

Schriftliche Prüfung vom 8. Januar 2010

Arbeitsrecht (Prof. Dr. Gabriela Riemer-Kafka)

Sachverhalt

Peter Leuenberger, 17 ½ Jahre alt, leidet seit seiner Kindheit an einer schweren Nierenkrankheit. Wöchentlich muss er deshalb für einen halben Tag zur Dialyse in die Klinik. Nach der obl. Schulzeit machte er eine Anlehre auf dem Büro. Er ist Mitglied der schweizweit aktiven Organisation „Pro Dialyse“, anlässlich derer Generalversammlung ihn der Geschäftsführer fragte, ob er nicht Zeit und Interesse hätte, interimsmäßig für vorerst drei Monate mit nachheriger Weiterbeschäftigungsoption, ihnen einen militärdienstbedingt ausfallenden Mitarbeiter auf dem Büro zu ersetzen (Pensum 100%). Peter Leuenberger stieg auf dieses Angebot ein, weil er es als gute Berufseinstiegsgelegenheit erachtete, und begann mit der Arbeit am 1. Oktober 2009.

Seit dem 1. Dezember 2009 ermüdete Peter Leuenberger zunehmend und spürte einen deutlichen Abfall seiner Leistungs- und Konzentrationsfähigkeit, welcher auf ein in der Kindheit bereits diagnostiziertes ADS (Attention Defizit Syndrom) zurückzuführen ist. Durch eine Fehlmanipulation am PC brachte er in der Folge das System zum totalen Absturz.. Am nächsten Tag erschien er nicht zur Arbeit, weil das Debakel bei ihm einen richtigen Nervenzusammenbruch auslöste. Ohne den wahren Grund anzugeben, schickten seine Eltern seine ältere Schwester ins Geschäft, damit sie seine Stelle für die nächsten Tage versehen solle.

Die Organisation „Pro Dialyse“ zeigt sich wenig begeistert über das Verhalten von Peter Leuenberger und schickt seine Schwester mit der Mitteilung nach Hause, dass man sich per sofort von Peter Leuenberger trenne, und zwar „frei von jeden Ansprüchen“, da ja keine Abmachungen getroffen wurden, es sich vielmehr um ein unentgeltliches Schnupperpraktikum gehandelt habe und man ihm als Gegenleistung für seine Tätigkeit den Mitgliederbeitrag erlassen hätte.

Peter Leuenberger ist über dieses Verhalten sehr enttäuscht und richtet sich an Sie als Arbeitsrechtsspezialisten/in mit folgenden

Fragen:

1. Welches Rechtsverhältnis bestand zwischen mir und der Organisation?
2. Weshalb haben sie meine Schwester wieder nach Hause geschickt, nachdem sie ja dringend auf eine Aushilfe angewiesen sind?
3. Kann mich die „Pro Dialyse“ einfach per sofort entlassen, und wenn ja, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen?
4. Habe ich nicht Anspruch auf Lohn, und wenn ja, in welcher Höhe und wie lange?

- 5.a) Bin ich für den Computerabsturz verantwortlich, und wenn ja, muss ich für den Schaden aufkommen? In welchem Umfang?
- b) Da der ganze Betrieb wegen des Computerausfalls stillgelegt wurde, konnten auch die andern Arbeitnehmenden nicht arbeiten. „Pro Dialyse“ schickte sie nach Hause mit der Bemerkung, dass sie unbezahlte Freizeit beziehen sollen, bis der Schaden behoben sei. Ist dies rechtens?
6. Die Probleme am Arbeitsplatz sind nur aufgetreten, weil ich total überarbeitet war. Den halben Tag an der Dialyse musste ich nämlich während der Woche (5-Tage-Woche) nachholen und arbeitete somit gegen 50 Stunden in der Woche. War dies überhaupt zulässig? Mit welchen Folgen?
- 7.a) Unter welchen Bedingungen kann ich mich als Arbeitnehmer auf einen GAV berufen und von dessen Konditionen profitieren?
- b) Kann ich als Büroangestellter beim Kaufmännischen Verband Hilfe in Anspruch nehmen resp. mich auf einen GAV-Mindestlohn für Büroangestellte berufen?
- c) Aus Protest gegen das Verhalten der Organisation „Pro Dialyse“ beschliessen alle Arbeitnehmenden, ihre Arbeit für zwei Stunden niederzulegen. Welche Folgen wird dies für sie haben?

Lösungsskizze:

Schriftliche Prüfung Arbeitsrecht vom 8. Januar 2010

Aufgabe 1:

Arbeitsvertrag 12 Punkte:

- Konsensprinzip (Art. 320 Abs. 1 OR): Übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung für alle Punkte ausser Lohn (wird vermutet) (Art. 1 OR), **hingegen** Willensmangel betr. Schnupperpraktikum: Folgen gemäss Art. 320 Abs. 2 OR **2/3 Punkt**
 - Handlungsunfähigkeit bei Unmündigkeit (Art. 16 ZGB) **2/3 Punkt**
 - Ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung (durch Duldung des gesetzlichen Vertreters). **2/3 Punkt**
- Arbeitsleistung: Geschuldet ist lediglich der Einsatz von Arbeitskraft: Arbeit im Büro ist eine solche Arbeitsleistung (kein Erfolg geschuldet) **2 Punkte**
- Auf bestimmte/unbestimmte Zeit: Vorerst auf 3 Monate befristet. Der AV wurde für 3 Monate mit Weiterbeschäftigungsmöglichkeit abgeschlossen. **2 Punkte**
- Subordinationsprinzip:
 - Grad der Weisungsgebundenheit
 - Verpflichtung, bestimmte Arbeitszeiten einzuhalten
 - Beschäftigungsdauer
 - Verpflichtung zur Tätigkeit an einem bestimmten ArbeitsplatzAbhängigkeitsverhältnis klar gegeben **2 Punkte**
- Entgeltlichkeit: kein ausdrücklicher Verzicht auf Entgeltlichkeit durch Peter Leuenberger
 - Es kommt allein auf die obj. Umstände, nicht aber auf den Willen der Parteien an. Dissens bzgl. unentgeltlichem Schnupperpraktikum. Da aber Arbeit, die üblicherweise gegen Lohn geleistet wird: Art. 320 Abs. 2 OR **2 Punkte**
- Formfrei: ok **2 Punkte**

Fazit: Es ist ein gültiger befristeter Arbeitsvertrag zustande gekommen.

Aufgabe 2:

Persönliche Arbeitsleistung: 12 Punkte:

- Pflicht zur persönlichen Leistung (Art. 321 OR): **2 Punkt**
- Lex specialis zu Art. 68 OR **2 Punkt**
- der AN muss im Verhinderungsfall keinen Ersatz stellen **2 Punkt**
- der AG muss einen solchen Ersatz auch nicht akzeptieren **2 Punkt**
- sofern nichts anderes vereinbart ist **2 Punkt**
- oder sich aus den Umständen ergibt resp. üblich ist (Art. 321 e contrario) **2 Punkt**

Fazit: Aus der Pflicht der persönlichen Arbeitsleistung ergibt sich, dass der AG die Schwester zu Recht nach Hause geschickt hat.

Aufgabe 3:

Sofortige Vertragsauflösung: 12 Punkte:

- Fristlose Kündigung (Art. 337 OR) ist bei befristetem Vertrag zulässig. **1 Punkt**
- Fristlose Kündigung ist ungerechtfertigt, weil **schlechte Leistungen und/oder der Computerabsturz** keinen wichtigen Grund *oder* Unzumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses darstellen (Art. 337 Abs. 1 oder 2 OR). **2 Punkte**
- Nach h.L. wird das Arbeitsverhältnis durch fristlose Kündigung **in jedem Fall** rechtsgültig beendet
1 Punkt
- Peter Leuenberger würde aufgrund seines Nervenzusammenbruchs zeitlichen Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR geniessen. **1 Punkt**
- Der zeitliche Kündigungsschutz bewirkt, dass eine (ordentliche) Kündigung während der Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs.2 OR nichtig ist. **1 Punkt**
- **Kein zeitlicher** Kündigungsschutz im Falle einer gerechtfertigten oder auch ungerechtfertigten fristlosen Kündigung. **1 Punkt**
- Das Aussprechen der fristlosen Kündigung muss **unmissverständlich** und **eindeutig** erfolgen. „Man trenne sich per sofort“ genügt (andere Meinung vertretbar) **1 Punkt**.
- Die Kündigung ist eine **einseitige empfangsbedürftige** Willenserklärung. *oder* Zugegangen ist eine mündliche Kündigung, wenn sie vom Empfänger wahrgenommen und verstanden wird. **1 Punkt**.
- Im konkreten Fall wurde die Kündigung gegenüber der Schwester und nicht gegenüber Leuenberger ausgesprochen. *oder* Leuenberger hat keine Kenntnis von der Kündigung erhalten. **1 Punkt**.
- Die Schwester ist weder gesetzliche noch gewillkürte Vertreterin von P.L. **1 Punkt**

Fazit: Die fristlose Kündigung ist somit *nicht* rechtsgültig zugegangen.

- Geltendmachung eines Willensmangels wegen Verschweigens des ADHS als Auflösungsgrund möglich? I.c. war jedoch keine Aufklärungspflicht durch Leuenberger gegeben, da er die Arbeit grundsätzlich ausführen konnte. **1 Punkt**

Aufgabe 4:

Lohnanspruch: 12 Punkte

- „Frei von jeden Ansprüchen“ ist einseitig erklärt, wäre jedoch auf Grund von Art. 341 OR auch sonst nicht gültig **1 Punkt**
- Es wurde nicht ausdrücklich auf Entgeltlichkeit verzichtet. *oder* Kein Konsens betr. unentgeltlichem Schnupperpraktikum: Lohnanspruch **1 Punkt**
- Art. 322 Abs. 1 OR betr. Lohnhöhe gelangt zur Anwendung. **1 Punkt**
- Bestimmung der Lohnhöhe durch Orts-, Branchen- oder Betriebsübung **1 Punkt**
- GAV (möglich) **1 Punkt**
- Dauer:
 - Die Lohnzahlungspflicht endet mit dem rechtlichen Ende des Arbeitsverhältnisses **1 Punkt**
 - Da die Kündigungserklärung nicht zugegangen ist, dauert der Vertrag bis zu dessen Zeitablauf am 31. Dezember 2009. **1 Punkt**

- Bei auf **mehr als drei Monate** befristeten Arbeitsverträgen beginnt die Lohnfortzahlungspflicht bereits am ersten Arbeitstag (Art. 324a Abs. 1 OR). **1 Punkt** I.c. jedoch ist der Vertrag nur auf drei Monate befristet, so dass keine Lohnfortzahlungspflicht wegen Krankheit. **1 Punkt**
- Lohnzahlungspflicht wäre gegeben, wenn eine Kollektivkrankentaggeldversicherung für das Personal abgeschlossen worden wäre und dies im Arbeitsvertrag schriftlich vereinbart ist. I.c. nicht erfüllt **1 Punkt**
- Finanzielle Ansprüche wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung (Art. 337c Abs. Abs. 1 OR): Anspruch auf Schadenersatz **½ Punkt** und Entschädigung **½ Punkt**. I.c. kein Anspruch auf Schadenersatz, weil keine Lohnfortzahlungspflicht bis zum Vertragsende am 31. Dezember 2009, also nur Anspruch auf eine (minimale) Entschädigung. **1 Punkt**

Fazit: Anspruch auf Lohn ist gegeben. Dauer des Lohnanspruchs bis am 14. Dezember 2009.

Aufgabe 5a:

Schadensersatzpflicht des AN für den Schaden, den er dem AG absichtlich oder fahrlässig zufügt (Art. 321e Abs. 1 OR): 6 Punkte

- Vertragshaftung: Sorgfaltspflichtverletzung liegt vor (Art. 321a Abs. 2 OR) **1 Punkt**
- Schaden (gegeben) **1 Punkt**
- Kausalzusammenhang (natürlicher, adäquater gegeben) **1 Punkt**
- Verschulden (wird vermutet) **1 Punkt**
- Exkulpation des AN:
 - Keine Absicht **½ Punkt**
 - Fahrlässigkeit muss verneint werden (leichte Fahrlässigkeit bei Begründung vertretbar). **½ Punkt**
- Schadensbemessung (Art. 321e Abs. 2 OR): Fehlende Berufserfahrung und ev. mangelnde Kontrolle resp. Überbeanspruchung durch den Arbeitgeber als Mitverschulden **1 Punkt**

Fazit: Peter Leuenberger ist nicht für den Schaden verantwortlich. (eine andere begründete Lösung wird auch bepunktet.)

Aufgabe 5b):

Betriebsrisiko; Arbeitgeberverzug: 6 Punkte

- Art. 329 Abs. 2 OR kommt hier nicht zur Anwendung, da keine Zustimmung des AN **1 Punkt**
- Der AG trägt das Betriebsrisiko (Sphärentheorie: Art. 119 Abs. 3 OR) des Computerausfalls **1 Punkt**
 - Annahmeverzug des Arbeitgebers **1 Punkt**
 - Anbieten der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer und Abmahnung des Arbeitgebers, bevor der Arbeitnehmer seine Arbeit niederlegt. I.c. nicht nötig **1 Punkt**
 - Der Arbeitnehmer behält in diesem Fall gemäss Art. 324 Abs.1 OR einen Lohnanspruch **1 Punkt**
- Der AN muss bei Arbeitgeberverzug grundsätzlich seine Arbeitsleistung später nicht nachholen. **1 Punkt oder** in casu: Gemäss Art. 11 ArG kann der Arbeitgeber bei

Betriebsstörungen die ausgefallene Arbeitszeit in angemessenem Zeitraum auszugleichen anordnen. **1 Punkt**

Aufgabe 6a):

Dialyse als Arbeitszeit? 4 Punkte

- Es handelt sich um eine *ursprüngliche* subjektive/rechtliche Unmöglichkeit. **oder** P.L. konnte von Anfang an nicht das volle Pensum einhalten **oder** Art. 329 Abs. 3 OR kommt nicht bei wiederholten und voraussehbaren Arbeitsausfällen zur Anwendung **2 Punkte**
- Teilnichtigkeit des Vertrags **2 Punkte**

Aufgabe 6b):

Tägliche Arbeitszeit: 4 Punkte

- Art. 1 und Art. 3 ArG Anwendung des Arbeitgesetzes **1/2 Punkt**
- Art. 9 ArG legt die wöchentliche Höchstarbeitszeit für Büropersonal auf 45 Stunden fest. Diese Regelung gilt auch für jugendliche Arbeitnehmer. **1/2 Punkt**
- Nachholarbeit ist keine **Überzeitarbeit** **1/2 Punkt**
- Art. 31 ArG regelt die **tägliche** Arbeits- und Ruhezeit für Jugendliche **1/2 Punkt**
- Art. 29 Abs. 1 ArG: Als Jugendlicher gelten AN bis zum vollendeten 18. Altersjahr. Im konkreten Fall ist Peter Leuenberger erst 17 1/2 Jahre alt. **1/2 Punkt**
- Tägliche Arbeitszeit darf gemäss Art. 31 Abs. 1 ArG nicht mehr als 9 Stunden betragen **1/2 Punkt**
- I.c. beträgt die tägliche Arbeitszeit am Mo, Mi-Fr 10 1/4 Std. **1/2 Punkt**
- Art. 29 Abs.2 ArG: i.V.m. ArGV 5 resp. Art. 328 OR Rücksicht auf die Gesundheit des Jugendlichen; Der AG darf den Jugendlichen nicht überfordern und überanstrengen **1/2 Punkt**

Folge: Es liegt eine Verletzung von Art. 31 Abs. 1 ArG i.V.m. Art. 29 Abs. 2 ArG und Art. 328 OR.

Aufgabe 6c):

- Verletzt der AG seine Schutzpflicht trotz Abmahnung weiterhin, so kann der An die Arbeit verweigern: Arbeitgeberverzug gem. Art. 324 OR und Lohnzahlungspflicht **2 Punkte oder**
- Verletzung der Fürsorgepflicht stellt eine Vertragsverletzung dar, weshalb der AG nach Art. 97 OR schadenersatzpflichtig wird. **2 Punkte oder**
- Öffentlich rechtliche Sanktionen: Art. 59 Abs.1 lit. b und c ArG :Mahnung, Busse, bis zur Schliessung des Betriebes möglich. **2 Punkte (Zusatzpunkte, wenn jemand alle drei Möglichkeiten aufzählt)**

Frage 7a)

Berufung auf GAV?: 4 Punkte

- Abschluss eines GAV zw. AG und Arbeitnehmervereinigungen (Art. 356 Abs.1 OR) **½ Punkt**
- Normalerweise gilt er nur für die Mitglieder der jeweiligen Verbände resp. des AG. **½ Punkt**
- Arbeitnehmer oder Arbeitgeber können sich einem bestehenden GAV anschliessen mit der Folge, dass die normativen (und indirekt-schuldrechtlichen) Bestimmungen für ihn auch Geltung haben (Art. 356b OR) **1 Punkt**
- Der GAV kann Ausdruck des Ortsüblichen sein. oder: Der GAV kann auch durch Ausdehnungsklausel auf Aussenseiter anwendbar sein **½ Punkt**
- Der GAV muss räumlich, sachlich und persönlich anwendbar sein **½ Punkt**
- Der Bundesrat kann jedoch einen bestehenden GAV für die ganze Schweiz für allgemein verbindlich erklären (AVE) **1 Punkt**

Frage 7 b)

Kaufmännischer Verband Schweiz: 4 Punkte

- „Kaufmännischer Verband Schweiz“ ist ein AN-Verband. Als Gewerkschaft muss er tariffähig sein, dh in seinen Statuten den Abschluss von GAVs als Zweck aufführen. **1 Punkt**
- Art. 357a OR verpflichtet den Kaufmännischen Verband Schweiz für die Einhaltung des GAV zu sorgen: Einwirkungspflicht. **1 Punkt**
- Beim Mindestlohn handelt es sich um eine normative Bestimmung **1 Punkt**
- Durchsetzung der normativen Bestimmungen durch Klage entweder durch den AN selber oder durch den AN-Verband (Verbandsklagerecht) **1 Punkt**

Frage 7 c)

Arbeitsniederlegung der Belegschaft 4 Punkte

- Streik: Kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zweck der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem AG **½ Punkt**
- Art. 28 Abs.3 BV Streik grundsätzlich erlaubt. **½ Punkt**

Rechtmässigkeit des Streiks:

- Tariffähiges Subjekt (Art. 28 Abs.3 BV) **½ Punkt**
- Durch GAV regelbares Ziel **½ Punkt**
- Einhaltung der Friedenspflicht (Art. 357 a Abs.2 OR) **½ Punkt**
- Faire Kampfführung (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) **½ Punkt**

Folge eines unrechtmässigen Streiks :

- Ruhen der Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Kein Lohn ohne Arbeit (Art. 82 OR) **½ Punkt**
- Recht zur fristlosen Kündigung (Art. 337 OR) oder Aussperrung **½ Punkt**

Bewertungsschema

Ab 58 Punkten	6
57 – 51	5.5
50 – 44	5
43 – 37	4.5
36 – 30	4
29 – 23	3.5
22 – 17	3
16 – 10	2.5