



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

**Zusammenfassung von Buch „Portmann“,
Vorlesungsnotizen und Folien inklusive den Lösungen
zu den Übungen**

- A. Grundlagen**
- B. Rechtsquellen des Arbeitsrechts**
- C. Geschichte des Arbeitsrechts**
- D. Begriff und Abgrenzung: EAV**
- E. Abschluss des EAV**
- F. Arbeits- und Überstundenpflicht**
- G. Sorgfalts- und Treuepflicht, Pflichtverletzung**
- H. Lohnpflicht**
- I. Ersatz der Lohnpflicht durch Versicherungsleistungen**
- J. Fürsorgepflicht, Verletzung von Pflichten**
- K. Personalvorsorge = 2. Säule**
- L. Recht am Arbeitsergebnis**
- M. Vertragsänderung und Übergang des Arbeitsverhältnisses**

A. Grundlagen

Gegenstand von Arbeitsrecht: Was wird behandelt?

Weisungsabhängige Arbeitsleistung unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages (nicht: öffentlich-rechtlich)

Verpflichtung eines AN zur Leistung von Arbeit auf bestimmte oder unbestimmte Zeit im Dienst des Arbeitgebers und die Verpflichtung zur Errichtung eines Lohns nach Zeitabschnitten oder nach geleisteter Arbeit.

Gliederung:

- **Individualarbeitsrecht= Einzelarbeitsvertrag (OR 319 ff.):** regelt die Rechtsbeziehungen zwischen AN und AG als Teilnehmer am Privatrechtsverkehr (Privatrecht mit zwei Parteien)
- **Öffentliches Arbeitsrecht=Normalarbeitsvertrag (OR 359ff.):** begründet öffentlich-rechtliche Pflichten zwischen Staat und Privaten (einzelne Personen). Die schwächere Vertragspartei wird geschützt.
Bsp.: Arbeitsschutzrecht
- **Kollektives Arbeitsrecht=Gesamtarbeitsvertrag (OR 356 ff.):** regelt das Recht der Arbeitsverbände und ihre Beziehungen zum jeweiligen Sozialpartner (AG/AGVerband und Gewerkschaft/ANVerband). Dies befasst sich nicht nur mit dem Individuum.
Mittel: Gesamtarbeitsvertrag

B. Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Bundesverfassung: direkter oder indirekter Bezug zum Arbeitsrecht

- Art. 8: Gleichberechtigung insb. Lohnleichheit mit direkter Drittwirkung
- Art. 11 I: Schutz von Kindern und Jugendlichen
- Art. 27: Wirtschaftsfreiheit
Der Staat soll diese Freiheit garantieren und nicht einschränkend wirken. Freiheit in Berufswahl und -ausübung
- Art. 18: Koalitionsfreiheit und Streikrecht
Zusammenschluss in Verbänden, auch das Recht nicht beizutreten
- Art. 41 I d: Sozialziele
Allgemeine richtungsweisende Wirkung. Der Staat soll verpflichtet sein, jedem Bürger den Lebensunterhalt zu angemessenen Bedingungen zu ermöglichen. Es gibt aber keine direkten Ansprüche daraus.
- Art. 110: öffentliches und kollektives Arbeitsrecht
Grundlage für den Gesetzgeber für das öffentliche und kollektive Recht.
- Art. 122: privates Arbeitsrecht

Internationale Rechtsquellen

- Internationale Arbeitsorganisation (IAO)
Sie wurde 1919 gegründet und die CH ist seit 1920 Mitglied. Seit 1946 bildet es eine Spezialorganisation im Rahmen der UNO. Ziel ist die Schaffung von gerechten Arbeitsbedingungen mittels völkerrechtlicher Übereinkommen und Empfehlungen mit landesrechtlicher Wirkung (wenn ratifiziert und self-executing).
Die CH hat viele nicht ratifiziert.
- UNO-Pakt I: wirt., soz. und kulturelle Rechte

Gesetzliche Regelungen:

- **Individualarbeitsrecht:**
 - Einzelarbeitsvertrag: OR inkl. Lehrvertrag, Handelsreisendenvertrag und Heimarbeitsvertrag
 - SSG: Seeschiffahrtsgesetz (Heuervertrag)
 - AVG: Arbeitsvermittlungsgesetz
- **Normalarbeitsvertrag**
 - OR 359 f.
- **Öffentliches Arbeitsrecht:**
 - ArG: Arbeitsgesetz
 - 5 Verordnungen zum Arbeitsgesetz
 - Verordnung II: Sonderbestimmungen für Gruppen von Betrieben
 - III: Gesundheitsvorsorge
 - V: Jugendarbeitsschutzverordnung
 - BGSA: Bundesgesetz über die Bekämpfung von Schwarzarbeit inkl. VOSA
 - AZG: Arbeitszeitgesetz für Mitarbeitende des öffentlichen Verkehrs

- HArG: Heimarbeitsgesetz
- AVG: Arbeitsvermittlungsgesetz
- GIG: Gleichstellungsgesetz
- **Kollektives Arbeitsrecht:**
 - OR von GAV
 - AVEG: Allgemeinverbindlicherklärung
 - Mitwirkungsgesetz

Hierarchie der Rechtsquellen im Privatrecht (Kollision):

- Absolut zwingende Bestimmungen des OR (361) evtl. Arbeitnehmerschutzrecht
Sie gelten für beide Parteien unabänderlich.
- Relativ zwingende Bestimmungen
Änderungen zugunsten des AN möglich.
 - OR 362
 - GIG wenn sie EAV regeln
 - Bestimmungen des öffentlichen Arbeitnehmerschutzrechts: OR 342 I b/ Mindestlöhne in der EU
- Gesamtarbeitsvertrag: mit Ausnahmen gehen sie den Einzelabreden vor (relativ zwingend wegen Günstigkeitsprinzip nach 357 II).
Es sind Vorschriften über den Abschluss, Inhalt oder Beendigung, von AG/Verbänden zu Arbeitnehmerverbänden.
Günstigkeitsprinzip gilt auch im Verhältnis zu zwingenden Bestimmungen
- Betriebsreglement: Jedes Unternehmen darf allgemein gültige Bestimmungen verfassen v.a.
Gesundheitsvorsorge/Unfallverhütung/Ordnung und Verhalten AN
- Einzelvereinbarung im Arbeitsvertrag: Starke Beschränkung der Vertragsfreiheit, da so tief in Hierarchie
Günstigkeitsprinzip zu Betriebsreglement und Gesamtarbeitsvertrag
- Normalarbeitsvertrag: Verordnungsbestimmung, welche durch die Kantone oder den Bund erlassen wird. der Inhalt ist regelmässig dispositiv.
 - OR 359 III: Landwirtschaft/Hausdienst
 - 360 I: unmittelbare Geltung

Günstigkeitsprinzip zu zwingenden Bestimmungen

- Dispositives Gesetzesrecht:
- Weisungsrecht des AG gemäss OR 321d zur Lückenfüllung
Sind nach Treu und Glauben zu befolgen im alltäglichen Arbeitsvollzug wie die Zuweisung einer konkreten Aufgabe

Ausnahme von der Hierarchie: Günstigkeitsprinzip

Die rangschwächere Regelung geht der ranghöheren vor, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger ist. Dies gilt im Verhältnis von GAV zu EAV oder vom EAV zu den Weisungen des AG.

Begrenzung des Günstigkeitsprinzips:

- OR 361: beidseitig zwingend = absolut zwingend
Nur 362 ist abänderbar durch GAV, Betriebsordnung, EAV, NAV oder Weisungen
- Beim GAV gilt es nur im Verhältnis zum EAV. Der GAV kann durch eine Öffnungsklausel eine Abweichung zu Ungunsten des AN gestatten
OR 357 I
- Die Betriebsordnung kann nicht durch NAV abgeändert werden, da dieser dispositiv (360)

Wann ist das schweizerische Recht anwendbar?

Dies ist eine Frage nach dem IPRG/LügÜ:

- LugÜ:
 - o Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt
 - o Art. 5 Ziff. 1: Arbeitsort oder Niederlassungsort der Firma
- IPRG:
 - o Art. 5: Parteivereinbarung
 - o Art. 115: Schutz der schwächeren Partei
 - Klagen aus dem Arbeitsverhältnis im Allgemeinen
 - Klagen des Arbeitnehmers im Besondern

Anwendbares Recht:

- IPRG
 - o 121 I: Erwerbortprinzip
 - o 121 II: Niederlassung, Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt (subsidiär)
 - o 121 III: beschränkte Rechtswahl auf gewöhnlichen Aufenthalt, Niederlassung, Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt

Übergangsrecht: Intertemporales Recht:

Art. 1-50 SchIT ZGB gilt überall wo der GG keine Sonderbestimmungen erlassen hat.

- Art. 1: Regel der Nichtrückwirkung
Das neue Gesetz soll jene Vorgänge nicht erfassen, die vor seinem Inkrafttreten eingetreten sind.
Alte Tatsache = altes Recht
- Ausnahmen:
 - o Art. 2: ordre public
Interesse der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit gebietet eine sofortige Anwendung.
 - o Art. 3: Der Inhalt von Rechtsverhältnissen wird durch das Gesetz und nicht durch Vertrag bestimmt.
 - o Art. 4: Anwartschaften/Hoffnungen auf Rechtserwerb/Erwartungen werden nicht geschützt, da kein rechtlich geschützter Anspruch entstanden ist. Sie sind keine wohlverworbenen Rechte.
Bsp. Für Anwartschaft: die versicherte Person hat Anspruch auf eine Altersrente oder Witwenrente. Es ist eine Anwartschaft, solange sich der Anspruch nicht realisiert hat.

C. Geschichte des Arbeitsrechts

- **Römisches Recht:**
Dienstmiete als reiner schuldenrechtlicher Austausch von Arbeit und Lohn
- **Mittelalter bis Neuzeit**
Es gibt kein einheitliches Arbeitsvertragsrecht, sondern Partikularrecht einzelner Berufsgruppen.
- **Ende 18. Jahrhundert: Industrialisierung und Ausgangspunkt des heutigen Arbeitsrechts**
Beginn der Industrialisierung mit Ausbeutung der AN durch einseitiges Diktat der Arbeitsbedingungen der den AG
Die abhängige Arbeit wird initialisiert. Die meisten Menschen hatten selbständig gewirtschaftet und waren nun gezwungen, sich unterzuordnen. Der AG konnte die Arbeitsbedingungen festlegen. Es entstand die Problematik des Arbeitsrechts.
- **Fabrikgesetze:**
 - 1. Fabrikgesetz in Kontinentaleuropa 1864 im Kanton GL:
 - Verbot von Nachtarbeit und Kinderarbeit bis zum 13. Lebensjahr
 - Beschränkung der Arbeitszeit auf max. 12h/Tag
 - Eidgenössisches Fabrikgesetz 1877:
 - Beschränkung der Arbeitszeit auf 11h/Tag
 - Verbote zum Schutz von Frauen und Jugendlichen
 - Vorschriften zur Unfallverhütung/Betriebshygiene/Fabrikinspektorate
- **Dienstvertragsrecht im OR von 1881:**
 - Zum ersten Mal gibt es im OR Bestimmungen zum Arbeitsrecht unter dem Titel Dienstvertragsrecht.
 - Vertragsfreiheit und Privatautonomie standen im Mittelpunkt (Angst vor wirt. Auswirkungen)
 - Es gab nur 12 überwiegend dispositive Normen
 - Eine zwingende Regelung gab es nur betreffend Lohnfortzahlungspflicht bei Militärdienst/Krankheit und Fürsorgepflicht für die in die Hausgemeinschaft aufgenommenen, erkrankten Dienstnehmer
- **Neuordnung 1911:**
 - Erweiterung auf 44 Artikel
 - Vertragsfreiheit wird eingeschränkt durch zwingende Bestimmungen zum Schutze des AN
 - Erstmals: Lohnfortzahlung bei Verhinderung aus pers. Gründen und Mindestkündigungsfrist
- **Entstehung der Personalvorsorge**

- **Eidgenössisches Arbeitsgesetz von 1964:**
 - Erstmals bundesrechtlich einheitliches Arbeitsschutzrecht für Industrie, Handel und Gewerbe
 - Ablösung des Fabrikgesetzes und der kantonalen Arbeitsgesetzgebung

- **1971: Arbeitsvertragsrecht:**
 - Revision des Dienstvertragsrechts
 - Sonderbestimmungen betr. Drei Vertragskategorien
 - Absolut und relativ zwingend wurde definiert
 - Zeitlicher und sachlicher Kündigungsschutz
 - Überführung der Personalvorsorge

- **1991: Arbeitsvermittlungsgesetz:** private und öffentliche Arbeitsvermittlung/ Personalverleih

- **1994: Mitwirkungsgesetz:**
 - Informations- und Mitspracherechte in privaten Betrieben (bei mehr als 50 AN)
 - Betriebsübergang
 - Massenentlassungen
 - Durchführung der beruflichen Vorsorge

- **1995: Gleichstellungsgesetz:**
 - Förderung der Gleichstellung
 - Verbot der Diskriminierung bei Anstellung, Beförderung, Aufgabenzuteilung, Entlohnung, Weiterbildung, Entlassung

- **2008: Schwarzarbeitsgesetz:**
Administrative Erleichterungen im Abrechnungsverfahren mit den Sozialversicherungen und Steuerbehörden bei kleinen Einkommen

D. Begriff und Abgrenzung: Einzelarbeitsvertrag

Definition EAV: Der EAV ist ein privatrechtlicher Schuldvertrag und begründet ein Dauerschuldverhältnis, welches I Leistung von Arbeit unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation zum Gegenstand hat (OR 319).

1. (Privatrechtlicher Vertrag):

Es handelt sich nicht um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag.

2. (schuldrechtlicher Vertrag):

Es bestehen Forderungen auf Arbeit und auf Lohn. Der schuldrechtliche Vertrag ist zu gesellschafts- und familienrechtlichen Rechtsverhältnissen zu unterscheiden.

3. Arbeitsleistung

- Pflicht des AN bezieht sich auf Arbeit (jede planmässige, auf die Befriedigung eines Bedürfnisses gerichtete körperliche oder geistige Verrichtung), auch ein passives Verhalten, nicht so das Unterlassen oder Versprechen einer Tätigkeit.
- Es ist ein zur Verfügung stellen von Arbeit.
- Ein Vertrag zum Abschluss von künftigen Arbeitsverträgen oder Einsetzen (Rahmenverträge) gelten noch nicht als Arbeitsvertrag.
- Geschuldet ist nur der Einsatz von Arbeitskraft und das zur Verfügung stellen von Zeit und Präsenz.
- Nicht: Arbeitserfolg!
- Man hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Beschäftigung während der Arbeitszeit, ausser bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten, individueller Zusicherung oder bei Aufrechterhaltung von berufsspezifischen Fertigkeiten.

4. Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Ort, Zeit, Hierarchie)

- Inhalt: Es besteht ein Abhängigkeitsverhältnis (Subordination). Der An muss persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich unter der Direktionsgewalt von AG oder Vorgesetztem stehen. (OR 321d)
Dies beurteilt sich nach Gesamtbild:
- BGer hat eigene Kriterien dazu aufgestellt:
 - Wirtschaftliche Abhängigkeit der schwächeren von der stärkeren Partei
 - Besondere Schutzbedürftigkeit
- Kriterien zur Beurteilung eines Subordinationsverhältnisses:
 - Grad der Weisungsgebundenheit: Dieser nimmt mit zunehmender Fachkompetenz ab.
Auch freie Berufe können in unselbständiger Stellung ausgeübt werden.
 - Eingebundenheit in ein Team
 - Unternehmerrisiko
 - Ausrüstung mit Geräten und Material

- Ausschliesslichkeit der Leistung für einen AN
- Verpflichtung zu Arbeitszeiten
- Beschäftigungsdauer
- Verpflichtung zur Tätigkeit an einem bestimmten Arbeitsort
- Weitere Indizien:
 - Bezeichnung durch die Parteien
 - Art der Vergütung
 - Steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Aspekte
- Organe der juristischen Person als Arbeitnehmer? Je nach Einzelfall
 - Auftrag
 - Arbeitsvertrag
 - Organverhältnis nach Gesellschaftsrecht
 - Doppelverhältnis bei mehreren Funktionen

Ausgeschlossen ist ein Arbeitsvertrag nur dann, wenn das Organ die jP alleine repräsentiert.

5. Dauerschuldverhältnis (Arbeit auf Zeit)

- Verpflichtung zur Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit
- Die Dauer kann kurz oder limitiert sein (1 Tag servierten)
- Teilzeitarbeit und Jobsharing:
 - Teilzeitarbeit: die vertragliche auf eine Arbeitswoche bezogene Arbeitszeit liegt unter der brachenüblichen. (branchenüblich -> GAV)
 - Uneigentlich: der konkrete Einsatz ist nicht im Voraus bestimmt (Arbeit auf Abruf)
 - Echte Arbeit auf Abruf: Einsatzpflicht
 - Unehchte Arbeit auf Abruf: Recht auf Ablehnen oder bestimmen des Einsatzes nach Bedürfnissen
Primär besteht hier ein Rahmenvertrag und nur der Einsatz ist ein eigentlicher Arbeitsvertrag.
 - Job Sharing: Form der Teilzeitarbeit. Der AG verzichtet auf das Weisungsrecht bezüglich der Arbeitszeit und überlässt es ihnen, wie sie die Arbeitszeit aufteilen wollen (Zeitsouveränität)
- Gelegenheits- und Aushilfsarbeit:
 - Für jeden Arbeitseinsatz wird ein neuer, zumeist befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen.
 - Der AN kann jedesmal erneut über die Annahme entscheiden.
 - Kettenverträge zur Umgehung von Schutzbestimmungen sind unzulässig.

6. Entgeltlichkeit

- Der AG ist zur Lohnzahlung verpflichtet.
- Möglichkeiten:
 - Zeitlohn (Bemessung in Zeitabschnitten (Monat, Stunden))
 - Akkordlohn (Bemessung nach geleisteter Arbeit oder Stücken)
 - Geld- oder Naturallohn
Benutzung Firmenauto, Kost und Logie

- Gemäss BGer zwingend.
- Unentgeltlicher Einsatz kann nicht nur Auftrag, sondern auch gemischter Vertrag sein.
 - Behindertenwerkstatt: Es fehlt an Selbständigkeit und Freiheit der Arbeitseinteilung. Die Schutznormen sind analog anzuwenden.
(zwingende Normen, Sozialschutz, Spezialgerichte)

Abgrenzung zur selbständigen Erwerbstätigkeit (Auftrag/Werkvertrag):

- Kann über den gesamten Arbeitserfolg verfügen
- Fällt unternehmerische Entscheide
- Kann seine Mandatare aussuchen
- Trägt Unternehmerrisiko
- Tätigt Investitionen
- Weist eigene Arbeitsorganisation auf und setzt eigenes Material ein
- Evtl. eigene AN
- In eigenem Namen und auf eigene Rechnung nach aussen
- Unbestimmt viele, zeitlich parallel Verträge auf Dienstleistung (keine wirt. Abhängigkeit)

Abgrenzung zum Werkvertrag:

- Gegenstand ist die Leistung eines körperlichen oder geistig-künstlerischen Werks. Es steht sodann ein Arbeitserfolg im Vordergrund
- Der Werklohn ist oft ein Pauschalpreis, der im Voraus festgelegt wird oder nach Massgabe der Arbeitsleistung. Der Werkunternehmer hat nach dispositivem Recht erst Anspruch auf den Werklohn, wenn er das Werk abgeliefert hat (OR 372).
- Gefahrentragung: Der Werkunternehmer hat die Pflicht zur Sachgewährleistung. Der AN hat bei Sorgfalt den Werklohn unabhängig vom Erfolg.
- Indizien:
 - Freie Zeiteinteilung
 - Verwendung von eigenen Geräten und Materialien

Bsp.:

- Werkvertrag: Bildhauer für Kirchenrestauration
- Arbeitsvertrag: Opernsänger unter Leistung des Regisseurs

Abgrenzung zum einfachen Auftrag: (v.a. freie Dienste)

- Eine Person verpflichtet sich, eine bestimmte Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung im Interesse des AG zu übernehmen.
- Entgelt nur bei Vereinbarung (kann beides sein) oder Üblichkeit
Bezahlung nach Honorarordnung
- Subsidiäre Vertragsform (394 II)

- Die Weisungsgebundenheit bezieht sich höchstens auf das anzustrebende Ergebnis, nicht auch auf die Weise der Arbeitserledigung. Ein Subordinationsverhältnis fehlt.
- Der Arbeitsvertrag erfolgt zwingend auf Zeit.
- Beide schulden keinen Arbeitserfolg.
- Indizien:
 - o Mehrzahl von AG, Leistung nach freier Zeiteinteilung, berufsständische Honorarordnung

Abgrenzung zum Agenturvertrag (Abgrenzung v.a. zum Handelsreisendenvertrag):

- Agent ist, wer sich verpflichtet dauernd für einen oder mehrere AG Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und auf ihre Rechnung abzuschliessen.
- Der Agent steht wegen der persönlichen, organisatorischen und zeitlichen Abhängigkeit dem AN näher als dem Beauftragten. Darum gibt es ähnliche Sozialschutzbestimmungen.
Welche Kunden hat er wann wo zu besuchen, wie hat er vorzugehen, erstattet er Berichte, hat er die Arbeitszeit einzuhalten?
- Es enthält ähnliche Schutzbestimmungen wie Ferien und Kündigungsschutz.
- Indizien:
 - o Geschäftslokal und Infrastruktur auf eigene Rechnung
 - o Eigene Werbung
 - o Eigenes Geschäftspapier
 - o Handelsregistereintrag
 - o Sozialabgaben auf eigene Rechnung
 - o Steuerdeklaration als Selbständigerwerbender

Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag:

- Die Vertragspartner stehen nicht im Interessengegensatz. Sie schliessen sich zu einem gemeinsamen Zweck zusammen.
- Indizien:
 - o Kein fixes Entgelt für eine Arbeitsleistung/ keine periodische Vergütung
 - o Kontrollrechte
 - o Mittragen des Risikos
 - o Verteilung von gleichwertigen Kompetenzen. (Gleichberechtigung vs. Unterordnung)

Bsp.:

- Zwei Taxifahrer schliessen sich mit einem Konzessionsinhaber zusammen. Es bestand kein Unterordnungsverhältnis.
- Man kann seinen Anteil an einer Gesellschaft auch in Arbeitsleistung anstelle von Geld erbringen.
- Konkubinat: je nachdem Arbeitsvertrag oder einfache Gesellschaft

Abgrenzung zur Organstellung:

- Eine Organstellung ist i.d.R. Auftrag oder Geschäftsführungsvertrag (Innominatkontrakt). Ein Geschäftsführungsvertrag hat statutarische Regeln, aber auch Auftrags- oder Arbeitsvertragsrechtliche. (BGE)
Bsp.: Verwaltungsrat kann Zurücktreten, hat aber Lohn nach OR 337
- Sie kann durch einen Arbeitsvertrag überlagert werden wenn die Subordination und die wirtschaftliche Abhängigkeit gegeben ist.
- Gegebenenfalls kann es ein doppeltes Rechtsverhältnis geben als Organ und als Arbeitnehmer.

Abgrenzung zu familienrechtlichen Rechtsverhältnissen:

Arbeitet eine Ehefrau in Beruf oder Gewerbe mit, kann dies einen Beitrag an den Unterhalt der Familie darstellen (ZGB 163 I und II), zu der man wegen der Beistandspflicht nach ZGB 159 III verpflichtet sein kann.

Arbeitet jemand erheblich mehr mit, hat man einen familienrechtlichen Anspruch auf angemessene Entschädigung (ZGB 165 I).

Ein Arbeitsvertrag unter Ehegatten ist nicht ausgeschlossen (durch Vereinbarung oder Entstehung von Gesetzes wegen). Dann besteht ein echter Lohnanspruch.

Abgrenzung zum öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis:

Verhältnis zwischen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Anstalt und einer Privatperson, welche der Dienstgewalt des Gemeinwesens untersteht. Dies wird durch das öff. Recht geregelt (ob nun hoheitlich oder nicht). Auf Bundesebene gilt das Bundespersonalgesetz (PBG). Auch zulässig sind hier privatrechtliche Arbeitsverträge.

Indizien:

- Öffentliche Funktion gegen aussen
- Befehlsgewalt
- Feste Besoldungsordnung
- Staatliche Pensionskasse

Andere öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse: Militärpersonen oder Zivilisten
Es gelten die Normen des öffentlichen Rechts

Arbeitnehmerähnliche Personen:

Sie sind nicht in die Arbeitsorganisation eingegliedert. Sie sind aber wirtschaftlich stark von ihm abhängig wie freie Mitarbeiter. Man kann Arbeitsschutz analog anwenden.

Scheinselbständige:

Sie treten nach aussen wie selbständige auf, sind aber AM. Die Bestimmungen sind direkt und integral anzuwenden.

Warum ist eine Qualifikation derart massgebend?

- Zwingende Bestimmungen
- Art und Zeitpunkt der Vertragsauflösung
- Sozialversicherungsrecht/ Beiträge
- Steuerrecht

Anwendungsbeispiele zum Kapitel „Begriff und Abgrenzung“

1. Ein Chefarzt behandelt auch: Privatpatienten

- Als Chefarzt: öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis oder privatrechtlich; auch er ist in die Organisation eingebunden und hat darin Tätigkeit vorzunehmen. Entsprechend ist er in dieser Funktion ein Arbeitnehmer.
- Im Verhältnis zu den Privatpatienten: Auftragsverhältnis mangels Weisungsgebundenheit und mangels geschuldetem Erfolg

2. Sozialversicherungsbeiträge für einen Zauberer?

Es ist eine selbständige Erwerbstätigkeit. Er präsentiert sein eigenes Programm. Sozialversicherungsbeiträge sind nur bei einer Anstellung durch den AG zu entrichten als paritätische Beitragspflicht.

3. Ein Ziegler investiert mit anderen in ein Unternehmen und bekommt eine gewisse selbständige Arbeit zugewiesen mit Gewinnbeteiligung

Gesellschaftsvertrag falls Verlustbeteiligung und eigene Investitionen

4. Architekt, der sowohl einen Plan für ein Haus erstellt, das Gartenhäuschen baut und den ganzen Hausbau organisiert?

- Werkvertrag: Planerstellung; Bau des Gartenhäuschens
- Auftrag: Organisation
- Nicht: Arbeitsvertrag

5. Coiffeuse mit einem eigenen Salon arbeitet auch Teilzeit im Altersheim

- Selbständige Erwerbstätigkeit: eigener Salon
- Altersheim: nicht gesamte Einnahmen gehen an die Friseurin, Weisungsgebundenheit bzgl. Ort, Zeit und Klientel (starkes Element für einen Arbeitsvertrag)

6. Informatiker werden aus der Unternehmung ausgegliedert, erhalten aber ein Konkurrenzverbot, jedoch keine Sozialbeiträge

Gemischter Vertrag (Auftrag und Arbeitsvertrages). Es gelten daher die Arbeitsschutzbestimmungen
Sozialbeiträge: Die AHV wird sich nicht auf privatrechtliche Verträge stützen. Öff. Recht ist zwingendes Recht und die Definition der selbständigen Erwerbstätigkeit kann nicht verändert werden. Es ist wegen dem Subordinationsverhältnis zu vermuten, dass seine unselbständige Erwerbstätigkeit mit paritätischer Teilung der Beiträge vorliegt (starkes Element: Konkurrenzverbot)

7. Der Sohn übernimmt das Schreinergeschäft, der Vater behält ein monatliches Fixum und eine Umsatzbeteiligung

- Sohn: Einzelunternehmer und sodann Selbständigerwerbender, welcher Werkverträge abschliesst
- Vater: Arbeitnehmer wegen Fixum. Die Umsatzbeteiligung muss nicht gegen einen Arbeitsvertrag sprechen. Allenfalls: Mitgesellschafter bei Verlustbeteiligung

8. **Eine Ehefrau hat ein Aktienpaket, sitzt im Verwaltungsrat und übernimmt auch die Aushilfe im Geschäft. In einem Scheidungsverfahren möchte sie diese Aufwendungen als Lohnforderungen geltend machen.**
- ZGB 165: familienrechtliches Verhältnis
Sie hält hier die Aktienmehrheit, darum nicht anwendbar.
Anspruch auf Lohnzahlung?
 - Geschäftsführung? Auftrag (unselbständigerwerbend in Bezug auf Sozialversicherung als Mehrheitsaktionär)

E. Abschluss des EAV

Grundsatz: OR 1 ff. Konsensprinzip/Stellvertretung = Konsens über die objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte.

- **Objektiv:** Abschluss eines privat- und schuldenrechtlichen Vertrages, der eine auf Zeit zu erbringende entgeltliche Arbeitsleistung im Dienst des Arbeitgebers zum Gegenstand hat.
Inhalt und Umfang der AL dem Grundsatz nach festgelegt.
Einigung über die Entgeltlichkeit, nicht auch die Höhe wegen 322 I
Dauer: 335a ff. für Kündigungsfristen, wenn nichts geregelt
Typisches Subordinationsverhältnis
- **Subjektiv:** conditio sine qua non für den Abschlusswillen, wenn dieser erkennbar war.
 - o **Lohnhöhe**

Parteien: Zweiparteiengeschäft

- **AG:** np/jp/ Rechtsgemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit (wegen 321)
Zu Arbeitsleistung verpflichtet und lässt sich Lohnanspruch einräumen, Treuepflicht und Weisungsgebundenheit
- **AN:** nP
 - o Können auch als Gruppe im Sinne einer einfachen Gesellschaft oder Kollektivgesellschaft nach aussen auftreten. Der Arbeitsvertrag entsteht mit jedem einzelnen Mitglied.
 - o Werden sie erst durch den AG zusammengestellt = Betriebsgruppe

Lässt sich Anspruch auf Arbeitsleistung einräumen und ist zur Lohnentrichtung verpflichtet. Ferner gibt es eine Fürsorgepflicht und ein Weisungsrecht.

Zugangsprinzip: AN, welcher nicht Mitglied einer Gewerkschaft ist, müssen zusätzliche Klauseln oder GAV zur Kenntnis gebracht werden. (nicht: Verständnis des Inhalts). Ungenügend: Abschluss EAV und erst dann nachreichen der allgemeinen Arbeitsbedingungen. Betriebsordnungen sind einseitig nach behördlicher Kontrolle und auch hier sind die AGB Regelungen zu beachten wie die Ungewöhnlichkeitsregel/Globalübernahme (hat er nach Vertrauensprinzip damit zu rechnen) / Auslegung zulasten des Schreibers

Lohn: OR 320 II: Fiktion, dass Arbeit nur gegen Lohn zu erwarten ist. Dies ist eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung. Es bräuchte einen ausdrücklichen Verzicht auf das Entgelt in einer Vereinbarung/ familienrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Rechtsverhältnis.

(Zustandekommen ohne OR 1 und auch ohne die Absicht der Parteien zu einem Arbeitsvertrag)

- Arbeit ohne mangelnde Einigung über Vertragsbedingungen
- Vorbereitungsarbeiten zu einem Vertragseinsatz
- Gefälligkeiten, wenn die Arbeiten wiederholt und immer wieder (Häufigkeit von Gefälligkeiten ist nur gegen Entgelt üblich)
- Erbrachte Arbeitsleistung, die normalerweise vergütet wird, in Erwartung einer besonderen Gegenleistung

Vertragsverhandlungen:

- **Stellenausschreibung** und Stellengesuch ist ein Antrag zur Offertenstellung
Rechtswirkung: Treueverhältnis wird begründet.
- Tragung der **Vorstellungskosten**:
 - o Teil der Lehre wegen analog Auftragsrecht OR 402 I (Ausschluss wäre danach möglich)
- **Vorvertragliche Treuepflichten**: Treu und Glauben und c.i.c. = Schadenersatz vertragsähnlicher Natur (OR 97, 101, Verjährung von OR 60 nach BGer)
 - o Keine Täuschungen über erhebliche Tatsachen
 - o Schutz der Rechtsgüter
 - o Rücksichtnahme auf berechnigte Interessen
 - o Auskunfts-, Offenbarungs- und Wahrheitspflicht
- **ZGB 28 ff.** gelten auch hier wie Geheim- und Privatsphäre/Rassendiskriminierung
- Kein Recht auf Einstellung
- **DSG**:
 - o Keine Beschaffung oder Verarbeitung gegen den Willen
 - o Treu und Glauben und Verhältnismässigkeit
 - o Schriftliche Informationen müssen sorgfältig verwahrt werden und dürfen Unbefugten nicht zugänglich sein. sie sind zurückzugeben aus Vindikation
 - o Die dem AG gehörenden Unterlagen müssen vernichtet werden wie Eignungstests (vom AG bezahlt und angeordnet)
 - o Bindung auch für Dritte, welche vom AG für die Bewerbung angestellt werden.
 - o OR 328b: Daten müssen vom Zweck des Arbeitsverhältnisses gedeckt sein. Weitergabe nur bei Einwilligung; irreführende Referenzen führen zu einer Schadenersatzpflicht des alten AG ggü. des neuen AG.
 - o Vernichtungsrecht: Nicht Herausgaberecht
- **Auskunfts- und Informationspflicht: Befragung des Arbeitgebers**
 - o Zulässige Fragen: Bezug auf das Arbeitsverhältnis
 - Evtl. gesundheitliche Einschränkungen bei zeitlicher oder sachlicher Beeinträchtigung
 - Ausbildung, Berufsplan, Qualifikation
 - o Unzulässige Fragen:
 - Bisheriges Einkommen (umstritten): steht nicht direkt mit Qualifikation in Zusammenhang
 - Körperbehinderungen und Krankheiten, die irrelevant
 - Freizeitgestaltung/Hobby/ Religion/Partei/Familiäre Verhältnisse:
Ausnahme: Tendenzbetriebe mit politischer Auffassung gegen aussen
 - Vorstrafen: Nur wenn sachlicher Zusammenhang mit Anstellung vorhanden, nicht wenn aus dem Zentralstrafregister gelöscht.
 - Schwangerschaft: zulässig bei Untauglichkeit oder Gefährdung sonst bei Verweigerung Diskriminierung nach GlG
 - Militärdienst: Eignung oder Durchführung gefährdet

- **Mitteilungspflicht des AN/Offenbarungs- und Wahrheitspflicht:**
keine für nicht erkennbare Mängel. Aber bei voraussehbarer Untauglichkeit wie fehlende Ausbildung, ansteckende Krankheit, Antritt einer FS (objektiv wesentliche Punkte, wenn er weiss oder wissen müsste, dass besondere Umstände vorliegen, die Tauglichkeit ausschliessen würden)
Eine blosser Beeinträchtigung ist nicht ausreichend. Auch keine Pflicht gibt es, wenn sich der künftige Arbeitgeber durch Nachfragen beim früheren AG selbst ins Bild setzen kann.
Notwehrrecht der Lüge nach BGer
- **Ärztliche** Eignungsgutachten (Kosten zulasten des AG): Nur Aussagen über die Tauglichkeit und nicht über die konkrete Diagnose durch den Arzt möglich. Sie können zulässig sein, wenn sie für die Wahrnehmung der Stelle entscheiden sind, jedoch nur mit Einwilligung.
- **Grafologische Gutachten:** Einwilligung
Umstritten: stillschweigende Einwilligung bei handschriftlicher Bewerbung
- Probearbeit: vorvertraglich. Lohn nur bei Vereinbarung
BGer: Auch Schnupperlehrling genießt UVG-Schutz

Ablehnung einer Bewerbung:

- **Geschlechtsbezogene Diskriminierung:**
 - Schadenersatz oder Genugtuung nach GlG 5 bis zu 3 Monatslöhnen, ohne Beweiserleichterung aber mit der Möglichkeit, eine schriftliche Begründung zu verlangen = Strafzahlung
 - Arten:
 - Direkte Diskriminierung: Zugangsvoraussetzungen und Auswahlkriterien knüpfen an das Geschlecht an oder können nur von einem Geschlecht erfüllt werden. Ausnahme: Wesentliches Merkmal der Aufgabe oder Arbeitsziel (Schauspieler, Betreuerin von Frauen)
 - Indirekte Diskriminierung: Beide Geschlechter können das Merkmal erfüllen, ist benachteiligt aber in Wirklichkeit wesentlich ein Geschlecht wie Mindestgrösse, ausser bei einem legitimen geschäftsnotwendigen Ziel oder bei Minimierung der diskriminierenden Auswirkungen.
- **Willensmängel:** OR 23 ff. mit Anfechtbarkeit ex nunc = einseitig Unverbindlich aber 320 II Aufhebung
 - Falsche Antworten oder unterlassene Aufklärung bei Wesentlichkeit
 - Irrtum in Bezug auf die Person des Vertragspartners
 - Arglistige Täuschung durch gefälschte Zeugnisse oder Zertifikate, wobei die Lüge nicht wesentlich sein muss.
 - Übervorteilung
 - Nicht: unzulässige Frage = Notwehrrecht der Lüge
Dogmatisch ungeklärte Figur
Eher: OR 25 II als Grundlage oder ZGB 2 Rechtsmissbrauch
- **Nichtigkeit:**
 - Handlungsunfähigkeit:
 - Urteilsunfähigkeit: ZGB 12 und 18/ Organe bestellt ZGB 54
 - Unmündigkeit: Einseitige Unverbindlichkeit

- Widerrechtlichkeit
- Sittenwidrigkeit
- Anfängliche objektive Unmöglichkeit: gar nicht und von niemandem erbracht werden
Arbeitsstätte ist abgebrannt; Konkurs
Ist sie aber nur subjektiv unmöglich, ist es je nach Verschulden eine Verletzung der Arbeitspflicht mit Haftung aus OR 97 oder eine unverschuldete Arbeitsverhinderung i.S.v. 324a OR
- Evtl. Teilnichtigkeit mit Ersatz der Klauseln durch höherrangige Regelungen (Ausnahme: Vertrag gilt auch dann, wenn der Vertrag ohne die nichtige Abrede nicht geschlossen worden wäre, kein hypothetischer Parteiwille)
 - Lohnkürzung bei Krankheit
 - Wegbedingung der Sozialversicherungsbeiträge
- Nicht: Norm gegen die subjektive Beteiligung verletzt wie AuG-Norm: Vertrag gilt ab Arbeitsantritt als ordentlich gekündigt.

Faktisches Vertragsverhältnis:

Bei Nichtigkeit des gesamten Vertrages kann man von einem faktischen Vertragsverhältnis ausgehen. Der Vertrag wird sodann nur für die Zukunft aufgelöst und wird für die Vergangenheit als rechtswirksam behandelt (OR 320 III).

Voraussetzung:

- guter Glaube des AN (keine positive Kenntnis der Ungültigkeit und sodann Kenntnis der Rechtsfolge)
- bereits geleistete Arbeit aufgrund des ungültigen Vertrages
- Ungültigkeit des abgeschlossenen Vertrages
- Abschluss eines Arbeitsvertrages

Rechtsfolge:

- Faktisches VV: Vertrag wird so behandelt, wie wenn er gültig wäre mit allen Pflichten eines AV
- Kündigungsrecht mit sofortiger Wirkung ex nunc (auf Zukunft)
Hier gibt es keinen Kündigungsschutz, da kein gültiger AV vorliegt.

Eine Rückabwicklung aus Bereicherungsrecht ist ausgeschlossen. Gibt es keinen guten Glauben, Rechtswidrigkeit oder ein Verstoss gegen die guten Sitten, erfolgt die Entschädigung nach OR 20 I i.V.m. 62 ff.

OR 320 II: nicht bloss eine gesetzliche Vermutung, sondern die gesetzliche Begründung eines faktischen VV. In Stillschweigen liegt kein Verzicht auf Lohn. (zwingende Norm, wenn auch nicht in Katalog!)

Beschäftigungsverbot: Der Vertrag bleibt nach BGer gültig. Wird die Bewilligung endgültig nicht erteilt, gibt es einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung.

Ungültigkeit und Kündigungsschutz:

Kündigungsschutz benötigt einen rechtswirksamen Vertrag. Bei Willensmängeln oder Nichtigkeit gelangen die Normen nicht zur Anwendung. Der Ungültigkeitsgrund muss aber bei Aufhebung noch gegeben sein und der Mangel entsprechend nicht geheilt (Einwilligung).

Schranken der Vertragsfreiheit:

- **Abschlussfreiheit:** Es besteht kein Anspruch auf Einstellung:
 - o Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit wie Beschäftigungsverbote, Handlungsunfähigkeit etc.
- **Inhaltsfreiheit:**
 - o ZGB 27
 - o Art. 20 I OR: Unmöglich, Widerrechtlich, Sittenwidrig = Nichtigkeit
 - o Zwingendes objektives Recht wie Sozialversicherungsrecht
 - o Zwingende Bestimmungen des OR
 - o Arbeitsschutzrecht
 - o GAV
 - o Betriebsordnung
- **Formfreiheit:**
 - o Formlos: stillschweigend oder konkludent möglich
 - o Schriftform i.s.V. OR 16 vorbehalten als Gültigkeitsvorschrift, wenn die Parteien nur dann gebunden werden wollen
 - o OR 330b nicht! Nur Informationspflicht über wesentliche Elemente bei AV von mehr als einem Monat Dies hat nichts mit Schriftlichkeit zu tun.
 - o OR 11 II: Konstitutiv bei Lehrvertrag und Heuervertrag (Gültigkeitserfordernis)
 - o Ordnungsvorschrift:
 - Handelsreisenden
 - Leiharbeitnehmer in AVG
 - o Diverse Einzelabreden:
 - OR 321c III: Überstundenvergütung
 - 322b II: Provisionsanspruch
 - 324a IV: Wichtig! Vereinbarung einer Taggeldversicherung. Das Taggeld ersetzt die Lohnfortzahlungspflicht.
 - o Achtung Globalübernahmen bei allgemeinem Verweis die Schriftform nicht gegeben.
 - o Verletzung der Schriftform: Teilnichtigkeit

Beispielfälle:

Beispiel 1: Am Bewerbungsgespräch stellt der AG die Frage nach dem Zivilstand und der gesundheitlichen Situation, zudem will er eine vertrauensärztliche Untersuchung und einen HIV-Test

- o Zivilstand: Nein, dies ist nicht relevant für die Anstellung, es gibt keine Verbindung zu einer Eignung zur Arbeitsleistung. Massgebend ist dies dann für die Sozialversicherung und die berufliche Vorsorge. Dort besteht eine Informationspflicht für eine entsprechende Einordnung.
- o Gesundheitliche Situation: Grundsätzlich nicht; Aber abhängig von der sachlichen und Zeitlichen Einschränkung zur Arbeitsleistung
- o Untersuchung: bei Einwilligung wegen Persönlichkeitsrechten und beschränkt auf die Eignung zur Arbeit, nicht auch auf die konkreten Resultate.
- o HIV-Test: Untauglichkeit zur Arbeit? Heutzutage eher nicht mehr der Fall. Es gibt genügende Sicherheitsmassnahmen. Kritisch...

Beispiel 2: Der Bruder nimmt ihm auf dem Bauernhof die schweren täglichen Arbeiten ab. Er möchte nachträglich Geld dafür.

Gefälligkeit oder Arbeitsvertrag?

Es fehlt eine Vereinbarung über die Entgeltlichkeit. Nach OR 320 II ist es vorhanden, wenn die Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Es ist hier eine gewisse Regelmässigkeit der Tätigkeit, also ein Aneinanderreihen von Gefälligkeiten. Es kommt auf Treu und Glauben an.

Für Arbeitsvertrag: Schwere der Tätigkeiten, nicht nur gelegentlich oder hintergründig

Lohnhöhe? Branchenüblich

Fazit: konkludent geschlossenes Arbeitsverhältnis mit Lohnanspruch

Beispiel 3: Ein Lieferwagenfahrer ohne Führerausweis: Besteht ein Lohnfortzahlungsanspruch für mindestens die Kündigungsfrist?

Der Vertrag wird zustande gekommen sein. er ist aber nicht gültig zustande gekommen, weil er über eine wesentliche Eigenschaft nicht verfügt. Er hätte eine Aufklärungspflicht gehabt. Der AG kann im guten Treuen von einem Fahrausweis ausgehen. Er hat so einen wesentlichen Umstand verschweigend.

Folge: Anfechtung aufgrund von Willensmängeln = Unwirksamkeit ex nunc, nicht Nichtigkeit.

Der Lohn während der Gültigkeit muss nicht über fVV bezogen werden. er AV besteht für diesen Zeitraum.

Eine Kündigung ist hier nicht nötig. Der AV besteht nicht weiter. Entsprechend gibt es keine Lohnzahlungspflicht

Beispiel 4: Zwei Personen stellen ihn abwechseln für jeweils zwei Monate ein.

Kettenverträge sind unzulässig, da zwingende Bestimmungen umgangen werden sollen wie Sozialbeiträge.

F. Arbeits- und Überstundenpflicht

Übersicht: Rechte und Pflichten

Arbeitspflicht, Lohnzahlungspflicht, Überstundenpflicht, Sorgfalts- und Treuepflicht

Begriff: Leistung von Arbeit im Dienste des AG (Schuld vermögensrechtlicher Natur/Hauptpflicht/Austauschverhältnis zum Lohn).

Richtige Erfüllung: Person, Zeit, Ort, Gegenstand und vertragliche und Gesetzliche Vorschriften

Persönliche Leistungspflicht: OR 321

Leistung von wem:

Grundsatz: Leistung in eigener Person (Grundsatz der persönlichen Erfüllung). Der AG muss sich nicht mit Hilfspersonen zufrieden geben. der AN muss bei Verhinderung auch keine Vertretung organisieren.

Ausnahme: Hilfsperson mit Haftung nach OR 101 je nach Inhalt/Umfang und Lohnhöhe wie OR 351 (wenn zu Hilfsperson ein Arbeitsvertrag: gestuftes Arbeitsverhältnis)

Wann: mit Einwilligung; Bsp.: Der Hauswart überträgt gewisse Aufgaben an seine Ehefrau = mittelbares Arbeitsverhältnis; die AGpflichten werden aufgeteilt. Dem AG trifft gegenüber dem Dritten eine Fürsorgepflicht und ein Weisungsrecht, er hat aber keine Lohnzahlungspflicht.

Leistung an wen:

Grundsatz: Arbeitgeber als Vertragspartner; Folge: Der AG hat sich keine Vertretung aufzudrängen, erhält aber auch keine Vertretung bei Ausfall

Ausnahme: Gesetz oder Vertrag und sodann auch Einwilligung= an einen Dritten wie bei Personalverleih oder Vertrag zugunsten eines Dritten. Durch Weisung ist dies nicht möglich wegen 468 II, auch nicht durch Abtretung nach 333 IV.

- Kein Arbeitsverhältnis: mittelbares Arbeitsverhältnis mit Folge der Aufteilung der Lohnzahlungspflicht und der Weisungsberechtigung
- Gehilfe: nur Fürsorge- und Direktionspflichten, nicht auch Lohnzahlung
- Gruppe: Solidarschuldner oder -gläubiger

Fallen Gläubiger und Empfänger auseinander, ist der Gläubiger abstrakter und der Empfänger der konkrete Arbeitgeber. Einzelne Rechte und Pflichten gehen auf den Erwerber über.

Beginn und Ende der Arbeitspflicht:

- Beginn: Antritt und Information und Weisungen durch AG (kein Schuldnerverzug ist vorher möglich)
- Ende. Auflösung oder Tod nach 338 I

Zeitliche Leistungspflicht:

Normalarbeitszeit:

Konkrete zeitliche Beanspruchung pro Tag, Woche, Monat oder Jahr, die bestimmt oder bestimmbar ist. Grundlage sind Einzel-, Normal oder Gesamtarbeitsvertrag oder die betriebliche Übung. Eingeschränkt wird dies durch Schutzvorschriften zu Höchstarbeit, Tages-, Arbeit, Nacht-, Sonntagsarbeit und freie Tage/Pausen.

Gestaltungsmöglichkeiten:

- Volle, feste und regelmässige Arbeitszeit

- Teilzeitarbeit: Arbeitszeit ist kürzer als die betriebsübliche volle Arbeitszeit.
- Job-Sharing: eine Vollzeitstelle wird mit mehreren Teilzeitbeschäftigten besetzt.
- Jahresarbeitszeit durch Einzel- oder Gesamtarbeitsvertrag. Innerhalb der Grenzen bleibt es dem AG überlassen, die Zeit einzuteilen. Er muss rechtzeitig Bekantgeben und für notwendigen Ausgleich sorgen innerhalb des Jahres (saisonelle und Produktschwankungen)
- Lebensarbeitszeit: Hier kann man Arbeitszeit vorholen für eine individuelle frühere Pensionierung ohne Erwerbseinbusse oder Langzeiturlaub.
- Gleitende Arbeitszeit: in einem Rahmen kann Arbeitszeit vor- oder nachgeholt werden, oft verbunden mit Blockzeiten.
- Zielorientierte Arbeitszeit: Zeitpunkt, bis wann die Arbeit zu erledigen ist.
 - o Weniger Zeit: Anspruch auf vollen Lohn
 - o Mehr Zeit: 321c III bzw. getroffene Vereinbarung
- Schichtvereinbarung: Die Gesamtdauer der Arbeitszeit wird festgelegt.
- Arbeit auf Abruf: kapazitätsorientierter variable Arbeitszeit mit Bereitschaftsdienst
- Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit: auf einzelne Arbeitseinsätze werden neue Arbeitsverträge von kurzer Dauer abgeschlossen.
Nicht: Kettenarbeitsverträge zur Umgehung von gesetzlichen Bestimmungen

Kürzung oder Verlängerung müssen grundsätzlich nicht hingenommen werden, ausser es lägen besondere Umstände vor (321c)

Überstunden(zwingend) : über der vertragliche, branchenüblichen, normal.- oder gesamtarbeitsvertraglichen liegenden Arbeitszeit wird geleistet in einem gewissen Zeitabschnitt.

Zeitliche Erweiterung der Arbeitspflicht wegen Treuepflicht, wenn: (321c I)

- Notwendigkeit:
 - o Viel Arbeit
 - o Dringlichkeit
- Einmaligkeit und Dringlichkeit
- Nicht: Anordnung durch den Arbeitgeber, blosse Erkennbarkeit der Notwendigkeit (selbständige Vornahme im Interesse des AG)
- Im Interesse des Arbeitgebers
- Physische und psychische Leistungsfähigkeit des AN
- Zumutbarkeit nach Treu und Glauben: Neben- oder Haushaltstätigkeit
- Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes sind eingehalten
 - o Wöchentliche Höchstarbeitszeit
 - o Überzeitarbeit
 - o Freie Tage und Pausen
 - o Tages-, Abend-, Nacht- und Sonntagsarbeit
- Überstunden: Beweislast beim AN bei Buchführung und sonst Umkehr der Beweislast.
Evtl. Schätzung durch das Gericht, wenn regelmässig weit über die übliche Arbeitszeit hinaus arbeitet und die exakte Zahl nicht mehr beweisbar ist.

Abgeltung:

- Anordnung der Arbeit/AG schreitet trotz Kenntnis nicht ein
- Nicht angeordnet aber nach Treu und Glauben notwendig

BGE: vorbehaltlose Entgegennahme des üblichen Lohnes wird sinngemäss als Verzicht auf Entschädigung verstanden.

- Leitende Stelle: Es kann mehr erwartet werden als bei einem üblichen Pensum. Es gibt eine erhöhte Treuepflicht.
 - o Abgeltung bei fester Arbeitszeit
 - o nach der zu erfüllenden Aufgabe festgelegt
 - werden durch den Lohn als abgegolten betrachtet.
 - Ausnahme:
 - zusätzlich übertragene, nicht vereinbarte Aufgaben
 - ganze Belegschaft leistet über längere Zeit in wesentlichem Umfang Überstunden
 - ausdrückliche Vereinbarung der Zahlung von Überstunden
- Andersgeartete Tätigkeit: Überstunden vs. gesoderter Arbeitsvertrag (321c oder 322): Ist die Leistung noch dem ursprünglichen Vertrag zuzurechnen?
- Kann vereinbart sein, dass diese im Monatslohn inbegriffen sind! Abs. 2 und 3 sind dispositiv mit Schriftlichkeitserfordernis
Ein nachträglicher Verzicht auf Entschädigung ist ausgeschlossen 341 I und BGE
(vgl. Überzeit, die zwingend!)

Beispiel: Schlechte Betriebsorganisation mit zu wenig Mitarbeiter: Es geht hier um eine gewisse Regelmässigkeit der Mehrtätigkeit. Eine Arbeitspflicht kann nicht angenommen werden, wenn es der AG in der Hand hätte, durch eine gehörige Organisation die Überstunden zu vermeiden. In Frage käme höchstens eine Vertragsänderung bei Duldung über längere Zeit. Die vertragliche Arbeitszeit würde dadurch erhöhte werden. man muss sich dieses Verhalten aber grundsätzlich nicht gefallen lassen.

Art der Abgeltung bei gerechtfertigter Leistungspflicht: 321c

- Lohn hat priorität: Normallohn plus $\frac{1}{4}$: 321c III mit Fälligkeit (323) und Verjährung (128) nach allgemeinen Vorschriften
Vergütungen von Überzeit und Überstunden können nicht kumuliert werden.
- Freizeit von gleicher Dauer: Einverständnis des AN und in angemessenem Zeitraum (Ausdrücklich oder Stillschweigend) nach 321c II
Bis zu 14 Wochen
Nach BGER ist auch während der Kündigungsfrist keine einseitige Kompensation möglich.
- Andere Lösung (dispositiv): schriftliche Einzelabrede, Normal- oder Gesamtarbeitszeit (321c III), selbst wenn für AN ungünstiger. Jede Vergütung kann hier ausgeschlossen werden oder eine pauschale Vergütung vereinbart werden selbst bei mangelnder Voraussehbarkeit. Entgegen BGE kann man wohl auch gültig verzichten für bereits geleistete Arbeit.
Nicht: Vereinbarung im Nachhinein.

Längere Dauer: einvernehmliche Vertragsänderung

Geltendmachung:

- Nicht laufend oder gleich bei Austritt: Kein Rechtsmissbrauch bei Zuwarten
- Aber: Fall langes Zuwarten des Geschäftsführers und Mitglied des Verwaltungsrates ohne gesteigertes Abhängigkeitsverhältnis
- Verjährungsfrist von 5 Jahren nach BGE
- Beweislast des AN, aber mit gerichtlicher Schätzung nach BGer ähnlich OR 42 II

Abgrenzung von Überstunden zu anderen Instituten:

- Nicht bezogene Ferien, Feier- und Freitage
- Gleitzeitüberhang
- Mehrarbeit aufgrund eines dem AN eingeräumten Spielraums (z.B. Jahresarbeitszeit)
- Erweiterung oder Verlagerung von Arbeitszeit
- Überzeit: wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäss ArG
Diese ist nicht auf leitende Funktionen anwendbar! Zudem kann von ihnen mehr erwartet werden als das übliche Pensum.
 - o 45 h Büro, Industrie, Detailhandelgrossbetriebe
 - o 50h andere

Diese kann nach Art. 12 ArG überschritten werden.

Vergütung:

- o Mit Einverständnis durch Freizeit: OR 13 II
- o Normaler Lohn mit Zuschlag: OR 13 I
- o Die Lohnregelung ist zwingend!!! (nicht wie bei Überstunden) und Anspruch aus OR 342 II

Kurzarbeit:

Die gewöhnliche Arbeitszeit wird vorübergehend reduziert wegen wirt. Schwierigkeiten oder Betriebsstörungen. Sie erreichen einen Legitimen Zweck oft nur mit Lohnkürzungen (Existenzsicherung). Lohnkürzungen bedürfen der Zustimmung. Die ursprüngliche Lohnforderung lebt wieder auf, wenn das Ziel nicht erreicht wird. die Arbeitslosenversicherung ersetzt einen erheblichen Teil des ausfallenden Lohnes.

Befreiung von der Arbeitspflicht:

- Kurzarbeit
- Zwangsferien
- Verzicht des AG auf Arbeitsleistung = Freistellung OR 91
- Gesetzlicher Hinderungsgrund wie 324a

Örtliche Arbeitspflicht= Arbeitsort

Grundsatz: Arbeitsort entspricht dem Betriebsort, wenn vertraglich nichts festgelegt. Dies ist sodann der räumliche Mittelpunkt (je nach konkreter Aufgabe auch noch woanders wie Montageort, Dienstreise oder ausserordentlichen Situationen wegen Treuepflicht).

Ausnahme: ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung: Es ist kein fester Arbeitsort vereinbart und ergibt sich auch nicht aus den Umständen = objektive Zumutbarkeit

Zumutbarkeit nach 321d II: Distanz, familiäre Situation, Wohnsituation, Ausgleichszahlungen, Notwendigkeit und Dauer
Versetzung aufgrund eines Weisungsrechts: dauerhafte Versetzung unzulässig, sofern ausdrücklich ein Arbeitsort vereinbart. Zu einem anderen AG: zwingend Einwilligung.

Arbeitsplatz:

Arbeitsort nicht gleich Arbeitsplatz innerhalb des gleichen Betriebes: Dies ist stets zulässig, sofern gerechtfertigt und keine Lohnkürzungen.

Gegenstand der Arbeitspflicht:

Arbeitsvertrag oder erfasste Stelle und in diesem Rahmen Weisungsrecht für den täglichen Ablauf im Rahmen von Treu und Glauben (unzumutbare Arbeit kann abgelehnt werden nach OR 321d II), erfasst von Arbeitspflicht wird:

- Hauptarbeit: arbeitsvertragliche Grenzen
- Übliche Hilfsarbeit wie Aufräumarbeiten
- Sonderarbeit wegen ausserordentlichen Umständen (Betriebsstörung, Vertretung eines kranken Mitarbeiters= wegen der Treuepflicht
- Blosser Arbeitsbereitschaft: Warten auf Kundschaft
- Mittelbare Streikarbeit: Arbeit durch Streikbruch oder Ermöglichung eines Streikbruchs.
Unzumutbar: Ersatzweise Zuweisung von Arbeit, wenn andere Streiken. Der Streikerfolg anderer würde direkt vereitelt werden.

Ein einseitiger Wechsel im Aufgabenbereich durch Versetzung/Einschränkung oder zusätzlichen Funktionen muss man sich nicht aufzwingen lassen. Eine Funktionsänderung ist jedoch möglich:

- Weisungsrecht
 - o Unwesentliche Änderung im Aufgabenreich
 - o Objektiv persönlich zumutbar
 - o Vertraglich vorbehalten
- Treuepflicht: Betriebsstörung, Vertretung, Reorganisation

Qualitative Arbeitspflicht:

Norm: OR 321a I Sorgfaltspflicht als konkretisierte Arbeitspflicht mit Bedeutung für die Haftung nach OR 321e II

- Fachgerechte Bedienung von Einrichtungen, Fahrzeugen etc.
- Treuepflicht: Material, dass zur Ausführung der Arbeit zur Verfügung gestellt wird.

Keine Arbeitspflicht: Ruhen oder Entfallen

- Annahmeverzug: OR 324
- Unverschuldete Verhinderung: OR 324a
- Freizeit und Ferien: OR 329 ff.
- Rechtmässiger Streik: BV 28 III und ZGB 2

Folge: Keine Vertragsverletzung (Kündigung, Haftung, Strafen entfallen). Trennen von Frage, ob Gegenleistung erbracht werden muss!

- Annahmeverzug: Lohnanspruch
- Streik: kein Lohnanspruch

Verletzung der Arbeitspflicht:

- Kündigung:
 - o Fristlos: beharrliche Arbeitsverweigerung und nicht nur ungenügende Arbeitsleistung (evtl. Extremfälle)
- Verweigerung der Lohnzahlung:
 - o ohne Arbeit kein Lohn
 - o mangelhaft: Lohnherabsetzung
- Schadenersatzpflicht:
 - o 321e bei Absicht oder Fahrlässigkeit insbes. Fehlende oder fehlerhafte Erfüllung
 - o 337d: ungerechtfertigtes Nichtantreten oder Verlassen
- Konventional- und Ordnungsstrafen: Arbeitsvertrag oder Betriebsordnung
- Erfüllungszwang: Klage auf Leistung und kantonale Zwangsvollstreckung

Haftung des Arbeitnehmers: OR 321e I bestätigt OR 97

- Schaden: OR 99 III und 43 f. v.a. Reduktionsgründe
 - o Selbstverschulden des AG: mangelnde Organisation, Duldung von Missständen, Auswahl des an, Einstellen einer Ersatzkraft. Evtl. bei Kausalzusammenhang ansetzen
 - o Betriebsrisiko: schadensgeneigte Arbeit; erhebliche W.keit auch einem sorgfältigen AN Fehler unterlaufen i.d.R. vollständige Befreiung bei leichter und reduzierte Ersatzpflicht bei gewöhnlicher Fahrlässigkeit.
- Vertragsverletzung
- Kausalzusammenhang
- Verschulden: Beweislast beim AN
 - o Übernahmeverschulden: mangelnde Fähigkeiten oder Eigenschaften nicht ordnungsgemäss verrichten kann

Geltendmachung: spätestens bei Beendigung des AV, sonst Erlöschen nach Rechtsprechung. Ansonsten 10 Jahre nach OR 127.

Verrechnung mit der Lohnforderung nach 323b II möglich, soweit pfändbar. Bei Vorsatz jedoch unbeschränkt.

Vertragliche Abweichungen: einseitig zwingend. Eine verschuldensunabhängige Haftung ist nicht möglich (nichtig).

Ein Bezug auf Bar- oder Warenbestände wird es toleriert, wenn er ein Mankogeld als Gegenleistung erhält.

Eine Wegbedingung ist zulässig, sofern sie nicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit betrifft (OR 100 I)

G. Sorgfalts- und Treuepflicht, Pflichtverletzung

Definition:

OR 321a I: sorgfältige Ausführung der Arbeiten, insbesondere Arbeit unter vollem Einsatz der körperlichen und geistigen Kräfte mit richtigem Einsatz der Produktionsmittel.

Konkurrenzverbot

Wahrung der Geschäftsgeheimnisse

Allgemein: OR 321a I

Die berechtigten Interessen sind im guten Treuen zu wahren. Es bestehen auch besondere gesetzliche Pflichten, die einfach Konkretisierungen zur Allgemeinen Treuepflicht darstellen.

Besondere Normen:

- Behandlung von Produktionsmittel: II
- Schwarzarbeit: III
- Geheimhaltungspflicht: IV
- Herausgabepflicht: OR 321b I und II
- Leistung von Überstunden: OR 321c

Eigenschaften der Treuepflicht:

- Nebenpflicht: Gegenstück zur Fürsorgepflicht aufgrund der persönlichen Beziehung zum Arbeitgeber
- Vorwiegend Unterlassen, aber auch als Handlungspflicht wie Rechenschaftspflicht
Es ist vorwiegend alles zu unterlassen, was dem AG wirtschaftlich und rufmässig schädigen könnte (BGer)
- Beschränkt sich grundsätzlich nur auf dienstliches Verhalten
Ausnahme: Tendenzbetriebe oder leitende Angestellte
- Zeitlich: Beschränkt auf Dauer des AV, können dieses aber auch überdauern.
- Inhalt nach Einzelfall
- Einschränkung: eigene überwiegende Interessen
Darf mit einer Änderungskündigung seine eigenen Interessen durchsetzen.

Inhalt der allgemeinen Treuepflicht:

- Verhalten ggü. AG: widerrechtlich oder ungebührlich, insbesondere bei strafbaren Handlungen
- Betriebsfrieden:
 - o Verleiten zu Vertragsbruch
 - o Stiften von Unruhe
 - o Zulässig: Bekanntgabe des eigenen Lohnes, soweit nicht ausdrücklich verboten
- Ansehen des Unternehmens: Tatsachen dürfen selbst dann nicht mitgeteilt werden, wenn sie wahr sind.
- Abwerbung: unabhängig davon, ob zu einem Vertragsbruch verleitet wird (BGer)
- Bestechung
- Benutzung der Betriebseinrichtungen zu privaten Zwecken

- Mitteilungen zu Arbeit und Betrieb: alle wesentlichen Tatsachen müssen vollständig, rechtzeitig und wahrheitsgemäss sein.
- Sonderleistungen in ausserordentlichen Situationen:
 - o Zumutbar
 - o Im Interesse des AG
 - o Über die normale Arbeitspflicht hinaus

Entweder Arbeit an einem anderen Ort , Überstunden oder andere Art von Arbeit. Mitwirkung bei der unmittelbaren Schadensbehebung.

- Ausserdienstliches Verhalten:
 - o Leitende Stellung
 - o Tendenzbetriebe: Sie müssen die Tendenz nicht fördern, dürfen ihr aber auch nicht entgegenwirken.

Anwendungsfälle gemäss Vorlesung:

- Aktives Abwerben von Kunden während des Arbeitsverhältnisses
- Verwenden von Kundenlisten im Hinblick auf eine selbständige Erwerbstätigkeit
- Abwerben von Mitarbeitern
- Aktive Konkurrenzierung des AG (Abgabe von Visitenkarten, Anpreisen von günstigeren Leistungen)
- Rufschädigung gegenüber Dritten (selbst wahre Bemerkungen)
- Hinweise auf interne Mängel und Probleme an die Medien
Ultima ratio, zuerst Vorgesetzter
- Schwarzarbeit während angeblicher Arbeitsunfähigkeit

Besondere Pflichten:

- **Sorgfältige Behandlung von Produktionsmitteln:**
Auch die Pflicht zum sparsamen Umgang
- **Unterlassen von Schwarzarbeit:**
er darf keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den AG konkurrenziert. Eine Nebentätigkeit ist daher grundsätzlich zulässig, selbst bei Vollzeitstelle.
Konkurrenzierung: bei einem ganz oder teilweise übereinstimmenden Kundenkreis werden gleichartige und sodann unmittelbar das gleiche Bedürfnis befriedigende Leistungen angeboten (BGer). Es braucht keine konkrete Schädigung. Mit der Beendigung erlischt auch das gesetzliche Konkurrenzverbot.
Ansehen der Firma

Beeinträchtigung der Arbeitspflicht: Eine Nebenbeschäftigung darf nicht solch einen Umfang annehmen, dass sie die Arbeitspflicht beeinträchtigt und er ausserstande ist, seine Arbeit voll zu erfüllen. Darum ist auch eine Arbeitsverpflichtung während den Ferien grundsätzlich nicht zulässig wegen Vereitelung des Erholungszwecks (Bezirksgericht Winterthur)

Auch ein Verstoß: unentgeltlich oder selbständigerwerbend

- **Geheimhaltungspflicht:** dispositiv
 - Tatsache darf nicht offenkundig sein (nur beschränkter Kreis von Personen kennt)
 - Nicht allgemein zugänglich
 - Berechtigtes Geheimhaltungsinteresse
 - Erkennbarer Geheimhaltungswille nach den Umständen
 - Unterscheide:
 - Fabrikationsgeheimnis: Bezieht sich auf das Verfahren zur Herstellung des Produktes
 - Geschäftsgeheimnis: Bezieht sich auf die Organisation und den kaufmännischen Verkehr wie Einkaufsquellen, Kundenlisten
 - Berufsgeheimnis:
 - Sonstige Geheimnisse, von denen er im Rahmen des AV Kenntnis erhält wie finanzieller oder persönlicher Bereich des AG
 - Zeitpunkt:
 - Während AV: 321a IV Halbsatz 1: unabhängig von einem Vorsatz wie unsorgfältiges Verwahren von Dokumenten
 - Verwertung: Verwendung zum Eigenen Vorteil
 - Mittelung
 - Nach AV: benötigt wird ein berechtigtes Interesse
Nicht: AN darf das erlangte zur wirtschaftlichen Entfaltung und dem beruflichen Fortkommen verwenden wie erlernte Fertigkeiten.
- **Rechenschaftspflicht:** wahrheitsgemässe, rechtzeitige und unaufgeforderte Information
- **Herausgabepflicht:**
 - Zuwendungen, die für den AG bestimmt sind ,nicht so Trinkgelder oder Gelegenheitsgeschenke
 - Entfällt bei einem Recht auf Verrechnung oder einem Retentionsrecht (ZGB 895 ff.)

Positives Handeln infolge der Treuepflicht:

- Störungen im Vollzug, drohende Schäden, Missstände im Betrieb sind zu melden
- Unternehmensziele müssen mitverfolgt werden (in Tendenzbetrieben auch in der Freizeit)
- Nachkommen einer vertrauensärztlichen Untersuchung, wenn er infolge Arbeitsunfähigkeit den Lohn weiter bezahlen müsste
- Rechtzeitiges Melden von vorhersehbaren Absenzen

Grenzen der Treuepflicht:

Eigene berechnete Interessen des AN (und des AG)

Diese können mit den gesetzlich zulässigen Mitteln selbst dann verfolgt werden, wenn dies auf Kosten des AG geht wie eine drohende Kündigung ohne Lohnerhöhung.

Weiter bei Tendenzbetrieben

Abwerben von Mitarbeitern:

Nicht in jedem Falle eine Verletzung der Treuepflicht

- Verleiten zum Vertragsbruch (nicht: normale vertragliche Kündigungsbedingungen werden eingehalten)
- Im Auftrag eines Konkurrenzunternehmens zu Wettbewerbszwecken
- Planmässig und Zielbewusst mit Schädigungsabsicht

Rechtsfolgen einer Treuepflichtverletzung:

- Kündigung:
 - o Fristlose Entlassung nach BGE möglich
 - o Ordentliche Kündigung
- Schadenersatz nach OR 321e ausser bei Verschuldensexkulpation
- Konventional- und Ordnungsstrafen nach AV oder Betriebsordnung
- Erfüllungszwang

Nicht: Verweigerung oder Herabsetzung des Lohnes, da sie damit nicht in einem Austauschverhältnis steht. Nach OR 323b II kann aber verrechnet werden.

Beispiele zur Treuepflichtverletzung:

- 1. Er will sich in kürze selbständig machen und bereitet sich auf den Absprung vor. Dabei macht er Kunden über seine selbständige Erwerbstätigkeit aufmerksam**

Vorbereitungshandlungen: Diese macht er ausserhalb der Arbeitszeit. Es spricht nichts dagegen. Während der Arbeitszeit würde er seine Arbeitspflicht verletzen. Eine blosser Information der Kunden scheint angemessen, wenn man eine Unternehmung verlässt. (nicht, wenn er bereits Angebote macht)

- 2. Liebesverhältnis mit der Ehefrau des Chefs**

BGE sagt, man müsse zwischen den privaten Interessen und den Interessen als Arbeitgeber unterscheiden können. Sodann ist es keine Verletzung der Treuepflicht.

Befolgen von Anordnungen und Weisungen

Diese sind nach Treu und Glauben zu befolgen aufgrund des Subordinationsverhältnisses. Sie sind empfangsbedürftig.

Das Weisungsrecht kann delegiert werden: innerbetrieblich, an den Einsatzbetrieb beim Personalverleih

Weisungen sind widerrufbar und können an Bedingungen geknüpft werden.

Widersprechende Weisungen: Nachfragepflicht wegen Treuepflicht

Inhalt:

- Weisungen müssen sich auf betriebliche Interessen beschränken und im Rahmen des vertraglichen Aufgabenbereiches liegen.
 - Sie müssen verhältnismässig sein und den
 - Grundsatz von Treu und Glauben befolgen.
 - Sie dürfen nicht schikanös sein oder
 - ohne sachlichen Grund nur einen Teil der Arbeitnehmer betreffen (Rechtsgleichheit)
 - zwingendes Gesetzesrecht oder Betriebsordnungen gehen vor
 - wesentliche Vertragspunkte können nicht verändert werden
 - die Persönlichkeitsrechte des An muss beachtet werden.
 - sie haben sich auf das Arbeitsverhältnis zu beschränken
- Ausnahmen: ausserdienstliches Verhalten wie bei Tendenzbetrieben oder leitenden Angestellten, welche das Unternehmen repräsentieren

Umfang: Einzelfall

Befolgung:

- Verletzung der Arbeitspflicht und entsprechende Folgen wie
 - o Kündigung
 - o Schwer und wiederholt: fristlose Kündigung
- Rechtswidrige Weisungen: Keine Verletzung der Arbeitspflicht

Sorgfaltspflicht

Rechtsnatur: umstritten

- Vertragspflicht, deren Verletzung sich auf das Arbeitszeugnis oder auf die Kündigung auswirken kann
- Haftungsmassstab der Schadenersatzpflicht infolge mangelhafter Arbeitsleistung (OR 321e)

Kriterien für Mass der Sorgfalt:

- Art des Arbeitsverhältnisses
- Konkretisierung durch Weisungen
- Berufsrisiko: gefahrgeneigte Tätigkeiten
- Fähigkeit, Bildungsgrad und Fachkenntnisse
- Fähigkeiten und Eigenschaften, die der AG kannte oder hätte kennen sollen

Beispiele zur Sorgfaltspflicht:

Der Anlageberater schlägt dem Kunden vor, in dubiose Geschäfte zu investieren wegen hoher Renditen:

Eine Sorgfaltspflicht ist gegeben. Es gibt insbesondere die Pflicht, über Risiken zu orientieren.

Einstellung eines Bewerbers ohne Ausbildungsnachweise oder Zeugnisse:

Es darf erwartet werden, dass eine Person gemäss offener Stelle ausgesucht wird. weiss er um die Unzuverlässigkeit, wird dies bei der Haftung des AN berücksichtigt. Er müsste besonders überwacht werden. der besonders unsorgfältige An haftet allenfalls nicht für den gleichen Schaden, welcher ein normalerweise sorgfältiger AN ersetzen müsste. Der AG hätte um die Unsorgfalt wissen müssen.

Verletzung der Sorgfaltspflicht durch den AN = Schlechterfüllung

- Als unzuverlässig bekannt: besonders überwacht
- Mangelnde Anweisung, schlechte Organisation oder fehlende Überwachung
- Schlechterfüllung des Vertrages = **Schadenersatzpflicht**; Voraussetzungen:
 - o Schaden
 - o Vertragsverletzung
 - o Kausalzusammenhang
 - o VerschuldenGrundsätzlich Haftung für jedes Verschulden, auch für leichte Fahrlässigkeit. Sonderfall gefahrengeneigte Tätigkeit (bei leichter Fahrlässigkeit i.d.R. keine Haftung, wenn der konkrete Schaden typischerweise immer eintritt)
Genereller Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit ist zulässig (OR 100 I) = einseitig zwingend
- Höhe des Schadenersatzes: nach dem Schaden, sodann grundsätzlich gesamter Schaden Selbstverschulden/Betriebsrisiko Or 44 wegen 99 III als Herabsetzungsgründe.
BGR als Faustregel den Monatslohn als Bezugspunkt
 - o Leichte F: maximal ein Monatslohn
 - o Mittlere F: maximal zwei Monatslöhne
 - o Grobe F: maximal drei Monatslöhne
 - o Absicht: gesamter Schaden
- Beweislastverteilung:
 - o AG
 - Schaden
 - VV
 - Kausalzusammenhang
 - o AN: Verschuldensexkulpation
- Geltendmachung: spätestens mit der letzten Lohnabrechnung, nicht nur wenn bei der Kündigung vorbehalten. Eine Verrechnung ist zulässig,
 - o Absicht: unbeschränkt
 - o Fahrlässig: betriebsrechtliches Existenzminimum
- Weitere Möglichkeiten statt Schadenersatz:
 - o Ordentliche Kündigung (evtl. fristlos)
 - o Disziplinarmaßnahmen wie Kündigungsandrohung, Abmahnung
 - o Nicht: Lohnkürzung, LohnwegfallNur Schadenersatzpflicht, welche mit Lohn verrechnet wird.

Abgrenzung: Schlechterfüllung/Nichterfüllung

Slechterfüllung: Eine Nebenpflicht wird verletzt.

Nichterfüllung: Verletzung der Arbeitspflicht (Hauptleistung) mit Grundsätzlicher Folge des Wegfalls des Lohnanspruches in entsprechendem Umfang (OR 82)

- Verschuldet:
 - o Lohnzahlung verweigern
 - o Klage auf Erfüllung
 - o Fristlose Kündigung bei beharrlicher Arbeitsverweigerung trotz wiederholter Aufforderung
 - o Schadenersatz und Entschädigung: 337d
- Unverschuldet:
 - o Objektive Unmöglichkeit (OR 119 II); beide Parteien befreit

- Subjektive Unmöglichkeit: OR 324a f.

Beispielfälle:

Der Arbeitgeber wird wegen schlechtem Geschäftsgang angewiesen, in St. Gallen weiterzuarbeiten (anstelle Zürich)

Der AG hat ein Weisungsrecht. Diese sind grundsätzlich zu befolgen. Es können aber die Interessen des AN entgegenstehen. Ist ein Wechsel zumutbar? Man sollte eher beim Grundsatz bleiben, dass man an dem Ort eingestellt wird, welcher der Arbeitsvertrag vorsieht. Es gibt keine Verpflichtung, an einem anderen Ort weiterzuarbeiten und so gibt es eine Verletzung der Treuepflicht. Weisungen sind nur im Rahmen des Arbeitsvertrages und der Persönlichkeitsrechte zulässig.

Ein Fussballer wird während der Kündigungsfrist freigesellt

Freistellung bedeutet volle Lohnzahlung unter Verzicht auf die Arbeitspflicht. Grundsätzlich ist dies zulässig. Aber: Erhebliche Nachteile für den AN. Hier: Ein längerer Unterbruch kann zu Verlust von Form und Spielpraxis führen. Je nach Kündigungsfrist kann es noch zumutbar sein.

Simon macht Überstunden weil:

Grundsätzlich werden sie angeordnet. Sie sind aber auch ohne Anordnung möglich bei Interessen des Arbeitgebers und konkludenter Hinnahme.

a. Dreimonatiger Sprachaufenthalt:

Kein Interesse des Arbeitgebers vorhanden. Es gibt keine entschädigungspflichtigen Überstunden.

b. Langsamer Arbeiter:

Es ist eine Duldung des Arbeitgebers vorhanden. Es besteht aber an und für sich keine betriebliche Notwendigkeit.

c. Projekt fristgerecht einreichen muss

Entschädigungspflichtige Übersunden, welche angeordnet wurden.

d. Kompensation durch Freizeit immer möglich?

Grundsätzlich ist die Kompensation nur mit Zustimmung möglich

Simon bedient mit dem Lieferwagen die Kundschaft:

e. Autounfall auf dem Heimweg mit Totalschaden

Eine Sorgfaltspflichtenverletzung ist vorhanden, tendenziell grob fahrlässig. Der Schaden ist der Ersatz der Reparaturkosten bzw. Ersatz des Zeitwertes. Vollkasko? Selbstbehalte und Bonus/Malus System als Schaden wegen Prämienmehrbelastung. Evtl. Regressansprüche der Versicherung wegen unerlaubter Handlung.

f. Eingezogene Geld fehlt

Es ist eine Herausgabepflicht gegeben. Dies ist eine Schlechterfüllung. Es gibt keine Lohnkürzung sondern allenfalls Schadenersatz, welche mit dem Lohn verrechnet wird.

g. Visitenkarte deponiert und sagt, dass er auch privat Lieferungen durchführt

Treuepflicht und Konkurrenzverbot; ultima ratio wäre eine fristlose Kündigung

Er lässt sich mit einem gefälschten Check bezahlen. Es ist nicht das erste Mal.

Wenn ein als unzuverlässig bekannter Mitarbeiter eingesetzt wird, kann das der AG als Selbstverschulden angelastet werden. dies führt zu einer Reduktion des Schadenersatzes.

Klausel im Arbeitsvertrag: Haftung für Fehlbeträge nach Ladenschluss und Verrechnung mit dem Gehalt

Es liegt eine gefahreneigete Tätigkeit vor. Eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit wird ausgeschlossen.

Die Klausel könnte den Verschuldensmassstab unterlaufen. Es müsste Ende Monat die grobe Fahrlässigkeit geprüft werden.

Unklar: Verrechnung oder Gehaltskürzung (diese nicht zulässig).

Er hätte den Schaden zu beziffern und dann geltend zu machen, nicht einfach zu kürzen.

H. Lohnpflicht

Übersicht: Pflichten des Arbeitgebers im Allgemeinen:

- Lohnzahlungspflicht
- Fürsorgepflicht

Definition: Entrichtung einer Vergütung für die Arbeitsleistung. Der AV ist zwingend entgeltlich. Es ist eine Hauptpflicht vermögensrechtlicher Natur, welche in Austauschverhältnis steht. Alles, was nicht im Austausch zur Arbeit steht, ist kein Lohn wie Spesenersatz, Betriebspensionen, freiwillige Leistungen.

Art des Lohnes:

Wird in erster Linie im EAV geregelt

- **Geldlohn:** Bar oder Bank- oder Postüberweisung, Check oder Wechsel
- **Naturallohn** (Lebensmittel, Trinkgeld, Kleider, zur Verfügung stellen von günstigen Wohnungen oder dem Geschäftsauto, fringe benefits)
OR 322 II: Vermutung des Naturallohns falls in Hausgemeinschaft (ZGB 331 f.) bei einer Einordnung in den gemeinsamen Haushalt
Ist der AN berechtigterweise abwesend bei Unterkunft und Verpflegung, hat er Anspruch auf eine Verpflegungsentschädigung in Geldform (Ansätze der AHV: 33 Fr. und sonst Aufzuteilen auf die verschiedenen Mahlzeiten und Unterkunft, wenn nicht alles geleistet wird.)
Nicht: dienen der Arbeitsausführung oder werden aufgrund der blossen Betriebeszugehörigkeit erbracht wie Kinderhort, verbilligter Warenbezug
- **Mischformen**

Bemessungsgrundlage:

- **Zeitlohn:**
 - Definition: Entlohnung nach Zeitabschnitten ohne Rücksicht auf das Arbeitsergebnis. Der Zeitpunkt der Abrechnung ist den Parteien überlassen.
 - Praxis: Tages- und Stundenlöhne: Bemessung nach tatsächlicher Arbeitszeit. Sie erfassen die reine Arbeitszeit.
Bei längeren Zeitabschnitten (Wochen/Monat/Jahr) werden auch Zeitschwankungen miterfasst (Monatslohn bleibt gleich hoch, egal wie viele Tage im Monat zu arbeiten sind mit Feiertagen, Anzahl Tagen, Ferien etc.) daher ist der Stundenlohnansatz regelmässig höher als der Monatslohn, weil dieser das Risiko der Zeitschwankungen ausgleichen muss.
Stundenlohn: gleicher Schutz mit Kündigung und Lohnfortzahlung wie jeder andere Lohnempfänger
- **Leistungslohn:** Bemessung nach qualitativen oder quantitativen Gesichtspunkten
 - Akkordlohn
 - Erfolgsvergütungen
 - Provision: Teilhabe an abgeschlossenen Rechtsgeschäften
 - Prämien/Boni

- Mischformen

Echte Arbeit auf Abruf:

Es gibt eine Einsatzpflicht. Darum ist für den Bereitschaftsdienst ebenfalls Lohn geschuldet, da die zeitliche Verfügbarkeit Gegenstand des Lohnes bildet. Dieser Lohnanspruch kann auch bereits im Lohn integriert sein.

Plötzliche Verminderung des Beschäftigungsumfangs: Übertragung des Betriebsrisikos und sodann unter Umständen eine Umgehung der Kündigungsbestimmungen. So kann der Lohn aufgrund des Durchschnitts der bezogenen Entschädigungen geschuldet sein (BGer)

Unterscheide vorab beim Leistungslohn:

- Echter: Hängt ausschliesslich von der individuellen Leistung ab:
 - o Akkordlohn
 - o Prämie
 - o Provision
- Unechter: Hängt nicht nur von der individuellen Leistung ab, sondern auch von nur mittelbar beeinflussbaren Faktoren:
 - o Gruppenakkord
 - o Anteil am Geschäftsergebnis

Leistungslohn: Er bemisst sich unabhängig von der Zeit nach Quantität oder Qualität der Arbeit

- **Akkordlohn:** Lohnhöhe nach Arbeitsmenge (OR 319 I). Die Zeit spielt insofern eine Rolle, als dass der Akkordlohnansatz nach der Zeit, die in der Regel benötigt wird, bemessen ist. Auch hier wird kein Erfolg geschuldet!
 - o **Arten:**
 - Einzelakkord
 - Gruppenakkord: Entgelt nach Verteilschlüssel auf Gruppe aufgeteilt. Der Lohn wird nach der Arbeitsleistung der ganzen Gruppe bemessen,
 - **Blinder Akkord:** Akkordansatz wird nicht im Voraus bekanntgegeben = nicht zulässig nach OR 326a (ansonsten Lohn nach dem für gleichartige oder ähnliche Arbeiten festgesetzten Ansatz)

Es muss informiert werden, wie die Höhe pro produziertes Stück ist.

- o Reine Akkordlöhne sind selten. Häufiger: Mischformen mit einem Mindestlohn als Zeitlohn
- o Schutzbestimmungen:
 - Ausschliessliche Akkordarbeit: genügende Arbeit zuweisen
 - Nicht befugt, Zeitlohnarbeit zuzuweisen, ausser vereinbart oder nach Umständen
 - Weist er Zeitlohn zu, der nicht bestimmt ist durch EAV,NAV oder GAV -> AG muss den vorher durchschnittlich verdienten Lohn entrichten. Dies gilt auch bei Arbeitgeberverzug mangels Arbeit.
 - Der Arbeitgeber hat weiterhin das Betriebsrisiko zu tragen und darf es nicht überwälzen

- **Provision:**
 - **Definition:** Lohn nach Prozent des Werts der vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte; Es ist eine besondere Erfolgsvergütung für die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften, sie kann auch die einzige Art des Lohnes sein, sofern sie ein angemessenes Entgelt darstellt. Bei Ratenzahlungen kann die Provision auch auf jede Rate (Fälligkeit oder Leistung) entstehen.
 - **Arten:**
 - Vermittlungsprovision
 - Abschlussprovision
 - **Entstehen des Anspruchs:**
 - Provisionsabrede
 - rechtsgültiger Geschäftsabschluss.
 - Ausführung des Geschäfts durch den Arbeitgeber (ausser verschuldete Nichtausführung): kann abgeändert werden
 - Die Tätigkeit des AN ist kausal (BGer).
 - Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen durch den Kunden. Kann abgeändert werden
 - **Rückerstattungspflicht:** nachträgliches dahinfallen und Akontozahlungen -> Rückerstattungspflicht nach 322b III (andere Abreden wie Mindestprovision)
 - **Nach BGer:** Geschäftsabschluss kausal durch den AN herbeigeführt. Beteiligung am Geschäftsergebnis/Umsatzbeteiligung: Erfolgsvergütung zusätzlich zum Lohn
 - **Abrechnung:** (andere Abrede möglich)
 - Aufgabe des Arbeitgebers, der AN kann für eine Provisionsabrechnung verpflichtet werden.
 - Der AG muss dazu die nötigen Einsichten in die massgebenden Bücher und Belege geben (322c II)
 - Handelsreisende nach 349a: zwingend angemessenes Entgelt (analog auf übrige Arbeitnehmer auf Provisionsbasis)
- **Beteiligung am Geschäftsergebnis/Umsatzbeteiligung:**
 - **Gewinnbeteiligung:**
 - **Definition:** Bruchteil des jährlichen Reingewinns ohne Verluste der Vorjahre.
 - **Sinnvoll:** unmittelbarer Einfluss auf das Geschäftsergebnis wie leitende Stellung, da keine Verantwortlichkeit des AG ggü. AN besteht für eine sorgfältige Geschäftsführung.
 - **Berechnung** i.d.R. Prozente des jährlichen Reingewinns, unabhängig von der individuellen Leistung. Über die Berechnungsart braucht es eine vertragliche Regelung.

Nach BGer ist die Erfolgsrechnung und nicht der bilanzmässige Vermögensgewinn massgebend.

Massgebend ist ferner die Erfolgsrechnung des Betriebes und nicht des ganzen Konzerns.

 - **Rückforderungsanspruch:** bei monatlichen Akontozahlungen besteht bei geringeren Gewinnen oder gegenteiliger Abmachung einen vertraglichen Rückforderungsanspruch (BGer)
 - Auch: Anspruch bei unterjähriger Auflösung des Vertrages

- Pro rata temporis: Anteil an der entsprechenden Zeit, welche er im Kalenderjahr absolviert hat. Die Gewinnbeteiligung wird geschätzt mangels Erfolgsrechnung.
 - Eine Zwischenbilanz wird nur bei vertraglicher Vereinbarung erstellt
 - Fälligkeit: sechs Monate nach Ende des Geschäftsjahres (OR 323 III)
 - Einsichts- und Auskunftsrecht (Art. 322a II)
- **Umsatzbeteiligung:**
 - **Definition:** Richtet sich nach dem Umsatz des Arbeitgebers also nach den umgesetzten Dienstleistungen oder Waren (Brutto- oder Nettoumsatz festlegen!).
 - Auch hier ist es eine Erfolgsvergütung, welche sich am Erfolg des gesamten Unternehmens orientiert
- **Allgemein:** Werden in der Regel zusätzlich zu einem normalen Lohn ausgerichtet. Nur in Form von Beteiligung ist wegen der Überwälzung des Betriebsrisikos nur ausnahmsweise zulässig, wenn sich ein angemessenes Entgelt ergibt (349a II analog)
Letztlich sind die Formen heikel, weil sonst das Betriebsrisiko übergeht.
- **Prämien/Boni:**
 - Definition: Vergütungen für besonders befriedigende Arbeitsleistungen (freiwillig oder vertraglich geschuldet) = individuelle Leistung
 - Bei vertraglich vorgesehener oder regelmässiger Ausrichtung gelten sie als Lohn. Ansonsten Gratifikation (variabel und erfolgsabhängig)
Warum wichtige Unterscheidung? Lohnansprüche haben einen Rechtsanspruch. Bei Freiwilligkeit besteht auch kein pro rata Anspruch.
 - Keine Willkür oder Verletzung des Gleichheitssatzes

Lohnhöhe:

- **Einzelfall:**
 - Die Lohnhöhe richtet sich nach Einzel- oder Kollektivvereinbarungen,
 - die GAV erhalten oft Mindestlohnvorschriften oder Kataloge von Tätigkeitsmerkmalen, welche für die Einstufung in eine bestimmte Lohnstufe massgebend sind. Diese dürfen wegen dem Günstigkeitsprinzip nicht unterschritten werden.
 - Von Löhnen in NAV kann nach oben oder nach unten abgewichen werden (ausser Mindestlohnvorschriften als flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit)
- Ohne abweichende Vereinbarung handelt es sich um den Bruttolohn (vor Abzug der öffentlich-rechtlichen Abzüge). Der ausbezahlte Lohn gilt ohne gegenteilige Vereinbarung als Lohn nach Abzug von Sozialversicherungs- und anderen Beiträgen. Nettolohnvereinbarungen sind zulässig.
- Fehlen oder der Irrtum bezüglich Lohnvereinbarungen: OR 320 II
 - **Fehlt eine Regelung** über die Höhe des Lohnes (OR 322 I) = übliche Lohn
 - Derselbe oder ähnliche Branche unter Rücksicht auf persönliche Verhältnisse bezahlt (Tätigkeit, Ort, Betrieb, Branche, persönliche Verhältnisse) wichtig: Gesamtarbeitsvertrag innerhalb der Branche

- Richter nach Billigkeit: Aufgaben, Alter, Ausbildung, Stellung im Betrieb, äussere Umstände, Dauer des Arbeitsverhältnisses, familiäre Verhältnisse.
- **Lohnkürzungen:** nicht einseitig möglich wegen pacta sunt servanda als Vertragsbestandteil. Bei angedrohter oder zu erwartender Änderungskündigung können jedoch besondere Umstände (OR 6) vorliegen, die Stillschweigen als Akzept zur Vertragsänderung lassen würden. In der wiederholten widerspruchlosen Entgegennahme (i.d.R. drei Mal) eines veränderten Lohnes kann eine tatsächliche Vermutung für eine stillschweigende Zustimmung erblickt werden. (An müsste die Vermutung umstossen und beweisen, dass konkrete Umstände gegen stillschweigende Zustimmung sprechen).
Er kann so den ursprünglichen Lohn geltend machen, ausser es sei Verstoß gegen Treu und Glauben oder die Verjährung ist eingetreten.
- **Lohngleichheit:**
 - **Mann/Frau:** Der Lohnunterschied beruht auf einem geschlechtsspezifischen Umstand
 - Normen: BV 8 III mit horizontaler Drittwirkung in öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen; GIG 3 II. der Schutzbereich umfasst neben dem Lohn auch alle übrigen Lohnbestandteile wie Zulagen oder Gratifikationen.
 - Arten:
 - Direkt: ausdrücklicher Bezug auf das Geschlecht
 - Indirekt: wesentlich mehr oder überwiegend Angehörige eines Geschlechts werden begünstigt und andere erheblich benachteiligt wie Körpergrösse
 - Individuell: Einstufung einer Person
 - Generell: generelle Einstufung bestimmter Funktionen
 - Voraussetzung Lohnunterschied: individuell und sachliche begründet z.B. wegen Alter oder Ausbildung. (z.T. wissenschaftliche Arbeitswertanalysen mit Kriterien, welche alle einem Wert zugeteilt werden.). Die Ungleichheit beruht auf objektiven Umständen wie Leistung, Qualifikation, Berufserfahrung etc.
Derselbe Arbeitgeber ist beteiligt oder von demselben AG abhängig wie Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft.
 - Art. 6 GIG: Beweislastumkehr in Richtung „glaubhaft machen“ als Beweislastumkehr (aufgrund objektiver Umstände besteht die W.keit des Vorhandenseins des vorgebrachten Sachverhalts)
 - Folge: Nichtigkeit und Ersetzen durch Leistungsurteil
Rückwirkend wird die Nachzahlung möglich.
Es ist zwingend nur Teilnichtig, selbst wenn der Vertrag so überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Ausnahme: Vor Inkrafttreten des neuen GAV: Nichtigkeit des ganzen Vertrages.
 - Eine Lohngleichheit darf nicht durch Senkung der höheren Löhne herbeigeführt werden (BGer)
 - Verjährung: OR 128 Ziff. 3 fünf Jahre
 - **Lohngleichheit zwischen Inländern und Arbeitnehmern aus dem EU/EFTA Raum:**

- Lohnungleichheiten sind auch hier nicht gestattet nach Art- 9 Abs. 1 Anhang 1 FZA.
 - Tripartite Kommission: Vertreter von AG, AN und des Staates kontrollieren die Rechnungen der Betriebe auf Lohndiskriminierung und beobachten den Arbeitsmarkt (OR 360b) werden Ungleichheiten festgestellt, kann mit der Allgemeinverbindlicherklärung von NAV als zwingende Mindestlöhne in der Branche reagiert werden (OR 360a)
- **Gratifikation:**
 - **Definition:** grundsätzlich freiwillige Sondervergütung, die der AG bei bestimmten Anlässen wie Weihnachten ausgerichtet und es ist zugleich Anerkennung für die geleistete Arbeit und ein Ansporn für künftige Tätigkeit.
Sie steht nicht unmittelbar in direktem Zusammenhang mit dem geschäftlichen Erfolg und ist daher keine eigentliche Beteiligung am Geschäftsergebnis, auch wenn die Höhe nach dem Ergebnis abgestuft wird oder die Ausrichtung vom Geschäftsgang abhängig gemacht wird. es ist vielmehr eine einmalige Zulage
 - **Wiederholte Ausrichtung:** Nach BGer könnte Lohn vorliegen. Grundsätzlich besteht kein Rechtsanspruch, da sie freiwillig ist. Ausnahmen: ununterbrochene, vorbehaltlose und dreimalige Ausrichtung = Betriebsübung als stillschweigende Vereinbarung
 - Mehrjährige Zahlung: Mindestens drei Jahre nach BGer
 - Anlass für die Auszahlung ist immer der gleiche
 - Höhe mehr oder weniger unverändert
 - ununterbrochen
 - Auszahlung erfolgte vorbehaltlos d.h. ohne Hinweis auf die Freiwilligkeit
Ein wiederholter Vorbehalt kann nach BGer zur reinen leeren Floskel verkommen.
 - Auch Lohnbestandteil: nicht mehr akzessorisch. Sie erreicht regelmässig einen höheren Betrag als der Lohn.
 - Gleichbehandlungsgrundsatz: Die Geltendmachung ist schwierig. Es müsste in persönlichkeitsverletzender Weise eine Diskriminierung vorliegen.
 - Austritt: pro-rata-temporis Anspruch nur, wenn verabredet (322d II) oder Gratifikation mit Rechtsanspruch
 - Zurückzahlungsklauseln zur Bindung an das Unternehmen: zulässig, aber:
 - Vertraglich vereinbart
 - Grund für die Auflösung vom AN zu verantworten
Nicht nur Kündigung wegen Unzumutbarkeit des AG
 - Keine übermässige Bindung (h.L. analog Konkurrenzverbot eine Frist von drei Jahren nach 340a I)
- **13. Monatslohn:**
 - Definition: Fest vereinbarter Geldbetrag zusätzlich zu den normalen Monatslöhnen. Ohne andere Vereinbarung ist er als fester Lohnbestandteil geschuldet. Er hat einen Rechtsanspruch. Auszahlung und Höhe sind vertraglich festgelegt.
 - Höhe nicht festgelegt: 1/12 der zusammengerechneten Lohnsumme
 - Pro rata temporis: Vorhanden, wenn nichts anderes vereinbart.

Beispiel Gratifikation:

Im EAV von Paul Müller findet sich die Klausel: Der AN erhält eine freiwillige Weihnachtsgratifikation von CHF 2000. Kündigt der Mitarbeiter, hat er die G des vorangegangenen Jahres wieder zurückzuzahlen.

Für maximal drei Jahre ist es zulässig, da keine übermässige Bindung vom BGER bejaht wurde. die Rückzahlung erfolgt aber nur, wenn der Grund bei Paul Müller liegt. Sonst bleibt es Wirkungslos.

Art Lohnzahlung

- Bargeldlos zulässig und üblich
- Gesetzliche Währung innert der Arbeitszeit auszurichten, sofern nichts anderes vereinbart
- Lohnabrechnung auszurichten (323b I). aus dieser ist Brutto- und Nettolohn, Zulagen und Abzüge ersichtlich.

Ort der Lohnzahlung:

- Besonderer Zahlungsort kann vereinbart werden (Überweisung auf Bankkonto)
- Mangels Vereinbarung gilt der übliche Ort wie Betriebsstätte

Zeitpunkt der Lohnzahlung:

- **Monatsende** (Ausser EAV oder GAV): 323 I
- Darf durch EAV nicht zu Ungunsten des AN geändert werden. die monatliche Lohnzahlung ist daher Maximalfrist, die nicht verlängert werden darf. Eine längere Periode ist zulässig, wenn sie sich aus NAV oder GAV ergibt.
- Durch Abrede oder Übung können sich kürzere Fristen oder andere Termine ergeben.
- Der genaue Zahltag kann vereinbart werden. ohne Vereinbarung: spätestens am letzten Tag des Monats. Bei einer Bank- oder Postüberweisung muss die Gutschrift am letzten Tag vollzogen sein, damit der AN darüber verfügen kann.
- Zeitpunkt bei **Provision oder Anteil am Geschäftsergebnis**:
 - o Provision: Ende jeden Monats, ausser eine kürzere Frist verabredet oder üblich. Durch schriftliche Abrede kann die Fälligkeit hinausgeschoben werden, wenn die Durchführung von Geschäften mehr als ein halbes Jahr dauert (323 II)
 - o Geschäftsergebnis: Sobald dieses festgestellt, spätestens nach sechs Monaten nach Geschäftsjahr (III)
- **Lohnvorschuss: IV**
 - o Zur Behebung der Notlage wirklich nötig
 - Finanzielle Bedrängnis
 - Lohnvorschuss könnte diese Bedrängnis beseitigen
 - o Zumutbarkeit für AG
 - o Verlangen

Der Vorschuss richtet sich nach Massgabe der geleistet Arbeit. Es gibt keinen Anspruch auf Lohn für Arbeit, die noch nicht geleistet wurde. (Vorverlegen der Fälligkeit). Die Vorschrift ist beidseitig zwingend. Freiwillig ist es aber möglich nach OR 82, nicht aber Abrede im voraus.

- Verrechnung: VV oder uH
 - o Grundsätzlich nur soweit pfändbar: SchKG 95
 - o Ausnahme: Absicht

Fehlende Arbeitsleistung: Lohnanspruch?

„Ohne Arbeit kein Lohn“, da es sich um einen schuldenrechtlichen Austauschvertrag handelt (OR 82 und 119 II). es gibt eine Befreiung von der Lohnzahlungspflicht.

Anwendungsbereich:

- Unberechtigte Arbeitsverweigerung
- Verschuldete Verhinderung
- Unmöglichkeitstatbestände, soweit sie nicht unter 324 und 324a fallen
- Rechtmässige Streiks oder Aussperrungen nach BV 28 III wegen Suspensionstheorie: Die Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag ruhen.

Einschränkungen: Übersicht:

- Annahmeverzug des Arbeitgebers
- Unverschuldete Verhinderung
- Freizeit und Ferien
- Bestimmung gemäss EAV, NAV oder GAV oder Übung (OR 322 I)

Ausnahmen können sich auf beiden Seiten verwirklichen:

1- Annahmeverzug des Arbeitgebers: 324

- o **Definition:** Die Arbeitsleistung nach Vertragsabschluss wird durch den Arbeitgeber verschuldet und unverschuldet verunmöglicht und das Risiko liegt in der Sphäre des Arbeitgebers (Unternehmerrisiko)
 - Betriebsschliessung
 - Nötige Weisungen werden nicht erteilt
 - Fehldispositionen
 - Gesundheitsschutz
 - Materialmangel
 - Freistellung: Verzicht auf die Arbeitsleistung, sofern kein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung besteht.
Nicht: einvernehmliche Suspendierung. Lohnzahlung ist nicht mehr zwingend.
 - Holt eine Arbeitsbewilligung nicht ein (BGer)
 - Betriebsstörungen gehen unter das Unternehmerrisiko, welches sich im Gewinn kompensiert.
 - Berechtigte Arbeitsverweigerung wegen OR 82: Eigentlich stehen nur Lohn und Arbeit desselben Monats in einem Austauschverhältnis. Der AN wäre so aber für jeden einzelnen Monat vorleistungspflichtig, was ihm nicht zugemutet werden kann. Er kann nicht auf unbestimmte Zeit Kredit gewähren müssen. Die Einrede wird daher vom BGer zugelassen.
- o Der An muss die Leistung anbieten und das erfolglose Angebot beweisen können (form- und fristgerecht)
- o **Folge:** Der An behält die Lohnforderung ohne zur Nachleistung der versäumten Arbeit verpflichtet zu sein. Es gibt eine

Lohnzahlungspflicht. Der AN muss sich aber anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung erspart oder durch anderweitige zumutbare (Art, Ort und Zeit) Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (324 II).

Zudem: Er muss mit baldiger Wiederaufnahme der alten Stelle rechnen.

Die Fürsorgepflicht und die Treuepflichten laufen weiter wie Verbot der Schwarzarbeit.

- Regelung ist einseitig zwingend. Die Lohnzahlungspflicht kann nicht wegbedungen werden. er kann aber die Arbeitspflicht reduzieren oder modifizieren, so dass der Verzug nicht eintritt wie Kurzarbeit, Freistellung oder Arbeitszeitverlegung.

Fortzahlung bei Streik?

- **Grundsatz:** Der AG muss das Risiko nicht tragen, weil eine Lohnzahlungspflicht dem Prinzip der Waffengleichheit im Arbeitskampf widersprechen würde. Die Hauptpflichten ruhen. Die mangelnde Leistungsbereitschaft setzt ihn nicht in Annahmeverzug. Indirekt betroffene AN: keine Lohnzahlungspflicht, wenn wegen dem Streik keine Arbeit zugewiesen werden kann (324 I) Mitverschulden beim Annahmeverzug
- Schadenersatzanspruch des AN möglich der verrechnet werden kann wegen 323b II. eine Kürzung der Lohnzahlung ist nicht möglich

1. Leistungsverzug des Arbeitnehmers infolge unverschuldeter Verhinderung

a. Kurzarbeits- oder Schlechtwetterentschädigung:

Es sind beides Leistungen der Arbeitslosenversicherung.

- Kurzarbeit:** Der AG produziert nicht mehr im früheren Masse. So müsste er eigentlich wegen Annahmeverzugs die Löhne weiter bezahlen. Im Einverständnis mit den betroffenen AN gibt es eine angeordnete vorübergehende Reduktion der betriebliche Arbeitszeit oder eine Betriebsschliessung mit Herabsetzung des Lohnes.
ALV ersetzt den Schaden unter Umständen wegen Verhinderung der Ganzarbeitslosigkeit infolge Entlassungen und Erhaltung von Arbeitsplätzen.
- Anspruchsberechtigte:** AN, wessen normale Arbeitszeit aus wirt. oder unvermeidbaren Gründen gekürzt oder eingestellt wurde. alle die gegenüber AHV beitragspflichtig oder das Mindestalter noch nicht erreicht haben, einen anrechenbaren Arbeitsausfall erleiden und ungekündigten AV stehen.
- Bemessung und Höchstdauer der KAE:** 80% des anrechenbaren Verdienstauffalls für maximal 12 Abrechnungsperioden innert zwei Jahren. Der AG muss diese vorschüssen und am ordentlichen Zahlungstermin auszurichten, Karenztage zu seinen Lasten zu übernehmen und während der Kurzarbeit die vollen Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten. Der AG muss sich

vor 10 Tagen Beginn der Kurzarbeit bei der kantonalen
Amtsstelle schriftlich melden.

- iv. **Schlechtwetterentschädigung:** Ersetzt den Verdienstaussfall, der auf Arbeitsausfall infolge Wetterunbill zurückzuführen ist. Die Bemessung erfolgt nach KAE. Der Anspruch besteht auf 6 Abrechnungsperioden innerhalb von zwei Jahren. Der wetterbedingte Arbeitsausfall muss spätestens am fünften Tag des folgenden Kalendermonats der kantonalen Amtsstelle melden.

Schutz der Lohnauszahlung: Pfändbarkeit/Konkurs

2. Verschuldet:

Subjektive ursprüngliche Unmöglichkeit: Der Arbeitsvertrag bleibt gültig, der Lohnanspruch entfällt aber mangels Leistungsvereinbarung. Die Schadenersatzpflicht richtet sich nach OR 97

Bsp.: Hat bereits einen anderen Arbeitsvertrag in diesem Zeitraum

3. Unverschuldet:

Lohnfortzahlungspflicht als sozialpolitisch begründete Ausnahme von 119 III (in 324a und b). Voraussetzungen:

- a. **Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit:** wie hinreichende Schwere von Krankheit und Unfall. Behördengänge oder Arztbesuche nur, wenn die Verletzung in die Freizeit unzumutbar ist oder die Pflege von Angehörigen nur, wenn keine zumutbare Ersatzlösung möglich ist. i.d.R: nicht Operationen oder Kuren in den Ferien, weil der Erholungszweck vereitelt wird.
- b. **Gründe, die in seiner Person liegen = persönliche (Subjektive) Leistungshindernisse**

Die Arbeitsleistung wird dadurch unzumutbar:

- i. Krankheit: Art. 3 ATSG
- ii. Unfall: Art. 4 ATSG: plötzliche nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den Menschlichen Körper, die eine Schädigung der Gesundheit zur Folge hat.

Primär: obligatorische Unfallversicherung: 324b. Beweislast bei beiden beim AN durch ärztliches Zeugnis auch ab dem ersten Tag, selbst wenn nicht im AV vorgesehen. Eine vertrauensärztliche Untersuchung (bei AG Wahl) kann verlangt werden wegen der Treuepflicht. Umstritten: braucht es eine vertragliche Pflicht. Er darf einfach die Tatsache der Verhinderung, Dauer und Grad der Verhinderung und Krankheit oder Unfall mitteilen wegen Versicherungsdeckung.
Nicht: Diagnose

- iii. Schwangerschaft
- iv. Gesetzliche Pflichten wie Militärdienst, Feuerwehr, Zeugenaussage
- v. Familienereignisse: Heirat etc.
- vi. Öffentliches Amt
- vii. Erledigung dringender pers. Angelegenheiten wie Behördengang, Arztbesuch

- viii. Objektive Leistungshindernisse: NEIN. Der AG muss nicht dafür einstehen, soweit sie nicht unter Betriebsrisiko fallen wie Verkehrszusammenbruch, politische Unruhen. Es bräuchte besondere subjektive Betroffenheit.

c. Kein Verschulden:

- i. Nicht: Vorsatz, Eventualvorsatz
- ii. Grobfahrlässig: Lohnfortzahlung aber Kürzung des Anspruchs
- iii. Beweislast: umstritten
 - 1. OR 97 analog: Exkulpation des AN
 - 2. Beweis durch AG

Riskante Sportarten sind im Zweifel als unverschuldet zu betrachten (BGE). Auch: medizinisch indizierte Behandlung oder Kurzaufenthalt. Kürzungen nach UVG oder VVG sind ein Indiz, nicht aber verbindlich. Keine Pflicht zur Risikovermeidung im Privatbereich

Zudem: Keine Rolle bei Schwangerschaft, freiwillige Begründung einer gesetzlichen Pflicht, freiwillige Übernahme des öffentlichen Amtes oder Eheschluss.

d. Dauer des Arbeitsverhältnisses: Ab drei Monaten gedauert oder eingegangen = Ablauf der Karenzfrist

- i. Kürzere Karenzfrist: Formlos vereinbart
- ii. Nur einmal absolviert (Wechsel von Lehrling zu Angestellte, Saisonier)
- iii. Befristet: ab dem ersten Absenzttag
- iv. Unbefristet: Erster Tag des vierten Monats, ab dem ersten Tag, wenn der Vertrag erst auf einen Termin nach Ablauf von drei Monaten beendet werden kann.

Beispiele:

W ist Versicherungsvertreter und schliesst eine Lebensversicherung mit K ab. Sie richtet die Provision aus, muss aber feststellen, dass K die Prämien nicht bezahlt.

Eine Rückzahlungsverpflichtung wäre die Voraussetzung. Die Provision muss nicht zwingend für den Geschäftsabschluss vorgesehen sein. es kann auch Anteile am Abschluss und Folgeprovisionen geben wie auf bezahlte und unbezahlte Versicherungsprämien.

Die Abschlussprovision wird geschuldet sein, da der Vertrag abgeschlossen wurde. bei den Folgeprovisionen müsste man prüfen, ob es sich um eine Provision auf die geschuldete oder die bezahlte Prämie handelt.

Arbeitsvertrag: „Der AN erhält den 13. Monatslohn als Gratifikation“. Er Kündigt per Ende Oktober

Wie durften es die Parteien nach Treu und Glauben verstehen? Es ist wohl auszulegen zulasten der Person, welche den Vertrag erstellt hat, regelmässig zulasten des AG.

Dauer der Lohnfortzahlungspflicht

Der Lohn muss als Rechtsfolge für eine beschränkte Dauer weiterbezahlt werden. die Norm ist Einseitig zwingend: drei Wochen im ersten Jahr und nachher je nach Dauer und Umständen auch länger. ? Mindestleistung.

→ Bern, BS und Zürich haben Skalen erarbeitet zur Rechtssicherheit. Sie weichen z.T. erheblich voneinander ab je nach Dienstjahr.

das erste Dienstjahr beginnt mit Stellenantritt. Massgebend ist die ganze reale Anstellungsdauer (verschiedene Arbeitsverträge werden zusammengerechnet). Erstreckt sich die Verhinderung auf das nächste Dienstjahr, beginnt die Pflicht im neuen Jahr wieder neu für die in diesem Jahr vorgesehene Dauer.

Berechnung:

4. 1 Woche = 5 Arbeitstage
5. Monat = 20 Arbeitstage
6. Nicht: gesetzliche und vertragliche Feiertage
7. Austritt
 - a. Nicht nur Pro rata Anspruch
 - b. Voller Lohnfortzahlungsanspruch des angebrochenen Dienstjahres

Mehrmalige Verhinderung:

Zusammenrechnen, unabhängig ob gleich- oder andersartige Verhinderungsgründe. Das Zusammenrechnen wird teilweise durch GAV aufgehoben.

Abtretung und Verpfändung künftiger (nicht fällige) Lohnforderungen

Grundsatz:: OR 325 II Nichtigkeit

Ausnahme: Familienrecht, soweit Lohn pfändbar

Teilweise Arbeitsunfähig:

Auch hier besteht eine Lohnfortzahlungspflicht. Es ist abzuklären, ob es sich um verkürzte Arbeitszeit oder um volle Arbeitszeit mit reduzierter Leistung handelt. es ist dem AN nicht zuzumuten, die Arbeitsunfähigkeit überwiegend in seine Freizeit zu legen. Ohne gegenteilige Hinweise gilt Proportionalität.

Dauer: Problem, ob die gesetzlichen Mindestansprüche Geldminimum oder das Zeitminimum bezeichnen. Nach h.L. ist es das Geldminimum, das heisst die Dauer ist mit der Lohnhöhe zu Multiplizieren.

Teilzeitarbeit oder Stundenlohn:

Auch hier entsteht ein Anspruch.

Pauschale Abgeltung durch Lohnzuschlag möglich?

Umstritten, müsste wohl schriftlich sein und „gleichwertig“ i.S.v. 324a IV. zulässig ist die Abrede, wonach die Lohnfortzahlung im Lohn inbegriffen sei.

Abweichende Regelungen von der gesetzlichen Norm: relativ zwingend

- Weitere Vorhinderungsgründe vereinbaren
- Längere Zahlungspflichten
- OR 324a I-III mittels schriftlicher Abrede, sofern mindestens gleichwertig wie eine private Taggeldversicherung, in der die Prämie je zur Hälfte bezahlt wird. der AN hat dann einen direkten Leistungsanspruch gegen die Versicherung auf 80% des Lohnausfalls (VGG 87). Nach BGer ist dies gleichwertig zur gesetzlichen Regelung.
- Obligatorisch versichert: die Versicherungsleistungen müssen 4/5 des Lohnes betragen, der AG muss den Lohn dann nicht entrichten.

Pflichtverletzung:

Nicht oder nicht richtige Erfüllung der Lohnzahlungspflicht, Sanktionen:

- Kündigung:
 - o Fristlos: wiederholt oder auf Dauer nicht nachkommt oder zahlungsunfähig, sofern keine Sicherheit geleistet wird
 - o Normal
- Verweigerung der Arbeitsleistung: OR 82
- Schadenersatzpflicht: Je nach Art der Leistungsstörung
 - o Verzug (Unmöglichkeit einer Geldleistung nicht möglich):
 - Verzugszinsen nach OR 104
 - OR 106 I mit Verschuldensexkulpation des AG
- Erfüllungszwang: Leistungsklage mit Zwangsvollstreckung nach SchKG bei Geldlohn und sonst nach kantonalem Recht.

Beispiele:

W ist Versicherungsvertreter und schliesst eine Lebensversicherung mit K ab. Sie richtet die Provision aus, muss aber feststellen, dass K die Prämien nicht bezahlt.

Eine Rückzahlungsverpflichtung wäre die Voraussetzung. Die Provision muss nicht zwingend für den Geschäftsabschluss vorgesehen sein. es kann auch Anteile am Abschluss und Folgeprovisionen geben wie auf bezahlte und unbezahlte Versicherungsprämien.

Die Abschlussprovision wird geschuldet sein, da der Vertrag abgeschlossen wurde. bei den Folgeprovisionen müsste man prüfen, ob es sich um eine Provision auf die geschuldete oder die bezahlte Prämie handelt.

Arbeitsvertrag: „Der AN erhält den 13. Monatslohn als Gratifikation“. Er Kündigt per Ende Oktober

Wie durften es die Parteien nach Treu und Glauben verstehen? Es ist wohl auszulegen zulasten der Person, welche den Vertrag erstellt hat, regelmässig zulasten des AG.

I. Ersatz der Pflicht durch Versicherungsleistungen. OR 324b

mindestens 4/5 müssten gedeckt sein.

Obligatorische Versicherungen:324b

Unfallversicherung/EO/Mutterschaftsentschädigung/ Militärversicherung

Freiwillige Versicherung: 324a IV

Krankentaggeldversicherung, private Unfallversicherung nach VVG

Kollektiv-Krankentaggeldversicherung = freiwillige Versicherung

Form: Durch schriftliche Abrede, NAV oder GAV kann diese möglich sein.

Erscheinungsformen: KVG und VVG

KVG:

- Art. 67 ff. KVG und 107 KVV und ATSG
- Art: öffentlich-rechtliches Versicherungsverhältnis
Die Versicherer sind daher Träger hoheitlicher Befugnisse und müssen die verfassungsmässigen Rechte beachten
- Abschlusszwang: sie müssen jede zum Beitritt berechnigte Person aufnehmen (61 I)
- Begriffe wie Krankheit, Unfall sind durch das ATSG vorgegeben.
- Das Taggeld ist für eine oder mehrere Erkrankungen während mindestens 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen zu leisten (72 III)

VVG:

- Privatrechtliches Rechtsverhältnis
- Es gibt keinen Abschlusszwang
- Die Begriffe können in den Versicherungsbedingungen festgelegt werden.
- Die versicherungsvertragliche Festlegung von Umfang und Dauer der Leistungen ist frei. Vorgaben können sich aus GAV oder NAV ergeben.

Voraussetzung für den Ersatz der Lohnzahlungspflicht durch die Krankentaggeldversicherung:

Die Versicherungslösung muss „gleichwertig“ sein.

- Konkrete Umstände des Einzelfalls
- Vergleich der von Versicherung zu erwartenden Leistung mit den zu erwartenden Leistungen des AG bei Krankheit

Kriterien:

- Höhe des Taggeldes
- Dauer des Taggeldanspruchs
- Karenztage
- Gesundheitsvorbehalte
- Schicksal des Taggeldanspruchs bei Beendigung des AV
- Prämienaufteilung zwischen AG und AN

Gleichwertigkeit sicher bei 720 Tagessätzen innert 900 Tage bei einer Karenzfrist von maximal 3 Tagen und eine partitatische Finanzierung.
Nicht Erfüllt: Kein Ersatz der Pflicht, wohl aber eine Ergänzung derselben.

Obligatorische Versicherungen nach 324b

- Mindestens 80% des Lohnes decken
- Geringer: Differenz bezahlen
- Karenztage: mindestens 80% vom AG

Obligatorische Unfallversicherung: UVG

- Die Versicherung beginnt bei dem Tag, an dem der AN antritt oder hätte antreten sollen in jedem Fall dann, wenn er sich auf den Weg zur Arbeit begibt (Art. 3 I)
- Sie endet mit dem 30. Tag nach dem Tag, an dem der Anspruch auf mindestens den halben Lohn aufhört (Art. 3 II)
- Abredeversicherung: Verlängerung um 180 Tage möglich (3 III)
- Eine Versicherungsdeckung besteht bei Berufsunfällen, Nichtberufsunfällen und Berufskrankheiten
- Bei Teilzeitarbeit ebenfalls, sofern mindestens 8 Stunden (UVV 13)
- Der AG trägt zwingend die Kosten für Prämien von BU und Berufskrankheiten (91 I)
- Der AN trägt sie für NBU, sofern nicht vereinbart (91 II)
- Taggelder:
 - o Anspruch auf Taggeld nach 16 I
 - o Entsteht am dritten Tag nach Unfalltag: 16 II
 - o Bei Auf 80% des Verdienstes (7 I)
 - o Versichert: letzte vor dem Unfall bezogene Lohn (15 II)
 - o Höchstbetrag: 22 UVV
 - o Bestandteile:
 - AHV Lohn und Löhne die wegen Alter keine AHV-Beiträge erhoben werden
 - Familienzulagen
 - Lohn für mitarbeitende Familienmitglieder, Aktionäre, etc.
 - Entschädigung bei Auflösung des AV

Beispiele:

Beispiel Unfallversicherung:

Lohn: 5100

Kinderzulagen: 200

13. Monatslohn

Taggeldanspruch pro Tag

Lohn mal 12, Kinderzulagen mal 12, 13. Monatslohn -> zusammenzählen durch 12 davon 80%

Beispiel UVG bei Lohn bis Limite von 22 I UVV

- 3 Karenztage nach 16 II -> Lohnfortzahlung nach 324b III
- Danach Taggeld von 80% nach UVG 17

Beispiel bei Lohn über Limite von 22 I UVV

Der Arbeitgeber muss den Lohn für die Differenz bis 80% begleichen, weil das Taggeld zu tief ist und nicht 80% abdeckt.

Lohnfortzahlung bei Unfall:

Jahreslohn 130'000 Fr. am 05.09.12 arbeitsunfähig und erst wieder 1.10.12

EO-Entschädigung:

- Anspruchsberechtigt:
 - Personen der CH Armee oder Rotkreuzdienst
 - Zivildienst
 - Schutzdienst
 - Teilnehmer an Eidg. Und kant. Leiterkurse Jugend und Sport
- Entschädigung:
 - Grundentschädigung während der Grundausbildung: 25% des Höchstbetrages der Gesamtentschädigung = 61.25
 - Grundentschädigung für andere Dienste: 80% des durchschnittlichen vordienstlichen Erwerbseinkommens (Durchschnittlicher letzter erzielter Monatslohn)
- Lohnfortzahlungspflicht: 324b -> Differenz zu 80% analog Unfallversicherung
- Sonderfragen zu Verhältnis Unfallversicherung:
 - Umstritten ist die Lohnfortzahlungspflicht als Lohn- oder Zeitminimum
 - 19 II ATSG: Taggelder und ähnliche Entschädigungen kommen in dem Ausmass dem AG zu, als er der versicherten Person trotz Versicherung Lohn bezahlt. (wichtig wegen Sozialversicherungsbeiträgen).

Mutterschaftsentschädigung:

- Während 9 Monaten unmittelbar vor Niederkunft obligatorisch versichert waren
- Mindestens 5 Monate Erwerbstätigkeit
- Zeitpunkt der Niederkunft AN oder Selbständigerwerbend oder Betrieb des Ehemannes oder ALR beziehen oder Mindestbeitragszeit der ALV erfüllt haben.
- Anspruch: Tag der Niederkunft, ausser wenn es länger im Spital bleiben muss
- Anspruch endet nach 14 Wochen
- Taggeld ausgerichtet
- Umfang 80%, aber höchstens 196 CHF am Tag
- Lohnfortzahlungspflicht?
 - Nach h.L. keine Anwendung von OR 324b. günstigere Abreden bleiben vorbehalten. ATSG 19 II ist anwendbar
 - Totgeburt: Anspruch, wenn mindestens 23 Wochen gedauert hat, vorher Fortzahlungspflicht nach OR 324a I

Lohnfortzahlung bei Haftpflichtereignis:

OR 324 analog, wenn der AG für das Schadensereignis verantwortlich ist.. ein Regress des AG auf dritthaftpflichtige ist nach BGer möglich sinngemäss von OR 51 II unbeachtet des Haftungsgrundes und originäres Regressrecht für geleistete Lohnzahlungen. Problematisch: Der Schadenersatz ist nach BGer Nettolohnbasis.

Beispiel:

Psychisch bedingte AUF von 20 Tagen. Während dieser wird er Opfer eines Autounfalles, verursacht von Herrn Lange und er ist Auf bis zum 10. November 2012.

Lohnsicherung:

- Pfändungsschutz des Einkommens: Nur beschränkt Pfändbar nach SchKG 93 wegen Existenzminimum und nur für maximal ein Jahr nach Abs. 2. Der AG erhält die Anzeige, dass er befreiend nur noch an das Amt leisten kann (99)
- Beschränkung der Verrechnung: OR 323b II
Grundsätzlich nur im Rahmen der Pfändbarkeit ausser bei absichtlichem Schaden. nicht: Anrechnung von Vorschüssen. Diese ist unbeschränkt möglich.
- Verfügung über das Arbeitseinkommen: OR 325 frei, einzig wegen Sicherung familienrechtlicher Ansprüche bis Existenzminimum
- Vorrechte bei Vermögensverfall des AG
 - o 1. Klasse kolloziert
 - o Lohnforderungen nach Konkurs sind Masseverbindlichkeiten
 - o Der AN kann nach erfolglosem Konkurs innert 60 Tagen bei der ALV Kasse für die letzten vier Monate eine Insolvenzenschädigung verlangen (AVIG 51 ff.)

J. Fürsorgepflicht, Verletzung von Pflichten

Definition:

Pflicht des AG, die berechtigten Interessen des AN zu wahren, insbesondere durch Fürsorge und Schutz. Die allgemeine Fürsorgepflicht ist nicht im Gesetz normiert, lässt sich aber aus Treu und Glauben herleiten.

Eigenschaften:

- Nebenpflicht als Gegenstück zur Treuepflicht
- Grundsätzlich eine Unterlassungspflicht. Aber auch eine Handlungspflicht. Eine Handlungspflicht, die im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, darf nicht leichthin aus der allgemeinen Fürsorgepflicht abgeleitet werden.
- Inhaltliche Teilung
 - o Persönlichkeitsschutz
 - o Vermögensschutz
 - o Förderung des wirt. Fortkommens (Zeugnis, Referenz)
- Dauer:
 - o AV
 - o Gewisse Pflichten können überdauern oder erst nachher entstehen (wie Abschlusszeugnis)
- Wichtigste Schranke des Weisungsrechts
- Eigene überwiegende Interessen des AG müssen vorhanden sein.

Aufzählung, Inhalt:

- Schutz der Persönlichkeit: OR 328 f.
- Datenschutz: OR 328b und DSGVO
- GIG
- GUMG: Genetische Untersuchungen
- Gewährung von Freizeit, Ferien und Urlaub: OR 329ff.
- Schutz des Vermögens des AN
 - o Arbeitsgerät und Material: OR 327
 - o Auslagen/Spesenvergütung: OR 327a.c
 - o Kautions: OR 330
- Pflicht zu Arbeitszeugnis: OR 330a
- Information über das AV: OR 330b

Persönlichkeitsschutz: OR 328

- Inhalt:
 - o Gesundheit und Sittlichkeit nach OR 328 I Satz 1 als Entsprechung zu ZGB 28 (Ansprüche aus Verletzung = vertragsrechtlicher Natur).
 - o Geschützt sind
 - Leben und Gesundheit wie der Schutz vor Passivrauchen
 - Körperliche und geistige Integrität
 - Persönliche und berufliche Ehre
 - Geheimsphäre (nach Buch auch Privatsphäre)
 - Eigentum
 - Freiheit der persönlichen Meinungsäußerung
 - Freiheit der gewerkschaftlichen Organisation

- Schutz vor sexueller Belästigung
- Beginn: Stellenantritt, Geheimhaltung aber schon bei Vertragsabschluss
- Ende: Ende des Arbeitsverhältnisses mit gewissen Nachwirkungen für Geheimhaltung und Auskunft
- Beschränkt kann eingewilligt werden.
- Teilaspekte:
 - Unterlassen, aber auch Handlungen wie Betriebsgefahren beseitigen
 - Schutz der Gesundheit: Alles was nach den Erfahrungen notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen erscheint.
 - Organisation
 - Einsetzen, Instruieren und Überwachen
 - Schutzvorrichtungen
 - Zweckmässige Arbeitsräume
 - Schutz vor Passivrauchen
 - Wahrung der Sittlichkeit: v.a. sexuelle Belästigungen nach GIG 4
 - Mobbingenschutz: unbegründetes, systematisches Ausgrenzen eines Gruppenmitgliedes.
 - Schutz der Hausgemeinschaft: ausreichende Verpflegung und einwandfreie Unterkunft ist zu gewährleisten bei einer Hausgemeinschaft: 328a I. sie müssen nach ZGB 331 f. der Hausgewalt unterstehen.
- Der AG hat Eingriffe zu Unterlassen, die nicht durch den AV gerechtfertigt sind. Daher ist auch das Weisungsrecht des AG beschränkt wie bei einer vertrauensärztlichen Untersuchung, die nur bei Verdacht auf Verletzung oder aus betrieblichen Gründen zulässig ist nach BGer. Auch Eingriffe von Dritten oder Mitarbeitern sind abzuwehren.
- Beispiel:
 - Kameraüberwachung, soweit ständig nur auf das Personal gerichtet und nicht der Verhinderung von Straftaten dienen.
 - Telefonüberwachungen: Aufzeichnung von Randdaten wie Nummer, Dauer und Kosten ist nur zulässig, wenn es um die Kontrolle bezüglich des Einhaltens eines Nutzungsreglements geht und sie angekündigt worden ist. Die Inhaltskontrolle ist im privaten Bereich unzulässig, weil sie nicht mit dem Vertrag in Zusammenhang stehen, ist im geschäftlichen Bereich aber im Rahmen einer Leistungskontrolle gestattet. (entsprechendes gilt auch für PC und Email wie das Öffnen von privaten Mitteilungen.
 - Sittlichkeit und Ehre:
 - Getrennte Umkleieräume
 - Keine sexistischen Äusserungen oder Arbeitskleider
 - Keine Beschimpfungen, Beleidigungen, Verleumdungen
 - Respektieren der Geheimsphäre (Äusserungen zu finanziellen familiären Verhältnissen etc.)
- Eigentum:
 - Sichere Verstaumungsmöglichkeiten zum Schutz vor Diebstahl und sonst Ersatz von gestohlenen Sachen
- Leben und Gesundheit:
 - gefahrloser Ablauf, Gefahrhinweise, Instruktionen und Überwachung auf Einhaltung der Sicherheitsvorkehrungen (BGE)
 - Weiterbildungen und Beizug von Fachpersonen

- Der AG muss kontrollieren, ob sie die Vorschriften befolgen und auf die Eigenschaften Rücksicht nehmen.
- Auch: keine gegenseitigen Schädigungen durch die AN wie Zuweisung von unzumutbarer Arbeit an einen ungeeigneten Arbeitnehmer. Auch
- Unfallverhütungsvorschriften der Verordnung zum UVG, ArG massgebend
- Arbeitszeitbeschränkungen
- Arbeitsverbote für Kinder und Jugendliche
- Grenze: ArG 6 technisch mögliche und wirtschaftlich zumutbare, nicht so bei Gefahr für Leib und Leben und hohen Kosten. Er darf aber darauf verlassen, dass sie sich selber nicht vorsätzlich oder grobfahrlässig einer Gefahr aussetzen.
- Schutz vor sexueller Belästigung im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes:
 - Art. 4 GlG als Lex specialis zu PR 328 nach BGer
 - Art. 5:
 - Verbot einer drohenden Diskriminierung
 - Beseitigung
 - Feststellung
 - Entschädigung, wenn er nicht alle Massnahmen getroffen hat, die nach Erfahrung notwendig, angemessen und zumutbar sind wie Ansprechstellen, Verhaltensregelungen etc.
- Besondere Schutzpflichten im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes bei einer Hausgemeinschaft:
 - OR 328a
 - Ausreichende Verpflegung
 - Einwandfreie Unterkunft
 - Pflege und ärztliche Behandlung für eine beschränkte Zeit bei Krankheit. Leistungen der KV sind anzurechnen, soweit sie durch die Beiträge des AG finanziert wurden.
 - Berichtigung bei Unrichtigkeit

Gleichbehandlungsgrundsatz:

- Gesetz: Grundlage ist in der Lehre umstritten (stillschweigende Vereinbarung oder Fürsorgepflicht)
- Inhalt: willkürliche Benachteiligung. Wirkungsbereich beschränkt sich v.a. auf die Ausübung des Weisungsrechts und die Erbringung von freiwilligen Leistungen.

Beschäftigungsanspruch?

Überwiegende Lehre: Nein.

Ausnahme: bestimmte Berufsgruppe, bei denen es eine Beeinträchtigung des wirt. Fortkommens darstellt wie Künstler, Wissenschaftler, Piloten Sportler, weil sie ihre Fähigkeiten nicht aktuell halten können. Es braucht eine besondere Intensität wie die Dauer der Nichtbeschäftigung oder kränkenden Umständen. Liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor, stellt sich die Frage nach Rechtfertigungsgründen wie überwiegende Interessen des AG wie Gefährdung oder Kündigung.

Datenschutz: DSG/Art. 13 BV, Art. 26 ArVG 3, StGB 179 ff. und Definition

- Personendaten: Angaben, welche sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 lit. a DSG)
- Besonders schützenswerte Personendaten: religiöse, politische Ansichten, Gesundheit, Rassenzugehörigkeit etc. nach Art. 3 lit. c
- Persönlichkeitsprofile: Erfassen einen wesentlichen Aspekt der Persönlichkeit
- Bearbeiten = Umgang mit Personendaten

Was darf bearbeitet werden?

Sie müssen die Eignung für einen AV betreffen oder für die Durchführung der Arbeit erforderlich sein (OR 328b Satz 1). Alles andere ist Persönlichkeitsverletzend. Es braucht einen unmittelbaren Zusammenhang zur Arbeit gemäss einem objektiven Massstab.

- Eignung: berufliche und persönliche Qualifikationen auch tendenzgemässes Verhalten und entsprechende Einstellung.
- Durchführung des Arbeitsvertrages notwendig: sozialversicherungsrechtlich notwendige Daten wie Zivilstand, Kinder etc. nach Abschluss des Vertrages kann man auch nach Gewerkschaftszugehörigkeit fragen, um festzustellen, ob die Bedingungen des GAV einzuhalten sind.

Bearbeitungsgrundsätze:

- Rechtmässigkeit: 4 I
Absichtliche Täuschung, Drohung oder Verstoss gegen StGB
- Treu und Glauben: 4 II
Heimliches Bearbeiten
- Verhältnismässigkeit: 4 II
Nicht mehr benötigte oder veraltete Dokumente sind zu vernichten
- Zweckbindungsgebot: 4 III
- Erkennbarkeit: 4 IV
Die Beschaffung und der Zweck müssen erkennbar sein
- Datenrichtigkeit: 5 I
- Grenzüberschreitende Bekanntgabe: 6 I
- Datensicherheit: 7 I
Schutz gegen unbefugtes bearbeiten
- Datenbearbeitung durch Dritte: 10a
Vereinbarung oder Gesetz, wie wenn es der AG selbst tun dürfte und keine Geheimhaltungspflichten es verbieten.

Rechtsbehelfe:

- Unterlassung
- Beseitigung
- Bestreitungsvermerk: 15 II
- Feststellung
- Urteilspublikation und ähnliches
- Schadenersatz, Genugtuung, Gewinnherausgabe
- Vorsorgliche Massnahmen
- Gegendarstellung

- Information: 7a
- Auskunft: 8
- Anrufung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten: DSG 29
- Datenschutz im Rahmen der Schutz der Persönlichkeit:
 - OR 328b: Daten nehmen bezug auf Eignung oder für die Durchführung erforderlich. Die Bearbeitung muss rechtmässig sein (Kenntnis und Einsatz von Überwachungsgeräten angekündigt werden)
 - Recht auf schriftliche Auskunft über die bearbeiteten Daten, nicht auch Einsichtsrecht.

Gleichstellung der Geschlechter:

Nach BGer insbesondere: Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung-

Rechtsansprüche:

- Unterlassung
- Beseitigung
- Feststellung
- Lohnzahlungsanspruch: Spezialfall der Beseitigung
- Entschädigung im Sinne einer Strafzahlung
- Schadenersatz, Genugtuung
- Vertragliche Ansprüche

Geltendmachung: Glaubhaft machen (nach objektiven Anhaltspunkten spricht eine gewisse W.keit für das vorhandensein eines Sachverhalts)

Genetische Untersuchungen: GUMG

Verboten: Eigenschaften sollen erkannt werden, die nicht die Gesundheit betreffen.

Nur: Verhütung von Berufskrankheiten und Unfällen

Gewährung von Freizeit, Ferien und Urlaub

- **Grundsätzlich:** Bei Vollzeit- und Teilzeitwerb vorhanden. Die Art der Lohnbemessung ist ebenfalls nicht relevant. Grundsätzlich muss er auch nicht erreichbar sein, ausser es ist im Vertrag so vereinbart.
- **Freizeit: 329 I**
 - o **Wöchentlich:** Jede Woche einen freien Tag als ordentliche Freizeit: 329 I (Kein gesetzlicher Anspruch auf eine Fünftagewoche, oft in EAV oder GAV). Wenn möglich den Sonntag
ArG 18 ff. gibt zudem einen Anspruch auf einen wöchentlichen freien Halbtage.
Ausnahme: Zustimmung des An kann man auch mehrere freie Tage zusammenhängend oder freie Halbtagegewähren (329 II).
Er darf nicht mit Geld oder anderen Vergünstigungen abgegolten werden (329d II)
Pflicht zur Nachgewährung: nicht, wenn krank oder verunfallt
Vergütungsanspruch:
 - Wochen- Monats oder Jahreslohn: Lohn wird unter Einschluss der freien Tage bemessen.
 - Stunden, Tages Akkordlohn:
 - Vergütungsanspruch: EAV,NAV,GAV oder aus Übung (322 I)

Muss er aus betrieblichen Gründen am freien Tag arbeiten ist nach Voraussetzungen von 321c ein Überstundenzuschlag geschuldet (BGE).

- o **Übrige Freizeit**
Ausserordentliche Freizeit als kurzfristige Arbeitsbefreiung aus besonderem Anlass.
 - Feiertage
 - Persönliche oder familiäre Angelegenheiten:
Wohnungswechsel, Prüfungen, Aufsuchen von Behörden, sofern die Aktivität nicht möglich und zumutbar ist.
Krankes Familienmitglied: bis eine zumutbare Ersatzlösung getroffen werden kann.
Nicht üblich: Teilnahme an gesellschaftlichen, kulturellen Veranstaltungen.
 - Stellensuche: je nach Umständen des Einzelfalls, durchschnittlich ein halber Arbeitstag pro Woche, aber erst nach erfolgter Kündigung. Keine Informationspflicht über den Ort der Bewerbung.

Keine Eigenmacht. Im Rahmen des üblichen besteht aber ein Rechtsanspruch. Es gibt keine Spezifischen Lohnvorschriften:

- Wochen- Monats oder Jahreslohn allgemein üblich, auf Lohnabzug zu verzichten
In Wochen und Monatslohn ist er regelmässig inbegriffen und daher keine Lohnkürzungen.
- Andere: Stunden-Tages oder Akkordlohn

- Gesetz wie Bundesfeiertag nach BV 110 III oder übrige anerkannte Feiertage aus UNO Pakt I Art. 7 lit. d, allenfalls aus 324a
 - EAV/NAV/GAV
 - Übung: 322 I
 - Kurzabsenzen nach 329 II sind nur zu vergüten, wenn auch ein Grund nach 324a vorliegt.
- Kommentar:
 - Abs. 3 verliert an Bedeutung wegen den gleitenden Arbeitszeiten
 - Freizeitregelung häufig in GAV oder EAV definiert, und sonst was auch Ort, Beruf, Branche, und Betrieb üblich ist.
 - Unverbindliche Richtlinie:
 - Wohnungswechsel: 1-2 Tage
 - Hochzeit: 1-3 Tage
 - Geburt für Vater_ 1 bis zwei Tage
 - Tod: 1 bis 3 Tage nach Verwandtschaftsgrad
 - Arbeitsstelle: ½ Tag oder zweimal 2 Stunden pro Woche
- **Ferien:**
 - **Allgemeines:** Förderung von Gesundheit, Leistungsfähigkeit und Lebensfreude = Erholungszweck:
 - **Pflicht zur Freistellung**
 - **Pflicht zur Lohnzahlung**
 - **Dauer:**
 - Normal: 329a vier Wochen, bis zum 20. Altersjahr 5 Wochen. Die Regelung ist einseitig zwingend.
 - Vertraglich kann er auch pro Kalenderjahr vereinbart werden.
 - Der Anspruch ist entsprechend dem Teilzeitgrad zu berechnen.
 - **Kündigung:** 329a III: pro rata Anspruch ab Beginn des AV, eine Karenzfrist ist unzulässig. Nach allgemeinen Rechnungsregeln ist auf ganze oder halbe Ferientage auf- oder abzurunden.
Beispiel: Er hat 20 Tage Ferien, tritt Anfang Mai die Stelle an. $20/12 = 1.67$ Tage also acht mal diese Zahl gibt 13.5
 - Erholungszweck nicht erreicht **wegen Krankheit oder Unfall**
 - Nachgewährung
 - Anspruch auf Verschiebung
 - Auch: Feiertage, die in die Ferien fallen
 - **Kürzung von Ferien:** 329b bei jedem vollem Monat der Arbeitsverhinderung soll um 1/12 gekürzt werden:
 - Verschulden
 - Ohne Verschulden: ein Monat pro Dienstjahr fällt für die Berechnung ausser Betracht.
 - Schwangerschaft: zwei Monat Sperrfrist
 - Unberechtigte Verweigerung/Streik/unbezahlter Urlaub: Kürzung
 - Annahmeverzug: keine Kürzung

Abs. 1 ist dispositiv. II und III sind einseitig zwingend, kann aber durch NAV oder GAV eine andere Regelung getroffen, sofern mindestens gleichwertig wie längere Schonfrist aber mehr Kürzung

- **Ferien und Feiertage/Unfälle:** zusätzliche Freie Tage nachzugewähren, auch bei Krankheit oder Unfall.
- **Beendigung des AV:** pro-rata Temporis Abgeltung. zu viel bezogene Ferien müssen nur dann zurückbezahlt werden, wenn vertraglich vereinbart oder er treuwidrig vor der Kündigung die ganzen Ferien bezogen hat.
- **Zeitpunkt der Ferien:** 329c II
 - Verlauf des Dienstjahres, ausser betriebliche Gründe, nicht aber regelmässige Verschiebung
Verjährung: 127 (andere Ansicht fünf Jahre wegen 128 3)
 - Mindestens zwei Ferienwochen zusammenhängend wegen Erholungszweck
 - Wünsche des Arbeitnehmers, soweit mit Interessen des Betriebes vereinbar
 - Frühzeitig festzulegen, so dass vernünftige Ferienplanung möglich (mindestens drei Monate)
 - Verschiebung/Rückruf: wichtige und unvorhersehbare Gründe, die eindeutig wichtiger sind und rechtzeitig angekündigt, aber mit Schadenersatz, in Notsituationen sogar Rückruf aus den Ferien mit Unkostenersatz
Grundsatz: Nur mit Einverständnis
 - Nichtbezug: Übertragung aufs nächste Jahr. Verwirkt nicht verbehaltlich anderer Abrede oder Bezugsaufforderung (BGE)
Verjährung: 5 Jahre
- Pflichtverletzung:
 - Ablehnung des Ferienbezuges wie bei unzumutbarer kurzfristiger Bekanntgabe. Kann seine Arbeit anbieten (allenfalls Verzug). Der Anspruch bleibt erhalten.
 - Eigenmächtiger Ferienbezug: Weigerung oder nicht in Gesetz vorgesehener Weise. Er hat seine Absicht rechtzeitig anzukündigen. Sonst bildet ein eigenmächtiger Bezug den Grund für eine fristlose Kündigung, wenn berechtigterweise verweigert wird.
- **Lohn:**
 - **Ferienabgeltungsverbot:** 329d II beidseitig zwingend
Ferien dürfen nicht durch Vergünstigungen abgegolten werden. bei Beendigung sind nichtbezogene Ferien auszubezahlen (BGE). Der Bezug kann auch mit einer Freistellung erfolgen. Gleiches :Fristlos entlassen und beschäftigungslose Zeit mit Lohnersatz.
Der AG trägt sonst das Risiko, dem AN Ferien geben zu müssen, ohne die Ferienentschädigung zurück zu erhalten.
Ausnahmen:
 - Sehr kurze Arbeitseinsätze oder unregelmässige Arbeit, wenn sich die Berechnung als schwierig erweist:
Lohnzuschläge als Ferienprozente, die gesondert auf Lohnabrechnung ausgewiesen und der An tatsächlich Ferienzeit erhält (genügend Freiraum zur Verfügung:
 - Beendigung:
 - Ferien aus betrieblichen Gründen nicht mehr möglich

- Anordnung unzumutbar kurzfristig oder
 - Neue Stelle während Kündigungsfrist suchen muss
 - **Ferienlohngebot:** 329d I beidseitig zwingend
 Der gesamte Lohn und die Entschädigung für den Naturallohn ist zu entrichten, wie wenn er gearbeitet hätte. Bei schwankendem Lohn: Durchschnitt der Einkünfte in einer Referenzperiode(-prinzip)
 Wie die Ferien selbst darf er nicht durch Pauschalen oder Zuschläge abgegolten werden.
 Ausnahme Rechtsprechung: Pauschale möglich bei unregelmässiger oder kurzer Beschäftigung und in Arbeitsvertrag und Lohnabrechnung gesondert ausgewiesen.
 Nicht: Arbeit für einen Dritten nach 329d III
 Überstundenabgeltung und Zuschläge für Nacht/Wochenende/Feiertagsarbeit: nur geschuldet, wenn regelmässig zu leisten sind (BGE). Spesenpauschalen: Wenn während den Ferien oder aufgrund der Berechnungspauschalen gewollt war.
 - Kein Lohn: Treuepflicht/ Erholungszweck vereitelt nach 329d III
- **Unbezahlter Urlaub:**
 Weitere Arbeitsbefreiungen im Interesse des Arbeitgebers ohne allgemeinen Anspruch (wohl aber Anspruch und ohne Lohnfortzahlungspflicht.
 Grundsätzlich hat er keinen Anspruch ausser bei Jugendarbeit und Aus- und Weiterbildungen.
- Mutterschaftsurlaub:
 - Mindestens 14 Wochen nach 329f
 - Mutterschaftsentschädigung
 - Ausserschulische Jugendarbeit: 239f
 Mindestens 14 Wochen ohne Lohnzahlungspflicht wegen obligatorischer Mutterschaftsversicherung nach 16b ff. EOG aber sonst 324b I, umstritten ist II
 Nach ArG 35a III ist der Antritt nur für 8 Wochen

Vermögensschutz:

- Sichere Aufbewahrungsmöglichkeiten
- Sozial- und Versicherungsleistungen und ähnliche Einrichtungen zu orientieren
- Pflicht zur Ersatzleistung als innerbetrieblicher Schadensausgleich: analog 321e

Arbeitsgeräte und Material: 327 I

Auslagen: OR 327a I; einseitig zwingend auf Spesenersatz, die notwendigerweise bei der Arbeit entstehen, auch angeordnete Aus- oder Weiterbindung.

Nicht: übliche Fahrkosten, Umzugskosten

Pauschale: durchschnittliche Auslagen, wenn höher, müssen die höheren tatsächlichen Auslagen vergütet werden, es besteht aber kein Rückerstattungsanspruch. Entfällt bei Krankheit, Ferien etc.

Gesamtvergütungen nach h.L. nicht untersagt, wenn der Abzug des üblichen Lohnes zu notwendigen Auslagen ausreicht.

Regelmässige Auslagen: Vorschuss nach 327c II.

Kaution: Sicherung der Verpflichtungen aus dem Arbeitsgeschäft wie auch der Lohnrückbehalt.

Zeugnis oder Referenz:

- **Zeugnis:** OR 330a
 - Inhalt:
 - Eine Beschränkung der Aussagen kann nach BGer nicht verlangt werden.
 - Objektiv richtig (klar, vollständig und wahr) und wohlwollend und nur das AV betreffen
 - Datenschutz
 - Effektiv aufgeführte Tätigkeit und Funktion und effektische Vertragsdauer
 - Einzelvorkommnisse, die für Gesamtbeurteilung nicht von Bedeutung sind, dürfen nicht aufgeführt werden
 - Codierte Zeugnisse: Täuschung und daher unzulässig zu betrachten (Wahrheits- und Informationspflicht). Dennoch leider häufig.
 - Er bemühte sich
 - Zufrieden stellend
 - Stets zur vollen Zufriedenheit
 - Vollsten Zufriedenheit
 - Gegenseitiges Einverständnis/eigner Wunsch/bedauert/sehr bedauert
 - Negative Feststellungen: müssen erwähnt werden, wenn in engem Zusammenhang mit der Berufsausübung bzw. sich effektiv auf das AV auswirken (BGE)
 - Kündigungsgrund: nur auf Verlangen oder wenn es sich auf das Gesamtbild auswirkt.
 - Form: schriftlich und unterzeichnet und Bezeichnung der Urkunde
 - Schriftlich
 - Genaue Datierung
 - Unterzeichnung
 - Abfassung in der Sprache des Betriebsortes oder je nach Branche auch in einer Fremdsprache
 - Sauber und leserlich auf gutem Papier
 - Keine Besonderen Kennzeichnungen, Unterstreichungen, Ausrufezeichen etc.
 - Zeitpunkt: jederzeit, auch Zwischenzeugnis, aber nach Treu und Glauben ein berechtigtes Interesse nötig. Nur durch Verjährung begrenzt, 127 oder 128.
Der AG muss es nicht unaufgefordert ausstellen.
 - Durchsetzung: Leistungsklage
 - Arten:
 - Auf Wunsch kann das Zeugnis sich auf die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses Beschränken = Arbeitsbestätigung als einfaches Zeugnis
 - Vollzeugnis: Zusätzliche Angaben über Leistung und Verhalten des AN als qualifiziertes Zeugnis
 - Zwischenzeugnis: während des Arbeitsverhältnisses

- Schlusszeugnis. Ende des Arbeitsverhältnisses

Im Zweifel ist es nach BGer ein Vollzeugnis. Auch können beide Arten zugleich oder nacheinander verlangt werden.

- Unrichtiges Zeugnis:
 - Schadenersatzpflicht bei Verschweigen oder unrichtigen Aussage nach OR 41 gemäss BGer
 - Vertragsverletzung ggü. AN
 - Leistungsklage bei Verweigern ggf. inkl. Zeugnistext im Rechtsbegehren.
 - Berichtigungsklage bei unrichtig, unvollständig oder zewideutig, stets ein neuer Text in das Rechtsbegehren
 - Beweislastverteilung umstritten
- **Referenz:** wegen allgemeinen Fürsorgepflicht verpflichtet. Einschränkungen ohne Einwilligung:
 - Heimlich
 - Untersagt
 - Schützenswerte Personendaten
 - Persönlichkeitsprofil
 - Nur Arbeitsbestätigung verlangt

Information über das Arbeitsverhältnis: 330b I

Erhöhte Rechtssicherheit

Verletzung der Fürsorgepflicht:

- Kündigung
 - Fristlos: schwere Verletzung wie gravierende Persönlichkeitsverletzung
 - Ordentlich
- Verweigerung der Arbeitsleistung: unmöglich oder unzumutbar und daher Annahmeverzug.
- Schadenersatz und Genugtuung nach OR 97, allenfalls ausservertraglich. Auch Organ- und Hilfspersonenhaftung
- Erfüllungszwang: Leistungsklage
- Besondere Sanktionen: DSG oder GIG etc.

K. Personalvorsorge = 2. Säule als berufliche Vorsorge

Normen:

- OR 331 ff.: Zwingend Stiftung, Genossenschaft oder Einrichtung des öffentlichen Rechts
- BVG insb. 11: Errichten oder Anschluss an eine Sammeleinrichtung
- FZG
- Verordnungen

Allgemeines:

- Dreisäulenprinzip
- Verselbständigungspflicht: Das Vermögen muss von jenem des Arbeitgebers ausgesondert werden.
Bei einem Konkurs sollen die Gelder nicht dem Zugriff der Gläubiger unterliegen. Auch der AG selbst darf nicht zugreifen können.
- Numerus clausus der zulässigen Rechtsträger
Mit besonderer Form der Personalvorsorgestiftung nach ZGB 89bis
- Inhalt: Massnahmen auf kollektiver Basis, welche den älteren Menschen/Hinterbliebenen und Invaliden bei Versicherungsfall zusammen mit der AHV und IV die gewohnte Lebenshaltung in angemessener Weise erlauben (es gibt ein relativ offenes Leistungsziel nach BVG 1 mit relativ offenem Leistungsziel bei 60% des Bruttoeinkommens des AN
Warum kollektiv: Es soll ausgeschlossen werden, dass der AG für sich alleine eine Vorsorge aufbaut und so ausgestaltet, dass die Beiträge eine Steuerumgehung darstellen.
- Obligatorische und auch weitergehende Vorsorge möglich
 - o Obligatorisch: IM BVG explizit geregelt.
 - AN
 - Vollendung des 17. (Tod/IV) oder 25 Altersjahr (Altersvorsorge)
 - Mindestlohn pro AG: 20880 Fr/Jahr pro Arbeitgeber
 - AHV versicherte

Es ist ein sozialversicherungsrechtlich ausgestaltetes Versicherungsrecht, welches grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur ist ohne freie Ausgestaltung durch die Parteien

- o Weitergehende: Vorsorgereglement unter Berücksichtigung BVG 49 II oder ZGB aufgeführt nach 89bis VI und FZS, sofern ein Rechtsanspruch besteht
Es sind Leistungen, die über das Mindestmass des BVG hinausgehen. Sie unterliegen privatrechtlichen Grundsätzen und sodann der Vertragsfreiheit. Zwingend sind BVG 41 II oder ZGB.

Möglichkeiten:

- BVG-Minimalkasse: Nur die obligatorische berufliche Vorsorge wird durchgeführt. Nur die gesetzlichen Leistungen werden ausgerichtet.
- Umhüllende Vorsorgelösung: Ein und dieselbe Einrichtung macht beides. Wir haben einen geschützten Kern durch das BVG und einen darüber hinaus gehenden Vorsoregebereich.

- Gesplittete Vorsorgelösung: Eine Einrichtung amcht die obligatorische und die andere die weitergehende Vorsorge. Die Weitergehende ist häufig eine Kadervorsorge.

Rechtsbeziehungen:

- Arbeitsvertrag: Der AG wird dadurch verpflichtet, sich einer Einrichtung anzuschliessen.
- Vorsorgevertrag/ gesetzliches Versicherungsverhältnis (Innominatvertrag sui generis und im wesentlichen durch die reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtung festgelegt)
- Anschlussvertrag (Vertrag sui generis, der grundsätzlich dem OR unterliegt, aber nicht ausdrücklich geregelt ist)/Gründungsvertrag

Beiträge:

- Kollektive Beitragsparität: OR 331 III; mindestens gleich hohe Beiträge wie die Beiträge aller AN
- Eigene Mitteln oder Beitragsreserven (AGBeitragsreserven): Diese Gelder können nicht mehr entzogen werden. Höhe bis zum fünffachen Jahresbetrag lassen die Steuerbehörden zu.
- AG ist Beitragsschuldner auch für die AN Beträge

Organisation:

- Beide haben das Recht in das oberste Organ (Stiftungsrat) gleiche Zahl von Vertretern zu entsenden (BVG 51 I)
 - o Unmittelbar bei Minimalkassen und umhüllenden
 - o Ausschliessliche ausserhalb BVG tätige Personalvorsorgestiftung: AN Vertretung gemäss Beiträge
- Wahl der AN unmittelbar oder durch Delegierte
- Verschiedene AN Kategorien sollen angemessen vertreten sein
- Es gibt einen besonderen Kündigungsschutz für Vertreter
Missbräuchlich, wenn der AG nicht beweisen kann ,dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte (OR 336 II b)

Leistungen:

- Vorsorgefall: Alter, Tod, IV
- Möglichkeit der Gesundheitsvorbehalte in der weitergehenden Vorsorge
- Wohneigentumsförderung nach OR 331d und e
 - o Verpfändung des Anspruchs
 - o Verpfändung der Freizügigkeitsleistung
 - o Vorbezug der Freizügigkeitsleistung: tatsächlich aus der Vorsorge herausnehmen

L. Recht am Arbeitsergebnis

Eigentum:

- Herausgabepflicht nach 321b II
- Ist die Leistung wertvoller als der Stoff: Eigentum am Verarbeiter, der aber der AG ist (ZGB 726 I)

Recht an Erfindung und Design (332):

- Definitionen:
 - Erfindung: Weiterentwicklung des technischen Know-How
 - Design: Gestaltung eines Erzeugnisses durch Linien, Konturen, Flächen oder Farben oder durch die Art des verwendeten Materials (DesG)
- Arten:
 - **Aufgabenerfindung:** in Ausübung und in Zusammenhang mit dienstlichen Tätigkeit und in Erfüllung der vertraglichen Pflichten
 - Sachlich
 - Nicht nur Anlässlich der Arbeitsverrichtung
 - Aufgabenbereich? AV auch aus Umständen wie Weisungen ergeben
 - Recht entsteht originär in der Person des Arbeitgebers, der auch das Recht am Patent hat
 - Der AN hat die Erfinderehre ohne besondere Vergütung (normaler Lohn). Er hat auch keinen direkten Anspruch auf den Erlös ohne vertragliche Vereinbarung.
 - **Gelegenheitserfindung:** nicht aufgrund der Arbeitspflicht, ist nicht Gegenstand der Arbeitspflicht, ist aber anlässlich der Arbeit gemacht worden (Zufallsprodukt)
 - Rechte entstehen in der Person des AN. Durch vorherige schriftliche Abrede kann man den Erwerb sichern = Erfinderklausel. Diese muss bekannt gegeben werden und innert sechs Monaten kann er eine Erwerbserklärung abgeben.
 - Umstritten: Fehlen der Klausel auch wegen Treuepflicht anbieten
 - Anspruch auf angemessene Entschädigung; umstritten: Lohncharakter
 - **Arbeitsfremde Erfindung:** Während des AV aber ohne sachlichen Zusammenhang mit dem Tätigkeitsbereich
 - Originär bei AN
 - Umstritten: Anbieterspflicht wegen Treuepflicht
 - Sicherlich Konkurrenzverbot während dem AV

M. Vertragsänderung und Übergang des Arbeitsverhältnisses

Änderung:

- Jederzeit wegen OR 19 durch Einigung
- Änderungskündigung:
 - o Erst nach Ablauf der Kündigungsfrist wirksam
 - o Laufende AV wird so gekündigt und zugleich Offerte zu neuem Vertrag gestellt
 - o Druckmittel zur sofortigen Durchsetzung der Vertragsänderung in einseitigem Interesse oder keine betrieblichen oder sachlichen Gründe: Missbrauch nach BGer
 - o **Zulässig:**
 - Sachliche Gründe
 - Alter Vertragsbedingungen bis zum Ablauf der Frist weitergelten
 - Keine Unzumutbarkeit i.S.v. OR 337 vorliegt
- Keine Änderung des EAV: GAV gekündigt oder neu ausgehandelt: Sollen sie auch im EAV Geltung haben braucht es eine Änderungskündigung nach Obergericht Luzern
- Schriftform vorbehalten: Gilt auch für Änderungskündigung, nicht aber eine lang dauernde widerspruchslose abweichende Abwicklung
- Stillschweigen: keine Zustimmung, ausser die Vereinbarung wäre wesentlich günstiger (OR 6)

Übergang an Dritte:

- Gesetz oder Vereinbarung
- Definition Betriebsübergang nur dann, wenn der Betrieb seine Identität in qualitativer Hinsicht wahrt und die gleiche Geschäftstätigkeit weiterführt
Nicht: Wechsel der Beteiligungsrechte
- Automatisch und von Gesetzes wegen in ganzem Umfang über. Inhalt unter Wahrung des Besitzstandes und Dienstalters.
- AN: Ablehnen innert Verwirkungsfrist
- AG: Übernahmewang, aber ordentliche Kündigung oder Änderungskündigung
- Haftung der AG: solidarisch für Forderungen, die vor Übergang fällig und nachher fällig werden (OR 333 III). Schutz vor schlechter Bonität oder auch Schutz des neuen vor nicht offenbarten Verpflichtungen (BGE)
Nicht: Konkursfall des alten AG
Tarifbindung nach 1bis im Verhältnis zu GAV, sofern nicht vorher ausläuft oder Kündigung endet
- Verfahren:
 - o Rechtzeitige Information
 - o Recht auf Anhörung und Begründung