UNIVERSITÄT BERN

Punktzahl: (max. 30 Pkte)	**Note:** (nur halbe Noten)
Universität Bern, Zivilistisches Seminar	
Prüfung per HS 2010	**Prüfungsdatum 14. Januar 2011**

Lösung Prüfung Arbeitsrecht II

Kollektives und öffentliches Arbeitsrecht

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

Theo Troller hat eben seine Lehre als Automechaniker abgeschlossen. Er ist sich bewusst, dass der Garagenbetrieb, in dem er arbeitet, dem Arbeitsgesetz unterstellt ist. Er hält deshalb die Pausen- und Ruhezeiten auch sehr genau ein und bemüht sich, nie mehr als die im Betrieb üblichen 38 Stunden zu arbeiten. Nach einem Unwetter muss Theo Troller jedoch mithelfen, die zahlreichen Hagelschäden zu beheben. Während zwei Wochen muss er deshalb jeden Tag und damit je 48 Stunden pro Woche arbeiten. Als er vom Garagenchef eine entsprechende Entschädigung verlangt, wird jedoch allen Mitarbeitern die Weisung erteilt, allfällige Zusatzstunden im Verhältnis 1:1 durch Freizeit zu kompensieren.

Wie ist die durchgehende Arbeit während zwei Wochen aus arbeitsrechtlicher Sicht zu beurteilen und kann der Garagenbetrieb die Weisung zur Kompensation wirklich durchsetzen?

1. Lösung

- Gemäss Art. 9 ArG beträgt die wöchentliche Höchstarbeitszeit in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal und für Verkaufspersonal 45 Stunden pro Woche und für alle übrigen Betriebe 50 Stunden.
- Theo Troller arbeitet nicht in einem Industrie- sondern in einem Gewerbebetrieb. Er gehört weder zum Büropersonal noch zu den technischen Mitarbeitern (Planer, Ingenieure, etc.). Folglich gilt für ihn die Höchstarbeitszeit von 50 Stunden pro Woche. Mit je 48 Stunden pro Woche ist die Höchstarbeitszeit nicht verletzt.
- Gemäss Art. 18 ArG ist Sonntagsarbeit grundsätzlich untersagt, eine vorübergehende Ausnahme müsste gemäss Art. 19 ArG von der kantonalen Behörde bewilligt werden. Die durchgehende Arbeit verletzt demnach das Verbot der Sonntagsarbeit.
- Gemäss Art. 20 ArG muss innert zwei Wochen wenigstens einmal ein ganzer Sonntag als wöchentlich Ruhetag freigegeben werden. Die Vorschrift des freien Sonntags ist damit verletzt.
- Gemäss Art. 21 ArG ist den Arbeitnehmern jede Woche ein freier Halbtag zu gewähren, wenn die wöchentliche Arbeitszeit auf mehr als fünf Tage verteilt wird. Nur wenn der Arbeitnehmer zustimmt, können die freien Halbtage für höchstens vier Wochen zusammenhängend gewährt werden. Die Vorschrift eines wöchentlichen freien Halbtages ist damit verletzt.
- Der Arbeitnehmer hat bei angeordneten oder notwendigen Überstunden gemäss OR 321c Anrecht auf Lohn mit 25% Zuschlag, sofern nicht schriftlich eine andere Vereinbarung getroffen wurde.
- Überstunden sind nach OR 321c alle Zusatzstunden, welche die vertraglich festgelegte oder die übliche Arbeitszeit übersteigt und notwendig; Überzeit beginnt dagegen dort, wo die vom ArG vorgeschrieben Höchstarbeitszeit überschritten wird.
- Eine Kompensation ohne Zuschlag ist sowohl bei Überstunden als auch bei Überzeit nur mit Einverständnis des Arbeitnehmers möglich.
- Da keine Vereinbarung betr. Überstunden vorliegt und Theo Troller nicht in eine Kompensation einwilligt, hat er Anrecht auf Lohn zuzüglich 25% Zuschlag für 2 Wochen je 10 Überstunden, also total 20 Überstunden (aber keine Überzeit!).

2. Aufgabe

Martina Miller hat vor kurzem ihr Studium an der Universität Bern abgeschlossen. Bei der Treuhandgesellschaft THG hat sie eine Stelle als Mitarbeiterin in der Revisionsabteilung angenommen. Dort verdient sie zwar weniger als branchenüblich, doch wurde ihr im Arbeitsvertrag ausdrücklich ein Anteil von 3% am Gewinn zugestanden. Doch bereits während der Probezeit wird ihr wegen angeblich ungenügender Leistung gekündigt. Da sie keine neue Arbeitsstelle findet, hofft Sie auf grosszügige Leistungen der Arbeitslosenversicherung und insbesondere auf die Vermittlung einer neuen Stelle.

Welche Leistungsarten würde die Arbeitslosenversicherung im Falle von Martina Miller allenfalls erbringen und spielt dabei die Kündigung während der Probezeit eine Rolle?

2. Lösung

- Gemäss Art. 2 AVIG ist die Arbeitslosenversicherung obligatorisch für alle unselbständig Erwerbstätigen, wobei auf die AHV abgestellt wird; auch Martina Miller ist demnach bezüglich Arbeitslosigkeit obligatorisch versichert.
- Gemäss Art. 7 AVIG sind Leistungen der ALV:
  - Taggelder (i.S. von Arbeitslosenentschädigung)
  - Beiträge an Beratung und Vermittlung
  - Beiträge an Umschulungen und Weiterbildungen (i.S. von arbeitsmarktliche Massnahmen)
  - andere Massnahmen zur Beseitigung der Arbeitslosigkeit.
- Gemäss Art. 8 AVIG hat jeder Versicherte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er ganz oder teilweise arbeitslos ist, ob die Arbeitslosigkeit während der Probezeit oder danach eingetreten ist, spielt keine Rolle.
- Gemäss Art. 10 AVIG gilt als arbeitslos, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht; nach dieser Legaldefinition ist Martina Miller klar arbeitslos.
- Gemäss Art. 13 AVIG hat die Beitragspflicht als Grundlage der Versicherung nur erfüllt, wer innerhalb der letzten zwei Jahre vor der Geltendmachung mindestens 12 Monate arbeitete. Diese Voraussetzung erfüllt Martina Miller nicht.
- Gemäss Art. 14 AVIG wird aber von der Beitragspflicht befreit, wer die Beitragszeit nicht erfüllen konnte wegen einer Schulausbildung, Umschulung oder Weiterbildung, sofern diese Person während mindestens zehn Jahren in der Schweiz Wohnsitz hatte. Diese Voraussetzungen erfüllt Martina Miller, weshalb auch hier die Kündigung während der Probezeit keine Rolle spielt.
- Gemäss Art. 30 AVIG kann der Versicherte in der Anspruchsberechtigung eingestellt werden, wenn er durch eigenes Verschulden arbeitslos ist; die Dauer der Einstellung bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens und beträgt höchstens 60 Tage. Es ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich, ob Martina Miller aus eigenem Verschulden wirklich ungenügende Leistungen erbrachte. Die Kündigung in der Probezeit genügt noch nicht für eine Einstellung.

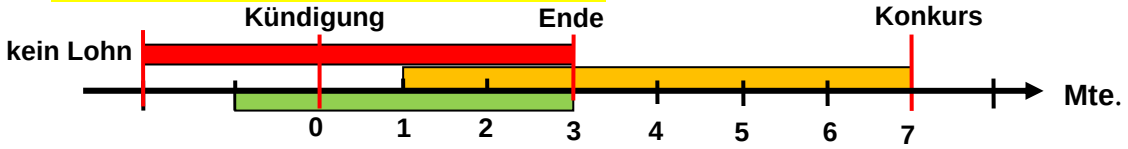
3. Aufgabe

Fritz Feiertag ist 58 Jahre alt und arbeitet im Treuhandbüro Seriosita AG als Buchhalter. Er freut sich auf seine Frühpensionierung mit 60 Jahren. Doch leider geht es dem Treuhandbüro derart schlecht, dass die Löhne nicht mehr bezahlt werden können. Schliesslich wird allen 26 Mitarbeitern mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten gekündigt mit dem Hinweis, es würden Verhandlungen zur Übernahme durch ein anderes Unternehmen geführt. Noch bevor es zur beabsichtigten Betriebsübernahme kommt, wird 7 Monate nach der ordnungsgemässen Massenkündigung über die Seriosita AG der Konkurs eröffnet. Dem Konkursverwalter gelingt es, die Betriebsübernahme doch noch auszuhandeln. Allerdings werden nur 23 Mitarbeiter übernommen. Fritz Feiertag befindet sich wegen seines Alters nicht darunter, obwohl ihm bis zur Beendigung seines Arbeitsvertrages insgesamt 5 Monatslöhne nicht bezahlt wurden.

In welchem Umfang und mit welchen Mitteln hilft der Sozialschutz in der Schweiz, dass Fritz Feiertag seinen Lohnanspruch zumindest teilweise doch noch ersatzweise gedeckt erhält?

3. Lösung

- Die Betriebsübernahme nach OR 333 spielt hier keine Rolle, da Fritz Feiertag eben nicht übernommen wurde und somit weiterhin arbeitslos ist.
- Fritz Feiertag kann auf drei Arten vom Sozialschutz profitieren:
  - über das Konkursprivileg
  - über die Insolvenzentschädigung
  - über Taggelder der Arbeitslosenversicherung
- Das Konkursprivileg ist in Art. 219 SchKG geregelt. Danach sind in der 1. Klasse alle Forderungen von Fritz Feiertag aus dem Arbeitsverhältnis privilegiert, die nicht früher als 6 Monate vor der Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind, höchstens jedoch bis zum Betrag des gemäss obligatorischer Unfallversicherung maximal versicherten Jahresverdienstes: hier sind also 2 Mte. privilegiert.
- Fritz Feiertag hat Anspruch auf eine Insolvenzentschädigung. Diese deckt Lohnforderungen für die letzten 4 Monate des Arbeitsverhältnisses (Art. 52 Abs. 1 AVIG). Die Insolvenzentschädigung ist subsidiär zum Konkursprivileg.
- Fritz Feiertag ist obligatorisch gegen Arbeitslosigkeit versichert. Die Arbeitslosenversicherung erbringt Leistungen in Form von Taggeldern, Beiträgen an Umschulungen und Weiterbildung sowie anderen Massnahmen zur Beseitigung der Arbeitslosigkeit.
- Die Höhe der Taggelder hängt Lohn ab in den letzten 6 oder 12 Monaten vor der Arbeitslosigkeit; gedeckt sind je nach Unterhaltspflichten 70% - 80% des versicherten Verdienstes. Die Taggelder werden während max. 2 Jahren bezahlt (400 Taggelder wenn in den letzten 2 Jahren während mind. 12 Mte. tätig, 520 wenn während mind. 18 Mte. tätig und mind. 55 Jahre alt). Fritz Feiertag erhält also 520 Taggelder in Höhe von max. 80% des versicherten Lohnes.



4. Aufgabe

Frida Fuchs ist Redaktionsassistentin einer Zeitschrift. Sie fühlt sich durch ihre Arbeitgeberin, die Printfix AG, ausgenützt. Frida Fuchs wird deshalb Mitglied bei der neuen Gewerkschaft für Medien und Kommunikation Syndicom. Mit Hilfe dieser Gewerkschaft hofft sie, dass sich ihre arbeitsrechtliche Stellung verbessert. Allerdings untersteht die Printfix AG bisher noch keinem GAV.

Ist diese Hoffnung von Frida Fuchs in die Bedeutung einer schweizerischen Gewerkschaft berechtigt und würde sich daran etwas ändern, wenn der von der Syndicom abgeschlossene GAV für die Medien allgemein verbindlich erklärt würde?

4. Lösung

- Die Hoffnung von Frida Fuchs ist nicht berechtigt. Die Bedeutung von Gewerkschaften ist in der Schweiz zwar noch relativ gross, zumal rund ein Drittel aller Arbeitnehmer einer Gewerkschaft angehören. Doch profitiert Frida Fuchs nur indirekt.
- Gewerkschaften sind Verbände, die sich gemäss Statuten für die Arbeitnehmerinteressen einsetzen und durch die Statuten zum Abschluss von GAV ermächtigt sind, doch mit der Mitgliedschaft bei einer Gewerkschaft allein verbessert sich die arbeitsrechtliche Stellung noch nicht.
- Immerhin haben die Gewerkschaften folgende Funktionen, die allenfalls indirekt zu einer Verbesserung aller Arbeitnehmer bei der Printfix AG führen können:
  - Interessenvertretung ihrer Mitglieder im Allgemeinen
  - GAV-Partei (Tariffähigkeit)
  - Streikmonopol
  - Verhandlungsanspruch
  - Selbständiges Klagerecht
  - Beteiligung an der Verwaltung sozialer Institutionen (z.B. Ausgleichskassen)
  - Vernehmlassung
- Wenn der GAV der Syndicom für die ganze Medienbranche allgemein verbindlich erklärt würde, dann gälte er auch für Frida Fuchs, unabhängig davon, ob sie Gewerkschaftsmitglied ist oder nicht. Sind in diesem GAV günstigere Klauseln als im EAV von Frida Fuchs, so würde sie davon im entsprechenden Umfang profitieren.

5. Aufgabe

Auch andere Mitarbeiter der Printfix AG sind mit ihren Anstellungsbedingungen unzufrieden. Die Gewerkschaft Syndicom beschliesst deshalb einen unbefristeten Streik. In der Folge erhält Frida Fuchs eine Mitteilung der Printfix AG, dass alle Mitarbeiter, die sich nicht am Streik beteiligen, von der Arbeit ausgeschlossen werden. Ab diesem Zeitpunkt erhält Frida Fuchs keine Redaktionsaufträge mehr und hat auch keinen Zugang mehr zu ihrem Geschäftscomputer.

Wie ist die Situation rechtlich zu beurteilen und wie steht es mit der Lohnzahlung an Frida Fuchs?

5. Lösung

- Der Streik ist rechtswidrig, da nicht ultima ratio.
- Hier handelt es sich um die Kampfmassnahme der Aussperrung.
- Bei der Aussperrung werden mehrere Arbeitnehmer von der Arbeit und vom Bezug des Lohnes durch einen oder mehrere Arbeitgeber ausgeschlossen, um bestimmte Arbeits- oder Wirtschaftsbedingungen durchzusetzen.
- In der Regel erfolgt die Aussperrung nur als Abwehrmassnahme auf Arbeitskampfmassnahmen; dies ist auch bei der Printfix der Fall.
- Bei der Abwehraussperrung muss sich der Arbeitgeber nicht an die Friedenspflicht halten, weil sie bereits durch den Arbeitnehmer verletzt wurde. Wenn rechtswidrige Arbeitskämpfe abgewehrt werden sollen, muss auch kein im GAV regelbares Ziel verfolgt werden.
- Die Rechtsfolgen dieser rechtmässigen Aussperrung bei der Printfix AG sind:
  - Suspendierung der Arbeitsverhältnisse
  - Arbeitnehmer haben das Recht zur ordentlichen Kündigung
- Die Rechtsfolgen einer rechtswidrige Aussperrung wären :
  - Arbeitgeber befindet sich im Annahmeverzug
  - Anspruch auf Lohnzahlung gemäss OR 324,1, sofern das Arbeitsverhältnis nicht wegen Streik suspendiert ist
  - Anspruch auf Schadenersatz gemäss OR 97
  - a.o. Kündigung gemäss OR 337
  - Schadenersatzpflicht aus OR 41 gegenüber den Arbeitswilligen
- Da das Arbeitsverhältnis zwischen der Printfix AG und Frida Fuchs durch die Aussperrung suspendiert wird, hat sie während der Dauer der Suspendierung keinen Anspruch auf Lohn. Ist sie Mitglied derjenigen Gewerkschaft, die den Streik ausgerufen hat, erhält sie allenfalls von dieser einen Streiklohn.

6. Aufgabe

Durch den Einsatz eines Mediators kann der Streik bei der Printfix AG schliesslich beendet werden. Doch die Mitarbeiter beschliessen, ihre Lohnabrechnungen zukünftig genau zu kontrollieren und im Zweifelsfall zu protestieren. Frida Fuchs stellt fest, dass der grösste Abzug mit dem Vermerk 2/3-AHV-Beitrag versehen ist. Sie glaubt jedoch nicht, dass die Printfix AG die einkassierten Beiträge auch wirklich an die Ausgleichskasse abgeliefert hat und macht sich auf eine reduzierte Altersrente gefasst.

Wer muss in der Schweiz in welchem prozentualen Umfang AHV-Beiträge leisten und besteht für Frida Fuchs tatsächlich die Gefahr einer verminderten AHV-Rente?

6. Lösung

- Gemäss Art. 1 AHVG sind grundsätzlich alle Personen mit zivilrechtlichem Wohnsitz in der Schweiz oder mit einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz obligatorisch versichert; ein AHV-Abzug am Lohn ist deshalb grundsätzlich zulässig.
- Der prozentuale Beitrag berechnet sich wie folgt:

  - AHV 8.4% (ab 1.1.11 unverändert)
  - IV 1.4% (ab 1.1.11 unverändert)
  - EO 0.3% (ab 1.1.11 neu 0.5%)

  - Total 10.1% (ab 1.1.11 neu 10.3%)
- Die Hälfte der Beiträge ist vom Arbeitgeber zu bezahlen. Die Überwälzung von 2/3 der Beiträge auf den Arbeitnehmer ist rechtlich nicht zulässig.
- Die Arbeitgeber haben sich einer Ausgleichskasse anzuschliessen, die Beiträge abzurechnen und abzuliefern. Soweit sie die Abrechnung gegenüber dem Arbeitnehmer vorgenommen haben, aber die Beiträge nicht abliefern, gelten sie für die Ansprüche des versicherten Arbeitnehmers gegenüber der AHV als bezahlt.
- Für Frida Fuchs besteht deshalb keine Gefahr einer verminderten AHV-Rente.