



WENGER PLATTNER

W P F O C U S

R E C H T S A N W Ä L T E

ARBEITSRECHT IN DER PRAXIS



INHALTSVERZEICHNIS

Allgemeine Anstellungsbedingungen, Reglemente und Weisungen

1. Einleitung	1
2. Vertrag und Weisung	1
3. Entstehung und Gegenstand	1
4. Inhalt	3
5. Änderung	3
6. Empfehlung	4

Informations- und Konsultationspflichten der Arbeitgeberin bei Betriebsübergang/ Massenentlassung

1. Problemstellung	5
2. Informations- und Konsultationspflicht beim Betriebsübergang	5
3. Informations- und Konsultationspflicht bei der Massenentlassung	6
4. Würdigung und Empfehlung	8

Arbeit im Konzern –

Probleme vorprogrammiert?

1. Das «Problem» mit dem Konzern	9
2. Wer ist Arbeitgeberin?	9
3. Treuepflicht leitender Angestellter im Konzern	9
4. Fazit	11

Die zeitliche Begrenzung der Arbeit –

Überstunden, Überzeit und Sonntagsarbeit

1. Einleitung	12
2. Arbeitszeit	12
3. Überstunden	13
4. Überzeitarbeit	14
5. Sonntagsarbeit	15



WENGER PLATTNER

BASEL · ZÜRICH · BERN

■ BASEL

WENGER PLATTNER
Advokatur und Notariat
Aeschenvorstadt 55
CH - 4010 Basel
Telefon +41 (0)61 279 70 00
Telefax +41 (0)61 279 70 01
basel@wenger-plattner.ch
www.wenger-plattner.ch



■ ZÜRICH

WENGER PLATTNER
Rechtsanwälte
Goldbach-Center
Seestrasse 39
CH - 8700 Küsnacht-Zürich
Telefon +41 (0)43 222 38 00
Telefax +41 (0)43 222 38 01
zuerich@wenger-plattner.ch
www.wenger-plattner.ch



■ BERN

WENGER PLATTNER
Rechtsanwälte
Jungfraustrasse 1
CH - 3000 Bern 6
Telefon +41 (0)31 357 00 00
Telefax +41 (0)31 357 00 01
bern@wenger-plattner.ch
www.wenger-plattner.ch



WENGER PLATTNER

B A S E L · Z Ü R I C H · B E R N

ALLGEMEINE ANSTELLUNGSBEDINGUNGEN, REGLEMENTE UND WEISUNGEN

Dr. Markus Metz, Advokat

1. Einleitung

Arbeitgeber¹ nehmen manchmal an, sich den Aufwand mit einem ausführlichen Einzelarbeitsvertrag weitgehend ersparen zu können, wenn sie allgemeine Bestimmungen rund um den Einzelarbeitsvertrag herum erlassen, auf diese im Einzelarbeitsvertrag hinweisen und sie allenfalls auch noch abgeben. Es gibt zahlreiche Formen und Ausgestaltungen solcher allgemeinen Bestimmungen zu Einzelarbeitsverträgen. Dazu gehören etwa Allgemeine Arbeits- oder Anstellungsbedingungen, Weisungen, allgemeine Firmenreglemente, Reglemente über Arbeitszeit, Ferien und Urlaube, solche über die Mitsprache/Mitbestimmung und die Mitbeteiligung, über Spesen und Auslagen, IT-Guidelines, Nutzung von Infrastrukturen des Arbeitgebers, Kaderreglemente, Reglemente über die Personalvorsorge, dann aber auch Betriebsordnungen und Formulare. Der Phantasie der Arbeitgeber sind praktisch keine Grenzen gesetzt. Schwieriger aber ist die rechtliche Einordnung all dieser Erlasse, die im Folgenden kurz – und etwas vereinfachend – unter dem Begriff der Allgemeinen Anstellungsbedingungen (AAB), der Betriebsordnung und der Reglemente beschrieben und zusammengefasst werden sollen.

2. Vertrag und Weisung

Der Einzelarbeitsvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Arbeitnehmer Arbeit «im Dienst» des Arbeitgebers verrichtet und dafür Lohn erhält. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang immer wieder vom «Subordinationsverhältnis» zwischen den Vertragsparteien. Dieses Verhältnis bringt es mit sich, dass der Arbeitgeber dem Ar-

¹ Der männliche Begriff wird im Folgenden geschlechtsneutral verstanden.

beitnehmer allgemeine und besondere Weisungen über seine Arbeit und sein Verhalten im Betrieb erteilen kann. Der Rahmen des Weisungsrechts wird wesentlich durch die Ausgestaltung des Arbeitsvertrags beeinflusst; was die Parteien – allenfalls auf freiwilliger Basis – im Arbeitsvertrag regeln, kann nicht mehr Gegenstand einer Weisung sein.

Der Arbeitgeber wird aber auch abzugrenzen haben, was zum zu vereinbarenden Vertragsinhalt gehört, und welche Bestimmungen er kraft seiner Kompetenz zum Erlass einer Betriebsordnung und kraft seines Weisungsrechts in Reglementen, Formularen usw. einseitig ordnen und regeln kann und soll. All dies gehört nicht in den Einzelarbeitsvertrag und nicht in die AAB. Dabei sind allerdings allfällige gesetzliche oder insbesondere gesamtarbeitsvertragliche Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte zu beachten, durch die über die gesetzlichen Minimalvorschriften hinaus Mitwirkungsrechte beim Erlass von Reglementen entstehen können.

Unabdingbar ist aber für alle Parteien, sich absolute Klarheit darüber zu verschaffen, ob eine bestimmte Regelung gemeinsam zu vereinbarendem Vertragsinhalt oder aber einseitige Weisung des Arbeitgebers ist.

3. Entstehung und Gegenstand

3.1 Allgemeine Anstellungsbedingungen

Die AAB ergänzen den Einzelarbeitsvertrag in dem Sinn, dass sie infolge ihres vertraglichen Inhalts vollkommen Bestandteil dieses Vertrages sind. Das wiederum bedeutet aber auch, dass sie nur Gültigkeit haben können, wenn sich die Parteien – zumindest stillschweigend – darüber einig sind, diese AAB zum Vertragsinhalt zu machen. Es genügt deshalb nicht, dass dem Mitarbeitenden diese AAB ausgehändigt werden; er muss vielmehr davon Kenntnis nehmen und ihnen zumindest

A R B E I T S R E C H T I N D E R P R A X I S

konkudent zustimmen. Der blosser Verweis im Arbeitsvertrag auf die AAB genügt dafür nicht. Ein Einzelarbeitsvertrag kann grundsätzlich formlos abgeschlossen werden (Art. 320 Abs. 1 OR). Es gibt aber zahlreiche Bestimmungen, die zwischen den Parteien nur gültig sind, wenn sie schriftlich vereinbart werden². Wird die schriftliche Form des Vertrages verlangt, muss er die Unterschriften aller Parteien «tragen», die durch ihn verpflichtet werden (Art. 13 Abs. 1 OR). Das bedeutet, dass das verpflichtende Papier die Unterschrift des sich Verpflichtenden tragen muss. Enthalten die AAB Bestimmungen, für die das Gesetz die schriftliche Form vorschreibt, sind deshalb diese AAB zumindest von derjenigen Partei zu unterzeichnen, die dadurch Verpflichtungen eingeht. Es kann damit nicht genügen, wenn im unterschriebenen Einzelarbeitsvertrag auf solche Bestimmungen verwiesen wird. Damit «tragen» sie noch nicht die Unterschrift des sich Verpflichtenden.

Unterstellen sich die Parteien freiwillig der Schriftlichkeit aller vertraglichen Vereinbarungen (Art. 16 OR), haben sie folgerichtig alle AAB ebenfalls gegenseitig zu unterzeichnen.

Die Praxis ist darin etwas weniger streng und behandelt die AAB wie die Annahme ungelesen unterzeichneter Urkunden, weil der Geschäftswille auch nur darin bestehen kann, einem unbekanntem Vertragsinhalt, der von einem anderen geformt wird, zuzustimmen. Abzulehnen ist dies für diejenigen Bestimmungen, die nach gesetzlicher Vorschrift schriftlich vereinbart werden müssen, oder wenn die Parteien Schriftlichkeit vereinbaren.

² Dies gilt insbesondere für die besondere Abgeltung von Überstunden (Art. 321c Abs. 3 OR), die Vereinbarung über Provisionsansprüche (Art. 322b Abs. 2 und 323 Abs. 2 OR), die besondere Abgeltung bei der Verhinderung des Arbeitnehmers (Art. 324a Abs. 4 OR), den Auslagensatz (Art. 327a Abs. 2 OR), die Rückzahlung der Kautions (Art. 330 Abs. 2 OR), die Ausbedingung von Gelegenheitserfindungen (Art. 332 Abs. 2 OR), die Veränderung der Probezeit (Art. 335b Abs. 2 OR), die Änderung der Kündigungsfristen (Art. 335c Abs. 2 OR), die Abrede der Fälligkeit gewisser Forderungen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 339 Abs. 2 OR), die Höhe der Abgangsentschädigung (Art. 339c Abs. 1 OR), das nachvertragliche Konkurrenzverbot (Art. 340 Abs. 1 OR).

3.2 Betriebsordnung

Die Betriebsordnung ist ein Rechtsinstitut des kollektiven Arbeitsrechts. Sie basiert auf dem Arbeitsgesetz und kann entweder vom Arbeitgeber einseitig erlassen oder von ihm mit einer Arbeitnehmervertretung vereinbart werden. In der Betriebsordnung werden Bestimmungen über die Gesundheitsvorsorge und Unfallverhütung und soweit notwendig über die Ordnung im Betrieb und das Verhalten der Arbeitnehmer aufgestellt. In der vereinbarten Betriebsordnung können ausserdem Bestimmungen enthalten sein, die das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern betreffen. Sie darf jedoch einen Gesamtarbeitsvertrag oder andere kollektive Vereinbarungen nicht konkurrenzieren. Insbesondere die einseitig erlassene Betriebsordnung darf damit nichts enthalten, was zwischen den Vertragsparteien nach gesetzlicher Vorschrift schriftlich zu «vereinbaren» ist.

3.3 Reglemente

Zum Gegenstand der Reglemente macht der Arbeitgeber schliesslich alle Bestimmungen, die er kraft seines einseitigen Weisungsrechts (allenfalls nach Anhörung der Arbeitnehmer) einseitig erlassen kann, und die nicht in die Betriebsordnung gehören. Die Reglemente sind deshalb zwar dem Einzelarbeitsvertrag als Beilage hinzuzufügen; der Mitarbeitende hat sie zur Kenntnis zu nehmen und zu befolgen, jedoch nicht genehmigend zu unterzeichnen. Entscheidend ist allerdings, dass solche Reglemente ihrem Inhalt und Gegenstand nach keine vertragsrechtlichen Ansprüche begründen oder entziehen. So können zum Beispiel die Abgeltung von Überstunden oder die Entschädigung für Erfindungen nicht durch einseitiges Reglement geregelt werden.

WENGER PLATTNER

B A S E L · Z Ü R I C H · B E R N

4. Inhalt

.....

4.1 Allgemeine Anstellungsbedingungen

In die AAB gehören alle Bestimmungen, die vertraglicher Natur sind – und somit grob umrissen – Beginn, Inhalt und Beendigung des einzelnen Arbeitsverhältnisses definieren. Es sind vertragliche Abreden, die den ganz individuellen Teil des einzelnen Arbeitsvertrages mit den besonderen Abreden, durch weitere vertragliche Vereinbarungen ergänzen, und die auch die Gleichbehandlung aller Arbeitnehmenden gewährleisten. Es sind allenfalls die Bestimmungen, die auf Grund der gesetzlichen Vorschriften schriftlich «zu vereinbaren» sind.

4.2 Betriebsordnung

Der Inhalt der (einseitig erlassenen) Betriebsordnung wird durch das Arbeitsgesetz vorgegeben; es sind dies Bestimmungen über die Gesundheitsvorsorge, die Unfallverhütung, die Ordnung im Betrieb und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb. Die Betriebsordnung ist der kantonalen Behörde zur Kontrolle der Übereinstimmung mit dem Gesetz zuzustellen. Der Arbeitgeber ist damit in der inhaltlichen Gestaltung dieser Betriebsordnung nicht mehr ganz so frei, wie er sich dies meist wünschen wird. In der Betriebsordnung kann der Arbeitgeber auch Vorschriften über Disziplinar massnahmen (Bussen, Verweise usw., nicht aber Lohnkürzungen) erlassen.

In einer mit der Arbeitnehmervertretung vereinbarten Betriebsordnung können weitere Bestimmungen über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufgenommen werden; sie dürfen aber einen Gesamtarbeitsvertrag oder andere kollektive Vereinbarungen nicht konkurrenzieren. Es wird damit schwierig sein, diese vereinbarte Betriebsordnung inhaltlich zu bestimmen.

Die einseitig erlassene Betriebsordnung wird den Bedürfnissen des Arbeitgebers oft besser gerecht werden.

Die Betriebsordnung ist im Betrieb gut lesbar anzuschlagen.

4.3 Reglemente

In den Reglementen schliesslich ist zu regeln, was der Arbeitgeber ebenfalls einseitig erlassen kann (darin gleichen die Reglemente der Betriebsordnung), jedoch nicht der kantonalen Kontrolle unterwerfen muss. Im Einzelnen können sich Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einem Vertrag mit AAB und den Reglementen einschliesslich der Weisungen ergeben. Nähere Ausgestaltung in Reglementen – unter Beachtung der gesetzlichen, vertraglichen und gesamtarbeitsvertraglichen Rahmenbedingungen – können etwa die folgenden Bereiche finden: Spesen und Auslagen, Arbeitszeit, Ferien, Urlaube und Freizeit, Beförderungen, Arbeitsplatzgestaltung, Kinderkrippen, Parkplätze, Abgangsentschädigungen.

5. Änderungen

.....

5.1 Allgemeine Anstellungsbedingungen

AAB bilden Vertragsinhalt und können deshalb nur unter den Bedingungen und Formen der Änderung oder Aufhebung des Einzelarbeitsvertrages geändert oder aufgehoben werden; es sind in jedem Fall die gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen zu beachten. Bei den AAB sind ausserdem wohl in jedem Fall die Vorschriften über die Massenänderungskündigung und allfällige Sperrfristen zu beachten, wodurch das Inkrafttreten der (geänderten) AAB gestaffelt erfolgen muss, was wiederum der Rechtssicherheit nicht förderlich ist. Dies führt dazu, dass die Änderung der AAB schwerfällig sein muss. Um so eher wird der Arbeitgeber bedacht sein, den Anwendungsbereich der AAB nicht unnötig auszuweiten.

A R B E I T S R E C H T I N D E R P R A X I S

5.2. Betriebsordnung

Als Instrument des kollektiven Arbeitsrechts unterliegt die Änderung der Betriebsordnung auch den entsprechenden Vorschriften. Wird die freiwillig vereinbarte Betriebsordnung nicht auf eine bestimmte Zeit erlassen (was wohl selten der Fall sein dürfte), kann sie nach Ablauf eines Jahres jederzeit auf sechs Monate gekündigt werden. Für die Änderung sowohl der obligatorischen als auch der einseitig erlassenen Betriebsordnung gelten die gleichen Vorschriften betreffend die Kontrolle durch die kantonale Behörde. Die durch den Arbeitgeber erlassene Betriebsordnung kann damit jederzeit nach der Kontrolle durch die kantonalen Behörden geändert werden.

5.3 Reglemente

Soweit Reglemente nicht individuelle Ansprüche erzeugen, kann der Arbeitgeber sie jederzeit und unter Wahrung der Rechtssicherheit und der Gleichheit (für die Zukunft) anpassen, ändern oder aufheben. Beachten muss er allerdings die gesetzlichen und die gesamtarbeitsvertraglichen Mitwirkungsrechte.

6. Empfehlung

- Der Arbeitgeber hat zwischen vertraglichen Vereinbarungen und einseitigen Erlassen zu unterscheiden. Vertragliche Vereinbarungen, einschliesslich die AAB, beinhalten lediglich, was zwischen den Parteien durch Rechte und Pflichten zu regeln ist. Durch sie werden vertragliche Ansprüche und vertragliche Pflichten begründet; sie sind zu unterzeichnen, wenn die Schriftlichkeit entweder durch die Parteien vorbehalten worden oder sie vom Gesetz vorgeschrieben ist. Für die Änderung oder Aufhebung gelten die Vorschriften über die Kündigung eines Vertrages.

- Der Arbeitgeber kann Reglemente einseitig erlassen, ändern oder aufheben, soweit sie keinen Inhalt haben, der zwingend (kraft Gesetz oder Gesamtarbeitsvertrag) vertraglich zu regeln ist. Zu beachten sind aber im Zeitpunkt der Änderung oder der Aufhebung schon entstandene Rechtsansprüche (eine Änderung kann deshalb nur für die Zukunft erfolgen) und die Gleichbehandlung der Mitarbeitenden.
- Der Inhalt der Betriebsordnung wird vom Arbeitsgesetz umschrieben. Die freiwillig erlassene Betriebsordnung kann jederzeit, die vereinbarte Betriebsordnung nach den Regeln des Gesamtarbeitsvertrags geändert oder aufgehoben werden. Für die Betriebsordnung sind die Kontrollrechte der kantonalen Behörde zu beachten.

Autor:**Dr. iur. Markus Metz**

Geboren 1948, Advokat, Partner, Studium an der Universität Basel, zwischen 1969 und 1973 Assistent an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universitäten Basel und Bern, von 1979 bis 1989 Rechtskonsulent eines internationalen schweizerischen Chemieunternehmens in Basel, praktiziert seit 1989, hauptsächliche Tätigkeitsgebiete: Vertrags- und Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Prozessführung, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Familien- und Erbrecht, Umweltrecht.

WENGER PLATTNER

B A S E L · Z Ü R I C H · B E R N

INFORMATIONSPFlichten- UND KONSULTATIONSPFlichten DER ARBEITGEBERIN BEI BETRIEBSÜBERGANG / MASSENENTLASSUNG

.....

Dr. Dominique Portmann, Advokatin

1. Problemstellung

.....

Im Rahmen von Restrukturierungen und Sanierungen wird oftmals der Betrieb ganz oder teilweise auf einen Dritten übertragen, allenfalls einhergehend mit einem Personalabbau. Der bisherigen Arbeitgeberin und unter Umständen auch dem Dritten obliegen in diesem Zusammenhang gewisse Informations- und Konsultationspflichten. Solche ergeben sich zunächst aus den arbeitsvertragsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 333a OR bzw. Art. 335f OR), aus dem Mitwirkungsgesetz und im Zusammenhang mit einer Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung insbesondere auch aus dem per 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Fusionsgesetz (FusG), worauf nachfolgend im Einzelnen eingegangen wird. Darüber hinaus finden sich Mitwirkungsbestimmungen oftmals auch in Gesamtarbeitsverträgen und in Betriebsvereinbarungen. Nicht eingegangen wird nachfolgend auf den Betriebsübergang bzw. die Massenentlassung im Rahmen von Konkurs- oder Nachlassverfahren.

2. Informations- und Konsultationspflicht beim Betriebsübergang

.....

2.1 Informationspflicht

Die Arbeitgeberin hat die Arbeitnehmervertretung oder – falls es keine solche gibt – die Arbeitnehmenden über den Grund des Betriebsübergangs einerseits sowie die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebsübergangs für die Arbeitnehmenden andererseits (etwa den gesetzlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse, das Ablehnungsrecht der Mitarbeitenden, die Verbindlichkeit eines Gesamtarbeitsvertrages, die Solidarhaftung sowie die wirtschaftliche, betriebliche und soziale Situation des Dritten usw.) zu informieren (Art. 333a Abs. 1 OR).

Die Informationspflicht trifft grundsätzlich die Arbeitgeberin, welche ihren Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt. Im Falle einer Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz hat darüber hinaus auch der Dritte eine Informationspflicht (Art. 28, 50 und 77 FusG).

Verfügt der betroffene Betrieb über mindestens 50 Arbeitnehmende, sind diese gemäss Mitwirkungsgesetz berechtigt, aus ihrer Mitte eine oder mehrere Vertretungen zu bestellen (Art. 3 Mitwirkungsgesetz). Besteht in einem Betrieb eine solche Arbeitnehmervertretung, steht das vorgenannte Informationsrecht der Arbeitnehmervertretung zu. Andernfalls sind die Arbeitnehmenden direkt zu informieren.

In zeitlicher Hinsicht hat die Information rechtzeitig vor dem Vollzug des Betriebsübergangs zu erfolgen. Hingegen ist nicht erforderlich, dass die Information vorgenommen wird, bevor der Entscheidung, den Betrieb bzw. einen Betriebsteil auf einen Dritten zu übertragen, getroffen bzw. das entsprechende Rechtsgeschäft mit dem Dritten abgeschlossen ist. Die Information erfolgt somit in aller Regel zwischen dem Signing und dem Closing.

2.2 Konsultationspflicht

Sind infolge des Betriebsübergangs Massnahmen beabsichtigt, welche die Arbeitnehmenden betreffen (z.B. Kündigungen, interne Versetzungen, Lohnkürzungen usw.), so besteht darüber hinaus eine Konsultationspflicht (Art. 333a Abs. 2 OR). Die Konsultationspflicht beinhaltet unbestrittenermassen ein Anhörungsrecht; hingegen ist umstritten, ob darüber hinaus ein Recht auf Beratung und auf Begründung besteht, sofern die Arbeitgeberin die Vorschläge seitens der Arbeitnehmenden ablehnt.

Die Konsultationspflicht obliegt der bisherigen Arbeitgeberin oder dem übernehmenden Dritten,

A R B E I T S R E C H T I N D E R P R A X I S

je nachdem, wer die entsprechende Massnahme beabsichtigt; meistens dürfte es sich um Erstere handeln. Im Rahmen einer Fusion, Abspaltung oder Vermögensübertragung trifft die Konsultationspflicht darüber hinaus nicht nur die bisherige Arbeitgeberin, sondern auch den übernehmenden Dritten (Art. 28, 50 und 77 FusG).

Wie der Informationsanspruch steht auch der Konsultationsanspruch der Arbeitnehmervertretung zu, falls es eine solche gibt, andernfalls direkt den betroffenen Arbeitnehmenden. Je nachdem, wen die beabsichtigten Massnahmen betreffen, sind entweder die Arbeitnehmenden des übertragenden oder diejenigen des übernehmenden Betriebs konsultationsberechtigt.

In zeitlicher Hinsicht hat die Konsultation rechtzeitig vor dem Entscheid über diese Massnahmen zu erfolgen. Rechtzeitigkeit bedeutet, dass die Konsultation so frühzeitig zu erfolgen hat, dass die Vorschläge seitens der Arbeitnehmenden auch tatsächlich bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden können. Dies hat zur Folge, dass die Konsultation vor Vertragsschluss, mithin also vor dem Signing, zu erfolgen hat. Ist im Einzelfall das Fusionsgesetz anwendbar, hat die Konsultation zwar vor dem Fusionsbeschluss, nicht aber bereits vor Abschluss des Fusionsvertrages zu erfolgen. Die Konsultation kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Es wird empfohlen, der Arbeitnehmervertretung oder – bei deren Fehlen – den Arbeitnehmenden Frist zur schriftlichen Stellungnahme anzusetzen. In Bezug auf die Dauer dieser Frist sei auf die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Massenentlassung verwiesen (vgl. Ziff. 3.2 hiernach).

2.3 Sanktionen bei Verletzung der Informations- oder Konsultationspflicht

Die Verletzung der Informations- oder Konsultationspflicht beim Betriebsübergang hat gemäss Art. 333a OR keine Sanktionen zur Folge. Gleiches

gilt grundsätzlich auch für das Mitwirkungsgesetz, doch kann gestützt darauf die Verletzung der vorgenannten Bestimmung gerichtlich festgestellt werden (Art. 15 Abs. 2 Mitwirkungsgesetz). Anders gestaltet sich die Rechtslage bei Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes: diesfalls kann die Arbeitnehmervertretung verlangen, dass das Gericht die Eintragung der Fusion, der Spaltung bzw. der Vermögensübertragung in das Handelsregister untersagt (sog. Handelsregistersperre, Art. 28 Abs. 3, 50 und 77 Abs. 2 FusG).

3. Informations- und Konsultationspflicht bei der Massenentlassung

Eine Massenentlassung liegt vor, wenn die Arbeitgeberin innerhalb von 30 Tagen eine bestimmte Anzahl von Kündigungen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person der betroffenen Arbeitnehmenden stehen. Beschäftigt ein Betrieb mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmende, müssen mindestens zehn Arbeitnehmende betroffen sein. Werden zwischen 100 und 300 Arbeitnehmende beschäftigt, müssen mindestens 10% der Arbeitnehmenden betroffen sein. Beschäftigt der Betrieb in der Regel mehr als 300 Arbeitnehmende, müssen schliesslich mindestens deren 30 betroffen sein (Art. 335d OR).

3.1 Informationspflicht

Die Informationspflicht umfasst alle zweckdienlichen Auskünfte. Welche Auskünfte zweckdienlich sind, bestimmt sich nach den konkreten Umständen. In jedem Fall hat sie die Gründe der Massenentlassung, die Zahl der Arbeitnehmenden, denen gekündigt werden soll und die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmenden sowie den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen, zu umfassen (Art. 335f Abs. 3 OR). Steht die Zahl der auszusprechenden Kündigungen noch nicht definitiv fest, ist eine Schätzung

WENGER PLATTNER

B A S E L · Z Ü R I C H · B E R N

vorzunehmen oder sind Höchst- und Mindestzahlen zu nennen. Die Information hat von Gesetzes wegen schriftlich zu erfolgen.

Im Übrigen besteht ein allgemeines Informationsrecht der Arbeitnehmervertretung gestützt auf das Mitwirkungsgesetz (Art. 9 Mitwirkungsgesetz). Danach hat die Arbeitnehmervertretung Anspruch auf rechtzeitige und umfassende Information über alle Angelegenheiten, deren Kenntnis Voraussetzung für eine ordnungsgemässe Erfüllung ihrer Aufgaben ist. Sie ist in diesem Zusammenhang mindestens einmal jährlich über die Auswirkungen des Geschäftsganges auf die Beschäftigung und die Arbeitnehmenden zu informieren. Der Zeitpunkt dieser Informationspflicht ist gesetzlich nicht geregelt. Die Informationspflicht gemäss Mitwirkungsgesetz geht jedoch nicht weiter als jene gemäss Art. 333a Abs. 1 bzw. Art. 335f OR. Die Informationspflicht trifft die Arbeitgeberin. Die Information hat gegenüber der Arbeitnehmervertretung oder – falls es keine solche gibt – direkt gegenüber den Arbeitnehmenden zu erfolgen.

Weil die Informationspflicht Voraussetzung für die nachfolgende Konsultation der betroffenen Arbeitnehmenden darstellt, hat sie entsprechend vor dem Konsultationsverfahren stattzufinden.

3.2 Konsultationspflicht

Über die Information hinaus hat die Arbeitgeberin, die eine Massenentlassung beabsichtigt, den Arbeitnehmenden die Möglichkeit zu geben, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder in ihrer Zahl beschränkt und wie deren Folgen gemildert werden können (Art. 335f Abs. 2 OR). Die Konsultation umfasst also in jedem Fall ein Recht auf Anhörung. Hingegen ist umstritten, ob darüber hinaus auch ein Recht auf Beratung und Begründung besteht.

Die Konsultationspflicht obliegt der Arbeitgeberin. Die Konsultation erfolgt gegenüber der Arbeitneh-

mervvertretung oder – falls es keine solche gibt – direkt gegenüber den Arbeitnehmenden.

In zeitlicher Hinsicht hat die Konsultation zu erfolgen, bevor die Arbeitgeberin den definitiven Beschluss zur Massenentlassung fasst. Es wird empfohlen, der Arbeitnehmervertretung oder – bei deren Fehlen – den Arbeitnehmenden Frist zur schriftlichen Stellungnahme anzusetzen. Die Dauer dieser Frist ist von den konkreten Umständen abhängig, insbesondere von der Komplexität der Materie und der Dringlichkeit der beabsichtigten Massenentlassung. Lehre und Rechtsprechung erachten in der Regel etwa zehn Tage als ausreichend, wobei in einfachen Verhältnissen von mindestens drei bis fünf Arbeitstagen, in komplexen Verhältnissen hingegen von etwa 14 Arbeitstagen auszugehen ist; eine konkrete Mindestfrist hat die Rechtsprechung nicht festgesetzt³. Die Konsultationsfrist sollte sofort nach dem Beschluss zur Massenentlassung angesetzt werden. Die Dringlichkeit vermag nämlich eine Verkürzung der Konsultationsfrist nicht zu rechtfertigen, wenn sie dadurch entstanden ist, dass die Arbeitgeberin mit der Konsultation zu spät begonnen hat. In jedem Fall hat die Konsultation abgeschlossen zu sein, bevor die Kündigungen ausgesprochen werden.

3.3 Sanktionen bei Verletzung der Informations- oder Konsultationspflicht

Eine Verletzung der Informations- und Konsultationspflicht hat zur Folge, dass die im Rahmen der Massenentlassung ausgesprochenen Kündigungen wegen Missbräuchlichkeit angefochten und eine Entschädigung von maximal zwei Monatslöhnen verlangt werden kann (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR i.V.m. Art. 336a Abs. 3 OR). Zudem kann gestützt auf das Mitwirkungsgesetz gerichtliche Feststellung der Verletzung von Art. 335f OR beantragt werden (Art. 15 Abs. 2 Mitwirkungsgesetz).

³ BGE 130 III 102 ff.; BGE 123 III 176 ff.; ZR 103 [2004], Nr. 5; plädoyer 5/04, S. 70 ff.

3.4 Zusätzliche Pflichten gegenüber dem kantonalen Arbeitsamt

Zusätzlich zu den vorangehend dargestellten Informations- und Konsultationspflichten obliegen der Arbeitgeberin gegenüber dem kantonalen Arbeitsamt bestimmte Pflichten. So ist dem Arbeitsamt jede beabsichtigte Massenentlassung schriftlich anzuzeigen und der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmenden eine Kopie dieser Anzeige zuzustellen. Die Anzeige muss die Ergebnisse des Konsultationsverfahrens und alle zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigte Massenentlassung enthalten (Art. 335g Abs.1 und 2 OR). Ausserdem hat die Arbeitgeberin dem Arbeitsamt eine Kopie der schriftlichen Information zuzustellen (Art. 335f Abs. 4 OR).

Die im Rahmen einer Massenentlassung gekündigten Arbeitsverhältnisse werden 30 Tage nach der Anzeige an das Arbeitsamt beendet, sofern die Kündigung nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen nicht erst auf einen späteren Termin wirksam wird (Art. 335g Abs. 4 OR). Dies hat zur Folge, dass die unterlassene Anzeige an das Arbeitsamt die betroffenen Arbeitsverhältnisse weiter bestehen lässt.

4. Würdigung und Empfehlung

Da die Information und die Konsultation der Arbeitnehmenden grundsätzlich vor Abschluss eines Übernahmevertrages erfolgen müssen, sind unter Umständen Geheimhaltungsinteressen der Arbeitgeberin tangiert. Diese hat aus verschiedenen Gründen ein Interesse daran, dass die Restrukturierung oder auch die Sanierung des Unternehmens nicht frühzeitig an die Öffentlichkeit gelangt. Nach Ansicht des Gesetzgebers gehen die Informations- und Mitwirkungsrechte der betroffenen Arbeitnehmenden einem solchen Geheimhaltungsinteresse der Arbeitgeberin jedoch vor. Die Arbeitgeberin ist deshalb gut beraten, der Arbeitneh-

mervvertretung – sofern eine solche besteht – eine Geheimhaltungspflicht gegenüber den Arbeitnehmenden aufzuerlegen. Darüber hinaus kann sie auch allgemein Verschwiegenheit gegenüber Dritten verlangen. Diesfalls dürfen weder die übrigen nicht der Arbeitnehmervertretung angehörenden Arbeitnehmenden noch betriebsfremde Personen, die mit der Wahrung von Arbeitnehmerinteressen betraut sind, informiert werden (Art. 14 Abs.2 lit. a Mitwirkungsgesetz). Ungeachtet dessen besteht eine allgemeine Verschwiegenheitspflicht, welche sowohl die Arbeitnehmervertretung als auch die Arbeitnehmenden trifft (Art. 14 Abs. 1, 3 und 4 Mitwirkungsgesetz). Schliesslich ergibt sich eine solche auch aus der allgemeinen arbeitsrechtlichen Treuepflicht (Art. 321a Abs.4 OR) sowie der strafrechtlichen Geheimhaltungspflicht (Art. 162 StGB).

Verfügt ein Betrieb über keine Arbeitnehmervertretung, stehen die Informations- und Konsultationsrechte den Arbeitnehmenden direkt zu. Unter Umständen empfiehlt es sich, im gegenseitigen Einverständnis einen Belegschaftssprecher oder eine ad hoc-Delegation zu bestimmen.

Eine Pflicht, bei Restrukturierungen einen Sozialplan zu erlassen, besteht nicht.

Autorin:

Dr. iur. Dominique Portmann

Geboren 1969, Advokatin, Senior Associate, Studium an der Universität Basel, praktiziert seit 1997, hauptsächliche Tätigkeitsgebiete: Vertrags- und Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Datenschutzrecht und Prozessführung. Soeben ist ihre Dissertation zum Thema «Mitarbeiterbeteiligung – Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht» erschienen.

WENGER PLATTNER

B A S E L · Z Ü R I C H · B E R N

ARBEIT IM KONZERN – PROBLEME VORPROGRAMMIERT?

Gudrun Österreicher Spaniol, Rechtsanwältin

1. Das «Problem» mit dem Konzern

Grosse Unternehmen sind häufig in einer komplexen Konzernstruktur organisiert. Die Verflechtungen zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften sind vielfältig. Die einzelnen Gesellschaften sind entweder durch Stimmenmehrheit, vertraglich, personell oder statutarisch zusammengefasst und stehen unternehmerisch unter einer Leitung. Wirtschaftlich werden die Konzerngesellschaften deshalb konsolidiert betrachtet und «der Konzern» als Einheit wahrgenommen. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise kann dabei unter Umständen mit der rechtlichen kollidieren: «Der Konzern» ist kein Rechtssubjekt. Zivilrechtlich bleiben die Konzerngesellschaften selbständige Rechtssubjekte. Vertragspartnerin (z.B. Arbeitgeberin) ist immer eine oder mehrere Konzerngesellschaften, «der Konzern» als solches kann nie Vertragspartner (z.B. Arbeitgeber oder Auftraggeber) sein. Dennoch hat die Einbindung von Gesellschaften in eine Konzernstruktur Auswirkungen auf die (arbeits-)rechtliche Betrachtungsweise. Gerade Kadermitarbeiter sind häufig bei verschiedenen Konzerngesellschaften in verschiedenen Funktionen tätig. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, welches die arbeitsrechtlichen Probleme leitender Angestellter in einem Konzern sein können, insbesondere in Bezug auf ihre Treuepflicht, und wie solche Probleme vermieden werden können.

2. Wer ist Arbeitgeberin?

Häufig bereitet in einem Konzern bereits die Frage nach der Arbeitgeberin Probleme. Zunächst drängt sich diese Frage auf, wenn es um die Durchsetzung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis geht: Gegen welche Gesellschaft muss ich klagen? Beim internationalen Konzern: Wel-

ches Recht kommt zur Anwendung? Wichtig ist die Antwort auf die Frage nach der Arbeitgeberin vor allem aber dort, wo es um die Festlegung der gegenseitigen Rechte und Pflichten geht.

Wer Arbeitgeberin ist, bestimmt sich in erster Linie nach dem Willen der Parteien. Der Arbeitsvertrag kann dazu selbstverständlich Hinweise geben. Die Bezeichnung der Parteien im Vertrag alleine ist jedoch nicht massgebend. Ebenfalls nur Indiz, keinesfalls aber allein massgebend ist, wer die Lohnzahlung vornimmt. Ebenso wenig ist zwingend diejenige Gesellschaft Arbeitgeberin, welche die sozialversicherungsrechtlichen Abrechnungen vornimmt oder gegenüber den Steuerbehörden als Arbeitgeberin auftritt.

Auch wenn die Arbeitgeberin feststeht, kann sich – gerade bei leitenden Angestellten mit Organfunktionen – ein weiteres Problem stellen, auf welches im Folgenden einzugehen ist:

3. Treuepflicht leitender Angestellter im Konzern

Einleitend ein Beispiel zur Illustration: Herr B. ist seit fünf Jahren Geschäftsleitungsmitglied der Mu-AG und als solcher erfolgreich. Vor zehn Monaten wurde er darüber hinaus zum Delegierten des Verwaltungsrates der To-AG berufen, einer 100-prozentige Tochter der Mu-AG. Herr B. freute sich über die neue Herausforderung. Nach kurzer Zeit jedoch steht Herr B. vor einem Problem: Der Verwaltungsrat der Mu-AG verlangt von B, dass dieser eine Vergütung zugunsten der S-AG vornehme (eine Schwestergesellschaft der To-AG), welche sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet.

B. fragt sich, ob er dies – nun da er Verwaltungsrat der To-AG ist – tun darf, bzw. tun muss. Arbeitnehmende sind gegenüber ihrer Arbeitgeberin gemäss Art. 321a Abs. 1 OR zur Treue verpflichtet, d.h. die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin sind zu wahren, deren Belange und

A R B E I T S R E C H T I N D E R P R A X I S

Ziele zu fördern und alles zu unterlassen, was der Arbeitgeberin Schaden zufügen könnte. Zur Treuepflicht gehören auch das Verbot der Entgegennahme von Schmiergeldern oder das Verbot konkurrierender Nebentätigkeit. Innerhalb eines Konzerns stellt sich in der Praxis immer wieder die Frage, welche Gesellschaft sich auf die Treuepflicht berufen kann, bzw. (aus Sicht der Mitarbeitenden) welcher Gesellschaft gegenüber Treue geschuldet ist. Bei leitenden Angestellten, welche – wie Herr B. in unserem Beispiel – gleichzeitig Organfunktionen wahrnehmen, kommt hinzu, dass umstritten ist, ob diese tatsächlich «Arbeitnehmer» sind, oder ob sie nicht eine organschaftliche Treuepflicht nach Art. 717 OR trifft, welche in der Regel weiter geht als die arbeitsrechtliche Treuepflicht⁴.

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist das Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Organ meist kein reiner Arbeitsvertrag, sondern ein sogenannter Innominatkontrakt, also ein gesetzlich nicht geregelter Fall eines Vertrages, auf den sowohl arbeitsrechtliche als auch gesellschaftsrechtliche Bestimmungen zur Anwendung gelangen⁵. Bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses sind dabei immer die Besonderheiten des konkreten Falles zu beachten. Entscheidend ist in erster Linie, ob ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, d.h. ob die betroffene Person Weisungen empfängt. Ist dies der Fall, besteht nebst einer gesellschaftsrechtlichen auch eine arbeitsrechtliche Treuepflicht⁶.

Kommen wir auf unser Beispiel zurück: Herr B. ist Geschäftsführer der Mu-AG und als solcher gegenüber deren Verwaltungsrat weisungsgebunden. Auf das Verhältnis zwischen der Mu-AG und Herrn B. kommen überwiegend die Bestimmungen des

Arbeitsrechts zur Anwendung. Er ist gegenüber der Mu-AG deshalb zur Treue gemäss Art. 321a Abs. 1 OR verpflichtet. Gleichzeitig ist Herr B. Delegierter des Verwaltungsrates der To-AG.

Er nimmt als solcher sowohl Organfunktionen als auch operative Funktionen wahr. Als Verwaltungsratsmitglied der To-AG hat er gegenüber der To-AG gleichzeitig organschaftliche Treuepflichten. Weil er auch operativ tätig ist, hat er aber allenfalls auch arbeitsrechtliche Treuepflichten gegenüber der To-AG zu beachten. Ob dem so ist, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob wirklich ein Arbeitsverhältnis mit der Tochter vorliegt, oder ob nach dem Willen der Parteien nicht die Mutter Arbeitgeberin bleiben sollte.

Verstösst Herr B. nun gegen seine organschaftlichen Treuepflichten gegenüber der To-AG, wenn er gemäss Anweisung seiner Arbeitgeberin, der Mu-AG handelt? Herr B. befindet sich in einem klassischen Interessenkonflikt. Dieser akzentuiert sich ganz besonders im Konzernverhältnis. So fragt sich Herr B., ob es nicht seine Pflicht sei, als Angestellter der Mu-AG auch das Konzerninteresse zu wahren, also auch die Interessen der S-AG zu beachten? Handelt er nicht auch im Interesse der To-AG, wenn er das Konzerninteresse und somit auch das Interesse der S-AG wahr?

Wie vorstehend erwähnt, geht das schweizerische Gesellschaftsrecht von einer «einzelgesellschaftlichen» Betrachtungsweise aus. Die Wahrung des «Konzerninteresses» ist deshalb von der Wahrung des Interesses der einzelnen Gesellschaft zu trennen. Diese Sichtweise schlägt sich auch in einer jüngeren Entscheidung des Bundesgerichts nieder⁷. Zwar anerkennt das Bundesgericht, dass die arbeitsrechtliche Treuepflicht die Interessenwahrung anderer Konzerngesellschaften einschliessen könne. Im Hinblick auf die organschaftliche Treuepflicht aber hält das Bundesgericht an der «einzel-

⁴ BGE 130 III 217 E. 2.1.

⁵ Unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid 4C.402/1998 vom 14. Dezember 1999; BGE 130 III 217, E. 2.1 mit weiteren Hinweisen.

⁶ BGE 130 III 217 E. 2.1.

⁷ Vgl. BGE 130 III 213.

WENGER PLATTNER

B A S E L · Z Ü R I C H · B E R N

gesellschaftlichen» Betrachtungsweise fest. Ein übergeordnetes Konzerninteresse hat das Bundesgericht verneint, d.h. die Wahrung der Interessen anderer Konzerngesellschaften ist grundsätzlich Interessenwahrung von Dritten. Diese dürfen somit nur soweit im Auge behalten werden, als sie mit dem Interesse der «eigenen» Gesellschaft im Einklang stehen.

4. Fazit

Angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass leitende Angestellte mit Organfunktionen immer ein «doppeltes Pflichtenheft» haben und damit die Gefahr von Interessenkonflikten einer solchen Tätigkeit inhärent ist. Letztlich gibt es aber Möglichkeiten, diese Gefahr so klein wie möglich zu halten:

- Unabhängig von der Übertragung von Organfunktionen sind zunächst Unklarheiten über die Vertragsparteien zu vermeiden. Dies bedeutet, dass klar festzuhalten ist, welches der Wille der Parteien bei den Einsätzen von leitenden Angestellten in anderen Konzerngesellschaften ist (z.B. in wessen Interesse der Einsatz erfolgt). Wichtig ist festzulegen, wer wem gegenüber weisungsberechtigt ist. Die Modalitäten des Einsatzes⁸ sind so zu wählen, dass Unsicherheiten bezüglich der Vertragsparteien gar nicht erst entstehen.
- Ein klares Pflichtenheft ist zu erstellen, das sich über die Förderung des Konzerninteresses ausspricht.
- Das Vorgehen bei Interessenkonflikten ist z.B. im Organisationsreglement genau festzulegen. Bei Interessenkonflikten hat derjenige, den der Konflikt trifft, in den Aus-

stand zu treten. Die Modalitäten der Ausstandsregeln sind festzulegen.

- Absicherung durch Vereinbarung mit der Muttergesellschaft: Schadloshaltung des Arbeitnehmers durch die Muttergesellschaft bei Wahrung des Konzerninteresses.
- Bei der Übertragung neuer oder weiterer Aufgaben (insbesondere in anderen Konzerngesellschaften) ist Vorsicht geboten. Diese sollten schriftlich festgehalten werden. Die entsprechende Erweiterung des Pflichtenhefts und die Regelung bei Interessenkonflikten sind rechtzeitig in Angriff zu nehmen.
- Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung muss als Faustregel gelten: «Im Zweifel gegen das Konzerninteresse».

Autorin:

Gudrun Österreicher Spaniol

Geboren 1970, Rechtsanwältin, Studium an der Universität Zürich, 1998 bis 2000 Gerichtsschreiberin am Bezirksgericht Zofingen, praktiziert seit 2000, hauptsächliche Tätigkeitsgebiete: Handels- und Gesellschaftsrecht, Vertragsrecht, Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.

⁸ Arbeitsort, Lohnbuchhaltung, Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Organisation usw.

DIE ZEITLICHE BEGRENZUNG DER ARBEIT - ÜBERSTUNDEN, ÜBERZEIT UND SONNTAGSARBEIT

Dr. Christoph Zimmerli, LL.M., Rechtsanwalt

1. Einleitung

Die Arbeitszeit wird durch Gesamt-, Normal- oder Einzelarbeitsvertrag oder durch betriebliche Übung bestimmt. Allerdings enthält das Arbeitsgesetz (ArG) zwingende Mindestvorschriften über die Arbeits- und Ruhezeiten, um die Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen vor überlangen und anderen beschwerlichen Arbeitszeiten zu schützen. Angesichts der vielfältigen Bedürfnisse der modernen Arbeitswelt konnte der Gesetzgeber aber keine einheitliche Regelung erlassen.

Deshalb kennt das Arbeitsgesetz Grundsätze, Ausnahmen, Sonderbewilligungsmöglichkeiten und Spezialregelungen für bestimmte Betriebe und Arbeitnehmer. Um einzelnen Betrieben nicht ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile zu verschaffen, konnte der Gesetzgeber die Regelung aber auch nicht den Gesamtarbeitsverträgen überlassen. Nebst dem Arbeitsgesetz müssen im Zusammenhang mit der zeitlichen Begrenzung der Arbeit auch die kantonalen Polizeivorschriften zur Sonntagsruhe und zum Ladenschluss beachtet werden.

2. Arbeitszeit

Arbeitszeit ist die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer unmittelbar zur Verfügung des Arbeitgebers halten muss. Zur Arbeitszeit gehören auch die Dienstreisen, der Pikettdienst, die vom Arbeitgeber angeordnete berufliche Weiterbildung und in der Regel auch der Bereitschaftsdienst. Hingegen gilt der Arbeitsweg grundsätzlich nicht als Arbeitszeit. Beim Pikettdienst hat sich der Arbeitnehmer neben der normalen Arbeitszeit für allfällige Arbeitseinsätze im Fall von Störungen oder für Kontrollgänge bereit zu halten (Art. 14 Abs. 1 ArGV 1). Beim Bereitschaftsdienst gilt die gesamte Dienstzeit als Arbeitszeit (Art. 15 Abs. 1 ArGV 1).

Bei der Rufbereitschaft gilt hingegen nur diejenige Dienstzeit als Arbeitszeit, während der der Arbeitnehmer tatsächlich Arbeit leistet. Hier gilt aber auch die für den Arbeitsweg aufgewendete Zeit als Arbeitszeit.

Bei der Regelung der Arbeitszeit setzt das Arbeitsgesetz eine wöchentliche Höchstarbeitszeit fest. Für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels beträgt sie 45 Stunden, für alle übrigen Arbeitnehmer 50 Stunden (Art. 9 Abs. 1 ArG). Diese wöchentliche Höchstarbeitszeit kann um höchstens vier Stunden überschritten werden (Art. 9 Abs. 3 und 4 ArG).

Die wöchentliche Arbeitszeit kann auf die einzelnen Tage zeitlich verschieden angesetzt werden. Die tägliche Arbeitszeit beschränkt sich jedoch auf die Zeit zwischen 06.00 und 20.00 Uhr, die Abendarbeit auf die Zeit zwischen 20.00 bis 23.00 Uhr (Art. 10 ArG). Die Leistung von Abendarbeit erfordert die vorgängige Anhörung der Arbeitnehmervertretung bzw. der betroffenen Arbeitnehmer (Art. 10 Abs. 1 ArG). Die Tages- und Abendarbeit eines Arbeitnehmers muss einschliesslich Pausen und Überzeit innerhalb von 14 Stunden liegen (Art. 10 Abs. 3 ArG). Die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb dieser betrieblichen Tages- und Abendarbeit gilt als Nachtarbeit. Diese ist grundsätzlich untersagt (Art. 16 ArG), kann von der zuständigen kantonalen Behörde aber ausnahmsweise vorübergehend bewilligt werden, wenn der Arbeitgeber ein dringendes Bedürfnis nachweist (Art. 17 Abs. 3 ArG). Dauernde und regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit kann das Staatssekretariat für Wirtschaft, Direktion für Arbeit, Leistungsbereich Arbeitsbedingungen, allerdings nur bewilligen, wenn diese aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 17 Abs. 2 ArG). Die Leistung von Nachtarbeit

WENGER PLATTNER

B A S E L · Z Ü R I C H · B E R N

erfordert auch das Einverständnis des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat dem Nachtarbeit leistenden Arbeitnehmer einen Lohnzuschlag von mindestens 25% auszurichten. Leistet der Arbeitnehmer über längere Zeit Nachtarbeit, so hat er zudem Anspruch auf medizinische Untersuchung und Beratung (Art. 17c ArG).

3. Überstunden

3.1 Verpflichtung zur Leistung von Überstunden

Überstundenarbeit ist jede die normale Arbeitszeit überschreitende Arbeit. Ob Überstundenarbeit vorliegt, entscheidet sich nach der Normalarbeitszeit, die im Gesamt- oder im Einzelarbeitsvertrag vereinbart ist. Fehlt eine Vereinbarung, so ist die übliche Arbeitszeit massgeblich. Wird Überstundenarbeit nötig, so ist der Arbeitnehmer grundsätzlich zu deren Leistung verpflichtet (Art. 321c Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer hat die Überstunden zu leisten, wenn er erkennen kann, dass sie zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers erforderlich sind. Die Überstunden müssen also vom Arbeitgeber nicht ausdrücklich angeordnet oder verlangt worden sein. Die Beweislast, dass Überstunden geleistet worden sind, die zur Erledigung der anfallenden Arbeit im Interesse des Arbeitgebers notwendig waren, liegt beim Arbeitnehmer. Kann die genaue Zahl der Überstunden nicht mehr nachgewiesen werden, so wird sie geschätzt. Verzichtet der Arbeitgeber auf die vorgeschriebene Registrierung der Überstunden, so tritt die Umkehr der Beweislast ein. Nach erfolgter Leistung von Überstunden hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber davon innert nützlicher Frist in Kenntnis zu setzen. Macht der Arbeitnehmer die Überstunden nicht geltend, so verwirkt sein Anspruch. Die Frist, innert der die Anzeige erfolgen muss, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls⁹.

Die Verpflichtung zur Leistung von Überstundenarbeit ist einerseits durch die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers und andererseits durch die arbeitsgesetzlichen Arbeitszeitvorschriften (vgl. Ziff. 2 hiervor) begrenzt. Der Arbeitnehmer kann also Überstundenarbeit ablehnen, wenn er sie aus gesundheitlichen oder familiären Gründen zu leisten nicht in der Lage ist. Auch ist er nicht verpflichtet, Überstunden zu leisten, die ihm nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden können. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Arbeitgeber die Überstundenarbeit durch eine bessere Arbeitseinteilung hätte vermeiden können.

3.2 Entschädigung geleisteter Überstunden

Wird ein Ausgleich von Überstunden durch Freizeit vereinbart, und treffen die Parteien keine anders lautende Vereinbarung, so muss die Freizeit mindestens die gleiche Dauer wie die geleistete Überzeit betragen, und der Ausgleich hat innert eines angemessenen Zeitraumes zu erfolgen (Art. 321c Abs. 2 OR). Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen, und haben die Parteien nichts anderes schriftlich vereinbart oder durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine gesonderte Vergütung der geleisteten Überstunden. Dieser Anspruch umfasst den Normallohn zuzüglich eines Zuschlags von mindestens 25% (Art. 321c Abs. 3 OR). Bei periodisch geleisteter Überstundenarbeit können die Überstunden aus Gründen der Zweckmässigkeit mit dem Monatslohn vergütet werden. In diesen Fällen kann eine gesonderte Vergütung für zukünftig zu leistende Überstunden durch Gesamtarbeitsvertrag, Normalarbeitsvertrag oder schriftlichen Einzelarbeitsvertrag ausgeschlossen werden. Eine abweichende Vereinbarung der Überstundenvereinbarung findet ihre Grenze aber bei der Überzeitarbeit (vgl. Ziff. 4 hiernach).

⁹ Vgl. BGE 129 II 171 ff., 174 ff., E. 2.2-2.4

A R B E I T S R E C H T I N D E R P R A X I S

3.3 Grundsätzlich keine Entschädigung bei leitenden Angestellten

Die Arbeitszeit von leitenden Angestellten¹⁰ wird vertraglich häufig nicht näher bestimmt. Der Arbeitgeber erwartet von seinen leitenden Angestellten die Leistung von mehr als der üblichen Arbeitszeit und vergütet dieses überdurchschnittliche Engagement mit einem höheren Gehalt. Da die Arbeitszeit in diesen Arbeitsverhältnissen vertraglich meist nicht bestimmt ist, können auch keine Überstunden anfallen. Deshalb entsteht in derartigen Arbeitsverhältnissen auch kein Anspruch auf Überstundenentschädigung. Ein solcher besteht nur, wenn entweder einem leitenden Angestellten zusätzliche Aufgaben über die vertraglich vereinbarten Pflichten hinaus übertragen werden, oder die ganze Belegschaft während längerer Zeit in wesentlichem Umfang Überstunden leistet. Ist der zeitliche Umfang der Arbeitszeit vertraglich aber ausdrücklich vereinbart, gilt die gesetzliche Regelung von Art. 321c OR auch für leitende Angestellte.

4. Überzeitarbeit**4.1 Ausnahmsweise Zulässigkeit von Überzeitarbeit**

Überzeitarbeit ist Arbeit, welche die gesetzlich festgelegte wöchentliche Höchstarbeitszeit überschreitet (Art. 12 Abs. 1 ArG). Wegen Dringlichkeit oder Unaufschiebbarkeit der Arbeit ist sie ausnahmsweise erlaubt. Die Arbeitnehmer dürfen allerdings täglich nicht mehr als zwei Stunden und bei einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden im Jahr nicht mehr als 170 Stunden Überzeit leisten (Art. 12 Abs. 2 ArG).

¹⁰ Vgl. BGE 126 III 337 ff., 340, E. 5

4.2 Entschädigung geleisteter Überzeitarbeit

Für Überzeitarbeit schuldet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Lohnzuschlag von mindestens 25%, wenn er die Überzeitarbeit nicht im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer innerhalb eines angemessenen Zeitraumes durch Freizeit ausgleicht (Art. 13 ArG). Eine abweichende Parteivereinbarung ist unzulässig, der Zuschlag also beidseitig, d.h. für Arbeitgeber und Arbeitnehmer, zwingend. Beim Büropersonal und bei technischen und anderen Angestellten mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels ist Überzeitarbeit allerdings nur zuschlagspflichtig, wenn die Überzeit 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt. Für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern entfällt der Zuschlag ganz (Art. 27 Abs. 1 ArG).

4.3 Keine Entschädigung bei leitenden Angestellten

Leitende Angestellte fallen nicht unter die Regeln des Arbeitsgesetzes und sind damit von der Zuschlagspflicht für Überzeitarbeit ausgenommen. Der Begriff des leitenden Angestellten wird allerdings eng ausgelegt. Nicht jeder Angestellte, der eine verantwortungsvolle Tätigkeit ausübt, gilt als leitender Angestellter. Als leitender Angestellter im Sinne des Arbeitsgesetzes gelten nur diejenigen Arbeitnehmer, die auf Grund ihrer Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Betriebsgrösse über weit reichende Entscheidungsbefugnisse verfügen oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils nachhaltig prägen (Art. 9 ArGV 1). Leitende Angestellte sind zur Leistung zusätzlicher Arbeit verpflichtet. Diese Verpflichtung findet an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes seine Grenze (Art. 328 OR).

5. Sonntagsarbeit

.....

5.1 Bewilligungspflicht von Sonntagsarbeit und Einverständnis des Arbeitnehmers

Wie die Nachtarbeit (vgl. Ziff. 2 hiervor) verbietet das Arbeitsgesetz grundsätzlich auch die Sonntagsarbeit (Art. 18 ArG). Als Sonntag gilt die Zeitspanne zwischen Samstag 23.00 Uhr und Sonntag 23.00 Uhr. Zusätzlich können die Kantone im Jahr höchstens acht Feiertage den Sonntagen gleichstellen (Art. 20a Abs. 1 ArG). Vorübergehende Sonntagsarbeit kann die zuständige kantonale Behörde ausnahmsweise bewilligen, wenn der Arbeitgeber ein dringendes Bedürfnis nachweist (Art. 19 Abs. 3 ArG). Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit kann das Staatssekretariat für Wirtschaft, Direktion für Arbeit, Leistungsbereich Arbeitsbedingungen, bewilligen, wenn dies aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 19 Abs. 2 ArG). Nebst der Bewilligungspflicht setzt Sonntagsarbeit aber voraus, dass der Arbeitnehmer sein Einverständnis zu deren Leistung erklärt (Art. 19 Abs. 5 ArG). Schliesslich muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer innert zweier Wochen wenigstens einmal einen ganzen Sonntag als wöchentlicher Ruhetag unmittelbar vor oder nach der täglichen Ruhezeit freigeben (Art. 20 ArG).

5.2 Entschädigung geleisteter Sonntagsarbeit

Bei vorübergehender Sonntagsarbeit hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Lohnzuschlag von 50% zu bezahlen (Art. 19 Abs. 3 ArG). Überdies hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatzruhe (Art. 20 Abs. 2 ArG). Soweit das Arbeitsgesetz Ruhezeiten vorschreibt, dürfen diese nicht durch Geld oder sonstige Vergünstigungen abgegolten werden, ausser bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 22 ArG).

Autor:

.....

Dr. iur. Christoph Zimmerli, LL.M.

Geboren 1970, Rechtsanwalt, Studium an der Universität Basel, LL.M. an der Freien Universität Brüssel, 2002 und 2003 Mitarbeiter in einer Kanzlei in Zürich und Genf, praktiziert seit 1998, hauptsächliche Tätigkeitsgebiete: Vertrags- und Gesellschaftsrecht, Mergers & Acquisitions, Sanierungsrecht, Arbeitsrecht, Strafrecht.

WENGER PLATTNER

B A S E L · Z Ü R I C H · B E R N

DR. IUR. WERNER WENGER

DR. IUR. JÜRIG PLATTNER

DR. IUR. PETER MOSIMANN

LIC. IUR. STEPHAN CUENI

PROF. DR. IUR. GERHARD SCHMID

DR. IUR. JÜRIG RIEBEN

DR. IUR. MARKUS METZ

DR. IUR. DIETER GRÄNICHER

LIC. IUR. KARL WÜTHRICH

LIC. IUR. YVES MEILI

LIC. IUR. FILIPPO TH. BECK, M.C.J.

DR. IUR. FRITZ ROTHENBÜHLER

DR. IUR. STEPHAN NETZLE, LL.M.

DR. IUR. BERNHARD HEUSLER

DR. IUR. ALEXANDER GUTMANS, LL.M.

PETER SAHLI*

DR. IUR. THOMAS WETZEL

DR. IUR. MARC S. NATER, LL.M.

LIC. IUR. SUZANNE ECKERT

DR. IUR. DOMINIQUE PORTMANN

PD DR. IUR. FELIX UHLMANN, LL.M.

PROF. DR. IUR. MARKUS MÜLLER-CHEN

LIC. IUR. ET OEC. PUBL. ROLAND MATHYS, LL.M.

DR. IUR. ASTRID BOOS-HERSBERGER, LL.M.

LIC. IUR. MARTIN SOHM

LIC. IUR. RETO ASCHENBERGER, LL.M.

LIC. IUR. BRIGITTE UMBACH-SPAHN, LL.M.

LIC. IUR. GUDRUN ÖSTERREICHER SPANIOL

DR. IUR. MARKUS SCHOTT, LL.M.

DR. IUR. CHRISTOPH MÜLLER, LL.M.

DR. IUR. SIMONE BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, LL.M.

LIC. IUR. AYESHA CURMALLY

LIC. IUR. CLAUDIUS GELZER, LL.M.

LIC. IUR. MARIE-CHRISTINE MÜLLER-GERSTER

LIC. IUR. CORNELIA WEISSKOPF-GANZ

LIC. IUR. OLIVER ALBRECHT

DR. IUR. CHRISTOPH ZIMMERLI, LL.M.

DR. IUR. REGULA HINDERLING

DR. IUR. STEPHAN KESSELBACH

LIC. IUR. MADLAINA GAMMETER

LIC. IUR. CHRISTIAN RÖTHLIN

LIC. IUR. RODRIGO RODRIGUEZ

DR. IUR. PETER REETZ

DR. IUR. ADRIAN RAPP

DR. IUR. RETO VONZUN, LL.M.

LIC. IUR. MARTINA STETTLER

LIC. IUR. CRISTINA SOLO DE ZALDÍVAR

DANIEL TOBLER*

LIC. IUR. MILENA MÜNST

ANDREAS MAESCHI

FÜRSPRECHER, KONSULENT

*ALS RECHTSANWALT NICHT ZUGELASSEN

Mai 2005