UNIVERSITÄT BERN

Punktzahl: (max. 30 Pkte)	**Note:** (nur halbe Noten)
Universität Bern, Zivilistisches Seminar	
Prüfung per FS 2010	**Prüfungsdatum 14. Juni 2010**

Prüfung Arbeitsrecht I

Individualarbeitsrecht

Prof. Dr. Roland Müller

Vom Studierenden auszufüllen:

Matrikelnummer: _____

Ev. Bemerkungen: _____

_____

Wichtige Hinweise für die Prüfungsteilnehmer:

- Dauer der Prüfung 120 Minuten ohne Pause
- Alle 6 Aufgaben werden gleich gewichtet (je max. 5 Punkte)
- Antworten nur auf die vorgegebenen Seiten schreiben
- Bitte Antworten klar strukturieren und leserlich schreiben
- Hilfsmittel gemäss Merkblatt Prüfungen Arbeitsrecht

1. Aufgabe

Pia Perren hat sich erfolgreich um eine Stelle als Sekretärin beim Weiterbildungszentrum WBZ beworben. Sie erhält vom WBZ einen kurzen Arbeitsvertrag. Darin sind nur die Vertragsparteien, die Probezeit von 3 Monaten und ein Stundenlohn von CHF 49.-- brutto festgehalten. Zusätzlich heisst es, dass die Vertragsparteien mündlich weitere Vereinbarungen treffen können.

Genügt dieser knappe Arbeitsvertrag den gesetzlichen Vorschriften und welche Vereinbarungen müssten entgegen dem Arbeitsvertrag zwingend schriftlich abgeschlossen werden?

1. Lösung

- Im Arbeitsrecht gilt gemäss OR 320 I grundsätzlich Formfreiheit; der Vertrag ist daher gültig zustande gekommen.
- Gemäss OR 330b muss bei einem unbefristeten Arbeitsvertrag der Arbeitgeber schriftlich informieren über:
  - -- Namen der Vertragsparteien
  - -- Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses
  - -- Funktion des Arbeitnehmers
  - -- Lohn und allfällige Lohnzuschläge
  - -- wöchentliche Arbeitszeit
- Hier wurden der Beginn des Arbeitsverhältnisses und die Funktion des Arbeitnehmers nicht schriftlich festgehalten; es gibt aber keine Sanktion.
- In diversen Artikeln wird die Schriftlichkeit zur Gültigkeit von arbeitsrechtlichen Vereinbarungen vorgeschrieben. Die wichtigsten davon sind:
  - -- Art. 321c Abs. 3 OR: Abweichungen von der gesetzlichen Überstundenvergütung
  - -- Art. 323 Abs. 2 OR: Aufschub der Fälligkeit der Provision
  - -- Art. 324a Abs. 4 OR: Abweichende Vereinbarungen betreffend Lohn bei Verhinderung des Arbeitnehmers
  - -- Art. 330b OR: Informationspflicht der Arbeitgeberin
  - -- Art. 332 Abs. 2 OR: Erwerb von Erfindungen und Designs durch die Arbeitgeberin
  - -- Art. 335b Abs. 2 OR: Abweichende Vereinbarung betreffend Probezeit
  - -- Art. 335c Abs. 2 OR: Abänderung der Kündigungsfristen
  - -- Art. 335f Abs. 3 und 4 OR: Information der Arbeitgeberin bei Massenentlassungen
  - -- Art. 336b Abs. 1 OR: Einsprache bei missbräuchlicher Kündigung
  - -- Art. 340 OR: Vereinbarung eines Konkurrenzverbots
  - -- Art. 344a Abs. 1 OR: Lehrvertrag

1. Lösung (Fortsetzung)

-- Art. 347a Abs. 1 OR: Handelsreisendenvertrag

-- Art. 348b Abs. 1 OR: Tätigkeit des Handelsreisenden über die Vermittlung von Geschäften hinaus

-- Art. 349a Abs. 2 und 3 OR: Ausschliessliche Entlöhnung des Handelsreisenden durch Provision

-- Art. 351a Abs. 2 OR: Bekanntgabe des Lohnes und der Entschädigung für das vom Heimarbeitnehmer selbst zu beschaffende Material

-- Art. 353a Abs. 2 OR: Lohnabrechnung beim Heimarbeitsvertrag

-- Art. 19 Abs. 1 und 3 AVG: Anstellungsvertrag des Leiharbeitnehmers

2. Aufgabe

Pia Perren macht die Geschäftsleitung des WBZ darauf aufmerksam, dass es im Arbeitsrecht Formvorschriften gibt. In der Folge wird ihr ein schriftlicher Nachtrag zum Arbeitsvertrag zugestellt, den sie wunschgemäss unterschreibt. Darin sind folgende Klauseln enthalten:

a) Die Weisungen der Arbeitgeberin sind in jedem Falle strikte zu befolgen.

b) Allfällige Überstunden sind mit dem Gehalt abgegolten.

c) Nicht bezogene Ferien verfallen am Ende des folgenden Jahres.

d) Parkieren auf Kundenparkplätzen des WBZ wird mit CHF 100 gebüsst.

Wie sind diese Klauseln rechtlich zu beurteilen und welchen Einfluss hat die Unterzeichnung des Nachtrages durch Pia Perren?

2. Lösung

- *Klausel a):* Der Arbeitnehmer hat die Weisungen der Arbeitgeberin zwar zu befolgen (OR 321 d II), doch findet das Weisungsrecht seine Grenzen in Treu und Glauben sowie im Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers (OR 328); insofern ist das "strikte" nicht ganz korrekt.
- *Klausel b):* Der Überstundenzuschlag (25%) sowie generell die Überstundenentschädigung können schriftlich wegbedungen werden (OR 321c III). Die Klausel ist demnach rechtsgültig, wenn der Arbeitnehmer die Anstellungsbedingungen gegenzeichnet oder als Vertragsbestandteil erklärt.
- *Klausel c):* Ferienansprüche verjähren innert 5 Jahren (OR 341 II i.V.m. OR 128), weshalb die Vereinbarung einer kürzeren Verwirkungsfrist gemäss Bundesgericht gesetzeswidrig ist; die Arbeitgeberin bestimmt jedoch den Zeitpunkt der Ferien (OR 329c II).
- *Klausel d):* Bei den Disziplinarmassnahmen ist zu unterscheiden zwischen allgemeinen und besonderen Disziplinarmassnahmen:
  - -- Allgemeine Disziplinarmassnahmen sind Entlassung, Schadenersatzforderung, Verweise und Verwarnungen; solche Massnahmen sind im Rahmen des Gesetzes auch ohne besonderes Reglement zulässig.
  - -- Besondere Disziplinarmassnahmen sind insbesondere Geldbussen; als sogenannte Ordnungsstrafen (Betriebsjustiz) bedürfen sie einer angemessenen Regelung in der Betriebsordnung; fehlt eine solche, ist die Geldbusse rechtswidrig.
- Mit der Unterzeichnung des Nachtrags durch Pia Perren wurden die Klauseln Bestandteil des Vertrages und sind durchsetzbar, soweit sie rechtsgültig sind.

3. Aufgabe

Am Anschlagbrett des WBZ sieht Pia Perren ein Merkblatt, auf dem die Feiertage angegeben werden, welche für die WBZ massgebend sind. Darunter ist auch der 1. August aufgeführt. Pia Perren geht davon aus, dass sie nun an diesen Feiertagen nicht arbeiten muss, aber dennoch den durchschnittlichen Lohn erhält. Ihr Kollege, der für eine Gewerkschaft arbeitet, bestätigt dies mit Hinweis auf die Regelungen im UNO Pakt I. Doch am Ende des ersten Dienstjahres muss Pia Perren feststellen, dass sie keinerlei Feiertagsentschädigung erhalten hat, da sie im Stundenlohn angestellt sei. Auch für den 1. August wurde ihr nichts bezahlt, da dieser auf einen Sonntag gefallen ist. Pia Perren erwartet nun, dass sie dafür einen zusätzlichen Tag frei hat.

Hat Pia Perren Anspruch auf Feiertagsentschädigung und kann sie den 1. August als zusätzlichen freien Tag nachholen?

3. Lösung

- Die Gewährung von bezahlten Feiertagen wird auf OR 329 III gestützt.
- Arbeitnehmer im Stundenlohn haben gemäss Bundesgericht aber keinen Anspruch auf Feiertagsentschädigung (BGE 4A 54/2010) entgegen der Regelung im UNO Pakt I, da jene Bestimmungen nicht direkt anwendbar sind.
- Die Kantone können höchstens acht Feiertage im Jahr den Sonntagen gleichstellen.
- Der 1. August ist der einzige nationale Feiertag (ArG 20a I); er ist den Sonntagen gleichgestellt und gibt Anspruch auf Lohnzahlung.
- Die religiös oder historisch motivierten Feiertage gemäss der polizeirechtlichen Ruhetagsgesetzgebungen der Kantone gelten nicht als Feiertage im Sinne des ArG; die ausfallende Arbeitszeit kann vor- oder nachgeholt werden.
- Die Arbeitnehmer können auch bei kantonal nicht anerkannten Feiertagen von der Arbeit fernbleiben (ArG 20a II), müssen sie aber entsprechend nachholen (ArG 11).
- Kein Anspruch auf Nachgewährung besteht, falls die Feiertage nicht in die Arbeitszeit fallen. Demnach hat Pia Perren keinen Anspruch auf Nachholung des Feiertages.

4. Aufgabe

In ihrem zweiten Dienstjahr stellt Pia Perren mit Freude fest, dass sie schwanger ist. Um ihre Stelle nicht zu verlieren, arbeitet sie weiter, ohne ihren Chef zu informieren. Da ihr jedoch immer häufiger schlecht wird, bleibt sie der Arbeit gelegentlich unentschuldigt fern. Dafür wird sie zweimal verwarnt und erhält für die Absenztage auch keinen Lohn. Als Pia Perren trotz Verwarnung erneut unentschuldigt nicht zur Arbeit erscheint, kündigt ihr der Chef fristlos.

Welche Folgen hat die fristlose Kündigung und welche Ansprüche stehen Pia Perren aus dem Arbeitsvertrag zu?

4. Lösung

- Die fristlose Kündigung ist auch ohne wichtigen Grund und auch während der Schwangerschaft rechtsgültig; sie beendigt das Arbeitsverhältnis per sofort.
- Die mehrmalige unentschuldigte Absenz trotz Verwarnung würde grundsätzlich als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung ausreichen (OR 337).
- Während der Schwangerschaft kann die Arbeitnehmerin aber jederzeit die Arbeit niederlegen, ohne ein Arztzeugnis vorlegen zu müssen; die fristlose Kündigung ist deshalb im vorliegenden Fall ohne wichtigen Grund erfolgt.
- Erfolgt eine fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund, so hat die Arbeitgeberin gemäss OR 337c den Lohn während der ordentlichen Kündigungsfrist zu bezahlen und überdies eine Entschädigung in Höhe von maximal 6 Monatslöhnen (OR 337c III).
- Das WBZ konnte im 2. Dienstjahr Pia Perren gemäss OR 335c nur mit einer Frist von zwei Monaten kündigen.
- Eine ordentliche Kündigung während der Schwangerschaft und während 16 Wochen nach der Niederkunft wäre nichtig, und zwar auch dann, wenn die Arbeitgeberin nichts von der Schwangerschaft wusste (OR 336 I lit. c); das WBZ konnte deshalb frühestens auf ein Monatsende sechs Monate (16 Wochen plus 2 Monate) nach der Niederkunft von Pia Perren kündigen.
- Folglich muss das WBZ Pia Perren den gesamten Lohn bis 6 Monate nach der Niederkunft und eine zusätzliche Entschädigung in Höhe von maximal 6 Monatslöhnen zahlen.

5. Aufgabe

Als Nachfolgerin von Pia Perren wird Rita Rossi angestellt. Dank ihrer Zusatzausbildung im Arbeitsrecht erhält die neue Mitarbeiterin die Funktion einer Personalassistentin. Leider kommt es im WBZ immer wieder zu Schäden an Computern und Kopiergeräten. Der Personalchef des WBZ weist Rita Rossi an, in den Arbeitsverträgen eine "knallharte Klausel" einzuführen, welche die Haftung der Arbeitnehmer auf das Maximum ausdehnt.

Wie ist die Haftung der Arbeitnehmer im Arbeitsrecht geregelt, nach welcher Faustformel wird sie berechnet und besteht eine Möglichkeit zur Verschärfung?

5. Lösung

- Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragenen Arbeiten sorgfältig auszuführen (OR 321a).
- Er hat Maschinen, Arbeitsgeräte, technische Einrichtungen und Anlagen sowie Fahrzeuge der Arbeitgeberin fachgerecht zu bedienen (OR 321a II).
- Die Sorgfaltspflicht ist Vertragspflicht, deren Verletzung eine Schlechterfüllung darstellt und sich auf das Arbeitszeugnis oder auf die Kündigung auswirken kann, zudem besteht evtl. eine zivil- oder strafrechtliche Haftung.
- Der Arbeitnehmer haftet für den Schaden, den er der Arbeitgeberin absichtlich oder fahrlässig zufügt (OR 321e I).
- Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen (subjektiver Sorgfaltsmassstab).
- Für die Haftung des Arbeitnehmers gilt als Faustformel:

  -- bei leichter Fahrlässigkeit: bis max. 1 Monatslohn

  -- bei mittlerer Fahrlässigkeit: bis max. 2 Monatslöhne

  -- bei grober Fahrlässigkeit: bis max. 3 Monatslöhne

  -- bei Vorsatz: voller Schadenersatz
- Eine Klausel im Arbeitsvertrag darf diese Haftung des Arbeitnehmers nicht verschärfen (OR 362).

6. Aufgabe

Im Arbeitsvertrag von Rita Rossi ist ein Konkurrenzverbot enthalten. Darin wird festgestellt, dass die Personalassistentin durch ihre Tätigkeit u.a. auch Einblick in Kundenlisten erhalte. Deswegen sei es ihr während der Dauer eines Jahres nach Vertragsende untersagt, in einem anderen Weiterbildungsunternehmen in der Schweiz tätig zu sein. Für die Verletzung des Konkurrenzverbotes wurde eine Vertragsstrafe von CHF 100'000 vereinbart. Rita Rossi möchte sich gerne um eine Stelle an der Universität Bern bewerben. Sie ist sich jedoch unsicher, welche Bedeutung das vereinbarte Konkurrenzverbot in diesem Zusammenhang hat.

Wurde das Konkurrenzverbot mit Rita Rossi gültig vereinbart und welche Konsequenzen hätte ein allfälliger Verstoss dagegen?

6. Lösung

- Ein Konkurrenzverbot ist nur gültig, wenn es schriftlich vereinbart wird (OR 340 I); zudem muss der Arbeitnehmer im Verpflichtungszeitpunkt handlungsfähig sein, d.h. ein Minderjähriger kann kein gültiges Konkurrenzverbot vereinbaren.
- OR 340 II setzt für ein verbindliches Konkurrenzverbot voraus, dass der Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse hat. Im vorliegenden Fall hat dies Rita Rossi im Vertrag ausdrücklich anerkannt. Ein allfälliger Gegenbeweis dürfte schwierig zu erbringen sein.
- Ein Konkurrenzverbot muss sachlich, örtlich und zeitlich beschränkt sein; es darf nur unter besonderen Umständen 3 Jahre überschreiten (OR 340a I).
- Fehlt es an der gesetzlichen Beschränkung, ist das Konkurrenzverbot herabsetzbar (OR 340a II).
- Die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes mit einer Dauer von einem Jahr für das Gebiet der Schweiz ist möglich. Rita Rossi kann als Personalassistentin in jeder Branche arbeiten; damit liegt kein Berufsverbot vor.
- Im vorliegenden Fall wurde das Konkurrenzverbot gültig vereinbart.
- Für die Einräumung eines Konkurrenzverbotes kann eine Entschädigung vereinbart werden (sog. Karenzentschädigung), doch ist eine solche in der Schweiz nicht gesetzlich vorgeschrieben.
- Das Konkurrenzverbot fällt weg, wenn die Arbeitgeberin nachweisbar kein Interesse mehr daran hat oder wenn sie das Arbeitsverhältnis auflöst, ohne dass der Arbeitnehmer ihm dazu einen begründeten Anlass gegeben hätte (OR 340c).
- Kündigt Rita Rossi von sich aus, um die Stelle bei der Universität Bern anzunehmen, verletzt sie das Konkurrenzverbot, denn bei der Universität Bern handelt es sich klar um ein Weiterbildungsunternehmen.

6. Lösung (Fortsetzung)

- Bei einer Verletzung des Konkurrenzverbotes hat der Arbeitnehmer gemäss OR 340b dem Arbeitgeber den erwachsenen Schaden zu bezahlen.
- Die Absicherung eines Konkurrenzverbotes kann gemäss OR 340b III durch Konventionalstrafe erfolgen; falls nichts anderes vereinbart wurde, kann sich der Arbeitnehmer durch Leistung der Konventionalstrafe vom Konkurrenzverbot befreien.
- Im vorliegenden Fall ist eine Konventionalstrafe von CHF 100'000 für die Missachtung des Konkurrenzverbots geschuldet. Für eine einfache Personalassistentin erscheint dieser Betrag als deutlich zu hoch und könnte vom Richter herabgesetzt werden.
- Letztlich hat Rita Rossi die Konventionalstrafe (allenfalls in reduziertem Umfang) und den darüber hinaus gehenden Schaden, der durch die Konkurrenzierung entstanden ist, zu bezahlen.