

Punktzahl: (max. 30 Pkte)

Note: (nur halbe Noten)

Universität Bern, Zivilistisches Seminar

Prüfung per FS 2014

Prüfungsdatum 11. Juni 2014

Prüfung Arbeitsrecht I - Lösungen
Individualarbeitsrecht

Prof. Dr. Roland Müller

Vom Studierenden auszufüllen:

Matrikelnummer: _____

Ev. Bemerkung: _____

Wichtige Hinweise für die Prüfungsteilnehmer:

- Dauer der Prüfung 120 Minuten ohne Pause
- Alle 5 Aufgaben werden gleich gewichtet (je max. 6 Punkte)
- Antworten nur auf die vorgegebenen Seiten schreiben; sollte der Platz nicht ausreichen, Rückseite benützen (keine Zusatzblätter)
- Bitte Antworten klar strukturieren
- Unleserliche Antworten werden nicht berücksichtigt
- Antworten stets mit Begründung und Verweis auf die relevanten gesetzlichen Bestimmungen
- Hilfsmittel gemäss Merkblatt Prüfungen Arbeitsrecht

1. Aufgabe

Ein deutscher Arbeitnehmer schliesst einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit einer Glarner Bäckerei ab. Darin verpflichtet er sich, in Afghanistan für die dort stationierten internationalen Truppen, Brötchen zu backen. Aufgrund des speziellen Einsatzgebietes bietet ihm die Glarner Bäckerei besondere Arbeitsbedingungen wie bspw. 10 Wochen Ferien. Rund zwei Jahre lang verläuft das Arbeitsverhältnis ohne nennenswerte Probleme. Im dritten Jahr jedoch geraten Arbeitnehmer und Arbeitgeber in Streit über Fragen von Überstundenentschädigung, Überzeitentschädigung sowie Nacht- und Sonntagszulagen im Umfang von insgesamt rund Fr. 65'000.00. Beurteilen Sie die Fragen anhand von IPRG, LugÜ und ZPO.

- a) *Wo könnte der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber klagen?*
- b) *Falls in der Schweiz geklagt wird, nach welchem Recht wird die Streitigkeit beurteilt und wäre eine Rechtswahl zulässig? Wenn ja, in welchem Umfang?*
- c) *Falls in der Schweiz geklagt wird, muss in jedem Fall ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden?*

1. Lösung

a) Wo könnte der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber klagen?

[max. 2 Punkte]

Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor.

Bei einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit handelt es sich um Zivilsachen (Art. 1 LugÜ). Die Schweiz ist ein durch das LugÜ gebundener Staat im Sinne von Art. 1 Abs. 3 LugÜ und es liegt kein Ausnahmetatbestand vor, weshalb das LugÜ zu beachten ist (Art. 2 Abs. 1 LugÜ).

Ein individueller Arbeitsvertrag ist Gegenstand des Verfahrens, weshalb gemäss Art. 18 Abs. 1 LugÜ Art. 19 LugÜ angewendet werden muss. Dieser besagt, dass ein Arbeitgeber, der seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines durch das LugÜ gebundenen Staates hat, alternativ wie folgt verklagt werden kann:

1. Vor den Gerichten des Staates, in dem er seinen Wohnsitz hat.
2. In einem anderen durch das LugÜ gebundenen Staates,
 - a. vor dem Gericht des Ortes, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat, oder
 - b. wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet hat, vor dem Gericht des Ortes, an dem sich die Niederlassung, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, befindet.

Fortsetzung Lösung 1 nächste Seite

Fortsetzung Lösung 1

Der Arbeitnehmer kann folglich gemäss Art. 19 Abs. 1 LugÜ lediglich in der Schweiz klagen. Der Gerichtsstand am Ort, wo der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet kommt nicht in Frage, weil Afghanistan nicht durch das LugÜ gebunden ist.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach nationalem Recht des Gerichtsstaates. Das IPRG regelt die örtlichen Zuständigkeiten in internationalen Verhältnissen. Art. 115 Abs. 1 IPRG bestimmt, dass für Klagen aus Arbeitsvertrag die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder am Ort zuständig sind, wo der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Für Klagen des Arbeitnehmers sind überdies die schweizerischen Gerichte an seinem Wohnsitz oder an seinem gewöhnlichen Aufenthalt zuständig (Abs. 2).

Demnach sind die Gerichte des Kantons Glarus für diese Klage gemäss Art. 115 Abs. 1 IPRG örtlich zuständig, da sowohl die gewöhnliche Arbeitsverrichtung als auch der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt des Arbeitnehmers nicht in der Schweiz liegen.

b) Falls in der Schweiz geklagt wird, nach welchem Recht wird die Streitigkeit beurteilt und wäre eine Rechtswahl zulässig? Wenn ja, in welchem Umfang?
[max. 2 Punkte]

Der Arbeitsvertrag untersteht dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 121 Abs. 1 IPRG). Die gewöhnliche Arbeit wird im vorliegenden Fall in Afghanistan erbracht, womit die Schweizer Gerichte afghanisches Recht anwenden müssen.

Eine Rechtswahl zulässig und im vorliegenden Fall auch zu empfehlen. Die Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben. Im Übrigen untersteht sie dem gewählten Recht. Die Rechtswahl kann jederzeit getroffen oder geändert werden. Wird sie nach Vertragsschluss getroffen oder geändert, so wirkt sie auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück. Die Rechte Dritter sind vorbehalten.

Nach Art. 121 Abs. 3 IPRG können die Parteien den Arbeitsvertrag dem Recht des Staates unterstellen, in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der Normzweck lässt nur die in Art. 121 Abs. 3 IPRG genannten Anknüpfungsmöglichkeiten bei der Rechtswahl zu. Damit sind andere Rechtswahlmöglichkeiten ausgeschlossen. Die Parteien könnten damit den Arbeitsvertrag schweizerischem Recht unterstellen.

Fortsetzung Lösung 1 nächste Seite

Fortsetzung Lösung 1

c) Falls in der Schweiz geklagt wird, muss in jedem Fall ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden? [max. 2 Punkte]

Dem Entscheidverfahren geht in aller Regel ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsstelle voraus. Das Schlichtungsverfahren kann jedoch unter Umständen auch entfallen. So bspw. im summarischen Verfahren, im Scheidungsverfahren etc. (Vgl. Art. 198 ZPO).

Auf das Schlichtungsverfahren können die Parteien darüber hinaus unter Umständen auch verzichten, nämlich immer bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens Fr. 100'000.00. Einseitig kann die klagende Partei auf das Schlichtungsverfahren verzichten, wenn die beklagte Partei Sitz oder Wohnsitz im Ausland hat, der Aufenthaltsort der beklagten Partei unbekannt ist oder in Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz (Art. 199 ZPO).

Da weder ein Ausnahmefall nach Art. 198 ZPO noch ein Verzicht Grund nach Art. 199 Abs. 1 oder 2 ZPO vorliegt, muss ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden.

2. Aufgabe

Murat Ercan arbeitet für die Firma Asia Import und Export AG. Seine Aufgabe besteht darin, interessierte Kunden zu besuchen und mit diesen entsprechende Geschäfte auf Rechnung der Asia Import und Export AG abzuschliessen. In seinem Vertrag ist neben dem monatlichen Fixlohn und der Umsatzprovision noch ein Anteil von 1.5% am Geschäftsgewinn vor Steuern und Abschreibungen vereinbart. Er bemüht sich deshalb nach Kräften, möglichst grosse Umsätze zu machen. Am Ende des Geschäftsjahres teilt ihm der Finanzchef mit, es werde kein Gewinnanteil ausgerichtet, da viele der ausstehenden Debitoren unsicher seien und deshalb die Delkredere-Position zulasten der Erfolgsrechnung erhöht werden musste. Aufgrund dieser Mitteilung beginnt Murat Ercan, neben den Geschäften für die Asia Import und Export AG auch noch solche für das Geschäft seines Bruders in der Türkei abzuschliessen. Konsequenterweise meldet er dabei gewonnene neue Kunden nicht an die Marketingabteilung der Asia Import und Export AG.

- a) *Wie ist das Vertragsverhältnis zwischen Murat Ercan und der Asia Import und Export AG zu qualifizieren?*
- b) *Wie ist die Rechtssituation im Zusammenhang mit dem Delkredere zu beurteilen?*
- c) *Verletzt Murat Ercan in irgendeiner Weise seine vertraglichen Pflichten?*

2. Lösung

a) Wie ist das Vertragsverhältnis zwischen Murat Ercan und der Asia Import und Export AG zu qualifizieren? [max. 2 Punkte]

Es liegt ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR vor.

Die vier Voraussetzungen für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sind gegeben. Es ist die Leistung von Arbeit gegen Lohn geschuldet, der Arbeitnehmer hat sich in die Arbeitsorganisation der Arbeitgeberin einzufügen und das Verhältnis ist auf eine bestimmte Dauer abgeschlossen.

Zusätzlich ist jedoch zu beachten, dass eine bestimmte Art der Arbeitsleistung geschuldet ist. Der Arbeitnehmer wird verpflichtet, auf Rechnung des Arbeitgebers, Geschäfte ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers zu vermitteln oder abzuschliessen. Damit liegt ein besonderer Einzelarbeitsvertrag, nämlich der Handelsreisendenvertrag vor (Art. 347 ff. OR).

Fortsetzung Lösung 2 nächste Seite

Fortsetzung Lösung 2

b) Wie ist die Rechtssituation im Zusammenhang mit dem Delcredere zu beurteilen? [max. 2 Punkte]

Hat ein Arbeitnehmer vertraglich Anspruch auf einen Anteil am Gewinn oder am Umsatz, so ist die Berechnung nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten Grundsätzen vorzunehmen (OR 322a I).

Die Arbeitgeberin hat dem Arbeitnehmer die nötigen Aufschlüsse über die Berechnung zu geben und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren, soweit dies zur Nachprüfung erforderlich ist (OR 322a II).

Im Streitfall hat der vom Gericht bestellte Sachverständige zu beurteilen, wie hoch die Delcredere-Position zu bemessen ist; diesen Abzug beim Gewinn hat sich der Arbeitnehmer mangels anderer Abrede gefallen zu lassen.

Im vorliegenden Fall kann allein aufgrund des Sachverhaltes nicht entschieden werden, ob die Erhöhung der Delcredere-Position wirklich notwendig ist oder nicht.

c) Verletzt Murat Ercan in irgendeiner Weise seine vertraglichen Pflichten? [max. 2 Punkte]

Der Handelsreisende darf ohne schriftliche Bewilligung der Arbeitgeberin weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Geschäfte vermitteln oder abschliessen (OR 348 I).

Der Handelsreisende muss die Arbeitgeberin über seine Kunden in Kenntnis setzen (OR 348 III).

Murat Ercan verletzt demnach seine Pflichten als Handelsreisender gleich doppelt.

3. Aufgabe

Heiri Landolt arbeitet als Flughelfer bei der Firma Helikopter AG. Während einer Mittagspause entwendete er kurzerhand einen der Helikopter, obwohl er überhaupt keine Pilotenlizenz besitzt. Der Start gelang Heiri Landolt überraschend gut und auch die folgenden 20 Minuten ergaben keine Schwierigkeiten. Doch als Heiri Landolt nach diesem kleinen Rundflug zur Landung ansetzte, stürzte der Helikopter in ein Blumenkohlfeld und erlitt Totalschaden. Die nachgewiesene Schadenssumme beträgt rund CHF 94'000.00. Im Verlauf der polizeilichen Ermittlungen stellt sich heraus, dass Heiri Landolt einen Hirntumor hatte. Aufgrund eines psychischen Gutachtens wurde das Strafverfahren gegen Heiri Landolt eingestellt. Im Zeitpunkt des Flugunfalles war er trotz seiner augenscheinlichen Flugkünste urteilsunfähig. Nach dem Absturz mit dem Helikopter und der Diagnose wurde Heiri Landolt eine volle Invalidenrente zugesprochen.

- a) *Wie haftet ein Arbeitnehmer grundsätzlich und nach welchen Kriterien?*
- b) *Im vorliegenden Fall hat das zuständige Bezirksgericht eine Schadenersatzklage in Höhe von rund CHF 31'000.00 geschützt. Kann ein urteilsunfähiger Arbeitnehmer überhaupt zu Rechenschaft gezogen werden und wenn ja, gestützt auf welche Bestimmung?*
- c) *Wann und wie endet das Arbeitsverhältnis von Heiri Landolt?*

3. Lösung

- a) ***Wie haftet ein Arbeitnehmer grundsätzlich und nach welchen Kriterien?***
[max. 2 Punkte]

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 die Arbeitgeberin gekannt hat oder hätte kennen sollen (subjektiver Sorgfaltsmassstab).

Fortsetzung Lösung 3 nächste Seite

Fortsetzung Lösung 3

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

b) Im vorliegenden Fall hat das zuständige Bezirksgericht eine Schadenersatzklage in Höhe von rund CHF 31'000.00 geschützt. Kann ein urteilsunfähiger Arbeitnehmer überhaupt zu Rechenschaft gezogen werden und wenn ja, gestützt auf welche Bestimmung? [max. 2 Punkte]

Art. 54 OR i.V. mit Art. 99 Abs. 3 OR berechtigt den Richter, auch eine nicht urteilsfähige Person, die einen Schaden verursacht hat, zu teilweise oder vollständigem Ersatz verurteilen.

Es ist indes fraglich, ob dies auch bei Art. 321e OR gilt. Nach dem Bundesgerichts-urteil 4C_195/2004 vom 7.9.2004, haftet eine urteilsunfähige Person für die Gefahr, welche aus ihrem Zustand entsteht. Dies gilt auch für den Arbeitnehmer.

Das Bundesgericht hat entschieden, dass vom nachgewiesenen Schaden von Fr. 94'056.00 der Arbeitnehmer ein Drittel zu zahlen vermag.

c) Wann und wie endet das Arbeitsverhältnis von Heiri Landold?

[max. 2 Punkte]

Das Arbeitsverhältnis kann aus verschiedenen Gründen enden. Dazu zählen:

- Kündigung
- Aufhebungsvereinbarung
- Zeitablauf (unter gewissen Umständen)
- Tod des Arbeitnehmers

Keine Beendigungsgründe sind in der Regel:

- Pensionierung
- Tod der Arbeitgeberin
- Konkurs der Arbeitgeberin
- Übertragung des Betriebes
- Unmöglichkeit der Arbeit
- Invalidität des Arbeitnehmers

Fortsetzung Lösung 3 nächste Seite

Fortsetzung Lösung 3

Im vorliegenden Fall wurde nie eine Kündigung ausgesprochen. Auch eine Aufhebungsvereinbarung wurde nicht getroffen. Aus dem Sachverhalt ist zudem nicht ersichtlich, ob allenfalls eine zeitliche Beschränkung des Arbeitsvertrages vorliegt, so dass davon ausgegangen werden kann, dass ein unbefristeter Arbeitsvertrag vorliegt. Der Umstand, dass Heiri Landolt eine volle Invalidenrente zugesprochen erhält, löst das Arbeitsverhältnis ebenso wenig auf.

Das Arbeitsverhältnis von Herrn Landolt endet damit, sofern der Arbeitgeber nichts unternimmt und nichts anderes vereinbart worden ist, erst mit dem Tod des Arbeitnehmers.

4. Aufgabe

Der Geschäftsführer eines Lebensmittelgeschäfts stellt fest, dass immer häufiger am Ende des Tages teure Parfümfläschchen fehlen. Er vermutet, dass sich einer der Mitarbeiter an den Parfüms bedient. Er führt daraufhin Einzelgespräche mit allen Mitarbeitenden in diesem Verkaufsbereich. Im Verlauf dieser Gespräche beschuldigt eine Mitarbeiterin eine andere, langjährige Mitarbeiterin (3. Dienstjahr), diese Parfüms gestohlen zu haben. Der Geschäftsleiter überprüft so gut es geht die Angaben der beschuldigenden Arbeitnehmerin (zeitliche Übereinstimmung, Möglichkeit, etc.) und stellt die beschuldigte Arbeitnehmerin zur Rede. Obwohl diese alles abstreitet, entlässt der Geschäftsführer die Mitarbeiterin fristlos, stellt per sofort die Lohnzahlung ein und reicht Strafanzeige bei der Polizei ein. Im Laufe des polizeilichen Ermittlungsverfahrens stellt sich heraus, dass die Arbeitnehmerin zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung bereits im vierten Monat schwanger war. Einige Zeit später wird die beschuldigte Arbeitnehmerin im Strafprozess wegen erwiesener Unschuld freigesprochen. Der Verlust der Arbeitsstelle, die Schwangerschaft und der Prozess setzen der betroffenen Arbeitnehmerin zu, so dass sie sich schlechter konzentrieren kann als früher. Infolgedessen verursacht sie 5.5 Monate nach der Niederkunft einen schweren Unfall. Bei der ärztlichen Untersuchung ihrer Verletzungen stellt der Arzt fest, dass sie für die nächsten zwei Monate arbeitsunfähig sein wird. Die Arbeitnehmerin führt alles auf die Anschuldigungen ihres ehemaligen Vorgesetzten zurück und reicht Klage wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung ein.

- a) *Wie viele Monatslöhne reine Lohnforderung kann die Arbeitnehmerin geltend machen und wie viel wird ein Gericht zusprechen?*
- b) *Kann sie bezüglich der fristlosen Entlassung neben der reinen Lohnforderung noch weitere Entschädigungen geltend machen und wenn ja wie viel?*
- c) *Was muss der Arbeitgeber nun im Arbeitszeugnis bezüglich der Auflösung des Arbeitsvertrages schreiben und welches Datum sollte das Arbeitszeugnis tragen?*

4. Lösung

a) Wie viele Monatslöhne reine Lohnforderung kann die Arbeitnehmerin geltend machen und wie viel wird ein Gericht zusprechen? [max. 2 Punkte]

Eine fristlose Entlassung ist immer gültig. Das Arbeitsverhältnis ist damit, auch wenn die Arbeitnehmerin schwanger ist, per sofort aufgelöst. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die fristlose Entlassung gerechtfertigt war oder nicht. Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR muss für eine gerechtfertigte fristlose Entlassung ein wichtiger Grund vorliegen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR).

Eine fristlose Kündigung wäre bei mehrfachen Diebstählen wohl gerechtfertigt. Allerdings wurde die Arbeitnehmerin wegen erwiesener Unschuld von diesen Vorwürfen freigesprochen. Andere Gründe, welche es dem Arbeitgeber unzumutbar machen würden, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, sind nicht ersichtlich.

Fortsetzung Lösung 4 nächste Seite

Fortsetzung Lösung 4

Es handelt sich demnach um eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung, womit die Rechtsfolgen von Art. 337c OR eintreten.

Entlässt der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin fristlos ohne wichtigen Grund, so hat diese Anspruch auf Ersatz dessen, was sie verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR).

Die Arbeitnehmerin befand sich zum Zeitpunkt der Kündigung im dritten Dienstjahr. Die gesetzliche Kündigungsfrist beträgt damit mangels anderer vertraglicher Regelung zwei Monate. Während der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin kann die ordentliche Kündigungsfrist jedoch nicht laufen (Art. 336c Abs. 2 OR i.V.m. Art. 336c Abs. 1 lit c OR). Die Arbeitnehmerin war zum Zeitpunkt der Kündigung im vierten Monat schwanger. Bis zur Niederkunft kann die Kündigungsfrist damit während 5-6 Monaten nicht laufen.

Ebenfalls steht die Kündigungsfrist während der ersten 16 Wochen nach der Niederkunft still (Art. 336c Abs. 2 OR i.V.m. Art. 336c Abs. 1 lit c OR), womit die Arbeitnehmerin auch diese vier Monate geltend machen kann. Danach beginnt die zwei monatige Kündigungsfrist zu laufen und wird durch den Unfall nach 1.5 Monaten erneut unterbrochen (Art. 336c Abs. 2 OR i.V.m. Art. 336c Abs. 1 lit b OR). Die unfallbedingte Unterbrechung der Kündigung dauert zwei Monate, welche die Arbeitnehmerin wiederum geltend machen kann.

Nach Ablauf der unfallbedingten Arbeitsverhinderung läuft die unterbrochene Kündigungsfrist erneut weiter und endet einen halben Monat später.

Zusammen ergibt diese:

- 5-6 Monate bis zur Niederkunft
- 4 Monate nach der Niederkunft
- 1.5 Monate Kündigungsfrist
- 2 Monate unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit
- 0.5 Monate restliche Kündigungsfrist

Damit kann die Arbeitnehmerin insgesamt 14 (resp. 13 je nach Annahme) Monate reine Lohnforderungen geltend machen. An diese 14 Monate muss sich die Arbeitnehmerin jedoch anrechnen lassen, was sie infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was sie durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c OR).

Fortsetzung Lösung 4

- b) Kann sie bezüglich der fristlosen Entlassung neben der reinen Lohnforderung noch weitere Entschädigungen geltend machen und wenn ja wie viel?**
[max. 2 Punkt]

Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR kann die Arbeitnehmerin neben der Lohnforderung beim Richter beantragen, dass ihr eine Entschädigung nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände zugesprochen werde, wobei diese Entschädigung sechs Monatslöhne nicht übersteigen darf.

Darüber hinaus kann unter Umständen Schadenersatz wegen Verletzung der Persönlichkeit der Arbeitnehmerin geltend gemacht werden.

- c) Was muss der Arbeitgeber nun im Arbeitszeugnis bezüglich der Auflösung des Arbeitsvertrages schreiben und welches Datum sollte das Arbeitszeugnis tragen?** [max. 2 Punkte]

Ein Arbeitszeugnis muss wahr und wohlwollend sein. Zur Wahrheit gehört, dass ein Arbeitszeugnis grundsätzlich Auskunft darüber zu geben hat, von wann bis wann ein Arbeitsverhältnis gedauert hat. Die Umstände der Auflösung des Arbeitsverhältnisses dürfen jedoch nur dann erwähnt werden, wenn deren Verschweigen irreführend ist. Da es sich im vorliegenden Fall um eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung handelt, stellt sich die Frage, welches Datum und welche Begründung zu wählen ist.

Bezüglich des Enddatums ist grundsätzlich jenes Datum als Vertragsende anzugeben, an dem aus rechtlicher Sicht das Arbeitsverhältnis tatsächlich beendet worden ist. Das wäre im vorliegenden Fall das Datum der fristlosen Entlassung und nicht der hypothetische ordentliche Endtermin. Bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung kann nach Zürcher Praxis das Datum des hypothetischen Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist als Enddatum eingesetzt werden, was unerwünschte Rückschlüsse auf die fristlose Entlassung vermeidet, sofern dies notwendig ist.

Verwandt ist die Frage des Ausstellungsdatums eines Zeugnisses. Auch dieses hat die Wahrheit zu entsprechen, doch sollen zum Schutz des Arbeitnehmers Abweichungen möglich sein, so im erwähnten Fall einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung. Vgl. zum Ganzen auch MÜLLER/THALMANN/FAVRE, Le certificat de travail en question, Basel 2014, S. 26.

Als Schlusssatz angebracht wäre bspw.:

"Wir haben das Arbeitsverhältnis vorzeitig aufgelöst, mussten jedoch feststellen, dass dies zu Unrecht geschah."

5. Aufgabe

In der Praxis tauchen immer wieder Fragen im Zusammenhang mit der Probezeit auf. Kreuzen Sie die richtige Antwort bei den folgenden Fragen an. Dabei darf bei jeder Frage jeweils nur eine Lösung als richtig angekreuzt werden. Sollten Sie eine Lösung aus Versehen falsch angekreuzt haben (X), streichen Sie diese durch (X), kreuzen Sie die richtige Lösung an und machen Sie einen Rahmen (X) um die korrekte Lösung.

1. *Gibt es bei einem auf ein Jahr befristeten Arbeitsverhältnis eine Probezeit?*
[max. 1 Punkt]
 - (a) *Ja, bei befristeten Arbeitsverhältnissen gilt, sofern nichts anderes vereinbart worden ist, der erste Monat als Probezeit.*
 - (b) *Ja, der erste Monat des Arbeitsverhältnisses gilt als Probezeit. Eine vertragliche Verlängerung der Probezeit auf drei Monate ist bei den befristeten Arbeitsverhältnissen jedoch nicht zulässig.*
 - (X) *Ja, eine Probezeit von max. drei Monaten kann vertraglich vereinbart werden. Ist nichts vertraglich vereinbart worden, besteht keine Probezeit.*
 - (d) *Nein, bei befristeten Arbeitsverhältnissen gibt es nie eine Probezeit.*

2. *Ist es möglich, dass bei einem Arbeitnehmer im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis und nach der Lehre die maximale Probezeit von 3 Monaten verlängert wird?*
[max. 1 Punkt]
 - (a) *Nein, die ursprünglich festgelegte Probezeit kann in keinem Fall verlängert werden.*
 - (X) *Ja, die Probezeit wird verlängert, wenn der Arbeitnehmer durch Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht während der Probezeit an der Arbeit verhindert war.*
 - (c) *Ja, die maximale Probezeit von drei Monaten kann verlängert werden, wenn der Arbeitgeber noch nicht sicher ist, ob der Arbeitnehmer den Anforderungen der Arbeit tatsächlich gewachsen ist.*
 - (d) *Ja, die Probezeit kann verlängert werden, jedoch maximal um einen Monat.*

3. *Hans Meier wird von einem Personalvermittlungsbüro bei der Gerüstbau AG als temporärer Mitarbeiter eingesetzt. Nun will ihn die Gerüstbau AG direkt anstellen. Darf die Gerüstbau AG mit Hans Meier eine neue Probezeit vereinbaren? [max. 1 Punkt]*
- (a) Nein, da Hans Meier bereits im Rahmen seines Temporäreinsatzes eine Probezeit absolviert hat und er daher die Arbeit und die Arbeitgeberin sowie auch die Arbeitnehmerin den Arbeitnehmer und seine Arbeitsweise bereits kennt, darf keine neue Probezeit vereinbart werden.*
 - (b) Ja, die Gerüstbau AG darf eine neue Probezeit vereinbaren, jedoch von höchstens einem Monat.*
 - Ja, die Gerüstbau AG darf eine neue Probezeit vereinbaren, jedoch von höchstens drei Monaten*
 - (d) Ja, die Gerüstbau AG darf eine beliebige Probezeit vereinbaren.*
4. *Welche Besonderheiten bestehen betreffend Probezeit bei Lehrverträgen? [max. 1 Punkt]*
- Es muss eine Probezeit von mindestens einem Monat vereinbart werden.*
 - (b) Eine Probezeit ist nur gültig, wenn sie ausdrücklich im Lehrvertrag vorgesehen wird und darf drei Monate nicht überschreiten.*
 - (c) Durch Parteiabrede kann die Probezeit bilateral auf 6 Monaten verlängert werden.*
 - (d) Ist nichts anderes schriftlich vereinbart, gelten die ersten zwei Monate als Probezeit.*
5. *Darf ein Arbeitsverhältnis vor Beginn der Probezeit gekündigt werden und wenn ja, wann würde die Kündigungsfrist zu laufen beginnen? [max. 1 Punkt]*
- (a) Ein Arbeitsverhältnis kann erst dann gekündigt werden, wenn die Arbeitsstelle auch tatsächlich angetreten worden ist.*
 - (b) Nur der Arbeitgeber kann vor Beginn der Probezeit kündigen. Zum Schutz des Arbeitnehmers beginnt die Kündigungsfrist jedoch erst am Tag des geplanten Stellenantritts zu laufen.*
 - Arbeitgeber und Arbeitnehmer können jederzeit, also auch vor Beginn der Probezeit kündigen. Die Kündigungsfrist beginnt in beiden Fällen am Tag des geplanten Stellenantritts zu laufen. (Diese Lösung wird als andere Lehrmeinung als richtig akzeptiert)*
 - Arbeitgeber und Arbeitnehmer können jederzeit, also auch vor Beginn der Probezeit kündigen. Die Kündigungsfrist beginnt einen Tag nach der Zustellung der Kündigung zu laufen.*

6. Welche Besonderheit bezüglich Kündigungsfrist ist bei unbefristeten Einsätzen im Personalverleih zu berücksichtigen? [max. 1 Punkt]

- (X) Während der ersten drei Monate der ununterbrochenen Anstellung kann das Arbeitsverhältnis von den Vertragsparteien mit einer Frist von mindestens zwei Tagen aufgelöst werden.
- (b) Während der ersten sechs Monate der ununterbrochenen Anstellung kann das Arbeitsverhältnis von den Vertragsparteien mit einer Frist von mindestens zwei Tagen aufgelöst werden.
- (c) Während der ersten drei Monate der ununterbrochenen Anstellung kann das Arbeitsverhältnis von den Vertragsparteien mit einer Frist von mindestens sieben Tagen aufgelöst werden.
- (d) Während der ersten sechs Monate der ununterbrochenen Anstellung kann das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber mit einer Frist von mindestens sieben, vom Arbeitnehmer mit einer Frist von mindestens zwei Tagen aufgelöst werden.