Universität Bern, Zivilistisches Seminar

Prüfung per FS 2017

Prüfungsdatum 12.6.2017

**Musterlösung 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 5 Aufgaben werden gleich gewichtet (je max. 6 Punkte)
- Es gibt keinen Abzug für falsche Antworten
- Antworten nur auf die vorgegebenen Seiten schreiben
- Bitte Antworten klar strukturieren und leserlich schreiben
- Antworten Sie wo immer möglich **unter Hinweis auf die relevanten Gesetzesartikel**
- Hilfsmittel gemäss Merkblatt Prüfungen Arbeitsrecht

1. Aufgabe

Albert Achter wurde von der Transport GmbH mit Arbeitsvertrag vom 17. Juni 2013 unbefristet als Lastwagenchauffeur angestellt. In seinem Arbeitsvertrag findet sich eine Klausel, wonach jegliche schwere fahrlässige Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers führen könne.

Am 13. Mai 2014 um ca. 07:35 Uhr fuhr Albert Achter mit dem Lastwagen der Transport GmbH mit einer Geschwindigkeit von mindestens 11 km/h über ein Stoppsignal hinaus auf die Strasse und kollidierte mit einem korrekt fahrenden Personewagen. Der Lenker des Personewagens wurde verletzt und musste in Spitalpflege gebracht werden; sein Wagen erlitt einen Totalschaden. Nach dem Unfall kümmerte sich Albert Achter um den verletzten Lenker des Personewagens, rief die Polizei und die Ambulanz. Anschliessend informierte er die Transport GmbH. Die vom Albert Achter gerufene Polizei entzog ihm vor Ort den Führerausweis.

Noch am selben Tag kündigte die Transport GmbH Albert Achter fristlos. Die fristlose Kündigung erfolgte zunächst mündlich und wurde gleichentags schriftlich bestätigt. Als Begründung gab die Arbeitgeberin an, dass infolge des von Albert Achter verschuldeten Unfalls eine Person verletzt worden sei und somit das Ansehen des Unternehmens Schaden genommen habe. Zudem sei Albert Achter gemäss Auskunft der Polizei der Führerausweis mit sofortiger Wirkung entzogen worden. Die seitens der Transport GmbH unternommenen Bemühungen, Albert Achter als Magaziner bei einer anderen Firma zu beschäftigen, seien erfolglos geblieben, da kein freier Platz vorhanden gewesen sei. Im eigenen Betrieb sei ebenfalls kein Angebot zur Verfügung gestanden.

Mit Entscheid der Kommission für Administrativmassnahmen im Strassenverkehr des Kantons Freiburg vom 20. Mai 2014 erhielt Albert Achter seinen von der Polizei entzogenen Führerausweis provisorisch zurück. Albert Achter wurde anschliessend mit Strafbefehl vom 16. Mai 2015 von der Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland wegen grober Verkehrsregelverletzung schuldig gesprochen und zu einer bedingten Geldstrafe und einer Verbindungsbusse verurteilt. Gestützt darauf verfügte die genannte Kommission für Administrativmassnahmen am 27. Mai 2015 einen Führerausweistzug von drei Monaten. Mit Entscheid vom 4. März 2016 kam der Gerichtspräsident des Regionalgerichts zum Schluss, dass die am 13. Mai 2014 ausgesprochene fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt gewesen sei. Er verpflichtete die Beklagte, dem Kläger den anteilmässigen Lohn für die Zeit vom 15. Mai 2014 bis 31. Juli 2014 zu bezahlen. Der Fall ist nun vom Bundesgericht zu beurteilen.

- a) *Ist die fristlose Kündigung gültig? (2 Punkte)*
- b) *Ist die fristlose Entlassung gerechtfertigt? (2 Punkte)*
- c) *Wie ist die Klausel im Einzelarbeitsvertrag zu beurteilen, wonach jegliche schwere fahrlässige Widerhandlung gegen das SVG zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers führen könne? (2 Punkte)*

(begründen Sie die Antworten jeweils mit Hinweisen auf das Gesetz)

1. Lösung [Total 6 Punkte]

a) *Ist die fristlose Kündigung gültig? (2 Punkte)*

Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Abs. 3).

Auch wenn keine wichtigen Gründe vorliegen, beendet die fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis sofort.

b) *Ist die fristlose Entlassung gerechtfertigt? (2 Punkte)*

Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist und andererseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Zu berücksichtigen ist sodann auch die verbleibende Zeit bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BGE 142 III 579 E. 4.2). Je kürzer diese Dauer ist, umso gewichtiger muss der angeführte Grund sein, um zur fristlosen Entlassung zu berechtigen (Urteil 4C.95/2004 vom 28. Juni 2004 E. 2). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (BGE 142 III 579E. 4.2).

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, aber auch von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung bilden können. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände des Einzelfalles an, insbesondere auf die Schwere der Straftat (Urteile 4C.114/2005 vom 4. August 2005 E. 2.1; 4C.112/2002 vom 8. Oktober 2002 E. 5; je mit Hinweisen) und ob die Straftat unmittelbare Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis hat (Urteil 4C.89/1995 vom 22. Februar 1996 E. 4b publ. in: JAR 1997 S. 198 ff. insb. S. 200).

Der Arbeitnehmer wurde von der Arbeitgeberin als Lastwagenchauffeur angestellt. Als Berufschauffeur muss der Arbeitnehmer aufgrund seiner Erfahrung und des klar erhöhten Betriebsrisikos seines schweren Fahrzeuges bei Verrichtung seiner Arbeitsleistung, also dem Warentransport mit einem Lastwagen für die Arbeitgeberin, im Strassenverkehr besonders aufmerksam sein. Sodann können von ihm von Berufs wegen überdurchschnittliche Kenntnisse des Strassenverkehrsrechts verlangt werden (Urteil 8C_751/2015 vom 9. Februar 2016 E. 7.1).

Bei Verrichtung seiner Arbeitsleistung überfuhr der Arbeitnehmer mit einem Lastwagen vorsätzlich ein Stoppsignal mit einer Geschwindigkeit von mindestens 11km/h. Dabei übersah er den entgegenkommenden, korrekt fahrenden Personenwagen, was zur Kollision mit letzterem führte. Mit seinem riskanten Verhalten hat er damit nicht nur eine abstrakte Gefahr geschaffen, sondern einen Unfall mit einem Verletzten verursacht, welcher in der Folge durch die Ambulanz in Spitalpflege gebracht werden musste und dessen Personenwagen einen Totalschaden erlitt (anders in Urteil 4C.122/2005 vom 4. Juli 2005 E. 2.1.2). Dafür wurde der Arbeitnehmer in strafrechtlicher Hinsicht wegen einer groben Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG verurteilt.

Wer sich als Berufschauffeur bei Verrichtung seiner Arbeitsleistung mit einem Lastwagen über eine wichtige Verkehrsvorschrift wie ein Stoppsignal vorsätzlich hinwegsetzt und in der Folge mit einem korrekt fahrenden Personenwagen kollidiert, begeht in arbeitsrechtlicher Hinsicht eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung. Sein Fehlverhalten wirkte sich also unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis aus.

Diese Verfehlung des Beschwerdeführers ist objektiv geeignet, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage, nämlich dass sich der Arbeitnehmer als Berufschauffeur bei Verrichtung seiner Arbeitsleistung an die Regeln des Strassenverkehrs hält und sich nicht vorsätzlich über wichtige Verkehrsregeln hinwegsetzt, so tiefgreifend zu erschüttern, dass es der Arbeitgeberin nicht mehr zuzumuten war, den Arbeitsvertrag bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen.

Daran vermag auch die kurze Kündigungsfrist von nur einem Monat nichts zu ändern: Die beschriebene Verfehlung des Arbeitnehmers ist gewichtig genug, sodass es für die Arbeitgeberin nicht mehr zumutbar war, ihn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu beschäftigen; zumal eine Versetzung des Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitsplatz bzw. Betriebsteil im Unternehmen der Arbeitgeberin aufgrund des Fehlens eines entsprechenden Angebots nicht möglich war.

Sodann ist es zwar als lobenswert hervorzuheben, dass sich der Arbeitnehmer nach dem Unfall korrekt verhalten hat, insbesondere dem verletzten Lenker des Personenwagens geholfen, die Ambulanz und Polizei umgehend benachrichtigt sowie seine Arbeitgeberin informiert hat. Dies vermag jedoch Ergebnis nichts zu ändern, denn das für den Kündigungsgrund massgebende Verhalten manifestierte sich bereits vorher und konnte durch das spätere, vorbildliche Verhalten des Arbeitnehmers nicht mehr aufgewogen werden.

Zusammenfassend ist die oben beschriebene Verfehlung des Arbeitnehmers objektiv geeignet, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage so tiefgreifend zu erschüttern, dass es der Arbeitgeberin nicht mehr zuzumuten war, den Arbeitsvertrag bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Es liegt damit ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR für eine fristlose Kündigung vor.

- c) *Wie ist eine Klausel im Einzelarbeitsvertrag zu beurteilen, wonach jegliche schwere fahrlässige Widerhandlung gegen das SVG zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers führen könne? (2 Punkte)*

Art. 337 Abs. 1 und 2 OR legen die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung absolut zwingend fest (Art. 361 Abs. 1 OR; Urteil 4A_115/2010 vom 14. Mai 2010 E. 2.3). Konkretisieren die Parteien im Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag die Gründe, die zu einer fristlosen Kündigung führen, ist das Gericht an eine solche Klausel nicht gebunden, denn die Parteien sind nicht befugt, das dem Gericht durch Art. 337 Abs. 3 OR eingeräumte Ermessen durch vertragliche Definitionen zu beschränken (Urteil 4A_84/2011 vom 15. April 2011 E. 4). Das Gericht kann daher eine fristlose Kündigung als gerechtfertigt ansehen, obschon die Parteien die fristlose Kündigung aus diesem Grund im Vertrag ausgeschlossen haben (vgl. BGE 89 II 30 E. 5a S. 36). Umgekehrt kann das Gericht eine fristlose Kündigung, die nach Vertrag zulässig sein soll, als ungerechtfertigt betrachten (Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, N. 16 zu Art. 337 OR; Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 337 OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2014, N. 43 zu Art. 337 OR; Streiff/von Kaenel/Rudolf, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar, 7. Aufl. 2012, N. 26 zu Art. 337 OR).

Solche vertraglichen Klauseln, die den wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung konkretisieren, können dem Gericht immerhin bei der Beurteilung der gesamten Umstände des konkreten Einzelfalls helfen, welche Vorkommnisse aus der Sicht der Parteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als zumutbar oder unzumutbar erscheinen lassen (vgl. Urteile 4A_84/2011 vom 15. April 2011 E. 4; 4C.149/2002 vom 12. August 2002 E. 1.1; je mit Hinweisen).

2. Aufgabe

Max M. verkauft sein Unternehmen, verlangt aber vom Käufer, dass dieser ihn danach als Arbeitnehmer anstellt. Der Arbeitsvertrag soll auf 20 Jahre befristet werden (bis zu seiner Pension). 15 Jahre nach Abschluss des entsprechenden Vertrages erbringt Max M. jedoch seine Arbeitsleistung nicht mehr wie gewünscht. Die beiden Parteien einigen sich daher darauf, das Arbeitsverhältnis durch eine Aufhebungsvereinbarung zu beenden. Die Vereinbarung sieht eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie eine "Abfindung" von 4 Monatslöhnen per Saldo aller Ansprüche vor. Max M. unterschreibt diese Aufhebungsvereinbarung, bereut aber zwei Jahre später diese Unterschrift. Er verlangt von der Arbeitgeberin noch weitere acht Monatslöhne.

- a) *Ist der auf 20 Jahre befristete Arbeitsvertrag gültig? (2 Punkte)*
- b) *Hat Max M. trotz der Aufhebungsvereinbarung noch Anspruch auf acht Monatslöhne? (4 Punkte)*

2. Lösung [Total 6 Punkte]

- a) *Ist der auf 20 Jahre befristete Arbeitsvertrag gültig? (2 Punkte)*

Ja, eine Befristung von 20 Jahren ist grundsätzlich zulässig ohne gegen Art. 27 ZGB zu verstossen. Ein solcher Vertrag ist aber in Anwendung von Art. 34 Abs. 3 OR nach 10 Jahren mit einer 6-monatigen Kündigungsfrist kündbar.

- b) *Hat Max M. trotz der Aufhebungsvereinbarung noch Anspruch auf acht Monatslöhne? (4 Punkte)*

Ein laufendes Arbeitsverhältnis kann, solange es noch nicht beendet wurde, jederzeit durch gegenseitige Übereinkunft aufgehoben werden. Dies gilt auch für befristete Arbeitsverträge. Sie ist im Gegensatz zur Kündigung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Es benötigt stets eine übereinstimmende Willensäusserung beider Parteien. Im vorliegenden Fall sind die Parteien einig. Deshalb ist die Aufhebungsvereinbarung gültig.

Ein Arbeitnehmer kann während der Dauer des Vertrags und bis zu einem Monat nach seiner Beendigung aber nicht rechtsgültig auf arbeitsrechtliche Forderungen verzichten, welche ihm gemäss Gesetz oder GAV unabdingbar zustehen (Art. 341 Abs. 1 OR). Da es sich bei den Lohnansprüchen bis zum frühest möglichen Kündigungstermin um unabdingbare arbeitsrechtliche Forderungen handelt, ist deshalb die Vereinbarung per Saldo aller Ansprüche nichtig. Das Verbot steht einer Aufhebungsvereinbarung grundsätzlich nicht entgegen.

Wenn die Saldoerklärung nichtig ist, können Forderungen der letzten 5 Jahre geltend gemacht werden (Art. 341 Abs. 2 i.V.m. 128 OR). Da ein befristeter Arbeitsvertrag nach zehn Jahren nur mit 6-monatiger Kündigungsfrist kündbar ist (Art. 334 Abs. 3 OR), hat er noch Anspruch auf zwei Monatslöhne.

3. Aufgabe

Luzius M. arbeitet seit April 2010 mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag bei der Firma Noliday AG. Im Arbeitsvertrag ist festgehalten, dass sich der Ferienanspruch nach dem Gesetz richte. Da Luzius M. im Jahr 2017 genau 30 Jahre alt wird, plant er für seinen Geburtstag eine dreiwöchige Rundreise in Asien. Er hat zwar schon im Januar 2017 zwei Ferienwochen bezogen, da er aber in seinem ersten Dienstjahr eine Ferienwoche zu wenig bezogen hat, möchte er diese nun einlösen. Seine Arbeitgeberin ist jedoch der Ansicht, dass dieser Ferienanspruch bereits verjährt sei. Zudem sei Luzius M. in den Monaten Februar bis April 2017 während insgesamt zweieinhalb Monate auf Grund eines Skiunfalles zu 50% arbeitsunfähig gewesen. Deshalb müsse sein Ferienanspruch 2017 ohnehin reduziert werden.

Beurteilen Sie die beiden Argumente der Noliday AG aus arbeitsrechtlicher Sicht.

- a) *Sind die nicht bezogenen Ferientage aus dem ersten Dienstjahr tatsächlich verjährt? (3 Punkte)*
- b) *In welchem Umfang kann der Ferienanspruch von Luzius M. durch die Arbeitgeberin wegen der Arbeitsunfähigkeit allenfalls reduziert werden? (3 Punkte)*

3. Lösung [Total 6 Punkte]

- a) *Sind die nicht bezogenen Ferientage aus dem ersten Dienstjahr tatsächlich verjährt? (3 Punkte)*

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf wenigstens vier Wochen Ferien (bis zum vollendeten 20. Altersjahr fünf Wochen) jedes Dienstjahr (Art. 329a Abs. 1 OR).

Die Ferien sind in der Regel im Verlauf des betreffenden Dienstjahres zu gewähren (Art. 329c Abs. 1 OR). Die nicht bezogenen Ferienansprüche verwirken nicht (BGE 130 III 25).

In der Lehre ist umstritten, ob die Ferienansprüche erst innert 10 Jahren oder gemäss Art. 341 Abs. 2 i.V.m. 128 Ziff. 3 OR in 5 Jahren verjähren. Das Bundesgericht [vgl. BGE 136 III 94 ff. = Pra 2010 Nr. 97 S. 678 ff.] geht grundsätzlich von einer 5-jährigen Verjährungsfrist aus.

Abgesehen davon, dass der Ferienanspruch von Luzius 7 Jahre alt ist, werden im Falle einer Übertragung auf ein anderes Dienstjahr jeweils die ältesten Ansprüche zuerst verbraucht, weshalb es grundsätzlich nicht zu einer Verjährung kommt.

Im vorliegenden Fall sind die Ferienansprüche noch vorhanden.

b) *In welchem Umfang kann der Ferienanspruch von Luzius M. durch die Arbeitgeberin wegen der Arbeitsunfähigkeit allenfalls reduziert werden? (3 Punkte)*

Der Ferienanspruch akkumuliert sich auch während der unfallbedingten Arbeitsverhinderung.

Eine Kürzung des Ferienanspruchs ist möglich Art. 329b Abs. 2 OR.

Bei Verschulden des Arbeitnehmers kann er für jeden vollen Monat der Verhinderung um 1/12 gekürzt werden. Ist der Arbeitnehmer unverschuldet, aber durch Gründe, die in seiner Person liegen, an der Arbeit verhindert (z.B. Krankheit, Unfall), kann die Kürzung des Ferienanspruchs erst vom zweiten vollen Monat der Arbeitsverhinderung an erfolgen (Art. 329b Abs. 2 OR)

Im vorliegenden Fall ist die Abwesenheit von Luzius als unverschuldet, aber durch Gründe, die in seiner Person liegen (Unfall) zu qualifizieren.

Bei reduzierter Arbeitsfähigkeit verlängert sich die Schonfrist entsprechend. Bei einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit verdoppelt sich die Schonfrist, sodass die Kürzung des Ferienanspruchs frühestens nach vier Monaten Absenz des Arbeitnehmers vorgenommen werden kann.

Luzius war für zweieinhalb Monate 50% arbeitsunfähig. Die Kürzung des Ferienanspruchs ist frühestens nach vier Monaten Absenz möglich. Deshalb darf die Arbeitgeberin die Kürzung nicht vornehmen.

4. Aufgabe

Daniel Direkt arbeitete vom 1. Januar 1998 bis zum 30. April 1998 als Verkehrsdirektor für den Verein ProBerg. Die wöchentliche Arbeitszeit nach Ziffer 3 des Arbeitsvertrages betrug 42,5 Stunden, welche in Absprache mit dem Arbeitgeber zu leisten waren. Dann wurde das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufgelöst. Zwei Monate nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte Daniel Direkt per E-Mail eine Arbeitsbestätigung; auf ein Vollzeugnis verzichtete er im E-Mail explizit.

Am 8. Dezember 2000 machte der Arbeitnehmer gegen seinen früheren Arbeitgeber eine Klage hängig, die er am 19. Februar 2001 nach erfolglosem Sühneversuch beim Bezirksgericht Inn prosequierte.

Daniel Direkt verlangte, der Verein ProBerg sei zu verpflichten, ihm Fr. 19'900.- zu bezahlen und ihm ein detailliertes und wohlwollendes Arbeitszeugnis auszustellen. Zur Begründung seiner Forderung machte er insbesondere geltend, er habe bereits im Dezember 1997 für den Verein ProBerg gearbeitet und ausserdem während seiner Anstellung zahlreiche Überstunden geleistet, wofür er zu entschädigen sei.

- a) *Hat Daniel Direkt grundsätzlich Anspruch auf Überstundenentschädigung? (2 Punkte)*
- b) *Kann Daniel Direkt seinen allfälligen Anspruch auf Überstundenentschädigung auch dann noch geltend machen, wenn er während der viermonatigen Anstellungsdauer nie über die geltend gemachten Überstunden informiert hat und diese der Arbeitgeberin erst ein halbes Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Kenntnis gebracht hat? (2 Punkte)*
- c) *Hat Daniel Direkt noch Anspruch auf ein qualifiziertes Arbeitszeugnis? (2 Punkte)*

4. Lösung [Total 6 Punkte]

- a) *Hat Daniel Direkt grundsätzlich Anspruch auf Überstundenentschädigung? (2 Punkte)*

Daniel Direkt gilt als Verkehrsdirektor für den Verein ProBerg als leitender Arbeitnehmer. Leitende Arbeitnehmer haben nach aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann einen Anspruch auf eine Überstundenentschädigung, wenn entweder:

- Vertraglich eine feste Arbeitszeit vereinbart wurde,
- Zusätzliche Aufgaben über die vertraglich vereinbarten Pflichten hinaus übertragen werden,
- die ganze Belegschaft während längerer Zeit in wesentlichen Umfang Überstunden leistet oder
- die Bezahlung von Überstunden ausdrücklich vereinbart wurde.

Im Arbeitsvertrag von Daniel Direkt ist eine feste Arbeitszeit vereinbart, womit er grundsätzlich Anspruch auf Überstundenentschädigung geltend machen kann.

b) *Kann Daniel Direkt seinen allfälligen Anspruch auf Überstundenentschädigung auch dann noch geltend machen, wenn er während der viermonatigen Anstellungsdauer nie über die geltend gemachten Überstunden informiert hat und diese der Arbeitgeberin erst ein halbes Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Kenntnis gebracht hat? (2 Punkte)*

Wurden nicht angeordnete, aber betrieblich notwendige Überstunden geleistet, wird überwiegend angenommen, der Abgeltungsanspruch sei verwirkt, wenn er vom Arbeitnehmer bei der folgenden Lohnzahlung nicht geltend gemacht werde. Nach BGE 129 III 174 muss der Arbeitgeber in die Lage versetzt werden, organisatorische Massnahmen zur Verhinderung künftiger Mehrarbeit vornehmen zu können. Daher spreche «einiges dafür, die vorbehaltlose Entgegennahme des üblichen Lohnes sinngemäss als Verzicht auf Entschädigung für allfällig geleistete Überstunden zu verstehen», wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis über notwendige Mehrarbeit hat und nach den Umständen auch nicht haben muss.

Nach anderer Auffassung ist diese Folgerung aber abzulehnen. Zwar stellt die Unterlassung einer entsprechenden Meldung eine Treuepflichtverletzung dar, doch ist diese durch eine allfällige Schadenersatzpflicht und nicht durch einen Rechtsverlust zu sanktionieren (SENTI, AJP 2003, 377; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10). Waren die Überstunden tatsächlich betrieblich notwendig, sollen sie auch entschädigt werden. Hingegen liegt es im eigenen Interesse des Arbeitnehmers, solche Überstunden möglichst bald geltend zu machen, da der ihm obliegende Beweis der betrieblichen Notwendigkeit i.d.R. mit zunehmender zeitlicher Distanz schwieriger werden dürfte. Verschlechtern sich die Möglichkeiten des Arbeitgebers zum Führen des Gegenbeweises, ist das Zuwarten des Arbeitnehmers im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Ist nachgewiesen, dass der Arbeitgeber über die Leistung von Überstunden informiert ist, ist der Arbeitnehmer vom Nachweis der Notwendigkeit der Überstunden entbunden (BGer, JAR 2012, 397).

c) *Hat Daniel Direkt noch Anspruch auf ein qualifiziertes Arbeitszeugnis? (2 Punkte)*

Gemäss Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers hat sich das Zeugnis auf Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken.

Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses verjährt in 10 Jahren. Aus diesem Umstand wird bisweilen die Pflicht des Arbeitgebers abgeleitet, während dieses Zeitraums alle zeugnisrelevanten Daten aufzubewahren (Geiser/Müller, Rz 460).

Nun hat Daniel Direkt jedoch zwei Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses explizit auf ein qualifiziertes Arbeitszeugnis verzichtet. Damit kommt Art. 341 OR nicht zur Anwendung

Der Forderungsverzicht ist kein einseitiges Rechtsgeschäft, sondern ein Erlassvertrag. Er ist vom Aufhebungsvertrag zu unterscheiden, mit dem das ganze Vertragsverhältnis für die Zukunft aufgehoben wird. Da das Gesetz für den Erlassvertrag keine besondere Form vorschreibt, selbst wenn für die Begründung der Forderung eine solche galt (Art. 115), kann er auch konkludent abgeschlossen werden, doch darf eine Verzichtserklärung des Berechtigten nicht leichthin angenommen werden (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321cN 9). Daniel Direkt hat damit gültig auf die Ausstellung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses verzichtet.

5. Aufgabe

Bei jeder Frage darf 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. Welche Aussage zu den Konsequenzen des Verlassens einer Stelle durch den Arbeitnehmer ist richtig? [1 Punkt]

- (a) *Beim fristlosen Verlassen der Arbeitsstelle durch den Arbeitnehmer hat der Arbeitgeber beim Fehlen wichtiger Gründe Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht. Ausserdem kann der Richter den Arbeitnehmer verpflichten, dem Arbeitgeber eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung zu bezahlen, die jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen darf.*
- (b) *Beim fristlosen Verlassen der Arbeitsstelle durch den Arbeitnehmer hat der Arbeitgeber beim Fehlen wichtiger Gründe Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht. Ausserdem hat er Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens, der jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate nicht übersteigen darf.*
- X *Beim fristlosen Verlassen der Arbeitsstelle durch den Arbeitnehmer hat der Arbeitgeber beim Fehlen wichtiger Gründe Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht. Ausserdem hat er Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens.*
- (d) *Beim fristlosen Verlassen der Arbeitsstelle durch den Arbeitnehmer hat der Arbeitgeber beim Fehlen wichtiger Gründe Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht. Weiterer Schadenersatz darf nicht zugesprochen werden.*

Korrekt ist nur die Lösung c): vgl. Art. 337d OR.

2. Welche Aussage zur Zuständigkeit bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ist richtig? [1 Punkt]

- (a) *Hat der Arbeitgeber, mit dem der Arbeitnehmer einen individuellen Arbeitsvertrag geschlossen hat, im Hoheitsgebiet eines durch das Lugano Übereinkommen gebundenen Staates keinen Wohnsitz, besitzt er aber in einem der durch dieses Übereinkommen gebundenen Staaten einen Aufenthaltsort, so wird er für Streitigkeiten aus dem Arbeitsvertrag so behandelt, wie wenn er seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Staates hätte.*
- (b) *Hat der Arbeitgeber, mit dem der Arbeitnehmer einen individuellen Arbeitsvertrag geschlossen hat, im Hoheitsgebiet eines durch das Lugano Übereinkommen gebundenen Staates seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder seine Zweigniederlassung, so kann er dort vom Arbeitnehmer für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis ebenso eingeklagt werden, wie am Wohnsitz des Arbeitnehmers selbst.*

- (c) *Hat der Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer aus dem Hoheitsgebiet eines durch das Lugano Übereinkommen gebundenen Staates einen individuellen Arbeitsvertrag geschlossen, so wird er für Streitigkeiten aus diesem Vertrag so behandelt, wie wenn er seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Staates hätte.*
- X *Hat der Arbeitgeber, mit dem der Arbeitnehmer einen individuellen Arbeitsvertrag geschlossen hat, im Hoheitsgebiet eines durch das Lugano Übereinkommen gebundenen Staates keinen Wohnsitz, besitzt er aber in einem der durch dieses Übereinkommen gebundenen Staaten eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung, so wird er für Streitigkeiten aus ihrem Betrieb so behandelt, wie wenn er seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Staates hätte.*

Korrekt ist nur die Lösung d), denn Art. 18 Abs. 2 LugÜ lautet wie folgt:

Hat der Arbeitgeber, mit dem der Arbeitnehmer einen individuellen Arbeitsvertrag geschlossen hat, im Hoheitsgebiet eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates keinen Wohnsitz, besitzt er aber in einem der durch dieses Übereinkommen gebundenen Staaten eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung, so wird er für Streitigkeiten aus ihrem Betrieb so behandelt, wie wenn er seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Staates hätte.

3. Welche Aussage zu den Konsequenzen des Todes der Arbeitgeberin ist richtig? [1 Punkt]

- (a) *Ist das Arbeitsverhältnis im Wesentlichen mit Blick auf die Person der Arbeitgeberin eingegangen worden, so erlischt das Arbeitsverhältnis mit deren Tod nur dann, wenn ein Grund für eine fristlose Entlassung gegeben ist. Unabhängig davon haften aber die Erben nicht für die Verpflichtungen der Arbeitgeberin.*
- (b) *Ist das Arbeitsverhältnis im Wesentlichen mit Blick auf die Person der Arbeitgeberin eingegangen worden, so erlischt das Arbeitsverhältnis mit deren Tod. Es kommen die Regeln betreffend der ordentlichen Kündigung zur Anwendung.*
- (c) *Der Tod der Arbeitgeberin beendet das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht, sondern es geht auf die Erben über. Diesbezüglich gelten die Regeln über die Betriebsübernahme. Dies bedeutet insbesondere, dass die Übernehmerin die übernommenen Arbeitsverhältnisse während eines Jahres einhalten muss, sofern sie nicht vorher durch Zeitablauf enden.*
- X *Der Tod der Arbeitgeberin beendet das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht, sondern es geht auf die Erben über. Diesbezüglich gelten die Regeln über die Betriebsübernahme. Dies bedeutet insbesondere, dass der Arbeitnehmer das Verhältnis auf den nächsten gesetzlichen Kündigungstermin beenden kann, falls er den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Erben ablehnt.*

Korrekt ist nur die Lösung d), vgl. Art. 338a Abs. 1 und Art. 333 Abs. 2 OR.

4. Welche Aussage zur Probezeit ist korrekt? [1 Punkt]

- (a) Die Probezeit beträgt immer zwischen einem und drei Monaten zu Beginn des Arbeitsverhältnisses.
- X Die Probezeit kann sich unter Umständen auf über drei Monate verlängern.
- (c) Während der Probezeit beträgt die kürzeste Kündigungsfrist sieben Tage.
- (d) Wird ein Vertrag beendet und wird zwischen denselben Parteien ein neuer geschlossen, kann die Probezeit noch einmal für drei Monate vereinbart werden.

Korrekt ist nur die Lösung b), vgl. Art. 335b Abs. 3 OR.

5. Welche Aussage zum Lohngleichheitsprinzip ist korrekt? [1 Punkt]

- (a) Nach Gleichstellungsgesetz sind Kündigungen, die ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer folgt, nichtig.
- (b) Das Gebot der Gleichstellung von Frau und Mann ist in Art. 8 Abs. 3 BV fixiert und bewirkt gewisse Einschränkungen der Vertragsfreiheit. Der Grundsatz gilt analog auch für die Lohngleichheit zwischen Mann und Mann und zwischen Frau und Frau.
- X Aus der Verfassung ergibt sich der direkt zwischen den Vertragsparteien wirkende Grundsatz der Lohngleichheit, welcher im Gleichstellungsgesetz (GIG) konkretisiert wird. Auch das Gleichstellungsgesetz regelt nur eine Diskriminierung zwischen Mann und Frau.
- (d) Wird ein diskriminierend tiefer Lohn im Verhältnis zwischen Mann und Frau vereinbart, so ist vertraglich dennoch der entsprechend tiefere Lohn geschuldet.

Korrekt ist nur die Lösung c).

6. Welche Aussage in Bezug auf Schwarzarbeit trifft zu? [1 Punkt]

- (a) In Zusammenhang mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA) wird unter Schwarzarbeit der Fall verstanden, in dem der Arbeitnehmer noch während des Arbeitsverhältnisses seine eigene Arbeitgeberin gegen Entgelt konkurrenziert.
- (b) Bei einem 100% Arbeitspensum darf der Arbeitnehmer daneben keiner anderen entgeltlichen Arbeit nachgehen, da dadurch seine Leistung beim Arbeitgeber beeinträchtigt werden könnte und die Kontrolle der Ruhezeiten des ArG nicht möglich ist.
- (c) Eine unentgeltliche Nebentätigkeit kann nie als unerlaubte Schwarzarbeit gelten.
- X Die Vorbereitung konkurrenzierender Tätigkeiten für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird nicht als unerlaubte Schwarzarbeit qualifiziert.

Korrekt ist nur die Lösung d)