

Zusammenfassung Arbeitsrecht

§ 1. Grundlagen des Arbeitsrechts	1
I. Die Regelungsgegenstände des Arbeitsrechts.....	1
II. Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts.....	1
1. Die Rechtsquellen des individuellen Arbeitsrechts.....	1
2. Die Rechtsquellen des kollektiven Arbeitsrechts.....	1
3. Die Rechtsquellen des öffentlichen Arbeitsrechts.....	1
III. Die Hierarchie der Rechtsquellen.....	2
IV. Die Besonderheiten der Zivilrechtspflege.....	2
§ 2. Individuelles Arbeitsrecht	3
I. Die Vertragsentstehung.....	3
1. Der Gegenstand des Einzelarbeitsvertrags.....	3
a. Die Typusmerkmale des Einzelarbeitsvertrages.....	3
b. Die Erscheinungsformen des Einzelarbeitsvertrages.....	3
c. Die Abgrenzung zu verwandten Vertragstypen.....	3
2. Die Abschlussverbote.....	4
3. Sonderprobleme bei der Vertragsentstehung.....	4
a. Die Stellenausschreibung.....	4
b. Das Bewerbungsverfahren.....	4
c. Die stillschweigende Vertragsänderung.....	5
d. Das faktische Arbeitsverhältnis.....	5
4. Die Formvorschriften.....	5
II. Die Pflichten des Arbeitnehmers.....	5
1. Die Arbeitspflicht.....	5
a. Die arbeitsleistende Person.....	5
b. Der Inhalt der Arbeitsleistung.....	6
c. Der Ort der Arbeitsleistung.....	6
d. Die Zeit und die Dauer der Arbeitsleistung.....	6
2. Die Treuepflicht.....	6
a. Die allgemeine Treuepflicht.....	6
b. Die Pflicht zur sorgfältigen Behandlung der Produktionsmittel.....	6
c. Die Pflicht zur Unterlassung von Schwarzarbeit.....	6
d. Die Geheimhaltungspflicht.....	7
e. Die Rechenschafts- und Herausgabepflicht.....	7
f. Die Pflicht zur Leistung von Überstunden.....	7
g. Die Pflicht zur Befolgung von Weisungen.....	8
h. Die sonstigen Treuepflichten.....	8
3. Die Rechtsfolgen bei Pflichtverletzung.....	8
III. Die Pflichten des Arbeitgebers.....	9

1.	Die Lohnzahlungspflicht	9
a.	Der Begriff des Lohnes.....	9
b.	Die Zusammensetzung des Lohnes.....	9
c.	Die Höhe des Lohnes.....	9
d.	Die Lohnzahlung	10
2.	Der Lohn trotz fehlender Arbeitsleistung insbesondere.....	11
a.	Der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“	11
b.	Die unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers.....	11
c.	Der Annahmeverzug des Arbeitgebers	12
3.	Die Fürsorgepflichten	12
a.	Die allgemeine Fürsorgepflicht	12
b.	Die allgemeine Pflicht zum Persönlichkeitsschutz.....	12
c.	Der Schutz des Lebens, der Gesundheit und der persönlichen Integrität.....	12
d.	Der Gleichbehandlungsgrundsatz.....	13
e.	Das Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung	13
f.	Der Datenschutz.....	13
g.	Die Pflicht ein Arbeitszeugnis auszustellen	13
4.	Der Anspruch auf Freizeit und Ferien insbesondere	13
a.	Der Anspruch auf ordentliche Freizeit.....	13
b.	Der Anspruch auf ausserordentliche Freizeit	13
c.	Die Dauer der Ferien.....	14
d.	Der Zeitpunkt der Ferien.....	15
e.	Der Ferienlohn.....	15
f.	Das Abgeltungsverbot	15
g.	Der unbezahlte Urlaub.....	15
5.	Die Rechtsfolgen der Pflichtverletzung.....	15
IV.	Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses	16
1.	Die Kündigung	16
a.	Der Begriff der Kündigung	16
b.	Das Parteineutralität.....	16
c.	Die Kündigungsfreiheit	16
d.	Die Mitteilung der Kündigung	16
e.	Der Inhalt der Kündigung.....	16
f.	Die Wirkung der Kündigung	17
g.	Der Widerruf der Kündigung	17
h.	Die fristlose Kündigung insbesondere	17
2.	Weitere Beendigungsgründe	18
a.	Der Zeitablauf beim befristeten Arbeitsverhältnis.....	18
b.	Die Pensionierung des Arbeitnehmers.....	18
c.	Der Tod des Arbeitnehmers.....	18
d.	Der Aufhebungsvertrag.....	18
3.	Keine Beendigungsgründe.....	18

a.	<i>Der Tod des Arbeitgebers</i>	18
b.	<i>Der Konkurs der Arbeitgeberin</i>	18
c.	<i>Die Übertragung des Betriebs</i>	19
4.	<i>Die Rechtsfolgen der Beendigung</i>	19
a.	<i>Die Primärfolgen</i>	19
b.	<i>Die Sekundärfolgen</i>	19
c.	<i>Das Konkurrenzverbot</i>	19
V.	<i>Der Kündigungsschutz</i>	19
1.	<i>Der zeitliche Kündigungsschutz</i>	19
a.	<i>Die Kündigungsfristen und Kündigungstermine</i>	19
b.	<i>Die Sperrfristen</i>	20
2.	<i>Der sachliche Kündigungsschutz</i>	21
a.	<i>Die Missbrauchstatbestände</i>	21
b.	<i>Die Rechtsfolgen der missbräuchlichen Kündigung</i>	22
3.	<i>Der Kündigungsschutz bei fristloser Kündigung</i>	22
a.	<i>Die wichtigen Gründe</i>	22
b.	<i>Die unverzügliche Erklärung</i>	23
c.	<i>Die Begründung der fristlosen Kündigung</i>	23
d.	<i>Die Wirkungen der fristlosen Kündigung</i>	23
4.	<i>Spezialfälle</i>	24
a.	<i>Die Massenentlassung</i>	24
b.	<i>Der Betriebsübergang</i>	24
c.	<i>Die Racheündigung</i>	25
§ 3.	Das kollektive Arbeitsrecht	25
I.	<i>Die Gegenstände des kollektiven Arbeitsrechts</i>	25
II.	<i>Die Generalarbeitsverträge (GAV)</i>	25
1.	<i>Die Koalitionsfreiheit</i>	25
a.	<i>Die Tariffähigkeit</i>	25
b.	<i>Weitere Aspekte der Koalitionsfreiheit</i>	25
2.	<i>Der Inhalt der GAV</i>	26
a.	<i>Die normativen Bestimmungen</i>	26
b.	<i>Die schuldrechtlichen Bestimmungen</i>	26
c.	<i>Die indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen</i>	26
3.	<i>Der Geltungsbereich der GAV</i>	27
a.	<i>Die Verbandsmitgliedschaft</i>	27
b.	<i>Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung</i>	27
c.	<i>Der Anschluss</i>	27
d.	<i>Sonstige Anwendbarkeit des GAV</i>	27
III.	<i>Das Betriebsverfassungsrecht</i>	27
1.	<i>Die Mitwirkung</i>	27
2.	<i>Die innerbetriebliche Arbeitnehmervertretung</i>	28
a.	<i>Die Bestellung der Betriebskommission</i>	28

b.	<i>Die Aufgaben der Betriebskommission</i>	28
c.	<i>Die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebskommission</i>	28
3.	<i>Die Betriebsordnung</i>	29
a.	<i>Die Rechtsnatur der Betriebsordnung</i>	29
b.	<i>Der Erlass der Betriebsordnung</i>	29
c.	<i>Die Gegenstände der Betriebsordnung</i>	29
§ 4.	Das öffentliche Arbeitsrecht	29
I.	Der Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes	29
1.	<i>Die ausgeschlossenen Betriebe</i>	29
2.	<i>Die ausgeschlossenen Arbeitnehmergruppen</i>	30
3.	<i>Die Industriebetriebe</i>	30
II.	Die Gesundheitsvorsorge	30
III.	Die Arbeits- und Ruhezeiten insbesondere	31
1.	<i>Die Ausnahmeregelung der ArGV2</i>	31
2.	<i>Die wöchentliche Höchstarbeitszeit</i>	31
a.	<i>Der Grundsatz</i>	31
b.	<i>Die Ausnahmen</i>	31
3.	<i>Die Überzeit</i>	32
a.	<i>Die Definition der Überzeit</i>	32
b.	<i>Die Zulässigkeit der Überzeit</i>	32
c.	<i>Die Entgeltung der Überzeit</i>	33
4.	<i>Die tägliche Höchstarbeitszeit</i>	33
a.	<i>Die Einteilung in Tages-, Abends- und Nachtarbeit</i>	33
b.	<i>Die täglichen Höchstarbeitszeiträume</i>	33
5.	<i>Die Ruhezeiten</i>	34
a.	<i>Die Pausen</i>	34
b.	<i>Die tägliche Ruhezeit</i>	34
6.	<i>Die Nacht- und Sonntagsarbeit insbesondere</i>	34
a.	<i>Das Verbot der Nachtarbeit</i>	34
b.	<i>Die vorübergehende Nachtarbeit</i>	34
c.	<i>Die dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit</i>	35
d.	<i>Die Entgeltung der Nachtarbeit</i>	35
e.	<i>Die medizinische Untersuchung</i>	36
f.	<i>Die Sonntagsarbeit</i>	36
g.	<i>Der wöchentliche freie Halbtage</i>	37
IV.	Der Sonderschutz für bestimmte Gruppen	37
1.	<i>Die jugendlichen Arbeitnehmenden</i>	37
a.	<i>Die Definition der jugendlichen Arbeitnehmer</i>	37
b.	<i>Die allgemeine Schutzpflicht</i>	37
c.	<i>Die Mindestaltersvorschriften</i>	37
d.	<i>Die Arbeits- und Ruhezeiten</i>	37
2.	<i>Die Schwangerschaft und Mutterschaft</i>	38

a.	<i>Der allgemeine Gesundheitsschutz</i>	38
b.	<i>Die Beschäftigungsschranken</i>	38
c.	<i>Der Schutz vor gefährlichen und beschwerlichen Arbeiten</i>	38
d.	<i>Die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften</i>	38
e.	<i>Der Ersatz für Abend- und Nachtarbeit</i>	38
f.	<i>Die Stillzeit und die Zeit zum Ausruhen</i>	39
3.	<i>Die Arbeitnehmer mit Familienpflichten</i>	39
V.	<i>Das Gleichstellungsgesetz (GlG)</i>	39
1.	<i>Die geschlechterspezifische Diskriminierung</i>	39
2.	<i>Die Ansprüche</i>	40
3.	<i>Die prozessualen Erleichterungen</i>	40
VI.	<i>Das Datenschutzgesetz (DSG)</i>	40
1.	<i>Die Grundsätze des Datenschutzes</i>	40
2.	<i>Das Auskunfts- und Einsichtsrecht</i>	41
3.	<i>Die Rechtsbehelfe des Arbeitnehmers</i>	41

Verwendete Gesetze

ANAG	Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (SR 142.20)
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11)
ArGV1	Verordnung 1 vom 14. Januar 1966 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
ArGV2	Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (SR 822.112)
ArGV3	Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (SR 822.113)
ArGV4	Verordnung 4 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (SR 822.114)
AVEG	Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Generalarbeitsverträgen (SR 221.215.311)
AVIG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVO	Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (SR 823.21)
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (SR 221.30)
GestG	Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272)
GIG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (SR 151.1)
HArG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Heimarbeit (SR 822.3)
MWG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (SR 822.14)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (SR 832.20)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

§ 1. Grundlagen des Arbeitsrechts

I. Die Regelungsgegenstände des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht kann in drei Gebiete unterteilt werden: Das individuelle, das kollektive und das öffentliche Arbeitsrecht.

Das individuelle Arbeitsrecht regelt in erster Linie die vertragliche Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer. Dabei spielen insbesondere die Entstehung, der Inhalt und die Beendigung des Arbeitsvertrages eine Rolle. Das kollektive Arbeitsrecht regelt die Rechtsbeziehungen zwischen den Arbeitsverbänden, sowohl auf überbetrieblicher wie auch auf betrieblicher Ebene. Das öffentliche Arbeitsrecht regelt schliesslich die Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Staat. Es enthält insbesondere Vorschriften über den Arbeitsschutz (Gesundheitsschutz, Ruhezeiten, etc.), die Berufsbildung, den Personalverleih, die Sozialversicherung und die Feiertage und Ladenöffnungszeiten. Das öffentliche regelt zwar die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Staat, verschafft aber dem Arbeitnehmer über die Rezeptionsklausel von OR 342 II einen klagbaren Anspruch gegen den Arbeitgeber.

II. Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts

1. Die Rechtsquellen des individuellen Arbeitsrechts

Rechtsquelle des individuellen Arbeitsrechts ist in erster Linie der Einzelarbeitsvertrag inklusive der allgemeinen Arbeitsbedingungen (in der Praxis oft als Firmenreglement o. ä. bezeichnet.). Gesetzliche Regelungen finden sich in erster Linie im Obligationenrecht. Daneben sind gewisse Arbeitsverträge in Spezialgesetzen geregelt (z. B. der Heuervertrag im Seeschiffahrtsgesetz oder der Leiharbeitsvertrag im Arbeitsvermittlungsgesetz).

Sofern solche bestehen und anwendbar sind, gelten die normativen Bestimmungen von Generalarbeitsverträgen als Rechtsquellen im Individualarbeitsrecht. Ebenfalls sind allfällige Betriebsordnungen zu beachten.

Das Obligationenrecht enthält im Bereich des Arbeitsvertrages (OR 319 ff.) eine Anzahl von zwingenden Normen. Von diesen Normen darf durch den Einzelarbeitsvertrag oder den Generalarbeitsvertrag nicht (absolut zwingend) oder nur zu Gunsten des Arbeitnehmers (relativ zwingend) abgewichen werden. OR 361 enthält eine Aufzählung der absolut zwingenden und OR 362 eine Aufzählung der relativ zwingenden Normen. Diese Listen sind leider nicht vollständig. Es muss weiterhin durch Auslegung der entsprechenden Norm ermittelt werden, ob diese dispositiv, relativ zwingend oder absolut zwingend ist.

2. Die Rechtsquellen des kollektiven Arbeitsrechts

Hauptquelle des kollektiven Arbeitsrechts ist die in BV 28 garantierte Koalitionsfreiheit. Auch in diesem Artikel werden die Arbeitskampffreiheiten für zulässig erklärt.

Der Generalarbeitsvertrag ist in OR 356 ff. geregelt. Gewisse Regeln des kollektiven Arbeitsrechts ergeben sich aus den schuldrechtlichen Bestimmungen des Generalarbeitsvertrags. Das innerbetriebliche kollektive Arbeitsrecht ist zum einen im Arbeitsgesetz (ArG 37 ff.) und zum anderen im Mitwirkungsgesetz geregelt. Im Rahmen der Gültigkeit von GAV ist das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlichkeit von Generalarbeitsverträgen zu nennen.

3. Die Rechtsquellen des öffentlichen Arbeitsrechts

Hauptquelle des öffentlichen Arbeitsrechts ist das Arbeitsgesetz mit den dazugehörigen fünf Verordnungen. Eine Vielzahl von weiteren Gesetzen betreffen das öffentliche Arbeitsrecht. Zu nennen sind insbesondere das Gleichstellungsgesetz, das Berufsbildungsgesetz, das Daten-

schutzgesetz, das Arbeitsvermittlungsgesetz oder das Entsendungsgesetz. Weiter sind die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts zu beachten.

Zum öffentlichen Arbeitsrecht gehört auch der Normalarbeitsvertrag (NAV) nach OR 359 ff. Bei diesen „Vertrag“ handelt es sich nicht um einen Vertrag in Sinne von OR 1 ff., sondern um einen staatlichen Rechtssetzungsakt. Die Kantone oder der Bund können durch einen NAV dispositive Normen des Arbeitsrechts aufstellen, für Branchen in denen die Arbeitnehmer schlecht oder gar nicht organisiert sind, mündliche Arbeitsverträge überwiegen und ein starkes Abhängigkeitsverhältnis der Arbeitnehmerin von Arbeitnehmer besteht. Durch die bilateralen Verträge mit der Europäischen Gemeinschaft kann die sog. Tripartite Kommission durch einen NAV Mindestlöhne erlassen um Lohndumping zu vermeiden (OR 360a).

III. Die Hierarchie der Rechtsquellen

Im Arbeitsrecht gilt folgende Normenhierarchie:



Diese Normhierarchie wird durch das Günstigkeitsprinzip durchbrochen. Demnach geht eine rangtiefere Norm einer ranghöheren vor, wenn diese für den Arbeitnehmer günstiger ist.

IV. Die Besonderheiten der Zivilrechtspflege

Im Bereich der Rechtsprechung in arbeitsrechtlichen Angelegenheiten stellt das Obligationenrecht besondere Vorschriften auf. Die in OR 343 II – IV geregelten Verfahrensgrundsätze gelten in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30'000 Fr. Der Streitwert bestimmt sich nach der eingeklagten Forderung, Widerklagen werden bei der Streitwertberechnung nicht berücksichtigt. Übersteigt der Streitwert den Betrag von 30'000 Fr., kommt das ordentliche Verfahren zur Anwendung.

OR 343 II sieht ein einfaches und rasches Verfahren vor. Nach OR 343 III dürfen den Parteien keine Gerichtskosten auferlegt werden. Eine Ausnahme besteht, wenn eine Partei den Prozess mutwillig führt. Nach OR 343 IV gilt in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten die Untersuchungsmaxime, d. h. das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung besteht auch im Arbeitsrecht.

Das Gerichtstandsgesetz enthält zudem einen alternativen Gerichtstand. Die Forderung kann entweder beim Gericht am Wohnsitz bzw. Sitz der beklagten Person oder am Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, eingeklagt werden (GestG 24).

§ 2. Individuelles Arbeitsrecht

I. Die Vertragsentstehung

1. Der Gegenstand des Einzelarbeitsvertrags

a. Die Typusmerkmale des Einzelarbeitsvertrages

OR 319 I definiert den Einzelarbeitsvertrag wie folgt: „Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes [...].“

Demnach die Leistung von Arbeit qualifizierendes Merkmal des Arbeitsvertrages. Es genügt hingegen, wenn die Arbeitnehmerin ihre körperliche oder geistige Arbeitskraft zur Verfügung stellt.

Die Arbeit ist im Sinne von OR 319 I immer bezahlt. Wenn im Arbeitsvertrag nichts über den Lohn vereinbart wurde, hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf den Lohn, der für die entsprechende Arbeit üblich ist (OR 322 I).

Der Arbeitsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis. Er kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen werden. Eine konkrete, einmalige Leistung kann somit nicht Gegenstand des Arbeitsvertrages sein, jedoch eine Arbeit über einen sehr kurzen Zeitraum (z. B. an einem Volksfest oder an einer Messe).

Zentrales Merkmal des Arbeitsvertrages ist die Subordination, d. h. der Arbeitnehmer ist dem Arbeitgeber unterstellt. Die Subordination äussert sich vor allem in der Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers und der Eingliederung des Arbeitnehmers in die Organisation des Arbeitgebers.

Die Typusmerkmale des Einzelarbeitsvertrages stellen die objektiv wesentlichen Vertragspunkte i. S. v. OR 1 dar. Eine Ausnahme besteht bezüglich des Lohnes. Über diesen müssen sich die Parteien nicht zwingend einigen. Fehlt eine solche Einigung, steht dem Arbeitnehmer der für die entsprechende Arbeit übliche Lohn zu (OR 322 I).

b. Die Erscheinungsformen des Einzelarbeitsvertrages

Heute bestehen verschiedene Formen der unselbständigen Erwerbsarbeit. Neben dem typischen Arbeitsverhältnis besteht eine Vielzahl von atypischen Arbeitsformen (z. B. Teilzeitarbeit, Arbeit auf Abruf, Personalverleih, Job Sharing, Scheinselbständigkeit, etc.).

Bei den atypischen Arbeitsverhältnissen ist es nicht immer einfach, festzustellen, ob ein Arbeitsvertrag i. S. v. OR 319 I vorliegt, da solche Arbeitsverhältnisse oft in einem Graubereich zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbsarbeit liegen.

Dabei kann nicht auf die Qualifikation des entsprechenden Vertragsverhältnisses in anderen Rechtsgebieten (Sozialversicherungsrecht, Steuerrecht, Ausländerrecht) zurückgegriffen werden. Es kann durchaus vorkommen, dass ein privatrechtlicher Auftrag sozialversicherungsrechtlich als Arbeitsvertrag qualifiziert wird.

c. Die Abgrenzung zu verwandten Vertragstypen

Hauptabgrenzungskriterium des Arbeitsvertrages zu anderen Verträgen auf Arbeitsleistung bildet die Subordination. Während der Arbeitnehmer in die betriebliche Struktur der Arbeitgeberin eingegliedert ist und deren Weisungen befolgen muss, sind insbesondere der Beauftragte und der Werkunternehmer Selbständigerwerbende.

Als weitere Abgrenzungskriterien können das zur Verfügung stellen der Arbeitskraft und die Entgeltlichkeit dienen. Der Werkunternehmer schuldet einen Arbeitserfolg und wird für diesen bezahlt. Der Arbeitnehmer hingegen, muss nur seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen und wird in Zeitabständen bezahlt. Der Beauftragte erbringt eine bestimmte Dienstleistung oder erledigt einen bestimmten Auftrag. Zudem kann der Auftrag unentgeltlich sein.

2. Die Abschlussverbote

Die Vertragsfreiheit ist im Arbeitsrecht in der Weise beschränkt, dass nicht mit allen Personen ein Arbeitsvertrag geschlossen werden kann (Abschlussverbote i. e. S.) oder mit gewissen Personen nur Arbeitsverträge mit bestimmten Inhalten geschlossen werden können (Arbeitsinhaltsverbote). Betroffen sind insbesondere Kinder und Jugendliche, schwangere und stillende Frauen und Ausländer.

Wird mit einer Person ein Arbeitsvertrag geschlossen, obwohl ein Abschlussverbot bestand, wird der Arbeitsvertrag nur dann nichtig, wenn die entsprechende Norm die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages verlangt.

3. Sonderprobleme bei der Vertragsentstehung

a. Die Stellenausschreibung

Die Stellenausschreibung oder das Stellengesuch sind keine verbindlichen Offerten i. S. v. OR 3. Diese Ausschreibungen stellen eine Einladung zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen dar.

Im Zusammenhang mit Stellenausschreibungen gilt es auf GlG 3 II hinzuweisen. Demnach müssen Stellenausschreibungen so formuliert werden, dass keine geschlechterspezifische Benachteiligung entsteht (z. B. Gesucht Malerin/Maler). Bewerber, die auf Grund einer diskriminierenden Einstellungspraxis eine Stelle nicht erhalten haben, können auf eine besondere Entschädigung, die bis zu drei Monatslöhnen betragen kann, klagen (GlG 5 II und IV).

b. Das Bewerbungsverfahren

Die Parteien dürfen während der Vertragsverhandlungen Fragen stellen. Dieses Fragerecht beschränkt sich aber auf Fragen, die mit dem Arbeitsverhältnis im direkten Zusammenhang stehen. Die Fragen müssen wahrheitsgemäss beantwortet werden. Fragen die keinen engen Zusammenhang zur Arbeit aufweisen (z. B. Fragen nach Vorstrafen, Schwangerschaft, Lebensweise), dürfen unwahr beantwortet werden (sog. Notwehrrecht der Lüge).

Wenn der Bewerber wegen bestimmter Tatsachen für die in Aussicht gestellte Arbeit in hohem Masse ungeeignet und erkennt der Bewerber dies oder hätte dies erkennen müssen, muss dem Arbeitgeber über diese Tatsachen unterrichten, ohne dass der Arbeitgeber danach gefragt hat (z. B. jemand mit einer Mehlallergie sucht Arbeit bei einem Bäcker). Eine Ausnahme besteht, wenn der Arbeitgeber die Tatsache auf Grund der Umstände erkennen kann oder erkennen müsste (z. B. eine fortgeschrittene Krankheit).

Verletzt eine Partei die Auskunfts- oder Mitteilungspflicht kann fristlos gekündigt werden, sofern die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist oder der Vertrag kann wegen wesentlichem Irrtum (OR 23 ff.) angefochten werden.

Die potentielle Arbeitgeberin darf bei Dritten (etwa dem vorherigen Arbeitgeber) nur dann Referenzen einholen, wenn der Bewerber zugestimmt hat. Die potentielle Arbeitgeberin darf jedoch nur Informationen einholen, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen. Der ehemalige Arbeitgeber darf nur Auskünfte erteilen, wenn der Bewerber zugestimmt hat. Die erteilten Auskünfte müssen objektiviert, genau, vollständig und wohlwollend sein.

Falsche, irreführende oder unvollständige Auskünfte können unter Umständen eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Bewerber oder der neuen Arbeitgeberin begründen.

Will der potentielle Arbeitgeber graphologische oder medizinische Gutachten oder sonstige Tests durchführen, muss der Bewerber ebenfalls zustimmen (DSG 4). Auch hier darf nur auf Aspekte die das Arbeitsverhältnis direkt betreffen eingegangen werden (OR 328b). Der Bewerber hat den Anspruch, über das Resultat der Tests informiert zu werden (DSG 8). Weiter darf er die Unterlage einsehen (OR 328 I) und eine Kopie verlangen (DSG 8).

Persönliche Bewerbungsunterlagen müssen vom Arbeitgeber sorgfältig aufbewahrt und falls die Bewerbung abgelehnt wird an den Bewerber herausgegeben werden. Unterlagen, die der Arbeitgeber angefertigt hat oder hat anfertigen lassen müssen nicht herausgegeben werden.

c. Die stillschweigende Vertragsänderung

Stillschweigende Vertragsänderungen sind mit grosser Zurückhaltung zu beurteilen. Auf zwingende Ansprüche kann nicht verzichtet werden (OR 341 I). Ansonsten ist eine stillschweigende Zustimmung erst nach mehrmaligem Stillschweigen anzunehmen (z. B. ein Arbeitnehmer unterlässt es bei drei Gelegenheiten, einer Lohnkürzung zu widersprechen).

d. Das faktische Arbeitsverhältnis

OR 320 III greift, wenn sich ein Arbeitsvertrag nachträglich als ungültig herausstellt und die Arbeitnehmerin in gutem Glauben bereits Arbeit geleistet hat, die nach dem Willen der Parteien entgeltlich sein soll. Dieser Vertrag gilt so lange als zu Stande gekommen, bis er von einer Partei angefochten wird. Die Anfechtung entfaltet allerdings Wirkung ex nunc. Durch diese Regelung muss die Arbeitnehmerin den Lohn nicht über die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (OR 62 ff.) einfordern.

4. Die Formvorschriften

Grundsätzlich kommt ein Arbeitsvertrag formfrei zu Stande (OR 320 I). Der Arbeitsvertrag kann auch stillschweigend geschlossen werden (vgl. OR 320 II).

Allgemeine Arbeitsbestimmungen (in der Praxis oft Firmenreglemente, Mitarbeiterhandbücher, o. ä.) genannt, sind wie allgemeine Geschäftsbedingungen, Bestandteil des Arbeitsvertrages. Sie können die Arbeitnehmerin nur verpflichten, wenn diese den AAB zugestimmt hat und sie zur Kenntnis genommen hat oder zur Kenntnis nehmen konnte. Auf Bestimmungen, die nach dem Gesetz der Schriftform bedürfen, muss im EAV einzeln verwiesen werden. Weiter gelten die Unklarheits- (in dubio contra stipulatorem) und die Ungewöhnlichkeitsregel. Nach diesen Regeln werden unklare Bestimmungen gegen den Verfasser ausgelegt und der unerfahrene Unterzeichnende muss ungewöhnliche Regeln nicht gegen sich gelten lassen, sofern er die Bestimmungen global übernommen hat.

Als Ausnahme von der Formfreiheit muss der Lehrvertrag in schriftlicher Form verfasst sein (OR 334a). Wird die Schriftlichkeit nicht eingehalten, gilt der Lehrvertrag als faktisches Arbeitsverhältnis i. S. v. 320 III. Für einzelne Abreden des EAV ist von Gesetz ebenfalls die Schriftform vorgesehen. Solche Abreden sind nur gültig, wenn die Formvorschrift eingehalten wurde (vgl. OR 11 II).

II. Die Pflichten des Arbeitnehmers

1. Die Arbeitspflicht

a. Die arbeitleistende Person

OR 321 statuiert eine Abweichung vom obligationenrechtlichen Grundsatz von OR 68. Die Arbeitsleistung ist persönlich zu erbringen. Aus den Umständen oder auf Grund einer vertrag-

lichen Abrede kann jedoch etwas anderes gelten. In einigen Fällen lässt das Gesetz die Arbeitserledigung durch Dritte zu (vgl. OR 351).

Ausfluss der persönlichen Arbeitspflicht ist, dass der Arbeitgeber nicht verlangen darf, jemand anderen für die Erledigung der Arbeit zu schicken, wenn der Arbeitnehmer z. B. krank ist.

b. Der Inhalt der Arbeitsleistung

Die Arbeitnehmerin muss nur die Arbeiten verrichten, für die sie angestellt ist. Massgebend sind der Einzelarbeitsvertrag. Eine Stellenbeschreibung kann Bestandteil des Vertrages sein. Fehlt eine Stellenbeschreibung, muss die Arbeitnehmerin die Arbeiten ausführen, die im betreffenden Beruf, in der entsprechenden Branche in der entsprechenden Region üblicherweise zur entsprechenden Position bzw. Funktion gehören.

Wie bereits erwähnt, beinhaltet der Arbeitsvertrag nur das zur Verfügung stellen der Arbeitskraft. Wird der Arbeitnehmer nicht beschäftigt, weil z. B. keine Kunden in den Laden kommen, gilt dies trotzdem als Erfüllung der Arbeitsleistung. Weiter gelten Bereitschafts- und Pikettdienst oder die Wartezeit bei der Arbeit auf Abruf ebenfalls als Arbeitsleistung.

OR 321a I legt dem Arbeitnehmer zudem die Pflicht auf, die Arbeit sorgfältig auszuführen. Diese „Sorgfaltspflicht“ stellt keine eigene Pflicht des Arbeitnehmers dar, sondern bildet i. d. R. lediglich den Haftungsmassstab für Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers.

c. Der Ort der Arbeitsleistung

Der Arbeitnehmer hat die Arbeitsleistung grundsätzlich am vertraglich vereinbarten Ort auszuführen. Es muss auf Grund der Umstände im Einzelfall ermittelt werden, geringfügige Verschiebungen des Arbeitsortes zulässig sind. Versetzungen an einen anderen als den vertraglich vereinbarten Ort stellen eine Vertragsänderung dar, d. h. der betroffene Arbeitnehmer muss der Versetzung zustimmen.

d. Die Zeit und die Dauer der Arbeitsleistung

Die Arbeitszeit und die Dauer der Arbeit sind in erster Linie durch den EAV bestimmt. Die Parteien müssen sich jedoch an die zwingenden Vorschriften des öffentlichen Arbeitsrechts halten. Zudem können GAV Vorschriften über die Arbeitszeit enthalten, die ebenfalls einzuhalten sind.

2. Die Treuepflicht

a. Die allgemeine Treuepflicht

Die Treuepflicht stellt eine Nebenpflicht des Arbeitnehmers dar. Nach der gesetzlichen Regel von OR 321a I muss sich der Arbeitnehmer im Verhältnis zur Arbeitgeberin solidarisch und loyal verhalten. Neben der allgemeinen Treuepflicht von OR 321a I hat der Gesetzgeber eine Anzahl von Treuepflichten speziell geregelt. Aus der allgemeinen Treuepflicht wurden in Lehre und Rechtsprechung weitere Fallgruppen erarbeitet.

b. Die Pflicht zur sorgfältigen Behandlung der Produktionsmittel

OR 312a II legt dem Arbeitnehmer die Pflicht auf, mit den Anlagen, Maschinen, Werkzeugen, etc. des Arbeitgebers sorgfältig und sachgerecht umzugehen.

c. Die Pflicht zur Unterlassung von Schwarzarbeit

Nach OR 321a III ist Schwarzarbeit generell verboten. Unter Schwarzarbeit versteht man im Arbeitsrecht, eine treuwidrige Beschäftigung gegen Entgelt.

Nebenbeschäftigungen sind grundsätzlich zulässig. Unzulässig sind Nebenbeschäftigungen, die gegen die Treuepflicht verstossen (insbesondere Nebenbeschäftigungen, die den Arbeitgeber konkurrenzieren oder die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers herabsetzen). Auch nicht zulässig ist die Ausübung einer Nebenbeschäftigung, wenn dadurch die arbeitsgesetzliche Höchstarbeitszeit überschritten wird.

Die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung kann auch durch den EAV oder den GAV ausgeschlossen sein.

d. Die Geheimhaltungspflicht

Die Arbeitnehmerin darf keine Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse verwerten oder an Dritte weiter geben. Ebenfalls darf sie Dritten keine geheimen Tatsachen über die persönlichen Verhältnisse des Arbeitgebers mitteilen oder diese zu ihren Gunsten verwerten (OR 321 IV). Als geheim gelten Tatsachen an denen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht und die der interessierten Fachwelt bis anhin unbekannt waren.

Die Geheimhaltungspflicht wirkt während dem Arbeitsverhältnis und nach dem Arbeitsverhältnis. Die Nachwirkung der Geheimhaltungspflicht dauert nur so lange wie ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht (z. B. besteht kein Geheimhaltungsinteresse mehr, wenn eine Erfindung patentiert wurde). Die Geheimhaltungspflicht darf das wirtschaftliche Fortkommen der Arbeitnehmerin nicht erschweren. Hier ist eine Interessenabwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse und der Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens der Arbeitnehmerin vorzunehmen.

e. Die Rechenschafts- und Herausgabepflicht

Die Rechenschaftspflicht nach OR 321b beinhaltet die Abrechnungs- und die Meldepflicht. Die Arbeitnehmerin muss dem Arbeitgeber alle Belege abgeben, die für die Berechnung und Kontrolle des Lohnes notwendig sind. Zudem muss sie Einkünfte von Dritten, die sie während der Verrichtung der Arbeit erhalten hat (z. B. Trinkgelder), melden.

Nach der Herausgabepflicht von OR 321b ff. muss der Arbeitnehmer alles was er im Zusammenhang mit der Verrichtung der Arbeit erhalten hat, an den Arbeitgeber herausgeben. Ebenfalls muss er das Resultat der Arbeit an den Arbeitgeber abliefern. Nach OR 332 I stehen die Rechte an Erfindungen, zu denen der Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag verpflichtet ist, dem Arbeitgeber zu. Die Rechte an Gelegenheitserfindungen stehen dem Arbeitgeber nur bei vertraglicher Abmachung und einer Abgeltung zu (OR 332 II). Freie Erfindungen stehen dem Arbeitnehmer zu. Rechte an Designs stehen dem Arbeitgeber zu (OR 332). Urheberrechte stehen dem Arbeitnehmer zu. Macht der Urheber seine Schöpfung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, wird vermutet, er habe die Nutzungsrechte dem Arbeitgeber übertragen.

f. Die Pflicht zur Leistung von Überstunden

Die Überstunden ist jene Zeit, die die vertraglich vereinbarte Arbeitsdauer (Normalarbeitszeit) übersteigt. Überstunden müssen strikte von Überzeit unterschieden werden. Überzeit ist jene Zeit, die die gesetzliche Höchstarbeitszeit übersteigt. Wird Arbeitszeit vorgeholt, um Festtagsbrücken zu ermöglichen, gilt dies nicht als Überstunden.

Der Arbeitnehmer ist zur Leistung von Überstunden verpflichtet, sofern diese betrieblich notwendig sind, der Arbeitnehmer fähig ist diese zu leisten und es dem Arbeitnehmer zu zumuten ist (OR 321c I). Eine Schranke der Überstunden besteht in den vom öffentlichen Recht vorgeschriebenen Höchstarbeitszeiten und Ruhezeiten.

Auf die geleisteten Überstunden ist ein Lohnzuschlag von 25% zu gewähren (OR 321c III). Alternativ können die Parteien vereinbaren, die Überstunden durch Freizeit in gleicher Länge zu kompensieren (OR 321c II). Durch schriftliche Vereinbarung kann jedoch die Überstun-

denentschädigung oder die Kompensation wegbedungen werden (OR 321c III). Es ist gar zulässig, Arbeitnehmende gratis Überstunden leisten zu lassen.

g. Die Pflicht zur Befolgung von Weisungen

Die Arbeitnehmerin muss Weisungen der Arbeitgeberin befolgen, soweit diese zulässig sind (OR 321d II). Die Weisungen dürfen nur das vertraglich vereinbarte Pflichtenfeld der Arbeitnehmerin beschlagen. Weisungen stehen auf der untersten Stufe der Normhierarchie, d. h. sie dürfen keiner anderen Rechtsquelle des Arbeitsrechts widersprechen. Selbstverständlich sind weitere rechtswidrige Weisungen unzulässig, insbesondere zu beachten sind persönlichkeitswidrige Weisungen. Unzulässige Weisungen müssen von der Arbeitgeberin nicht befolgt werden.

h. Die sonstigen Treuepflichten

Aus der allgemeinen Treuepflicht von OR 321a I können weitere Treuepflichten hergeleitet werden. Dabei handelt es sich insbesondere um Unterlassungspflichten, wie das Unterlassen von Äusserungen die den guten Ruf der Arbeitgeberin schädigen oder die Abwerbung von Kunden der Arbeitgeberin. Ausserdienstliche Treuepflichten bestehen nur ausnahmsweise (etwa bei Tendenzbetrieben).

3. Die Rechtsfolgen bei Pflichtverletzung

Die Rechtsfolgen sind unterschiedlich je nachdem ob die Arbeitspflicht (Hauptpflicht) oder eine andere Pflicht (Nebenpflicht) nicht erfüllt wurde.

Erscheit der Arbeitnehmer verschuldet nicht oder zu spät zur Arbeit oder verlässt er die Arbeit zu früh, liegt Nichterfüllung i. S. v. OR 107 ff. vor. Als wichtigste Konsequenz muss der Arbeitgeber den Lohn nicht bezahlen (OR 82). Als weitere Rechtsfolgen kommt ein Erfüllungsanspruch nach OR 107 in Frage. Weiter kann der Arbeitgeber Disziplinar massnahmen ergreifen, dem Arbeitnehmer kündigen (OR 335 ff.) oder Schadenersatz geltend machen. Als wichtig gilt es festzuhalten, dass Verschulden des Arbeitnehmers vorliegen muss. Bei unverschuldetem Fernbleiben des Arbeitnehmers liegt keine Nichterfüllung vor.

Verletzt der Arbeitnehmer eine andere Pflicht liegt Schlechterfüllung vor. Der Arbeitgeber kann auf Erfüllung oder Unterlassung klagen (OR 107 II). Weiter kann er Schadenersatz und Genugtuung verlangen (OR 97 ff., OR 321e und OR 47 und 49). Auch hier stehen das Aussprechen von Disziplinar massnahmen oder die Kündigung offen.

Bei der Haftung für Fahrlässigkeit wird ein milderer Massstab angewendet, wenn der Arbeitgeber über die unterdurchschnittlichen Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers wusste oder auf Grund der Umstände hätte wissen müssen. Für kleinere Schäden, die bei einer Art der Arbeit unvermeidlich sind, haftet der Arbeitnehmer nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

Allgemeine Disziplinar massnahmen sind jene Massnahmen, denen eine Ermahnungs- oder Verwarnungsfunktion zukommt. Darüber hinausgehende besondere Disziplinar massnahmen müssen entweder in der Betriebsordnung nach ArG 38 I oder als Konventionalstrafe im EAV festgelegt sein.

III. Die Pflichten des Arbeitgebers

1. Die Lohnzahlungspflicht

a. Der Begriff des Lohnes

Im Arbeitsrecht wird das Entgelt der Arbeitsleistung als Lohn bezeichnet. Der Lohn stellt ein unabdingbares Typusmerkmal des Arbeitsvertrages dar. Eine Arbeitsleistung i. S. v. OR 319 ff. kann nicht unentgeltlich sein.

Ein Lohn ist unter Umständen auch in familiären Verhältnissen oder in Verhältnissen des Konkubinats geschuldet. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Partner im Betrieb der Partnerin Arbeitsleistungen erbringt, die über die familienrechtlichen Beistandspflichten hinausgehen und diese Leistungen von einem Dritten nur gegen Lohn erbracht würden.

b. Die Zusammensetzung des Lohnes

Der Lohn kann in Geld oder in Naturalien (z. B. Kost und Logis) ausbezahlt werden. Gewöhnlich besteht der Lohn aus einem Grundlohn und verschiedenen Lohnzusätzen. Als Lohnzusätze gelten Leistungen, die an bestimmte Bedingungen geknüpft sind. Diese Lohnzusätze gelten ebenfalls als Lohn im Sinne des Gesetzes.

Lohnzusätze werden für aussergewöhnliche Belastungen oder als Honorierung besonderer Leistungen zusätzlich zum Lohn ausbezahlt. Als Leistungslohn gelten Anteile am Geschäftsergebnis nach OR 322a, Provisionen für vom Arbeitnehmer abgeschlossene oder vermittelte Geschäfte (OR 322b f.), Prämien oder Gratifikationen (OR 322d).

Gratifikationen gelten grundsätzlich als freiwillige Zuwendungen des Arbeitgebers. Die Gratifikation unterscheidet sich vom 13. Monatslohn dadurch, dass es alleine im Ermessen des Arbeitgebers liegt, ob und wenn ja in welcher Höhe er eine Gratifikation ausbezahlt. Der 13. Monatslohn gilt hingegen als fester Bestandteil des Lohnes, auf den die Vorschriften über die Lohnauszahlung anzuwenden sind. Die Abgrenzung zwischen Gratifikation und 13. Monatslohn ist nicht immer einfach. Wird eine Gratifikation über längere Zeit in der gleichen Höhe ausbezahlt, kann von einem konkuldenten Vertragsschluss ausgegangen werden, d. h. die Gratifikation wird fester Lohnbestandteil. Enthält der EAV Klauseln wie „Der Arbeitnehmer erhält den 13. Monatslohn als Gratifikation“ oder „Die Gratifikation wird als 13. Monatslohn ausbezahlt“ ist ebenfalls davon auszugehen, dass die Gratifikation als fester Lohnbestandteil gilt.

Es besteht ein verhältnismässiger Anteil auf die Gratifikation, wenn das Arbeitsverhältnis unter dem Jahr gekündigt wird, sofern dies vertraglich verabredet oder betriebsüblich ist (OR 322d II). Für während dem Jahr eintretende Mitarbeiter besteht nach Lehre und Rechtsprechung ebenfalls ein pro rata temporaris Anspruch auf die Gratifikation, auch wenn nichts verabredet wurde. Die Gratifikation kann bei schlechtem Geschäftsgang aber auch gekürzt werden.

c. Die Höhe des Lohnes

Grundsätzlich bestimmt sich die Höhe des Lohnes nach der vertraglichen Abrede (OR 322 I). Fehlt eine Abrede über den Lohn, ist der Lohn geschuldet, der im entsprechenden Beruf, in der entsprechenden Branche, am betreffenden Ort, für die entsprechende Tätigkeit üblich ist (OR 322 I). Fehlt auch eine entsprechende Übung, wird der Lohn von der Richterin bestimmt.

Die Vertragsfreiheit auf dem Bereich der Höhe des Lohnes wird durch verschiedene Bestimmungen eingeschränkt. BV 8 III gewährleistet, dass Frauen und Männer für gleichwertige Arbeit den gleichen Lohn erhalten. Diese Verfassungsbestimmung wirkt auch unter Privaten. Die Durchsetzung dieses Anspruchs wird durch GlG 3 II erheblich vereinfacht.

Verschiedene Gruppen von Personen haben Anspruch auf gleichwertige Löhne. Ausländer erhalten nur eine Arbeitsbewilligung, wenn sie die Löhne erhalten, die in orts- oder branchenüblich sind (ANAG 16 II i. V. m. BVO 9). Heimarbeitende haben Anspruch auf den selben Lohn, der ausbezahlt würde, wenn sie im Betrieb arbeiten würden (HArG 4 I). Handelsreisenden darf der Lohn nur dann voll oder überwiegend durch Provisionen ausbezahlt werden, wenn sich dadurch ein für die entsprechende Tätigkeit angemessenes Entgelt ergibt (OR 349a II).

Bestimmte Arbeiten müssen mit zwingenden Lohnzuschlägen abgegolten werden (z. B. Nachtarbeit, Überzeitarbeit, Sonntagsarbeit).

Ferner können GAV und neu auch NAV (vgl. OR 360a) Mindestlöhne enthalten. Das Instrument der gesetzlichen Mindestlöhne fand mit dem Inkrafttreten der Personenfreizügigkeit für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften Einzug in die Schweizerische Rechtsordnung. Der Bund oder die Kantone können auf Antrag der Tripartiten Kommission befristete NAV erlassen, in denen Mindestlohnvorschriften enthalten sind. Diese Mindestlöhne sind von Region zu Region verschieden. Seit Inkrafttreten der Personenfreizügigkeit für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union können der Bund oder die Kantone zur Bekämpfung oder Verhinderung von Missbräuchen auf Antrag der sog. Tripartiten Kommission befristete NAV erlassen, die nach Region oder Orten differenzierte Mindestlöhne beinhalten. Zu diesem Instrument kann gegriffen werden, wenn in einer Branche die orts- oder branchenüblichen Löhne wiederholt unterboten werden und kein GAV vorliegt, der für allgemeinverbindlich erklärt werden kann (OR 360a ff.).

Der Lohn kann nach Zeit oder nach Leistung ausbezahlt werden (OR 319 I). Zeitlohn bemisst sich nach Zeiträumen unabhängig von der erbrachten Leistung. Zeitlohn kann entweder nach Monaten, Tagen oder Stunden bemessen sein.

Leistungslohn wird auf Grund der Qualität oder Quantität der erbrachten Leistung berechnet. Die dafür aufgebrauchte Arbeitszeit spielt keine Rolle. Die wichtigsten Fälle von Leistungslohn sind der Akkordlohn (OR 326 f.), die Provision oder die Prämie. Akkordlohn bemisst sich nach der Quantität der Arbeitsleistung. Der Arbeitgeber hat dem im Akkordlohn arbeitenden Arbeitnehmer insbesondere genügend Arbeit zuzuweisen (OR 326 I). Die Provision bemisst sich nach der Anzahl rechtsgültig abgeschlossener oder vermittelter Geschäfte (OR 322b). OR 322b f. statuieren einige Informationsrechte des auf Provision arbeitenden Arbeitnehmers. Die Prämie ist im Gesetz nicht geregelt. Hierbei handelt es sich um eine Belohnung die z. B. für Pünktlichkeit, Termineinhaltung oder geringen Materialverschleiss ausbezahlt wird.

In gewissem Sinne Leistungslohn ist auch der Anteil am Geschäftsergebnis (OR 322a). Dieser bemisst sich allerdings nicht an der individuellen Arbeitsleistung, sondern an der Arbeitsleistung des gesamten Unternehmens. Unter OR 322a sind auch die Zuteilung von Beteiligungspapieren zu subsumieren.

d. Die Lohnzahlung

Die gesetzlichen Bestimmungen zur Lohnzahlung sind i. d. R. dispositiver Natur. Der Lohn wird i. d. R. bargeldlos überwiesen. Dies ist zulässig, sofern die Überweisung auf ein Bank- oder Postkonto vereinbart wurde. Der Lohn ist in Schweizer Währung auszuzahlen (OR 323b I). Weiter muss der Arbeitgeber unaufgefordert eine Lohnabrechnung ausstellen und abgeben (OR 323b I, relativ zwingend).

Die maximale Periode zur Auszahlung des Lohnes beträgt einen Monat (OR 313 I). Der EAV kann kürzere, jedoch nicht längere Auszahlungsperioden vorsehen. Durch GAV oder NAV können die Auszahlungsperioden jedoch verlängert werden. Der Zahlungstermin liegt nach dispositiven Gesetzesrecht jeweils am Monatsende (OR 323 I).

2. Der Lohn trotz fehlender Arbeitsleistung insbesondere

a. Der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“

Grundsätzlich gilt: „Ohne Arbeit kein Lohn“. Dies ergibt sich aus der synallagmatischen Natur des Arbeitsvertrages (vgl. OR 82).

Das Gesetz sieht Ausnahmen vom Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ vor. Die Ausnahmen betreffen die unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers (OR 324a), Ferien und Freizeit sowie Annahmeverzug des Arbeitgebers (OR 324) und Lohnrückstand des Arbeitgebers (OR 82). Achtung: Auch der Leistungslohn muss fortbezahlt werden. Bei Provisionen ist ein Durchschnittswert der in der jeweiligen Zeit anfällt auszubezahlen.

b. Die unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers

Für die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung nach OR 324a müssen vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Als erste Voraussetzung muss der Arbeitnehmer der Arbeit fernbleiben.

Die zweite Voraussetzung betrifft den Grund des Fernbleibens. Hierbei muss es sich um einen Grund, der in der Person des Arbeitnehmers liegt, handeln. OR 324a I zählt beispielhaft Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten und Ausübung eines öffentlichen Amtes. Die Schwangerschaft ist in OR 324a III explizit genannt. Als weitere Gründe kommen etwa die Erfüllung familienrechtlicher Pflichten (Pflege eines kranken Kindes), die Wohnungssuche, ein Arztbesuch oder ein Vorstellungsgespräch in Frage. Keine persönlichen Gründe sind objektive Gründe wie Stromausfall, Unwetter oder ein Verkehrskollaps.

Als dritte Voraussetzung darf den Arbeitnehmer kein Verschulden treffen. Ausser Acht fallen hierbei allerdings leichte und mittlere Fahrlässigkeit. Der Arbeitnehmer verwirkt seinen Anspruch nach OR 324a nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

Als vierte Voraussetzung muss das unbefristete Arbeitsverhältnis bereits drei Monate gedauert haben und das unbefristete auf mehr als drei Monate eingegangen worden sein.

Die Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung bemisst sich nach Dienstjahren. Nach OR 324a werden im ersten Dienstjahr drei Wochen bezahlt. Danach wird der Lohn für eine angemessene längere Zeit je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen der Lohn weiter bezahlt. Diese unklaren Rechtsbegriffe haben zu einer Vielzahl von Skalen geführt, die die Anzahl von Wochen pro Dienstjahr festlegen. Die bekanntesten sind die Basler, Berner und Zürcher Skala, es können aber durchaus weitere Skalen angewendet werden.

Die verschiedenen Absenzen während eines Dienstjahres werden addiert. Der Lohnfortzahlungsanspruch entsteht in jedem Dienstjahr neu. Nicht bezogene Wochen können nicht übertragen werden. Bei Austritt während dem Dienstjahr hat der Arbeitnehmer trotzdem den gesamten Lohnfortzahlungsanspruch. Die herrschende Lehre ist der Ansicht, dass es sich beim Lohnfortzahlungsanspruch um Lohnminima handelt. Dies spielt insbesondere bei nur teilweise Arbeitsunfähigen eine Rolle. Ist jemand zu 50% arbeitsunfähig und arbeitet 50% wird ihm nur die Hälfte von seinen „Lohnfortzahlungskonto“ abgezogen.

Herr Schussel arbeitet im zweiten Dienstjahr als technischer Zeichner in Zürich. Im Januar erleidet er einen schweren Skiunfall und ist für vier Wochen zu 100% arbeitsunfähig. Danach kann er während weiteren vier Wochen nur zu 50% arbeiten. Im September verunfallt Herr Schussel im Haushalt und ist während zwei Wochen zu 100% arbeitsunfähig. Nach der Zürcher Skala (Anzahl Dienstjahre + 6 Wochen) und der Annahme der Lohnminima, hat Herr Schussel Anspruch auf die volle Lohnfortzahlung ($4 + 4 \times 50\% + 2 = 8$).

Der Lohnfortzahlungsanspruch entfällt, wenn der Lohnausfall zu mindestens 80% durch eine obligatorische Sozialversicherung gedeckt ist (OR 324b I). Die Arbeitgeberin muss aber

die Differenz bezahlen (OR 324b II) und den Lohn während den Karenzfristen ausrichten (OR 324b III).

c. *Der Annahmeverzug des Arbeitgebers*

OR 324 statuiert einen bestimmten Fall des Gläubigerverzuges. Hier muss der Arbeitgeber den Lohn trotz fehlender Arbeitsleistung ausbezahlen, falls folgende Voraussetzungen erfüllt sind.

Als erste Voraussetzung muss die Arbeitnehmerin ihre Arbeit gehörig anbieten. Zweitens muss sie durch den Arbeitgeber an der Erfüllung ihrer Arbeitspflicht gehindert werden. Entweder weil er nötige Mitwirkungshandlungen unterlässt oder weil er die angebotene Arbeitsleistung zurückweist. Die dritte Voraussetzung betrifft das Verhalten des Arbeitgebers. Dieses darf nicht gerechtfertigt sein. Ein nicht gerechtfertigtes Verhalten liegt vor, wenn der Arbeitgeber den Annahmeverzug selber verschuldet oder wenn der Grund des Annahmeverzugs in die Risikosphäre des Arbeitnehmers fällt. Die Risikosphäre des Arbeitgebers beinhaltet insbesondere Betriebsstörungen, nicht in die Risikosphäre des Arbeitgebers fallen Streiks.

Beim Annahmeverzug des Arbeitgebers besteht keine Nachleistungspflicht der Arbeitnehmerin (OR 324 I). Die Arbeitnehmerin muss sich aber einen tatsächlichen oder zumutbaren Ersatzverdienst anrechnen lassen (OR 324 II). Die Beweislast hierfür liegt beim Arbeitgeber. Mitverschulden der Arbeitnehmerin führt nicht zu einer Lohnkürzung aber allenfalls zu einem Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers. Der Arbeitsvertrag besteht beim Annahmeverzug mit allen Nebenpflichten weiter. Vertragliche Abänderungen sind nur zu Gunsten des Arbeitnehmers gültig.

3. *Die Fürsorgepflichten*

a. *Die allgemeine Fürsorgepflicht*

Die Fürsorgepflichten stellen das Gegenstück der Treuepflichten auf Arbeitgeberseite dar. Wie die Treuepflichten sind die Fürsorgepflichten Nebenpflichten. Das Gesetz sieht einige speziell geregelte Fürsorgepflichten vor. Eine darüber hinausgehende, allgemeine Fürsorgepflicht ist im Gesetz nicht geregelt. Ein Teil der Lehre bestreitet deshalb, dass es auf Arbeitgeberseite eine allgemeine Fürsorgepflicht gibt. Aus einer allfälligen allgemeinen Fürsorgepflicht können, ähnlich zur Treuepflicht, weitere Typen und Fallgruppen erarbeitet werden.

Das Bestehen einer Fürsorgepflicht ist an zwei Voraussetzungen geknüpft. Erstens muss die entsprechende Pflicht einen engen Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis aufweisen, zweitens muss es dem Arbeitgeber zumutbar sein, die Fürsorgepflicht zu tragen.

b. *Die allgemeine Pflicht zum Persönlichkeitsschutz*

Nach OR 328 trifft die Arbeitgeberin die Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Diese Norm stellt eine lex specialis zu ZGB 28 dar. Der Persönlichkeitsschutz beinhaltet u. a. Unterlassung von ehrverletzenden Äusserungen oder von Weisungen die die Persönlichkeit des Arbeitnehmers verletzen. Weiter ist der Arbeitgeber angehalten, Schutzvorrichtungen für die Gesundheit des Arbeitnehmers anzubringen und Massnahmen gegen sexuelle Belästigung zu treffen.

c. *Der Schutz des Lebens, der Gesundheit und der persönlichen Integrität*

Nach OR 328 I muss der Arbeitgeber auf die Gesundheit der Mitarbeiter gebührend Rücksicht nehmen. Speziell sind die Arbeitgeberinnen verpflichtet, Sorge zu tragen, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden. Opfern von sexueller Belästigung dürfen keine Nachteile erwachsen.

Zum Schutz der der Gesundheit der Mitarbeiter muss die Arbeitgeberin alle erforderlichen Massnahmen treffen. Der Gesundheitsschutz hat nach OR 328 II aber Grenzen. Zum einen müssen die Vorrichtungen technisch möglich sein, zum anderen müssen sie nach den Verhältnissen des Betriebes angemessen und der Arbeitgeberin zuzumuten sein. Dies bedeutet, dass im Einzelfall eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss (z. B. wäre einem Bürobetrieb wohl kaum zuzumuten, die Mitarbeiter wegen der Vogelgrippe mit Schutzmasken auszurüsten).

d. *Der Gleichbehandlungsgrundsatz*

OR 328 I statuiert den Gleichbehandlungsgrundsatz. Nach diesem Grundsatz darf kein Arbeitnehmer ohne sachlichen Grund schlechter gestellt werden (z. B. ein Arbeitnehmer wird bei Beförderungen permanent übergangen, obwohl seine Bewertungen stets sehr gut sind). Hingegen darf eine Arbeitnehmerin ohne sachlichen Grund besser gestellt werden. Weiter kann eine Schlechterstellung auch vertraglich vereinbart sein.

e. *Das Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung*

Das Gleichstellungsgesetz konkretisiert den Verfassungsgrundsatz von BV 8 III. Das GlG gehört zum öffentlichen Arbeitsrecht, verschafft dem Arbeitgeber aber via der Rezeptionsklausel einen direkten Erfüllungsanspruch (OR 342 II). Die Ausführungen zum GlG folgen deshalb unter § 4.

f. *Der Datenschutz*

Nach OR 328b darf der Arbeitgeber die Daten des Arbeitnehmers nur im Rahmen des Arbeitsverhältnisses bearbeiten. Weiter hat der Arbeitnehmer ein Einsichtsrecht in die Personalakte (vgl. OR 328 I). Die weiteren Bestimmungen des DSG gelten auch im Arbeitsrecht (siehe § 4).

g. *Die Pflicht ein Arbeitszeugnis auszustellen*

Die Arbeitgeber hat insbesondere die Pflicht, das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht zu erschweren. Zu dieser Pflicht gehört das Ausstellen eines Arbeitszeugnis (OR 330a). Auf Wunsch des Arbeitnehmers kann das Arbeitszeugnis auch nur aus einer Arbeitsbestätigung bestehen (OR 330a II). Der Arbeitnehmer kann auch ein Zwischenzeugnis verlangen.

Das Arbeitszeugnis muss vollständig, genau, klar, wahr und wohlwollend formuliert sein. Subjektive Wertungsmassstäbe sind im Arbeitszeugnis fehl am Platz. Die Beurteilung muss objektiviert erfolgen. Nachteilige Eigenschaften dürfen nicht übermässig betont werden und sind nur zulässig, sofern diese Hinweise relevant und verhältnismässig sind. Kodierungen sind auf Grund des Wahrheitsgebotes nicht zulässig.

4. *Der Anspruch auf Freizeit und Ferien insbesondere*

a. *Der Anspruch auf ordentliche Freizeit*

OR 329 I verschafft dem Arbeitnehmer Anspruch auf einen freien Tag pro Woche. Das ArG und die meisten GAV sehen weitergehende Ansprüche vor. Diese Vorschrift findet deshalb nur Anwendung auf Personen, die weder dem ArG noch einem GAV unterstellt sind.

b. *Der Anspruch auf ausserordentliche Freizeit*

OR 329 III regelt die sog. ausserordentliche Freizeit. Darunter versteht man Freizeit, die üblicherweise gewährt wird. Diese Norm stützt also auf die Übung ab. Es kann deshalb je nach

Anlass, Dauer und zeitlicher Lage und nach Beruf, Branche, Betrieb und Ort unterschiedlich sein, ob ausserordentliche Freizeit gewährt wird oder nicht.

Lehre und Rechtsprechung sehen folgende Anlässe als üblich an: Erledigung persönlicher Anlässe (z. B. Behördengang, Arztbesuch, Wohnungswechsel), Erfüllung besonderer Pflichten (z. B. Lehrabschlussprüfung, Fahrprüfung, Ausübung eines öffentlichen Amtes, militärische Inspektion), wichtige familiäre Anlässe (z. B. Hochzeit, Geburt eines Kindes, Todesfall). Nach ArG 36 III sind Arbeitnehmenden bis zu drei Freitage zur Pflege kranker Kinder zu gewähren. Das kommunale oder kantonale Recht kann gewisse Feiertage vorsehen. An nicht gesetzlich vorgeschriebenen Feiertagen ist ein Freitag zu gewähren, wenn es am entsprechenden Ort üblich ist (z. B. Fasnachtsdienstag). Bei erfolgter Kündigung ist die für die Stellensuche erforderliche Freizeit zu gewähren (OR 329 III).

Besteht die Möglichkeit die Anlässe der ausserordentlichen Freizeit in die ordentliche Freizeit zu verlegen und ist dies dem Arbeitnehmer zuzumuten, besteht nur dann ein Anspruch auf ausserordentliche Freizeit, wenn es trotzdem üblich ist oder durch EAV oder GAV vorgesehen ist. (z. B. jemand zügelt am Wochenende, im betreffenden Betrieb wird aber jeweils ein Tag für den Umzug gewährt. Der Arbeitnehmer hat trotzdem Anspruch auf einen freien Tag).

Die Lohnzahlung richtet sich nach OR 324a (siehe vorhergehend).

c. Die Dauer der Ferien

Nach der relativ zwingenden Norm von OR 329a I sind mindestens vier Wochen Ferien zu gewähren. Jugendlichen unter zwanzig Jahren sind fünf Wochen zu gewähren (OR 329a II). Tritt jemand während des Kalenderjahres ein oder aus hat er einen Ferienanspruch pro rata temporis (OR 329a III). Zu viel bezogene Ferien sind mit Überstunden nachzuarbeiten. Der Arbeitgeber kann auch die verlangen, dass der Ferienlohn zurückerstattet wird. Dies muss allerdings vertraglich vereinbart werden.

Verunfallt oder erkrankt die Arbeitnehmerin während der Ferien, kann sie diese Ferien nachbeziehen. Diese Regelung ergibt sich aus dem Zweck der Ferien, dieser liegt in der Erholung, jemand der krank oder verunfallt ist, kann sich nicht erholen. Ebenfalls können auf die Ferien fallende Freitage nachbezogen werden.

Bsp.: Herr Vogel bezieht zwei Wochen Ferien. Am ersten Ferientag verunfallt er auf der Fahrt zu seinem Feriendomizil. Nach seiner Genesung hat er immer noch zwei Wochen Ferien zu Gute.

Der Arbeitgeber darf jedoch die Ferien bei Abwesenheit des Arbeitnehmers (Unfall, Krankheit, Erfüllung gesetzlicher Pflichten, etc.) unter bestimmten Voraussetzungen kürzen. Die Kürzung beträgt einen Zwölftel pro abwesenden Monat. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit wird die Anzahl Monate ab dem ersten Abwesenheitsmonat berechnet. Bei unverschuldeter Abwesenheit werden die ersten beiden Monate nicht gezählt. Bei Schwangerschaft wird erst ab dem dritten Monat gezählt.

Herr Lustig verunfallt schwer nach dem er betrunken Auto gefahren ist und ist für sechs Monate zu 100% arbeitsunfähig. Der Arbeitgeber kann ihm die Ferien um 50% kürzen.

Herr Vogel erkrankt nach einer Reise an Malaria und ist für fünf Monate zu 100% arbeitsunfähig. Der Arbeitgeber kann ihm die Ferien um eine Woche kürzen (je ein Zwölftel für den dritten, vierten und fünften Monat).

Frau Kindt wird schwanger und bleibt drei Monate vor und drei Monate nach der Schwangerschaft zu Hause. Der Arbeitgeber kann ihren Ferienanspruch um eine Woche kürzen (je ein Zwölftel für den vierten, fünften und sechsten Monat).

Die allgemeinen Ferienregeln gelten auch für Teilzeitangestellte. Diese haben ebenfalls Anspruch auf vier Ferienwochen.

d. Der Zeitpunkt der Ferien

Grundsätzlich kann die Arbeitgeberin den Zeitpunkt der Ferien festlegen, sie hat aber die Wünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, soweit diese mit den Interessen des Betriebes vereinbar sind (OR 329c II). Die Arbeitnehmenden haben Anspruch auf einen Ferienblock von mindestens zwei Wochen (OR 329c I). Die restlichen Ferientage können in kleineren Blöcken oder Einzeltagen bezogen werden. Die Norm von OR 329c I ist relativ zwingend, d. h. es kann davon abgewichen werden, wenn der Arbeitnehmer dies wünscht. Weiter sind Ferien innerhalb eines Dienstjahres zu beziehen. Wenn betriebliche Interessen überwiegen, können Ferien auf ein anderes Dienstjahr übertragen werden.

e. Der Ferienlohn

Während der Ferien haben die Arbeitnehmenden Anspruch auf den darauf entfallenen Lohn, d. h. den Lohn den sie erhalten hätten, wenn sie gearbeitet hätten (OR 329d I). Insbesondere sind auch Provisionen, Trinkgelder und Zulagen auszubezahlen. Naturallöhne sind in Geldlohn umzuwandeln und auszubezahlen.

f. Das Abgeltungsverbot

Grundsätzlich dürfen Ferien nicht durch Lohnzuschläge abgegolten werden (OR 329d II). Es gelten jedoch Ausnahmen. Bei einem sehr kurzen oder sehr unregelmässigen Arbeitsverhältnis kann der Ferienanspruch in Form von Lohnprozenten abgegolten werden. Die Lohnabrechnung muss die Ferienabgeltung separat ausweisen. Wird ein Arbeitsverhältnis während des Jahres beendet, müssen die noch nicht bezogenen Ferien unter Umständen abgegolten werden. Dies ist der Fall, wenn ein überwiegendes betriebliches Interesse vorliegt, wenn die Anordnung der Ferien wegen der Kurzfristigkeit unzumutbar ist oder wenn der Erholungszweck der Ferien durch die Stellensuche vereitelt wird.

g. Der unbezahlte Urlaub

Nach dem Gesetz besteht nur für ausserschulische Jugendarbeit (OR 329e) und während der Schwanger- und Mutterschaft (ArG 35 ff.) Anspruch auf unbezahlte Beurlaubung.

5. Die Rechtsfolgen der Pflichtverletzung

Die Rechtsfolgen sind unterschiedlich, je nachdem die Lohnzahlungspflicht (Hauptpflicht) oder eine andere Pflicht verletzt wird.

Bei Verletzung der Lohnzahlungspflicht liegt Nichterfüllung i. S. v. OR 107 ff. vor. Der Arbeitnehmer muss seine Arbeitsleistung nicht erbringen (OR 82). Weiter kann er auf Erfüllung klagen (OR 107). Es stehen ihm Verzugszinsen (OR 104) und bei Verschulden des Arbeitgebers weiterer Schadenersatz zu (OR 106). GAV und gewisse Spezialgesetze sehen weitere Sanktionen vor.

Das Betreibungsrecht schützt die Lohnforderungen von Arbeitnehmerinnen im Falle des Konkurses. Diese werden in die erste Klasse der Gläubiger gestellt (SchKG 219 IV). Weiter erhalten Arbeitnehmerinnen eine Insolvenzenschädigung, wenn der Konkurs über die Arbeitgeberin eröffnet bzw. ein Pfändungsbegehren gestellt worden ist. Der Arbeitnehmer erhält von der Arbeitslosenversicherung eine Insolvenzenschädigung für die letzten vier Monate sofern er die Nichterfüllung der Lohnforderung glaubhaft macht (AVIG 51 ff.).

Erfüllt der Arbeitgeber eine Nebenpflicht nicht, liegt Schlechterfüllung i. S. v. OR 97 vor. Der Arbeitnehmer hat einen Erfüllungs- oder Unterlassungsanspruch. Weiter kann er Schadenersatz und Genugtuung geltend machen (OR 97 ff. und OR 47). Nach OR 324 I kann er seine Arbeitsleistung verweigern. Auch hier sehen Spezialgesetze und GAV weitere Sanktionen vor (z. B. ArG, DSG, GlG, ZGB 28 ff.).

IV. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

1. Die Kündigung

a. Der Begriff der Kündigung

Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Mit der Kündigung erklärt eine Partei, sie wolle den Arbeitsvertrag auf einen bestimmten Termin hin (ordentliche Kündigung) oder per sofort (fristlose Kündigung) aufheben. Die Kündigung ist ein Gestaltungsrecht und kann einseitig ausgesprochen werden. Die Kündigung entfaltet Wirkung ex nunc.

Die Kündigung ist von der Freistellung abzugrenzen. Die Freistellung bedeutet, dass die Arbeitgeberin (meistens während der ordentlichen Kündigungsdauer) auf die Dienste des Arbeitgebers verzichtet. Während der Freistellung besteht das Arbeitsverhältnis weiter, es ist also insbesondere auch Lohn geschuldet. Daneben kann eine Arbeitnehmerin auch für Weiterbildungszwecke oder für Urlaub freigestellt werden. Es kann verabredet werden, dass während dieser Freistellung kein Lohn ausbezahlt wird.

b. Das Parteineutralität

Das Kündigungsrecht steht beiden Parteien zu (vgl. OR 335 I). Die entsprechenden Normen sind deshalb immer Parteineutral formuliert.

c. Die Kündigungsfreiheit

Grundsätzlich können beide Parteien jederzeit aus einem beliebigen Grund kündigen (OR 335 I und OR 337 I). Das Schweizerische Arbeitsrecht kennt den Grundsatz der Kündigungsfreiheit.

Die Kündigungsfreiheit wird aber an einigen Stellen durchbrochen. Diese Normen stellen einen minimalen Kündigungsschutz dar. Der Kündigungsschutz erstreckt sich auf zeitliche und sachliche Einschränkungen (zum Kündigungsschutz siehe nachfolgend).

d. Die Mitteilung der Kündigung

Die Kündigung muss der Gegenpartei mitgeteilt werden. Ansonsten entfaltet sie keine Wirkung. Relevant ist, dass die Kündigung in den Machtbereich des Empfängers gerät, d. h. wenn die Kündigung von der Gegenpartei zur Kenntnis genommen werden kann oder damit gerechnet werden darf, dass die Gegenpartei die Kündigung zur Kenntnis nimmt (z. B. Zustellung in den Briefkasten der Partei).

Das Risiko der verspäteten Zustellung liegt beim Absender. Die Kündigung wird durch die verspätete Zustellung nicht ungültig, sondern die Kündigungsfrist verlängert sich bzw. der Kündigungstermin verschiebt sich. Des weiteren gelten die Regeln der Stellvertretung (OR 32 ff.)

Die Kündigung bedarf keiner Form, sie kann insbesondere auch durch konkludentes Verhalten erfolgen.

e. Der Inhalt der Kündigung

Der Kündigung muss zu unmissverständlich zu entnehmen sein, dass der Kündigende das entsprechende Arbeitsverhältnis auflösen will. Die Kündigung darf an keine Bedingungen geknüpft sein (Bedingungsfeindlichkeit der Kündigung).

Eine Ausnahme besteht bei der sog. Änderungskündigung. Bei der Änderungskündigung wird eine Kündigung ausgesprochen, die nur gilt, wenn der bestehende Arbeitsvertrag nicht im Sinne der kündigenden Partei abgeändert wird. Dies ist zulässig, weil der Eintritt der Bedingung alleine bei der gekündigten Partei liegt. Die Änderungskündigung durch den Arbeit-

geber ist zulässig, sofern sie aus marktbedingten oder betriebswirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt ist.

Die gekündigte Partei hat einen gerichtlich einklagbaren Anspruch auf schriftliche Begründung der Kündigung (OR 335 II und OR 337 I). Die Begründung muss wahr, vollständig und konkret sein. Bleibt die Begründung aus oder begründet der Kündigende die Kündigung nur unbefriedigend, hat dies keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Kündigung. Die Begründung stellt eine Obliegenheit dar. In einem allfälligen Prozess wird das Ausbleiben einer befriedigenden Begründung aber gegen den Kündigenden ausgelegt.

f. Die Wirkung der Kündigung

Mit der Kündigung wird das Arbeitsverhältnis ab einem bestimmten Termin oder per sofort aufgelöst.

In gewissen Spezialfällen gelten besondere Regelungen. Der erste Fall betrifft eine Situation in der beide Parteien kündigen. Entweder spricht eine Partei die ordentliche Kündigung aus und die andere Partei kündigt während der Kündigungsfrist fristlos oder die eine Partei kündigt zu einem Zeitpunkt der zeitlich vor der gesetzlichen Kündigungsfrist liegt und die andere Partei kündigt innerhalb dieser Frist ebenfalls ordentlich. Der dritte Fall betrifft die Rachekündigung. Diese ist ungültig, wenn sie ausgesprochen wird, weil die Arbeitnehmerin sich gegen geschlechterspezifische Diskriminierung gewehrt hat (GlG 10).

Herrn Huber wird vom Arbeitgeber Anfangs Januar auf Ende Februar gekündigt. Da der Arbeitgeber seit längerem keinen Lohn mehr bezahlt hat, kündigt Herr Huber am 5. Januar fristlos. Das Arbeitsverhältnis endet am 5. Januar.

Frau Reich nimmt im fünften Dienstjahr bei der Schnell AG eine führende Stellung ein. Eine Konkurrenzfirma bot ihr am 1. Juni eine Stelle mit mehr Lohn per Anfang des nächsten Jahres an. Frau Reich kündigt ihre Stelle bei der Schnell AG sofort per Ende Jahr. Die Schnell AG hat am 1. Juli einen Nachfolger für Frau Reich gefunden, den sie so schnell wie möglich einstellen möchte. Sie kündigt Frau Reich deshalb per Ende September. Das Arbeitsverhältnis endet per Ende September.

Frau Scheu wurde von ihrer Arbeitgeberin, der Hässig AG, bei Beförderungen mehrmals übergangen. Befördert wurden immer nur Männer. Dagegen wehrte sich Frau Scheu erfolgreich vor Gericht. Die Hässig AG ist darüber erbost und kündigt Frau Scheu per Ende Jahr. Frau Scheu, die die Arbeit für den Unterhalt ihrer Familie benötigt, ficht die Kündigung bei Gericht an. Das Gericht erklärt die Kündigung für ungültig und Frau Scheu kann bei der Hässig AG weiter arbeiten.

Weiter bestehen einige Ausnahmen in denen die Kündigung keine Wirkung entfaltet. Leidet die Kündigung unter einer Formvorschrift ist sie nichtig. Dies gilt, wenn die Parteien im EAV verabredet haben, dass die Kündigung einer bestimmten Form unterliege und aus der Vertragsauslegung nicht herausgeht, dass diese Formvorschrift rein deklaratorisch wirken soll. (OR 16 I). Während Sperrfristen darf nicht gekündigt werden (OR 336c, siehe nachfolgend). Befristete Arbeitsverhältnisse können nur fristlos gekündigt werden (OR 334 I).

g. Der Widerruf der Kündigung

Die Kündigung ist grundsätzlich unwiderrufbar. Eine Ausnahme gilt, wenn der Widerruf vor oder gleichzeitig mit der Kündigung beim Empfänger eintrifft (OR 9).

h. Die fristlose Kündigung insbesondere

Im allgemeinen gelten die Bestimmungen der Kündigung auch für die fristlose Kündigung. Diese ist jedoch durch einige Eigenheiten gekennzeichnet.

Die fristlose Kündigung löst ein Arbeitsverhältnis per sofort auf. Sie ist im Gegensatz auch beim befristeten Arbeitsverhältnis möglich. Abzugrenzen ist die fristlose Kündigung von der Anfechtung oder der Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages. Die fristlose Kündigung löst einen

rechtsgültigen Arbeitsvertrag auf, während bei ersteren kein rechtsgültiger Arbeitsvertrag bestanden hat.

Die fristlose Kündigung kann jederzeit ausgesprochen werden (OR 337 I). Kündigungsfristen und –termine sowie Sperrfristen gelten nicht. Die fristlose Kündigung muss unverzüglich ausgesprochen werden.

2. Weitere Beendigungsgründe

a. Der Zeitablauf beim befristeten Arbeitsverhältnis

Wird ein Arbeitsverhältnis auf eine bestimmte Dauer oder bis zu einem bestimmten Termin abgeschlossen, liegt ein befristetes Arbeitsverhältnis vor. Dieses endet mit dem Zeitablauf (OR 334 I).

Das Ende des befristeten Arbeitsverhältnis muss objektiv bestimmbar sein. Das Ende des Arbeitsverhältnis darf nicht vom Willen einer Partei abhängig sein. Weiter darf das das Ende des Arbeitsverhältnis nicht an Bedingungen geknüpft sein.

Wird das befristete Arbeitsverhältnis nach dem Zeitablauf stillschweigend fortgesetzt, wird das befristete in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis umgewandelt.

b. Die Pensionierung des Arbeitnehmers

Das Arbeitsverhältnis endet mit der ordentlichen Pensionierung des Arbeitnehmers. Die vorzeitige Pensionierung ist eine Art der Kündigung. Auf sie sind insbesondere die Regeln des Kündigungsschutzes anzuwenden (siehe nachfolgend).

c. Der Tod des Arbeitnehmers

Das Arbeitsverhältnis endet mit dem Tod des Arbeitnehmers (OR 338 I). Diese Regelung ist Ausfluss der persönlichen Arbeitspflicht (OR 321). Der Arbeitgeber kann insbesondere nicht verlangen, dass die Erben an Stelle des Verstorbenen weiter Arbeiten.

Die Ehegatten oder die minderjährigen Kinder haben unter Umständen Anspruch auf Gelohnachgenuss. Dieser beträgt einen Monatslohn bzw. zwei Monatslöhne wenn das Arbeitsverhältnis länger als fünf Jahre gedauert hat (OR 338 II).

d. Der Aufhebungsvertrag

Das Arbeitsverhältnis kann durch gegenseitige Übereinkunft aufgehoben werden.

3. Keine Beendigungsgründe

a. Der Tod des Arbeitgebers

Der Tod des Arbeitgebers beendet das Arbeitsverhältnis nicht. Das Arbeitsverhältnis geht auf die Erben über. Es gelten die Regeln der Betriebsübernahme (OR 338a I).

Das Arbeitsverhältnis, das im Hinblick auf die Person des Arbeitgebers eingegangen worden ist, endet mit dem Tod des Arbeitgebers (z. B. Pflege einer Pensionärin, persönlicher Bodyguard, etc.). Hier gelten die Regeln der fristlosen Kündigung, d. h. die Erben werden Schadenersatzpflichtig (OR 338a II).

b. Der Konkurs der Arbeitgeberin

Der Konkurs der Arbeitgeberin beendet das Arbeitsverhältnis nicht. Der Arbeitnehmer kann jedoch fristlos kündigen, wenn ihm keine Sicherheit für seine Lohnforderungen gestellt wird (OR 337a). Die Arbeitgeberin ist zudem schadenersatzpflichtig.

c. Die Übertragung des Betriebs

Die Übertragung des Betriebs auf einen anderen Rechtsträger stellt keinen Kündigungsgrund dar (siehe dazu die nachfolgenden Ausführungen).

4. Die Rechtsfolgen der Beendigung

a. Die Primärfolgen

Primär erlöschen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses alle gegenseitigen Pflichten. Einige Nebenpflichten wirken weiter (z. B. Geheimhaltungspflicht, Referenzerteilung, Schlusszeugnis).

b. Die Sekundärfolgen

Sekundär werden alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig (OR 339 I). Jede Partei muss alles herausgeben, „was sie für dessen Dauer von ihr oder von Dritten für deren Rechnung erhalten hat.“ (OR 339a I). Der Arbeitnehmer muss insbesondere Fahrzeuge und Fahrzeugausweise herausgeben. Weiter muss er Lohnvorschüsse zurückerstatten, sofern er diese nicht mit seinen Lohnforderungen verrechnen kann (OR 339a II). Für ungedeckte Forderungen können die Parteien ein Retentionsrecht nach ZGB 895 f. geltend machen.

Die Lohnforderungen aus Arbeitsvertrag verjähren innert fünf Jahren (OR 128). Die anderen Forderungen verjähren binnen zehn Jahren (OR 127).

c. Das Konkurrenzverbot

Das Konkurrenzverbot verbietet dem Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses konkurrenzierende Tätigkeiten aufzunehmen. Es ist an strenge Gültigkeitsvoraussetzungen geknüpft.

Das Konkurrenzverbot muss schriftlich abgefasst sein. Die Konkurrenzierung durch den entsprechenden Arbeitnehmer muss ein erhebliches Schädigungspotential beinhalten (OR 340). Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer engen Kontakt zu Kunden oder Einblick in Geschäftsgeheimnisse hatte. Im Beruf erworbene Fähigkeiten stellen kein Schädigungspotential dar.

Das Konkurrenzverbot muss in örtlicher, zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht angemessen begrenzt sein. Im Streitfall kann die Richterin das Konkurrenzverbot beschränken (OR 340a). Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn kein erhebliches Geheimhaltungsinteresse nicht mehr besteht. Weiter gilt das Konkurrenzverbot nicht, wenn die Arbeitgeberin für die Auflösung des Arbeitsvertrags verantwortlich ist. Weiter kann die Arbeitgeberin auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots verzichten (OR 340c).

Der Arbeitgeber hat bei Verletzung des Konkurrenzverbots Anspruch auf Schadenersatz, häufig wird eine Konventionalstrafe vereinbart (OR 340b I und II). Weiter hat die Arbeitgeberin unter strengen Voraussetzungen einen Unterlassungsanspruch. Ein derartiger Anspruch muss schriftlich vereinbart werden und durch das Verhalten des ehemaligen Arbeitnehmers gerechtfertigt sein (OR 340b III).

V. Der Kündigungsschutz

1. Der zeitliche Kündigungsschutz

a. Die Kündigungsfristen und Kündigungstermine

Kündigungen sind nur ausnahmsweise fristlos möglich. I. d. R. muss auf einen bestimmten Termin hin unter Einhaltung einer bestimmten Frist gekündigt werden.

Während der Probezeit darf auf einen beliebigen Termin mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden (OR 335b I). Nach dispositivem Gesetzesrecht gilt der erste Monat eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Probezeit (OR 335b I). Von der dispositiven gesetzlichen Regelung kann durch NAV, GAV oder durch schriftliche Vereinbarung abgewichen werden. Die Probezeit darf allerdings maximal drei Monate betragen (OR 335b II).

Nach der Probezeit gelten nach OR 335c I folgende Kündigungsfristen: Während dem ersten Dienstjahr ein Monat, vom zweiten bis zum neunten Dienstjahr zwei Monate und ab dem zehnten Dienstjahr drei Monate. Kündigungstermin ist jeweils der letzte Tag des Monats (unabhängig davon um welchen Wochentag es sich handelt). Die Kündigungsfrist ergibt sich aus der Zurückrechnung vom jeweiligen Kündigungstermin her (Bsp. Kündigungstermin 31. Mai: Beginn der Kündigungsfrist im ersten Dienstjahr 30. April).

Wird auf den falschen Termin gekündigt oder wird die Kündigungsfrist nicht eingehalten, entfaltet die Kündigung trotzdem Wirkung. Das Arbeitsverhältnis wird einfach auf den nächstmöglichen Kündigungstermin aufgelöst.

Die Dienstjahre berechnen sich nach der Zeit, die ein Arbeitnehmer beim gleichen Arbeitgeber tätig ist. Die Lehre zählt zu den Dienstjahren hinzu.

Die Vorschriften über die Kündigungsfristen und –termine dürfen vertraglich abgeändert werden. Die Kündigungsfristen dürfen durch GAV, NAV oder durch schriftliche Abrede verändert werden. Es gilt eine Mindestkündigungsfrist von einem Monat, diese darf nur durch GAV im ersten Dienstjahr verkürzt werden (OR 335c II). Die Kündigungsfristen müssen aber für beide Parteien gleich lang sein (OR 335a I). Bei der Kündigung durch den Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Gründen dürfen durch GAV, NAV oder durch EAV für den Arbeitnehmer kürzere Kündigungsfristen vorgesehen werden (OR 335a II).

b. Die Sperrfristen

In gewissen Situationen bestehen Sperrfristen. Während diesen Fristen darf nicht gekündigt werden. Eine während der Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig. Weiter steht die Kündigungsfrist während der Sperrfrist still (OR 336c II und OR 336d II).

OR 336c zählt abschliessend Tatbestände auf, die für Kündigungen durch den Arbeitgeber als Sperrfristen gelten. Als Sperrfrist gilt die Dienstleistung in der Schweizerischen Armee, beim Zivildienst oder beim roten Kreuz. Wenn der Dienst mehr als elf Tage dauert zählen auch vier Wochen vor und nach der Dienstleistung als Sperrfrist. Weiter gilt unverschuldete (nicht auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zurückzuführende) Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall als Sperrfrist. Hierfür gelten allerdings Maximalfristen: 30 Tage im ersten Dienstjahr, 90 Tage vom zweiten bis zum fünften Dienstjahr und 180 Tage ab dem sechsten Dienstjahr. Weitere Sperrfristen gelten während der Schwangerschaft und 16 Wochen nach der Niederkunft sowie während einer ausländischen Hilfsaktion des Bundes (z. B. Katastrophenhilfe).

Für Kündigungen durch den Arbeitnehmer gilt nur eine Sperrfrist wenn der Arbeitgeber oder der Vorgesetzte Militärdienst leistet und der Arbeitnehmer diesen im Betrieb vertritt (OR 336d).

Luigi Corleone, Sachbearbeiter im fünften Dienstjahr wurde von der Godfather GmbH am 31. Juli per 30. September gekündigt. Herr Corleone muss vom 5. September bis zum 26. September einen Wiederholungskurs in der Schweizerischen Armee absolvieren. Die Kündigungsfrist steht vier Wochen vor dem Dienst, während dem Dienst und vier Wochen nach dem Dienst still. D. h. vom 8. August bis zum 24. Oktober. Die Kündigungsfrist würde demnach am 16. November ablaufen. Da der Kündigungstermin immer Ende Monat ist, endigt Herrn Corleones Arbeitsverhältnis mit der Godfather GmbH am 30. November.

Besondere Probleme ergeben sich bei mehreren Sperrfristen innerhalb der selben Kündigungsfrist. Treten verschiedene Sperrgründe ein, löst jeder einzelne eine eigene Sperrfrist aus.

Die gleiche Regel gilt auch, wenn der selbe Sperrgrund hintereinander eintritt und der Arbeitnehmer dazwischen die Arbeit wieder aufgenommen hat. Läuft eine Sperrfrist in ein neues Dienstjahr hinein, so kann die Sperrfrist nicht mit der Sperrfrist im neuen Dienstjahr kumuliert werden. Hingegen kommt die längere Sperrfrist des neuen Dienstjahres zur Anwendung. Bei Krankheit und unverschuldetem Unfall gelten Spezialregelungen. Wird die Arbeitgeberin während der Kündigungsfrist erneut arbeitsunfähig, läuft eine neue, eingeständige Sperrfrist. Wird die Arbeitnehmerin jedoch aus dem selben Grund wie bei der ersten Abwesenheit arbeitsunfähig (Rückfall) beträgt die Sperrfrist höchstens den gesetzlichen Maximalanspruch der ersten Sperrfrist.

Herrn Glück, Sachbearbeiter im ersten Dienstjahr wird von seiner Arbeitgeberin am 31. Mai per Ende Juni gekündigt. Am 1. Juni erkrankt Herr Huber an Grippe und liegt sieben Tage krank im Bett. Am 15. Juni erkrankt Herr Glück an einer seltenen Tropenkrankheit, die er auf einer Reise aufgelesen hat. Er ist für einen Monat arbeitsunfähig. Beide Krankheiten lösen eine eigene Sperrfrist aus. Die Kündigungsfrist endet in diesem Fall am 7. September. Kündigungstermin ist demnach der 31. September.

Seiner Kollegin Frau Pech, ebenfalls Sachbearbeiterin im ersten Dienstjahr, wird ebenfalls am 31. Mai per Ende Juni gekündigt. Sie hat sich bei Herrn Glück an der seltenen Tropenkrankheit angesteckt, diese brach bei ihr jedoch schon am 7. Juni aus. Sie war vierzehn Tage arbeitsunfähig. Nach der Genesung arbeitete Frau Pech wieder. Am 25. Juni brach die Krankheit erneut aus und Frau Pech lag während dreissig Tagen im Bett. Nach OR 336c beträgt die Sperrfrist im ersten Dienstjahr höchstens 30 Tage. Das heisst die Kündigungsfrist beginnt am 10. August wieder zu laufen und endet am 30. August. Kündigungstermin ist der 31. August.

2. Der sachliche Kündigungsschutz

a. Die Missbrauchstatbestände

Nach dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit kann aus jedem Grund gekündigt werden. Aus OR 336 und ZGB 2 II ergeht ein minimaler sachlicher Kündigungsschutz. Dieser Kündigungsschutz beeinträchtigt die Wirksamkeit der Kündigung jedoch nicht. Die kündigende Partei ist jedoch schadenersatzpflichtig und muss unter Umständen eine Pönalentschädigung entrichten.

OR 336 listet einige Tatbestände auf, die zu einer missbräuchlichen Kündigung führen. Diese Tatbestände sind nicht abschliessend, weitere missbräuchliche Kündigungsgründe können sich aus ZGB 2 II ergeben. Die Missbrauchstatbestände sind in Tatbeständen die bei Kündigungen beider Parteien als missbräuchlich gelten (OR 336 I) und Tatbeständen die nur bei Kündigungen durch die Arbeitgeberin als missbräuchlich gelten (OR 336 II) unterteilt.

Seitens beider Parteien gilt die Kündigung wegen persönlicher Eigenschaften der Gegenpartei (Hautfarbe, sexueller Orientierung, Nationalität, Alter, Familienstand, Vorstrafen, etc.), der Ausübung verfassungsmässiger Rechte (insbesondere politischer Rechte und des Streikrechts), zur Vereitelung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen und wegen der Geltendmachung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen nach Treu und Glauben, wegen dem obligatorischen Militär-, Zivilschutz- oder Zivildienst der Gegenpartei und wegen der Übernahme von gesetzlichen Pflichten durch die Gegenpartei als missbräuchlich (OR 336 I).

Kündigungen des Arbeitgebers gelten als missbräuchlich, wenn sie wegen der Gewerkschaftszugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit, der regelmässigen Ausübung von gewerkschaftlichen Tätigkeiten, der Mitgliedschaft in der gewählten Arbeitnehmervertretung erfolgen (OR 336 II). Die Kündigung wegen Mitgliedschaft in der Arbeitnehmervertretung gilt nicht als missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber beweist, dass er begründeten Anlass zur Kündigung hatte (OR 336 II). Weitere Missbrauchstatbestände bestehen im Rahmen der Massenentlassung (siehe dazu nachfolgend).

Aus ZGB 2 II gelten insbesondere folgende Kündigungsgründe als missbräuchlich: Änderungskündigungen die als Druckmittel gegen den Arbeitnehmer benutzt werden, sofern keine marktbedingten oder betriebswirtschaftlichen Gründe vorliegen, missbräuchliche Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts, Kündigung wegen einem rechtmässigen Streik, Kündigung in Ausnutzung eines rechtswidrigen Verhaltens (z. B. wegen des Nachlasses der Leistungsfähigkeit eines gemobbten Arbeitnehmers).

Dass eine missbräuchliche Kündigung vorliegt, muss von der Partei bewiesen werden, die dies behauptet. Nach Lehre und Rechtsprechung genügt ein Indizienbeweis, falls der Arbeitnehmer beweispflichtig ist. Nach OR 336 II lit. b muss aber der Arbeitgeber beweisen, dass die Kündigung eines Mitglieds der Betriebsvertretung nicht missbräuchlich war. GlG 6 sieht ebenfalls eine Beweislastumkehr im Falle von geschlechterspezifischer Diskriminierung vor.

b. Die Rechtsfolgen der missbräuchlichen Kündigung

Wie bereits erwähnt ist auch die missbräuchliche Kündigung gültig. Die kündigende Partei muss aber eine Pönalentschädigung entrichten (OR 336a I). Bei der Pönalentschädigung handelt es sich um eine Art „Privatbusse“, d. h. einer Genugtuung mit Präventivfunktion. Zur Pönalentschädigung sind selbstverständlich der Lohn während der Kündigungsfrist und allfällige Schadenersatz- und weiteren Ansprüchen geschuldet (OR 336a II).

Die Höhe der Pönalentschädigung wird vom Richter auf Grund der Umstände im Einzelfall festgelegt. Als Maximum gelten sechs Monatslöhne (OR 336a II). Dieser Betrag wird jedoch nur selten ausgesprochen, denn der Richter hat erlauben auszuüben und kann nicht einfach den Höchstbetrag festsetzen. Insbesondere hat er auch das Verschulden des Gekündigten und die Schwere des Rechtsmissbrauchs zu berücksichtigen.

Wer eine Pönalentschädigung geltend machen will, muss bis zum Ende der Kündigungsfrist eine schriftliche Einsprache erheben und spätestens 180 Tage nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Klage erheben (OR 336b I). Eine reine Obliegenheit ist der Einigungsversuch nach OR 336b II. Wird dieser unterlassen, wird die wie bei der fehlenden Begründung, im Prozess gegen die entsprechende Partei ausgelegt.

3. Der Kündigungsschutz bei fristloser Kündigung

a. Die wichtigen Gründe

Wird einer Partei fristlos gekündigt, muss ein wichtiger Grund vorliegen (OR 337 I). Als wichtige Gründe gelten Umstände, nach denen es für den Kündigenden nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen (OR 337 II). Dabei muss es sich sowohl aus subjektiver als auch aus objektiver Sicht um einen wichtigen Grund handeln.

Ob ein wichtiger Grund vorliegt, muss das Gericht nach seinem Ermessen und auf Grund der konkreten Umstände ermitteln. Zu berücksichtigen hat das Gericht insbesondere die Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Funktion und Stellung des Gekündigten im Betrieb, die Art des Betriebes und den Grad an notwendigem Vertrauen, die Schwere der Pflichtverletzung und des Verschuldens, die Länge der Kündigungsfrist bei ordentlicher Kündigung und die Zumutbarkeit von mildereren Sanktionen.

Nach den in Lehre und Rechtsprechung erarbeiteten Fallgruppen, stellen insbesondere Straftaten gegen den Vertragspartner, die Aufforderung zu Straftaten durch den Vertragspartner, falsche Angaben zur Person, Konkurrenzierung des Arbeitgebers durch Schwarzarbeit, Verrat von Geschäftsgeheimnissen, wiederholtes, unentschuldigtes Fernbleiben, beharrliche Nichtzahlung des Lohnes trotz Mahnung, Weigerung unfallverhütende Massnahmen zu treffen und schwere Störung des Betriebsfriedens durch systematisches Aufhetzen der Mitarbeiter objektiv wichtige Gründe dar. Bei Verdacht auf eine Straftat liegt nur dann ein wichtiger Grund vor, wenn sich der Verdacht im nachhinein als begründet erweist oder es sich um ein

schweres Delikt handelt. Hierbei handelt es sich um objektiv wichtige Gründe, wie bereits erwähnt muss im Einzelfall auch die subjektive Sicht mit einbezogen werden.

Keine wichtigen Gründe liegen insbesondere bei leichten Pflichtverletzungen, unverschuldeter Arbeitsverhinderung, Fällen des Unternehmerrisikos und ungenügenden Leistungen des Arbeitnehmers vor.

b. Die unverzügliche Erklärung

Die fristlose Kündigung muss unverzüglich, nachdem er Kündigende den wichtigen Grund zur Kenntnis genommen hat, erfolgen. Wie lange die Bedenkzeit dauern kann, ist auf Grund der Umstände abzuklären, in jedem Fall sollte die Bedenkzeit nicht länger als zwei bis drei Tage dauern. Wartet der Kündigende mit der Begründung länger zu, ist dies ein Indiz dafür, dass ihm die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten war.

c. Die Begründung der fristlosen Kündigung

Die gekündigte Partei kann eine schriftliche Begründung verlangen. Anlass zur fristlosen Kündigung müssen Tatsachen sein, die während oder vor der Kündigung bestanden haben. Nachträglich hinzugekommene Gründe sind nicht beachtlich. Wie bei der ordentlichen Kündigung trifft den Kündenden nur eine Obliegenheit zur Begründung.

d. Die Wirkungen der fristlosen Kündigung

Ist die fristlose Kündigung gerechtfertigt, fällt das Arbeitsverhältnis per sofort dahin. Die kündigende Partei hat Anspruch auf Schadenersatz für den finanziellen Verlust, der ihr wegen der sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses entstanden ist (positives Vertragsinteresse), falls die gekündigte Partei die fristlose Entlassung durch ihr Verhalten verschuldet hat (OR 337b I).

Sind die vorher genannten Voraussetzungen nicht gegeben, ist die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt. Dies ändert jedoch nichts an der Gültigkeit der Kündigung. Die fristlose Kündigung wird auch nicht in eine ordentliche Kündigung umgewandelt. Der Gekündigte kann aber Entschädigungsansprüche geltend machen.

Wird dem Arbeitnehmer ungerechtfertigt fristlos gekündigt, kann er einen Schadenersatzanspruch und eine Pönalentschädigung geltend machen. Diese Ansprüche werden mit dem Aussprechen der fristlosen Kündigung fällig. Der Schadenersatzanspruch nach OR 337c I umfasst den Lohn, den der Arbeitnehmer erhalten hätte, hätte er bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist gearbeitet. Der Arbeitnehmer muss sich allfällige Ersparnisse oder Einkommen, das er anderweitig verdient hat, anrechnen lassen (OR 337c II). Die Pönalentschädigung nach OR 337c III bemisst sich gleich wie bei der missbräuchlichen Kündigung. Allerdings kann und muss die Richterin die Pönalentschädigung im Falle der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung nicht zugestehen. Nach Lehre und Rechtsprechung kann jedoch nur in aussergewöhnlich gelagerten Fällen auf den Zuspruch der Pönalentschädigung verzichtet werden.

Bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitnehmer oder bei Nicht-Antreten einer Stelle ohne wichtigen Grund kann der Arbeitgeber 25% des Monatslohnes vom Arbeitnehmer verlangen (OR 337d I). Hierbei handelt es sich um einen pauschalen Entschädigungsanspruch. Diesen Anspruch muss der Arbeitgeber binnen 30 Tagen geltend machen, sofern er ihn nicht mit noch ausstehendem Lohn verrechnen kann (OR 337d III). Der Arbeitgeber muss keinen Schaden nachweisen. Darüber hinaus kann er weiteren Schadenersatz geltend machen.

4. Spezialfälle

a. Die Massenentlassung

Die Bestimmungen über die Massenentlassung kommen zur Anwendung, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind (OR 335d). Als erste Voraussetzung muss die Entlassung wegen eines Grundes erfolgen, der nicht in der Person des Arbeitnehmers liegt (wirtschaftliche Gründe). Als zweite Voraussetzung müssen die Entlassungen binnen 30 Tagen vorgenommen werden. Als dritte Voraussetzung muss eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern entlassen werden. Diese beträgt bei Betrieben mit einer durchschnittlichen Belegschaft von mehr als 20 und weniger als 100 Mitarbeitern mindestens 10 betroffene Mitarbeiter, bei Betrieben mit einer durchschnittlichen Belegschaft von mindestens 100, aber weniger als 300 Mitarbeitern 10% der Belegschaft und bei Betrieben mit 300 Mitarbeitern oder mehr mindestens 30 Mitarbeiter.

Wird der Betrieb auf Grund eines gerichtlichen Beschlusses geschlossen, gelten die folgenden Bestimmungen nicht (OR 335e II). Ansonsten gelten die Bestimmungen auch für befristete Arbeitsverhältnisse (OR 335e I).

Die Arbeitgeberin hat bei der Massenentlassung zu erst die Arbeitnehmervertreter bzw. die Gesamtheit der Arbeitnehmerinnen zu konsultieren (OR 335f I) und über die wesentlichen Umstände zu informieren (OR 335f III). Sodann sind Verhandlungen über die Vermeidung oder die Milderung der Massenentlassung vorzunehmen (OR 335 II). Die Arbeitnehmer haben jedoch kein Mitbestimmungsrecht. Die Arbeitgeberin muss zudem das zuständige Arbeitsamt informieren, die Massenentlassung anzeigen und die wesentlichen Auskünfte erteilen (OR 335g I).

Die Kündigungen sind auch gültig, wenn die Verfahrensvorschriften von OR 335f f. nicht eingehalten werden. Hält ein Arbeitgeber die Verfahrensvorschriften nicht ein, werden die Kündigungen erst 30 Tage ab der Mitteilung ans Arbeitsamt wirksam (OR 335g IV), d. h. die Kündigungsfristen beginnen erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen. Die Massenentlassung ohne Arbeitnehmerkonsultation stellt eine missbräuchliche Kündigung i. S. v. OR 336 II lit. c dar. Die Pönalentschädigung beträgt hier jedoch lediglich höchstens zwei Monatslöhne (OR 336a III).

b. Der Betriebsübergang

Wird der Betrieb auf einen anderen Rechtsträger übertragen, bestehen die Arbeitsverhältnisse fort. Ein Betriebsübergang liegt vor insbesondere, wenn ein Geschäft mit allen Aktiven und Passiven übertragen wird (OR 181), wenn eine Gesellschaft in eine andere eingebracht oder umgewandelt wird (FusG 53) oder wenn Gesellschaften fusionieren (FusG 27). Keine Betriebsübernahme liegt vor, wenn sich die Eigentumsverhältnisse bei einer juristischen Person ändern.

Im Falle eines Überganges muss die Arbeitnehmervertretung bzw. die Gesamtheit der Arbeitnehmerschaft informiert werden (OR 333a).

Der Arbeitnehmer muss die Arbeitsverträge des bisherigen Arbeitgebers übernehmen. Die Arbeitnehmer können jedoch wählen, ob sie vom neuen Arbeitgeber übernommen werden wollen (OR 333 I). Lehnt ein Arbeitgeber die Übernahme ab, endet sein Arbeitsverhältnis mit dem nächsten ordentlichen Kündigungstermin (OR 333 II).

Für Lohnforderungen, die vor dem Übergang fällig geworden sind, haften der bisherige und der neue Arbeitgeber solidarisch (OR 333 III).

Eine Neuheit brachte OR 333 I^{bis}. Nach dieser Vorschrift muss ein Betriebsnachfolger einen im Betrieb geltenden GAV während eines Jahres fortsetzen, selbst wenn er nicht Mitglied des abschliessenden Verbandes ist.

c. Die Racheündigung

Auf die Racheündigung wird unter den Ausführungen zum Gleichstellungsgesetz eingegangen (siehe § 4).

§ 3. Das kollektive Arbeitsrecht

I. Die Gegenstände des kollektiven Arbeitsrechts

Gegenstand des kollektiven Arbeitsrechts ist das Zusammenwirken der Arbeitsverbände. Das kollektive Arbeitsrecht wird in zwei Bereiche unterteilt. Das kollektive Arbeitsrecht auf Betriebsebene (sog. Betriebsverfassungsrecht) befasst sich mit den Normen, die die Arbeitnehmer bzw. ihre Organe (z. B. Betriebs- oder Personalkommissionen) mit der Arbeitgeberin abschliessen. Das überbetriebliche kollektive Arbeitsrecht befasst sich mit den Normen, welche von den Arbeitsverbänden (Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften) abgeschlossen werden.

Das kollektive Arbeitsrecht auf überbetrieblicher Ebene befasst sich im wesentlichen mit den Generalarbeitsverträgen, den Koalitionen selber und den Arbeitskampffreiheiten.

BV 28 garantiert die Koalitionsfreiheit als besondere Form der Vereinsfreiheit. Die Koalitionsfreiheit beinhaltet nach BV 28 I (das Recht, einer Koalition beizutreten (positive Koalitionsfreiheit) und einer Koalition fernzubleiben (negative Koalitionsfreiheit). Wesentlicher Bestandteil der Koalitionsfreiheit ist die Tarifautonomie, d. h. das Recht frei von staatlichen Einflüssen, Verträge über die Arbeitsbedingungen abzuschliessen.

BV 28 III erklärt Streiks und Aussperrungen unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig. Streiks sind zulässig, wenn sie Arbeitsbeziehungen betreffen und wenn keine Verpflichtungen den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen entgegenstehen. Der Streik muss darüber hinaus verhältnismässig sein und die Streikenden müssen streikberechtigt sein (vgl. BV 28 IV wonach bestimmte Personen vom Streikrecht ausgenommen werden können).

II. Die Generalarbeitsverträge (GAV)

1. Die Koalitionsfreiheit

a. Die Tariffähigkeit

Vertragspartei auf Seiten der Arbeitnehmer ist meist eine Gewerkschaft oder mehrere Gewerkschaften. Auf Seiten der Arbeitgeber kann es sich um eine einzelne Arbeitgeberin oder um einen Arbeitgeberverband handeln. Die Verbände sind meist nach Berufsgruppen organisiert.

Die Frage der Tariffähigkeit ist nicht abschliessend geklärt. Weder die BV noch das OR enthalten Bestimmungen darüber. Insbesondere ist die Frage strittig, ob ein Hausverband (ein Verband dem nur die Arbeitnehmerinnen eines betreffenden Betriebs angehören) einen gültigen GAV schliessen könne. Nach herrschender Lehre ist dies zu bejahen, wenn es sich beim entsprechenden Verband um eine juristische Person handelt (i. d. R. einem Verein).

b. Weitere Aspekte der Koalitionsfreiheit

Die Koalitionsfreiheit gilt in erster Linie gegen den Staat. Der Staat darf z. B. die Koalitionen bei der Aushandlung eines GAV nicht beeinflussen oder rechtmässige Streiks unterbinden.

Die Koalitionsfreiheit wirkt auch unter Privaten. Arbeitgeber dürfen z. B. keine schwarzen Listen anfertigen, auf denen Gewerkschaftsmitglieder verzeichnet sind. Aussperrklauseln sind Bestimmungen eines GAV die vorsehen, dass nur Gewerkschaftsmitglieder beschäftigt wer-

den. Solche Klauseln verstossen gegen die negative Koalitionsfreiheit und sind nach OR 356a I nichtig. Hingegen darf der GAV eine Bestimmung enthalten, wonach nur Gewerkschaftsmitglieder oder Angeschlossene beschäftigt werden dürfen (OR 356b II).

Klauseln, die Aussenseiter von den Vergünstigungen des GAV ausschliessen (Ausschlussklauseln) und Klauseln, die die Aussenseiter um ein gewisses Mass schlechter Stellen (Spannklauseln) sind zulässig, sofern sie keinen Beitrittszwang bewirken.

2. Der Inhalt der GAV

a. Die normativen Bestimmungen

Die zentralen Bestimmungen der GAV sind die normativen Bestimmungen (auch Mindestarbeitsbedingungen). Diese Bestimmungen regeln die ihnen unterstellten Einzelarbeitsverträge, in dem Sinne dass sie gewisse Mindestanforderungen aufstellen (z. B. Mindestlöhne, Mindestferienansprüche, etc.).

Wie Einzelarbeitsverträge sind auch Generalarbeitsverträge an die zwingenden Gesetznormen gebunden. Von absolut zwingenden Normen darf nicht und von relativ zwingenden Normen darf nur zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (OR 358).

Die normativen Bestimmungen eines GAV wirken wie ein Gesetz. Sie sind für die Parteien des EAV bindend (OR 357 I). Im Sinne des Günstigkeitsprinzip kann aber von den Bestimmungen des GAV abgewichen werden, z. B. wenn der EAV etwas für den Arbeitnehmer günstigeres vorsieht (OR 357 II). Das Günstigkeitsprinzip kann durch den GAV allerdings ausgeschlossen werden. Durch die „Gesetzesqualität“ des GAV vermitteln die Bestimmungen des GAV Arbeitnehmern und Arbeitgebern einen unmittelbaren Anspruch.

b. Die schuldrechtlichen Bestimmungen

Neben den normativen Bestimmungen enthalten GAV auch schuldrechtliche Bestimmungen. Diese Bestimmungen binden nur die am GAV beteiligten Parteien (OR 356 III). Hierbei handelt es sich häufig um Friedens- und Durchführungsbestimmungen. Durch die Friedenspflicht verpflichten sich die Parteien auf Kampfmassnahmen (z. B. Streiks) zu verzichten (OR 357a II). Die Durchführungspflicht auferlegt den Parteien die Pflicht, dafür zu sorgen, dass der GAV von ihren Mitgliedern eingehalten wird (OR 357a I). Die Durchführungspflicht kann notfalls vor Gericht erzwungen werden.

c. Die indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen

Indirekt schuldrechtliche Bestimmungen sind Bestimmungen, die nicht das Verhältnis zwischen den Verbänden regeln, aber trotzdem nicht direkt anwendbar sind (OR 356 II). Hierbei handelt es sich meistens um Beiträge an Ausgleichskassen, um bestimmte Aspekte der Betriebsbelegschaft (z. B. Quoten für Lehrlinge), über die Vertretung der Belegschaft in den Betrieben, über die Ordnung in den Betrieben (z. B. Torkontrollen, Rauchverbote) oder über die Einhaltung und Durchführung des GAV. Diese Ansprüche kann der Arbeitnehmer nicht direkt gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen, sondern muss den Umweg über seinen Verband nehmen.

Frau Krebs ist bei der Schloter AG angestellt. Nach dem GAV der in ihrem Betrieb gilt besteht ein absolutes Rauchverbot. Bei der Schloter AG wird aber in Pausenräumen munter weiter gequalmt. Frau Krebs wendet sich an ihre Gewerkschaft mit der Bitte für die Einhaltung des Rauchverbots zu sorgen. Die Gewerkschaft benachrichtigt den Arbeitgeberverband dem die Schloter AG angehört. Der Arbeitgeberverband beauftragt die Schloter AG, das Rauchverbot umzusetzen, was umgehend geschieht.

3. Der Geltungsbereich der GAV

a. Die Verbandsmitgliedschaft

Grundsätzlich sind GAV nur auf Verbandsmitglieder anwendbar, d. h. sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer müssen Mitglied der Verbände sein, die den GAV abgeschlossen haben (OR 357 I). Es kann also durchaus vorkommen, dass ein GAV nur für gewisse Mitarbeiter in einem Betrieb gilt. Eine Aussenwirkung des GAV, wie sie z. B. das Deutsche Recht vorsieht, kennt die Schweiz nicht.

Da die Verbände nach Berufsgruppen organisiert sind, kann es durchaus vorkommen, dass im gleichen Betrieb verschiedene GAV gelten.

b. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung

Ein GAV kann vom Bundesrat oder von der entsprechenden kantonalen Behörde auf Antrag der Verbände für allgemeinverbindlich erklärt werden. Hierfür müssen die Bedingungen des AVEG eingehalten sein. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung muss sich wegen erheblichen zu erwartenden Nachteilen als notwendig erweisen, sie muss dem Gesamtinteresse und den regionalen und betrieblichen Unterschieden Rechnung tragen. Weiter muss mehr als die Hälfte der Arbeitgeber und Arbeitnehmer dem GAV bereits unterstellt sein, der GAV muss dem zwingenden Recht und der Rechtsgleichheit entsprechen und einzelnen Arbeitgebern und Arbeitnehmern muss der Beitritt offen stehen (AVEG 2).

Durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung gilt der GAV für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der entsprechenden Branche, auch wenn diese nicht Mitglied der Verbände sind.

c. Der Anschluss

Arbeitnehmer und Arbeitgeber die keinem GAV unterstellt sind, können sich einem GAV freiwillig anschliessen. Arbeitnehmer können sich einem GAV nur anschliessen, wenn der Arbeitgeber bereits Mitglied einer GAV-Partei ist (OR 356b). Die Anschlussklärung erfolgt schriftlich und muss durch die GAV-Parteien genehmigt werden (OR 356b I). Der Anschluss erfolgt i. d. R. gegen einen Solidaritätsbeitrag, der die Kosten der Vertragsaushandlung decken soll.

d. Sonstige Anwendbarkeit des GAV

In der Praxis bestehen weitere Möglichkeiten, einem GAV für anwendbar zu erklären. Ein Arbeitgeber kann schlicht erklären, der GAV einer bestimmten Branche gelte in seinem Betrieb, obwohl er nicht Verbandsmitglied ist. Weiter kann eine Arbeitgeberin, die Verbandsmitglied ist, die GAV-Bestimmungen auch auf Aussenseiter anwenden. Weiter kann der GAV auch per EAV für anwendbar erklärt werden.

OR 333 I^{bis} sieht eine weitere Anwendbarkeit des GAV vor. Übernimmt jemand einen Betrieb, gelten bestehende GAV während eines Jahres weiter.

III. Das Betriebsverfassungsrecht

1. Die Mitwirkung

Die Mitwirkung ist von der Mitbestimmung zu unterscheiden. Bei der Mitbestimmung geht es um unternehmerische Entscheide. Eine solche Mitbestimmung kennt das Schweizerische Recht nicht. Unter Mitwirkung versteht man, die Mitwirkung bei der Umsetzung von Unternehmensentscheiden auf der Ebene des Betriebes. Diese Mitwirkung wird vom Mitwirkungsgesetz (MWG) geregelt. Dieses Gesetz befasst sich mit den formellen Fragen in Bezug auf die

Wahlen und die Organisation der betrieblichen Arbeitnehmervertretung. Die konkreten Mitwirkungsgegenstände sind in anderen Gesetzen geregelt. Diese Mitwirkungsrechte bestehen im wesentlichen aus Informations- und Konsultationsansprüchen.

2. Die innerbetriebliche Arbeitnehmervertretung

a. Die Bestellung der Betriebskommission

Betriebs- oder Personalkommissionen sind innerbetriebliche Arbeitnehmervertretungen. Solche Betriebskommissionen sind nicht obligatorisch, werden aber von GAV oder Betriebsordnungen häufig vorgesehen. MWG 3 verleiht den Mitarbeitern ein ausdrückliches Recht auf eine Betriebskommission, wenn der Betrieb mindestens 30 Mitarbeiterinnen beschäftigt. 20% der Belegschaft oder 100 Arbeitnehmerinnen in einem Betrieb der über 500 Mitarbeiter beschäftigt können eine Abstimmung darüber verlangen, ob eine Betriebskommission bestellt werden soll (MWG 5 I). Befürwortet eine Mehrheit der Stimmenden die Bestellung einer Betriebskommission ist eine solche zu wählen (MWG 5 I und II).

Der Arbeitgeber muss bei der Organisation der Abstimmung und der Wahl mithelfen (MWG 5 III). Die Betriebskommission wird in allgemeiner und freier Wahl bestellt. 20% der Arbeitnehmerinnen können eine geheime Wahl verlangen (MWG 6). Die Betriebskommission muss aus mindestens drei Personen bestehen (MWG 7 II).

b. Die Aufgaben der Betriebskommission

Die Aufgaben der Betriebskommission sind in MWG 8 allgemein umschrieben. Sie vertreten die Interessen der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber und informieren die Arbeitnehmer über ihre Tätigkeiten. Besteht keine Betriebskommission, kann die Gesamtheit der Arbeitnehmenden ihre Rechte gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen (MWG 4).

Die Rechte der Betriebskommission umfassen insbesondere Informations- und Konsultationsrechte bei der Arbeitssicherheit und der Gesundheitsvorsorge im Betrieb (UVG 82, ArG 6 und 48, ArGV3 5 ff.), bei der Übertragung des Betriebes auf einen Dritten (OR 333 f.) und bei der Massenentlassung (OR 335d ff.).

MWG 9 statuiert ein allgemeines Informationsrecht der Betriebskommission gegenüber dem Arbeitgeber. Insbesondere muss der Arbeitgeber die Betriebskommission mindestens einmal jährlich über den allgemeinen Geschäftsgang und dessen Auswirkungen auf die Beschäftigung und die Beschäftigten informieren (MWG 9 II). Die Betriebskommission hat die Aufgabe mit dem Arbeitgeber gemeinsam die Betriebsordnung auszuarbeiten, sofern dieser die Betriebsordnung nicht einseitig erlässt (MWG 37).

c. Die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebskommission

In der Zusammenarbeit zwischen Betriebskommission und Arbeitgeberin ist der Grundsatz von Treu und Glauben oberstes Prinzip (MWG 11 I). MWG 14 legt beiden Parteien eine Verschwiegenheitspflicht auf.

Die Arbeitgeberin hat der Betriebskommission Räume, Hilfsmittel und administrative Dienstleistungen, die sie für die Verrichtung ihrer Aufgaben benötigen, zur Verfügung zu stellen (MWG 11 II). Weiter darf der Arbeitgeber die Betriebskommission nicht behindern oder deren Mitglieder benachteiligen (MWG 12). Die Mitglieder der Betriebskommission dürfen ihre Aufgaben während der Arbeitszeit erfüllen, sofern es ihre Funktion erfordert und die Betriebsarbeit nicht gestört ist. Die Mitglieder der Betriebskommission haben aber auf den Arbeitsablauf des Betriebs Rücksicht zu nehmen (MWG 13).

3. Die Betriebsordnung

a. Die Rechtsnatur der Betriebsordnung

Die Betriebsordnung stellt eine verbindliche Rechtsquelle des EAV dar, sie ist unmittelbar auf EAV anwendbar (ArG 39 II). Sie darf aber dem zwingenden Gesetzesrecht und GAV-Bestimmungen nicht widersprechen. Im Verhältnis zum GAV gilt das Günstigkeitsprinzip nicht (ArG 38 II und III).

Die Betriebsordnung darf nicht mit dem Firmenreglement verwechselt werden. Das Firmenreglement ist Bestandteil des EAV. Die Betriebsordnung hat gegenüber dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmerinnen „Gesetzesqualität“.

Der Erlass einer Betriebsordnung ist freiwillig. Alleine in industriellen Betrieben ist eine Betriebsordnung vorgeschrieben (ArG 37 I). Häufig sehen auch GAV Betriebsordnungen vor.

b. Der Erlass der Betriebsordnung

Der Arbeitgeber kann die Betriebsordnung entweder einseitig erlassen oder sie in Zusammenarbeit mit der Betriebskommission ausarbeiten (ArG 37 IV). Erlässt der Arbeitgeber die Betriebsordnung einseitig, muss er den Mitarbeitern die Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen (ArG 37 IV). Er muss einen Entwurf der Betriebsordnung im Betrieb gut sichtbar anschlagen oder den Arbeitnehmern aushändigen. Die Arbeitnehmer können innert vier Wochen schriftlich Stellung nehmen oder sind vom Arbeitgeber mündlich anzuhören (ArGV1 67 II).

Die Betriebsordnung ist der zuständigen kantonalen Behörde zuzusenden, diese prüft ob die Betriebsordnung gesetzeskonform ist (ArG 39 I). Die Betriebsordnung ist aber schon ab deren Bekanntmachung gültig (ArG 39 II). Die Betriebsordnung gilt als bekannt gemacht, wenn Betrieb gut sichtbar angeschlagen wurde (ArGV1 68 I).

c. Die Gegenstände der Betriebsordnung

Obligatorisch müssen in der Betriebsordnung Fragen der Gesundheitsvorsorge und der Unfallverhütung geregelt werden (ArG 38 I). In der Betriebsordnung können weitere Gegenstände geregelt werden. Es darf sich hierbei jedoch nicht um Gegenstände handeln, die üblicherweise in einem GAV geregelt werden. Weiter müssen solche Gegenstände in Zusammenarbeit mit der Betriebskommission geregelt werden (ArG 38 II). Ordnungsstrafen (z. B. Bussen, Lohnkürzungen, Versetzung, etc.) müssen in der Betriebsordnung geregelt sein (ArG 38 I).

§ 4. Das öffentliche Arbeitsrecht

I. Der Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes

1. Die ausgeschlossenen Betriebe

Nach ArG 1 I ist das Arbeitsgesetz auf alle privaten und öffentlichen Betriebe anwendbar. ArG 1 II enthält die Legaldefinition des Betriebes: „Ein Betrieb im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind.“

In ArG 2 I nimmt das Gesetz dann aber einige Betriebe von der Anwendbarkeit aus. Dies betrifft insbesondere die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden (lit. a), die Betriebe des öffentlichen Verkehrs (lit. b), die landwirtschaftlichen Betriebe (lit. d), die Gärtnereibetriebe, sofern die Pflanzenproduktion überwiegt (lit. e) und die privaten Haushaltungen (lit. g).

ArGV1 4 ff. präzisiert die in ArG 2 ausgenommenen Betriebe. Nach ArG 2 II ist das Gesetz grundsätzlich auf öffentliche Anstalten anwendbar. Nach ArGV1 4 gilt das Gesetz für

öffentliche Herstellungs-, Beförderungs- und Entsorgungsbetriebe. Weiter ist das ArG die Arbeitsverhältnisse zwischen öffentlichen Kliniken und Krankenanstalten und Ärzten und Assistenzärzten anwendbar (ArGV1 4a). Auf Pflegepersonal an öffentlichen Kliniken ist das ArG demnach nicht anzuwenden. Das ArG gilt weiter nicht für öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit und Körperschaften, deren Arbeitnehmerinnen in der Mehrzahl in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen (ArGV1 7 I). ArGV1 5 definiert die Landwirtschaftsbetriebe (Acker-, Wiesen-, Obst-, Wein- und Gemüseanbau, Beerenkultur, Nutztier- und Zuchthaltung) und ArGV1 6 beschreibt, was unter Gartenbaubetrieben zu verstehen ist (Betriebe des Gemüseanbaus, der Topfpflanzen und Schnittblumenkultur und Baumschulen).

Auch Familienbetriebe, d. h. Betriebe in denen nur die Ehegatten oder die eingetragenen Partner und deren Verwandte (Kinder, Eltern, Schwiegereltern, Schwiegertöchter und -söhne) tätig sind (ArG 4 I).

Auf die Betriebe des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sind die Vorschriften über den Gesundheitsschutz trotzdem anwendbar (ArG 3a lit. a).

2. Die ausgeschlossenen Arbeitnehmergruppen

Weiter sind einige Arbeitnehmergruppen ausgenommen (ArG 3). Dies betrifft insbesondere höhere leitende Angestellte, wissenschaftliche Mitarbeiter und künstlerisch tätige Mitarbeiter (lit. d), Lehrende an privaten Schulen, Lehrer, Fürsorger, Erzieher und Aufseher in Anstalten (lit. e) sowie Handelsreisende (lit. g) und Heimarbeiter (lit. f).

Unter einer höheren leitenden Tätigkeit führt ein Arbeitnehmer aus, die „auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann.“ (ArGV1 9). Demnach ist unter leitenden Angestellten wirklich nur das Top-Kader (z. B. Verwaltungsräte, Geschäftsleitung) zu verstehen. Wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiter gelten als ausgenommen, wenn ihnen ein gewisser Grad an Selbständigkeit zukommt (ArGV1 10 f.). Die Vorschriften über den Gesundheitsschutz gelten auch für diese Angestellten (ArG 3a lit. b).

3. Die Industriebetriebe

Strengere Anforderungen gelten für Industriebetriebe i. S. v. ArG 5. ArG II legt die Voraussetzungen fest, unter denen ein Betrieb als industriell gilt. Als industriell gelten Betriebe in denen Güter hergestellt, verarbeitet oder behandelt werden oder in denen Energie erzeugt, umgewandelt oder übertragen wird. Weiter muss eines der folgenden Kriterien erfüllt sein: Durch Maschinen bestimmter Arbeitsablauf oder serienmässige Produktion und mindestens sechs Arbeitnehmer (lit. a); automatisierte Produktion (lit. b); besondere Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit (lit. c).

Die Industriebetriebe werden vom seco erfasst. Sie gelten erst ab dieser Erfassung als Industriebetriebe (ArG 5 I). Die Industriebetriebe benötigen eine Plangenehmigung und eine Betriebsbewilligung. Diese ist bei der kantonalen Behörde einzuholen, wenn ein Betrieb errichtet oder umgebaut werden will (ArG 7). Die Einzelheiten der Betriebs- und Planbewilligung sind in der ArGV4 geregelt.

II. Die Gesundheitsvorsorge

Nach ArG 6 I muss der Arbeitgeber alle Massnahmen treffen, die zum Schutz der Gesundheit der Mitarbeiter notwendig, technisch machbar und dem Arbeitgeber zuzumuten sind. Der Arbeitgeber muss die Arbeitsabläufe und die betrieblichen Einrichtungen so gestalten, dass die Gesundheit der Arbeitnehmerinnen möglichst wenig belastet wird. Der Arbeitgeber hat auch

die persönliche Integrität der Arbeitnehmer zu schützen. Die Ausgestaltung der Einrichtungen ist in ArGV3 konkretisiert worden. Dort findet sich eine Anzahl an Vorschriften, wie die Betriebe einzurichten sind (z. B. Treppenhäuser, Fluchtwege, Beleuchtung, ergonomische Gestaltung des Arbeitsplatzes).

III. Die Arbeits- und Ruhezeiten insbesondere

1. Die Ausnahmeregelung der ArGV2

Als erstes ist auf ArGV2 hinzuweisen. Dort gelten verschiedene Ausnahmen von der Höchstarbeitszeit und der Nacht- und Sonntagsarbeit sowie der Ruhezeiten. Im ersten Teil (ArGV2 3 – 14) sind die verschiedenen Ausnahmen aufgelistet. Im zweiten Teil wird eine Anzahl von Betrieben aufgelistet und genannt, welche Ausnahmen für welche Mitarbeiter gelten.

Herr Sensemann arbeitet bei einem Betrieb, der Beerdigungen organisiert und durchführt. Nach ArGV2 20 I gelten für Bestattungsbetriebe ArGV2 4 für die ganze Nacht und den ganzen Sonntag, sowie ArGV2 8 I, soweit Nacht- und Sonntagsarbeit für unaufschiebbare Tätigkeiten notwendig sind. ArGV2 4 bestimmt, dass die Nacht- und Sonntagsarbeit bewilligungsfrei sind. ArGV2 8 I bestimmt, dass an Sonntagen Überzeit geleistet werden darf. D. h. Herr Sensemann muss unter Umständen in der Nacht arbeiten und an Sonntagen Überzeit leisten, auch wenn das ArG dies grundsätzlich verbietet.

2. Die wöchentliche Höchstarbeitszeit

a. Der Grundsatz

Nach ArG 9 I gelten folgende wöchentliche Höchstarbeitszeiten: 45 Stunden für Arbeitnehmende in industriellen Betrieben, sowie für alle Angestellten und das Verkaufspersonal in Grossbetrieben des Detailhandels (lit. a) und 50 Stunden für alle anderen Arbeitnehmer (lit. b). Die 50-Stunden Woche gilt auch für Angestellte nach ArG 9 I lit. a, die im gleichen Betrieb wie Angestellte nach ArG I lit. b angestellt sind (ArG 9 V).

Herr Brummer ist als Disponent in einem privaten Kurierunternehmen angestellt. Für die Kurierere gilt nach ArG 9 I lit. b die Höchstarbeitszeit von 50 Stunden, also gilt diese nach ArG 9 V auch für Herrn Brummer.

b. Die Ausnahmen

Für alle anderen Arbeitnehmer gelten gewisse Ausnahmen nach ArG 9 II – IV und ArGV1 22). Der Arbeitgeber darf die wöchentliche Höchstarbeitszeit wegen witterungsbedingten Arbeitsausfällen oder saisonalen Schwankungen um vier Stunden heraufsetzen. Die Höchstarbeitszeit darf aber höchstens um vier Stunden pro Woche heraufgesetzt werden. Im Halbjahresdurchschnitt muss die wöchentliche Höchstarbeitszeit eingehalten werden (ArG 9 III und ArGV 22 I).

Die Donner und Blitz GmbH ist ein Unternehmen für elektrische Installationen. Sie hat die elektrischen Installationen bei einem Neubau vorzunehmen. Der Abgabetermin ist der 1. August. Im Juni fiel unverhofft nochmals Schnee, so dass die Arbeiten auf der Baustelle ruhten. Um mit den Arbeiten noch rechtzeitig fertig zu werden, mussten die Arbeiter der Donner und Blitz AG im Monat Juli 11 statt der vereinbarten 10 Stunden pro Tag arbeiten (54 statt 50 Stunden in der Woche). Im August konnten die Arbeiter entweder zwei Tage frei nehmen oder mussten nur sechs Stunden täglich arbeiten.

Bei Betrieben mit 45-Stunden-Woche darf der Arbeitgeber die Höchstarbeitszeit verlängern. Die Erhöhung beträgt zwei Stunden, wenn die Höchstarbeitszeit im Durchschnitt von acht Wochen nicht überschritten wird (ArGV1 22 II lit. a) und vier Stunden, wenn die

Höchstleistungszeit im Durchschnitt von vier Wochen nicht überschritten wird (ArGV1 II lit. b). Als zweite Voraussetzung muss in Durchschnitt des Kalenderjahres eine Fünf-Tages-Woche gewährt werden.

Rechtspraktikant Müller ist in der Kanzlei Knapp und Knapper angestellt. Drei Wochen vor Prozessbeginn bemerkt Herr Knapp, dass er einen Fall noch nicht genügend vorbereitet hat. Deshalb setzt er die Höchstleistungszeit für seinen Rechtspraktikanten in den nächsten drei Wochen um eine halbe Stunde pro Tag herauf (2 Stunden in der Woche). In der darauffolgenden Woche darf Müller einen freien Tag beziehen.

Frau Meyer ist bei der Supermarktkette Super-Billig angestellt. Da eine Arbeitskollegin ab März wegen Schwangerschaft ausgefallen ist, wird die Höchstleistungszeit der Mitarbeiterinnen um eine Stunde pro Tag heraufgesetzt (vier Stunden pro Woche). Die Unternehmensleitung verspricht, die Überzeit nach Weihnachten durch Freizeit zu kompensieren. Dies ist nach ArGV1 II lit. b nicht zulässig. Die Kompensation müsste innerhalb von vier Wochen vorgenommen werden.

Mit Bewilligung des *seco* kann die Höchstleistungszeit ohne Kompensation um bis zu vier Stunden heraufgesetzt werden (ArG 9 IV).

Die Höchstleistungszeit kann zudem überschritten werden, wenn dadurch Festtagbrücken kompensiert werden. Die Überzeit darf höchstens zwei Stunden betragen. An arbeitsfreien Tagen oder arbeitsfreien Halbtagen darf die Überzeit auch mehr als zwei Stunden betragen. Die Kompensation muss aber binnen 14 Wochen erfolgen. Alternativ kann direkt nach den entfallenen Arbeitstagen kompensiert werden (ArG 11).

3. Die Überzeit

a. Die Definition der Überzeit

Überzeit ist die Arbeitszeit, die über die gesetzliche Höchstleistungszeit hinausgeht. Überzeit ist von den Überstunden des Privatrechts streng zu unterscheiden. Überstunden ist die Arbeitszeit, die ein Arbeitnehmer über seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus leistet. Überzeit kann gleichzeitig auf Überstunden sein, nämlich dann, wenn die durch EAV oder GAV vereinbarte Arbeitszeit unter der gesetzlichen Höchstleistungszeit liegt.

Frau Fleiss, Sachbearbeiterin bei einer Versicherungsgesellschaft, ist vertraglich zu 42 Stunden in der Woche verpflichtet. Im November klärt sie einen besonders schwierigen Schadensfall ab und arbeitet 47 Stunden in der Woche. Frau Fleiss hat in diesem Fall 5 Überstunden und 2 Stunden Überzeit geleistet.

b. Die Zulässigkeit der Überzeit

Überzeit ist ausnahmsweise zulässig. ArG 12 I nennt die Fälle: Dringlichkeit einer Arbeit oder ausserordentlicher Arbeitsandrang (lit. a); Inventaraufnahmen, Rechnungsabschlüsse, Liquidationsarbeiten (lit. b); Vermeidung oder Beseitigung von Betriebsstörungen, sofern keine anderen Massnahmen zumutbar sind (lit. c).

Die tägliche Überzeit darf aber in keinem Fall mehr als zwei Stunden betragen (ArG 12 II). ArGV1 26 nennt einige Ausnahmen, bei denen die tägliche Überzeit überschritten werden darf. An arbeitsfreien Werktagen (nicht an Sonntagen) darf die Überzeit mehr als zwei Stunden betragen (ArG 12 II).

Im Jahresdurchschnitt darf die Überzeit jedoch nie mehr betragen als 170 für Arbeitnehmende mit 45-Stunden-Woche und 140 Stunden für Arbeitnehmende mit 50-Stunden-Woche (ArG 12 III). An Sonntagen und in der Nacht ist Überzeit grundsätzlich verboten (ArGV1 25 I). ArGV1 26 sieht allerdings auch hier Ausnahmen vor. Besondere Regeln bestehen für Jugendliche, stillende Frauen und Mütter sowie Arbeitnehmende mit Familienpflichten (siehe nachfolgend).

c. Die Entgeltung der Überzeit

Die Überzeit wird mit einem Lohnzuschlag von mindestens 25% entgeltet (ArG 13 I). Dieser Lohnzuschlag kann nicht, wie bei den Überstunden, wegbedungen werden. Für Angestellte und Verkaufspersonal in grösseren Detailhandelsbetrieben ist jedoch erst ab der 61. Stunde Überzeit ein Lohnzuschlag geschuldet (ArG 13 I).

Mit Zustimmung des Mitarbeiters kann die Überzeit jedoch auch durch Ferien kompensiert werden (ArG 13 II). Die Überzeit muss innert angemessener Frist kompensiert werden. Was angemessen ist, beschreibt ArGV1 25 II. Demnach muss die Überzeit innert 14 Wochen kompensiert werden. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können auch einen längeren Kompensationsrahmen vereinbaren. Dieser darf jedoch nicht mehr als 12 Monate betragen.

4. Die tägliche Höchstarbeitszeit

a. Die Einteilung in Tages-, Abends- und Nachtarbeit

Der Arbeitszeit ist nach dem Arbeitsgesetz in Tages-, Abends- und Nachtarbeit unterteilt. Die Tagesarbeit dauert von 5 bis 20 Uhr. Die Abendarbeit dauert von 20 bis 23 Uhr (ArG 10 I). Die Tages- und Abendarbeit werden als Tageszeitraum bezeichnet. Nachtarbeit dauert von 23 bis 6 Uhr (ArG 16).

Tages- und Abendsarbeit muss nicht bewilligt werden. Will der Arbeitgeber Abendarbeit einführen, muss er die Arbeitnehmervertretung bzw. die betroffenen Arbeitnehmer anhören (ArG 10 I).

Die Tagesarbeitsräume können maximal um eine Stunde verschoben werden. Der Tagesarbeitsraum muss aber zwischen 5 und 24 Uhr liegen. Der Tagesarbeitsraum darf höchstens 17 Stunden betragen und der Beginn der Abendarbeit ist immer 20 Uhr (ArG 10 II).

Z. B. kann der Tagesarbeitsraum von 5 bis 22 Uhr festgelegt werden. Demnach würde die Tagesarbeit von 5 bis 20, die Abendarbeit von 20 bis 22 Uhr dauern. Der Tagesarbeitsraum kann auch von 6 bis 23 Uhr festgelegt werden. Die Tagesarbeit würde von 6 bis 20 Uhr, die Abendarbeit von 20 bis 23 Uhr dauern. Nicht zulässig es den Tagesarbeitsrahmen von 6 bis 24 Uhr festzulegen, da dann die Maximaldauer von 17 Stunden überschritten ist.

Will der Arbeitgeber den Tagesarbeitsraum anders festlegen, muss die Arbeitnehmervertretung bzw. die Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer zustimmen (ArG 10 II). Hier handelt es sich ausnahmsweise um ein echtes Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmenden.

b. Die täglichen Höchstarbeitszeiträume

ArG 10 II beschäftigt sich mit dem Festlegen des allgemeine täglichen Höchstarbeitsrahmens. ArG 10 III bestimmt gewisse Höchstarbeitszeiträume des einzelnen Arbeitnehmers.

Der tägliche Höchstarbeitszeitraum der einzelnen Arbeitnehmerin beträgt 14 Stunden. Dabei inbegriffen sind Pausen, Überzeit und Ausgleichsarbeit.

Giovanni Molto beginnt um 6 Uhr mit der Arbeit, macht eine Pause von 10 bis 10:30 und geht von 12:00 – 13:00 in den Mittag. Danach kehrt er zur Arbeit zurück und macht zwischen 15:00 und 15:30 nochmals Pause. Um 18:00 isst er bis 19:30 zu Abend. Danach arbeitet er bis 22:00 Uhr weiter. Dies ist nach ArG 10 III nicht zulässig, da der persönlichen Höchstarbeitsrahmen von 14 Stunden überschritten wurde.

Die Nachtarbeit muss innerhalb eines Zeitraumes von zehn Stunden liegen. Die Arbeitszeit des einzelnen Arbeitnehmers darf neun Stunden nicht überschreiten. Darin inbegriffen sind Pausen (ArG 17a I). In Ausnahmefällen kann der Arbeitszeitraum zwölf Stunden betragen (ArG 17a II). Diese Ausnahmefälle sind in ArGV1 29 aufgelistet.

Salvatore Buonanotte beginnt seine Arbeit um 23:00 Uhr. Von 03:00 bis 03:30 macht er eine kurze Pause und von 06:00 bis 06:30 nimmt er ein Frühstück zu sich. Danach arbeitet er bis 08:00 Uhr weiter.

Sein Kollege Karlheinz Schäfer beginnt um 24:00 Uhr mit der Arbeit. Er macht von 03:00 bis 04:00 Pause und isst von 06:00 bis 07:00 Frühstück. Danach arbeitet er bis 11:00 weiter. Dies ist nicht zulässig, da der Höchstarbeitszeitrahmen nach ArG 17a I überschritten würde.

Der dritte Kollege Peter Wächter beginnt um 01:00. Um 08:00 Uhr isst er kurz ein Frühstück und arbeitet dann bis 11:00 Uhr weiter. Hier wurde die persönliche Höchstarbeitszeit überschritten.

5. Die Ruhezeiten

a. Die Pausen

Das Arbeitsgesetz sieht gewisse Mindestpausen vor. Diese betragen nach ArG 15: 15 Minuten bei einer täglichen Arbeitsdauer von mehr als 5½ Stunden; 30 Minuten bei einer täglichen Arbeitsdauer von mehr als 7 Stunden und 60 Minuten bei einer täglichen Arbeitsdauer von mehr als 9 Stunden. In die tägliche Arbeitsdauer sind auch Überzeit einzurechnen.

Grundsätzlich darf die Arbeitgeberin bestimmen, wann die Pausen abzuhalten sind. Jedoch sind die Pausen in der Mitte der Arbeitszeit anzusetzen (ArGV1 18 II). Pausen von mehr als einer halben Stunde dürfen aufgeteilt werden (ArGV1 18 III). Weiter gilt bei der flexiblen Arbeitszeit die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit als massgebend (ArGV1 18 IV).

Nach dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ ist für die Pausen kein Lohn zu entrichten. Muss der Arbeitnehmer die Pausen jedoch am Arbeitsplatz verbringen, gilt die Pause als geleistete Arbeitszeit (ArG 15 III). Als Arbeitsplatz gilt „jeder Ort im Betrieb oder ausserhalb des Betriebes, an dem sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Ausführung der im bzw. ihr zugewiesenen Arbeit aufzuhalten hat.“ (ArGV1 18 V).

b. Die tägliche Ruhezeit

Die tägliche Ruhezeit beträgt elf Stunden. Diese muss zwischen den grossen Einsatzblöcken liegen (ArG 15a I). Bei Erwachsenen Arbeitnehmerinnen darf diese Ruhezeit einmal in der Woche auf maximal acht Stunden reduziert werden. Die Dauer der Ruhezeit muss aber elf Stunden im Durchschnitt von zwei Wochen betragen (ArG 15a II).

6. Die Nacht- und Sonntagsarbeit insbesondere

a. Das Verbot der Nachtarbeit

Nachtarbeit ist grundsätzlich verboten (ArG 16). Ausnahmsweise wird Nachtarbeit von der zuständigen Behörde bewilligt (ArG 17 I). Die Voraussetzungen für die Bewilligung hängen davon ab, ob es sich um dauernde oder vorübergehende Nachtarbeit handelt.

b. Die vorübergehende Nachtarbeit

Nach ArGV1 40 I liegt vorübergehende Nachtarbeit vor, wenn mehrere Einsätze zusammen in einem Kalenderjahr höchstens drei Monate dauern oder ein längerer Einsatz einmaligen Charakter hat und auf sechs Monate befristet ist.

Die Bewilligung wird erteilt, wenn der Betrieb ein dringendes Bedürfnis nachweisen kann (ArG 17 III). ArGV1 27 I beschreibt, was ein dringendes Bedürfnis ist: „zusätzliche Arbeiten [die] kurzfristig anfallen, deren Erledigung zeitlich nicht aufschiebbar sind und die am Tag [...] weder mit planerischen Mitteln noch mit organisatorischen Massnahmen bewältigt werden können“ (lit. a); „Arbeiten [die] aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder aus sicherheitstechnischen Gründen nur in der Nacht [...] erledigt werden können“ (lit. b) und „Ereig-

nisse kultureller, gesellschaftlicher oder sportlicher Art [die] in Abhängigkeit von den örtlichen Verhältnissen und Gebräuchen oder den spezifischen Bedürfnissen von Kunden die Erbringung von zeitlich begrenzten Arbeitseinsätzen in der Nacht [...] erfordern“ (lit. c). Vorübergehende Nachtarbeit wird von der kantonalen Behörde bewilligt (ArG 17 V).

Als Beispiel für lit. a kann eine unverhofft eingegangene grössere Bestellung genannt werden, die innerhalb kurzer Zeit zu verladen ist (z. B. weil das Schiff demnächst abfährt). Ein Beispiel für lit. b ist die Reparatur des Strassenbelags einer Autobahn. Ein Beispiel für lit. c ist die Bereitstellung von Infrastruktur für ein Volksfest auf einer durch den Tag befahrenen Strasse.

c. Die dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit

Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit liegt in den Fällen vor, in denen die Voraussetzungen von ArGV1 40 I nicht gegeben sind (ArGV1 40 II). Für die dauernde und regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit ist eine Bewilligung beim seco einzuholen (ArG 17 V). Die Bewilligung wird nur erteilt, wenn die Nachtarbeit technisch oder wirtschaftlich unentbehrlich ist (ArG 17 II).

Technische Unentbehrlichkeit liegt insbesondere vor, wenn ein Arbeitsverfahren oder Arbeiten nicht unterbrochen werden können, weil dadurch erheblicher und nicht zumutbarer Nachteil für die Produktion entsteht (z. B. Überwachung von vollautomatischen Robotern) oder die Gesundheit der Arbeitnehmer oder die Umgebung des Betriebes gefährdet werden (ArGV1 28 I).

Wirtschaftliche Unentbehrlichkeit liegt vor, wenn die Unterbrechung und Wiederaufnahme des Produktionsprozesses hohe Kosten verursacht, die die Unternehmung gegenüber Konkurrenten merklich schwächen, wenn die Investitionen ohne Nachtarbeit nicht amortisiert werden können oder die Konkurrenzfähigkeit gegenüber Ländern mit ähnlichen sozialen Standards erheblich beeinträchtigt wird (ArGV1 28 II). Konsumbedürfnisse oder öffentliche Interessen sind mit der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit gleich gestellt, sofern diese täglich notwendige Waren betreffen und das Bedürfnis in der Nacht besonders hervortritt (ArGV1 28 III).

Bei der dauernden und wiederkehrenden Nachtarbeit müssen zudem die betroffenen Arbeitnehmer zustimmen (ArG 17 II) und die maximal erlaubte Dauer der Nachtarbeit je Mitarbeitenden eingehalten werden (ArG 17a). Zu dem muss nach maximal sechs Wochen die Schicht gewechselt werden, in einer Weise, dass die Phasen der Tages- und Nachtarbeit gleichmässig verteilt sind (ArG 25). Dieser Turnus im Einverständnis des einzelnen Mitarbeiters verlängert werden oder ein Mitarbeiter kann gar nur Nachtarbeit leisten, sofern er dem zustimmt (ArGV1 30).

Die Arbeit an Nachtrandstunden (von 5 bis 6 Uhr oder von 23 bis 24 Uhr) kann bewilligt werden, wenn Betriebe in denen in zwei Schichten gearbeitet wird derart ausgelastet sind, dass eine Betriebszeit von 18 Stunden notwendig ist, sie dabei nicht mehr als eine Randstunde in Anspruch nehmen und dadurch weitere Nachtarbeit vermieden werden kann (ArGV1 27 II).

d. Die Entgeltung der Nachtarbeit

Die vorübergehende Nachtarbeit wird mit einem Lohnzuschlag von 25% entschädigt. Der Anspruch bemisst sich nach dem Stundenlohn (ArGV1 33).

Dauernde und regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit wird mit einem Zeitzuschlag von 10% abgegolten. Dieser Zeitzuschlag ist während eines Jahres zu konsumieren (ArG 17b II). Arbeitnehmenden, die in Randstunden Nachtarbeit leisten, kann anstatt dem Zeitzuschlag eine Lohnzuschlag von 25% gewährt werden (ArG 17b II). In besonders arbeitnehmerfreundlichen Arbeitssystemen ist kein Zeitzuschlag zu gewähren. Diese sind in ArG 17b III genannt (Schichtdauer nicht mehr als 7 Stunden, Arbeit nur in vier Nächten, gleichwertige Ausruhezzeiten nach GAV oder anderer öffentlich-rechtlicher Vorschrift).

e. Die medizinische Untersuchung

In der Nacht arbeitende Mitarbeiter können eine medizinische Untersuchung verlangen, bei der abgeklärt wird, inwiefern sich die Nachtarbeit auf die Gesundheit des Arbeitnehmers auswirkt und diese verhindert oder gemildert werden könnten (ArG 17c I). Der Anspruch besteht nur wenn die Mitarbeiterin eine Untersuchung wünscht und mehr als 25 Stunden Nachtarbeit geleistet hat (ArGV1 44 I).

Die Beratung darf von Arbeitnehmerinnen unter 45 Jahren alle zwei Jahre und von älteren Arbeitnehmer jährlich verlangt werden (ArGV1 44 II).

Die medizinische Untersuchung ist für Jugendliche obligatorisch, die dauernd oder regelmässig wiederkehren Nachtarbeit zwischen ein und sechs Uhr verrichten. Weiter ist der Untersuch für Arbeitnehmer, die dauernd oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit verrichten und besonders gefährliche Tätigkeiten ausführen oder gefährlichen Situationen ausgesetzt sind (ArGV1 45 I). Als besonders gefährlich bezeichnet ArGV1 45 I: Lärm, Erschütterungen und Hitze (lit. a), Luftschadstoffe die über 50% über der maximal zulässigen Arbeitsplatzkonzentration nach UVG liegen (lit. b), ausserordentliche physische, psychische und mentale Belastungen (lit. c), als einzige anwesende Person arbeiten (lit. d) und Nachtarbeit mit verlängerter Dauer oder Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit (lit. e).

Die Untersuchung kann ergeben, dass die entsprechende Mitarbeitern untauglich für die Nachtarbeit ist. In einem solchen Fall ist der Mitarbeiterin nach Möglichkeit eine Tagesarbeit zuzuweisen, zu der sie tauglich ist (ArG 17d). Die Versetzung muss unabhängig davon vorgenommen werden, ob es sich um einen obligatorischen oder nicht obligatorischen Untersuch gehandelt hat. In den Fällen des obligatorischen Untersuchs ist die Nachtarbeit bei negativem Entscheid verboten (ArGV1 45 IV).

f. Die Sonntagsarbeit

Wie die Nachtarbeit ist auch die Sonntagsarbeit grundsätzlich verboten (ArG 18 I). Als Sonntag i. S. d. ArG gilt der Sonntag, der Bundesfeiertag (BV 110 III), und die acht kantonalen dem Sonntag gleich gestellten Feiertage (ArG 20a). Der Sonntag gilt als allgemeiner wöchentlicher Ruhetag (ArGV1 21 I).

Der Sonntag dauert von Samstag 23 Uhr bis Sonntag 23 Uhr (ArG 18 I). Der Sonntag kann um eine Stunde verschoben werden, sofern die Arbeitnehmervertretung bzw. die betroffenen Arbeitnehmerinnen zustimmen (ArG 18 II). Die Ruhezeit vom letzten bis zum ersten Werktag muss mindestens 35 Stunden betragen (ArGV1 21 II). D. h. dass wenn am Samstag bis 23 Uhr gearbeitet wird, darf am Montag erst um 10 Uhr wieder mit der Arbeit begonnen werden.

Die Sonntagsarbeit ist grundsätzlich verboten. Sie kann aber unter den gleichen Voraussetzungen wie die Nachtarbeit bewilligt werden (ArG 19 II und III). Der Lohnzuschlag für vorübergehende Sonntagsarbeit beträgt allerdings 50% (ArG 19 III). Die betroffenen Arbeitgeber müssen der Sonntagsarbeit zustimmen (ArG 19 V).

ArG 20 beschäftigt sich mit der Kompensation der Sonntagsarbeit. Es darf höchstens an sechs aufeinander folgenden Tagen gearbeitet werden, danach ist ein Ruhetag zu gewähren. Während zwei Wochen ist jedoch ein freier Sonntag zu gewähren (ArG 20 I). Sonntagsarbeit bis zu fünf Stunden ist innert vier Wochen mit Freizeit zu kompensieren (ArG 20 II). Sonntagsarbeit von mehr als fünf Stunden ist mit einem Ersatzruhetag in der vorhergehenden oder nachfolgenden Woche zu kompensieren. Dieser Ruhetag muss auf einen Tag fallen, an dem die betreffende Person normalerweise arbeitet. Der Zeitraum vor und nach dem Ruhetag muss mindestens 35 Stunden betragen (ArG 20 II).

Dauernde Sonntagsarbeit wird vom seco, vorübergehende Sonntagsarbeit von der zuständigen kantonalen Behörde bewilligt (ArG 19 IV).

g. Der wöchentliche freie Halbttag

Wird die Arbeit auf mehr als fünf Tage verteilt, ist neben dem Sonntag ein weiterer freier Halbttag zu gewähren (ArG 21 I). Der freie Halbttag beträgt acht Stunden und muss unmittelbar an die vorhergehende oder nachfolgende Ruhezeit anschliessen (ArGV1 I). D. h. es muss entweder ein voller Vormittag (z. B. von 6 bis 14 Uhr) oder ein voller Nachmittag (von 12 bis 20 Uhr) frei bleiben.

IV. Der Sonderschutz für bestimmte Gruppen

1. Die jugendlichen Arbeitnehmenden

a. Die Definition der jugendlichen Arbeitnehmer

Jugendliche Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgesetzes sind Jugendliche bis zum 19. Altersjahr (bis 18) und Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr, d. h. bis und mit 19 (ArG 29 I).

b. Die allgemeine Schutzpflicht

Die Arbeitgeber sind verpflichtet auf die Gesundheit der Jugendlichen gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu achten (ArG 29 II).

c. Die Mindestaltersvorschriften

Jugendliche dürfen grundsätzlich erst ab dem vollendeten 15. Altersjahr beschäftigt werden (ArG 30 I). Unter gewissen Voraussetzungen dürfen Jugendliche über 13 Jahren zu Botengängen und leichten Arbeiten herangezogen werden und Jugendliche unter 15 Jahre zu kulturellen, künstlerischen und sportlichen Darbietungen, sowie in der Werbung beschäftigt werden (ArG 30 II). Jugendliche unter 13 dürfen auf keinen Fall beschäftigt werden.

ArGV1 47 verbietet allen Jugendlichen gewisse Arbeiten: Bedienung von Einrichtungen bei denen erfahrungsgemäss eine hohe Unfallgefahr besteht (lit. a), Arbeiten, bei denen eine erhebliche Brand-, Explosions-, Unfall-, Erkrankungs- oder Vergiftungsgefahr besteht (lit. b), Bedienung und Unterhalt von Dampfkesseln (lit. c), Bedienung und Unterhalt von Druckbehältern mit gesundheitsschädigendem, brand- oder explosionsgefährlichem Inhalt (lit. d) und die Untertagearbeit in Bergwerken oder im Stollenbau (lit. e).

ArGV1 48 nennt Arbeiten die von Jugendlichen unter 16 Jahren zusätzlich nicht ausgeführt werden dürfen. Dies sind Arbeiten mit heftigen Erschütterungen (lit. a), Arbeiten mit Schweissbrennern u. ä (lit. b), Sortieren von Altmaterial wie Papier und Karton oder undesinfizierter Wäsche (lit. c), Arbeiten bei grosser Hitze und Kälte (lit. d) und Heben, Tragen und Fortbewegen von schweren Lasten (lit. e). Jugendliche unter 16 dürfen zudem nicht in Betrieben der Filmvorführung, in Zirkussen und Schaustellbetrieben sowie im Gast- und Hotelgewerbe eingesetzt werden (ArGV1 49 lit. a). Jugendliche unter 18 Jahren dürfen nicht in Betrieben der Unterhaltung wie Nachtlokalen, Bars oder Diskotheken beschäftigt werden (ArGV1 49 lit. b).

d. Die Arbeits- und Ruhezeiten

Nacht- und Sonntagsarbeit ist für Jugendliche verboten (ArG 31 IV). Jugendlichen unter 16 ist die Abendarbeit verboten. Jugendliche ab 16 dürfen bis um 22:00 Uhr beschäftigt werden (ArG 31 II). Überzeit ist den Jugendlichen erst ab 16 erlaubt und dies nur im Rahmen der Tagesarbeit (ArG 31 III). Die tägliche Arbeitszeit darf die der anderen Mitarbeiter bzw. die ortsübliche Arbeitszeit (falls nur Jugendliche beschäftigt werden) nicht übersteigen (ArG 31 I). Die Jugendliche dürfen nur Tagesarbeit von insgesamt 12 Stunden inklusive der Pausen,

verrichten (ArG 31 II). Die tägliche Ruhezeit muss bei Jugendlichen 12 Stunden betragen (ArGV1 5b).

2. Die Schwangerschaft und Mutterschaft

a. Der allgemeine Gesundheitsschutz

Die Arbeitgeberin muss auf die Arbeitsbedingungen so ausgestalten, dass auf die betroffenen Mitarbeiterinnen und die Neugeborenen gebührend Rücksicht genommen wird (ArG 35 I).

b. Die Beschäftigungsschranken

Schwangere Frauen dürfen von der 9. bis zur 16. Schwangerschaftswoche und so lange sie das Kind stillen nur mit deren Einverständnis beschäftigt werden (ArG 35a I und III). Diese Arbeitnehmerinnen können auf ihren Entscheid zurückkommen und bei Anzeichen von Arbeitsunfähigkeit der Arbeit fernbleiben, ohne dass sie dies Nachweisen müssen. Stillende Mütter dürfen zudem während der zum Stillen benötigten Zeit von der Arbeit fernbleiben (ArG 35a II).

Wöchnerinnen dürfen während der ersten acht Wochen nach der Niederkunft nicht beschäftigt werden (ArG 35a III). Schwangere Arbeitnehmerinnen dürfen ab der achten Woche vor der Niederkunft zwischen zwanzig und sechs Uhr nicht beschäftigt werden (ArG 35a IV). Ebenfalls dürfen diese Frauen keine beschwerlichen oder gefährlichen Arbeiten vornehmen (ArG 35 II).

c. Der Schutz vor gefährlichen und beschwerlichen Arbeiten

Schwangere Frauen und stillende Mütter dürfen keine Arbeiten vornehmen, die sich erfahrungsgemäss nachteilig auf die Gesundheit der Frau und des Kindes auswirken (ArG 35 II). Insbesondere zählen dazu das Beweben schwerer Lasten von Hand, vorzeitig ermüdende Bewegungen und Körperhaltungen, Arbeiten mit Einwirkungen von Stössen, Erschütterungen oder Vibrationen, Arbeiten bei Kälte, Hitze oder Nässe, Arbeiten unter Einwirkung von Strahlen, Lärm oder schädlicher Stoffe sowie das Arbeiten in belastenden Arbeitssystemen (Schichtarbeit) (ArGV1 62 III).

Diese Arbeiten dürfen von schwangeren Frauen und stillenden Müttern nur vorgenommen werden, wenn eine Fachperson für Arbeitssicherheit festgestellt hat, dass keine Gesundheitsbelastung für Mutter und Kind vorliegt oder dass genügende Schutzvorrichtungen angebracht sind (ArGV1 62 I und 63). Fällt das Ergebnis der Abklärung negativ aus, muss der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin an einen ungefährlicheren aber gleichwertigen Arbeitsplatz versetzen. Ist dies nicht möglich, so ist der betreffenden Frau ein Lohnersatz von 80% zu gewähren (ArG 35 III).

d. Die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften

Schwangeren Frauen und stillenden Müttern ist sowohl Überstunden- als auch Überzeitarbeit verboten. Sie dürfen nicht über den vertraglich vereinbarten Rahmen beschäftigt werden (ArGV1 60 I). Bei stehend zu verrichtenden Arbeiten beträgt die tägliche Ruhezeit zwölf anstatt elf Stunden und nach jeder zweiten Stunde können die Arbeitnehmerinnen eine kurze Pause einlegen. Diese Pause besteht zusätzlich zu den normalen Pausen (ArGV1 61 I). Ab dem sechsten Schwangerschaftsmonat dürfen die Frauen nur noch vier Stunden täglich arbeiten (ArGV1 61 II).

e. Der Ersatz für Abend- und Nachtarbeit

Schwangeren Frauen ist ab der achten Woche vor der Niederkunft die Abend- und Nachtarbeit verboten (ArG 35a IV). Zudem ist der Arbeitgeber verpflichtet, Arbeitnehmerinnen wäh-

rend der ganzen Schwangerschaft und ab der neunten bis zur sechzehnten Woche nach der Niederkunft eine gleichwertige Tagesarbeit anzubieten, sofern dies betrieblich möglich ist (ArG 35b I). Ist dies nicht möglich oder weigert sich der Arbeitgeber, so haben die betreffenden Frauen Anspruch auf Freistellung auf 80% des Lohnes (ArG 35b II).

f. Die Stillzeit und die Zeit zum Ausruhen

Stillende Mütter können wählen, ob sie weiter arbeiten wollen oder nicht. Arbeiten sie weiter ist ihr Zeit für das Stillen einzuräumen (ArG 35a). Stillt die Arbeitnehmerin im Betrieb ist dies als Arbeitszeit anzurechnen. Stillt die Arbeitnehmerin ausserhalb des Betriebes, so ist ihr die Hälfte der Abwesenheitszeit als Arbeitszeit anzurechnen. Diese Regelung gilt jedoch nur während des ersten Lebensjahres des Kindes (ArGV1 60 II). Die andere Hälfte gilt als unverschuldete Abwesenheit und darf weder vor- noch nachgeholt oder von anderen Ruhezeiten abgezogen werden.

Die Arbeitgeberinnen haben dafür zu sorgen, dass sich stillende Mütter hinlegen und ausruhen können (ArGV3 34).

3. Die Arbeitnehmer mit Familienpflichten

Als Arbeitnehmer mit familiären Pflichten bezeichnet das Gesetz, alle Arbeitnehmer die Kinder bis 15 Jahre erziehen oder pflegebedürftige Angehörige oder nahe stehende Personen unterstützen (ArG 36 I). Die neutrale Formulierung weist darauf hin, dass hier sowohl Frauen wie auch Männer gemeint sind.

Solche Arbeitnehmerinnen dürfen nur mit deren Einverständnis Überzeit leisten (ArG 36 II). Weiter dürfen solche Arbeitnehmer verlangen, dass bei der Festlegung der Pausen auf sie besonders Rücksicht genommen wird. Zudem steht ihnen eine Mittagspause von mindestens 1½ Stunden zu (ArG 36 I). Weiter können sie bis zu drei Tage der Arbeit fern bleiben, wenn sie ein krankes Kind zu pflegen haben (ArG 36 III).

V. Das Gleichstellungsgesetz (GIG)

1. Die geschlechterspezifische Diskriminierung

Das GIG konkretisiert den Verfassungsgrundsatz von BV 8 III. Nach diesem Grundsatz haben Frau und Mann Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Weiter darf nicht auf Grund von Geschlecht diskriminiert werden (BV 8 II). Das GIG beschlägt nur die Diskriminierung nach Geschlecht (GIG 1). Weiter ist das GIG sowohl für private als auch für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar (GIG 2). Der Anwendungsbereich des GIG ist also weiter gefasst, als derjenige des ArG. Darauf hinzuweisen ist, dass das GIG nur in Arbeitsverhältnissen wirkt, auf andere Rechtsverhältnisse ist es nicht anzuwenden (GIG 3 I und II).

GIG 3 verbietet alle Benachteiligungen im Erwerbsleben, die direkt oder indirekt auf Grund des Geschlechts erfolgt, ohne dass ein sachlicher Grund vorliegt, der mit dem Arbeitsverhältnis zusammen hängt. Das Diskriminierungsverbot von GIG 3 gilt für alle Phasen des Arbeitsverhältnis (z. B. Einstellung, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung, Entlassung). GIG 3 III bezeichnet Massnahmen zur tatsächlichen Verwirklichung der Gleichstellung (z. B. Frauenquoten) nicht als Diskriminierung.

Die sexuelle Belästigung gilt als besonders verwerfliche Art der Diskriminierung. Die sexuelle Belästigung ist nach GIG 4 verboten. Dabei spielt es keine Rolle, wer die sexuelle Belästigung ausübt, insbesondere kann dies auch ein Kunde sein. Als sexuelle Belästigung bezeichnet das Gesetz „jedes Verhalten sexueller Natur oder Verhalten aufgrund der Geschlechterzugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt.“ (GIG 4).

Wie bereits erwähnt, besteht ein Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung bei der Ausschreibung einer Stelle und bei der Einstellung (GlG 3 I). Insbesondere müssen Stelleninserate so ausgestaltet sein, dass sich Frauen und Männer in gleicher Weise angesprochen fühlen, falls keine sachlichen Gründe für eine Diskriminierung vorliegen.

2. Die Ansprüche

GlG 5 I sieht folgende Rechtsansprüche bei Diskriminierung oder sexueller Belästigung vor: Verbots- oder Unterlassungsanspruch (lit. a), Beseitigungsanspruch (lit. b), Feststellungsanspruch (lit. c), Nachzahlung der Lohndifferenz (lit. d).

Pönalentschädigungen sind geschuldet, wenn jemand auf Grund seines Geschlechts nicht eingestellt, auf Grund seines Geschlechts entlassen oder sexuell belästigt wird. Bei der diskriminierenden Nicht-Anstellung beträgt die Pönalentschädigung höchstens drei Monatslöhne. Dabei handelt es sich um eine Maximalsumme, die nicht überstiegen werden darf, wenn mehrere Personen Ansprüche geltend machen. Bei der diskriminierenden Kündigung und der sexuellen Belästigung beträgt die Pönalentschädigung bis zu sechs Monatslöhne (GlG 5 IV). Weiter kann Schadenersatz und Genugtuung eingefordert werden (GlG 5 V).

Als Neuheit im Schweizerischen Arbeitsrecht besteht ein tatsächlicher Kündigungsschutz bei der sog. Rache Kündigung. Wird einer Arbeitnehmerin gekündigt, weil sie sich gegen eine erlittene Diskriminierung zur Wehr gesetzt hat, kann die Arbeitnehmerin (selbständig auch der Arbeitnehmer) die Kündigung anfechten. Das Gericht kann die Kündigung aufheben (GlG 10 I). Während des Anfechtungsverfahrens und sechs Monate danach besteht ein Kündigungsschutz (GlG 10 II).

3. Die prozessualen Erleichterungen

Im Bereich des GlG bestehen zahlreiche prozessuale Erleichterungen, die die Durchsetzung der Ansprüche aus GlG für die Arbeitnehmerin erleichtern. Zum einen besteht bei sexueller Belästigung eine Beweislastumkehr. Die Arbeitgeberin muss beweisen, dass sie alle notwendigen und angemessenen Massnahmen, die ihr billigerweise zugemutet werden konnten, getroffen hat, um die sexuelle Belästigung zu verhindern (GlG 5 III).

Der Arbeitnehmer muss des weiteren nur glaubhaft machen (nicht beweisen), dass er bezüglich der Aufgabenzuteilung, der Arbeitsbedingungen, der Entlohnung, der Aus- und Weiterbildung, der Beförderung und der Entlassung diskriminiert wurde. Der Gegenbeweis obliegt dem Arbeitgeber (GlG 6).

Weiter besteht in GlG 7 ein Verbandsklagerecht.

VI. Das Datenschutzgesetz (DSG)

1. Die Grundsätze des Datenschutzes

Das Datenschutzgesetz stellt Normen zum Schutz der persönlichen Daten auf. Einige Normen sind auch im Arbeitsrecht relevant.

Unter Datenverarbeitung versteht das DSG den Umgang mit Personendaten, insbesondere das Beschaffen, das Aufbewahren, das Verwenden, das Umarbeiten, das Bekanntgeben, das Archivieren und das Vernichten von Daten (DSG 3). Das DSG gilt sowohl für Daten von natürlichen und juristischen Personen. Weiter richtet es sich sowohl an Organe des Bundes und an private Organisationen (DSG 2 I). Geschützt sind also sowohl Angestellte des Bundes und privatrechtlich Angestellte als auch privatrechtliche Arbeitgeberinnen.

Nach den Grundsätzen des DSG dürfen Personendaten nur rechtmässig beschafft werden (DSG 4 I). Daten müssen durch angemessene organisatorische oder technische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt sein (DSG 7). Die Bearbeitung von Daten muss sich nach Treu und Glauben und der Verhältnismässigkeit richten. Zudem dürfen die Daten nur zu

dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurden, sich aus den Umständen ergeben oder gesetzlich vorgeschrieben sind (DSG 4). Z. B. darf der Arbeitgeber die Daten nur im Rahmen des Arbeitsverhältnisses bearbeiten.

Der Bearbeiter von Daten muss sich vergewissern, dass diese richtig sind (DSG 5 I). Die betroffene Person kann verlangen, dass die Daten berichtigt werden (DSG 5 II).

Daten von Privatpersonen dürfen deren Persönlichkeit nicht widerrechtlich verletzen. Arbeitgeber dürfen die Daten von Mitarbeiter insbesondere nicht gegen deren Willen bearbeiten (DSG 12 II lit. b). Weiter dürfen sie besonders schützenswerte Personendaten oder Personenprofile nicht an Dritte weitergeben (DSG 12 II lit. c). Die persönlichkeitsverletzende Datenverarbeitung ist ausnahmsweise bei Einwilligung, gesetzlicher Bestimmung oder aus überwiegendem privaten oder öffentlichem Interesse zulässig (DSG 13).

2. Das Auskunfts- und Einsichtsrecht

Das DSG verschafft eine Anzahl von Auskunfts- und Einsichtsrechten gegenüber den Inhabern von Datensammlungen. Arbeitnehmerinnen können vom Arbeitgeber Auskunft über die Daten verlangen. Dieser hat ihnen die Auskunft schriftlich zu erteilen und ihnen die Ausdrucke oder Fotokopien zukommen zu lassen. Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer keine Kosten auferlegen und hat die Anfrage innert 30 Tagen zu erledigen (DSG 8 II und V).

Ein Einsichtsrecht in die eigene Personalakte ergeht aus dem DSG nicht. Ein solches Recht wird aber durch OR 328 I gewährleistet.

3. Die Rechtsbehelfe des Arbeitnehmers

Aus dem Persönlichkeitsschutz nach DSG 15 I und ZGB 28 ff. ergeben folgende Ansprüche: Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung und Feststellung der Persönlichkeitsverletzung, Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch, vorsorgliche Massnahme und ein Recht auf Gegendarstellung. Die klagende Partei kann verlangen, dass das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird (DSG 15 III).

Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte kann angerufen werden, wenn das DSG nicht eingehalten wird (DSG 29). Das DSG enthält auch Strafbestimmungen. So kann der Arbeitgeber mit Haft oder Busse bestraft werden, wenn er seine Auskunfts-, Melde- oder Mitwirkungspflichten nach DSG 8 ff. verletzt (DSG 34).