



Kellerhals  
Carrard

# **Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arbeitsrecht**

**Dr. Urs Marti, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht**

Weiterbildungstage des SAV, Veranstaltung im Arbeitsrecht vom  
31. August 2018, Stade de Suisse (Bern)

## INHALTSVERZEICHNIS

- **Fall 1:** BGE 143 III 21 (Beginn der Schwangerschaft)
- **Fall 2:** Urteil 4A 579/2017 / 4A 581/2017 (Unzulässige Konventionalstrafe)
- **Fall 3:** BGE 144 III 152 (Berechnung der Probezeit)
- **Fall 4:** BGE 143 IV 209 (Vertrauensarzt)
- **Fall 5:** Urteil 4A 296/2017 (Unterstellung unter ave GAV)
- **Fall 6:** Urteil 4A 561/2017 (Unzulässige Abgeltung des Ferienlohns)
- **Fall 7:** Urteil 4A 10/2017 (Verwaltungsrat als Arbeitnehmer)
- **Fall 8:** BGE 143 III 506 (Feststellungswiderklage bei Teilklage im vereinf. Verfahren)
- **Fall 9:** Urteil 4A 7/2018 (eingeschränkte Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Ansprüche in Binnenschiedsgerichtsbarkeit)
- **Fall 10:** Urteil 4A 207/2017 (60 Überzeitstunden-Kredit nach Art. 13 Abs. 1 ArG)
- **Fall 11:** BGE 143 II 443 (fristlose Entlassung / Verwertbarkeit unzul. Beweismittel)

**A. FALL 1: BGE 143 III 21**

**Thema:**

Beginn der Schwangerschaft i.S.v. Art. 336c Abs. 1 lit. c OR fällt mit der (natürlichen) Befruchtung der Eizelle zusammen, nicht mit der Einnistung.



## A. **FALL 1: BGE 143 III 21**

### **Sachverhalt:**

- ArbN (Sekretärin und Rezeptionistin) seit 3. Dezember 2009 bei Klinik A. angestellt.
- ArbG kündigt am 24. Januar 2011 ordentlich per 31. März 2011.
- Am 21. März 2011 erhebt die ArbN gg. die Kündigung Einsprache, am 5. Mai 2011 informiert sie die ArbG, dass sie noch vor dem 31. März 2011 schwanger geworden sei.
- Für BGer war verbindlich festgestellt, dass ArbN das Kind vor Mitternacht des 31. März 2011 empfangen hatte (Zeitpunkt der Befruchtung).
- Am 23. Dezember 2011 kommt das Kind zur Welt.
- ArbG macht geltend, nicht die Befruchtung der Eizelle, sondern erst die (6 bis 7 Tage später stattfindende) Einnistung der Eizelle löse die Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR aus.
- Kündigungstermin? 31. März 2011 vs. 30. April 2012.

## A. **FALL 1: BGE 143 III 21**

### **Erwägungen des BGer:**

- Laut Botschaft und einhelliger Lehre beginnt Schwangerschaft bereits mit der Befruchtung der Eizelle (E. 2.1.2 und 2.3.1).
- Arbeitsrechtlicher Beginn einer Schwangerschaft nicht derselbe Zeitpunkt wie im Strafrecht (insb. im Anwendungsbereich von Art. 118 ff. StGB).
- BGer lässt ausdrücklich offen, wann der zeitliche Kündigungsschutz beginnt, wenn die Eizelle künstlich befruchtet und der Embryo in die Gebärmutter eingesetzt wird (sog. In-vitro-Fertilisation; E. 2).

Hinweis: Übersetzung in Pra 2018 Nr. 16.

**B. FALL 2: URTEIL 4A 579/2017 / 4A 581/2017 (AMTL. PUBL.)**

**Thema:**

Eine Konventionalstrafe, mit der eine schadens- und verschuldensunabhängige Haftungsverschärfung herbeigeführt werden soll, verstösst gegen Art. 321e Abs. 1 OR und ist nichtig.



**B. FALL 2: URTEIL 4A 579/2017 / 4A 581/2017 (AMTL. PUBL.)**

**Sachverhalt:**

- Dr. A. (Beklagte) wurde im April 2011 als geschäftsführende Ärztin der Arztpraxis B. AG (Klägerin) angestellt.
- Ziff. 16 des Arbeitsvertrages («Konventionalstrafe») lautete:
  - «Bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag, insbesondere gegen das Konkurrenzverbot oder die Geheimhaltungspflicht, schuldet die Arbeitnehmerin eine Konventionalstrafe von je CHF 50'000.-- pro Verstoss. [...]»
- ArbN kündigt im November 2011 ordentlich per 31. Dezember 2011.
- ArbG macht Konventionalstrafe wg. Vertragsverletzungen geltend (keine schriftliche Zustimmung zur Aufnahme einer Nebentätigkeit als Belegärztin, Abwerbung von Patienten, unterlassene Rückgabe der mit der Praxis verknüpften Zahlstellenregisternummer [sog. ZSR-Nummer]).

**B. FALL 2: URTEIL 4A 579/2017 / 4A 581/2017 (AMTL. PUBL.)**

**Erwägungen des BGer**

- BGer prüft zunächst, ob Konventionalstrafe mit einseitig zwingendem Art. 321e Abs. 1 OR vereinbar ist («Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt.») (E. 4.2.4).
- Konventionalstrafen zur Sicherung arbeitsvertraglicher Pflichten darf Arbeitnehmerhaftung nicht verschärfen (E. 5.1 und 5.2.1).
- Konkrete Klausel sieht schadensunabhängige und verschuldensunabhängige Haftung des ArbN vor, was gegen Art. 321e Abs. 1 OR verstösst (E. 5.3.1 und 5.3.2).
- Folge: Konventionalstrafe ist nichtig und wird nicht «bloss» herabgesetzt, wie eine übermässige Konventionalstrafe (E. 5.4.1).
- BGer prüft noch, ob Konventionalstrafe allenfalls Disziplinarcharakter hat, verwirft dies aber, da zu pauschal konzipiert (E. 5.5).



**C. FALL 3: BGE 144 III 152**

**Thema:**

Bei der Berechnung der Probezeit gemäss Art. 335b OR findet Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR Anwendung.



## **C. FALL 3: BGE 144 III 152**

### **Sachverhalt:**

- Mündlicher Arbeitsvertrag mit Stellenantritt am selben Tag (15. Juli 2015).
- Am 24. Juli 2015 war der ArbN einen Tag krank.
- Vom 27. Juli 2015 bis am 14. August 2015 bezog der ArbN absprachegemäss Ferien.
- ArbG kündigte am 16. August 2015 unter Einhaltung der kurzen siebentägigen Kündigungsfrist und stellte den ArbN sofort frei.
- ArbN macht geltend, Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR sei auf Berechnung der Probezeit nicht anwendbar, weshalb diese (unter Berücksichtigung des Krankheitstages) am 15. August 2015 zu Ende gegangen sei.

## **C. FALL 3: BGE 144 III 152**

### **Art. 335b OR**

<sup>1</sup> Das Arbeitsverhältnis kann während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden; als Probezeit gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses.

<sup>2</sup> [...]

<sup>3</sup> Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende Verlängerung der Probezeit.

### **Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR**

Soll die Erfüllung einer Verbindlichkeit oder eine andere Rechtshandlung mit dem Ablaufe einer bestimmten Frist nach Abschluss des Vertrages erfolgen, so fällt ihr Zeitpunkt [...] wenn die Frist nach Monaten oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraume (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, auf denjenigen Tag des letzten Monates, der durch seine Zahl dem Tage des Vertragsabschlusses entspricht, und, wenn dieser Tag in dem letzten Monate fehlt, auf den letzten Tag dieses Monates.

## C. **FALL 3: BGE 144 III 152**

### **Erwägungen des BGer:**

- Die Probezeit nach Art. 335b Abs. 1 OR beginnt grundsätzlich am Tag des tatsächlichen Stellenantritts (E. 4.4.2).
- Antrittstag (hier: 15. Juli 2015) stand nicht «voll» zur Verfügung und ist daher noch nicht mitzuzählen, weshalb die Probezeit in Anwendung von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR grundsätzlich am 15. August 2015 geendet hätte.
- Wegen Krankheit verlängerte sich die Probezeit wegen Krankheit gemäss Art. 335b Abs. 3 OR um einen Tag.
- BGer lässt ausdrücklich offen, wie die Probezeit zu berechnen ist, wenn der Arbeitsvertrag vor dem Tag des Stellenantritts abgeschlossen wurde (E. 4.4.2 mit Hinweisen auf die einschlägige Literatur).

**D. FALL 4: BGE 143 IV 209**

**Thema:**

Verurteilung eines Vertrauensarztes wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), weil er dem ArbG eine detaillierte Diagnose offenbart hat.



## **D. FALL 4: BGE 143 IV 209**

### **Sachverhalt:**

- ArbG kündigt ArbN am 30. Mai 2013 ordentlich per 30. November 2013.
- ArbN reicht ab am 3. Juli 2013 Arztzeugnisse ein, die ihm mehrmals eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestieren, letztmals bis zum 12. September 2013.
- ArbG verlangt eine vertrauensärztliche Untersuchung, die von X., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, am 9. September 2013 durchgeführt wird. Am Folgetag schickt X. eine detaillierte «Vertrauensärztliche Beurteilung der Arbeitsfähigkeit» an die ArbG.
- Bezirksgericht ZH erklärt X. der Verletzung des Berufsgeheimnisses schuldig und bestraft ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 160.00. OGer ZH bestätigt erstinstanzliches Urteil.

## **D. FALL 4: BGE 143 IV 209**

### **Erwägungen des BGer:**

- Art. 328b Satz 1 OR: «Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind.»
  
- ArbG darf vom Vertrauensarzt erheben (E. 2.2):
  - Tatsache;
  - Dauer;
  - Grad der Arbeitsunfähigkeit; sowie
  - Antwort auf die Frage, ob es sich um eine Krankheit oder einen Unfall handelt.
  
- Diagnose darf dem ArbG dagegen nicht mitgeteilt werden, vorbehaltlich einer Einwilligung des ArbN (E. 2.2).

Hinweis: Urt. d. Vorinstanz (OGer Zürich) teilweise publ. in JAR 2017 583.

## E. **FALL 5: URTEIL 4A 296/2017**

### **Thema:**

Massgebend für Unterstellung unter ave GAV ist Tätigkeit, die einem Betrieb das Gepräge gibt / Veränderungen im Handelsvolumen eines Betriebes.





## E. **FALL 5: URTEIL 4A 296/2017**

### **Sachverhalt:**

- RPK Schreinergerwerbe Kanton LU will im Auftrag der ZPK Schreinergerwerbe bei der A. AG eine Kontrolle durchführen.
- A. AG verweigert die Kontrolle, weil sie nicht unter den ave GAV für das Schreinergerwerbe falle (O-Ton: Handel mit Särgen überwiege die Produktion derselben).
- Parteien einigen sich bzgl. Unterstellungsfrage auf ein Schiedsgutachten (Art. 189 Abs. 1 ZPO). Dieses kommt zu Schluss, dass die A. AG dem ave GAV unterstellt ist.
- BezGer Willisau heisst Klage auf Duldung der Kontrolle gut. Kantonsgericht LU weist die dagegen erhobene Beschwerde der A. AG ab.

## E. **FALL 5: URTEIL 4A 296/2017**

### **Erwägungen des BGer:**

- BGer nicht an Schiedsgutachten gebunden, weil streitiger Anspruch nicht schiedsfähig resp. «frei verfügbar» ist (Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO, Art. 354 ZPO) (E. 1.3).
- Bei Branchen-GAV ist tatsächliche Tätigkeit entscheidend, die dem Betrieb das sog. Gepräge gibt (E. 1.4.1).
- Tatfrage ist, welche Tätigkeiten im Betrieb in welchem Ausmass vorkommen. Rechtsfrage ist dagegen, welche der festgestellten Tätigkeiten dem Betrieb das Gepräge geben (E. 1.4.1).
- Änderungen im Handelsvolumen können durch Umstände bedingt sein, die keinen direkten Zusammenhang mit der Betriebstätigkeit aufweisen und sich daher auch nicht auf das Gepräge auswirken (E. 1.4.4).
- In concreto: Ursachen für Schwankungen im Geschäftsvolumen mangels Substantiierung für BGer nicht näher überprüfbar, Unterstellung des Betriebes bejaht.

**F. FALL 6: URTEIL 4A 561/2017**

**Thema:**

Unzulässige Abgeltung von Ferienlohn («Ferienlohn inbegriffen»).



## F. **FALL 6: URTEIL 4A 561/2017**

### **Sachverhalt:**

- ArbN war ab August 2008 bis Mitte 2013 in einer Tischlerei im Kanton Waadt tätig.
- Arbeitsvertrag sah eine Tätigkeit von 42.5 Stunden pro Woche vor, einen Stundenlohn von CHF 28.00 sowie einen Anspruch auf vier Wochen Ferien.
- Weiter war vereinbart, dass mit dem Stundenlohn die vier Wochen Ferien, ein 13. Monatslohn sowie die gesetzlichen Feiertage abgegolten seien. Entsprechend erhielt der ArbN während des Ferienbezugs jeweils keinen Lohn.
- Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses klagt ArbN auf Auszahlung des Ferienlohns für die Dauer von 2009 bis 2013.

## F. **FALL 6: URTEIL 4A 561/2017**

### **Erwägungen des BGer:**

- BGer erinnert daran, dass «Ferienlohn inbegriffen» nur zulässig ist, wenn (i) unregelmässige Tätigkeit vorliegt, (ii) Ferienlohn im Einzelarbeitsvertrag und (iii) in jeder Lohnabrechnung separat in CHF oder % bestimmt ist (E. 3.1).
- Lohnabrechnung wies zwar korrekt 8,33% Ferienlohn aus, aber Tätigkeit war nicht unregelmässig (normales Vollpensum) und Einzelarbeitsvertrag wies Ferienlohn nicht separat aus (laut BGer unheilbarer Mangel).
- Anspruch auf Feriengeld gemäss Art. 362 Abs. 1 OR zwingend, so dass ArbN während der Vertragsdauer und eines Monats darüber hinaus nicht darauf verzichten kann (Art. 341 OR) (E. 4.1).
- ArbG muss Lohn bei Ferienantritt ausbezahlen.

**G. FALL 7: URTEIL 4A 10/2017**

**Thema:**

Verwaltungsrat und Co-Aktionär einer Aktiengesellschaft mangels Subordinationsverhältnisses nicht Arbeitnehmer.



## **G. FALL 7: URTEIL 4A 10/2017**

### **Sachverhalt:**

- Baugeschäft B. SA mit Sitz im Kanton GE, gegründet durch L. und A.
- L. hält 51% der Aktien, ist VRP mit Einzelunterschrift.
- A. hält 49% der Aktien, ist Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift.
- B. SA hatte dem A. einen von L. unterzeichneten Brief mit dem Titel «Engagement», geschickt, Anstellung als Architekt mit Bruttolohn von CHF 7'200.00 (in zwölf mtl. Tranchen).
- Lohn wurde im Jahre 2012 auf CHF 9'200.00 und im Jahre 2014 auf CHF 10'000.00 erhöht, Sozialversicherungsbeiträge wurden jeweils abgezogen.
- Am 4. Juli 2014 informierte die B. SA den A., dass dessen Aktivität als Architekt per 31. August 2014 ende. Dieser klagt auf Lohn bis mutmasslicher gesetzl. Kündigungstermin.

## **G. FALL 7: URTEIL 4A 10/2017**

### **Erwägungen des BGer:**

- Lehrbuchartige Darstellung zur Frage, wann zwischen einer AG und ihren Organen ein Arbeitsverhältnis zustande kommt.
- Arbeitsvertrag unterscheidet sich von anderen Dienstleistungsverträgen (insb. Auftrag) durch Subordinationsverhältnis (E. 3.1); ArbN ist der Überwachung und den Weisungen des ArbG ausgesetzt.
- Rechtsbeziehungen zwischen jur. Person und Organen kann gesellschafts- und vertragsrechtlicher Doppelnatur sein. Tendenz, dass GL-Mitglieder durch Arbeitsvertrag und VR-Mitglieder durch Auftrag oder Vertrag *sui generis* gebunden (E. 3.1).
- Konkret: Minderheitsaktionär A. stand nicht unter Weisungsgewalt des Mehrheitsaktionärs L., d.h. war bei Gestaltung seiner Tätigkeit (u.a. Ferienbezug) frei, daher kein Arbeitsvertrag (E. 3.2).

Hinweis: Besprochen durch MARKUS VISCHER in AJP 2017 S. 1528



## H. **FALL 8: BGE 143 III 506**

### **Thema:**

Auf eine Teilklage im vereinfachten Verfahren ist eine negative Feststellungswiderklage zulässig, selbst wenn diese für sich alleine betrachtet ins ordentliche Verfahren fallen würde.



## H. **FALL 8: BGE 143 III 506**

### **Sachverhalt:**

- Kläger klagte beim BezGer Willisau gegen die A. Versicherung AG und forderte CHF 30'000.00 unter Nachklagevorbehalt.
- Mit der Klageantwort erhob die A. Versicherung AG Widerklage und beantragte, es sei gerichtlich festzustellen, dass sie nichts schulde.
- BezGer Willisau und Kantonsgericht Luzern traten auf die Widerklage nicht ein, weil sie deren Streitwert mit mindestens CHF 763'897.00 bezifferten.
- Art. 224 Abs. 1 ZPO: «Die beklagte Partei kann in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist.»

## H. **FALL 8: BGE 143 III 506**

### **Erwägungen des BGer:**

- Art. 224 Abs. 1 ZPO schliesst grundsätzlich aus, im vereinfachten Verfahren mittels Widerklage Ansprüche geltend zu machen, die aufgrund ihres Streitwerts im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind (E. 3).
- ABER: Negative Feststellungsklage als Reaktion auf eine echte Teilklage (= quantitativer Teilbetrag aus dem gesamten Anspruch) ist keine gewöhnliche Widerklage, weil kein von der Hauptklage unabhängiger Anspruch geltend gemacht wird (E. 4.3.3).
- Den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, dass die Möglichkeit der negativen Feststellungswiderklage durch Art. 224 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen werden sollte (E. 4.3.1).
- Konsequenz: Haupt- & Widerklage im ordentlichen Verfahren zu behandeln, Kläger verliert Vorteile des vereinfachten Verfahrens!

Hinweis: ROMUALD MAIER, Die negative Feststellungsteilwiderklage, AJP 2018 801

## I. **FALL 9: URTEIL 4A 7/2018 (AMTL. PUBL.)**

### **Thema:**

Eingeschränkte Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Ansprüche in der internen Schiedsgerichtsbarkeit.



## I. **FALL 9: URTEIL 4A 7/2018 (AMTL. PUBL.)**

### **Sachverhalt:**

- Fussballverein FC A. stellte im März 2015 B. als Fussballtrainer ein. Der Arbeitsvertrag enthielt die folgende Schiedsklausel:

«Bei Streitigkeiten aus diesem Vertrag ist die Kontroll- und Disziplinarkommission des SFV als Vermittlungsinstanz anzurufen. Kommt keine Einigung zustande, so unterstellen sich die Parteien vorbehaltlos der Gerichtsbarkeit des Tribunal Arbitral du Sport (TAS) mit Sitz in Lausanne (vgl. Art. 92, 94 und 95 der Statuten des SFV).»
- ArbN will Treffen mit Sportchef. Weil dieses nicht zustande kommt, verweigert er die Leitung von Training.
- ArbG kündigt ArbN im Februar 2016 fristlos, worauf dieser Klage beim Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt einreicht, da die Parteien über zwingende arbeitsrechtliche Ansprüche nach Art. 341 OR nicht frei verfügen könnten.
- Objektive Schiedsfähigkeit i.S.v. Art. 354 ZPO?

## **I. FALL 9: URTEIL 4A 7/2018 (AMTL. PUBL.)**

### **Art. 341 OR**

<sup>1</sup> Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten.

<sup>2</sup> [...]

### **Art. 354 ZPO**

Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder Anspruch sein, über den die Parteien frei verfügen können.

### **Art. 177 IPRG**

<sup>1</sup> Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder vermögensrechtliche Anspruch sein.

<sup>2</sup> [...]

## I. **FALL 9: URTEIL 4A 7/2018 (AMTL. PUBL.)**

### **Erwägungen des BGer:**

- Schutz der sozial schwächeren Partei (ArbN) gemäss Art. 341 OR muss im Rahmen der «freien Verfügbarkeit» nach Art. 354 ZPO ins Prozessrecht hinein «verlängert» werden (E. 2.3.3).
- Spaltung des Rechtswegs für zwingende & nicht zwingende Ansprüche? Sehr restriktiv und nur dann, wenn dies dem (hypothetischen) Parteiwillen entspricht (E. 2.3.4).
- Pönale wegen ungerechtfertigter Entlassung (Art. 337c OR) ist im Rahmen von Art. 341 Abs. 1 OR nicht (binnen-)schiedsfähig i.S.v. Art. 354 ZPO (E. 2.3.5). Zudem reichen die verweigerten Trainings nicht für eine fristlose Entlassung.
- Wichtiges obiter dictum: Rein schweizerisches Arbeitsverhältnis darf auch nicht durch sog. Opting-out (Art. 353 Abs. 2 ZPO) der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 177 Abs. 1 IPRG) unterstellt werden (E. 2.3.3).

**J. FALL 10: URTEIL 4A 207/2017**

**Thema:**

Voller 60 Überzeitstunden-Kredit nach Art. 13 Abs. 1 ArG im unterjährigen Arbeitsverhältnis (nicht bloss pro rata).





## **J. FALL 10: URTEIL 4A 207/2017**

### **Sachverhalt:**

- ArbN war ab August 2007 Geschäftsführer der X. AG, Anspruch auf Überstundenentschädigung nach Art. 321c OR ausdrücklich ausgeschlossen.
- Neuer schriftlicher Einzelarbeitsvertrag mit neuer Funktion (Projektleiter Infrastruktur) per Mai 2008, Anspruch auf Überstundenentschädigung nach Art. 321c OR erneut ausdrücklich ausgeschlossen.
- ArbN kündigt per 30. Mai 2010 und klagt in der Folge u.a. auf Auszahlung von Überstunden von CHF 98'736.00.
- Bezirksgericht Maloja weist Klage ab, während Kantonsgericht Graubünden Überzeitanspruch von CHF 77'737.05 als ausgewiesen erachtet.

## **J. FALL 10: URTEIL 4A 207/2017**

### **Art. 321c OR**

<sup>1 - 2</sup> [...]

<sup>3</sup> Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet [...], so hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst.

### **Art. 13 ArG**

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmern für die Überzeitarbeit einen Lohnzuschlag von wenigstens 25 Prozent auszurichten, dem Büropersonal sowie den technischen und andern Angestellten, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, jedoch nur für Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt.

<sup>2</sup> Wird Überzeitarbeit im Einverständnis mit dem einzelnen Arbeitnehmer innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen, so ist kein Zuschlag auszurichten.

## **J. FALL 10: URTEIL 4A 207/2017**

### **Erwägungen des BGer:**

- Unbestritten war, dass Tätigkeit als Geschäftsführer «höhere leitende Tätigkeit» i.S.v. Art. 3 lit. d ArG darstellt und ArbN erst ab Mai 2008 dem ArG unterstand.
- Art. 13 Abs. 1 ArG gestattet, bei bestimmten Berufsgruppen mit einer Wegbedingungsklausel neben Überstunden auch die ersten 60 Überzeitstunden auszuschliessen.
- Kontroverse, wie es sich mit diesem 60 Überzeitstunden-Kredit im unterjährigen Arbeitsverhältnis (insb. Eintritts- und Austrittsjahr) verhält, vom BGer unbewusst (?) geklärt: Stets voller 60 Überzeitstunden-Kredit pro Kalenderjahr.

**K. FALL 11: BGE 143 II 443**

**Thema:**

Gerechtfertigte fristlose Entlassung eines SBB-Angestellten nach 22 Dienstjahren wegen unzulässiger Internetnutzung / Verwertbarkeit eines unzulässigen Beweismittels.



## **K. FALL 11: BGE 143 II 443**

### **Sachverhalt:**

- ArbN hat 22 Jahre für die SBB gearbeitet, ohne dass es zu Beanstandungen gekommen ist.
- Software Bluecoat erkennt, dass Blog "tumblr.com" und zahlreiche Websites mit pornografischen und sexistischen Inhalten aufgerufen wurden (E. 5.2).
- SBB beschloss genauer zu suchen und entdeckte, dass ArbN während 18 Tagen am Arbeitsplatz rund 80 Stunden pornografische Internetseiten von teilweise strafbarem Charakter konsumiert hatte.
- Bei jedem Aufruf einer durch interne Regulierungen verbotenen Website wurde ArbN durch ein Pop-Up-Fenster darauf hingewiesen inkl. Link auf die internen Bestimmungen (E. 7.4).
- Fristlose Entlassung des ArbN, wobei SBB vor Analyse/Auswertung des Internetverkehrs weder Zustimmung des ArbN noch der Geschäftsleitung der SBB eingeholt hatten (Verstoss gg. Art. 57o RVOG).

## **K. FALL 11: BGE 143 II 443**

### **Erwägungen des BGer:**

- Fristlose Kündigung gerechtfertigt.
- Ins Gewicht fielen u.a. die Bedeutung eines untadeligen Rufs für die SBB als öffentliche Unternehmung sowie die Tatsache, dass ArbN bei jedem Aufruf mittels Pop-Up-Fensters auf Verstoss hingewiesen wurde.
- Obwohl die Datenerhebung nicht in jeder Hinsicht korrekt war, durfte aufgrund der vorzunehmenden Interessenabwägung zwischen der Wahrheitsfindung und dem Schutz der Privatsphäre auf den IT-Kontrollbericht abgestellt werden (E. 6.4). Anders dagegen BGE 139 II 7 («Tessiner Zivilschutzkommandant»).

Hinweis: Entscheid besprochen durch WILDHABER/HÄNSENBERGER,  
AJP 2017 1252 ff.

## **K. EXKURS: «MILDERE» BUNDESGERICHTSPRAXIS BEI FRISTLOSEN KÜNDIGUNGEN**

- Urteil 4A 559/2016 vom 18. Januar 2017 (heimliche Konkurrenzierung des Arbeitgebers)
- Urteil 4A 625/2016 vom 9. März 2017 (grobe Verkehrsregelverletzung durch Lastwagenchauffeur an Stoppsignal mit Personenschaden)
- Urteil 4A 157/2016 vom 30. Mai 2017 (Erstellung wahrheitswidriger Bankauszüge durch den Kundenberater einer Bank)
- Urteil 4A 35/2017 vom 31. Mai 2017 (Lehrerin, die nach dem Mutterschaftsurlaub nicht an Sitzungen zwecks ihrer Arbeitsplanung teilnahm)
- Urteil 4A 177/2017 vom 22. Juni 2017 (angeblich versehentliche Mitnahme von je zwei Packungen Vollkorncrackers und Aufschnitt durch eine Kassiererin)
- Urteil 4A 112/2017 vom 30. August 2017 (Krankenpflegerin, die ihre Aufsichtspflicht in der Nacht durch Rückzug in den Pausenraum verletzte)
- Urteil 4A 287/2017 vom 13. Oktober 2017 (Vorgesetzter, der die Konkurrenzierung durch einen ihm unterstellten Mitarbeiter nicht meldete)
- Urteil 8C 800/2016 vom 12. Dezember 2017 (Betreibungsbeamtin, die auf Facebook über einen Vorgesetzten lästerte)



## Dr. Urs Marti

Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Partner bei Kellerhals Carrard Bern KIG

Als Fachanwalt SAV Arbeitsrecht ist Urs Marti Spezialist für sämtliche arbeitsrechtlichen Fragestellungen (individuelles und kollektives Arbeitsrecht sowie öffentliches Personalrecht). Er verfügt zudem über breite Erfahrung in allen Bereichen des Vertragsrechts und im Handelsrecht. Neben der Rechtsberatung von Unternehmen und Privatpersonen bilden die persönliche Begleitung und Vertretung seiner Klienten in gerichtlichen Auseinandersetzungen einen Schwerpunkt seiner Tätigkeit.

Effingerstrasse 1  
Postfach  
3001 Bern

Telefon +41 58 200 35 28  
[urs.marti@kellerhals-carrard.ch](mailto:urs.marti@kellerhals-carrard.ch)

Siehe auch [Website](#).

### Basel

Hirschgässlein 11  
Postfach 257  
CH-4010 Basel  
Tel. +41 58 200 30 00  
Fax +41 58 200 30 11

### Bern

Effingerstrasse 1  
Postfach  
CH-3001 Bern  
Tel. +41 58 200 35 00  
Fax +41 58 200 35 11

### Lausanne

Place Saint-François 1  
Postfach 7191  
CH-1002 Lausanne  
Tel. +41 58 200 33 00  
FAX +41 58 200 33 11

### Lugano

Via Luigi Canonica 5  
Postfach 6280  
CH-6901 Lugano  
Tel. +41 58 200 31 00  
Fax +41 58 200 31 11

### Sion

Rue du Scex 4  
Postfach 317  
CH-1951 Sion  
Tel. +41 58 200 34 00  
Fax +41 58 200 24 11

### Zürich

Rämistrasse 5  
Postfach  
CH-8024 Zürich  
Tel. +41 58 200 39 00  
Fax +41 58 200 39 11