

ARBEITSRECHT

1. Teil: Grundlagen

Einführung:

Wie viele Menschen sind in der Schweiz erwerbstätig von 7 Mio.?

Es sind ca. 4,185 Mio.

- ♀: 1,857 Mio.
- ♂: 2,327 Mio.

- Selbständig Erwerbende: 0,394 Mio.
- Im Betrieb mitarbeitende Familienmitglieder: 0,080 Mio.
- Unselbständig Erwerbende (=Arbeitnehmer): 3,71 Mio.

- Vollzeit (90-100%): 2,833 Mio.
- Teilzeit I (50-89%): 0,605 Mio.
- Teilzeit II (<50%): 0,511 Mio. → Sektor 2+3

- Primär Sektor: Landwirtschaft, Forstwirtschaft → 150'000 Personen
- Sekundär Sektor: Produktion, Industrie, Gewerbe → 0,985 Mio.
- Tertiär Sektor: Dienstleistung, Handel → 3,043 Mio. → Tendenz steigend

Das Arbeitsrecht nimmt deshalb eine sehr wichtige Stellung ein.

Geschichtliches:

Arbeitsrecht kannte man früher nicht. Kam erst mit der Industrialisierung auf. Vorher gab es die Zunftverfassungen. Die Arbeitnehmer waren in der Gemeinschaft ihres Arbeitgebers. Sie genossen seinen patriarchalischen Schutz (wie Zunft, Kirche, etc.).

Änderung mit franz. Revolution: Zurückdrängung der religiösen Ansichten an die vernunftgemässen Ansichten. Seit der Aufklärung hatten diese gesellschaftlichen Fragen mehr politische Bedeutung. Im 19. Jahrhundert setzte mit der Industrialisierung eine Landflucht ein. Es herrschte grosse Armut. Der Sozialismus kam langsam auf. Dies ist die Geburtsstunde des Arbeitsrechts, des Arbeitsschutzes und der gesamten Arbeitnehmerbewegung.

Marxismus (Idealismus) förderte nur teilweise diese Bewegung. Der Arbeitsschutz kam auch aus den aufkommenden Arbeiterbewegungen (Vereinsfreiheit). Kämpften an der Front für bessere Bedingungen. Sozialreformer und bürgerliche Kreise verbündeten sich mit ihnen. → aus Willtätigkeit oder christlicher Nächstenliebe
Deshalb wurde der Arbeitnehmerschutz zu einer politischen Frage.

Dies geschah zuerst auf kantonaler Ebene. Der kleine Kanton Glarus hatte einen hohen Industrialisierungsgrad und erliess als Erster Schutzvorschriften bezüglich Frauenarbeit, Mindestalter, Schulpflicht. Die Förderung der Wirtschaft setzte Bildung

voraus und dies war wichtig. Das Bildungswesen ist ein grosses Kapitalpotential. Die Kinderarbeit rückte zur Seite.

Mit der BV 1874 setzten die ersten Normen ein: Weg von der 65-Stunden-Woche. Darauf basierte das erste OR. Dort enthalten war das Dienstrecht („Dienstmiete“). Diese umfasste bescheidene 12 Artikel. Bei der 1. Revision 1912 wurden diese auf 44 Artikel erweitert, 2 davon widmeten sich dem GAV. Nach dem 1. WK 1919 erkannte man, dass diese soziale Frage sehr wichtig war und zu kriegerischem Verhalten führte. Durch die Schaffung der internationalen Arbeiterorganisation wollte man das in den Griff kriegen. Ihre Aufgabe war es im Arbeitsbereich Mindeststandards einzuführen, die national umgesetzt werden müssen. Dies waren non-self-executing Normen. 1920 fuhr man auf die 48-Stunden-Woche herunter. Heute sind 42 bis 50 Stunden normal. Dies ist nicht einheitlich geregelt. Mit 42 Stunden sind hauptsächlich die Dienstleistungssektoren gemeint.

Im Laufe der Jahre wurden durch Gesamtarbeitsverträge Lohnvorschriften gesteckt. 1971 wurde das Dienstrecht revidiert und der Sozialschutz ausgebaut → Ausbau auf 114 Artikel.

§ 2 Abschluss des Einzelarbeitsvertrages

Arbeitgeber:

- alle natürlichen Personen
- alle juristischen Personen
- Rechtsgemeinschaften

Arbeitnehmer:

- nur natürliche Personen

Auch mehrere Personen zusammen Arbeitnehmer?

- Jobsharing → Zeitsouveränität, Quantität
- Equipe, Personengruppe

Ein Arbeitsvertrag kann auch durch konkludentes Handeln oder Verhalten entstehen. Dies ist aber schwierig in Bezug auf die Beweisfähigkeit. Deshalb ist Schriftlichkeit oft da. Es gibt auch das Gültigkeitserfordernis der Schriftlichkeit, ansonsten Ausnahme. Der Arbeitsvertrag ist besonders, da die Leistung und die Gegenleistung nicht immer gleich sind (Arbeit = Geld). Erbrachte Arbeitsleistung kann nicht zurück geholt werden. Die Auffangmöglichkeit ist in Art. 320 OR statuiert, um Arbeitsverträge, die an einem Formmangel leiden, nicht in der Luft hängen. Sie können nicht rückabgewickelt werden. Trotz Fehlen eines Arbeitsvertrages wird manchmal Arbeitsvertragsrecht angewendet.

Art. 320 Abs. 2 OR: Vermutung des Gesetzgebers zu Gunsten des Arbeitsvertrages, wenn der Vertrag auf Grund von Art. 1 OR nicht gültig zustanden gekommen ist.

→ Zustandekommen kraft gesetzlicher Anordnung → reine Schutzordnung → faktisches Arbeitsverhältnis

→ rückwirkend = Arbeitsvertrag

→ vorwärts = Wegfall wegen Nichtigkeit → Wirkung ex nunc (nicht ex tunc)

- Normaler Konsensualkontrakt: gegenseitige Willensäußerung
- Gesetzliche Anordnung: mangelhafter Wille → faktisches Arbeitsverhältnis
- Nichtigkeit: bis zur Geltendmachung gültig

Bereits vor Abschluss (vorvertragliche Phase) gibt es eine Pflicht: Verhalten nach Treu und Glauben.

Grundsätzlich: Vertragsfreiheit

Schranken:

- keine Sittenwidrigkeit
- kein Widerspruch zu Art. 27 ZGB

D. Hierarchie der einzelnen Rechtsquellen im Arbeitsprivatrecht

1. Stufe Die absolut zwingenden Bestimmungen: Art. 361 OR

2. Stufe Die relativ zwingenden Bestimmungen:
 - a) des OR, aufgezählt in Art. 362 OR (nicht abschliessend); die Bestimmungen des GIG, soweit sie den Einzelarbeitsvertrag regeln, sind relativ zwingender Natur und ergänzen oder spezifizieren die OR-Bestimmungen.

 - b) ihnen gleichgestellt sind die Bestimmungen des öffentlichen Arbeitnehmerschutzrechts, (s. auch Art. 342 Abs. 1 lit. b OR).

3. Stufe Gesamtarbeitsvertrag: vgl. Art. 357 f., 358, 361 f. OR; Art. 38 Abs. 2/3 ArG

4. Stufe Betriebsreglement: Art. 38 Abs. 2/3 ArG

5. Stufe Einzelvereinbarung

6. Stufe Normalarbeitsvertrag: Art. 359 Abs. 3, 360 Abs. 1 OR

7. Stufe Dispositives Gesetzesrecht

8. Stufe Weisungen des Arbeitgebers (Art. 321d OR)

2. Teil: Der Einzelarbeitsvertrag

§ 1 Begriff und Abgrenzungen

A. Begriff

I. Begriffsnotwendige Elemente des Arbeitsvertrages (Art. 319 OR)

Heute sind häufig Elemente des Architektur- oder Werkvertrages im Arbeitsvertrag enthalten. Es gibt oft Mischformen und die Abgrenzung ist nicht immer einfach.

B. Abgrenzungen

I. Abgrenzung zum selbständig Erwerbenden

Indizien für Selbständigkeit:

- Wichtig ist das Unternehmerrisiko. Er trägt sowohl den Gewinn, aber auch den Verlust.
- Er trifft die Entscheidungen. Ob, wie, was...
- Er tätigt Investitionen, schießt Startkapital ein.
- Er kann Aufträge annehmen oder auch nicht.

Indizien für Unselbständigkeit:

- Muss Risiko nicht tragen.
- Keine Entscheidungen → Weisungsgebundenheit
- Oft keine eigene Infrastruktur. Einbettung in fremde Arbeitsorganisation. Er ist teil einer fremden Arbeitsstruktur.
- Er tritt nicht in eigenem Namen und nicht in eigener Rechnung auf.
- Er ist zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet. Er hat nicht Personal, das für ihn arbeitet (einige Ausnahmen: Hauswartung)

Es muss nach objektiven Massstäben beurteilt werden, was als Arbeitsvertrag gilt. Wichtigstes Indiz ist die Unterordnung. Egal ist die Abrechnung mit der Sozialversicherung. Ausschlaggebend sind objektivierte Kriterien.

Kein Kriterium auch:

- Steuerrecht
- Art der Vergütung

Übungsbeispiele 6. November 2006: Abgrenzung Vertragsverhältnisse

1. Eine Verkäuferin wird wegen Diebstahls fristlos entlassen, muss als „Schadenersatzleistung“ aber bei sich zu Hause noch während einer Woche danach Schneidereiarbeiten für die Kundschaft der sie entlassenden Arbeitgeberschaft ausführen. Dafür verlangt sie eine Entlohnung. Zu recht?

Kriterien Arbeit

- auf Zeit
- entgeltlich
- Subordinationsverhältnis → einfügen in fremde Betriebsorganisation
- in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers → steht nicht mehr so im Zentrum → kommt im Dienstleistungssektor häufig vor
- Arbeitsmaterial/Hilfsmittel vom Arbeitgeber meistens zur Verfügung

Abwägung nötig.

Gegen Arbeitsvertrag:

- Arbeitsmaterial zu Hause vorhanden
- sie wurde fristlos entlassen → Zumutbarkeit nicht mehr gegeben
- sie ist in ihrer Zeiteinteilung frei und nicht weisungsgebunden → BGE: die Arbeitsvertrags Elemente treten gegenüber den Auftrags Elementen in den Hintergrund

2. Ein Zauberer wird als Unterhaltungseinlage zu einem Benefiz-Gala eingeladen. Muss man ihm Sozialversicherungsbeiträge an der Gage abziehen?

Wenn ja, dann würde dies für einen Arbeitsvertrag sprechen. Die Beiträge werden zu gleichen Teilen von Arbeitnehmer und -geber getragen.

Abgrenzung zu Arbeitsvertrag:

- Räumlichkeiten des Arbeitnehmers als Arbeitsort
- Hilfsmittel: eigene
- Programmgestaltung: frei → kein Subordinationsverhältnis

Wenn es sich um eine einmalige Handlung handelt, geht man von einem Auftrag aus. Wenn es eine wiederholte Handlung ist und vor allem auch der Auftraggeber auf

das Programm Einfluss nimmt, dann spricht das für einen Arbeitsvertrag. Es geht zum einen um die Intensität der Beziehung und um die Weisungsgebundenheit.

3. Ferdinand Ziegler investiert Fr. 40'000.- in eine Kälbermästerei. Wie auch die andern Investoren wird ihm eine bestimmte Aufgabe in eigener Regie und Zeiteinteilung zugewiesen. Vereinbart wird eine Gewinnbeteiligung. → BGE

Hier geht es um die Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag.

Gesellschaftsvertrag:

- Typischerweise Geld-Investition, aber auch Arbeit möglich
- Man geht von verschiedenen gleichgestellten Partnern aus, die je nach ihrer Kompetenz die Arbeit übernehmen.

Arbeitsvertrag:

- Es geht um eine konkrete Arbeit, die fest zugewiesen ist.
- Entlohnung ist relativ genau bestimmt

Hier sprechen die Elemente für den Gesellschaftsvertrag und gegen Arbeitsvertrag.

Barauszahlung der CHF 40'000.- aus der beruflichen Vorsorge für Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit. → war schlussendlich auch ausschlaggebend

4. Weil zu wenig Büroraum zur Verfügung steht, nimmt die Telefonistin bei sich zu Hause die eingehenden Telefonate ab und leitet sie an den Chef weiter resp. macht ihm Mitteilung, dass er zurückrufen muss.

Arbeitsvertrag oder Auftrag?

- Arbeitsort: zuhause
- Zeiteinteilung: nicht selbstständig möglich, ist vorgegeben. Die Arbeitszeiten entsprechen den Bürozeiten der Firma xy.
- Subordination: Weisungsgebundenheit (Annahme Telefonat, Weiterleitung oder Ausrichten des Telefonats)

→ eher Arbeitsvertrag

Wäre ev. anders, wenn sie für die Firma Schreibarbeiten erledigen würde.

5. Ein Lastwagenfahrer mit eigenem Lastwagen schliesst mit einem Transportunternehmen einen Vertrag ab, in dem er sich verpflichtet, Fahrten auszuführen und nur mit dessen Einwilligung andere Aufträge anzunehmen. Die Wartung des Fahrzeugs, seine Versicherung und die Steuern gehen zu Lasten des Lastwagenfahrers, ebenso die Ferien und Sozialversicherungsbeiträge.

Die Kategorie der Fahrer wirft immer wieder Fragen auf.

Arbeitsvertrag oder Selbstständigkeit?

- Andere Aufträge nur mit Einwilligung
- Fährt aber mit eigenem Wagen
- muss Reparaturen selbst bezahlen
- muss Steuern und Versicherung selbst bezahlen

Wirtschaftliche Abhängigkeit von einem (oder zwei) so stark, dass eher Arbeitsvertrag (Fotomodell oder Journalist).

Hier ist man von Selbstständigkeit ausgegangen. Diese Kriterien überwiegen hier. Er trägt alle Risiken und Kosten. Sie fahren, um ihr Einkommen selber steuern zu können. Sie können ihre wirtschaftliche Situation selber verbessern.

6. Eine Coiffeuse schliesst mit einem Altersheim einen Vertrag ab, mit dem sie sich verpflichtet, wöchentlich die dort wohnenden Damen und Herren zu frisieren.

Arbeitsvertrag ist anzunehmen. Sie schliesst ihn mit dem Altersheim ab und erbringt die Dienstleistungen gegenüber den Insassen.

Auftrag wäre es eher, wenn sie direkt mit den Insassen in Vertragsbeziehung treten würde (wie beim normalen Coiffeur-Geschäft).

7. Nachbar Reich plant einen Hausanbau und lässt das Projekt von Anfang bis zum Ende durch seinen Architekten ausführen.

→ Architektenverträge

Es gibt auch gemischte Verträge. Der Architektenvertrag ist grundsätzlich ein gemischter Vertrag. Er enthält Elemente des Auftragsrechts (Beratung) und des Werkvertragsrechts (Pläne, Modelle, etc.). Auch der Arbeitsvertrag kann eine Rolle spielen. Andere gemischte Verträge: Franchising-Verträge (stark Arbeitsvertrag → Weisungsgebundenheit relativ streng, Lokalitäten) → sozialversicherungsrechtliche Folgen

Im Vordergrund steht aber beim Architekt der Auftrag.

8. Schreiner Streng will sich aus dem Geschäft altershalber ein wenig zurückziehen und nimmt seinen Sohn als Nachfolger nach. Während sich der Vater um die administrativen Belange kümmert, holt der Sohn die Aufträge herein und leitet die Werkstatt. Er bezieht monatlich ein Fixum und eine Provision.

Abgrenzung zwischen Gesellschaftsverhältnis und Arbeitsvertrag:

- Administration und Akquisition durch den Sohn

→ Hier steht das gesellschaftliche Element im Vordergrund, sicher auch auf Grund des familiären Verhältnisses. Es besteht kein Subordinationsverhältnis.

§ 3 Pflichten des Arbeitnehmers

1. Lawinenniedergang:

Die Arbeitspflicht kann nicht erfüllt werden. Der Verkehrsweg ist verschüttet. Es liegt eine nachträgliche objektive Unmöglichkeit der Leistungserbringung vor → Art. 119 Abs. 3 OR

Der Arbeitgeber muss dieses Risiko nicht tragen und auch keinen Lohn bezahlen.

2. Verlassen der Arbeitsstelle:

Eigentlich liegt keine Befreiung von der Arbeitsleistung vor. Man darf nicht davon ausgehen, dass das damit gemeint war. Der Arbeitnehmer hätte am nächsten Tag die Leistung wieder anbieten müssen. Sonst kann es sein, dass man in Verzug gerät, seine Arbeitspflicht verletzt und damit ersatzpflichtig wird.

3. Länger bleiben:

→ Überstundenarbeit

Wenn der Arbeitgeber die Überstunden duldet, dann gibt er sein Einverständnis und muss die Stunden auch entschädigen. Sonst müsste er mit dem Arbeitnehmer sprechen und ihm sagen, dass er diese Überstunden auf eigene Kappe zu leisten hat. Die Qualifikation des Arbeitnehmers geht zu Lasten des Arbeitgebers, wenn er nicht dagegen einschreitet.

4. Überstunden

Die Überstunden bei Kündigung müssen ausbezahlt werden. Es kann nicht verlangt werden, dass diese mit Freizeit kompensiert werden müssen. Es kann nicht nachträglich einseitig abgeändert werden. Der Gekündigte hat immer einen Geldanspruch.

5. Vize-Direktor

Ihn trifft eine erhöhte Treuepflicht. Wenn seine Wochenstunden nicht festgehalten sind, dann muss er diese leisten ohne entsprechende Entschädigung. Wenn er den Kollegen für längere Zeit vertreten muss, dann kann er sich nicht auf eine Überstundenentschädigung berufen, wenn das vertraglich nicht festgehalten ist. Das könnte er nur machen, wenn er für dauernd diese Vertretung vornehmen müsste. Es wäre dann eine Vertragsanpassung.

6. Sprüngli

Weigerung gegen Versetzung → Weisungsrecht des Arbeitgebers. Er kann im Rahmen der Zumutbarkeit den Arbeitsort bestimmen. Wenn dieser im Umkreis liegt

und die Distanz zumutbar ist, dann liegt eine Weisung vor, die zu befolgen ist. Hier wäre aber ihr Einwand zu berücksichtigen → Gesundheit, Psyche, etc.

7. Kantonalbank

Er verletzt die Interessen des Arbeitgebers: Treuepflicht. Er soll die Ziele seines Arbeitgebers verfolgen. Seine Meinungsfreiheit findet hier seine Grenzen.

8. Selbstständigkeit

Die Arbeitspflicht ist verletzt, die Zeit geht dem Arbeitgeber verloren, da dieser die Zeit für private Zwecke nutzt. Auch werden Gegenstände für private Zwecke benutzt. Der Arbeitgeber muss das nicht dulden.

Er wirbt zudem andere Arbeitnehmer ab. Die fristlose Kündigung ist gerechtfertigt, wenn es sich um eine Wiederholung handelt, der Arbeitnehmer gemahnt wurde. Es liegt sicher eine Treuepflichtverletzung und des Missbrauch des arbeitgeberischen Materials vor.

9. Sportklausel

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers beschränkt sich nur auf die Arbeitszeit. Bei Tendenzbetrieben (mit konkreten Ideologien) kann der Arbeitgeber verlangen, dass sich die Arbeitnehmer auch in der Freizeit zweckkonform verhalten. Ansonsten sind solche Klauseln unzulässig.

Extrem risikoreiches Verhalten dürfte man verbieten (nach Praxis). Was zum normalen Freizeitverhalten gehört, kann nicht verboten werden.

10. Nebenbeschäftigung

Ist grundsätzlich erlaubt, nur dann verboten, wenn vertraglich ausgeschlossen ist, oder wenn sie einen Umfang annimmt, dass die Hauptbeschäftigung darunter leidet. Oder wenn es sich um konkurrierende Nebenbeschäftigungen handelt. Wenn die wirtschaftlichen Interessen des Hauptarbeitgebers berührt sind. Bei Servicepersonal kann man davon ausgehen, dass es nur in Teilzeit beschäftigt ist. Dann ist es nicht statthaft, Nebenbeschäftigungen zu verbieten. So würde der Arbeitnehmer an seinem wirtschaftlichen Fortkommen behindert.

11. Zeitguthaben bei FLAZ

Es gibt Blockzeiten mit Präsenzzeiten, der Rest ist frei einteilbar. Die Zeit kann laufend kompensiert werden. Im Fall wenn der Arbeitnehmer die Zeitsouveränität hat, dann muss er bemüht sein, die Zeit laufend zu kompensieren. Das Risiko wird eindeutig auf den Arbeitnehmer verschoben.

Wenn der Arbeitsanfall so gross ist, dass eine Freizeit nicht möglich ist. Erst dann, wenn vom Arbeitgeber abgesehen, kann man sich auf Überstunden berufen. Es

muss aber vorübergehend sein, darf auch nicht auf einer Fehlorganisation des Arbeitgebers berufen.

11. Schlechter Geschäftsgang

Es gibt die Geheimhaltungspflicht. Er darf weder den schlechten Geschäftsgang nach aussen kundtun, noch die Informationen vom Kollegen weitergeben.

12. Betriebswagen

Sorgfaltspflicht: Der Arbeitnehmer muss mit dem Material sorgfältig umgehen und wird schadenersatzpflichtig, wenn er fahrlässig oder absichtlich einen Schaden beifügt. Es gibt aber ein gewisses Betriebsrisiko: gewisse Unachtsamkeiten oder Risiken müssen hingenommen werden. Wäre bei Häufung problematisch, oder nicht die verlangte Sorgfalt ausgeübt wird.

Der Arbeitnehmer muss einen solchen Schaden ersetzen.

13. Geteiltes Arbeitsverhältnis

Mittelbarer und unmittelbarer Arbeitnehmer: Einstellung einer Hilfskraft. Teilung des Arbeitsverhältnisses: Zahlung der Lohnpflichten beim Arbeitnehmer, Weisungsrecht beim eigentlichen Arbeitgeber. Der Arbeitgeber kann also gegenüber der Hilfskraft das Rauchen verbieten.

14. Qualifikation

Er kann seine Arbeitspflicht nicht richtig erfüllen. Der Arbeitgeber trägt das Risiko für die Auswahl des Arbeitnehmers. Der täuschende Arbeitnehmer wird schadenersatzpflichtig gegenüber des Arbeitgebers, weil er das fehlende Diplom verschwiegen hat.

§ 4 Pflichten des Arbeitgebers

Der Lohn wird im Vertrag festgelegt. Er ist nach der Üblichkeit geschuldet → Art. 321 OR. Die Abrede ist aber nicht zwingend. Sie wird vom Gesetz ergänzt.

Der Vertrag darf den Lohn vom Gesamtarbeitsvertrag nicht widersprechen. Er darf ihn aber überbieten.

Die Form kann Geldlohn oder Naturallohn sein.

- Verpflegung
- Logis
- Abgabe von Beteiligungen (Mitarbeiteraktien)

Er muss für Frauen und Männer gleich sein. Frauenlöhne sind momentan um 25-30% tiefer.

Lohngleichheit setzt voraus, dass es sich um gleichartige Tätigkeit, Ausbildung, Alter, Erfahrungen etc. handelt. Es fehlt oft an der Gleichwertigkeit.

Neben dem Geldlohn, der durch ein Fixum bestimmt werden kann, ist es möglich, ihn zu ergänzen durch weitere Bestandteile.

Dies kann von der eigenen Arbeitsleistung abhängen:

- Kommissionen → pro abgeschlossenes Geschäft fehlt etwas für den Lohn ab → Provisionen (Agenten, etc.)
- Gewinnbeteiligung → unabhängig von der Leistung, sondern vom Gewinn des gesamten Unternehmens.
- Prämien → Belohnungen für einen erfolgreichen Arbeitseinsatz, ähnlich wie Provisionen, unabhängig vom Abschluss eines bestimmten Geschäfts
- Umsatzbeteiligung

Die Abstufungen müssen detailliert im Arbeitsvertrag enthalten sein, sonst kommt es zu Konflikten.

Oft gibt es um Streitigkeiten über Gratifikationen. Diese gehören nicht zum Lohn. Sie sind eine Zulage für Betriebstreue und Einsatz im Betrieb. Sie wird anlässlich eines bestimmten Ereignisses ausgerichtet und ist freiwillig. Der Arbeitgeber kann sie ausrichten oder nicht. Die Höhe ist frei bestimmbar.

Grenze:

- kann vertraglich begründet werden → Rechtsanspruch
- während mehreren Jahren (3 Jahre) nacheinander ausbezahlt
→ Vertrauensschutz → Verdichtung zu einem Rechtsanspruch, auch wenn es die Floskel gibt: ohne Rechtsanspruch

Ausbezahlung pro rata temporis möglich: wenn vereinbart und beim Zeitpunkt der Ausbezahlung bereits weg

13. Monatslohn: er ist ein Lohn. Vielfach ist es eine verpackte Gratifikation in der Höhe eines Monatslohns. Hier braucht es eine Auslegung. Dies ist wichtig bezüglich Kündigung. So hat man Anspruch pro rata temporis auf einen Lohn. Auf die Gratifikation hat man keinen Anspruch.

Auch Spesen sind zu vergüten: pauschal oder mittels Belegen. Auch bei einer pauschalen Spesenvergütung muss der Betrag die tatsächlichen Auslagen decken.

Die Zeiteinteilung (Stundenlohn, Tageslohn, Wochenlohn, Monatslohn) ist gleichwertig. Es geht nur um die Berechnung des Gesamtlohnes. Die Rechte sind genau gleich.

Der Lohn ist geschuldet bei Arbeitgeberverzug. Wenn der Arbeitgeber keine Arbeit anbieten kann, aus welchen Gründen auch immer (objektiv oder subjektiv / verschuldet oder unverschuldet). Art. 324 OR: Arbeitgeber muss Lohn weiterhin bezahlen. Streik, etc.

Ausser bei einem unerlaubten Streik ist der Lohn nicht zu bezahlen. Dann wird dieser von der Gewerkschaft ausgerichtet.

Arbeitsverhinderung:

- ursprünglich → Nichtigkeit des Vertrages
- nachträglich
 - verschuldet → AN will nicht → OR 97
 - unverschuldet
 - objektiv → Naturkatastrophe, Wegbehinderung → OR 119: Arbeitsleistungspflicht entfällt, ebenso die Lohnzahlungspflicht des AG
 - subjektiv → Krankheit, Unfall, etc. in seiner Person oder nahen Angehörigen → OR 324a: Lohnfortzahlungspflicht (zwingend → Sozialschutz)

An das Verschulden werden keine grossen Anforderungen gelegt. Nur massives Verschulden würde die Lohnfortzahlungspflicht untergehen lassen. Die 3-Monate-Frist ist aber ein Problem. Erst dann, und nur bei einem unbefristeten Vertrag, setzt die Lohnfortzahlungspflicht ein. Man muss also zuerst 3 Monate dort gearbeitet haben.

Bei befristeten Arbeitsverhältnissen, die max. 3 Monate dauern, besteht keine Lohnfortzahlungspflicht. Nur wenn darüber hinaus verpflichtet, dann entsteht die Lohnfortzahlungspflicht bereits von Anfang an. → Ungleichbehandlung
Es sind aber nur angemessene Dauern zu entschädigen (es gibt Tabellen hierfür).
Abweichende Vereinbarungen können im Arbeitsvertrag festgehalten werden.
Auch die Zulagen und Provisionen zählen zu diesen 100%.

Die obligatorische Versicherung (UV, EO) entrichtet 80% des Lohnes. Der Arbeitgeber ist befreit. Er muss die Wartezeit übernehmen: 3 Tage bei UV.

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, seine Lohnfortzahlungspflicht zu ersetzen durch eine Taggeldversicherung, die bis 720 Tage Leistungen erbringt. Wichtig ist, dass die freiwillige Versicherung gleichwertige Leistungen (ev. längere Dauer, aber nur 80%) erbringt.

Fürsorgepflicht

Der Arbeitgeber muss alles tun für das körperliche und seelische Wohl des Arbeitnehmers.

- Schutz von Leib und Leben
 - Schutz der Psyche
 - Fernhaltung von Gefahren
 - persönliche Freiheit
 - Selbstbestimmung
 - Beschäftigungsgebot
- es besteht keine Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung

Man geht heute davon aus, dass es zur Persönlichkeit einer Person gehört, dass sie sich beruflich betätigen kann im Rahmen des Arbeitsverhältnisse. Solange nicht überwiegende Interessen des Arbeitgebers dagegen stehen, hat der Arbeitnehmer das Recht der Beschäftigung. → Befriedigung in der beruflichen Entfaltung.

Häufig gibt es die Freistellung. Nach erfolgter Kündigung können die Interessen des Arbeitgebers überwiegend sein, dem Arbeitnehmer nicht noch weitere Geschäftsgeheimnisse anzuvertrauen, etc.

Beispiele für Verletzung der persönlichen Integrität

1. Der Arbeitgeber verlangt von seinen Arbeitnehmern, dass sie sich vom Firmenarzt gegen Grippe impfen lassen.

Ist bei bestimmten Berufsgruppen zulässig, da ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht.

2. Der Arbeitgeber gibt keine Kälteschutzkleider ab und lässt die Arbeitnehmer in einem unbelüfteten Keller an der Kühltruhe arbeiten.

Der Arbeitgeber muss dafür sorgen, dass der Arbeitnehmer die Arbeit ohne körperlichen Nachteil erledigen kann. Der Arbeitgeber muss Schutzvorkehrungen treffen. → Unfallschutz, Arbeitsplatzschutz

- Gehörschutz (Lärmschutz)
- Entsprechendes Einrichten der Arbeitsräumlichkeiten
- Kälteschutz

3. Der Arbeitgeber droht immer mit der fristlosen Entlassung.

Es darf nicht permanent „dicke Luft“/Spannung herrschen. Auch das kann zur Verletzung der persönlichen Integrität führen.

Ein gewisses Risiko birgt jeder Arbeitsplatz. Aber es geht immer um die Zumutbarkeit.

Beispiele für Freizeit/Ferien/Freistellung

Erholung ist mit dem psychischen Wohl eng verbunden (Recht auf Freiheit).

1. Der Arbeitgeber verlangt, dass der Arbeitnehmer für seine Vermählung einen Ferientag einzieht.

Die Freizeit versteht sich darin, dass 1 Tag pro Woche der Arbeitnehmer (bezahlt) frei haben muss. In der Regel ist das der Sonntag, es kann aber auch ein anderer Tag sein. Die gesamte Zeit des Tages, in der man nicht arbeitet, ist Ruhezeit (Feierabend, Nacht). Diese hat der Arbeitgeber zwingend zu gewähren. Die ist im Lohn inbegriffen. Neben der ordentlichen Freizeit gibt es auch die ausserordentliche. Diese wurde aus praktischen Gründen eingeführt. Viele Angelegenheiten des täglichen Lebens lassen sich nur während der Arbeitszeit erledigen:

- Behördengänge
- Familienfest
- Beerdigungen
- Arzt
- Anwalt

Für diese muss der Arbeitgeber auch die freie Zeit zur Verfügung zu stellen. Grundsätzlich ist diese Freizeit nicht entgeltlich. Diese Verhinderungen sind nicht unverschuldet, weshalb keine Lohnfortzahlungspflicht bestehen würde. Das wäre aber nicht praktikabel und würde oft zu Streitigkeiten führen. Wer im Monats- oder Wochenlohn entschädigt wird, hat solche Kurzabsenzen entlohnt. Das ist aber nicht Praxis. Diese ausserordentliche Freizeit muss nur gewährt werden, wenn es nicht zumutbar ist, diese Angelegenheiten in der Freizeit zu erledigen. Diese Termine müssen soweit als möglich an die Randzeiten verlegt werden.

2. Wegen grossem Arbeitsanfall darf der Arbeitnehmer die geplanten Ferien nicht antreten und erhält sie dafür doppelt entschädigt.

Ferien sind Erholungszeit für den Arbeitnehmer. Deshalb müssen immer 2 Wochen aneinander hängen. Die Interessen müssen gegenseitig berücksichtigt werden. Der Arbeitnehmer ist nicht befugt, selbstständig Ferien zu nehmen. Dies wäre eine Verletzung der Arbeits- und Treuepflicht. Auch darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig daran hindern, seine Ferien zu beziehen. Der Arbeitnehmer kann darauf bestehen, die geplanten Ferien einzuziehen.

3. Die in der Produkteentwicklung tätige Arbeitnehmerin wird nach ihrer Kündigung freigestellt.

Der Arbeitnehmer wird von seiner Arbeitspflicht entbunden, wobei der Lohn weiter bezahlt wird.

Beispiele für Ehre und Sittlichkeit

Der Arbeitgeber hat auch der Ehre und Sittlichkeit nachzukommen. Sittlichkeit heisst in erster Linie, dass der Arbeitgeber keinerlei sexistischen Äusserungen machen darf, darf sie nicht sexuell belästigen und Aussagen machen. Der Schutz ist heute sehr weit gefasst.

1. In den Pausenräumen laufen am Bildschirm jeweils Pronofilme.
Sprengt ganz klar den Rahmen. Eine durchwegs politische Beeinflussung wäre im Bereich der Meinungsfreiheit ebenfalls verboten.

2. Zwei Arbeitnehmer in der gleichen Schicht streiten sich auf Grund ihrer unterschiedlichen nationalen Herkunft häufig und werfen einander entsprechende Beschimpfungen an.

Verbot von Beleidigungen und Beschimpfungen → Wahrung der psychischen Integrität. Dies kann verbal oder tätlicher Natur sein. Ein Arbeitnehmer muss sich das nicht gefallen lassen. Der Arbeitgeber ist auf Grund seiner Fürsorgepflicht immer verpflichtet einzuschreiten. Er muss mit den Streithähnen sprechen und Versöhnung zu versuchen. Allenfalls muss er organisatorische Änderungen oder Versetzungen prüfen.

3. Eine Kundschaft weigert sich beständig, dem für sie zuständigen Arbeitnehmer zusammenzuwirken und weist ihn zurück.

Der Arbeitgeber muss einschreiten und sich um seine Arbeitnehmer kümmern. Andernfalls verstösst er gegen das Gesetz.

4. Beim täglichen Rapport werden die Fehlleistungen jedes Mitarbeiters bekannt gegeben und besprochen.

Schauprozesse am Arbeitsplatz → Der Arbeitnehmer muss sich nicht gefallen lassen, dass der Arbeitgeber mit seinen Schwächen an die Öffentlichkeit tritt. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Diskretion. Der Arbeitgeber darf nichts über seine Person oder sein Privatleben den andern Arbeitnehmern preisgeben.

Beispiele für Gleichbehandlung

Hier fallen 2 Kategorien drunter:

- Gleichbehandlung von Mann und Frau → GIG
- Diskriminierung unter Arbeitnehmern

Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber, unabhängig vom Geschlecht.

1. Alle Damen arbeiten in schön renovierten Räumen und die Herren in den schlechten.

Falsch verstandene Ladies-First-Regel. Würde vor dem Gleichstellungsgesetz nicht standhalten. Wichtig ist insbesondere die Lohngleichheit, wobei wir davon noch sehr weit entfernt sind. Wichtig ist bei der Lohngleichheit, dass der Arbeitnehmer, der eine Ungleichbehandlung feststellt, muss diese glaubhaft machen. Dies beinhaltet, dass man darlegen muss, dass es rein geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung ist. Sachliche Gründe (berufliche Qualifikation, Erfahrung, Ausbildung, Erfahrung, etc.) sind objektive Kriterien, die zu einer Lohnungleichheit berechtigen. Oft ist es schwierig, diese Unterscheidung zu treffen.

Beförderungspraxis: in der heutigen Zeit werden immer noch weniger Frauen in qualifiziertere Positionen befördert als Männer. Hier ist die Argumentation schwierig,

da man keinen Rechtsanspruch auf Beförderung hat. Der Arbeitgeber hat hier ein grosses Ermessen und es ist schwierig, dem Übel beizukommen.

2. Zwei Mitarbeiter mit Familienpflichten erhalten eine volle Gratifikation, alle andern sechs nur eine halbe.

Dies ist die Diskriminierung von Arbeitnehmern unter sich. Auch hier gibt es kein absolutes Diskriminierungsverbot. Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, die Arbeitnehmer ungleich zu entlohnen. Er hat diese Möglichkeit auf Grund der Privatautonomie. Man darf gewissen Kategorien anders behandeln als andere. Aber nur wenige Personen anders zu behandeln ist diskriminierend.

Beispiele für Datenschutz

Art. 328b OR wurde extra eingeführt. Es ist eine Übertragung des DSGVO auf das Arbeitsverhältnis. Dies soll aber seine Wichtigkeit zeigen. Dies beginnt bereits beim Bewerbungsgespräch. Der Arbeitnehmer darf darauf vertrauen, dass der potentielle Arbeitgeber die Daten nur für diese Bewerbung verwendet wird. Daten, die nichts mit dem Arbeitsverhältnis zu tun haben, darf der Arbeitgeber nicht erheben, geschweige denn aufzubewahren. Fragen, die überhaupt nichts mit dem Arbeitsverhältnis zu tun haben (Familie, Sport, etc.) Dies sind unerlaubte Fragen, die nicht gestellt werden dürfen (ausser bei Tendenzbetrieb). Eine Weiterverarbeitung ist nur mit Einverständnis erlaubt.

Benutzungsreglement: Der Arbeitnehmer muss informiert werden, dass sein PC oder sein Arbeitsraum kontrolliert werden. Auch wenn die Information vorliegt, ist es nicht immer erlaubt, eine 100%-ige Kontrolle möglich ist. Der Arbeitgeber darf nur punktuell kontrollieren, nur wenn übergeordnete Interessen (Sicherheit) vorliegen, er darf kontrollieren, ob geklaut wird. Er darf nie den Arbeitsraum voll und ganz überwachen. Dies würde die Bewegungsfreiheit einschränken, was nicht erlaubt ist.

1. In den Büros hängen an den Wänden Überwachungskameras.
Für die Randdatenerfassung ist eine Überwachung des Telefons möglich (Zeit und Nummer). Ein Gespräch darf niemals abgehört werden. Überwachung der Randdaten beim Internet ist möglich, aber nicht der Inhalt.

2. Beim Verlassen des Warenhauses muss das Verkaufspersonal die Taschen kontrollieren lassen.

Ist erlaubt, insbesondere wenn es um Wertsachen geht.

3. Die Löhne der einzelnen Arbeitnehmer werden öffentlich angeschlagen.
Dies würde gegen den Datenschutz und die Geheimhaltungspflicht verstossen.

Beispiele Eigentum

Der Arbeitgeber muss sich um das Eigentum sorgen. Er muss für eine entsprechende Aufbewahrung der persönlichen Effekten besorgt sein:

- Garderoben
- Räumlichkeiten zur Aufbewahrung

- Umkleidekabinen
- Geschlechtergetrennt!

Grundsätzlich gehört auch das Auto und Velo. Hier muss der Arbeitgeber aber keine Parkplätze zur Verfügung stellen. Ausnahme: Arbeitnehmer benötigt es zur Arbeitserfüllung und es stehen keine öffentlichen Parkplätze zur Verfügung.

Auch die Spesen gehören zum Vermögensschutz:

- konkrete Berechnung → Arbeitnehmer muss alle Auslagen in Zusammenhang mit der Arbeitsleistung (Fahrspesen, Übernachtung, Verpflegung, etc.) belegen können → 100% Abgeltung → vom Lohn verschieden → Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer schadlos halten, kann aber hierfür Weisungen erlassen (2. Klasse SBB, etc.)
- Pauschale → Muss so hoch sein, dass sie die normalerweise anfallenden Spesen deckt. Sie ist nur eine Vereinfachung der administrativen Abläufe. Es darf keine Minusdifferenz an den Arbeitnehmer verrechnet werden. Dies gehört zu den zwingenden Bestimmungen. Der Arbeitnehmer darf keinen Schaden erfahren. Wenn die Pauschale nicht ausreicht, muss sie durch den Arbeitgeber gedeckt sein. Wenn der Arbeitnehmer sie nicht ausschöpft, gehört sie dem Arbeitnehmer (und ist zusätzlicher Lohn).



Es braucht eine saubere Trennung von Spesen und Lohn. Wichtig für Steuern und Sozialversicherung!

1. Der Arbeitgeber stellt Garderoben zur Verfügung.

2. Es wird gemäss Arbeitsvertrag nur ein Maximalbetrag an Spesen entschädigt. Unzulässige Regelung. Eine Spesenregelung kennt keinen Maximalbetrag. Der Arbeitnehmer hat das Recht auf 100% Entschädigung.

3. „Der Lohn versteht sich inklusive Spesen.“

Diese Wendung ist grundsätzlich zulässig. Aber auch nur soweit, als dem Arbeitnehmer dadurch kein Schaden erwächst. Es ist aber absolut streitträchtig. Wenn die Spesenhöhe ein Ausmass erreicht, das nicht mehr vom Gesetz geduldet werden kann, resultiert Streit.

Arbeitszeugnis

Es ist wie ein Eintrittsbillet zu einer neuen Stelle.

Beispiel: Multiple-Choice Zeugnis → würde im Streitfalle den äusseren formalen Gegebenheiten genügen. Ist ev. persönlichkeitsverletzend.

Das Gesamtbild muss der Wahrheit entsprechend. Einzelne Vorfälle dürfen nicht herausgepickt und in den Vordergrund gerückt werden, wenn es nur ein einzelner Vorfall war (der immer geschehen kann). Negative Vorkommnisse dürfen nur erwähnt werden, wenn sie das Gesamtbild prägen. Ansonsten würden sie das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers behindern. Der Arbeitgeber kann aber ein einfaches Zeugnis ausstellen. Diese sind oft ein Hinweis, dass man nichts negatives sagen will. Wichtig ist: Wahrheit! Das bedeutet, dass wenn ein

Arbeitnehmer trotzdem zu Beanstandung Anlass gibt, das Zeugnis aber etwas anderes aussagt, entsteht eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem künftigen Arbeitgeber.

Abwägung: Wahrheit – Wohlwollend

Die Ausstellung des Zeugnis ist nicht materieller Art. Der Richter muss den Anspruch abwägen. Die Streitwertgrenze spielt hier eine Rolle. Ab einem gewissen Betrag ist das Verfahren vor Arbeitsgericht nicht mehr kostenlos. Grundsätzlich ist es aber ein einklagbarer Einspruch. Wenn sich der Arbeitgeber weigert, ein Zeugnis auszustellen, verletzt er seinerseits den Arbeitsvertrag. Der Arbeitnehmer kann Berichtigung verlangen, wenn das Zeugnis einen falschen Eindruck hinterlässt. Er kann aber dem Arbeitgeber den neuen Inhalt nicht vorschreiben. Der Arbeitgeber muss nur ein neues Zeugnis ausstellen.

Vorsorge

Vermögenswerte Ansprüche: Arbeitgeber ist verpflichtet, den Arbeitnehmer zu versichern und ihn entsprechend zu informieren. → konkreter Bezug auf Arbeitsverhältnis

Berufliche Vorsorge

Aus BVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitnehmer in der 2. Säule zu versichern. Diese ist Ergänzung zur 1. Säule (AHV/IV/EO). Diese will von Verfassung wegen unsere Existenz sichern.

Die 2. Säule soll uns einen angemessenen Lebensstandard sichern.

Jahresminimaleinkommen: CHF 19'000.- → zwingend in 2. Säule versichert
Arbeitgeber muss eine eigene Pensionskasse (oft Stiftung) errichten oder seine Arbeitnehmer einer Sammel- oder Gemeinschaftsstiftung anschliessen. Er muss sie darüber aufklären: Name nennen und Reglemente aushändigen.

Unfallversicherung

Der Arbeitnehmer ist obligatorisch gegen Unfall versichert. Die obligatorische Unfallversicherung ist eine Arbeitnehmerversicherung. Dort sind alle versichert. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer darüber aufklären, dass die Krankenversicherung sistiert werden kann (sonst Doppelversicherung), und bei Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, dass es wieder aufgenommen werden muss. Er muss ihn darüber informieren, dass die obligatorische Unfallversicherung noch für 180 Tage verlängert werden kann (Abredeversicherung: 100% Arbeitnehmer). Dies ist ein Entgegenkommen bis zur Findung einer neuen Stelle. Wenn der Arbeitgeber diese Information unterlässt und der Arbeitnehmer danach einen Unfall erleidet, kann der Arbeitgeber zu Schadenersatz verpflichtet werden, wenn er ihn nicht aufgeklärt hat.

Abgangsentschädigung

Kommt nur noch bei Massenentlassungen oder bei langjähriger Mitarbeit im Betrieb vor. → Entgegenkommen/Überbrückung

Ruhegeld

Hat heute keine Bedeutung mehr.

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist sehr umfassend. Leitet sich aus der patronalen Funktion ab.

Aufgaben Fürsorgepflicht

1. Persönliche Integrität des Arbeitnehmers ist betroffen. Das Grundrecht, sich im Rahmen der verfassungsmässigen Rechte zu betätigen, ist im Arbeitsrecht geschützt. Persönliche Entfaltungsmöglichkeit.

Die Einschränkung ist im Rahmen der Stellung als Generaldirektor möglich. Er muss das Unternehmen nach aussen repräsentieren, was den Eingriff/Beschränkung seiner politischen Aktivitäten in seiner Freizeit ermöglicht. Der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte hängt von der Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb ab. Höher gestellte Angestellte müssen mehr Einschränkungen dulden, als normale Arbeitnehmer. Dies muss immer auch im Einzelfall geprüft werden. Die Interessen müssen abgewogen werden. Es gibt überwiegende öffentliche Interessen, die einen Rechtfertigungsgrund darstellen bei einem leitenden Angestellten. Es könnte eine Verletzung der Treuepflicht seitens des Arbeitnehmers gegeben sein. Er muss die Interessen des Arbeitgebers wahren.

Es geht hier um das Image des Unternehmens. Dies ist nur tangiert, wenn er nach aussen tritt. Wenn er nur im Hintergrund tätig wäre, sähe das anders aus. Es muss also immer im Einzelfall geprüft werden.

2. Hier geht hier um die Sittlichkeit. Der Arbeitgeber muss das sittliche Gefühl der Arbeitnehmer wahren und darf sie nicht verletzen. Art. 328 OR → Art. 361/62 gibt über die Zwinglichkeit Auskunft. Beim Nachtclub handelt es sich um einen Tendenzbetrieb (wie Gewerkschaft, Tierschutz, etc.) In eine unsittliche Regelung kann nicht eingewilligt werden, da es gerade darum geht, dass man davor geschützt wird.

3. Wichtig ist, dass man im Berufsleben immer eine spezielle Spesenregelung trifft. Die Spesenpauschale ermöglicht es dem Arbeitnehmer, dass er einfacher abrechnen kann. Es ist eine administrative Erleichterung für beide, weil die angefallenen Spesen nicht ausgewiesen werden müssen. Der Arbeitnehmer darf aber nicht zu Schaden kommen. Er hat immer Anspruch auf tatsächlich angefallene Spesen. Die Verrechnung kann nicht erfolgen. Die nicht anfallenden Spesen dürfen nicht vom Lohn abgezogen werden. Er kann aber während dieser Sommermonate die Pauschale nicht ausrichten. Es geht ja um die effektiv anfallenden Kosten. Mit dem Lohn errechnet werden darf eben nicht. Der Lohn ist immer geschuldet, auch während den Ferien. Dies im Gegensatz zu den Spesen.

4. Der Arbeitnehmer ist immer obligatorisch der Unfallversicherung unterstellt. Bis zum Ende des Arbeitsvertrages gilt diese Unfaldeckung. Am Ende des Vertragsverhältnisses müssen die Arbeitgeber über die Versicherungsdeckung

aufklären. Vor allem auch über die mögliche Aufrechterhaltung. Die Unfalldeckung wird unterbrochen bei einem unbezahlten Urlaub. Diese hängt vom Lohn ab, der bezogen wird und nicht vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Die Unfallversicherung fällt nach 30 Tagen Nachdeckung weg. Die Information des Arbeitgebers besteht aus 2 Teilen:

- Arbeitnehmer informieren, dass er die Sistierung der Unfalldeckung bei der Krankenversicherung aufheben muss.
- Die Unfallversicherung sieht die Möglichkeit einer Abrediversicherung von 180 Tagen darüber hinaus vor. → Verlängerung von 30 auf 180 Tagen. → Arbeitgeber, die keine neue Stelle haben, sollen so aufgefangen werden.

Wird die Informationspflicht unterlassen verletzt man die vertragliche Fürsorgepflicht. Kann der Arbeitnehmer nachweisen, dass diese unterlassen wurde, wird der Arbeitgeber unter Umständen für den gesamten Schaden ersatzpflichtig. → Art. 8 ZGB: Beweislast bei dem, der Rechte geltend macht → Arbeitnehmer trägt Beweislast. Es ist aber immer schwieriger, negative Tatsachen zu beweisen als positive.

OR 97: Schadenersatzpflicht (vertraglich)

5. Hier gilt es nur für die weiblichen Arbeitnehmer. Das geht nicht. Dies ist vor dem Gleichstellungsgesetz nicht haltbar. Es wirkt diskriminierend. Eine Arbeitnehmerin käme durch bei einer Geltendmachung. Hier geht es um eine zu weit gehende Verhaltenskontrolle, die gegen die Persönlichkeitsrechte verstösst. Diese Kontrollen sind nicht per se unzulässig. Zu gewissen Zwecken (Sicherheit → Betriebsablauf, bei Stichproben) ist es zulässig. Eine Verhaltenskontrolle dieser Art ist sicher nicht verhältnismässig. Der Arbeitgeber kann eine Verletzung der Arbeitspflicht rügen. Entsprechend kann er den Lohn kürzen bei Nachweis.

6. Hier ist es wiederum die Wahrnehmung des Weisungsrechtes. Es betrifft aber auch die Fürsorgepflicht. Hier ist die persönliche Freiheit betroffen. Das Alkohol- und Drogenverbot ist zulässig. Hier geht es um höhere öffentliche Interessen. Die ganze Freizeit kann aber nicht bestimmt werden, aber ein breiter Raum vor dem Arbeits-einsatz. Das Übernachten im firmeneigenen Schlafrum geht zu weit. Das Schlafen ist in der Freizeit, und der Arbeitnehmer kann selber entscheiden, wo er das tun will.

7. Der Arbeitnehmer hat ein Anspruch auf ein (Voll-)Zeugnis. Dies muss auch nach einem grossen Streit geschehen.

8. Die gesundheitlichen Folgen werden in diesem Fall von der obligatorischen Unfallversicherung übernommen, wenn es sich hauptsächlich um eine Berufskrankheit handeln. Wenn die Atemprobleme in Zusammenhang stehen mit den Gasen in der Ledergerberei. Diese deckt sehr viel, aber nicht 100%. Der Anspruch des Arbeitnehmers kann weiter gehen, als das, was die Unfallversicherung deckt. Hier muss man klagen, wenn der Arbeitgeber zu wenig vorgekehrt hat zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers. → Exkulpationsbeweis
Es gibt keine Einwilligung in eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung. → Passus nicht erlaubt

9. Sowohl die positiven, als auch die negativen Eigenschaften der Arbeitnehmerin werden detailliert hervorgehoben. Das Zeugnis muss ein Gesamtbild des Arbeitnehmers abgeben. Es darf nicht auf jedes negative Detail eingegangen werden. Es sei denn, diese würden den Arbeitnehmer für eine künftige Stelle behindern. Hier ist nicht von Bedeutung, wie die Arbeitnehmerin zur Arbeit erschienen ist. Dass sie herumgeschwätzt hat über die Patientenprobleme ist für eine Arztgehilfin nicht so gut. Das zeugt nicht von besonderer Diskretion. Eine diesbezügliche Bemerkung dürfte im Zeugnis einer Arztgehilfin stehen.

10. Hier ist es wiederum ein Tendenzbetrieb. Auch in der Freizeit muss sich diese Frau nach den Zielen dieses Verein verhalten. Darf die Vorgesetzte diese dem Direktor erzählen? → Geheimhaltungspflicht. Auch hier muss man abwägen zwischen den Interessen. Hier kann es gerechtfertigt sein in einem Tendenzbetrieb.

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Vertragsänderungen sind immer möglich, sind aber nur zweiseitig möglich. Dies kann eine positive sein (zu Gunsten des Arbeitnehmers: mehr Ferien, Lohn, Freizeit → ein Entgegenkommen). Dann geht man davon aus, wenn sich eine solche Verbesserung während drei Malen abgespielt hat, eine Vertragsänderung geschehen ist durch konkludentes Verhalten. Wenn es negativ ist (anderer Arbeitsort, weniger Lohn, zugesicherte Ferienwochen streichen, etc.), ist die Lehre geteilter Meinung:

- Auch bei wiederholten Verschlechterungen gibt es niemals eine Einwilligung.
→ Schutz des Arbeitnehmers
- Bei wiederholter widerspruchloser Entgegennahme der verschlechterten Änderung ist eine Anpassung erfolgt.

Ausgeschlossen ist aber eine sofortige Verschlechterung der Arbeitnehmerposition (vom BGer abgelehnt). Während der Kündigungsfrist muss die vertragliche Abmachung auf jeden Fall eingehalten werden. Es ist nur eine Änderungskündigung möglich. Diese ist unzulässig, wenn sie sofort ihre Geltung haben sollte, wenn nicht betriebliche oder sachliche Gründe gegeben sind (BGer). Diese Bedingung wurde aber ganz heftig kritisiert. Dies ist nämlich ein Betriebsrisiko des Arbeitgebers, welches nicht vom Arbeitnehmer getragen werden muss.

Die Arbeitslosenversicherung stellt darauf ab, ob ein Arbeitsverhältnis verschuldet oder unverschuldet aufgegeben wurde. Riskiert der Arbeitnehmer die Kündigung hat er diese verschuldet und der Beitrag kann gekürzt werden. Diese aber nur, wenn die Annahme der Änderung zumutbar gewesen wäre. Bis zu 70-80% des bisherigen Lohnes ist zulässig, da man bei sowieso nicht mehr bekäme von der ALV.

Dasselbe gilt bei einer Verlegung des Arbeitsweges (2h pro Weg). → Art. 16 AVIG

§6 Aufhebung des Arbeitsverhältnisses

Stillschweigende Akzente dürfen nicht einfach so angenommen werden. → Arbeitnehmerschutz

Man geht eher von Schriftlichkeit aus. Es müsste ein eindeutiger Wille aus dem konkludenten Verhalten hervor gehen. Der Aufhebungsvertrag ist gefährlich. Er wird oft vom Arbeitgeber vorgeschlagen, da er ihn entlastet. Er hat zur Folge, dass etliche Schutzbestimmungen nicht greifen. Insbesondere die Kündigungsschutzbestimmungen, da es eine vertragliche Aufhebung ist und keine Kündigung. → nicht leichtfertig darauf eingehen.

Er wird oft unter Druck ausgesprochen, weil es eine Willenserklärung seitens des Arbeitnehmers voraussetzt → Art. 21 OR (Drohung, Täuschung). Auch ein Akzept unter solchen Bedingungen wäre nicht gültig.

Wird nach dem Ablauf eines befristeten Vertrages dieser einfach fortgeführt wird, dann gilt ein unbefristeter.

Kündigung: ist ein einseitiger Willensakt. → einseitig gestaltendes Rechtsgeschäft
Es ist bedingungsfeindlich und unwiderruflich. Es ist zentral. Die Kündigung ist empfangsbedürftig. Sie wird erst gültig (Frist beginnt erst, wenn Arbeitnehmer Kenntnis von der Willenserklärung hat oder hätte haben können). Eine Kündigung in die Ferien geht eigentlich ins Leere. Die Frist beginnt am folgenden Tag der Heimkehr/Kennntnisnahme. Die Kündigung unterliegt streng dem Zugangsprinzip. Sie muss in die Sphäre des Arbeitnehmers gelangen, damit er Kenntnis davon erlangen kann (verschlossen gelassener Umschlag gilt hingegen nicht). Der Kündigungsgrund muss nicht angegeben werden. Wir haben den Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Der Arbeitnehmer hat aber Anspruch auf nachträgliche Bekanntgabe des Grundes, wenn er sie wegen Missbräuchlichkeit anfechten möchte. → Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers.

Die Gründe müssen in einer kausalen Beziehung mit der Aussprechung der Kündigung stehen. Man darf sie nicht nachschieben.

Bedingungen, deren Eintritt vom Willen des Arbeitnehmers abhängig sind (Änderungskündigung), sind grundsätzlich gültig. Wenn sich der Arbeitgeber doch nochmal besinnt, muss er die Kündigung vertraglich rückgängig machen oder einen neuen Arbeitsvertrag abschließen.

Ordentliche Kündigung I

Vor der Probezeit

Die Probezeit dient dazu, nochmal die fachliche Kompetenz, etc. zu prüfen. Während dieser Zeit sind die Fristen verkürzt. Die gesetzliche Probezeit beträgt 4 Wochen. Auch am letzten Tag kann mit der Einhaltung von 7 Tagen noch gekündigt werden. Die Probezeit kann verlängert werden auf max. 3 Monate, oder aber auch wegbedungen werden. Ist von Anfang an eine Kündigungszeit von 3 Monaten abgemacht, wurde auf die Probezeit verzichtet. Die Frist kann auf 7 Tage

ausgeweitet werden. Diese kann auf max. 14 Tage ausgedehnt werden. Es gelten keine zeitlichen Kündigungsbeschränkungen.

Nach der Probezeit

Die gesetzliche Frist ist relativ klein. Sie kann deshalb vertraglich ausgeweitet werden. Sie wird immer auf Ende eines Monats ausgedehnt. Während der Kündigungszeit gilt das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten weiter. Er hat Anspruch auf freie Zeit, um sich eine neue Stelle zu suchen. Es sei denn, es handelt sich um Teilzeitarbeit.

Die Kündigungsfristen dürfen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht unterschiedlich sein. Für beide Parteien gilt immer die längere Kündigungsfrist. Die eine Partei darf gegenüber der anderen Partei nicht benachteiligt sein.

Der unbefristete Vertrag wird immer durch den Tod aufgelöst, kann auch immer durch einen Aufhebungsvertrag aufgelöst werden. Hier muss man sich sehr klar ausdrücken. Die Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft ist die dritte Möglichkeit, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis aufzulösen. Als einseitige Willensäußerung kann diese Kündigung durch eine Bedingung ersetzt werden. Wenn die Bedingung eintritt, gilt der Vertrag als gekündigt. Sie ersetzt die ausdrückliche Kündigungserklärung.
→ Einseitige Rechtsgeschäfte sind eigentlich bedingungsfeindlich, nur erlaubt, wenn es sich um eine reine Potestativbedingung handelt → der Vertragspartner hat es selbst in der Hand.

Bsp: Wenn du noch einmal in den Büroräumlichkeiten rauchst, bist du gekündigt. Der Arbeitnehmer kann die Kündigung eigenmächtig herbeiführen. Nur dann ist eine bedingte Kündigung erlaubt.

In allen anderen Fällen handelt es sich normalerweise um Befristung. Sie enden mit Zeitablauf (Befristung oder Bedingung). Bei dieser Art Bedingung wird gefordert, dass die Bedingung einigermaßen voraussehbar und bestimmbar ist. Man hängt nicht völlig in der Luft.

Bsp: Semesterabschluss → bestimmbar

Eisschmelze an der Antarktis bis 20% → nicht bestimmbar

Die Potestativbedingung darf nicht allein vom Willen des Betroffenen abhängig sein. Es muss eine Drittkomponente mit enthalten sein.

In der Regel läuft es auf eine Befristung des Arbeitsverhältnisses hinaus, wenn mit Bedingung gearbeitet wird.

Die Bedingung in Aufgabe 4 ist zulässig, da sie nicht allein vom Willen des Betroffenen abhängt.

Bei Aufgabe 5 wurde das Arbeitsverhältnis als unbefristet eingegangen. Man wollte das Arbeitsverhältnis wahrscheinlich nachträglich befristen.

Übungsbeispiele 18.12.2006

1. Befristung + Krankheit
Die Sperrfristen (zeitliche Kündigungsbeschränkungen) sind nicht zu beachten bei einem befristeten Verhältnis.
Die Lohnfortzahlungsfrist setzt ein bei unbefristeten Verträgen beginnt sie am 1. Tag des 4. Monats. Bei befristeten Verträgen, die länger als 3 Monate dauern, setzt sie bereits während der befristeten Dauer ein. Hier reden wir von den Semesterferien, wir nehmen also eine länger als 3 Monate dauernde Anstellung an. Man nimmt es sehr genau mit den Tagen. Hier würde eine Lohnfortzahlungspflicht bis zum Ablauf des Arbeitsvertrages bestehen.
2. Tätlichkeiten gegenüber Kunden stellen einen Grund für eine fristlose Kündigung dar. Die Kündigung ist ein Gestaltungsrecht und es kann nicht zurück genommen werden → unwiderruflich. Man kann aber einen neuen Arbeitsvertrag eingehen. Dies ist auch stillschweigend möglich. Hier scheint das der Fall zu sein. Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit gepackt und gleich den Lohn reduzieren wollen. Was ist nun der Inhalt des stillschweigend eingegangenen Vertrages? Man stellt auf die bis dahin bekannten Punkte ab. Und das, was man wusste, war der bisherige Lohn.
Auf Grund dieses massiven Vorfalles gilt das Heimschicken durchaus als fristlose Kündigung, zumal der Arbeitsplatz geräumt wurde.
Man sollte aber eine fristlose Kündigung immer klar und deutlich aussprechen. Dann geht man keine Risiken ein. Für das Gegenüber ist dann die Situation klar. Im Zweifelsfall sollte der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft noch einmal anbieten. Laut Riemer-Kafka ist es hier klar eine fristlose Kündigung.
Ein Arbeitsvertrag kommt auch zustande, wenn man keine Vereinbarungen getroffen hat. Es wird im Notfall der Lohn geschuldet, der in der Branche üblich ist.
3. Hier haben wir die Situation einer Treuepflichtverletzung. Auf diese kann mit einer Abmahnung oder einer fristlosen Kündigung reagiert werden. Ob das Grund genug ist, müsste vor Gericht geklärt werden (Entschädigungsansprüche, etc.). Der Arbeitgeber hat auch die Möglichkeit, den Arbeitnehmer freustellen. Hier handelt es sich um eine ordentliche Kündigung mit Verzicht auf Arbeitsleistung mit Lohnfortzahlung bis zum Ende der Kündigungsfrist. Diese Lösung kostet weniger als ein Gerichtsverfahren.
Bei einer fristlosen Kündigung sind keine Sperrfristen zu beachten. Die Kündigung geht den sozialen Aspekten vor. Dies ist bei der ordentlichen Kündigung nicht der Fall.

4. Hier handelt es sich um eine ordentliche Kündigung.
Die Kündigungsfrist wurde nicht eingehalten. Am 3. Juni kann man nicht auf Ende Juni kündigen, sondern erst auf Ende Juli, wenn wir von der gesetzlichen einmonatigen Kündigungsfrist ausgehen. Die Abwesenheiten und die Kopfschmerzen sind eine Beeinträchtigung der Arbeitsleistung und somit nicht missbräuchlich. Der Zivilstand liegt in ihrer Person und ist missbräuchlich. Wenn wir einen solchen Mix haben, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der beiden Gründe zueinander. Dies muss sich aus den Umständen ergeben durch Auslegen. Wenn der missbräuchliche Grund die *Conditio sine qua non* ist oder der ausschlaggebende Grund ist, dann genügt es, dass die Kündigung missbräuchlich ist. Es ist eine Frage der Gewichtung und der Kündigungskausalität.
Wenn sie die Kündigung anfechten will, muss sie fristgerecht Einsprache erheben. Man macht einen Einigungsversuch. Wenn dieser scheitert, muss der Arbeitnehmer Klage einreichen, und kann Lohn, Schadenersatz, und Entschädigung bei Missbräuchlichkeit der Kündigung fordern. Wenn sie keine Einsprache erhebt, verwirkt sie dieses Recht und auch die daraus resultierenden Ansprüchen.
5. Die Kündigungsfrist beginnt zu laufen, wenn die Kündigung in seinen Machtbereich eintritt. Wenn er sich die Post nachschicken lässt oder man sie ihm regelmässig bringt, gilt sie als zugestellt und die Kündigungsfrist beginnt zu laufen. Weilt er aber zum Beispiel im Ausland, kann die Kündigungsfrist noch nicht zu laufen beginnen, da er keine Kenntnis erhält oder erhalten kann.
Wenn jemand in der Rehabilitation eine Kündigung erhält, ist sie wirksam. Die Sperrfrist dauert 3 Monate (90 Tage im 4. Dienstjahr) und ist hier abgelaufen. Danach kann eine Kündigung rechtmässig ausgesprochen werden.
Er macht Lohn geltend für die 4 Monate Rehabilitation und den vorausgegangenen Spitalaufenthalt. Die Lohnfortzahlung im 4. Dienstjahr heisst nicht (trotz Kündigungssperrfrist und -schutz), dass alles abgedeckt ist.
Spesen sind nur geschuldet, wenn sie effektiv anfallen. Allenfalls kann Überstundenentschädigung der Fall sein, wenn er vorher regelmässig so gearbeitet hat und ein Anspruch entstanden ist. Grundsätzlich tritt die Lohnfortzahlungspflicht bei unbefristeten Verträgen erst ab dem 4. Monat ein. Das bezieht sich nur auf den Anfang des Arbeitsverhältnisses.
6. Gelten während der Probezeit die Kündigungssperrfristen?
Nein, während der Probezeit gibt es keine Sperrfristen, da dies dem Sinn der Probezeit widerspricht.
Gelten die sachlichen Kündigungsbeschränkungen? (Persönlichkeitsrechte)
Ja, diese gelten, aber nicht die zeitlichen.
Bei Schwangerschaft handelt es sich um eine missbräuchliche Kündigung. Es geht hier um ihre Person. Die Schwangerschaft muss sich nicht unbedingt negativ auf die Arbeitsleistung auswirken. Es gibt keine Sperrfrist. Die Frau kann also Entschädigung verlangen und Schadenersatz in der Höhe bis zum Ablauf der Dauer der Kündigungsfrist während der Probezeit.
7. Diese Bedingung ist nicht zulässig. Es handelt sich um eine absolut unsichere Bedingung: rein Potestativbedingung.

8. Es kann nur fristlos gekündigt werden bei einem wichtigen Grund. Das liegt hier nicht vor. Oder durch einen Aufhebungsvertrag verkürzt werden. Es ist hier als Angebot für einen Aufhebungsvertrag zu verstehen. Wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit weiterhin anbietet und das Angebot ablehnt, kann er weiter arbeiten. Wenn er seine Arbeit nicht weiter anbietet handelt es sich um einen stillschweigenden Akzept, also um einen Aufhebungsvertrag.

Schriftliche Prüfung vom 18. Juli 2005

1. Voraussetzung für eine Schadenersatzforderung ist, dass ein Schaden vorhanden ist. Sven hat hier keinen Schaden erlitten, also kann er kein Schadenersatz zu gut.
Einige der gestellten Fragen sind hingegen unzulässig. Wenn er diese Fragen nicht beantwortet hätte und deswegen die Stelle nicht erhalten hätte, dann hätte er allenfalls eine Forderung geltend machen können. Das hätte er aber geltend machen müssen.
2. Die Probezeit dient zum persönlichen Kennenlernen, der fachlichen Fähigkeiten, das Umfeld, die Chemie, etc.
 - Verkürzte Kündigungsfrist
 - Keine Sperrfrist
 - Sachliche Kündigungsbeschränkungen zugelassen
 - Keine Ferienansprüche
 - Keine LohnfortzahlungsansprücheIst die Erstreckung rechters? Sie hätte schriftlich formuliert werden müssen. Alles ist nur schriftlich gültig → condition sine qua non (gesetzliche Formvorschrift).
Keine Schriftlichkeit ist nötig, wenn die Person krankheitshalber ausfällt während der Probezeit. Sie wird um diese Zeit automatisch verlängert.
Eine Verlängerung um 5 Tage wäre zulässig.

3. Das Arbeitsverhältnis ist auf jeden Fall beendet. Man kann eine Schadenersatzforderung und eine Entschädigung im Rahmen des möglichen im Gesetz umschriebenen Rahmen geltend machen.
→ öffentliches Arbeitsrecht: 18-jähriger Jugendlicher → Arbeitsgesetz, Sondervorschriften für Jugendliche und weibliche Arbeitnehmer
Er muss grundsätzlich keine Sonntagsarbeit leisten. Bei üblichen Betrieben mit Bewilligung (auch ein Velokurier) ist Sonntagsarbeit für über 16-jährige zulässig. Seine Weigerung, am Sonntag eingesetzt zu werden, dürfte als nicht gerechtfertigt dastehen. Es liegt keine Verstoss gegen das Arbeitsgesetz vor. Wäre es einer, dann hätte er tatsächlich die Arbeit verweigern dürfen. Wenn der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht verletzt, dann wäre das möglich, die Arbeit nieder zu legen. Insbesondere hätte der Arbeitgeber den Sven abmahnen müssen, bevor er fristlos kündigt. Die fristlose Kündigung muss sofort ausgesprochen werden, und wenn er von Sonntag bis Freitag wartet, ist das zu lange. Die fristlose Kündigung ist ungerechtfertigt, da der Arbeitgeber die formelle Seite nicht eingehalten hat. → Abmahnung und frühere Reaktion (2-3 Tage)
4. Hat er Anspruch auf diese fünf Tage Arbeitsunfähigkeit? Hängt von der Befristung ab. Hier ist eher von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis auszugehen (begründen!). Während der Probezeit hat er keinen Lohnfortzahlungsanspruch. Die fünf Tage können ihm abgezogen werden. Der aufgeführte Lohn ist immer der Brutto-Lohn. Beanspruchen zur Auszahlung kann man nur den Netto-Lohn (die Abzüge müssen noch gemacht werden).
5. Auf das Zeugnis hat man immer einen Anspruch. Der Anspruch verjährt nach grundsätzlich nach 10 Jahren. → unrealistisch
Je mehr Zeit verstreicht, desto unglaubwürdiger ist ein solches Zeugnis.
→ bescheidene Aussagekraft
6. Das Konkurrenzverbot kann nicht einseitig angeordnet werden und wurde hier nicht schriftlich vereinbart. Es muss in gegenseitigem Einverständnis abgemacht werden. Ein Konkurrenzverbot gilt nur dann, wenn man gewisse Kenntnisse aus dem alten Arbeitsvertrag in ein neues Arbeitsverhältnis tragen kann. Dies liegt allgemein bei einem solchen Arbeitsverhältnis nicht vor. Es ist also auch materiell unzulässig. Es geht über das unzulässige Mass hinaus. Auch örtlich gesehen ist es viel zu weit gefasst.
- 7.

Der unbefristete Vertrag wird immer durch den Tod aufgelöst, kann auch immer durch einen Aufhebungsvertrag aufgelöst werden. Hier muss man sich sehr klar ausdrücken. Die Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft ist die dritte Möglichkeit, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis aufzulösen. Als einseitige Willensäußerung kann diese Kündigung durch eine Bedingung ersetzt werden. Wenn die Bedingung eintritt, gilt der Vertrag als gekündigt. Sie ersetzt die ausdrückliche Kündigungserklärung.
→ Einseitige Rechtsgeschäfte sind eigentlich bedingungsfeindlich, nur erlaubt, wenn es sich um eine reine Potestativbedingung handelt → der Vertragspartner hat es selbst in der Hand.

Bsp: Wenn du noch einmal in den Büroräumlichkeiten rauchst, bist du gekündigt. Der Arbeitnehmer kann die Kündigung eigenmächtig herbeiführen. Nur dann ist eine bedingte Kündigung erlaubt.

In allen anderen Fällen handelt es sich normalerweise um Befristung. Sie enden mit Zeitablauf (Befristung oder Bedingung). Bei dieser Art Bedingung wird gefordert, dass die Bedingung einigermaßen voraussehbar und bestimmbar ist. Man hängt nicht völlig in der Luft.

Bsp: Semesterabschluss → bestimmbar

Eisschmelze an der Antarktis bis 20% → nicht bestimmbar

Die Potestativbedingung darf nicht allein vom Willen des Betroffenen abhängig sein. Es muss eine Drittkomponente mit enthalten sein.

In der Regel läuft es auf eine Befristung des Arbeitsverhältnisses hinaus, wenn mit Bedingung gearbeitet wird.

Die Bedingung in Aufgabe 4 ist zulässig, da sie nicht allein vom Willen des Betroffenen abhängt.

Bei Aufgabe 5 wurde das Arbeitsverhältnis als unbefristet eingegangen. Man wollte das Arbeitsverhältnis wahrscheinlich nachträglich befristen.

4. Öffentliches Arbeitsrecht

Es handelt sich hier nur um einen Überblick. Das öffentliche Arbeitsrecht ist sehr verwirrend, da dieses Rechtsgebiet nicht so gut gelöst ist. Es gibt viele Ausnahmen, Gegenausnahmen und Sonderbestimmungen. Eine transparente Darstellung ist nicht möglich.

Geschichtliches

Das öffentliche Arbeitsrecht ist im Zeitalter der Industrialisierung im 19. Jahrhundert entstanden. Zuerst auf kantonaler Ebene, danach auf Bundesebene. Wichtigstes Ziel ist der Gesundheitsschutz. 14-Stunden-Tage waren damals üblich. Sonntagsarbeit war auch kein Thema. Der aufkommende Nationalstaat zeigte ein immer grösser werdendes Interesse die Volksgesundheit (vor Überbeanspruchung) zu schützen, sowie am Jugendschutz oder an der Verhütung von Kinderarbeit. Deshalb gibt es in der BV Anspruch auf unentgeltlichen Primarschulunterricht. Diese Ausbildung ist ein wesentlicher Faktor für das Gelingen des Wirtschaftswachstums. Das Interesse an gesamtheitlicher Schulbildung nahm immer mehr zu. Hierfür musste die Grundlage geschaffen werden, so dass die Kinder nicht mehr arbeiten müssen, sondern zur Schule gehen können.

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers widerspiegelt auf privater Ebene das öffentliche Arbeitsrecht. Weil das öffentliche Arbeitsrecht materiell den Massstab für die Fürsorgepflicht bildet, muss sich das auch privatrechtlich umsetzen. Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Durchsetzung des Arbeitsgesetzes.

Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes

Das Arbeitsgesetz kommt auf jeden Betrieb in Anwendung. Der Schutz soll für möglichst viele gelten. Betrieb = Arbeitsorganisation. Keine Voraussetzung sind das Vorhandensein von bestimmten Installationen, Gebäude, Anlagen. Es wird eher funktional betrachtet. Es kann also eine Fabrik, eine Bank oder auch ein Haushalt. Dieser wird zum Betrieb, wenn dort Personal beschäftigt ist (nicht Hauspersonal: Privatsekretär). Ein Betrieb liegt auch vor, wenn er Bestandteil eines grösseren Betriebs ist. Er muss nach aussen als eigene Einheit erkennbar sein (räumlich). Innerhalb dieses Betriebs muss mindestens eine Person als Arbeitnehmer beschäftigt sein. Sie muss eine Arbeitnehmerstellung einnehmen. Die Abhängigkeit vom Arbeitgeber steht im Zentrum. Nicht im Zentrum steht, ob es sich um eine rechtlich anerkannte Arbeit (unsittlich, Schwarzarbeit, etc.) handelt. Auch wer in einem faktischen Arbeitsverhältnis steht, ist Arbeitnehmer (Art. 320 Abs. 3 als solches qualifiziert). Nicht anwendbar ist es auf Auftragsverhältnisse, oder auf Beschäftigte, die kein Entgelt erhalten (es fehlt an einem wesentlichen Begriffsmerkmal der Arbeitnehmerstellung). Arbeitnehmerähnliche Stellungen (Franchising) sind ebenfalls geschützt. Hier ist der Franchising-Nehmer so stark geknebelt, dass es sich um eine Arbeitnehmerstellung handelt.

→ Ähnliche Stellung wie im UVG. Nicht massgebend ist die Beschäftigungsdauer (einmaliger Einsatz an einem Abend reicht).

Industrielle Betriebe geniessen einen verschärften Schutz. Im Einzelfall muss diese Unterstellung geprüft werden. Betriebliche Anlagen (feste, dauernd) müssen vorhanden sein. Es müssen zudem 6 Arbeitnehmer beschäftigt werden in der betreffenden Betriebseinheit, oder es muss sich um automatische Verfahren handeln, oder es muss eine besondere Gefahr von diesem industriellen Betrieb ausgehen.

Es kann also sein, dass ein Unternehmer unterschiedliche Einstufungen innehält. Je nach Betriebsteil kann die Zuordnung variieren. Es muss nicht ein Betrieb als Ganzes dem einen oder dem anderen unterstellt werden.

Betriebliche Ausnahmen:

Hier gibt es wieder zahlreiche Ausnahmen: Art. 2 ArG, präzisiert in VO 1. → Aufzählung von den Betrieben, die nicht darunter fallen. Die öffentlichen Verwaltungen von Bund, Kantonen und Gemeinden (alle Verwaltungseinheiten inkl. den unselbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten) gehören nicht dazu. Viele dieser Anstalten werden aber verselbstständigt, so z.B. die Kantonsspitäler oder Unis, die aus der öffentlichen Verwaltung ausgegliedert werden. Im Moment, wo die Verselbstständigung stattfindet, werden sie dem ArG unterstellt. Es gibt aber auch wieder Anstalten, auf die trotz Verselbstständigung das ArG nicht gilt (Post, ...). Nur die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse sind ausgeschlossen. Fischerei (nur für Fischfang, nicht für Fischzucht). Zu den Ausnahmen gibt es aber auch wieder Gegenausnahmen.

Persönliche Ausnahmen:

Kommen nur in Betracht, wenn keine betrieblichen Ausnahmen vorhanden sind. Personen des geistlichen Standes (Leute, die religiöse Funktionen ausüben, Kultusaufgaben inne haben, egal welche Religion, nicht: Religionslehrer), Auf die Bezeichnung darf nicht abgestellt werden. Lehrer von privaten Schulen (bei öffentlichen: siehe oben). Die letzte Gegen Ausnahme waren die Assistenzärzte. Nun ist die Diskussion entfacht, ob die Oberärzte nun da hinein gehören oder ob sie leitende Ärzte sind.

Problematik

Es geht um den Gesundheitsschutz, Arbeits- und Ruhezeitregelung sowie Sonderschutz (Kinder, Jugendliche, Frauen).

Art. 6 ArG sagt nicht viel aus, ausser, was wir schon wissen. Der Arbeitgeber muss auf die Psyche, Sittlichkeit und körperliche Gesundheit achten muss. Pendant zu Art. 328 OR. Detaillierter steht es in der VO 3 zum ArG. Dort werden die Schutzmassnahmen genannt, die zu ergreifen sind. Z.B. Müssen die Räume einer gewissen Grösse entsprechen. Die Lüftung, Heizung, Licht, Lärmbelastungen, Erschütterungen, etc. Sind ebenfalls festgelegt. Arbeitsgeräte und nötige Hilfsmittel müssen entsprechend geschützt sein. Für Lasten muss eine entsprechende

Entlastung da sein. Die ständige Überwachung (Einschränkung der Bewegungsfreiheit), persönliche Schutzausrüstungen, etc. Umfassende Kataloge stellt auch die UV zur Verfügung. Der Preis ist eine Ermessensfrage. Der Gesetzgeber stellt die Anforderungen an den Arbeitgeber, dass der Gesundheitsschutz dem momentanen Stand entspricht. Hier steigt man in der Normenhierarchie ab. Gesetz → Verordnung → Seco → Suva
Die Massnahmen müssen auch verhältnismässig und den wirtschaftlichen Fähigkeiten des Arbeitgebers angepasst sein. Im Zweifelsfall geht der Gesundheitsschutz vor.

Detailliert ist die Regelung im Bereich Arbeits- und Ruhezeit. Man sieht an der Menge der aufgeführten Regelungen das herrschende Wirrwarr. Wichtig ist der Unterschied der wöchentlichen Höchstarbeitszeit und der Überzeit.

Höchstarbeitszeit: ArG → stellt auf Wochenarbeitszeit ab. Es gibt zwei verschiedene Ansätze. 45-Stunden-Woche für bestimmte Kategorien von Arbeitnehmern (industrielle Betriebe, Administration, Dienstleistungen, Büro, techn. und andere Angestellte, Gross- und Detailhandel). Für die gewerblichen und handwerklichen Berufe gilt die 50-Stunden-Woche. Dies ist die gesetzliche Höchstarbeitszeit pro Woche. Weniger Wochenstunden kann man vertraglich vereinbaren. Mehr ist nicht möglich. Der Arbeitnehmer hat das Recht, die überzähligen zu leistenden Stunden zu verweigern.

Das ist der Grundsatz. In der VO2 gibt es Berufskategorien, die nicht an diese Höchstarbeitszeiten gebunden sind. Für sie gelten andere oder gar keine. Zur Arbeitszeit gehört die Präsenzzeit im Betrieb, vom Arbeitgeber veranlasst Weiterbildungen, Pikettdienst (bei Aufenthalt im Betrieb). Nicht dazu gehört der Arbeitsweg oder der Pikettdienst, bei dem man sich nicht im Betrieb aufhalten muss. Eine 47-Stunden-Woche wäre eine überzeitbelegte Woche. Das ist der Anteil, der die wöchentliche Höchstarbeitszeit übersteigt. Diese ist grundsätzlich verboten, aber nicht immer unumgänglich. Es muss Dringlichkeit (Arbeitsandrang: Arztgehilfin) vorliegen, bei Inventar, Rechnungsabschluss (zeitlich limitiert). Nur unter diesen Umständen ist Überzeit zugelassen. Sie ist zwingend mit einem Zuschlag zu entlönnen (kann nicht anders vereinbart werden → im Gegensatz zu Überstunden) oder durch Kompensation mit Freizeit. Sie ist nicht unbeschränkt zulässig. Max. 2h pro Tag liegt drin. Eine allfällige dritte Stunde dürfte der Arbeitnehmer verweigern. Jährlich darf es nicht mehr als 170 (45-h-Woche) bzw. 140 (50-h-Woche) Stunden betragen. Die Höchstarbeitszeit darf verlängert werden. Einerseits durch Verordnung bei saisonalen Schwankungen oder Witterung. Kraft Verordnung oder gesetzlicher Anordnung darf sie um 4h überschritten werden. Verboten ist sie generell bei Jugendlichen.

Ausnahme: Familienpflichten. Eine Kündigung bei Weigerung wäre zwar missbräuchlich, aber trotzdem gültig. Sie würde nur Schadenersatzansprüche nach sich ziehen.

Nachtarbeit

Ist generell nicht mehr verboten. Beschäftigung zwischen 23 Uhr und 6 Uhr morgens. Sie ist grundsätzlich untersagt, aber die Ausnahmen sind sehr zahlreich. Hier kommt es auf den einzelnen Betrieb an. Wer die VSS erfüllt, kann eine Bewilligung einholen.

Das Verbot ist sehr relativ zu sehen. Sie wird oft erlaubt. Jugendliche dürfen grundsätzlich keine Nachtarbeit leisten, aber hier gibt es auch wieder Ausnahmen.

Pausen

Müssen gewährt werden. Darf man in dieser Zeit den Betrieb nicht verlassen, wird die Arbeitszeit eingerechnet. Sonst nicht. Die Pause an sich sagt nichts über die Entlohnung der Pause aus. Das ArG sagt nur etwas über die zeitlichen Massstäbe aus, nicht aber über die Entlohnung. Art. 329 OR regelt die Freizeit. Im Stundenlohn erhält man die Pause nicht bezahlt, hingegen im Monatslohn ist diese Pause inbegriffen.

Mutterschaft

Verbot von 8 Wochen nach der Niederkunft. Aber das deckt sich nicht mit dem finanziellen Bereich.

Sonderschutz

Ist im Gesetz stehen geblieben. Bis zu einem gewissen Alter dürfen sie gar nicht beschäftigt werden. Danach dürfen Botengänge gemacht werden oder bei Sportveranstaltungen eingesetzt werden. Ab 15. Altersjahr (nach obl. Schulzeit) darf er arbeiten. Hier ist auch wieder Nachtarbeit oder Überzeitarbeit vorbehalten.

Prüfung

Es kommt kein Arbeitsgesetz vor. Abgegeben werden OR, ArG und VO1.

5. Teil: **Kollektives Arbeitsrecht**

Es geht um die Organisation des Arbeitsrechts. Die Arbeitnehmer und auch die Arbeitgeber treten einander organisiert gegenüber → geschichtlicher Ursprung. Es sind die Arbeitnehmer-Organisationen, die die Fortschritte des Arbeitsrechts erreicht haben.

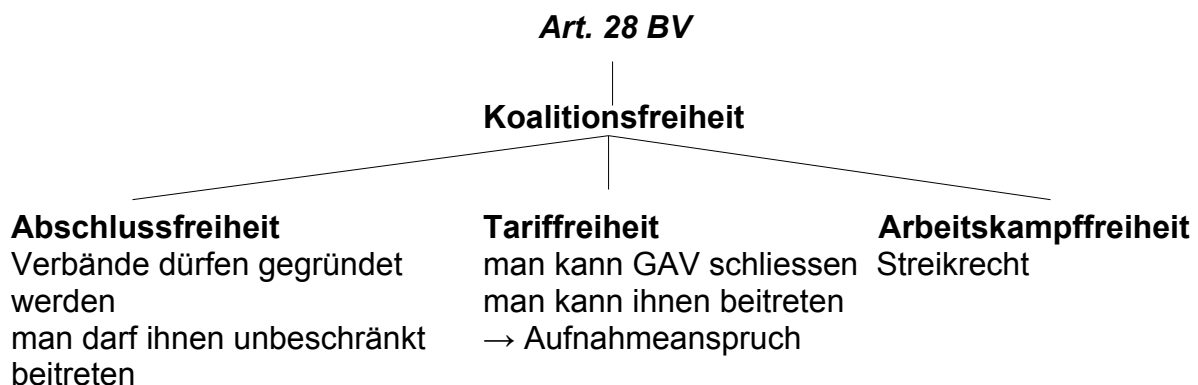
Es ist zum einen das Betriebsverfassungsrecht, das die Grundlage im Arbeitsgesetz hat und wo es um das Mitspracherecht geht. Aktuelles Beispiel: Rauchverbot.

Die Arbeitsverfassung beinhaltet die Organisation des Arbeitsrechts auf überbetrieblicher Ebene. Sie unterteilt sich in das Koalitionsrecht, das Gesamtarbeitsvertragsrecht und das Streikrecht. Allen voran steht das Koalitionsrecht (Verbandsorganisation), denn sowohl der GAV als auch das Streikrecht von der Koalition abhängt.

Definition: Koalition

Eine Koalition ist ein Verband von Arbeitnehmern. Zugleich ist es aber auch ein Zusammenschluss von Arbeitgebern. Auch ein Einzelarbeitgeber kann eine Koalition darstellen. Im Gegensatz dazu können die Arbeitnehmer nur organisiert Partei sein.

Sie sind verfassungsrechtlich geschützt: Art. 28 BV. → Existenzanspruch gegenüber Staat. Die Wirtschaftsfreiheit wird durch die Koalitionfreiheit indirekt bestärkt, da grundsätzlich Vertragsfreiheit herrscht unter den Parteien. Der Arbeitgeber kann Vertragsbedingungen stellen → Art. 19 OR. Aber durch die indirekte Drittwirkung will man den Arbeitgeber schützen. Nicht jede Bedingung ist erlaubt, also keine die Koalitionfreiheit beschränkende Bedingung.



Nur wenn in den Statuten die Zielbestimmung statuiert ist, ist es eine Koalition: Verein mit Zweckbestimmung. Zweck: Regelung arbeitsrechtlicher Fragen durch Selbstorganisation. Der Staat hält sich hier zurück. Die Flexibilität ist so besser

gewährleistet. Dazu gehören auch noch weitere Zusatzaufgaben für die Privaten: betriebliche Weiterbildung. Nebenaufgabe der Koalition ist die Verhandlungsaufgabe: Auftritt nach aussen. Anschluss an einen anderen Verband ist möglich. Eine Koalition darf nicht ausgeschlossen werden vom Abschluss eines GAV's, da man den Arbeitsmarkt so gestalten will, dass alle die gleichen Bedingungen haben. Der Wettbewerb unter den Arbeitgebern soll nicht auf dem Buckel der Arbeitnehmer ausgetragen werden.

Streitmonopol: Verbandsklagerecht in Rahmen von Art. 7 UWG.

Die Koalitionen sind auch auf politischen Ebenen aktiv. Sie werden mithineingezogen bei Vernehmlassungen: Vetorecht. Damit diese Aussenwirkungen verwirklicht werden können, müssen gewisse Voraussetzungen erfüllt werden:

- Art. 60 ZGB Juristische Person (in der Regel Vereine, oder sonst Genossenschaften),
- Gewährleistung der Freiwilligkeit → keine Zwangsverein: Der Ein- bzw. Austritt müssen frei möglich sein.
- Ausgeschlossen: Potestativbedingung (einem Verband beitreten oder aus einem anderen Verband austreten)
- Homogenität von Zugehörigkeit (nur Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, da sonst interner Interessenskonflikt)
- Unabhängigkeit:
 - Art. 28 BV → frei vom Staat (historisch)
 - frei von Kirche
 - Weisungsfreiheit → autonom sein
- Postulat:
 - Mindestlöhne
 - Höchstarbeitszeit
- Demokratische Grundsätze: Verein oder Genossenschaft → Willensbildung auf Mitgliederebene (Versammlungen)

Verdrängung:

Eine Koalition übt Druck aus auf andere Koalition, Fremde, etc. → Einführung von Klauseln zum Beitritts- oder Austrittszwang

Absperrklausel:

Closed-shop-Klausel → um Stelle zu erhalten ist die Mitgliedschaft in der Koalition VSS.

Bedingung oder Druck ausüben, dass man eine Koalition beitrifft, sonst würde der Arbeitsvertrag aufgelöst werden, oder Entlassung bei Austritt.

→ unzulässig → Art. 27/28 ZGB
Können zu Schadenersatz führen.

Anschluss von Aussenseitern:

Wer nicht eigentlich Mitglied der Koalition sein will, hat die Möglichkeit, sich vertraglich einer Koalition anzuschliessen (eben nicht mitgliedschaftlich). → Anspruch darauf

Mit dem vertraglichen Anschluss bezweckt er GAV. Die normativen Bestimmungen des GAV sind direkt auch auf ihn anwendbar. Dieser Anschluss muss frei sein, ABER dieser Anschluss kann auch direkt oder indirekt erzwungen werden. → Art. 356b OR zulässig.

Der GAV, der zwischen den Koalitionen abgeschlossen wird, gilt grundsätzlich nur für die Mitglieder der Koalition. Er gilt nicht für sogenannte Aussenseiter. Es entsteht eine Spannung (Spann- oder Differenzierungsklausel) zwischen den verschiedenen Arbeitnehmern. Indirekt kann man so einen Anschlusszwang ausüben. Wenn ihr euch nun anschliesst, kommt ihr auch in Genuss der besseren Bedingungen des GAV. Damit dieser Zwang nicht allzu stark ausfällt und der Anschlussfreiheit noch gerecht wird, dürfen die Beiträge für solche angeschlossenen Aussenseitern nicht allzu hoch sein. Viel tiefer als Mitgliederbeitrag damit eben kein Beitrittszwang. Keine Konkurrenzierung der Koalitionen über den Mitgliederbeitrag.
→ Trittbrettfahrer

GAV

Der GAV ist eigentlich ein überbetrieblicher Arbeitsvertrag, der nicht vom Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer abgeschlossen wird. Vertragsparteien sind die Arbeitnehmerkoalition oder ein einzelner Arbeitgeber auf der einen Seite und auf der anderen Seite die Arbeitgeberkoalition.

Er ist ein ganz normaler schuldrechtlicher Vertrag der nach Art. 1 OR zustande kommt. Er wird ausgelegt nach Vertrauensprinzip. Schriftlichkeit ist Formvorschrift. Die Koalition muss tariffähig sein. Nur wer intern die Voraussetzung der Freiwilligkeit, der Unabhängigkeit, etc. erfüllt, ist dann auch tariffähig.

Diesem GAV kann man sich auch vertraglich unterstellen: anschliessen, oder es kann auch eine zweite Koalition diesem Vertrag beitreten.

Landesmantelvertrag: Es gibt sie in Form von Rahmenverträgen, die gewisse Bereiche regeln. Sie erlassen Mindestvorschriften, die aber durch die Einzelgesamtarbeitsverträge konkretisiert werden müssen. Sie gelten vor allem regional. So kann man den Unterschieden Rechnung tragen.

Man will unter den Arbeitnehmern eine Gleichbehandlung erzwingen. Diese wird eben durch die sogenannten Aussenseiter gestört. Deshalb das Bedürfnis nach Beitrittszwang.

→ arbeitsrechtliche Ordnung

Man will auch Arbeitgeber binden. Man will sie auf ein einheitliches Arbeitsbedingungs-niveau zwingen, damit sie nicht auf Kosten von Arbeitnehmern wirtschaftliche Vorteile haben.

Sie sind nicht immer klar bezüglich der Parteien. Welche Koalitionen kommen als solche Parteien in Frage?

Es gibt ganze Branchen betreffende Koalitionen: Baugewerbe.

Es gibt aber auch berufs-betreffende Koalitionen: Gerade das Baugewerbe ist bekannt dafür, dass es verschiedene Branchen gibt. So stehen sich ev. Branchenverbände und Berufsverbände gegenseitig im Weg. Man will eine einheitliche Ordnung von Arbeitsbedingungen. Es können niemals mehrere verschiedene Koalitionen als Partei bei einem GAV mitwirken. Auf einen Betrieb ist nur ein GAV anwendbar. Man kann höchstens beitreten oder anschliessen. Also stellte man eine prioritäre Ordnung auf: Ausschlaggebend ist nicht der Beruf, sondern die Tätigkeit des Betriebes. Wenn sich trotzdem Konkurrenzen ergeben, dann geht der Branchenvertrag dem Berufsvertrag vor.

Inhalt des GAV sind in erster Linie die normativen Bestimmungen. Wir haben es eigentlich mit einem Vertrag zu Lasten Dritter zu tun. Es wirkt normativ wie ein Gesetz. Die Bestimmungen werden auch ausgelegt wie Gesetzesnormen, weil sie eine Vertragspartei verpflichten, die nicht an den Verhandlungen teilgenommen hat. Der normative Teil gilt unmittelbar, er gilt direkt. → self-executing

Es gilt das Günstigkeitsprinzip, dh einzelarbeitsvertragliche Abweichungen sind soweit zulässig als sie günstiger sind für den Arbeitnehmer. Weil das aber ein Vertrag zwischen den Koalitionen ist, müssen diese unter sich noch einige Sachen regeln. Insbesondere die Friedenspflicht (Hauptpflicht), Einwirkungspflicht auf Mitglieder, Verpflichtung zur Durchsetzung, etc.

Die Koalitionen verpflichten sich gegenseitig, Einrichtungen zu Gunsten von Arbeitnehmern zu schaffen. Es geht hier um betriebliche Einrichtungen im sozialen Bereich (Vorsorge, Krankenkasse, Fürsorgefonds, Sozialleistungen, Kindergarten, Mittagstisch, etc.).

Der GAV wird in der Regel durch Zeitablauf beendet (befristet, bestimmte Laufdauer), oder Kündigung (ordentlich oder ausserordentlich), durch Aufhebungsvertrag oder durch Resolutivbedingung. Was ist nun, wenn der GAV endet und der EAV weiter läuft? Wenn ein GAV endet, dann wirkt der EAV weiter bis er ordentlich gekündigt werden kann. Die normativen Bestimmungen des GAV wirken somit über das Ende hinaus. Das ist oft der Anlass für eine Änderungskündigung mit neuen Vertragsbedingungen. Wenn ein Arbeitnehmer aber aus der Koalition austritt, dann untersteht er auch nicht mehr dem GAV. Für ihn gilt ein normales einzelarbeitsvertragliches Verhältnis. Wir haben hier keine Parität. Wenn der Arbeitgeber austritt, dann gelten die Bestimmungen des GAV weiter.

Fragen:

1. Darf nach der Grösse des Betriebes abgestuft werden? Es hat verschiedene Mitglieder in dieser Koalition. Art. 357 OR → Gleichbehandlungsgebot. Ist nicht absolut, sondern relativ. Eine Abstufung nach objektiven Kriterien, wie Grösse, etc. dürfen stattfinden. Gleichbehandlung ist gegeben, wenn die Beiträge, die Mitspracherechte, etc. gleich sind.
In der Genossenschaft: 1 Stimme = 1 Mitglied, im Vereinsrecht ist das anders. Art. 28 BV → Koalitionsfreiheit
Keine Einschränkung, reines Eintrittsrecht.
2. Es gibt chuldrechtliche, normative und indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen. Die schuldrechtlichen Bestimmungen gelten zwischen den Koalitionen. Die Verpflichtungen werden gegenseitig von den Koalitionen eingegangen. Diese haben keine direkten Auswirkungen auf die Mitglieder der Koalition.
Die normativen Bestimmungen sind der Kern des Arbeitsvertrages. Es geht um den Inhalt. Sie wirken direkt zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Sie sind gleich zu behandeln wie das Gesetz.
Die indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen sind sehr schwer fassbar. Die Bestimmungen werden von den Koalitionspartnern aufgesetzt. Für die Erfüllung haben die einzelnen Mitglieder der Koalition einen Anspruch. → Vertrag zu Gunsten Dritter.
Hier handelt es sich um normative Bestimmungen. Es geht um die Einteilung der Lohnklasse. Der Lohn bestimmt sich nach bestimmten Kriterien: Alter, Dienstalter, Qualifikation, etc. Hier werden nicht alle Kategorien berücksichtigt. Namentlich wird das Alter nicht berücksichtigt. So kann er unter Umständen Lohn sparen. Der Arbeitgeber erfüllt die normativen Bestimmungen nicht. Er verletzt den GAV, gegenüber der Koalition und gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern. Dieser hat einen Anspruch aus seinem Einzelarbeitsvertrag und kann Lohnnachforderungen stellen. Bei einem GAV hat die Koalition eine Einwirkungspflicht auf ihre Mitglieder, den sie durchsetzen muss. Dies geschieht durch die paritätische Kommission, die informiert wird. Sie hat die Aufgabe, diese Einwirkung vorzunehmen. Dazu kann sie auch Sanktionen androhen (verhältnismässig, etc. Verweis bis Konventionalstrafe und Ausschluss aus Koalition aus wichtigem Grund → Verstoss gegen Vereinsinteressen). Wenn die Koalition diese Einwirkungspflicht unterlässt, begeht sie gegenüber der anderen Vertragspartei eine Vertragsverletzung, was Schadenersatzansprüche nach OR 97 zur Folge haben kann. Wenn es zum Streit kommt, kommt ein Schiedsgericht zum Zug.
Der Arbeitnehmer kann gegen seinen Arbeitgeber nur zivilrechtlich vorgehen.
3. Das ist ein gravierender Einschnitt in die Persönlichkeitsrechte. Der Arbeitgeber darf diese Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers nicht verletzen. Alles, was ausserhalb des Arbeitsverhältnisses liegt, geht den Arbeitgeber grundsätzlich nicht an. → Art. 28 ZGB. Ausser es handelt sich um einen Tendenzbetrieb.

Rauchverbot wäre auch nicht gestattet. Wenn die Untersuchung freiwillig angeboten wird, dann wäre es nach Riemer-Kafka gestattet.

4. Änderungskündigung
5. Die Arbeitnehmer können individuell den Teuerungsausgleich einklagen. Oder sich über die Koalition wehren. Die Gewerkschaft müsste wieder einwirken und die paritätische Kommission anrufen.

II. Übungsbeispiele zum AR vom 22.1.2007

Kollektives Arbeitsrecht

1. Der Arbeitgeber-Verband Werkzeugmaschinen nimmt Betriebe ab einer Grösse von 100 Arbeitnehmern auf. Die finanziellen Leistungen sowie das Stimmrecht in der Mitgliederversammlung sind nach Grösse des Betriebs abgestuft.
2. Der Arbeitgeber Spar stuft seine Arbeitnehmer entsprechend ihrer Qualifikation und des Dienstalters in bestimmte Lohnklassen ein, obwohl kraft GAV, der Arbeitslöhne nach Lohnstufen festlegt, zusätzlich auch das Alter des Arbeitnehmers zu berücksichtigen ist.
3. Zum Zwecke der Gesundheitsförderung der Arbeitnehmer sieht ein GAV vor, dass sich die Arbeitnehmer ein Mal im Jahr einer ärztlichen Untersuchung durch den Betrieb unterziehen müssen.
4. Ein dem GAV Gemüsehandel angeschlossener Betrieb wird an einen Detailhandelsbetrieb verkauft. Dieser kündigt alle Arbeitsverträge mit der Offerte zum Abschluss neuer mit einer um 30 Minuten erweiterten Wochenarbeitszeit. Können sich die Arbeitnehmer wehren?
5. Weil der Teuerungsausgleich nicht erstattet wird, beschliessen die Arbeitnehmer der Firma Nogler, sich zu wehren. Welche rechtlichen Mittel können eingesetzt werden?

Art. 2 Abs. 2 und 3 BV: Streit und Aussperrung sind zulässig. Arbeitskämpfmassnahmen sind immer ultima ratio, damit sie rechtmässig sein können. Die BV lässt solche Massnahmen zu, sie schränkt das Recht gleichzeitig ein. Nur wenn andere Massnahmen nicht greifen, darf man zu Arbeitskämpfmassnahmen greifen.

- Streik → Arbeitnehmer gegen Arbeitgeber (Massnahme der Gewerkschaft)
- Aussperrung → Arbeitgeber (Massnahme der Arbeitgeber oder -verband)

Ein Einzelner darf niemals zu einer Arbeitskämpfmassnahme greifen. Dies kann nur die Koalition oder der einzelne Arbeitgeber. Nur diese beiden sind legitimiert und dürfen erst zu dieser Massnahme greifen, wenn sie den Schlichtungsweg vorher erfolglos beschritten haben. Voraussetzung ist ein abgeschlossenes, erfolgloses Schlichtungsverfahren/Verhandlung zwischen den Koalitionen. Der Grund dafür ist, dass der Gegenstand, der zu einem Arbeitskampf führen darf, um die Neuformulierung von Arbeitsbedingungen geht.

Einen Streik auszurufen um die Betriebsschliessung zu verhindern, ist nicht möglich. Individuelle Rechtsansprüche damit durchzusetzen ist auch nicht möglich. Die Verletzung des GAV kann man nicht mit dem Arbeitskampf angehen.

Ziel ist die Erreichung des Abschlusses eines neuen GAV (mit besseren Arbeitsbedingungen).

Wilde Streiks sind alle Streiks, die nicht rechtmässig sind. Sie gehen nicht von einer Koalition aus und wurden von den Arbeitnehmern selber ausgerufen. Sie haben ein anderes Ziel als der GAV. Es können auch solche sein, die über das Ziel hinaus schiessen (nicht verhältnismässig → Ausschreitungen)

Es ist eine Frage der Waffengleichheit, die der Staat respektiert.

Aussperrungen sind suspensiv.

Arbeitnehmer, die arbeitswillig sind, dürfen nicht an der Arbeit gehindert werden. Sie dürfen aber auch nicht zur Arbeit gezwungen werden.