl. v.a. Manchesterschule (begründet durch Textilfabrikanten um R. Cobden, 19. Jh.).

⁹⁸ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 4.

2. Geschichte des Arbeitsrechts in der Schweiz

a. Zunftordnung und technische Revolution

43 Zwei Faktoren beeinflussten im 18. und 19. Jahrhundert das Arbeitsrecht: Einerseits wurde in der Helvetischen Republik von 1798 bis 1802 unter dem Einfluss des Gedankenguts der Französischen Revolution die alte Zunftordnung aufgelöst und statt kooperativer Bindungen wurde der *Vertrag* Grundlage des Arbeitsverhältnisses. Die Handels- und Gewerbefreiheit wurde zum herrschenden Prinzip, bis die alte Zunftordnung nach dem Sturz der Helvetik wieder auflebte. Erst 1874 fand die Handels- und Gewerbefreiheit, die heutige Wirtschaftsfreiheit, Aufnahme in die Bundesverfassung.

44 Andererseits hatte die *technische Revolution* grossen Einfluss auf das Arbeitsrecht. Die Industrialisierung begann in der Schweiz bereits im 18. Jahrhundert, erfolgte zu Beginn aber in Form von Heimarbeit.⁹⁹ Diese traf die ganze Familie, Eltern wie Kinder. Heimarbeiter waren zudem schlecht entlohnt und konnten sich nur dadurch ernähren, dass sie daneben noch kleine Landwirtschaftsbetriebe führten.

«Auf diese Art wird sehr billig gearbeitet; daher werden solche Familien sehr oft mit Arbeit überladen, so dass sie manchmal gezwungen sind, die Arbeitszeit bis in vorgerückte Nachtstunden auszudehnen, um ja den Wünschen des Arbeitgebers entsprechen zu können, der ihnen sonst mit Entzug der Arbeit drohen könnte.»

«Wenn auch den Kindern gewöhnlich früher Feierabend gestattet wird, so sind es doch Vater und Mutter, die – natürlich nur periodisch – manchmal bis nach 12 Uhr nachts arbeiten, um eventuell am Morgen schon vor 5 Uhr wieder zu beginnen [...].»

«Es ist Tatsache, dass während Saisons die Heimarbeiterinnen manchmal derart mit Arbeit überladen werden, dass die Haushaltung vernachlässigt werden muss, dass die Kinder nicht richtig beaufsichtigt werden können, – ja durch die Nachtarbeit werden in vielen Fällen die Mütter so stark geschwächt, dass sie eventuell nicht mehr imstande sind, ihre Säuglinge zu ernähren. [...] Dazu nimmt man sich öfters nicht einmal die Mühe, ein richtiges Essen zu bereiten, und wir finden nicht selten Familien, die während einer ganzen Woche keine nahrhaften Speisen geniessen.»

«Alle diese Zustände lassen dann bald als Folgen eine Erblässung und Abmagerung sowohl der Heimarbeiterinnen als auch ihrer Kinder bemerken, die sich manchmal als Vorboten chronischer Krankheiten (Lungenkrankheiten) charakterisieren.»¹⁰⁰

⁹⁹ Vgl. zur Heimarbeit und industriellen Revolution FRANZ WALDNER, 21 ff.

¹⁰⁰ SCHULER, Die Nachtarbeit der Frauen in der Schweiz, Bericht der Schweizer Sektion an das internationale Arbeitsamt, in: E. Joris und H. Witzig (Hrsg.), Frauengeschichten, Dokumente aus zwei Jahrhunderten zur Situation der Frauen in der Schweiz, Zürich 1987, 103 f.

Ende des 18. Jahrhunderts begann die Umwandlung der Verlagsunternehmen mit Heimarbeit zu *Fabrikbetrieben*. Die Situation in der Schweiz war nicht grundlegend verschieden von derjenigen anderer Industriestaaten, wenn auch nie so katastrophal. Der Liberalismus ermöglichte den wirtschaftlichen Aufschwung, führte aber auch zu hartem Konkurrenzdruck durch die ausländische Industrie, zu brutaler Ausbeutung und fürchterlicher Not der Arbeiterschaft im 19. Jahrhundert.¹⁰¹ 45

Die Regelung der schuldvertraglichen Arbeitsverhältnisse erfolgte auf rein *individueller Basis* und die Bedingungen wurden einseitig von der Arbeitgeberin diktiert. Die Löhne stiegen im Laufe des Jahrhunderts nur langsam an und aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Situation waren deshalb auch Frauen und Kinder zu Fabrikarbeit und Gefährdung ihrer Gesundheit gezwungen. Diese Ausbeutung von Kindern und Frauen war weit verbreitet. Arbeitszeit wie Arbeitsrhythmus waren ausschliesslich vom Unternehmer bestimmt und diktierten einen 15- bis 16-Stunden-Arbeitstag, neben dem noch der Haushalt besorgt werden musste.¹⁰² Mit zunehmender Automatisierung wurde die Arbeit in der Textilindustrie immer unqualifizierter und der Frauenanteil stieg an. Es entstanden eigentliche Frauendomänen, beispielsweise in der Weberei.¹⁰³ 46

b. Kinderschutz

Im Jahre 1816 hat der Kanton Zürich die erste Verordnung zum Jugendschutz erlassen. Sie enthielt ein Verbot der Kinderarbeit bis neun Jahre und Arbeitszeitbeschränkungen auf 12 bis 14 Stunden pro Tag bis zur Konfirmation. Sie wurde aber nicht durchgesetzt. 47

Erst die *Zürcher Verordnung von 1837* mit einem Verbot der Kinderarbeit bis zum zwölften Altersjahr und einer Arbeitszeitbeschränkung auf 14 Stunden pro Tag hatte tatsächlich Wirkung, weil Schullehrern und Pfarrherren das Recht eingeräumt wurden, die Fabriken zu betreten und Kontrollen durchzuführen.¹⁰⁴ 48

¹⁰¹ TSCHUDI, Geschichte, 2 f.

¹⁰² Auch Ferien wurden erst vergleichsweise spät durch den Gesetzgeber geregelt, vgl. dazu Rz. 515 ff.

¹⁰³ SCHULER, FN 97, 20 f.

¹⁰⁴ TSCHUDI, Geschichte, 6.

c. Kantonale Fabrikgesetze

- 49 Der von der Textilindustrie beherrschte Kanton Glarus hat 1864 das *erste Fabrikgesetz in Kontinentaleuropa* erlassen.¹⁰⁵ Verschiedene günstige Umstände haben zusammengewirkt: Die Industriorte waren klein, sodass man sich persönlich kannte und das Proletariat nicht aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurde, die Landsgemeindedemokratie erlaubte den Arbeitnehmern, ihre Interessen wahrzunehmen, und einflussreiche Persönlichkeiten leisteten Aufklärungs- und Vorbereitungsarbeiten.¹⁰⁶ Das Fabrikgesetz verbot Nacharbeit sowie Kinderarbeit bis zum 13. Altersjahr und die Arbeitszeit wurde für alle Arbeitnehmer auf zwölf Stunden pro Tag beschränkt.
- 50 Mehrere Kantone folgten dem Beispiel von Glarus und erliessen Fabrikgesetze. Diese beschränkten sich jedoch meist auf das Verbot der Kinderarbeit. Nur die beiden Basel (BL 1868, BS 1869) legiferierten auch im Bereich der Erwachsenenarbeit.¹⁰⁷

d. Eidgenössisches Fabrikgesetz von 1877

- 51 Anlässlich der Verfassungsrevision von 1874 wurden neben der Grundlage für ein einheitliches Obligationenrecht (Art. 64 aBV, Art. 122 BV) auch öffentlich-rechtliche Kompetenzen zur Regelung der Arbeit (Art. 34 aBV, Art. 110 BV) neu in die BV aufgenommen:
- «Der Bund ist befugt, einheitliche Bestimmungen über die Verwendung von Kindern in den Fabriken und über die Dauer der Arbeit erwachsener Personen in denselben aufzustellen. Ebenso ist er berechtigt, Vorschriften zum Schutze der Arbeiter gegen einen die Gesundheit und Sicherheit gefährdenden Gewerbebetrieb zu erlassen.»
- 52 Bereits 1877 wurde gestützt darauf das erste *eidgenössische Fabrikgesetz*¹⁰⁸ erlassen. Sein rasches Zustandekommen wurde durch die bedenklichen Zustände in der Industrie und durch das Ungenügen oder Fehlen einer Arbeitsschutzgesetzgebung in den meisten Kantonen gefördert. Zudem konnte es sich auf die in der Praxis erprobten Gesetze der Kantone Glarus und Basel-Stadt stützen. Ob-

¹⁰⁵ Als erster Kanton hatte Glarus schon 1846 durch eine Verordnung die Arbeitszeit für erwachsene Arbeiterinnen und Arbeiter in der Baumwollindustrie auf 15 Stunden pro Tag bei einschichtigem Betrieb beschränkt; 1854 wurde die Verordnung auf sämtliche fabrikmässigen Betriebe ausgedehnt.

¹⁰⁶ TSCHUDI, Geschichte, 7.

¹⁰⁷ TSCHUDI, Geschichte, 8.

¹⁰⁸ BG vom 23. März 1877 betreffend die Arbeit in Fabriken, AS 1877 III 241.

wohl vor allem seitens der Textilindustrie Opposition gegen die im internationalen Vergleich fortschrittliche Regelung erwuchs und das Referendum ergriffen wurde, nahm das Volk das Fabrikgesetz in der Volksabstimmung knapp an.

Das Fabrikgesetz beinhaltete Bestimmungen zur Arbeitszeit (Beschränkung auf Elfstundentag), zum Schutz der Frauen (Verbot bestimmter gefährlicher Arbeiten sowie Nacht- und Sonntagsarbeit, eine verlängerte Mittagspause für einen Haushalt besorgende Arbeiterinnen und ein achtwöchiges Beschäftigungsverbot vor und nach der Niederkunft) und zum Schutz von Jugendlichen (Beschäftigungsverbot bis zum 14. Altersjahr). Von Bedeutung waren auch Vorschriften zur Betriebshygiene und zur Unfallverhütung. Der Vollzug wurde den Kantonen unter Oberaufsicht des Bundes übertragen. Da aber diesen zum Teil qualifizierte Fachleute für den Vollzug der Bestimmungen über die Arbeitshygiene und die Unfallverhütung fehlten, wurden *eidgenössische Fabrikinspektorate* geschaffen, die einen einheitlichen Vollzug gewährleisten sollten.¹⁰⁹ 53

Der Schutz vor Krankheiten und Unfällen war im Fabrikgesetz noch ungenügend. 1911 wurden deshalb in ein neues, parallel zur Anwendung gelangendes *Kranken- und Unfallversicherungsgesetz* Bestimmungen über die Krankheits- und Unfallverhütung aufgenommen. Die SUVA wurde mit der Durchführung dieses Gesetzes betraut, was zu einem Dualismus zwischen ihr und den Durchführungsorganen des Fabrikgesetzes führte.¹¹⁰ 54

e. Dienstvertragsrecht im Obligationenrecht

Die Vertragsfreiheit stand im Mittelpunkt der Regelung des *Dienstvertrages* im OR von 1881,¹¹¹ das nur zwölf Artikel dem Dienstvertrag widmete. Zwingende Bestimmungen waren nur wenige enthalten; so beispielsweise die Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin bei Krankheit und Militärdienst und die Pflicht zur Fürsorge der Arbeitgeberin für den in die Hausgemeinschaft aufgenommenen, erkrankten Dienstpflichtigen.¹¹² 55

Bereits 1902, an der Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, forderte Philipp Lotmar¹¹³ eine generelle Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin im Dienstvertragsrecht. Er setzte sich stark für den Schutz des Schwächeren, 56

¹⁰⁹ TSCHUDI, Geschichte, 15.

¹¹⁰ TSCHUDI, Geschichte, 12 f., Koordination erst durch das UVG vom 20. März 1981.

¹¹¹ BG vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht (altes OR).

¹¹² BBl 1967 II 241.

¹¹³ 1850–1922; damals Professor an der Universität Bern.

nämlich des Arbeitnehmers, ein¹¹⁴ und vertrat die Ansicht, dass im Rahmen des Dienstvertrags «Ungleiches ungleich behandelt»¹¹⁵ werden müsse, um zu gerechten Lösungen zu kommen. Damit waren natürlich Einschränkungen in der Vertragsfreiheit verbunden, was eine starke Opposition hervorrief.¹¹⁶

57 Die grosse Freiheit in der Vertragsgestaltung führte zu einer schweren Benachteiligung der Arbeitnehmer. Das Dienstvertragsrecht wurde deshalb 1911 vollständig umgestaltet und auf 44 Artikel erweitert.¹¹⁷ Die Vertragsfreiheit wurde wohl weiterhin anerkannt, jedoch zum Schutze des Arbeitnehmers durch zahlreiche, zwingende Bestimmungen eingeschränkt und einige Dienstverhältnisse, z. B. das Lehrverhältnis,¹¹⁸ wurden Sondervorschriften unterstellt. Dieses Dienstvertragsrecht wurde in der Nachkriegszeit nur in wenigen Punkten revidiert und durch Spezialgesetze ergänzt.

58 *Gesamt- und Normalarbeitsverträge* wurden ebenfalls erstmals im OR von 1911 geregelt. Gegen Ende des Ersten Weltkrieges wurde eine Neuordnung gefordert, da sich die Situation der Arbeitnehmer verschlechtert hatte und zum Politikum wurde. So wurden gleichzeitig mit der spezialgesetzlichen Regelung über die Allgemeinverbindlicherklärung auch neue Bestimmungen betreffend GAV ins OR aufgenommen.¹¹⁹

f. Fabrikgesetz von 1914

59 1914 wurde ein neues, total revidiertes Fabrikgesetz von beiden Räten verabschiedet.¹²⁰ Wichtige Neuerung war der Kündigungsschutz bei unverschuldeter Erwerbsunfähigkeit durch Unfall oder Krankheit und bei obligatorischem Militärdienst. Neue Bestimmungen wurden ferner betreffend Gesundheitsvorsorge, Unfallverhütung und Lohnschutzbestimmungen¹²¹ erlassen. Im Zentrum der Auseinandersetzungen stand aber die Arbeitszeitdauer.

60 Aufgrund des Ausbruchs des Ersten Weltkrieges wurde das Fabrikgesetz nicht in Kraft gesetzt. Nach dem Krieg hatten sich die politischen und sozialen Verhältnisse komplett verändert. Die niedrigen Löhne der Vorkriegszeit wurden

¹¹⁴ GASSER, 102 ff.

¹¹⁵ Arbeitgeberin und Arbeitnehmer.

¹¹⁶ GASSER, 103.

¹¹⁷ SR 220.

¹¹⁸ BBl 1967 II 242 f.

¹¹⁹ BBl 1967 II 243 f.

¹²⁰ BG vom 18. Juni 1914 betreffend die Arbeit in den Fabriken [SR 821.41].

¹²¹ Z. B. Lohnzuschlag bei Überstundenarbeit und bei Sonntags- und Nachtarbeit.

der Teuerung nicht angepasst und die ungenügende Sozialpolitik führte zur Verarmung weiter Bevölkerungskreise. Die Unzufriedenheit der Arbeiterschaft führte zum Generalstreik von 1918, bei dem unter anderem ein Achtstundentag gefordert wurde. Der Streik war nicht erfolgreich, aber infolge wurden in verschiedenen Industrien Vereinbarungen über die Reduktion der Arbeitszeit auf 48 Stunden pro Woche abgeschlossen. Das bereits veraltete Fabrikgesetz musste deshalb nochmals abgeändert werden und konnte am 1. Januar 1920, die 48-Stunden-Woche enthaltend, in Kraft treten. Übrig geblieben sind nur die Artikel 30 ff. im Zusammenhang mit den kantonalen Einigungsstellen.¹²²

g. Eidgenössisches Arbeitsgesetz

Die Entstehung des heute noch gültigen *Arbeitsgesetzes*¹²³ nahm nahezu 50 Jahre in Anspruch. Grundlage ist die Aufnahme einer Bestimmung in die BV, die den Bund zur Gesetzgebung im Gebiete des Gewerbewesens ermächtigte (Art. 34^{ter} aBV, Art. 110 BV). Die Vorbereitungen zu einem Arbeitsgesetz für Handel und Gewerbe versandeten jedoch bald. Im Jahre 1947 wurden zusätzlich die Wirtschafts- und Sozialartikel in die BV aufgenommen, die den Bund zu Arbeitnehmerschutzbestimmungen in allen Wirtschaftszweigen ermächtigten. Im Arbeitsgesetz wurden deshalb nicht nur Regelungen betreffend Handel und Gewerbe aufgenommen, sondern zusätzlich das revisionsbedürftige Fabrikgesetz von 1914/19 einbezogen. Durch das neue Gesetz wurde der Arbeitnehmerschutz umfassend geregelt und das gesamte kantonale Schutzrecht ersetzt. Von grosser praktischer Bedeutung sind auch die ergänzenden Verordnungen.¹²⁴ 61

Nach einer ersten, in der Volksabstimmung 1996 abgelehnten Revision zur Liberalisierung des Arbeitsgesetzes wurde bereits am 20. März 1998 eine neue Vorlage von der Bundesversammlung verabschiedet.¹²⁵ Auch gegen diese entschärfte Fassung wurde seitens der Gewerkschaften und von Arbeitslosenkomitees das Referendum ergriffen, die Revision am 29. November 1998 dann aber vom Stimmvolk angenommen. Die neuen Bestimmungen und die dazugehörigen Ausführungsverordnungen traten per 1. August 2000 in Kraft.¹²⁶ 62

¹²² Zu den kantonalen und eidgenössischen Einigungsstellen siehe Rz. §.

¹²³ BG vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) [SR 142.20].

¹²⁴ TSCHUDI, Geschichte, 54 ff.

¹²⁵ BBl 1998 II 1409 ff.

¹²⁶ AS 2000, 1569 ff.

- 62a Aufgrund des ILO-Übereinkommens über den Mutterschutz¹²⁷ ist die Schweiz verpflichtet, bezahlte Pausen für stillende Arbeitnehmerinnen gesetzlich zu regeln. Der Bundesrat kam dieser Verpflichtung im Jahr 2014 mittels Verordnung nach.¹²⁸

h. Arbeitsvertragsrecht im OR

- 63 Das *Dienstvertragsrecht* von 1911 stand während 60 Jahren in Kraft. Es wurde in dieser Zeit lediglich in vier Punkten – Wohlfahrtseinrichtungen, Lehrvertrag, Ferien und Treuepflicht der Arbeitnehmer¹²⁹ – ergänzt. Durch das Bundesgesetz vom 25. Juni 1971 wurden dann der 10. Titel und der Titel 10^{bis} des OR revidiert und der Begriff «Dienstvertrag» durch «Einzelarbeitsvertrag» ersetzt. Revisionspunkte waren insbesondere Sonderbestimmungen betreffend den Lehrvertrag sowie den Handelsreisenden- und Heimarbeitsvertrag. Wichtige Neuerungen waren die klare Festlegung eines Katalogs von absolut (Art. 361 OR) und relativ zwingenden Vorschriften (Art. 362 OR) sowie die Einführung von zeitlichem und zum Teil auch sachlichem Kündigungsschutz.¹³⁰
- 64 Das *Arbeitsvertragsrecht* wurde in der Folge wiederholt an die veränderten wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten angepasst. Durch die gesetzlich verbesserte Position der Arbeitnehmer und die stärkere Abhängigkeit von technischen und organisatorischen Gegebenheiten des Betriebs kam es zu Verschiebungen in der Beziehung von Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmern.

i. Bedeutende Neuerungen nach 1971

- 65 Namentlich folgende Neuerungen wurden bis zum Druck der 5. Auflage dieses Buches beschlossen:¹³¹
- 1988: Revision des Kündigungsrechts
 - 1990: Verbot der Lohnzession

¹²⁷ AS 2015, 1233 ff.

¹²⁸ Art. 60 Abs. 2 ArGV 1, siehe auch Rz. 972a.

¹²⁹ TSCHUDI, Geschichte, 64.

¹³⁰ TSCHUDI, Geschichte, 66 ff.

¹³¹ Neben den aufgeführten Neuerungen wurden in den vergangenen Jahrzehnten auch verschiedene Spezialgesetze revidiert oder neu erlassen, die im Arbeitsrecht von Bedeutung sind; so u. a. das Gleichstellungsgesetz [SR 151.1] und das Mitwirkungsgesetz [SR 822.14].

- 1993: Bestimmungen über Massenentlassungen
- 1999: Änderungen durch bilaterale Verträge mit der EU
- 2000: Einfaches und rasches Verfahren für arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis Streitwert CHF 30'000
- 2004: Einschränkung Verpfändung, Vorbezug und Rückzahlung bei Unterdeckung der Vorsorgeeinrichtung
- 2005: Mutterschaftsurlaub und -entschädigung
- 2006: Informationspflicht der Arbeitgeberin
- 2010: Eidgenössische Zivilprozessordnung
- 2012: Anpassung Entsendegesetz betreffend Massnahmen zur Personenfreizügigkeit die flankierenden
- 2013: Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften
- 2013: Revision des Sanierungsrechts
- 2018: Einführung Stellenmeldepflicht (*Inländervorrang light*)
- 2020: Einführung einer Lohnvergleichsanalysepflicht (light)
- 2021: Einführung des Vaterschaftsurlaubes und Betreuungsurlaubes

Mit Blick auf das Arbeitsrecht sind aktuell (2023) folgende Revisionen und politischen Prozesse im Gange: 66

- Revision des ArG (verschiedene Vorstösse hinsichtlich einer Teilflexibilisierung der Regelungen zur Arbeitszeit)
- Bereits umgesetzt (per 1. Juli 2023) in dieser Hinsicht sind Flexibilisierungen in der ArGV2, welche Arbeitnehmern im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie in bestimmten Situationen erlaubt, in einem verlängerten Zeitraum (17 statt 14 Stunden) zu arbeiten und die tägliche Ruhezeit zu unterbrechen bzw. zu verkürzen (Art. 32b ArGV2). Zusätzlich ist es gemäss Art. 34a ArGV2 möglich, Arbeitnehmer mit einer Vorgesetzten- oder Fachspezialistenfunktion in der Wirtschaftsprüfung, Steuerberatung oder Treuhand mittels individueller Vereinbarung in einem Jahresarbeitszeitmodell anzustellen, womit die allgemeinen Regeln zur wöchentlichen Höchstarbeitszeit und Überzeit nicht zur Anwendung kommen.
- Mediation zwischen der Arbeitgeberseite und Verbänden hinsichtlich der ILO-Anforderungen an den Kündigungsschutz für Gewerkschaftsmitglieder
- Umsetzung der Pflegeinitiative (Abstimmung vom 28. November 2021)

D. Anwendbarkeit des schweizerischen Arbeitsrechts

1. International

a. Zuständigkeit

Das IPRG¹³² regelt vorab die *Zuständigkeit bei grenzübergreifenden Fragestellungen*, z. B. wenn ein im Ausland angestellter Arbeitnehmer vorübergehend oder dauernd in der Schweiz Arbeit verrichtet.¹³³ Im Allgemeinen können die Parteien einen Gerichtsstand frei vereinbaren, wenn damit nicht einer Partei ein Gerichtsstand des schweizerischen Rechts missbräuchlich entzogen wird (Art. 5 IPRG). 67

Besondere Bestimmungen zum Schutz der im Arbeitsvertrag in der Regel schwächeren Partei unterscheiden zwischen Klagen aus dem Arbeitsverhältnis sowie Klagen des Arbeitnehmers im Besonderen. Zuständig sind demnach im Allgemeinen die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder am Arbeitsort, während der Arbeitnehmer zusätzlich die Möglichkeit einer Klage an seinem schweizerischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 115 IPRG). Seit der Einführung der flankierenden Massnahmen des freien Personenverkehrs mit der EU wird neu auch für nur temporär in die Schweiz entsandte Arbeitnehmer für Fragen der Arbeits- und Lohnbedingungen ein Schweizer Gerichtsstand garantiert (Art. 115 Abs. 3 IPRG). 68

Im *Ausland ergangene Entscheide* werden anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts des Beklagten ergangen sind (Art. 149 Abs. 1 IPRG). Für Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag werden mangels eines Schweizer Wohnsitzes des Arbeitnehmers auch Entscheide am Arbeits- oder Betriebsort anerkannt (Art. 149 Abs. 2 lit. c IPRG). 69

Die Zuständigkeit im europäischen Raum bestimmt sich häufig nach dem Lugano-Übereinkommen (LugÜ).¹³⁴ Die Regeln für Klagen aus individuellen Arbeitsverträgen finden sich dort in den Art. 18 ff. LugÜ. Während die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer nach Art. 20 LugÜ grundsätzlich nur an dessen Wohnsitz verklagen darf, stellt Art. 19 LugÜ dem Arbeitnehmer neben dem Wohnsitz 70

¹³² BG vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht [SR 291].

¹³³ Vgl. SCHNYDER, 104 ff.

¹³⁴ Das Übereinkommen gilt im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der EU sowie zu Norwegen und Island. Mit dem Fürstentum Liechtenstein hat die Schweiz aber noch einen Nachbarn, der das Abkommen bisher nicht ratifiziert hat.

des Beklagten einen weiteren Gerichtsstand zur Verfügung: das Gericht des Ortes, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Sofern der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet, kann vor dem Gericht des Ortes, an dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, geklagt werden. Schliesslich beschränkt Art. 21 LugÜ die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung bei Individualarbeitsverträgen auf den Zeitpunkt nach Entstehung der Streitigkeit, soweit damit nicht dem Arbeitnehmer weitere Gerichtsstände eingeräumt werden.

b. Anwendbares Recht

71 Neben der gerichtlichen Zuständigkeit ist die Frage des *anwendbaren Rechts* zu klären, denn davon hängt z. B. ab, ob und wie einem kranken Mitarbeiter an seinem Arbeitsort im Ausland gekündigt werden kann.¹³⁵ Grundsätzlich untersteht der Arbeitsvertrag dabei dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 121 Abs. 1 IPRG), wodurch die Anwendung des Rechts seiner Arbeitsumwelt sichergestellt wird. Verrichtet er seine Arbeit aber gewöhnlich in mehreren Staaten, so kommt das Recht der Niederlassung oder subsidiär des gewöhnlichen Aufenthalts der Arbeitgeberin zur Geltung (Art. 121 Abs. 2 IPRG). Eine vertragliche Rechtswahl ist aus schutzrechtlichen Gründen entsprechend eingeschränkt; insbesondere die Wahl des Ortes einer vorübergehenden Tätigkeit ist nicht statthaft (Art. 121 Abs. 3 IPRG).

72 Auch wenn ausländisches Recht anwendbar ist, werden Bestimmungen von besonderer Bedeutung, sogenannte *lois d'application immédiate* vorbehalten (Art. 18 IPRG). Darunter fallen vor allem öffentlich-rechtliche Schutzgesetze, sofern sie nach ihrem eigenen Geltungsbereich zwingend auf den Tatbestand anwendbar sind. Auch besonders wichtige Schutznormen des Privatrechts, deren Durchsetzung im Interesse der Schweiz als Forumsstaat liegt, gehören dazu.¹³⁶

Beispiel: X wohnt in Rorschach und arbeitet in einer Betriebsstätte in Rorschach der Y GmbH mit Sitz in Friedrichshafen (D). Die Y GmbH ist eine Tochtergesellschaft einer englischen Grossbank. Als X kündigt, weigert sich die Y GmbH, ihm die ausstehenden Spesen zu bezahlen, worauf X eine Klage in Erwägung zieht.

Zuständigkeit: Nach Art. 19 LugÜ kann X die Klage am Sitz der Arbeitgeberin und an seinem Arbeitsort Rorschach anhängig machen.

¹³⁵ Vgl. SCHNYDER, 111 f.

¹³⁶ SCHWANDER, Rz. 512. Für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmer hat der Gesetzgeber in Art. 2 EntsG gewisse arbeitsrechtliche Regelungen ausdrücklich als *lois d'application immédiate* bestimmt. Vgl. Rz. 981 ff.

Anwendbares Recht: Das zuständige Gericht in Rorschach wendet das Schweizer IPRG zur Abklärung des materiell anwendbaren Rechts an. Nach Art. 121 Abs. 1 IPRG untersteht der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Der Anknüpfungsbegriff des gewöhnlichen Arbeitsortes bezieht sich auf den Ort, an dem der Arbeitnehmer wiederholt Arbeitsverrichtungen für die betrieblichen Zwecke der Arbeitgeberin leistet.¹³⁷ Vorliegend wäre demnach schweizerisches Recht anwendbar.

Variante 1: X arbeitet als Aussendienstmitarbeiter teilweise in Friedrichshafen, teilweise in der Schweiz.

Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit in verschiedenen Staaten, so stehen gemäss Art. 121 Abs. 2 IPRG der Ort der Niederlassung und subsidiär der Wohnsitz bzw. der gewöhnliche Aufenthaltsort der Arbeitgeberin als Anknüpfungsbegriffe zur Bestimmung des anzuwendenden Rechts zur Verfügung.¹³⁸ In diesem Fall wäre deutsches Recht anwendbar.

Variante 2: Zusätzlich findet sich im Arbeitsvertrag folgende Klausel: «Das Arbeitsverhältnis und sämtliche daraus resultierenden Streitigkeiten unterstehen englischem Recht».

Art. 121 Abs. 3 IPRG beschränkt die Rechtswahl auf das Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt (gem. Art. 20 IPRG) oder in dem die Arbeitgeberin ihre Niederlassung, ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat (gem. Art. 20 oder 21 IPRG). Demzufolge ist die Rechtswahlklausel des Arbeitsvertrags nichtig, womit wiederum schweizerisches Recht anwendbar ist.

Die Anwendbarkeit des ArG bei internationalen Arbeitsverhältnissen ist nur sehr rudimentär geregelt. Art. 1 Abs. 3 ArG behandelt nur den Fall, dass ein Arbeitnehmer für einen im Ausland gelegenen Betrieb in der Schweiz arbeitet und schreibt für diese Fälle eine Anwendung des schweizerischen ArG vor, «soweit dies nach den Umständen möglich ist».¹³⁹ Demgegenüber ist der umgekehrte Fall, nämlich die Beschäftigung eines Arbeitnehmers im Ausland durch einen Betrieb in der Schweiz, nicht ausdrücklich geregelt.¹⁴⁰ Ebenfalls nicht geregelt sind die beiden Selbstverständlichkeiten, nämlich dass das ArG uneingeschränkt zur Anwendung gelangt, wenn ein schweizerischer Betrieb Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigt, und grundsätzlich¹⁴¹ keinerlei Anwendung findet, wenn die Arbeitnehmer eines ausländischen Betriebes im Ausland tätig sind. 72a

¹³⁷ BSK-IPRG BRUNNER, Art. 121 IPRG, N 18.

¹³⁸ BSK-IPRG BRUNNER, Art. 121 IPRG, N 19 ff.

¹³⁹ Art. 1 Abs. 3 ArG; vgl. dazu auch hinten Rz. 981 ff. die Ausführungen zum Entsendegesetz.

¹⁴⁰ MÜLLER, ArG, Art. 1 Abs. 3.

¹⁴¹ Eine Ausnahme kann sich ergeben, wenn ausländische Parteien vereinbaren, dass das schweizerische ArG anwendbar sein soll. Vgl. GEISER, Art. 1 ArG N 38.

72b In der Lehre ist umstritten, wie dieses Schweigen des Gesetzes gedeutet werden soll. Teilweise wird nur festgehalten, das ArG finde keine Anwendung auf Arbeitnehmer von schweizerischen Betrieben, die im Ausland beschäftigt werden. Auf diese sei vielmehr je nach den Regeln des ausländischen Rechts dieses anwendbar.¹⁴² Differenzierender wird von einem anderen Teil der Lehre vertreten, dass auch für diesen Fall das ArG anwendbar sei, soweit die Möglichkeit der Durchsetzung bestehe.¹⁴³ In der Tat ist den verschiedenen Arten von Bestimmungen im ArG Rechnung zu tragen. Alle Regeln über die behördlichen Kontrollen, Bewilligungen und die Behördenorganisation sowie die Strafnormen können nicht zur Anwendung gelangen, soweit die Arbeit im Ausland verrichtet wird oder die entsprechenden hoheitlichen Handlungen im Ausland vorgenommen werden müssten. Diese Bestimmungen regeln das Verhältnis zwischen Bürger und Staat und sind damit dem öffentlichen Recht zuzuordnen, das dem *Territorialitätsprinzip* untersteht. Die Staatsgewalt geht grundsätzlich nicht über das Territorium des betreffenden Staates hinaus. Hoheitliche Handlungen auf dem Gebiet eines anderen Staates sind ausgeschlossen¹⁴⁴ und öffentlich-rechtliche Vorschriften beanspruchen grundsätzlich Gültigkeit nur für Sachverhalte, die sich auf dem Gebiet des entsprechenden Staates zugetragen haben.¹⁴⁵ Davon gibt es allerdings Ausnahmen. Zudem kann ein Sachverhalt selbst grenzüberschreitend sein.

72c Neben diesen auch materiell dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Bestimmungen enthält das ArG Regelungen, welche sich ebenso gut im Privatrecht finden könnten und Ansprüche zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer regeln. Dazu zählen insbesondere die Arbeitszeitvorschriften sowie die Lohnzuschläge für die Überzeit und für die Nacht- und Sonntagsarbeit.¹⁴⁶ Wohl sind auch diese Normen im öffentlichen Interesse erlassen worden, um die Arbeitnehmer vor Überanstrengung zu schützen und Wettbewerbsverzerrung zu lasten der Arbeitnehmer zu verhindern. Sie regeln aber zivilrechtliche Ansprüche, die gestützt auf den Arbeitsvertrag vom Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin geltend gemacht werden können.¹⁴⁷ Damit besteht kein Grund, diese Normen nicht dem materiellen Zivilrecht zuzuordnen und anzuwenden, wenn aufgrund der Bestimmungen des IPRG schweizerisches Arbeitsvertrags-

¹⁴² BIGLER, Art. 1 N 6.

¹⁴³ ZWAHLEN, Kommentar-Hug, Art. 1 N 25; TRUTMANN, ArbR 1986, 74 f.

¹⁴⁴ Vgl. zum Territorialitätsprinzip allgemein: NORDIN, S. 11 ff.

¹⁴⁵ BGer 4A 103/2013 vom 11. 09. 2013, E. 2.4.

¹⁴⁶ Art. 13, 17b und 19 ArG.

¹⁴⁷ Art. 342 Abs. 2 OR; sogenannte Rezeptionsklausel.

recht anwendbar ist.¹⁴⁸ Art. 13 IPRG bestimmt, dass die Verweisung auf ein ausländisches Recht alle Bestimmungen umfasst, die nach dem entsprechenden Recht auf den Sachverhalt anwendbar sind, und dass die Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts nicht bloss deshalb ausgeschlossen ist, weil ihr ein öffentlich-rechtlicher Charakter zuzuschreiben ist. Art. 13 IPRG erfasst öffentlich-rechtliche Bestimmungen soweit diese das anwendbare Privatrecht unterstützen, «z. B. in das Privatrecht oder in privatrechtliche Verhältnisse vorwiegend oder ausschliesslich zum Schutze privater Interessen» eingreifen.¹⁴⁹ Zu diesen Normen gehören insbesondere die sozial protektiv ausgerichteten Bestimmungen, des Arbeitsrechts.¹⁵⁰ Diese Umschreibung des Umfangs eines Verweises auf ein bestimmtes Recht muss auch für den umgekehrten Fall gelten, nämlich wenn die Kollisionsnorm auf das *schweizerische* Recht verweist.¹⁵¹

Das Bundesgericht hat allerdings in einem Fall anders entschieden, in dem eine Bäckerei mit Sitz in Glarus einen deutschen Bäcker in Kabul (Afghanistan) einsetzte. Nach Beendigung des Einsatzes klagte der Arbeitnehmer auf Bezahlung von Überzeiten sowie Sonntags- und Nachtarbeit. Obgleich im Arbeitsvertrag unbestrittenermassen die Anwendung schweizerischen Rechts¹⁵² vereinbart war, wies das Bundesgericht die Klage mit der Begründung ab, das Arbeitsgesetz wolle nicht auf Verhältnisse im Ausland anwendbar sein.¹⁵³ Dem Entscheid kann aus den dargelegten Gründen nicht gefolgt werden.¹⁵⁴ Das Bundesgericht hat in einem weiteren Entscheid, in dem es um solche Zuschläge für Arbeitszeiten ging, welche eine Arbeitnehmerin auf einem Schiff im Ausland geleistet hat, das ArG mit dem Argument angewendet, dass erst vor dem Bundesgericht vorgebracht worden sei, das ArG sei gar nicht anwendbar.¹⁵⁵ Dabei geht es aber um eine blossе Rechtsfrage und das Recht wendet das Bundesgericht von Amtes wegen an. Folglich kann es auch keine Rolle spielen, ob das Argument im kantonalen Verfahren vorgebracht worden ist oder nicht. Dass, die Nichtanwendung des

¹⁴⁸ Vgl. vom Rz. 71 f.

¹⁴⁹ BGE 107 II 492; 109 II 70; GEISER, Art. 1 ArG N 29.

¹⁵⁰ BSK-IPRG MÄCHLER-ERNE, Art. 13 IPRG N 19; NORDIN, S. 118 ff.; vgl. dazu auch: BERENSTEIN/MAHON, Rz. 132 f.; TRUTMANN, ArbR 1986, 75 f.

¹⁵¹ GEISER, Art. 1 ArG N 27.

¹⁵² Art. 121 Abs. 3 IPRG.

¹⁵³ BGE 139 III 411 ff.

¹⁵⁴ Überdies hätte gestützt auf Art. 19 IPRG dem Arbeitnehmer eine Überzeitenschädigung nach dem afghanischen Recht zugesprochen werden müssen, vgl. PÄRLI ARV 2013. HISCHEER vertritt die Auffassung, dass eine Anwendung der Überzeitenregelung des afghanischen Rechts gestützt auf Art. 19 IPRG möglich gewesen wäre, nichtsdestotrotz verneint er aber in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht eine generelle Anwendbarkeit des ArG.

¹⁵⁵ BGer 4A_403/2018 vom 11. März 2019, E. 4.

ARG auf Arbeitsleistungen im Ausland gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zutreffend sein kann, zeigen weitere praktische Überlegungen: Wären die Regelungen zu den Arbeitszeiten nicht anwendbar, sobald die Arbeit in Ausland verrichtet wird, könnte ein Unternehmen in der Schweiz einen Grenzgänger 45 bzw. 50 Stunden pro Woche am Sitz des Unternehmens in der Schweiz und dann noch weitere Stunden zu Hause im Ausland arbeiten lassen, ohne dass diese Mehrarbeit an seinem Wohnort im Ausland bei der Berechnung der Arbeitszeiten und für die Entschädigung von Überzeit berücksichtigt würden.¹⁵⁶ Dass sich dies mit dem Zweck der Norm nicht vereinbaren lässt, liegt auf der Hand. Ein Teil der Lehre will diesen Widerspruch dadurch lösen, dass sie zwar grundsätzlich die Meinung des Bundesgerichts teilen, dann aber bei nur vorübergehender Arbeit im Ausland doch das ArG generell anwenden.¹⁵⁷ Die generelle Anwendung des ArG geht u. E. indessen zu weit. Wie dargelegt, muss für die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen das Territorialprinzip gelten und die Sonntags- und Nachtarbeit am ausländischen Wohnort ist nicht bewilligungspflichtig.¹⁵⁸ Auch die Strafnormen können nicht greifen. Demgegenüber zählen die im Ausland zu Hause geleisteten Arbeitsstunden sehr wohl für die Berechnung der maximal zulässigen wöchentlichen Arbeitszeit und es sind die entsprechenden Zuschläge, wie auch jene für Nacht- und Sonntagsarbeit geschuldet.

2. Intertemporal

a. Allgemeines zum Übergangsrecht

- 73 *Intertemporales Recht* ist primär Rechtsanwendungsrecht (Kollisionsrecht), das nicht Sachnormen (Regeln über den Inhalt von Rechtsbeziehungen), sondern Verweisungsnormen (welches Recht gilt?) enthält.¹⁵⁹ Das in Art. 1 bis 50 SchlT ZGB enthaltene intertemporale Recht ist zu einem festen Bestandteil der schwei-

¹⁵⁶ Mit der Wahl des schweizerischen Arbeitsrechts können allerdings nicht alle öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des schweizerischen Rechts für anwendbar erklärt werden. So ist der örtliche Geltungsbereich strafrechtlicher Bestimmungen der Parteiautonomie entzogen. Erklären die Parteien das schweizerische Arbeitsrecht für anwendbar, bedeutet das nicht, dass der schweizerische Arbeitnehmer, der für die Tochtergesellschaft einer Schweizer Bank auf Grand Cayman arbeitet, dem schweizerischen Bankgeheimnis (Art. 47 BankG) untersteht (Urteil des Zürcher Obergerichts vom 19. August 2016 i.S. E.; bestätigt in BGE 145 IV 114 ff.).

¹⁵⁷ MÜLLER/MADUZ, Art. 1 ArG N. 15.

¹⁵⁸ GEISER, ArbR 2004, S. 25 ff.

¹⁵⁹ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, 1180 ff.

zerischen Rechtsauffassung geworden. Es gilt daher nicht nur dort, wo das Gesetz ausdrücklich darauf verweist, sondern in jedem Fall, in dem der Gesetzgeber keine Sonderbestimmungen erlassen hat.

b. Regel der Nichtrückwirkung

In Art. 1 SchlT ZGB wird die intertemporale Regel der Nichtrückwirkung aufgestellt. Ein neues Gesetz oder eine neue Gesetzesbestimmung sollen jene Tatsachen¹⁶⁰ nicht erfassen, die vor dem Inkrafttreten eingetreten sind. Es gilt im Grundsatz *«alte Tatsache = altes Recht»*. Ist also eine Tatsache unter der Herrschaft eines früheren Gesetzes eingetreten, so wird sie grundsätzlich auch nach dessen Aufhebung gemäss diesem beurteilt. Das gilt sowohl für ihre Rechtsgültigkeit als auch für Art und Umfang der durch sie hervorgebrachten Wirkungen. 74

c. Ausnahmefälle der Rückwirkung

Trotz der durch die Regel der Nichtrückwirkung garantierten Rechtssicherheit soll auch eine Rechtsentwicklung möglich bleiben, um ungerechte oder den Interessen des Staates widersprechende Lösungen zu vermeiden. Daher sieht das Gesetz *drei allgemeine Ausnahmen* vor, die ohne besondere Bestimmung anwendbar sind: 75

- Wurde eine Bestimmung des neuen Rechts im Interesse der öffentlichen Ordnung oder aus Gründen der Sittlichkeit aufgestellt, so wirkt sie auch auf die vor ihrem Inkrafttreten eingetretenen Tatsachen zurück, sofern die Anwendung des alten Rechts mit der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit unvereinbar ist (*ordre public*; Art. 2 SchlT ZGB). 76
- Rechtsverhältnisse, deren Inhalt nicht durch Vertrag, sondern *durch das Gesetz* selbst umschrieben wird, werden nach neuem Recht beurteilt, selbst wenn sie vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts begründet wurden (Art. 3 SchlT ZGB). 77

¹⁶⁰ Vorgang, der eine Rechtswirkung hervorbringt.

- 78 – Blosser Erwartungen, vage Hoffnungen auf Rechtserwerb und *Anwartschaften*, aus denen noch kein rechtlich geschützter Anspruch entstanden ist, gelten nicht als wohlerworbene Rechte und halten demnach gegenüber dem neuen Gesetz, das sie nicht anerkennt, nicht stand (Art. 4 SchlT ZGB).

Beispiel: Eine vereinbarte Lohnzession fällt mit Inkrafttreten des Verbotes der Lohnzession dahin (BGE 117 III 52 ff.).

E. Verfahren bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten

1. Überblick

Die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) sieht für arbeitsrechtliche Streitigkeiten einige Sonderregeln vor. Diese Normen bezwecken in erster Linie den Sozialschutz. Sie sollen dem Arbeitnehmer die Durchsetzung seiner Ansprüche gegen die in der Regel wirtschaftlich stärkere Arbeitgeberin erleichtern. 79

Gleichwohl sind die Verfahrensvorschriften paritätisch ausgestaltet, d. h., auch die Arbeitgeberin kann sich darauf berufen. 80

Vor Inkrafttreten der ZPO hatten das OR und verschiedene Spezialgesetze das vereinfachte Verfahren bereits vorgesehen. Die ZPO übernimmt in diesem Punkt also ein Institut, das bereits vor ihrer Einführung bestand. 81

2. Zuständigkeit

a. Örtliche Zuständigkeit

Für arbeitsrechtliche Klagen ist das Gericht am *Wohnsitz* (gemäss ZGB) oder *Sitz* der beklagten Partei oder alternativ dasjenige am Ort der *gewöhnlichen Arbeitsverrichtung* zuständig (Art. 34 Abs. 1 ZPO). 82

Der gewöhnliche Arbeitsort ist der Ort, an dem eine Partei überwiegend ihre Arbeit verrichtet. Dabei spielt die absolute Zeitdauer keine Rolle; wichtig ist die relative Zeitdauer im Vergleich zur Dauer des Arbeitsverhältnisses und der anderen Arbeitsorte. 83

Die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ist *relativ zwingend*, d. h., sie darf nur zugunsten des Arbeitnehmers anders vereinbart werden. Das Recht auf den gesetzlichen Gerichtsstand kann er nicht durch Einlassung verlieren und im Voraus geschlossene, abweichende Gerichtsstandsvereinbarungen sind nichtig (Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO). *Nach* Entstehung einer Streitigkeit schriftlich abgeschlossene Gerichtsstandsvereinbarungen sind zulässig (Art. 35 Abs. 2 i. V. m. Art. 17 Abs. 1 ZPO). 84

Der einmal begründete Gerichtsstand am gewöhnlichen Arbeitsort bleibt grundsätzlich auch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen. Wenn eine Arbeitgeberin ihren Sitz verlegt und der Arbeitnehmer am neuen Ort seine Arbeit aufnimmt, entsteht mithin ein neuer Gerichtsstand und der bisherige Gerichtsstand fällt dahin. Ausschlaggebend ist nicht eine formelle Betrachtungsweise, sondern vielmehr eine tatsächliche Tätigkeit des Arbeitnehmers am neuen Ort. Erfolgt jedoch nach der Sitzverlegung (z. B. wegen Krankheit des Arbeit-

84a

nehmers) keine Arbeitsleistung, entsteht keine neue intensive Bindung zum neuen Arbeitsort und somit auch kein neuer Gerichtsstand.¹⁶¹

b. Sachliche Zuständigkeit

85 Die Regelung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit obliegt im Rahmen der bundesrechtlichen Schranken den Kantonen (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Streitwertberechnungen haben immer nach den Regeln der Zivilprozessordnung zu erfolgen (Art. 4 Abs. 2 ZPO).

86 Dem Entscheidungsverfahren ist von Bundesrechts wegen grundsätzlich ein Schlichtungsverfahren vorgelagert.¹⁶² Das gilt auch für arbeitsrechtliche Streitigkeiten.¹⁶³ Die Kantone sind aber bezüglich der Organisation ihrer Schlichtungsbehörden frei.¹⁶⁴ Eine Ausnahme besteht insoweit, als das Bundesrecht in gewissen Fällen eine paritätische Ausgestaltung der Schlichtungsbehörden vorschreibt.¹⁶⁵ Mehrere Kantone sehen spezielle Schlichtungsstellen für Arbeitsverhältnisse vor.¹⁶⁶ Auf ein Schlichtungsverfahren können die Parteien in vermögensrechtlichen Angelegenheiten mit einem Streitwert von mindestens CHF 100'000 verzichten. Die klagende Partei kann einseitig auf die Schlichtung verzichten, wenn die beklagte Partei Sitz oder Wohnsitz im Ausland hat, der Aufenthaltsort der beklagten Partei unbekannt ist oder in Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz¹⁶⁷ (Art. 199 ZPO).

c. Schiedsgerichtsbarkeit

87 Aus dem Umstand, dass der Arbeitnehmer nicht im Voraus auf den gesetzlichen Gerichtsstand verzichten kann,¹⁶⁸ könnte abgeleitet werden, dass die Vereinbarung eines Schiedsgerichts für den Arbeitnehmer nicht verbindlich ist. Die Bestimmung will verhindern, dass der Arbeitnehmer auf den sich ihm aus dem or-

¹⁶¹ BGer Urteil 4A_236_2016 vom 23. August 2016.

¹⁶² Art. 197 ZPO.

¹⁶³ Und zwar unabhängig vom Streitwert, also auch bei Verfahren mit einem Streitwert von über CHF 30'000.

¹⁶⁴ BBl 2006 7330.

¹⁶⁵ Art. 200 ZPO.

¹⁶⁶ Z. B. Kantone Zug, St. Gallen.

¹⁶⁷ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) [SR 151.1].

¹⁶⁸ Art. 35 ZPO.

dentlichen Gericht ergebenden Rechtsschutz verzichtet. Das Gesetz schliesst aber nicht aus, dass die Parteien nach Entstehung der Rechtsstreitigkeit eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen.¹⁶⁹ Entsprechend muss es auch möglich sein, in diesem Zeitpunkt ein Schiedsgericht zu vereinbaren. Zu beachten ist allerdings, dass diesfalls der nachfolgend dargestellte soziale Schutz im Verfahren¹⁷⁰ entfällt, weil die entsprechenden Bestimmungen nicht auch beim Schiedsgerichtsverfahren gelten.

Das Bundesgericht gibt jedoch Art. 35 i. V. m. Art. 354 ZPO eine eingeschränkere Bedeutung. Es hält einerseits daran fest, dass eine Schiedsabrede nicht einer Geltendmachung von zwingenden Ansprüchen im Sinne von Art. 341 OR vor einem staatlichen Gericht entgegengehalten werden kann, d. h. insoweit nichtig ist. Andererseits erachtet es aber die Schiedsabrede bezüglich der weitergehenden, d. h. nicht zwingenden Ansprüche für zulässig.¹⁷¹ Damit nimmt es eine Spaltung des Rechtsweges bewusst in Kauf, wenn Forderungen aus zwingenden und nicht zwingenden Bestimmungen geltend gemacht werden. Die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten will das Bundesgericht dadurch einschränken, dass der Wille einer Partei, auf die staatliche Gerichtsbarkeit zugunsten eines Schiedsgerichts zu verzichten, nicht leichthin angenommen werden dürfe.¹⁷² Sieht der Arbeitsvertrag die Schiedsgerichtsbarkeit allgemein vor und erweist sich die Schiedsklausel hinsichtlich einzelner Forderungen als nichtig,¹⁷³ sei in der Regel kaum anzunehmen, dass die Parteien diese Klausel in Kenntnis einer problembehafteten Spaltung der Zuständigkeit dennoch vereinbart hätten. Entspreche die Zweiteilung hingegen dem (hypothetischen) Parteiwillen, hätten die Parteien die entsprechenden Schwierigkeiten in Kauf zu nehmen.¹⁷⁴ Diese Zurückhaltung hat wohl zur Folge, dass die meisten allgemeinen Schiedsklauseln in Arbeitsverträgen, d. h. Klauseln, die sich nicht auf bestimmte Rechtsfragen, wie die Berechnung von Boni, namentlich in Form von Aktienbeteiligungsprogrammen beziehen, kaum gültig sein werden. Das ist namentlich für die Vereinbarung von Schiedsgerichten im Bereich des Sportes von grosser praktischer Bedeutung.¹⁷⁵ Ob es sich um eine zwingende Forderung handelt oder nicht, bestimmt sich nach Art. 341 OR.¹⁷⁶ Entsprechend können die Parteien in der

87a

¹⁶⁹ Art. 35 Abs. 2 ZPO.

¹⁷⁰ Vgl. hinten Rz. 91 ff.

¹⁷¹ BGE 144 III 235.

¹⁷² BGE 144 III 235 mit Hinweis auf BGE 140 III 134 E. 3.2 S. 139, 367 E. 2.2.2; 138 III 29 E. 2.3.1; 129 III 675 E. 2.3 S. 680 f.

¹⁷³ Art. 20 Abs. 2 OR; vgl. BGE 138 III 29 E. 2.3.2 S. 37 f.

¹⁷⁴ BGE 144 III 235, E. 2.3.4.

¹⁷⁵ BGE 144 III 235, E. 2.3.4. bezog sich dann auch auf den internationalen Sportgerichtshof (Tribunal Arbitral du Sport, TAS).

¹⁷⁶ BGE 4A_7/2018, E. 2.3.4. (zur Publ. best.).

Schiedsabrede für die Frage des zwingenden Rechts vom Wahlrecht nach Art. 381 Abs. 1 ZPO nicht Gebrauch machen.

88 Auch nach Entstehen der Streitigkeit setzt die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung allerdings voraus, dass die Streitsache schiedsfähig ist. Dies ist nach Art. 354 ZPO dann der Fall, wenn ein Anspruch infrage steht, über den die Parteien frei verfügen können. Eine solche Verfügbarkeit ist bei zwingenden gesetzlichen oder gesamtarbeitsvertraglichen Ansprüchen des Arbeitnehmers während des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht gegeben. Denn nach Art. 341 OR kann der Arbeitnehmer während dieser Dauer nicht auf die genannten Ansprüche verzichten. Unklar ist, ob die Schiedsfähigkeit zum Zeitpunkt der Schiedsvereinbarung oder des Prozesses gegeben sein muss. Unseres Erachtens muss sie schon bei Abschluss der Vereinbarung gegeben sein. Auch nach Entstehen der Streitigkeit ist also eine Schiedsvereinbarung bezüglich zwingender Ansprüche des Arbeitnehmers frühestens einen Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses möglich. Bei nicht zwingenden Ansprüchen besteht diese Einschränkung jedoch nicht.

88a Soweit eine nach bisherigem Recht gültig abgeschlossene Schiedsvereinbarung aufgrund der Regelung in der ZPO nicht mehr zulässig ist, muss für die Frage, ob sie mit Inkrafttreten der ZPO ihre Wirksamkeit verliert, differenziert werden. Art. 407 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass übergangsrechtlich das für die Schiedsvereinbarung günstigere Recht gilt.¹⁷⁷ Die Gültigkeit soll folglich grundsätzlich aufrechterhalten werden. Soweit beim arbeitsrechtlichen Streit aber der Streitwert von CHF 30'000 nicht überschritten wird, gelten für das Verfahren vor den staatlichen Gerichten die nachfolgenden Schutzbestimmungen. Im Schiedsverfahren gelten diese Schutznormen nicht. Soweit es um solche Rechtsstreitigkeiten geht, wurde die Unverzichtbarkeit des ordentlichen Richters nach Art. 35 ZPO um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt. Entsprechend gelangt die Bestimmung auch rückwirkend zur Anwendung.¹⁷⁸

89 Beim Schiedsverfahren sind folgende Besonderheiten¹⁷⁹ zu beachten:

- Es besteht keine Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen.
- Das Verfahren ist nicht kostenlos. Häufig sind Schiedsverfahren sehr teuer.
- Das Schiedsverfahren bietet mehr Diskretion. Die Urteile gelangen, wenn die Parteien dies wünschen, nicht an die Öffentlichkeit.

¹⁷⁷ Art. 2 SchlT ZGB.

¹⁷⁸ Art. 2 SchlT ZGB.

¹⁷⁹ Vgl. z.B. TORGLER, 37 ff.

- Häufig wird vereinbart, dass das Schiedsgericht als einzige Instanz urteilen soll. Der Prozess kann somit schneller erledigt sein als im staatlichen Gerichtsverfahren.

Für die Arbeitnehmer ist also die Vereinbarung eines Schiedsgerichts regelmäßig nicht von Vorteil. Ausnahmsweise kann es sich aber rechtfertigen, die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zu vereinbaren. Dies ist dann der Fall, wenn es um sehr hohe Streitsummen geht und aus diesem oder anderen Gründen die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden soll. Zu denken ist an Streitigkeiten von Topmanagern. Das Bundesgericht lässt die Vereinbarung eines Schiedsgerichts in einem Arbeitsvertrag entsprechend auch zu. Allerdings kann eine entsprechende Schiedsklausel einem Arbeitnehmer nicht entgegengehalten werden, soweit dieser nach Art. 341 Abs. 1 OR geschützte, d. h. zwingende Ansprüche geltend macht.¹⁸⁰ Diese Einschränkung hilft allerdings insofern nicht wirklich weiter, als die Parteien in der Schiedsvereinbarung die anwendbaren Rechtsregeln frei wählen können.¹⁸¹ Sie können damit auch ein Recht wählen, das gar keine zwingenden Bestimmungen kennt. Für die Frage der Verbindlichkeit der Schiedsabrede kann es deshalb nicht darauf ankommen, ob gemäss dem von den Parteien gewählten Recht der eingeklagte Anspruch auf zwingendem oder dispositivem Recht beruht. Vielmehr ist für die Beurteilung dieser Frage ausschliesslich das schweizerische Recht massgebend.

Für die Schiedsgerichtsbarkeit in *internationalen Verhältnissen*¹⁸² ist nach Art. 177 Abs. 1 IPRG eine Sache schiedsfähig, sofern es sich um einen «vermögensrechtlichen Anspruch» handelt. Solcher Natur ist jeder Anspruch, der sich als geldwerter Aktiv- oder Passivposten im Vermögen des Berechtigten auswirkt. Auch arbeitsrechtliche Ansprüche können deshalb vermögensrechtlicher Art sein und sind somit grundsätzlich schiedsfähig.¹⁸³ Allerdings wird in der Lehre die Frage aufgeworfen, ob nicht zwingende Gerichtsstände, wie sie für das Arbeitsrecht vorgesehen sind, der Schiedsvereinbarung entzogen sein sollen.¹⁸⁴ Diese Regelungen gelten jedoch nur, wenn in einem internationalen Verhältnis ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz vereinbart wurde. Wenn ein Schiedsgericht mit Sitz im Ausland vereinbart wurde, muss ein schweizerisches Gericht

¹⁸⁰ BGE 136 III 467 ff., E. 4.5. f.

¹⁸¹ Art. 381 ZPO.

¹⁸² Vgl. ausführlich zur grenzüberschreitenden Vermittlung insb. über Internetplattformen: PÄRLI, ARV 2016.

¹⁸³ So auch das Bundesgericht in BGE 136 III 467, E. 4.2.

¹⁸⁴ GIRSBERGER/VOSER halten dies aber für fraglich: «Again, however, the question arises whether arbitrability may be affected by mandatory provisions outside of Chapter 12 SPILA.» GIRSBERGER/VOSER, Arbitration, S. 107.

seine Zuständigkeit gestützt auf das «Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche» (New Yorker Übereinkommen, NYÜ)¹⁸⁵ prüfen.¹⁸⁶ Das Kantonsgericht Waadt kam 2021 in einer Streitigkeit zwischen einem Fahrer und dem US-Fahrdienst Uber zum Schluss, die im Vertrag vorgesehene Schiedsklausel, die ein Schiedsgericht in der Niederlanden vorsah, sei nicht anwendbar.¹⁸⁷

3. Vereinfachtes Verfahren

- 91 Generell gilt für Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 das vereinfachte Verfahren. Dies gilt auch für arbeitsrechtliche Streitigkeiten. Für Ansprüche aus dem Gleichstellungsgesetz¹⁸⁸ und dem Mitwirkungsgesetz¹⁸⁹ gilt das vereinfachte Verfahren ohne Rücksicht auf den Streitwert (Art. 243 ZPO).
- 92 Das vereinfachte Verfahren kennzeichnet sich durch folgende Besonderheiten (Art. 243 ff. ZPO):
- Die Klage kann auch mündlich zu Protokoll gegeben werden.
 - Eine Begründung der Klage ist nicht erforderlich.
 - Wenn die Klage keine Begründung enthält, stellt das Gericht sie der beklagten Partei zu und lädt die Parteien zugleich zur Verhandlung vor.
 - Enthält die Klage eine Begründung, setzt das Gericht der beklagten Partei zunächst eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme.
 - Das Gericht hat die notwendigen Verfügungen zu treffen, mit dem Ziel, dass die Streitsache möglichst am ersten Termin erledigt werden kann.

¹⁸⁵ Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, SR 0277.12.

¹⁸⁶ BUHR/SCHRAMM, Handkommentar, Art. 7 IPRG, N 2, siehe auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 68.

¹⁸⁷ Kantonsgericht Waadt, Arrêt CACI VD 23.04.2020. Siehe zu diesem Urteil PÄRLI, ARV 2021.

¹⁸⁸ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) [SR 151.1].

¹⁸⁹ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) [SR 822.14].

4. Kostenlosigkeit

Sowohl im Schlichtungs- als auch im Entscheidungsverfahren werden in arbeitsrechtlichen Verfahren bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 *keine Gerichtskosten* (Entscheidungsbüher, Porti, Übersetzungskosten, Kosten von Gutachten, Zeuqenqelder) erhoben (Art. 113 Abs. 2 lit. d, Art. 114 lit. c ZPO).¹⁹⁰ Für die Streitwertberechnung in diesem Zusammenhang ist massgeblich, was in erster Instanz streitig war. Von der Freistellung nicht betroffen sind aber die *Parteientschädigungen*, hauptsächlich die Auslagen für die Rechtsverbeiständung, welche grundsätzlich von der unterliegenden Partei zu tragen sind. Allerdings können diese für das Schlichtungsverfahren nicht geltend gemacht werden (Art. 113 Abs. 1 ZPO).

Vor Bundesgericht ist das arbeitsrechtliche Verfahren seit der Einführung des BGG nicht mehr kostenlos. Art. 65 Abs. 4 BGG sieht aber für Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von CHF 30'000¹⁹¹ eine speziell niedrige,¹⁹² nicht nach dem Streitwert zu bemessende Kostenbeteiligung vor.

Erstaunlicherweise höchstrichterlich nicht geklärt ist die Frage, ob der Netto-, der Brutto- oder der Brutto-Bruttolohn (d. h. Bruttolohn plus Arbeitgeberbeiträge) einzuklagen ist. Die Praxis ist in den Kantonen uneinheitlich. Richtig ist, dass der Arbeitnehmer in einer Betreibung nur die Ausbezahlung des Nettolohnes an sich selbst verlangen kann. Andererseits hat der Arbeitnehmer aber sehr wohl ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass die Arbeitgeberin die Beiträge an die Erste und die Zweite Säule entrichtet. Bezüglich der AHV/IV-Beiträge ist das Vorgehen einfach: Die Ausgleichskasse muss von der Arbeitgeberin die Beiträge auf dem ausbezahlten Lohn einverlangen. Werden diese Beiträge nicht bezahlt, erleidet der Arbeitnehmer keinen Schaden. Für seinen späteren Leistungsanspruch gegenüber der Ersten Säule genügt es, dass die entsprechenden Beiträge als geschuldet im individuellen AHV/IV-Konto eingetragen worden sind (vgl. Art. 30^{ter} Abs. 2 AHVG). Demgegenüber kommt es in der beruflichen Vorsorge darauf an, was tatsächlich einbezahlt worden ist. Entscheidet das Gericht über den Lohnanspruch erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ist der Arbeitnehmer möglicherweise gar nicht mehr bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung versichert. Von daher ist unklar,

¹⁹⁰ Bei der Streitwertberechnung ist zu berücksichtigen, dass auch Arbeitszeugnisse einen Wert haben und deshalb i. d. R. mit einem durchschnittlichen Monatslohn aufzurechnen sind (vgl. MÜLLER/THALMANN, Kap. IX.6.).

¹⁹¹ Massgeblich ist der Streitwert im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit vor erster Instanz: BGE 115 II 30, 41; BsK-BGG GEISER, Art. 65 BGG, N 22.

¹⁹² CHF 200–1000.

an wen die Arbeitgeberin die Beträge überhaupt leisten sollte. sinnvollerweise werden in der Klage sowohl der Nettolohn wie auch die von der Arbeitgeberin zu bezahlenden Sozialabgaben eingeklagt und angegeben, wohin diese zu bezahlen sind. Der Arbeitnehmer ist Gläubiger der gesamten Lohnsumme. Entsprechend sind diese Beträge bei der Festsetzung des Streitwertes dann aber auch mitzurechnen. Auszahlung an sich selbst kann er – auch in einer Betreuung – allerdings nur bezüglich des Nettolohnes verlangen. Die Differenz zum Bruttolohn und die weiteren Arbeitgeberbeiträge sind an die entsprechenden Sozialversicherungsträger zu leisten. Diese können und müssen die Beträge dann auch im eigenen Namen einfordern.¹⁹³ Das bedeutet aber nicht, dass der Arbeitnehmer nicht auch im eigenen Namen die Leistung dieser Beiträge an die Sozialversicherer in einem Prozess verlangen und anschliessend die Überweisung im Betreibungsverfahren verlangen könnte. Er bleibt neben den Sozialversicherungseinrichtungen Gläubiger der Forderung. Praktisch entscheidend ist aber, dass das Urteil in einer Betreuung für Zahlungen an den Arbeitnehmer nur im Umfang des Nettolohnes einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellen kann. Entsprechend muss der Nettolohn im Urteil betragsmässig aufgeführt werden. Art. 331 Abs. 2 und Abs. 4 OR sehen im Arbeitsvertragsrecht vor, dass die Arbeitgeberin Beiträge auf eine Vorsorgeeinrichtung übertragen muss. Diese Bestimmung des Bundesprivatrechts gibt dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf diese Leistungen an einen Dritten, nämlich die Vorsorgeeinrichtung. Der Anspruch steht somit dem Arbeitnehmer zu, auch wenn die Pensionskasse einen eigenen Anspruch hat. Es handelt sich um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter. Das bedeutet aber, dass sehr wohl auch der Vertragspartner, d. h. der Arbeitnehmer, fordern und somit einklagen kann.

5. Untersuchungsmaxime und freie Beweiswürdigung

- 95 Im vereinfachten Verfahren wird der Sachverhalt *von Amtes wegen* festgestellt (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Parteien sind dennoch verpflichtet, sich am Sammeln des Prozessstoffs zu beteiligen und Beweismittel zu nennen. Im Unterschied zu Verfahren mit Verhandlungsmaxime trifft die Parteien jedoch *keine Substanziierungslast*. Das Gericht hat darauf hinzuwirken, dass ungenügende Angaben zum Sachverhalt von den Parteien ergänzt und vorhandene Beweismittel bezeichnet werden (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Der Richter erforscht somit

¹⁹³ So ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Januar 2017 in ZR 116/2017 Nr. 28, S. 104 ff.; vgl. auch GEORGES CHANSON, «Keine (provisorische) Rechtsöffnung für Bruttolohn» und publiziert als ARVonline 2017 Nr. 810 auf www.arvonline.ch.

auch bloss ansatzweise behauptete rechtserhebliche Tatsachen. Neue Tatsachen und Beweismittel sind vom Gericht sodann bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen.

Bestreitet eine Partei die von der Gegenpartei aufgestellte Behauptung nicht, wird sie vom Richter nicht einfach als wahr angenommen, sondern er hat eine Äusserung hinsichtlich Anerkennung oder Bestreitung zu verlangen. Ferner berücksichtigt der Richter auch Beweismittel, die nicht von den Parteien genannt werden, die ihm aber als tauglich erscheinen. Er selbst bietet Zeugen auf, ordnet die Edition von Urkunden an und lässt Gutachten erstellen. 96

Das Prozessthema darf durch die richterliche Fragepflicht und die Untersuchungsmaxime jedoch nicht erweitert werden. Ergibt sich in einem Prozess über die Auszahlung von Krankenlohn zufällig aus den Akten, dass der Auslagenersatz nicht korrekt gewährt worden ist, darf der Richter nicht danach forschen oder dem Arbeitnehmer gar zu einer Klageerweiterung raten. Auch die Beweislastverteilung, d. h., welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat, bleibt durch die Untersuchungsmaxime unberührt.¹⁹⁴ 97

Der Grundsatz der *freien Beweiswürdigung*¹⁹⁵ schliesst allfällige kantonalrechtliche Beweisregeln aus und verbietet z. B. die Einführung eines Summarverfahrens, in dem blosser Glaubhaftmachung genügen würde. Der Richter würdigt die Beweise nach freier Überzeugung unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens der Partei und ihres Verhaltens.¹⁹⁶ 98

Grundsätzlich verunmöglicht Art. 224 Abs. 1 ZPO der beklagten Partei, im Rahmen eines vereinfachten Verfahrens eine Widerklage zu erheben, welche wegen des Streitwerts von über 30'000 CHF in den Geltungsbereich des ordentlichen Verfahrens fallen würde. Von dieser Grundkonstellation zu unterscheiden ist die Situation, in der auf eine (ins vereinfachte Verfahren fallende) Teilklage eine negative Feststellungswiderklage mit einem Streitwert von über 30'000 CHF folgt. Trotz teilweiser Kritik in der Lehre hält das Bundesgericht auch in seiner neueren Rechtsprechung daran fest, dass Art. 224 Abs. 1 ZPO die beklagte Partei nicht daran hindert, diese negative Feststellungswiderklage zu erheben, auch wenn als Konsequenz das ordentliche Verfahren Anwendung findet.¹⁹⁷ 98a

¹⁹⁴ Vgl. EGLI, ZZZ 2004, 40 ff.

¹⁹⁵ Art. 157 ZPO.

¹⁹⁶ Vgl. EGLI, ZZZ 2004, 21 ff.

¹⁹⁷ BGer Urteil 4A_576_2016 vom 13. Juni 2017.

6. Fristen

98b Gemäss Art. 77 OR wird bei der Fristberechnung danach unterschieden, ob sich die Frist nach Tagen, Wochen oder Monaten berechnet.¹⁹⁸ Wird sie nach Tagen bestimmt, wird der Tag des Vertragsabschlusses nicht mitgezählt. Die Frist beginnt vielmehr am Folgetag des Vertragsabschlusses zu laufen und endet am letzten Tag der Frist. Handelt es sich hingegen um eine Frist, welche nach Wochen berechnet wird, fällt das Ende auf denjenigen Tag, der den gleichen Namen trägt wie der Tag des Vertragsabschlusses. Bei Fristen, die nach Monaten berechnet werden, endet die Frist an dem Tag, der die gleiche Zahl aufweist wie der Tag, an dem der Vertrag geschlossen wurde. Falls der betreffende Monat keinen Tag mit der entsprechenden Zahl aufweist, endet die Frist am letzten Tag des Monats.¹⁹⁹ Der Ausdruck «halber Monat» entspricht 15 Tagen. Für den Beginn der Frist stellt Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR auf den Tag «des Vertragsabschlusses» ab. Art. 77 Abs. 2 OR präzisiert, dass die Frist in gleicher Weise auch dann berechnet wird, «wenn sie nicht von dem Tage des Vertragsschlusses, sondern von einem andern Zeitpunkte an zu laufen hat».²⁰⁰

98c Nach Art. 142 ZPO beginnen Fristen, welche durch eine Mitteilung oder den Eintritt eines Ereignisses ausgelöst werden, am folgenden Tag zu laufen. Falls der letzte Tag auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen vom Bundesrecht oder kantonalem Recht anerkannten Feiertag fällt, endet die Frist am nächsten Werktag. Folgende Spezialfälle sind bei der Fristberechnung zu beachten: Im Bereich der Kündigung gilt die Zugangstheorie.²⁰¹ Sperrfristen beginnen sofort zu laufen, da sie ansonsten ihres Zwecks beraubt würden. Schliesslich hängt der Beginn der Probezeit vom Zeitpunkt des tatsächlichen Arbeitsantrittes ab.

7. Vergleich

98d Die Aufhebungsvereinbarung ist vom Vergleich zu unterscheiden: Sie ersetzt einen bestehenden Vertrag und bewirkt eine Gestaltung von Rechtsverhältnissen, wohingegen der Vergleich eine Feststellung bestehender Rechtsverhältnisse darstellt. Die Möglichkeit eines Vergleichs besteht für Streitigkeiten aus laufenden

¹⁹⁸ Wenn am 1. Februar eine Frist von 1 Monat zu laufen beginnt, endet sie am 1. März. Berechnet sich die Frist hingegen nach Tagen und beträgt deren 30, endet sie am 2. März.

¹⁹⁹ So endet eine zweimonatige Frist, welche an einem 31. Dezember zu laufen beginnt, am 28. Februar des darauffolgenden Jahres, im Falle eines Schaltjahres am 29. Februar.

²⁰⁰ BGE 144 III 152.

²⁰¹ Vgl. unten Rz. 585.

wie aus beendeten Arbeitsverhältnissen, wobei alle Ansprüche – ausgenommen gesetzliche Ansprüche sowie die entsprechenden Subrogationen – Gegenstand des Vergleichs sein können.

Es ist ferner zu differenzieren zwischen aussergerichtlichen und gerichtlichen Vergleichen. Ersteren kommt bloss die Wirkung eines provisorischen Rechtsöffnungstitels zu. Beachtlich ist die Problematik des reinen Verzichts: Falls der aussergerichtliche Vergleich einen blossen Verzicht des Arbeitnehmers auf ihm zustehende Ansprüche darstellt, wird u.U. Art. 341 OR verletzt. Diesfalls ist der entsprechende Vergleich als nichtig zu qualifizieren. Gerichtliche Vergleiche bewirken eine *res iudicata*, sobald sie in Rechtskraft erwachsen, und kommen sowohl vor der Schlichtungsstelle wie auch vor der ersten Instanz häufig vor, wobei sie aus prozessökonomischen Überlegungen regelmässig als sinnvoll zu erachten sind. 98e

Vielmals ergeben sich bei Vergleichen aus arbeitsrechtlichen Streitigkeiten Problemfelder im Zusammenhang mit allfälligen Abzügen, gesetzlichen sowie vertraglichen Sozialversicherungen und Steuern. Bezüglich der Pensionskassenbeiträge gilt u. E. Folgendes: Falls der Arbeitnehmer bereits aus der früheren Pensionskasse ausgeschieden ist, hat die Zahlung der Beiträge dennoch an die frühere und nicht etwa an eine neue Pensionskasse zu erfolgen, da die Beitragszahlungen für eine frühere Periode erfolgen. Entsprechend richten sich die Höhe und die Aufteilung zwischen den Parteien auch nach dem Reglement der bisherigen Pensionskasse. 98f

Versteuert werden muss der Beitrag erst in dem Jahr, *in dem* er ausbezahlt wird, und nicht etwa in demjenigen Jahr, *für das* er ausbezahlt wird. Es ist unbedingt schon im Vergleich anzugeben, ob die Höhe der Auszahlung als Netto- oder Bruttobetrag zu verstehen ist.²⁰² Falls die Arbeitgeber dies unterlässt oder gar sofort einen Scheck ausstellt, ist von einem Nettobetrag auszugehen. Diesfalls sind die Beiträge von der Arbeitgeberin nachzuzahlen. 98g

²⁰² Vgl. oben Rz. 94a.

§ 2 Einzelarbeitsvertrag (EAV)

A. Begriff

1. Verträge über Arbeitsleistung

Der Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher Schuldvertrag, dessen Hauptleistung die Arbeit ist. Er gehört deshalb zusammen mit dem Auftrag und dem Werkvertrag zu den *Verträgen über Arbeitsleistung*. Die Aufzählung im Gesetz ist allerdings nicht abschliessend, denn es gibt auch im Gesetz nicht geregelte Verträge auf Arbeitsleistung (Innominatverträge). 99

2. Begriffsnotwendige Elemente

a. Übersicht

Die vier begriffsnotwendigen Elemente des Arbeitsvertrags ergeben sich indirekt aus Art. 319 OR: 100

- Angebot einer Arbeitsleistung
- bestimmte oder unbestimmte Zeit (Dauerschuldverhältnis)
- Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordinationsverhältnis)
- Entgeltlichkeit

b. Arbeitsleistung

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, eine positive Leistung zu erbringen, d. h., seine *Arbeitskraft* in Form körperlicher oder geistiger Tätigkeit zur Verfügung zu stellen. Auch kaum wahrnehmbare Tätigkeiten wie das Überwachen oder Kontrollieren von Maschinen sind Arbeitsleistungen. Geschuldet ist aber lediglich der Einsatz von Arbeitskraft und nicht ein bestimmter Arbeitserfolg – wie etwa beim Werkvertrag. 101

Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass die Arbeitgeberin unter gleichzeitiger Weiterzahlung des Lohnes auf die Arbeitsleistung verzichten kann,²⁰³ 102

²⁰³ Z. B. während der Kündigungsfrist.

der Arbeitnehmer also *keinen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung* hat.²⁰⁴ Die Freistellung wird aber problematisch, wenn die Beschäftigung für den Erhalt der Berufsfähigkeit von Bedeutung ist²⁰⁵ oder wenn eine lange Freistellung das wirtschaftliche Fortkommen gefährdet.²⁰⁶ In diesen Fällen kann sich aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin (Art. 328 OR) eine Pflicht zur Weiterbeschäftigung ergeben, soweit dem nicht schwerwiegendere Interessen wie z. B. ein gestörtes Vertrauensverhältnis entgegenstehen.²⁰⁷ Beim Lehrvertrag ist die Beschäftigung selbst Vertragszweck, sodass der Erfüllungsanspruch des Lehrlings nicht nur auf Lohn, sondern auch auf Arbeit geht.

c. Dauerschuldverhältnis

103 Das Arbeitsverhältnis muss von einer *gewissen Dauer* sein, kann aber auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit begründet werden. Diese kann sehr kurz sein, beispielsweise im Rahmen eines einmaligen Festes. Üblich ist ein Abschluss auf unbestimmte Zeit, wobei das Arbeitsverhältnis durch Kündigung endet.

104 Auch *Teilzeitarbeit* – das Angebot von weniger als der vollen Arbeitskraft – begründet ein Arbeitsverhältnis, sofern sie regelmässig erfolgt (Art. 319 Abs. 2 OR). Unklar ist die Situation bei unregelmässiger Teilzeitarbeit, die aber nach herrschender Lehre im Rahmen einer einheitlichen vertraglichen Verbindung – dem Rahmenvertrag – auch als einheitlicher Arbeitsvertrag zu behandeln ist.²⁰⁸

105 Von der Teilzeitarbeit ist die *Temporärarbeit* sowie die *Gelegenheits- oder Aushilfsarbeit* zu unterscheiden, für die mit jedem Arbeitseinsatz ein neuer, zumeist befristeter Arbeitsvertrag geschlossen wird.²⁰⁹ Der Arbeitnehmer entscheidet sich so jeweils neu, ob er die Arbeit annehmen will. Wiederholte Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeitsverträge können allerdings explizit oder stillschweigend Rahmenverträge werden. Entscheidend ist diese Qualifikation vor allem zur Beurteilung einer möglichen Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen. Ein Aneinanderreihen von Aushilfsverträgen – sogenannte *Kettenverträge* – zu diesem Zwecke ist unzulässig.²¹⁰

²⁰⁴ Siehe weiterführend zur Thematik des ausnahmsweisen Anspruchs auf tatsächliche Beschäftigung KOLLER, Recht auf Arbeit.

²⁰⁵ Z. B. Profifussballer oder Berufspilot.

²⁰⁶ Z. B. bei Kadermitgliedern mit langer Kündigungsfrist.

²⁰⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 17.

²⁰⁸ JAR 1988, 132.

²⁰⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 25 ff.; JAR 1986, 68.

²¹⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 19; JAR 1989, 94 und 97.

Unter Kettenarbeitsverträgen wird das Aneinanderreihen von mehreren befristeten Verträgen verstanden.²¹¹ Kein Kettenarbeitsvertrag liegt vor, wenn ein befristeter Arbeitsvertrag um eine weitere befristete Vertragsdauer fortgesetzt wird. Hier wird kein neuer Arbeitsvertrag begründet, sondern ein bestehender Vertrag um eine bestimmte Zeitspanne verlängert. Es fragt sich in diesem Zusammenhang, wie viele Male ein befristeter Vertrag verlängert werden kann, ohne dass dies zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis führt. Jedenfalls darf mit dem Abschluss von sich ablösenden befristeten Verträgen nicht eine Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen oder anderer gesetzlicher von einer gewissen Mindestdauer abhängigen Ansprüche bezweckt werden. In solchen Fällen wird das Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes umgedeutet,²¹² welches bereits so lange gedauert hat wie die Summe der einzelnen Anstellungsperioden.²¹³ Es ist im Einzelfall zu entscheiden, ob der Abschluss von Kettenarbeitsverträgen sachlich gerechtfertigt ist oder der Umgehung des Gesetzes dient.²¹⁴ Wird jeweils eine völlig andere Arbeit vereinbart, muss hingegen nicht von einer Umgehung ausgegangen werden.

Unseres Erachtens sollte ein befristeter Vertrag nur zwei Mal verlängert werden können.²¹⁵ Danach ist generell ein unbefristeter Vertrag anzunehmen. Zudem bedarf die erneute Befristung eines Vertrags einer inhaltlichen Rechtfertigung.

d. Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation

Durch den Eintritt in das Arbeitsverhältnis entsteht ein *Abhängigkeitsverhältnis*. Der Arbeitnehmer steht persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich unter der Direktionsgewalt der Arbeitgeberin²¹⁶ (Art. 321d OR), was Lehre und Rechtsprechung als Unterordnung bzw. Subordination bezeichnen. Für das Bundesgericht ist dies eines der wesentlichen, unverzichtbaren Merkmale des Arbeitsverhältnisses²¹⁷ und im Vergleich mit anderen Verträgen auf selbstständige

²¹¹ ERTL, Rz. 35 f.

²¹² Und zwar unabhängig davon, ob zwischen den einzelnen Verträgen Unterbrüche bestehen oder nicht: BGE 101 Ia 463, E. 2.

²¹³ BBl 1984 II 594.

²¹⁴ VISCHER/MÜLLER, 302 f.; BBl 1984 II 594 (implizit).

²¹⁵ Sogenannte Dreierregel, vgl. ERTL, Rz. 149 ff. sowie hinten Rz. 547.

²¹⁶ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 45; vgl. dazu auch BGE 125 III 78 E. 4.

²¹⁷ BGE 125 III 81 («una delle caratteristiche essenziali e imprescindibili del rapporto di lavoro»).

Dienstleistung (v. a. Auftrag, Werkvertrag) bedeutsam. Ob ein solches Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, beurteilt sich nach dem Gesamtbild.²¹⁸

109 Folgende Merkmale sind unter anderem entscheidend:

- Grad der Weisungsgebundenheit
- Verpflichtung, bestimmte Arbeitszeiten einzuhalten
- Beschäftigungsdauer
- Verpflichtung zur Tätigkeit an einem bestimmten Arbeitsplatz

110 Nicht ausschlaggebend, sondern lediglich Indizien sind die Bezeichnung des Vertrages, die Art der Vergütung und die steuer- oder sozialversicherungsrechtliche Behandlung.

e. Entgeltlichkeit

111 Die Arbeitgeberin ist zur *Zahlung eines Lohns*²¹⁹ verpflichtet. Dieser kann entweder in Form von Zeitlohn (Bemessung nach Zeitabschnitten) oder Akkordlohn (Bemessung nach der geleisteten Arbeit) erfolgen. Der Arbeitsvertrag ist zwingend entgeltlich (Art. 319 Abs. 1 OR). Ein unentgeltlicher Einsatz ist aber auch nicht in jedem Fall ein einfacher Auftrag. Es kann sich auch um einen gemischten Vertrag handeln, für welchen die Schutznormen des Arbeitsvertrags analog anzuwenden sind.²²⁰

Beispiel: Die Arbeit eines Behinderten in einer geschützten Werkstatt, dem es an Selbstständigkeit und Freiheit der Arbeitseinteilung fehlt, ist als gemischter Vertrag mit Elementen von Auftrag und Arbeitsvertrag zu qualifizieren.²²¹

111a Zu beachten ist, dass für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation ein Arbeitnehmerstatus auch dann vorliegen kann, wenn Arbeit in untergeordneter Stellung ohne Entschädigung geleistet wird. Das gilt namentlich für die Unfallversicherung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 1a UVG gelten auch Personen ohne Lohn als Arbeitnehmer im Sinne des UVG, wenn sie bei einer Arbeitgeberin einen Arbeitsversuch absolvieren, sofern und soweit der Betrieb an der Arbeitsleistung ein wirtschaftliches Interesse hat.²²²

²¹⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 42 ff.

²¹⁹ In Form von Geld- oder Naturallohn.

²²⁰ VISCHER/MÜLLER, 5 f.; für die Anwendung von Auftragsrecht spricht sich BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 12 aus.

²²¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 2; JAR 1990, 110; Art. 394 OR steht der Annahme gemischter Verträge nicht entgegen (BGE 109 II 464).

²²² Urteil BGer 8C_503/2011 vom 8. November 2011, Erw. 3.2.

Siehe auch Urteil BGer 8C_116/2015 (BGE 141 V 313) vom 5. Mai 2015, Erw. 4.3

f. Rechte am Arbeitsergebnis

Die *absoluten Rechte am stofflichen Arbeitsergebnis* stehen der Arbeitgeberin 112 unabhängig vom Wertverhältnis Stoff und Arbeit zu, weil sie die Arbeitsleistung auf ihr Risiko veranlasst hat.²²³ Wie ein Beauftragter hat auch der Arbeitnehmer deshalb die Pflicht, alles aufgrund seiner Tätigkeit Entstandene herauszugeben (Art. 321b Abs. 2 OR). Im Gegensatz zum Auftragsverhältnis ergibt sich die Ab- lieferungspflicht aber in der Regel schon originär aus dem Sachenrecht und stellt damit nicht nur eine obligatorische Verpflichtung dar.

*Rechte an Erfindungen*²²⁴ entstehen ebenfalls meist bei der Arbeitgeberin 113 (Art. 332 OR). Es wird allerdings nach dem Verhältnis zur dienstlichen Tätigkeit unterschieden:

- *Aufgabenerfindungen* (Art. 332 Abs. 1 OR) sind Erfindungen, die in Aus- 114 übung einer dienstlichen Tätigkeit und in Erfüllung der vertraglichen Pflichten erfolgen.²²⁵ Die Arbeitgeberin erwirbt die Rechte an schutzfähigen Erfindungen originär (Art. 3 Abs. 1 PatG). Dem Arbeitnehmer bleibt nur die Erfinderehre,²²⁶ d. h. der Anspruch auf Patentanmeldung und Nennung als Erfinder. Zu den Aufgabenerfindungen gehören aber auch Erfindungen, die nicht schutzfähig, insbesondere nicht Neuerungen im Sinne des Patentgesetzes sind, der Arbeitgeberin aber ein faktisches Monopol verschaffen.²²⁷ Eine Vergütung ist nicht geschuldet.
- *Gelegenheitserfindungen* (Art. 332 Abs. 2 bis 4 OR) stehen im Zusammen- 115 hang mit der dienstlichen Tätigkeit, entstehen aber nicht in Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung. Da die Erfindertätigkeit meist nicht Inhalt des Arbeitsvertrags ist, entstehen die Rechte an der Erfindung in der Person des Arbeitnehmers. Durch vorherige schriftliche Abrede mit dem Arbeitnehmer kann sich die Arbeitgeberin aber den Erwerb der Erfindungen vor-

und 4.8 (Praktikum in der Hausarztpraxis eines Dr. med.), vgl. zum Ganzen MEIER/PÄRLI, SZS 2018, S. 27 ff.

²²³ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 279.

²²⁴ Eine Erfindung ist eine von einer oder mehreren Personen geschaffene Regel zur Anwendung von Naturkräften, die im Zeitpunkt der Patentanmeldung einen erkennbaren technischen Fortschritt bewirken konnte und in diesem Zeitpunkt dem Fachmann nicht nahelag (BGE 85 II 138).

²²⁵ Z. B. alles, was im Blick auf Forschungsziele erfunden wird (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 332 OR, N 7).

²²⁶ Diese ergibt sich aus dem Persönlichkeitsrecht (Art. 6 PatG).

²²⁷ Z. B. JAR 1989, 193; vgl. REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 281; kritisch dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 332 OR, N 8.

behalten.²²⁸ Ohne schriftliche Vereinbarung ergibt sich grundsätzlich keine Anbieterspflicht. Das Vertrauensverhältnis zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer kann allerdings eine Berücksichtigung der Arbeitgeberin gebieten²²⁹ und das Konkurrenzverbot eine Einschränkung der Verwertungsmöglichkeiten.²³⁰ Gibt die Arbeitgeberin die Erfindung nicht frei, so schuldet sie dem Arbeitnehmer eine angemessene Vergütung. Dieser Anspruch ist relativ zwingend.²³¹

- 116 – *Rechte an freien Erfindungen*, die in keinem Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit stehen, entstehen in der Person des Arbeitnehmers. Mangels Zusammenhangs mit dem Arbeitsverhältnis besteht auch keinerlei Verpflichtung, sie der Arbeitgeberin zu melden oder anzubieten.²³² Eine Einschränkung der Verwertungsmöglichkeiten kann sich auch hier durch ein Konkurrenzverbot ergeben.²³³ Auch ist eine Vereinbarung, künftige Erfindungen der Arbeitgeberin zu übertragen, zulässig. Dafür ist allerdings in analoger Anwendung von Art. 332 Abs. 4 OR zwingend eine Entschädigung auszurichten.²³⁴

- 116a – Ein ungewöhnlicher Vorfall ereignete sich 2012 in der Gemeinde Klingnau (AG), wo zwei Gemeindearbeiter beim Mähen einer Wiese auf zehn geprägte Goldbarren²³⁵ im Wert von mehr als 100'000.– CHF stiessen. Es stellte sich die Frage, ob der Goldfund nach Ablauf einer fünfjährigen Frist in das Eigentum der Finder oder der Gemeinde übergeht.²³⁶ Der Fund, welchen ein Arbeitnehmer während seiner vertraglichen Tätigkeit macht, ist

²²⁸ Sog. Erfinderklausel gem. Art. 332 Abs. 2 OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 332 OR, N 7.

²²⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 332 OR, N 14; für eine aus der Treuepflicht abgeleitete Pflicht: REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 281.

²³⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 332 OR, N 14.

²³¹ Die Entschädigung berechnet sich unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes der Erfindung sowie der beidseitigen Aufwendungen und der beruflichen Position des Arbeitnehmers (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 332 OR, N 15).

²³² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 332 OR, N 18; a.M. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 332 OR, N 14.

²³³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 332 OR, N 18.

²³⁴ VISCHER/MÜLLER, 256.

²³⁵ Hätte es sich nicht um neuzeitlich geprägte Goldbarren, sondern um antike Goldmünzen i. S. v. einfachen Kulturgütern (Art. 2 Abs. 1 KGTG) gehandelt, wäre gem. Art. 724 Abs. 1 ZGB der Kanton Aargau Eigentümer geworden.

²³⁶ Die Gemeinde ging davon aus, sie sei rechtmässige Eigentümerin geworden und die Arbeiter erhielten deshalb bloss einen Finderlohn (vgl. Aargauer Zeitung vom 20. Oktober 2017).

im Obligationenrecht nicht explizit geregelt, es können jedoch Parallelen zu Rechten an Erfindungen gezogen werden. Wären die Gemeindearbeiter oder ein angestellter Archäologe beauftragt worden, die Goldbarren zu suchen, würde es sich in Analogie zur Auftragserfindung zweifellos um einen Dienstfund handeln. Analog zur Gelegenheitserfindung kann im vorliegenden Fall u. E. von einem Gelegenheitsfund ausgegangen werden.²³⁷ Nicht nur, was ein Arbeitnehmer zufällig *erfindet*, sondern auch was er zufällig *findet*, geht in sein Eigentum über.²³⁸

Das *Recht an Designs* (früher Muster und Modelle)²³⁹ erwirbt originär die Arbeitgeberin.²⁴⁰ Die Rechtslage wurde derjenigen der Erfindungen angepasst,²⁴¹ indem Art. 332 OR neu auch diese umfasst.²⁴² Früher galt für Muster und Modelle das Schöpferprinzip, nach dem diese Rechte wegen ihrer persönlichkeitsrechtlichen Bestandteile ausschliesslich im geistigen Schöpfer entstehen.²⁴³ Diese Auffassung wurde in der Botschaft als veraltet angesehen.²⁴⁴ 117

Die Rechte an *urheberrechtlich geschützten Werken* wie z. B. Schöpfungen der Literatur und Kunst sind im Arbeitsvertragsrecht nicht geregelt. Auch im neuen Urheberrechtsgesetz unterblieb eine diesbezügliche Regelung aufgrund unüberbrückbarer Differenzen im Gesetzgebungsverfahren.²⁴⁵ 118

Bei urheberrechtlich geschützten Werken²⁴⁶ sind unseres Erachtens in Analogie zu den Erfindungen drei Arten zu differenzieren: 119

- *Frei geschaffene Werke*: Ausschliesslich der Urheber (Arbeitnehmer) hat das Recht daran und ihm selbst steht die freie Verwertbarkeit zu. 120

²³⁷ Die Subsumierung unter Art. 321b OR ist u. E. keinesfalls sachgerecht, da die Arbeiter die Goldbarren klarerweise nicht von einem Dritten erhalten, sondern gefunden haben.

²³⁸ Siehe zum Ganzen: MÜLLER/HRUBESCH-MILLAUER, AJP 3/18, S. 298 ff.

²³⁹ Designs sind «Gestaltungen von Erzeugnissen oder Teilen von Erzeugnissen, die namentlich durch die Anordnung von Linien, Flächen, Konturen oder Farben oder durch das verwendete Material charakterisiert sind» (Art. 1 DesG).

²⁴⁰ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 285.

²⁴¹ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 285.

²⁴² Art. 332a OR, welcher die Regelungen bezüglich Muster und Modelle beinhaltete, wurde durch Anhang Ziff. II 1 des DesG aufgehoben.

²⁴³ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 285.

²⁴⁴ BBl 2000 2765.

²⁴⁵ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 285.

²⁴⁶ Vgl. zum Ganzen: ANDERMATT, Immaterialgüterrechtlich geschützte Erzeugnisse, insb. 92 ff.

- 121 – *Gelegenheitswerke*: Bei diesen verhält es sich gleich wie bei frei geschaffenen Werken. Es besteht aber die Möglichkeit, im Arbeitsvertrag zu regeln, dass Rechte an Gelegenheitswerken der Arbeitgeberin anzubieten sind. Diese Pflicht wäre gegebenenfalls zu entschädigen.
- 122 – *Im Rahmen der Arbeitstätigkeit geschaffene Werke*: Der Mitarbeiter schafft im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit ein urheberrechtlich geschütztes Werk, wobei die Schaffung von der Arbeitgeberin angeordnet wurde. Geht man vom Schöpferprinzip als fundamentalem Prinzip des Urheberrechts aus, so ist ein originärer Rechtserwerb der Arbeitgeberin unmöglich. Die Arbeitgeberin hat nur die Möglichkeit, die Rechte aufgrund einer Verfügung des Arbeitnehmers zu erlangen. Unseres Erachtens ist bei den im Rahmen der Arbeitstätigkeit geschaffenen Werken für die Beurteilung, wem das Urheberrecht zusteht, dahin gehend zu unterscheiden, ob eine individuelle schöpferische Leistung seitens des Arbeitnehmers vorliegt oder ob dieser nur die Vorgaben der Arbeitgeberin umgesetzt hat. Im ersten Fall steht das Urheberrecht dem Arbeitnehmer zu, im zweiten hingegen der Arbeitgeberin.²⁴⁷
- 123 Eine spezifische Regelung findet sich allerdings für die Rechte an *Computerprogrammen*²⁴⁸ (Art. 17 URG). Die Arbeitgeberin wird demnach nur an Dienstwerken, aber originär berechtigt. Sobald ein Arbeitnehmer ohne entsprechende vertragliche Verpflichtung an der Erschaffung eines Computerprogramms mitwirkt, kann die Arbeitgeberin nur mit dessen Zustimmung über das Programm verfügen. Unklar bleibt der Umfang der Berechtigung der Arbeitgeberin und deren Rechtsnatur.²⁴⁹

²⁴⁷ Sofern allerdings der Arbeitnehmer unter das von ihm geschaffene Werk den Namen des Arbeitgebers schreibt, dürfte es für ihn kaum möglich sein, sich selbst als «echten» Urheber zu beweisen.

²⁴⁸ BRINER, AJP 1993, 576 ff.

²⁴⁹ BRINER, AJP 1993, 578.

B. Abgrenzung zu anderen Dienstleistungsverträgen

1. Überblick

Die Unterscheidung von Arbeitsvertrag und anderen Vertragstypen ist im Einzelfall hoch relevant. Das Arbeitsvertragsrecht unterscheidet sich entscheidend von anderen Vertragsverhältnissen, da es zahlreiche zwingende Normen (Art. 361 und 362 OR), wichtige Regelungen bezüglich des Sozialschutzes und Vorschriften betreffend die Zuständigkeit von Spezialgerichten für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis enthält. Die verschiedenen «Dienstleistungsverträge» sind nicht zu verwechseln mit dem früheren Dienstvertrag, welchen es in der Schweiz nicht mehr gibt.²⁵⁰ Die Kriterien für einen Arbeitsvertrag lassen sich aus Art. 319 OR wie folgt ableiten: Arbeitsleistung, Dauerschuldverhältnis, Subordination und Entgeltlichkeit.²⁵¹

124

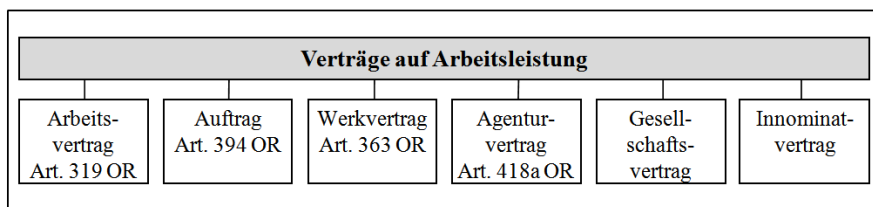


Abbildung 4: Übersicht der Verträge auf Arbeitsleistung

2. Abgrenzung zum Werkvertrag

Gegenstand des Werkvertrages (Art. 363 ff. OR) ist die Lieferung eines körperlichen oder geistig-künstlerischen Werkes.²⁵² Im Gegensatz zum Arbeitsvertrag steht nicht der Einsatz von Arbeit,²⁵³ sondern ein bestimmtes Ergebnis, ein *Arbeitserfolg*, im Vordergrund. Der *Werklohn* wird oft als Pauschalpreis im Voraus oder aber auch nach Massgabe der Arbeitsleistung (Regiearbeit) vereinbart. Er ist ohne gegenteilige Vereinbarung erst nach Ablieferung des Werkes fällig (Art. 372 Abs. 2 OR). Ein weiterer Unterschied besteht in der *Gefahrtragung*.

125

²⁵⁰ In Deutschland aber ist der Arbeitsvertrag eine Form des Dienstvertrags.

²⁵¹ Vgl. auch Rz. 100 ff.

²⁵² Vgl. BGE 110 II 380.

²⁵³ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 47.

Der Unternehmer hat die Pflicht zur Sachgewährleistung (Art. 367 ff. OR), während ein Arbeitnehmer, soweit er sorgfältig gearbeitet hat (Art. 321e OR), einen vom Ergebnis unabhängigen Lohnanspruch besitzt.

- 126 Massgebend für die Abgrenzung vom Arbeitsvertrag ist vor allem die *Selbstständigkeit* bei der Arbeitsausführung. Die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation spricht deutlich für einen Arbeitsvertrag. Es besteht allerdings auch ein Weisungsrecht des Bestellers, das aber weniger weit als dasjenige der Arbeitgeberin geht.²⁵⁴ Weitere mögliche Indizien für das Vorliegen eines Werkvertrages sind die *freie Zeiteinteilung* und die Verwendung von *eigenen Geräten und Materialien*.²⁵⁵

Beispiele für einen Werkvertrag:

- Künstlerische Tätigkeiten stehen im Vordergrund.
- Ein Maler muss ein Porträt erstellen.

Beispiel für einen Arbeitsvertrag:

- Ein Clown nimmt zwar keine fachlichen Weisungen entgegen, muss sich aber in den Betriebsablauf eines Zirkus einfügen.

3. Abgrenzung zum einfachen Auftrag

- 127 Ein Auftrag (Art. 394 ff. OR) liegt vor, wenn sich eine Person vertraglich verpflichtet, eine bestimmte *Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung* im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers *zu übernehmen*. Er ist die subsidiäre Vertragsform der Verträge auf Arbeitsleistung (Abs. 2). Inhalt kann entweder die Vornahme einer Rechtshandlung oder ein faktisches Handeln sein. Ein *Entgelt* ist nur zu entrichten, wenn dies von den Vertragsparteien verabredet oder üblich ist (Abs. 3).

- 128 Auch der Auftrag unterscheidet sich vom Arbeitsvertrag vor allem durch das Mass der Unterordnung. Es bleibt dem Beauftragten überlassen, wie er den Auftrag erfüllen will; ein *Subordinationsverhältnis fehlt*. Allerdings bestehen auch gewisse Weisungsbefugnisse des Auftraggebers, was die Abgrenzung unter Umständen erschwert. Entscheidend kann weiter sein, wie frei der Beauftragte in seiner *Zeiteinteilung* ist²⁵⁶ und ob die Bezahlung, bspw. bei freien Berufen, nach einer berufsständischen *Honorarordnung* erfolgt.²⁵⁷

²⁵⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 48.

²⁵⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 4.

²⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 6.

²⁵⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 6.

Der Beauftragte hat auf Verlangen stets Rechenschaft über seine Geschäftsführung abzulegen (Art. 400 Abs. 1 OR), aber es ist eine *jederzeitige Kündigung* von beiden Seiten möglich (Art. 404 Abs. 1 OR). Strittig ist allerdings, ob die Norm von Art. 404 Abs. 1 OR zwingenden Charakter hat. Das Bundesgericht bestätigt dies in weitgehend konstanter Rechtsprechung.²⁵⁸ 129

Beispiele für einen Auftrag:

- Die Tätigkeit eines selbstständigen Anwalts, selbst wenn dieser ausschliesslich für einen einzigen Mandanten arbeitet.
- Ein selbstständiger Arzt, der einen Patienten in seiner eigenen Praxis operiert.

Beispiele für einen Arbeitsvertrag:

- Ärzte sind neben ihrer Privatpraxis regelmässig in einem Altersheim tätig.²⁵⁹
- Der Gehilfe eines Rechtsanwaltes, obwohl er ein «Beraterhonorar» ohne Sozialabzüge erhält, hängt bei seinen Einsätzen völlig von den Weisungen des Rechtsanwaltes ab.²⁶⁰

4. Abgrenzung zum Agenturvertrag

Agent ist, wer sich verpflichtet, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber *Geschäfte zu vermitteln* oder in ihrem Namen und auf ihre Rechnung *abzuschliessen*. Arbeitnehmerähnliche Personen, wie freie Journalisten, freie Mitarbeiter von Unterrichtsanstalten, Franchisenehmer, Tankstellenpächter etc., werden oft dem Agenturrecht unterstellt,²⁶¹ denn ihre Arbeit wird zu einem erheblichen Teil fremdbestimmt (bezüglich Ortes und Zeit, des Preises etc.). Diese persönliche, organisatorische und zeitliche Abhängigkeit ist eher ein Element des Arbeitsvertrags.²⁶² Oft erhalten sie ihr Entgelt ausserdem von wenigen Vertragspartnern. 130

Das Agenturvertragsrecht enthält deshalb auch *Sozialschutzbestimmungen*, wie z. B.: 131

- Entgeltanspruch bei unverschuldeter Verhinderung der Arbeitsleistung (Art. 418m Abs. 2 OR)
- Ferienanspruch des Agenten, wenn er einkommensmässig und damit zeitlich derart an den Auftraggeber gebunden ist, dass die Nichtgewährung einer Erholungszeit als Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Agenten zu

²⁵⁸ BsK-WEBER, Art. 404 OR, N 9.

²⁵⁹ JAR 1989, 91.

²⁶⁰ JAR 1983, 70.

²⁶¹ JAR 1983, 64; BGE 118 II 157.

²⁶² BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 53.

qualifizieren wäre und der Ferienanspruch sich damit aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Auftraggebers ergibt (Art. 418f OR)

- Zeugnisanspruch (ergibt sich aus Art. 418f OR)
- Kündigungsschutz gemäss dem Arbeitsvertragsrecht (Art. 418q und 418r OR)²⁶³

132 Schwierig ist die Abgrenzung des Agenten vom Handelsreisenden, der als Sonderform dem Arbeitsvertragsrecht unterstellt ist. Die Pflicht zur detaillierten Berichterstattung spricht für einen Arbeitsvertrag, die Freiheit der Zeiteinteilung indessen dagegen.²⁶⁴ Indizien für einen Agenturvertrag können ein eigenes Geschäftslokal, eigene Reklame, eigenes Geschäftspapier, Handelsregistereintrag, Steuerdeklaration als Selbstständigerwerbender etc. sein.²⁶⁵

5. Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag

133 Im Unterschied zum schuldrechtlichen Arbeitsvertrag stehen die Vertragspartner eines Gesellschaftsvertrages nicht in einem *Interessengegensatz* (Art. 530 ff. OR); vielmehr schliessen sich mehrere Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zusammen.²⁶⁶ Da auch der Arbeitsvertrag gesellschaftliche Elemente, z. B. eine Gewinnbeteiligung enthalten kann, entscheidet auch hier das Mass der Unterordnung. Gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags spricht das Fehlen eines besonderen Entgelts für die Entrichtung einer Arbeitsleistung und das Tragen des Unternehmerrisikos (Verlustbeteiligung).²⁶⁷ Umstritten ist ebenfalls, in welchem Verhältnis der Verwaltungsrat zur Gesellschaft steht. Neben einem Auftrag oder Arbeitsvertrag wird auch ein eigenes, *organschaftliches Verhältnis* in Erwägung gezogen.²⁶⁸

²⁶³ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 70.

²⁶⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 8.

²⁶⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 53; z. B. JAR 1987, 298; JAR 1992, 105.

²⁶⁶ Es besteht aber auch die Möglichkeit der Gründung einer AG (Art. 625 OR) bzw. GmbH (Art. 775 OR) durch eine Person. Siehe weiterführend zur Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag MÜLLER/SCHWEIGHOFER.

²⁶⁷ JAR 1989, 87.

²⁶⁸ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Rz. 171, 1.185 ff.; MÜLLER, VR als Arbeitnehmer, 40 ff.

6. Abgrenzung zum Innominatvertrag

Bei den im Gesetz nicht vorgesehenen sog. Innominatverträgen wird gemeinhin zwischen gemischten Verträgen und Verträgen *sui generis* unterschieden.²⁶⁹ Ein *gemischter Vertrag* liegt vor, wenn der Gesamtvertrag aus Elementen mehrerer gesetzlicher Verträge besteht. So können nach neuerer Rechtsprechung beispielsweise Architektenverträge gemischte Verträge darstellen, die Elemente des Werkvertrags und des Auftrags enthalten.²⁷⁰ Ein *Vertrag sui generis* (dt. «eigener Art») ist gegeben, wenn eine klare Zuordnung der einzelnen Elemente zu den gesetzlichen Verträgen nicht möglich ist. Oft werden Franchiseverträge als Verträge *sui generis* betrachtet. Mit dem Franchisevertrag verpflichtet sich ein Händler oder Unternehmer zum selbstständigen Vertrieb von Waren und Dienstleistungen nach einer vorgegebenen Vertriebskonzeption. 133a

Früher hat das Bundesgericht Verträge *sui generis* bei Verträgen auf Arbeitsleistung abgelehnt.²⁷¹ Es begründete dies mit Art. 394 Abs. 2 OR, wonach Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart des Obligationenrechts entsprechen, dem Auftragsrecht unterstehen. Bereits seit vielen Jahren fasst das Bundesgericht Art. 394 Abs. 2 OR aber als dispositiv auf und anerkennt die Möglichkeit von Verträgen *sui generis* auch, wo eine Arbeitsleistung geschuldet wird.²⁷² 133b

Ein Innominatvertrag auf Arbeitsleistung kann Elemente des Arbeitsvertrags enthalten, hat aber zumindest daneben auch wesentliche typenfremde Elemente. Die Anwendung von Arbeitsvertragsrecht kommt gleichwohl in Betracht: einerseits unmittelbar mit Bezug auf arbeitsvertragliche Elemente, andererseits durch Analogie, sofern diese sachgerecht erscheint. 133c

Ebenfalls ein Innominatvertrag ist der Dienstverschaffungsvertrag. Im AVG²⁷³ finden sich allerdings einige Regeln zu einer Unterart desselben, dem Verleihvertrag. Beim Dienstverschaffungsvertrag verpflichtet sich eine Vertragspartei, der anderen die Arbeitsleistung eines oder mehrerer Dritter zu verschaffen.²⁷⁴ Im Gegensatz zum Auftrag und zum Werkvertrag begründet der 134

²⁶⁹ TERCIER/FAVRE, Rz. 296 ff. Vgl. im arbeitsrechtlichen Zusammenhang auch BGE 104 II 108, E. 1. Beachte: Die Terminologie in der Lehre ist nicht einheitlich. Zuweilen werden auch nur die Verträge *sui generis* als Innominatverträge bezeichnet und die gemischten Verträge als eigene Kategorie davon unterschieden.

²⁷⁰ Bestätigt in BGE 134 III 361.

²⁷¹ Vgl. BGE 104 II 108 und 106 II 157.

²⁷² Vgl. BGE 109 II 462 und 112 II 41.

²⁷³ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz) [SR 823.11].

²⁷⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 56.

Dienstverschaffungsvertrag ein *Weisungsrecht* des Vertragspartners *gegenüber dem beigezogenen Dritten*. Die zur Dienstverschaffung verpflichtete Partei haftet deshalb nur dafür, dass die zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte generell für die vorgesehene Arbeit geeignet sind.²⁷⁵

Beispiel: Die Temporärjob AG vermittelt gewerbsmässig Sekretariatsmitarbeiter auf Zeit. Die Handels AG benötigt dringend eine Sekretärin und schliesst deshalb mit der Temporärjob AG einen Vertrag über die Verschaffung einer Sekretärin für eine beschränkte Zeit. Hier handelt es sich um einen typischen Verleihvertrag.

7. Problematik der Scheinselbstständigkeit

134a Von Scheinselbstständigkeit spricht man, wenn die Parteien keinen Arbeitsvertrag beabsichtigt haben, das eingegangene Rechtsverhältnis jedoch bei genauer Prüfung alle notwendigen Elemente eines Arbeitsvertrages erfüllt und von Behörden oder Gerichten im Falle einer Auseinandersetzung auch als Arbeitsvertrag qualifiziert wird. Damit sollen i. d. R. die Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts umgangen werden. Die Konstellation kann auch aus Sicht der Arbeitgeberin problematisch sein, da die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Qualifikation des Verhältnisses von der obligationenrechtlichen abweichen kann: Erweist sich erst nachträglich, dass nach Steuer- oder Sozialversicherungsrecht unselbstständige Arbeit vorliegt, so ergeben sich daraus allenfalls umfangreiche Nachzahlungspflichten.

134b Nicht zuletzt aufgrund der Entwicklungen der Arbeitswelt in den letzten Jahren erscheint dieses Problem heute sehr häufig. Die Abgrenzung von echter und scheinbarer Selbstständigkeit ist oft schwierig. Indizien für das Vorliegen von Scheinselbstständigkeit sind:

- Die Person ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig.
- Die Person tritt nicht unternehmerisch am Markt auf (keine Buchführung, kein Marketing usw.).
- Die Person hat einen festen zugewiesenen Arbeitsplatz und feste Arbeitszeiten.
- Andere Personen im gleichen Unternehmen verrichten eine ähnliche Arbeit als Arbeitnehmer.
- Die Person hatte schon früher einen Arbeitsvertrag mit dem gleichen Vertragspartner.

²⁷⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 57.

- Entspricht die faktische Stellung der Arbeit leistenden Person derjenigen eines mittels Arbeitsvertrag Beschäftigten, so ist eine analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Bestimmungen möglich.²⁷⁶ Für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des Verhältnisses ist die *Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO*²⁷⁷ des Bundesamts für Sozialversicherungen massgebend.²⁷⁸ 134c

Das Phänomen der Plattformbeschäftigung wird in der Wissenschaft auch als «Crowdsourcing» oder «Crowdwork» beschrieben. Bei Crowdwork funktionieren Plattformen wie «Mechanical Turk» von Amazon oder die deutsche Agentur «Clickworker» als eine Art digitale Jobvermittlungsbörse. Die Clickworker bewerben sich für einzelne, durch die Plattform in Microjobs zerlegte Aufträge der Kunden der Plattform. Auftraggeber (bzw. ggf. Arbeitgeber) ist dabei die Plattform. Als Dienstleistungsvermittler sehen sich der global tätige Fahrglegenheitsvermittlungsdienst «Uber» oder die ebenfalls in zahlreichen Ländern aktive Vermittlungsplattform «TaskRabbit», die Dienstleistungen diverser Art vermittelt. Solche Beschäftigungsformen fordern das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht heraus. In vielen Fällen fehlt es bei Personen, die für eine Crowdwork-Plattform oder eine Vermittlungsplattform ihre Dienstleistungen bzw. ihre Arbeitskraft anbieten, am Vorliegen eines Unternehmerrisikos und es liegt zumindest teilweise eine betriebswirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeit vor.²⁷⁹ Folglich müssen die zuständigen Behörden die Einkommen von vielen Plattform-Beschäftigten sozialversicherungsrechtlich als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit qualifizieren und die betreffenden Personen der obligatorischen Unfallversicherung unterstellen. Je nach Umständen liegen auch Arbeitsverträge vor, auch wenn die Parteien das Verhältnis nicht als Arbeitsvertrag bezeichnen.²⁸⁰ 134d

Betreffend dem Uber-Fahrdienst hat das Bundesgericht in mehreren Entscheiden Klarheit geschaffen. Angesichts der umfassenden Kontrolle der Fahrer 134e

²⁷⁶ BGE 118 II 157, E. 4 = JAR 1994, 109 f. Vgl. deshalb auch die Ausführungen zum Schwarzarbeitsgesetz hinten unter Rz. 299 ff.

²⁷⁷ Die Wegleitung kann unter der folgenden Adresse heruntergeladen werden: <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/361/lang:deu/category:22>.

²⁷⁸ Ausführlich zum Problem der Scheinselbstständigkeit: GERBER und VÖLKER.

²⁷⁹ In diesem Sinne auch der Bundesgerichtsentscheid 8C_571/2017 vom 9. November 2017, in dem der sozialversicherungsrechtliche Status von Taxifahrern, welche an eine Vermittlungsdienstleistungen anbietende Taxizentrale angeschlossen sind, als «unselbstständigerwerbend» qualifiziert wird. Ausführlich dazu: PÄRLI, unselbstständigerwerbende Taxifahrer.

²⁸⁰ Vgl. zum Thema der Digitalisierung u. a.: RIEMER-KAFKA/STUDER, SZS 2017 und WITZIG, ZSR 2016 sowie UHLMANN/SCHUHMANN, Digitalisierung und PÄRLI, ARV 2016.

durch die von Uber entwickelte und gesteuerte Uber-App liegt gemäss Bundesgericht ein Unterordnungsverhältnis vor, das die Qualifikation als Arbeitnehmer rechtfertigt.²⁸¹ Gleich entschied das Bundesgericht auch in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht. Uber-Fahrer tragen auch kein Unternehmerrisiko und üben aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive eine unselbständige Erwerbstätigkeit aus. Die niederländische Uber B.V. ist demzufolge eine Arbeitgeberin mit Betriebsstätte in der Schweiz. In einem anderen Verfahren betreffend das zwischenzeitlich eingestellte (ebenfalls niederländische) Raiser Operations B.V. / UberPop kam das Bundesgericht zum gleichen Ergebnis. Die Uber Switzerland GmbH hingegen ist nicht als Arbeitgeberin zu qualifizieren.²⁸²

²⁸¹ BGer 2C_34/2021 vom 30. Mai 2022 (betreffend Uber) und BGer 2C_575/2020 vom 30. Mai 2022 (betreffend Uber Eats), in die amtliche Sammlung aufgenommen unter BGE 148 II 426. Umfassend hierzu siehe PÄRLI, SZS 2/2022 und PÄRLI, SZS 4/2022.

²⁸² BGer 9C_70/2022 und BGer 9C_76/2022 vom 16. Februar 2023 betreffend Uber B.V. sowie BGer 9C_71/2022 und BGer 9C_75/2022 vom 16. Februar 2023 betreffend UberPop bzw. Raiser Operations B.V. Alle Streitfälle betreffen die Ausgleichskasse des Kantons Zürich und die Erwägungen sind in den Urteilen teils identisch. Umfassend zu den genannten Urteilen siehe PÄRLI, SZS 4/2023. Weiterführend zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags von anderen Verträgen siehe WILDHABER/BARTH.

C. Parteien im Einzelarbeitsvertrag

1. Problematik

Grundsätzlich ist ein Arbeitsvertrag ein Vertrag zwischen zwei Parteien, nämlich einer Arbeitgeberin und einem Arbeitnehmer. Dies gilt auch, wenn auf einer Seite eine Personenmehrheit²⁸³ oder eine juristische Person beteiligt ist. Primär tauschen die Parteien des Arbeitsvertrags vermögenswerte Leistungen (Arbeit und Lohn) aus. Die besondere Natur der Leistung des Arbeitnehmers, nämlich Verrichtung abhängiger Arbeit, und die häufige wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers von der Arbeitgeberin geben dem Arbeitsvertrag einen personenrechtlichen Einschlag.²⁸⁴ Sie führen zu den Nebenpflichten der Vertragsparteien, nämlich der Fürsorge- und Schutzpflicht der Arbeitgeberin und der Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers.²⁸⁵ 135

Betrachtet man die heutige wirtschaftliche wie auch soziale Realität der Erwerbstätigen, stellen sich neue Fragen. Insbesondere entstehen dann Problemfelder und Abgrenzungsschwierigkeiten, wenn die Rollen der Arbeitgeberin und des Arbeitnehmers zunehmend unklar werden. In Fällen, wo ein Subsubunternehmen als Arbeitgeberin auftritt, können unklare Haftungs- und Weisungsverhältnisse zu Schwierigkeiten führen. Ferner ist die scharfe Trennung zwischen Personalverleih²⁸⁶ und gewöhnlichem Arbeitsvertrag teils komplex. Abweichend von der traditionellen Verteilung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerrolle existieren heute vielfach Dreiecksverhältnisse. Ein Unternehmen nimmt eine Dienstleistung entgegen, welche von einer Einpersonen-GmbH erbracht wird. Zwischen dem die Dienstleistung nachsuchenden Unternehmen und der GmbH besteht ein Vertragsverhältnis über die Dienstleistung und zwischen der GmbH und dem die Dienstleistung Ausführenden ein Arbeitsverhältnis. Kein Vertragsverhältnis ist zwischen dem Unternehmen und der die Dienstleistung ausführenden natürlichen Person beabsichtigt.²⁸⁷ 135a

²⁸³ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 45.

²⁸⁴ ZK-STAEHELIN, Vorbem. zum 10. Titel, N 8.

²⁸⁵ ZK-STAEHELIN, Vorbem. zum 10. Titel, N 8.

²⁸⁶ Vgl. Rz. 171 ff.

²⁸⁷ GEISER, Ein-Mann juristische Personen, S. 151 f.

2. Arbeitgeberin

- 136 Die Arbeitgeberin ist jene Partei des Arbeitsvertrags, die sich vom Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung versprechen lässt.²⁸⁸ Sie selbst verpflichtet sich in erster Linie zur Zahlung eines Lohns,²⁸⁹ was ihre Hauptpflicht darstellt.²⁹⁰ Die Rechtsstellung der Arbeitgeberin wird neben dem Anspruch auf Arbeitsleistung insbesondere durch das Weisungsrecht und die Fürsorgepflicht charakterisiert.²⁹¹
- 137 In der Mehrzahl der Fälle sind Arbeitgeberinnen juristische Personen.²⁹² Sie handeln in Bezug auf die Ausübung der arbeitsvertraglichen Rechte durch Organe und Stellvertreter.²⁹³ Das Weisungsrecht steht der Arbeitgeberin als solche zu und nicht etwa Betriebsleitern oder Direktionsmitgliedern, welche es lediglich ausüben. Gleich verhält es sich mit dem Kündigungsrecht, welches die Organe und Vertreter lediglich ausüben können.²⁹⁴ Insofern ist die konkrete Arbeitgeberin auch nur diejenige, die das Weisungsrecht und das Kündigungsrecht selbst innehat. Vorgesetzte, leitende Arbeitnehmer, Filialleiter und dergleichen, denen das Weisungsrecht nur in einem beschränkten Umfang übertragen wurde, sind demgegenüber keine Arbeitgeberinnen.²⁹⁵

3. Arbeitnehmer

- 138 Früher wurde zwischen Angestellten und Arbeitern unterschieden. Zur Abgrenzung gab es mehrere Methoden: Die Arbeit der Angestellten war eine geistige, diejenige der Arbeiter eine manuelle. Diese Unterscheidung ist heute veraltet. Der heutige Arbeitnehmer verpflichtet sich zur Arbeitsleistung, wobei er sich einen Anspruch auf Lohn einräumen lässt.²⁹⁶ Gleichgültig ist, ob die Arbeit innerhalb oder ausserhalb der Betriebsstätte der Arbeitgeberin erfolgen muss; zentral

²⁸⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 13.

²⁸⁹ Art. 319 sowie 322 OR.

²⁹⁰ Vgl. Rz. 373 ff.

²⁹¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 14; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 47.

²⁹² Vgl. Rz. 38.

²⁹³ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 48.

²⁹⁴ Gleicher Meinung PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 48.

²⁹⁵ So auch BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 15.

²⁹⁶ Art. 319 OR.

ist die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und das damit verbundene Subordinationsverhältnis.²⁹⁷ Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers ist neben der Arbeitspflicht und dem Lohnanspruch insbesondere durch die Sorgfalts- und Treuepflicht²⁹⁸ sowie das Weisungsrecht²⁹⁹ gekennzeichnet.

4. Weitere Beteiligte

Neben den Vertragsparteien können noch andere Personen in den Arbeitsvertrag involviert sein. In der Praxis sind diesbezüglich insbesondere folgende Beteiligte relevant:

- Von hoher Bedeutung im Arbeitsverhältnis sind die staatlichen Sozialversicherungen, die an eine Erwerbstätigkeit geknüpft sind. AHV, IV, UV, ALV und die Erwerbsersatzordnung knüpfen sowohl bei der Finanzierung als auch bei der Leistungserbringung an den Arbeitsvertrag an. Dies gilt auch für die freiwilligen privaten Krankentaggeldversicherungen, deren Abschluss heute in vielen Unternehmen vorgesehen wird.³⁰⁰ 140
- Beim Personalverleih³⁰¹ überträgt die Temporärfirma als Arbeitgeberin der Kundenfirma als Einsatzbetrieb ein Weisungsrecht gegenüber dem ausgeliehenen Arbeitnehmer. 141
- Beim Heimarbeitsvertrag ist der Heimarbeitnehmer berechtigt, Familienangehörige für seine Arbeit beizuziehen.³⁰² Diese werden dadurch aber nicht Vertragsparteien. 142
- Die Arbeitgeberin, die obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt, muss eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen.³⁰³ Diese sogenannten Pensionskassen spielen eine grosse Rolle im Arbeitsverhältnis, obwohl sie weder Arbeitgeberinnen- noch Arbeitnehmerstatus haben. 143

²⁹⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR, N 17.

²⁹⁸ Art. 321a OR.

²⁹⁹ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 46.

³⁰⁰ Ausführlich zur Sozialversicherung im Arbeitsrecht unten § 5.

³⁰¹ Vgl. dazu Rz. 171 ff.

³⁰² Art. 351 OR.

³⁰³ Art. 11 Abs. 1 BVG.

5. Sonderfall Konzern

143a Ein Konzern liegt vor, wenn eine rechnungslegungspflichtige juristische Person (Muttergesellschaft) ein oder mehrere rechnungslegungspflichtige Unternehmen (Tochtergesellschaften) kontrolliert, sei es direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen oder über das Recht, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzurufen, oder wenn sie aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss auf die Tochtergesellschaften ausüben kann.³⁰⁴ Hier können Unklarheiten darüber bestehen, welche der Konzerngesellschaften Arbeitgeberin ist. Oft wird auch das Weisungsrecht einer Tochtergesellschaft gegenüber ihren Arbeitnehmern an die Muttergesellschaft (Holdinggesellschaft) oder eine Schwestergesellschaft (Managementgesellschaft) delegiert, um eine zentrale Führung durchsetzen zu können. Aus diesen unübersichtlichen Verhältnissen können sich Unsicherheiten hinsichtlich der Beteiligten am Arbeitsvertrag und ihrer Rechtsstellungen ergeben.³⁰⁵ Da die Konzerngesellschaften oft in verschiedenen Ländern ansässig sind, drohen auch Irrtümer über das anwendbare Recht sowie steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Pflichten.³⁰⁶

143b Das schweizerische Recht enthält keine umfassende Konzerngesetzgebung. Die Rechte und Pflichten der Beteiligten bei Arbeitsverhältnissen im Konzern folgen somit grundsätzlich denselben Kriterien wie bei anderen Arbeitsverhältnissen. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten ist daher eine klare vertragliche Festlegung der Beteiligten und ihrer Stellung von hoher Bedeutung.

143c Für die Anstellung eines Arbeitnehmers im Konzern kommen grundsätzlich vier Varianten in Betracht: Einerseits kann der Arbeitnehmer bloss einen Arbeitsvertrag mit einer der verschiedenen Konzerngesellschaften (Muttergesellschaft *oder* Tochtergesellschaft) abschliessen.³⁰⁷ Neben den beiden Optionen mit einem einzigen Vertrag ist in der Praxis aber auch eine Anstellung auf der Basis mehrerer Verträge üblich: dies entweder in Form zweier Arbeitsverträge (mit Muttergesellschaft *und* Tochtergesellschaft) oder indem ein Rahmenvertrag mit der Muttergesellschaft abgeschlossen wird, der die Bedingungen für einen oder mehrere Arbeitsverträge mit der Tochtergesellschaft vorgibt. In allen Fällen hat nur diejenige Gesellschaft eine unmittelbare Weisungskompetenz, die mit dem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Das

³⁰⁴ Art. 963 OR.

³⁰⁵ Vgl. BGer Urteil 4C_158/2002 vom 20. August 2002 = JAR 2003, 181 ff.

³⁰⁶ Siehe umfassend zur Thematik des Konzerns: MÜLLER, Konzern.

³⁰⁷ Siehe zu dieser Problematik: BGer Urteil 4C_158/2002 vom 20. August 2002. Ausführlich zu den Arbeitsverhältnissen im Konzern: GEISER/UHLIG, ZBJV 139/2003.

Weisungsrecht einer anderen Gesellschaft des Konzerns erfordert eine Delegation (die selbstverständlich unter Umständen bereits im Arbeitsvertrag vereinbart ist).

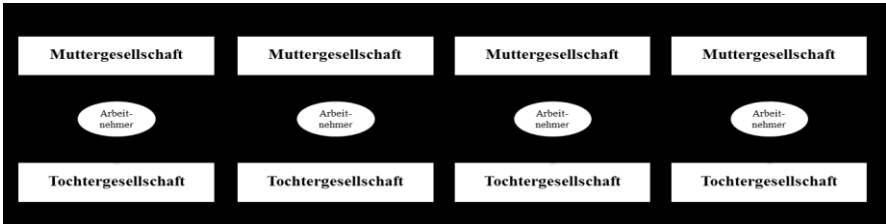


Abbildung 5: Anstellungsvarianten und Delegationsmöglichkeiten im Konzern