Studer, Sigerist
Arbeitsrecht

Josef Studer / Michael Sigerist

Übungsbuch Arbeitsrecht

Repetitionsfragen, Übungsfälle und
bundesgerichtliche Leitentscheide

4., überarbeitete Auflage

orell füssli
verlag

4., überarbeitete Auflage 2022
Orell Füssli Verlag, www.ofv.ch

Allfällige nachträglich bekannt gewordene Fehler werden in einer Korrigenda publiziert unter www.ofv.ch/505288

© 2022 Orell Füssli AG, Zürich

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Nachdruck, Übersetzung oder Vervielfältigung auf anderen Wegen sowie elektronische Speicherung und Wiedergabe bleiben vorbehalten, auch bei nur auszugsweiser Verwertung wie Entnahme von Abbildungen und Tabellen. Soweit Vervielfältigungen des Werks oder Teilen davon im Einzelfall und in den Grenzen der Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes zulässig sind, sind diese grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen werden straf- und zivilrechtlich verfolgt.

ISBN 978-3-280-07381-0 Print
ISBN 978-3-280-09489-1 E-Book

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter www.dnb.de abrufbar.

Vorwort

Die Übungsbände Recht ergänzen die Reihe Repetitorien Recht; sie sind inhaltlich jeweils gleich gegliedert. Durch die Kombination beider Bände kann der Stoff bei Bedarf kapitelweise vertieft oder bei Unsicherheiten nochmals grundlegend erarbeitet werden. Die Übungsbände ergänzen die Repetitorien in zweierlei Hinsicht:

- Sie enthalten noch mehr Fragen und Übungsfälle, die auf den Fragestellungen der Repetitorien aufbauen und diese ergänzen. Während sich die Repetitorien auf eine konzise Darstellung des Themas konzentrieren, dienen die Übungsbände der Festigung und Vertiefung des Gelernten.
- Die Übungsbände enthalten sodann zentrale Bundesgerichtsentscheide, die in der zusammengefassten Abhandlung des Repetitoriums nur gestreift werden konnten, deren Kenntnis aber trotzdem prüfungsrelevant sein kann.

Das Arbeitsrecht ist ein sehr umfangreiches Themengebiet. Die Studienliteratur ist aufgeteilt in Gesamtdarstellungen und Werke zu einzelnen Themen. Zusammen stellen diese eine Fülle von Informationen dar. Die Spezialliteratur und die Judikatur sind ebenfalls sehr umfangreich. Für die Prüfungsvorbereitung wurden deshalb das Repetitorium Arbeitsrecht und der vorliegende Ergänzungsband geschaffen.

Gedankt sei an dieser Stelle v.a. den Familien der Autoren für die aufgebrachte Geduld und den Verantwortlichen des Orell Füssli Verlags für die gute Zusammenarbeit.

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird für sämtliche Personenbezeichnungen, die für beiderlei Geschlecht gelten, die männliche Form verwendet.

Die Autoren sind für Hinweise auf Fehler oder für Verbesserungsvorschläge jederzeit dankbar. Diese sind zu richten an den Verlag:

jusmedien@orellfuessli.com

Stand der Bearbeitung: Frühjahr 2022

Oberhasli/Luzern, März 2022

Josef Studer, Michael Sigerist

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Inhaltsverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	9
Literaturverzeichnis	13
1. Teil Grundlagen des Arbeitsrechts	15
A Repetitionsfragen	15
B Übungsfälle	17
C Bundesgerichtliche Leitentscheide	18
2. Teil Die Entstehung eines Arbeitsvertrags	27
A Repetitionsfragen	27
B Übungsfälle	29
C Bundesgerichtliche Leitentscheide	30
3. Teil Die Pflichten des Arbeitnehmers	39
A Repetitionsfragen	39
B Übungsfälle	42
C Bundesgerichtliche Leitentscheide	45
4. Teil Die Pflichten des Arbeitgebers	51
A Repetitionsfragen	51
B Übungsfälle	56
C Bundesgerichtliche Leitentscheide	61
5. Teil Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses	79
A Repetitionsfragen	79
B Übungsfälle	84
C Bundesgerichtliche Leitentscheide	90

6. Teil Das öffentliche Arbeitsrecht	132
A Repetitionsfragen	132
B Übungsfälle	134
C Bundesgerichtliche Leitentscheide	135
7. Teil Das kollektive Arbeitsrecht	142
A Repetitionsfragen	142
B Übungsfall	144
C Bundesgerichtliche Leitentscheide	144
8. Teil Besondere Fragen	150
A Repetitionsfragen	150
B Übungsfälle	152
C Bundesgerichtliche Leitentscheide	154
9. Teil Besondere Einzelarbeitsverhältnisse	178
A Repetitionsfragen	178
B Übungsfall	179
C Bundesgerichtliche Leitentscheide	180
Lösungen	185
Lösungen zum 1. Teil: Grundlagen des Arbeitsrechts	185
Lösungen zum 2. Teil: Die Entstehung eines Arbeitsvertrags	193
Lösungen zum 3. Teil: Die Pflichten des Arbeitnehmers	200
Lösungen zum 4. Teil: Die Pflichten des Arbeitgebers	209
Lösungen zum 5. Teil: Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses	221
Lösungen zum 6. Teil: Das öffentliche Arbeitsrecht	244
Lösungen zum 7. Teil: Das kollektive Arbeitsrecht	249
Lösungen zum 8. Teil: Besondere Fragen	254
Lösungen zum 9. Teil: Besondere Einzelarbeitsverhältnisse	264

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (SR 822.11)
ArGV1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (SR 822.111)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVEG	Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (SR 221.215.311)
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz) vom 6. Oktober 1989 (SR 823.11)
AVV	Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung) vom 16. Januar 1991 (SR 823.111)
BBG	Bundesgesetz über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz) vom 13. Dezember 2002 (SR 412.10)
betr.	betreffend
BGE	in der Amtlichen Sammlung publizierter Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts (Bundesgerichtsentscheid)
BGer	Bundesgerichtsentscheid (nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
bspw.	beispielsweise

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
E.	Erwägung
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EntsG	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz) vom 8. Oktober 1999 (SR 823.20)
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz (Erwerbsersatzgesetz) vom 25. September 1952 (SR 834.1)
etc.	et cetera (und so weiter)
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	und (fort)folgende/r (Seite[n], Randnummer[n] etc.)
gem.	gemäss
GestG	Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz) vom 24. März 2000 (nicht mehr in Kraft)
ggf.	gegebenenfalls
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995 (SR 151.1)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HArG	Bundesgesetz über die Heimarbeit (Heimarbeitsgesetz) vom 20. März 1981 (SR 822.31)

HArGV	Verordnung über die Heimarbeit (Heimarbeitsverordnung) vom 20. Dezember 1982 (SR 822.311)
h.L.	herrschende Lehre
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411)
i.c.	in casu (im vorliegenden Fall)
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.S.(v.)	im Sinne (von)
i.Üe.	im Üechtland
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
km	Kilometer
lit.	litera
LKW	Lastkraftwagen
max.	maximal
mind.	mindestens
MitwG	Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (SR 822.14)
Nr.	Nummer
o.Ä.	oder Ähnliches
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
p.a.	per annum (pro Jahr)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)

RGG	Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden vom 23. März 2001 (SR 943.1)
S.	Seite
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSG	Bundesgesetz über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschifffahrtsgesetz) vom 23. September 1953 (SR 747.30)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
u.a.	(SR 311.0) unter anderem
UNO	United Nations Organization (Vereinte Nationen)
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.1)
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1)
usw.	und so weiter
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202)
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	(SR 210) Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung) vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

Literaturverzeichnis

Für das Übungsbuch Arbeitsrecht wurden hauptsächlich die nachfolgend aufgeführten Werke herangezogen. Vgl. auch das Literaturverzeichnis im Repetitorium Arbeitsrecht.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019.

MÜLLER, ROLAND A./MADUZ, CHRISTIAN, ArG Kommentar, Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, Orell Füssli Kommentar (OFK), 8. Aufl., Zürich 2017.

PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich 2020.

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002.

SCHÜRER HANS UELI/WANNER MARIANNE, Arbeit und Recht, 14. Aufl., Zürich 2020.

VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014.

1. Teil Grundlagen des Arbeitsrechts

A Repetitionsfragen

Gegenstand und Bereiche des Arbeitsrechts

1. Welchen Tatbestand regelt das Arbeitsrecht?
2. In welche drei Bereiche gliedert sich das Arbeitsrecht?
3. Zu welchem Bereich des Arbeitsrechts zählt der Normalarbeitsvertrag?
4. Zu welchem Zweck wurde das Arbeitsrecht ursprünglich eingeführt?
5. Können Verstöße einer Vertragspartei gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen über die Arbeit oder die Berufsbildung vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden?
6. Was versteht man unter Tarifautonomie?

Lösungen S. 185

Rechtsquellen des Arbeitsrechts

7. Gibt es gesetzliche Bestimmungen, welche auch zuungunsten des Arbeitgebers unabänderlich sind?
8. Kann in einem Einzelarbeitsvertrag vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer die ihm durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen selber trägt?
9. Ist ein Normalarbeitsvertrag ein Vertrag?
10. Was wird mit welchen Mitteln durch den Normalarbeitsvertrag geregelt?
11. In welchen Erscheinungsformen treten allgemeine Arbeitsbedingungen auf?
12. Sind nachträgliche Abänderungen allgemeiner Arbeitsbedingungen einseitig möglich?
13. Wie ist die betriebliche Übung zu qualifizieren?
14. Was versteht man unter einer Betriebsordnung?
15. Welche Wirkungen haben Normen einer Betriebsordnung?
16. Ist das Aufstellen einer Betriebsordnung obligatorisch?
17. Welche beiden Teile im Gesamtarbeitsvertrag werden unterschieden?

18. In welchem Verhältnis stehen direkt anwendbare Normen des supranationalen Rechts zum schweizerischen Recht?
19. Welche Rechtsquelle hat bei Widerspruch zwischen normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags und Vorschriften eines Einzelarbeitsvertrags Vorrang?
20. Was versteht man unter dem sog. Günstigkeitsprinzip?

Lösungen S. 186

Geltungsbereiche des Arbeitsrechts

21. Welches ist der persönliche Geltungsbereich des Arbeitsrechts?
22. Welches ist der sachliche Geltungsbereich des Arbeitsrechts?
23. Können der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer juristische Personen sein?
24. Was versteht man unter dem abstrakten und unter dem konkreten Arbeitgeber?
25. Wie kann es zur Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen kommen?

Lösungen S. 187

Merkmale des Einzelarbeitsvertrags

26. Durch welche Merkmale kennzeichnet sich der Einzelarbeitsvertrag?
27. Gehört der Weg zur Arbeit zur Arbeitsleistung?
28. Was versteht man unter einem Scheinselbstständigen?
29. Welche Rechtsnormen finden auf die Scheinselbstständigkeit Anwendung?
30. Wie wird die Abgrenzung eines arbeitsrechtlichen von einem dienstleistungsrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis getroffen?
31. Wodurch unterscheiden sich Teilzeitarbeit von der Gelegenheits- oder Aushilfsarbeit?
32. Durch welche Eigenschaft zeichnet sich Jobsharing aus?
33. Zählt der Bereitschaftsdienst zur Arbeitsleistung?
34. Wonach bemessen sich Zeitlohn und Akkordlohn?
35. Wodurch grenzen sich der Auftrag und der Arbeitsvertrag voneinander ab?
36. Was versteht man unter einem Gruppenarbeitsverhältnis?

Lösungen S. 188

B Übungsfälle

Übungsfall 1: Rezeptionsklausel

Hubert Frei ist Büroangestellter. Arbeitsvertraglich sind eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden und der Verzicht auf den Zuschlag von 25% zum Normallohn für darüber hinaus geleistete Arbeiten vereinbart worden. Aufgrund eines ausserordentlichen Arbeitsandrangs sind in der Vergangenheit wiederholt wöchentliche Arbeitseinsätze von 50 Stunden erforderlich geworden. Hubert Frei möchte die über die wöchentliche Höchstarbeitszeit hinausgehenden Arbeitsleistungen mit einem Zuschlag von 25% entschädigt haben und ruft das Zivilgericht an. Ist die Anrufung des Zivilgerichts möglich? Hat Hubert Frei Erfolg?

Lösung S. 190

Übungsfall 2: Personalreglement

Frau Schwarzentruher hat einen Arbeitsvertrag mit der Blechter AG abgeschlossen, in welchem das Personalreglement als «integrierender Bestandteil» des Arbeitsvertrags bezeichnet wird. Unter welchen Voraussetzungen hat das Personalreglement Gültigkeit?

Lösung S. 191

Übungsfall 3: Fitnessinstructorin: Auftragsnehmerin oder Arbeitnehmerin?

Vreni Schnellli ist selbstständige Fitnessinstructorin. Im Auftrag der Bizeps-Factory AG leitet sie jeweils am Mittwoch und am Freitag von 12:00–14:00 Uhr im Fitnessstudio der Bizeps-Factory AG Spinning-Kurse. Diese werden namens und auf Rechnung der Bizeps-Factory AG angeboten. Vreni Schnellli wird mit sog. Lektionenentschädigungen abgegolten. Sozialversicherungsrechtliche Abgaben werden keine getätigt. Da Vreni Schnellli die Kurse krankheitsbedingt nicht mehr erbringen kann, wird das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung aufgehoben. Wie beurteilen Sie die Rechtslage?

Lösung S. 191

Übungsfall 4: Coiffeuse auf Abruf

Coiffeuse Janine Schönhaar ist bei Intercoiffeur Krause in einem Teilzeitpensum auf Abruf angestellt. Ihr werden die konkreten Einsätze jeweils am Vorabend für den folgenden Morgen oder am Vormittag für den unmittelbar folgenden Nachmittag per Fax übermittelt. Intercoiffeur Krause vergütet Janine Schönhaar die effektiven Einsätze zu einem Stundenlohn von CHF 30.–. In der Folge kündigt Intercoiffeur Krause das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der einschlägigen Kündigungsfrist von 2 Monaten. Während dieser Dauer der Kündigungsfrist wird Janine Schönhaar nicht mehr zu Arbeitseinsätzen aufgeboten, weshalb ihr auch kein Arbeitslohn mehr ausgerichtet wird. Ist das zulässig?

Lösung S. 191

Übungsfall 5: Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses?

Der Mieter Oberhänsli bewohnt die Dachwohnung auf dem Bauernhof des Vermieters Felder. Letzterer ist von Alter und Krankheiten geschwächt. Die Führung des Landwirtschaftsbetriebs bereitet ihm seit geraumer Zeit Mühe. Aus diesem Grund besorgt Oberhänsli dem Felder seit Jahren nebenbei während 7 Tagen die Woche bei einem täglichen Einsatz von durchschnittlich 2 Stunden den Bauernhof. Bei der Gestaltung der Arbeiten kommt Oberhänsli eine gewisse Selbstständigkeit und Freiheit zu. Dennoch erteilt ihm Felder gewisse Weisungen, wie bspw. betr. den Beginn der Ernte oder den Zeitpunkt des Verkaufs von Vieh. Hat Oberhänsli Anspruch auf Entschädigung?

Lösung S. 192

C Bundesgerichtliche Leitentscheide

Privatrechtliche juristische Person mit öffentlichen Aufgaben

BGE 142 II 154 = Pra 2016 Nr. 98

Arbeitsverhältnisse zu einer privatrechtlichen juristischen Person sind auch dann privatrechtlicher Natur, wenn dem Arbeitgeber öffentliche Aufgaben übertragen sind.

Arbeitnehmer A war Direktor eines Zentrums, welches der privatrechtlichen Stiftung B gehörte. Die Stiftung B war Mitglied der Neuenburger Vereinigung der Heime für Kinder, Heranwachsende und Erwachsene und nahm Aufgaben des

öffentlichen Rechts wahr. Im Rahmen der Anstellung eines Nachfolgedirektors der Stiftung B machte der vormalige Direktor A eine Lohndiskriminierung bei der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts Neuenburg geltend. Dieses wies den Antrag mit der Begründung ab, es liege ein privatrechtliches Rechtsverhältnis vor.

Das Bundesgericht stellte einleitend fest, dass Arbeitsverhältnisse der Angestellten von Gemeinwesen grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur seien, anerkannte jedoch die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen privatrechtliche Arbeitsverhältnisse anzunehmen. Dagegen stehe fest, dass eine privatrechtliche juristische Person auch dann durch das Privatrecht geregelt bleibe, wenn ihr staatliche Aufgaben übertragen sind. Das *Privatrecht* gelte mithin für die *Angestellten einer privatrechtlichen juristischen Person auch dann*, wenn diese *öffentlich-rechtliche Aufgaben* erfüllt. Ob die öffentlich-rechtliche Institution ein Aufsichtsrecht über das Gehalt der Angestellten ausübe oder ob die privatrechtliche juristische Person im öffentlichen Interesse liegende oder lediglich gemeinnützige Aufgaben ausführe, sei nicht massgebend.

OR 342 Abs. 2: Öffentlich-rechtliche Verpflichtung

BGE 135 III 162 = Pra 2009 Nr. 101

Die Abgabe einer Legitimationskarte an eine in der Schweiz arbeitende ausländische Hausangestellte im Dienst einer Diplomatin setzte eine Garantieerklärung der Arbeitgeberin gegenüber der Schweiz voraus, in der sie sich insb. verpflichtete, die Arbeitnehmerin in Vollzeit zu beschäftigen. Auf diese öffentlich-rechtliche Verpflichtung konnte sich die Arbeitnehmerin gem. OR 342 Abs. 2 vor dem Zivilgericht berufen.

BGE 138 III 750 = Pra 2013 Nr. 45

Ein ausländischer Staat unterzeichnete eine Garantieerklärung, mit welcher er sich gegenüber der Schweiz verpflichtete, die auf eine Hausangestellte anwendbaren Lohn- und Arbeitsbedingungen einzuhalten. Die Arbeitnehmerin wurde vom ausländischen Staat in Genf beschäftigt. Diese öffentlich-rechtliche Verpflichtung hat gem. OR 342 Abs. 2 zivilrechtliche Wirkungen, indem sich die Hausangestellte vor dem Zivilgericht darauf berufen kann. Da OR 342 Abs. 2 eine unmittelbar anwendbare Bestimmung i.S.v. IPRG 18 (zwingende Anwendung des schweizerischen Rechts) ist, tritt das von den Parteien gewählte ausländische Recht gegenüber dem anwendbaren schweizerischen Recht zurück.

OR 342 Abs. 2: Arbeitnehmer im Ausland

BGE 139 III 411

Das ArG ist einzig für in der Schweiz, nicht jedoch für im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer anwendbar. Da über OR 342 Abs. 2 nur bestehende öffentlich-rechtliche Verpflichtungen rezipiert werden können, ist auch eine indirekte Anwendung des ArG auf im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer ausgeschlossen.

Der Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz stellte den Arbeitnehmer mit Wohnsitz in Deutschland ein und setzte diesen in Kabul in Afghanistan in seiner Bäckerei zur Belieferung von Truppen vor Ort mit Brot- und Konditoreiwaren ein. Der Arbeitsvertrag wurde schweizerischem Recht unterstellt. Umstritten war, ob auf dieses Arbeitsverhältnis das ArG anwendbar war.

Das Bundesgericht bestätigte, dass zu den anwendbaren Bestimmungen des wählten Schweizer Rechts grundsätzlich auch Vorschriften öffentlich-rechtlicher Natur gehörten. Ob öffentlich-rechtliche Normen auf ein internationales Arbeitsverhältnis Anwendung fänden, entscheide sich nach ihrem eigenen persönlichen, sachlichen und örtlichen Geltungsbereich. Das ArG sehe in dem in ArG 1 ff. beschriebenen Geltungsbereich keine Anwendung auf im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer vor. Auch in der Lehre sei unbestritten, dass das ArG nur auf in der Schweiz beschäftigte Arbeitnehmer direkt anwendbar sei.

Das Bundesgericht klärte in der Folge die Frage der indirekten Anwendbarkeit des ArG, indem OR 342 Abs. 2 dazu führe, dass öffentliches Recht zum Bestandteil des Privatrechts werde. Es hielt in diesem Zusammenhang fest, dass OR 342 Abs. 2 die privatrechtlichen Wirkungen der öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Arbeit und die Berufsbildung regle. Dadurch werde diesen Bestimmungen zusätzlich zivilrechtliche Wirkung verliehen. Es sei jedoch nicht Sinn und Zweck von OR 342 Abs. 2, den Geltungsbereich öffentlich-rechtlicher Vorschriften auf ausländische Arbeitsverhältnisse zu erweitern. Arbeit im Ausland werde nämlich teils unter gänzlich anderen Bedingungen geleistet und sei nicht mit den schweizerischen Arbeitsleistungen vergleichbar. Der Arbeitnehmer habe in Kabul wegen der stark reduzierten Möglichkeit der Freizeitgestaltung eine hohe Wochenarbeitszeit, im Gegenzug jedoch mehr als 10 Wochen Ferien pro Jahr gehabt. Eine solche Lösung wäre bei der Wahl des Schweizer Rechts und gleichzeitiger Anwendung des ArG ausgeschlossen gewesen. Für die Rezeption öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen werde in OR 342 Abs. 2 gerade vorausgesetzt, dass diese auch Inhalt des Einzelarbeitsvertrags sein könnten. Über OR 342 Abs. 2 könnten lediglich bestehende öffentlich-rechtliche Verpflichtungen rezipiert werden. Ist das ArG

auf das betroffene Arbeitsverhältnis nicht anwendbar, entstünden auch keine zivilrechtlichen Ansprüche auf Erfüllung von in diesem Gesetz vorgesehenen Verpflichtungen.

Günstigkeitsvergleich aufgrund eines Gruppenvergleichs

BGE 116 II 153

Ist gesamtarbeitsvertraglich eine Umsatzentschädigung und zusätzlich ein fester Lohnanteil vorgeschrieben, einzelarbeitsvertraglich dagegen nur eine Umsatzentschädigung vereinbart, kann wegen Fehlen des festen Lohnanteils nicht auf die Ungünstigkeit des Einzelarbeitsvertrags geschlossen werden. Vielmehr ist anhand eines sog. Gruppenvergleichs vorzugehen und die Gesamtheit der Entschädigung gemäss Einzelarbeitsvertrag mit der Gesamtheit der Entschädigung gemäss Gesamtarbeitsvertrag zu vergleichen.

Einer Service-Angestellten stand einzelarbeitsvertraglich Lohn in Gestalt einer ausschliesslichen Umsatzentschädigung von 18% zu. Gemäss dem damals einschlägigen Landes-Gesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe (L-GAV) bestand bei der direkten Umsatzentlohnung Anspruch einerseits auf einen Umsatzanteil von mind. 13.04% des erzielten Bruttoumsatzes sowie andererseits auf einen festen Lohnanteil von mind. CHF 450.– pro Monat.

Das Bundesgericht beurteilte die Frage, ob die Vereinbarung der Parteien gesamtarbeitsvertragskonform und mithin die Entlohnungsregelung des Einzelarbeitsvertrags für den Arbeitnehmer günstiger als jene des Gesamtarbeitsvertrags sei (OR 357 Abs. 2), aufgrund eines sog. *Gruppenvergleichs*. Es verglich dabei die Gesamtheit der Lohnbestimmungen des L-GAV mit der einzelvertraglichen Entlohnungsabrede. Die Günstigkeit der Bestimmung des Einzelarbeitsvertrags wurde vorliegend bejaht, da die Umsatzentschädigung von 18% für den Arbeitnehmer günstiger war als die Summe der Umsatzentlohnung von 13.04% und des Festlohnanteils von CHF 450.– pro Monat. Das Bundesgericht wies dadurch die anderslautende Ansicht zurück, wonach die beiden Lohnbestandteile je separat der einzelarbeitsvertraglichen Abrede gegenüberzustellen seien und eine Wegbedingung des Festlohnanteils in Gestalt der Risikoüberwälzung auf den Arbeitnehmer für diesen stets eine Verschlechterung zur Folge habe.

Vgl. auch den Leitentscheid «Normativer Charakter eines Gesamtarbeitsvertrags», S. 144 f.

Merkmale des Einzelarbeitsvertrags: Abhängigkeitsverhältnis

BGE 118 II 157

Steht der Franchisenehmer faktisch in einem ähnlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Franchisegeber wie ein Arbeitnehmer zu seinem Arbeitgeber, so rechtfertigt sich die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften.

Marie-Therese B. betrieb in Luzern im Rahmen eines mit der YR AG geschlossenen Franchisevertrags auf eigene Rechnung ein YR-Schönheitszentrum. Vertraglich war dafür eine umsatzabhängige Nutzungsgebühr von 1% vereinbart. Gegen das Ansinnen der YR AG, die Nutzungsgebühr von 1% auf 7% zu erhöhen, opponierte Marie-Therese B., worauf der Franchisevertrag als Folge dieser Opposition durch die YR AG gekündigt wurde.

Das Bundesgericht sprach sich trotz der formellen Selbstständigkeit von Marie-Therese B. für eine *sinngemässe Anwendung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften* auf den konkreten Franchisevertrag aus, indem ihre *Arbeitsleistungen* das Hauptelement des Vertrags gewesen seien und sie durch weitreichende Weisungs- und Kontrollrechte der YR AG in einem *Unterordnungsverhältnis* zu dieser gestanden habe. Die Kündigung wurde in analoger Anwendung von OR 336a als missbräuchlich qualifiziert und Marie-Therese B. eine Entschädigung zugesprochen.

Merkmale des Einzelarbeitsvertrags: Arbeitsleistung (Präsenzzeit und Rufbereitschaft)

BGE 124 III 249

Wartet der Arbeitnehmer bei «Arbeit auf Abruf» im Betrieb des Arbeitgebers auf Arbeit, gilt dieser Bereitschaftsdienst als normale Arbeitszeit und ist daher entsprechend zu entlönnen. Wartet er dagegen ausserhalb des Betriebs, ist diese sog. Rufbereitschaft gemäss Üblichkeit oder Billigkeit reduziert zu entschädigen.

Im Zusammenhang mit den Arbeitsleistungen eines bei einem Eisenlegerbetrieb angestellten Handlangers hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob der Arbeitnehmer bei «Arbeit auf Abruf» für seine Wartezeit zu entschädigen sei.

Das Bundesgericht differenzierte: Wartet der Arbeitnehmer *im Betrieb* auf Arbeit, zähle dieser Bereitschaftsdienst zur normalen Arbeitszeit und sei entsprechend zu entlönnen. Wartet der Arbeitnehmer dagegen *ausserhalb des Betriebs* auf Einsätze, sei diese sog. Rufbereitschaft zwar ebenfalls zu entschädigen. Das geringere betriebswirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an der Rufbereit-

schaft und die Möglichkeit zur Nutzung der Bereitschaftszeit für arbeitsfremde Verrichtung rechtfertigten jedoch eine im Vergleich zur Hauptleistung reduzierte Entschädigung. Diese bemesse sich nach der Üblichkeit (OR 322 Abs. 1) und bei deren Fehlen anhand der Billigkeit. Zudem sei es zulässig, die Entschädigung für den Bereitschaftsdienst einzel- oder gesamtarbeitsvertraglich in den Lohn für die Hauptleistung miteinzuschliessen, was bei den Mindestlöhnen gemäss dem Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (LMV) jedoch nicht erfolgt sei.

Merkmale des Einzelarbeitsvertrags: Weisungsgebundenheit

BGE 126 III 75 E. 2a = Pra 2000 Nr. 121

Eine Sängerin, die in der Oper «I pagliacci» von Ruggero Leoncavallo die Rolle der Nedda spielen sollte, dafür nebst gewissen Reisespesen pro Aufführung Anspruch auf eine Bruttoentschädigung hatte und den Weisungen des Regisseurs, des Dirigenten sowie allenfalls des Choreografen unterstand, schloss einen Einzelarbeitsvertrag nach OR 319 Abs. 1 ab.

Merkmale des Einzelarbeitsvertrags: Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt

BGE 133 V 515 = Pra 2008 Nr. 98

Ein Vertragsverhältnis, bei welchem die tatsächliche Arbeitsleistung und die Entlohnung nicht in einem Austauschverhältnis stehen, stellt kein Arbeitsverhältnis nach OR 319 ff. dar.

Das Bundesgericht hielt fest, dass sich der Arbeitsvertrag definitionsgemäss durch ein *Austauschverhältnis* auszeichne, indem der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber *Arbeitsleistung gegen Entgelt* liefere. Wird mit der Bezahlung eines Entgelts an eine arbeitslose Person lediglich ermöglicht, dass dieser nach der geforderten Beitragszeit wieder ein neuer Anspruch auf Arbeitslosenleistung eröffnet werde, und verzichtet der Staat provisorisch auf die Erbringung der Arbeitsleistung, sei diese zweitrangig. Dem abgeschlossenen Vertrag fehle daher die Eigenschaft eines Arbeitsvertrags nach OR 319 ff., weshalb der Verzicht auf die Arbeitsleistung auch keinen Annahmeverzug darstelle. Wer daher aufgrund eines zur Eröffnung einer neuen Rahmenfrist abgeschlossenen Temporär-Arbeitsvertrags einen Lohn bezieht, ohne dass die vereinbarte Entlohnung an die tatsächliche Ausübung

einer Arbeitsleistung für den Arbeitgeber gebunden sei, werde mithin nicht im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags nach OR 319 ff. tätig.

Abgrenzung des Einzelarbeitsvertrags: Gesellschaftsvertrag (I)

BGE 109 II 228

Ein Konkubinatsverhältnis, das eine umfassende Lebensgemeinschaft darstellt und u.a. vom gemeinsamen Ziel des wirtschaftlichen Erfolgs geprägt ist, wird anhand der Liquidationsbestimmungen der einfachen Gesellschaft (OR 548 ff.) aufgelöst.

Nach dem Auseinanderbrechen eines Konkubinatsverhältnisses musste das Bundesgericht über die Ansprüche der Konkubinatspartnerin befinden, welche im Betrieb ihres Partners mitgearbeitet und für die Führung dieses Betriebs ihr Wirtepatent zur Verfügung gestellt hatte.

Den vorliegend zu beurteilenden Fall unterstellte das Bundesgericht dem Gesellschafts- und nicht dem Arbeitsvertragsrecht. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Konkubinatsverhältnisses kam es zum Schluss, dass die Liquidationsbestimmungen der einfachen Gesellschaft anzuwenden seien. Es habe sich bei der fraglichen Beziehung um eine umfassende Lebensgemeinschaft gehandelt, welche nicht zuletzt vom gemeinsamen Ziel eines wirtschaftlichen Erfolgs geprägt gewesen sei. Für die Tätigkeit der Partnerin im Betrieb des Partners erscheine damit der notwendige Bezug zur Gemeinschaft gegeben. Schliesslich stellte das Bundesgericht fest, dass die Anwendung der Liquidationsbestimmungen der einfachen Gesellschaft auch vom Ergebnis her besser befriedige als eine Beurteilung nach Arbeitsvertragsrecht. Das Gesellschaftsrecht ermögliche differenziertere Lösungen. So bestehe bei gutem Geschäftsgang das Gewinnanteilsrecht auch zugunsten des lediglich Arbeit beisteuernden Partners. Im Gegenzug sei das wirtschaftliche Risiko eines schlechten Geschäftsgangs von beiden Partnern zu tragen.

Abgrenzung des Einzelarbeitsvertrags: Auftrag

BGer 4C.460/1995 vom 24. Februar 1997 = Pra 1997 Nr. 172

Der Arbeitsvertrag grenzt sich vom Auftrag primär durch die rechtliche Subordination des Vertragspartners ab. Weitere Indizien zugunsten des Arbeitsvertrags sind ein fixes Gehalt, die Vertragsdauer und der Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen.

Das Bundesgericht hatte zu befinden, ob das Vertragsverhältnis der Parteien als Arbeitsvertrag oder als Auftrag zu qualifizieren war. Es grenzte das Arbeitsverhältnis in erster Linie durch das Merkmal der *rechtlichen Subordination* vom Auftrag ab. Demgegenüber spreche ein überdurchschnittlicher Lohn für sich allein weder gegen einen Arbeitsvertrag noch für ein Auftragsverhältnis. Insb. gegenüber dem Auftrag sei die Lohnhöhe kein brauchbares Abgrenzungskriterium, werde doch gerade die unentgeltliche Arbeitsleistung den Regeln von OR 394 ff. unterstellt. Demgegenüber könne das fixe Gehalt die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Arbeitsvertrag beeinflussen. Für einen Arbeitsvertrag sprächen sodann die zeitliche Dimension, d.h. die Vertragsdauer oder der Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen.

Abgrenzung des Einzelarbeitsvertrags: Gesellschaftsvertrag (II)

BGE 130 III 213

Beim Verwaltungsrat, der gegenüber der Aktiengesellschaft weisungsgebunden ist und zu dieser in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, liegt ein arbeits- und gesellschaftsrechtliches Doppelverhältnis vor. Er untersteht sowohl den arbeits- als auch den gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten.

Bei der durch das Bundesgericht zu beurteilenden Frage, ob ein leitendes Organ einer Aktiengesellschaft zu dieser in einem Arbeitsverhältnis stehen könne, bezeichnete dieses den Umstand für entscheidend, ob die betroffene Person zur Gesellschaft in einem *Abhängigkeitsverhältnis* stehe, indem sie von dieser Weisungen empfängt. Falls ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis bestehe, liege ein *arbeits- und gesellschaftsrechtliches Doppelverhältnis* vor. Dieses Doppelverhältnis habe zur Folge, dass sich das in einem Anstellungsverhältnis befindliche Organ sowohl an die Treuepflicht des Arbeitnehmers (OR 321a) wie auch an die organschaftliche Treuepflicht des Verwaltungsrats- oder Direktionsmitglieds (OR 717) zu halten habe.

Fristlose Beendigung eines gestuften Arbeitsverhältnisses

BGE 112 II 41

Beim gestuften Arbeitsverhältnis besteht ein Vertragsverhältnis nur zwischen dem Klubbesitzer als Arbeitgeber und dem Chef des Orchesters.

Der Orchesterchef eines Quintetts schloss als selbstständiger Vertragspartner einen Arbeitsvertrag mit einem Klubbesitzer ab. Aufgrund einer Veränderung in

der personellen Zusammensetzung des Quintetts kündigte der Klubbesitzer das Vertragsverhältnis fristlos.

Das Bundesgericht qualifizierte das Konstrukt als *gestuftes Arbeitsverhältnis*, gemäss welchem Vertragspartner des Klubbesitzers einzig der Orchesterchef gewesen ist. Dieser war Arbeitgeber der vier weiteren Musiker, welche dessen Arbeitnehmer sind. Aufgrund dieser Konstellation erachtete das Bundesgericht die gegenüber dem Orchesterchef ausgesprochene fristlose Kündigung als ungerechtfertigt.

2. Teil Die Entstehung eines Arbeitsvertrags

A Repetitionsfragen

Die Vertragsanbahnung

1. Kann der Bewerber eine Stellenausschreibung annehmen und dadurch den Arbeitsvertrag definitiv zum Abschluss bringen?
2. Der Arbeitgeber lädt den Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch ein. Kann sich Letzterer seine Zugspesen vom Arbeitgeber ersetzen lassen?
3. Bestehen zwischen Stellenausschreiber und Stellenbewerber Rechtsbeziehungen?
4. Darf der Arbeitgeber eine Bewerberin im Rahmen des Vorstellungsgesprächs nach einer bestehenden Schwangerschaft fragen?
5. Ist anlässlich eines Bewerbungsgesprächs die Frage des Arbeitgebers nach der weltanschaulichen oder politischen Gesinnung des Stellenbewerbers zulässig?
6. Darf ein Stellenbewerber im Rahmen des Vorstellungsgesprächs an ihn gerichtete Fragen unwahr beantworten?
7. Hat ein Bewerber im Rahmen eines Vorstellungsgesprächs ungefragt von sich aus dem Arbeitgeber gewisse Sachverhalte zu offenbaren?
8. Welche Ansprüche stehen dem Bewerber nach gescheiterten Vertragsverhandlungen zu?

Lösungen S. 193

Die Vertragsentstehung

9. Kann ein Arbeitsvertrag formlos zustande kommen?
10. Gibt es Arbeitsverträge, welche einer bestimmten Form bedürfen?
11. Ist ein Arbeitsvertrag, welcher eine 3-monatige Probezeit vorsieht, mündlich gültig?
12. Worin besteht der Unterschied zwischen dem Schriftformerfordernis des Lehrvertrags und jenem des Handelsreisendenvertrags?