

SML Essentials 07

Arbeitsrechtliche Aspekte für Vorgesetzte

Lösungsvorschläge und Hinweise zu den Fällen

LÖSUNGEN FALLBEISPIELE

Hier finden Sie alle Lösungsvorschläge und Hinweise zu den Fällen 1 bis 6.

1. Personalsuche und Auswahl: Bewerbung, Interview, Entscheid
2. Arbeit und Freizeit: Überstunden, Überzeit, Ruhezeit
3. Urlaub und Auszeit: Ferien, Feiertage, unbezahlter Urlaub
4. Fehlverhalten und Fairness: Loyalität, Sorgfalt, Transparenz
5. Mobbing und Krankheit: Wertschätzung, Fürsorge, Vorsorge
6. Stellenwechsel und Entlassung: Arbeitsleistung, Kündigung, Freistellung

1. PERSONALSUCHE UND AUSWAHL BEWERBUNG, INTERVIEW, ENTSCHEID

Lösungshinweise zum Fall 1 «Sicherheitsbeauftragte oder - beauftragter gesucht», S. 16

Frage 1

Fragestellung

Warum hat die Personalabteilung darauf bestanden, die Bewerberin einzuladen, wenn doch schon klar ist, dass sie die Stelle wohl kaum bekommt?

Antwort:

Wenn man die einzige Frau unter mehreren gleich qualifizierten Stelleninteressierten nicht einmal zum Interview einlädt, ist dies ein starkes Indiz für eine Geschlechterdiskriminierung und erleichtert der abgelehnten Bewerberin den Beweis, dass sie die Stelle nicht erhalten hat, weil sie eine Frau ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 und 4 sowie Art. 8 GIG).

Wird eine Ablehnung einer Anstellung aufgrund einer familiären Situation der Person getroffen, kann es sich dabei um eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts handeln. Wird z.B. eine Frau nicht eingestellt, weil sie Mutter ist oder bald Kinder haben möchte, ist dies eine Geschlechterdiskriminierung (vgl. Art. 3 GIG). Ausnahmen können allein durch besondere Anforderungen des Jobs gerechtfertigt werden, wie z.B. häufige Reisetätigkeit ohne mögliche Rückkehr an den Wohnort, unregelmässige Arbeitszeiten, Nachtarbeit, Umgang mit Gefahrenstoffen am Arbeitsplatz.

Frage 2

Fragestellung

Wäre die Situation gleich zu beurteilen, wenn qualifizierte Bewerbende nicht durch das Geschlecht, sondern wegen Hautfarbe, Herkunft oder eines chronischen Leidens (z.B. Diabetes) auffallen?

Antwort:

In der Schweiz ist gesetzlich explizit nur die Diskriminierung wegen des Geschlechts im Gleichstellungsgesetz verboten. Es gibt Abgewiesenen das Recht, eine Begründung der Nichtanstellung zu verlangen, und regelt spezifische finanzielle Sanktionen bei diskriminierender Nichtanstellung (Art. 8 GIG). Auch das Freizügigkeitsabkommen mit der EU verbietet die Diskriminierung von Arbeitnehmenden bzw. Bewerbenden aus der EU gegenüber schweizerischen Personen (Art. 2 i.V.m. Art. 7 und 9 Anhang I FZA).

Arbeitgebende dürfen aber auch aufgrund eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes die Persönlichkeit der (potentiellen) Beschäftigten nicht verletzen. So hat eine Bewerberin vom Arbeitsgericht in Lausanne eine Genugtuung von CHF 5'000 wegen Persönlichkeitsverletzung zugesprochen erhalten, weil sie allein wegen ihrer schwarzen Hautfarbe nicht als Nachtwache in einem Altersheim angestellt wurde. Das Gericht sah keine genügende Rechtfertigung darin, dass die Heimleitung die Absage damit begründete, die Heimbewohner hätten Angst vor einer schwarzen Nachtwache.

Demnach sind Nichtanstellungen allein wegen Hautfarbe, Herkunft, Religion etc. Persönlichkeitsverletzungen, sofern sie nicht durch überzeugende betriebliche Gründe gerechtfertigt sind. Auch Nichtanstellungen wegen vorbestehenden Krankheiten bzw. Krankheitsdispositionen sind Persönlichkeitsverletzungen, wenn sie keine Auswirkung auf die Arbeitsleistung haben. Da solche Absagen gegenüber Stellenbewerbenden aber nicht begründet werden müssen, ist es für Betroffene in der Praxis regelmässig sehr schwierig, solche Diskriminierungen beweisen zu können.

Es ist jedenfalls darauf zu achten, dass die Neubesetzung von Stellen nicht nur bezüglich Geschlecht, sondern auch in Bezug auf andere mit Vorurteilen behaftete Merkmale diskriminierungsfrei abläuft.

Frage 3**Fragestellung**

Dürfen Sie Ihren Tennispartner fragen, wie der erwähnte Textbaustein in Zeugnissen seiner Firma zu verstehen ist (ohne den Namen des Bewerbers zu nennen)?

4 1. Personalsuche und Auswahl

Antwort:

Wenn Sie die Frage in der geschilderten Form stellen, kann Ihr Tennispartner sehr wahrscheinlich Rückschlüsse auf die betreffende Person ziehen, ohne dass Sie ihren Namen nennen. Auch in einem solchen Fall sollte daher eine Einwilligung für das Einholen einer Auskunft eingeholt werden – oder besser gleich die Frage unterlassen werden, denn Bewerbende müssen darauf vertrauen können, dass nur Informationen an eine künftige Arbeitgeberin gelangen, zu deren Einholung ihr Einverständnis vorliegt. Das Einholen von Referenzauskünften ohne Einwilligung der Bewerberin / des Bewerbers gilt als Persönlichkeitsverletzung. Zudem soll die Referenz bei der angegebenen Referenzperson eingeholt werden und nicht bei anderen Personen der Firma. Wenn Sie ohne Erlaubnis Inhalte aus einem Arbeitszeugnis an eine Drittperson weitergeben, verletzen Sie auch das Prinzip der Vertraulichkeit und des Datenschutzes während der Stellenbewerbung (Art. 328 und Art. 328b OR).

Beispielsweise darf auch das «Ausspionieren» von Personen im Bewerbungsverfahren auf Google oder in Social Media nicht ohne Einwilligung erfolgen, weil die dort aufgeführten Angaben nur für persönliche, nicht berufliche Kontakte gedacht sind.

Frage 4

Fragestellung

Dürfen Sie im Interview nachfragen, was die Bewerberin mit «familiären und gesundheitlichen Gründen» meint?

Antwort:

Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes dürfen Fragen, die das Privatleben betreffen (z.B. Hobbies, Parteizugehörigkeit, Lebenspartner/in etc.), nicht gestellt werden und müssen von den Bewerberinnen und Bewerbern u.U. auch nicht wahrheitsgemäss beantwortet werden (Art. 28 ZGB, Art. 328 OR).

Fragen zum gesundheitlichen Zustand oder zu Vorstrafen dürfen nur gestellt werden, wenn und soweit dies für die künftige Stelle von Bedeutung ist (z.B. Allergien beim Umgang mit bestimmten Stoffen oder Verkehrsbussen bei einem Chauffeur). Eine vertrauensärztliche Abklärung für die Krankentaggeld-Versicherung oder Pensionskasse fällt nicht unter diesen Vorbehalt.

Im Interview soll man nicht nach Zivilstand, Kindern oder Schwangerschaft fragen. Solche Fragen müssten nach fast einhelliger Lehrmeinung auch nicht wahrheitsgemäss beantwortet werden, sofern nicht ein klarer Bezug zur Arbeit (z.B. gefährliche Arbeiten für das Ungeborene) besteht. Erlaubt sind aber Fragen, um die zeitliche Flexibilität abzuklären, wenn dies für die geplante Arbeit nötig ist.

Spricht aber die sich bewerbende Person von sich aus die «familiäre oder gesundheitliche» Situation an, dürfen sich zukünftige Vorgesetzte nach einer Präzisierung erkundigen.

Frage 5

Fragestellung

Müssen der Bewerberin die Flugkosten für die Teilnahme am Bewerbungsgespräch erstattet werden?

Antwort:

Die Kostentragung der Spesen für das Vorstellungsgespräch kann unter den Parteien vereinbart werden.

Ist nichts abgemacht worden, trägt jede Partei ihre Kosten selber, wie es bei Vertragsverhandlungen üblich ist, wie das Bundesgericht entschieden hat (Urteil vom 17.11.2005 4C.247/2005, E.3.1). Mussten Bewerbenende allerdings grössere Auslagen (wie Flugkosten, Zugbillet für längere Strecken und ev. Übernachtung) auf sich nehmen und können sie glaubhaft machen, dass ein Vertragsschluss schon zu Beginn der Verhandlungen von Arbeitgeberseite ausgeschlossen war, bestehen gute Chancen, dass ihnen diese Spesen mit Berufung auf Treu und Glauben zugesprochen werden.

2. ARBEIT UND FREIZEIT

ÜBERSTUNDEN, ÜBERZEIT, RUHEZEIT

Lösungshinweise zum Fall 2 «Verkaufsleiter am Anschlag», S. 26

Frage 1

Fragestellung

Hat Tom Anspruch auf Bezahlung der zusätzlich zu den 42 Wochenstunden geleisteten Arbeitszeit, obwohl er mit dem Vertrag einverstanden war?

Antwort:

Über die Höchstarbeitszeiten des Arbeitsgesetzes hinaus darf nur ausnahmsweise und nur aus spezifischen Gründen gearbeitet werden (= Überzeit, Art. 12 ArG). Es besteht nach Art. 13 ArG auch dann eine Lohnzahlungspflicht mit Zuschlag, wenn (nach OR zulässig) schriftlich vereinbart wurde, dass im Lohn allfällige Mehrarbeit eingeschlossen ist. Bei gewissen Arbeitnehmenden-Kategorien gilt dies nur für Überzeit von mehr als 60 Stunden pro Jahr. In einem Fall (wie dem geschilderten) hat das Bundesgericht daher den Betrieb verpflichtet, für die Überzeit ab der 61. Stunde pro Kalenderjahr den Lohn zuzüglich 25% zu bezahlen (BGE 126 III 337).

Voraussetzung für die Geltendmachung von Ansprüchen ist immer, dass man auch beweisen kann, wie viele Stunden man gearbeitet hat. Gibt es im Betrieb kein Zeiterfassungssystem, ist den Arbeitnehmenden zu empfehlen, ihre Überstunden aufzulisten und das Dokument regelmässig der vorgesetzten Person abzugeben.

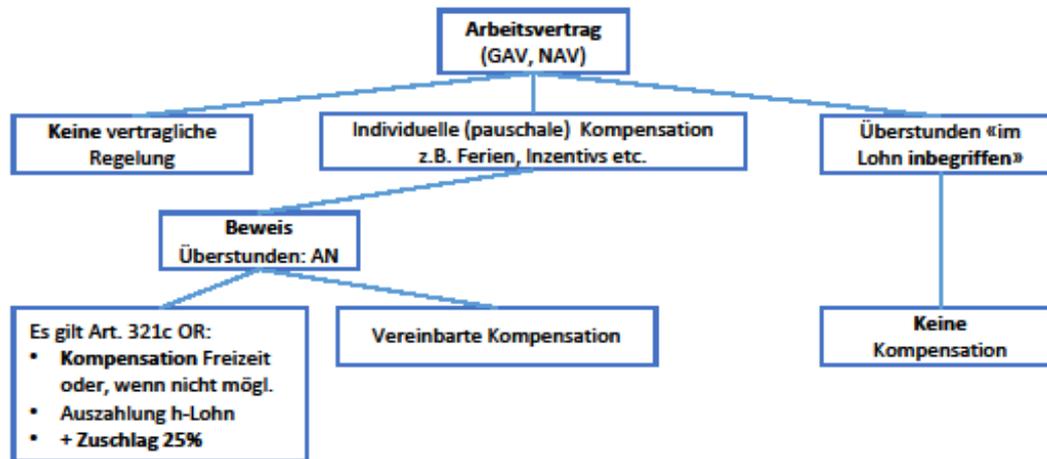
Die Unternehmen der Privatwirtschaft sind laut Arbeitsgesetz dafür verantwortlich, dass von allen Arbeitnehmenden, welche nicht «höhere leitende Angestellte» (d.h. allerobere Firmenleitung) sind, die gesetzlich zulässigen Arbeits- und Ruhezeiten eingehalten sowie Dauer und Lage der effektiven Arbeitszeiten dokumentiert werden (Art. 46 ArG und Art. 73 ArGV1). Diese Unterlagen können die Arbeitsinspektorate jederzeit zur Kontrolle verlangen. Unternehmen, welche diese Dokumente nicht vorlegen können, riskieren Bussen.

Ausnahmen von dieser Erfassungspflicht sind seit 2016 nur unter engen Voraussetzungen zulässig: Einerseits kann aufgrund eines Gesamtarbeitsvertrages

(GAV) und mit schriftlicher Zustimmung der einzelnen Arbeitnehmenden von der Erfassung der Arbeitszeit gänzlich abgesehen werden. Das ist aber nur für Angestellte mit einem Bruttojahreseinkommen von mehr als CHF 120'000 möglich, welche bei ihrer Arbeit über eine grosse Gestaltungs- und Zeitautonomie verfügen. Andererseits kann für solche Arbeitnehmende auch ohne GAV eine vereinfachte Arbeitszeiterfassung eingeführt werden, so dass nur die tägliche Arbeitszeit erfasst werden muss, nicht aber Beginn und Ende der erbrachten Tagesarbeit (Art. 73a und Art 73b ArGV1).

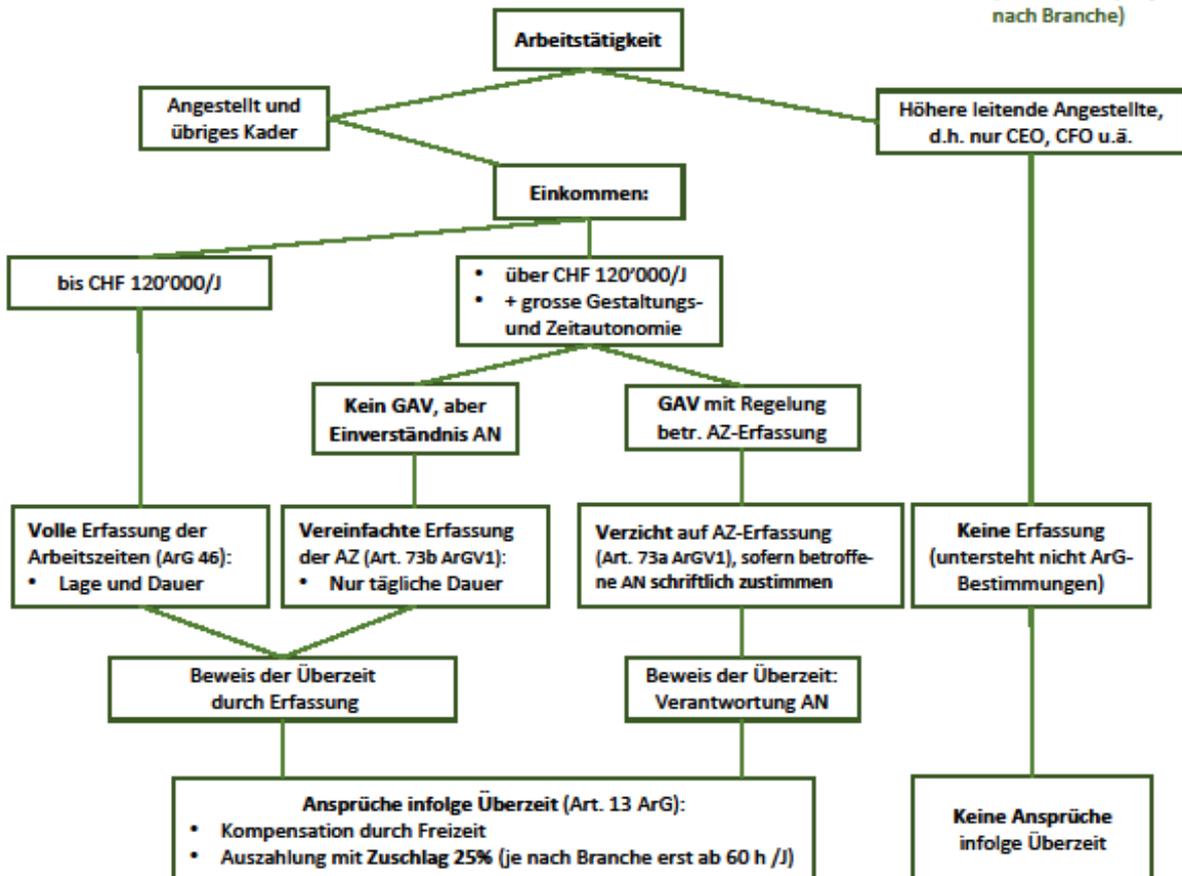
A. Ansprüche aus Überstunden

Überstunden = mehr als abgemacht



B. Arbeitszeiterfassung und Ansprüche aus Überzeit

Überzeit = h über
Höchstarbeitszeit
(45 h bzw. 50/W je
nach Branche)



Frage 2

Fragestellung

Von Nacht- und Sonntagsarbeit steht nichts im Vertrag. Steht Tom dafür ein Lohnzuschlag zu?

Antwort:

Selbst wenn beide Seiten einverstanden wären, dürfen sie von den zwingenden Vorschriften des Arbeitsgesetzes ArG (wie Arbeits- und Ruhezeiten, Gesundheitsschutz) nicht abweichen. Die Einhaltung dieser Bestimmungen wird von den kantonalen Arbeitsinspektoraten überwacht.

Frage 3

Fragestellung

Kann der Betrieb für das Burnout verantwortlich gemacht werden?

Antwort:

Wenn der Arbeitnehmende einen direkten Zusammenhang zwischen Erkrankung und mangelndem Gesundheitsschutz durch den Arbeitgeber nachweisen kann, ist es durchaus möglich, dass das Unternehmen für die finanziellen Folgen des Burnouts haftbar gemacht werden kann. Das Obligationenrecht schreibt in Art. 328 OR vor, dass der Arbeitgeber gebührend auf die Gesundheit des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen hat. Tut er dies nicht, liegt eine Verletzung der Fürsorgepflicht vor (s.a. «Arbeitsrechtliche Aspekte für Vorgesetzte», S. 56 ff.). Im privaten Arbeitsverhältnis können bei nachweisbarer Verletzung der Fürsorgepflicht Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung geltend gemacht werden (Art. 97 OR).

Frage 4

Fragestellung

Hätte sich Tom anders verhalten sollen?

Antwort:

Tom hätte schon früher wegen seiner Überbelastung beim Arbeitgeber intervenieren sollen. Wenn Tom seine Überbeanspruchung nie vorgebracht hat, obwohl ihm dies zumutbar gewesen wäre, könnte ein Gericht diese Unterlassung als Mitverschulden interpretieren. Bei einer Haftungsklage könnte dies zu einer Haftungsreduktion führen.

Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR können Arbeitnehmende den Arbeitgeber mahnen, wenn Vorschriften über die Gesundheitsvorsorge am Arbeitsplatz verletzt werden. Erfolgt darauf keine Verbesserung, kann eine Anzeige an das zuständige Arbeitsinspektorat erfolgen (Art. 54 ArG). Eine Überzeit von 180 Stunden liegt über der gemäss ArG nur in Ausnahmefällen erlaubten Überzeit von 170 Stunden bzw. 140 Stunden (Art. 11 bis 13 ArG).

3. URLAUB UND AUSZEIT

FERIEN, FEIERTAGE, UNBEZAHLTER URLAUB

Lösungshinweise zum Fall 3 „Keine Skitour für Teilzeit-Studentin?“, S. 34

Frage 1

Fragestellung

Wieviel Ferien pro Jahr stehen Tanja Moll mit ihrem Teilpensum überhaupt zu?

Antwort:

Auch mit einem 60%-Pensum muss Tanja Moll die Möglichkeit haben, für 4 Wochen pro Jahr in die Ferien zu gehen, wobei die Anzahl Ferientage von der gewöhnlichen Anzahl Arbeitstage pro Woche abhängt. Eine Woche Ferien bei fünf ganzen Arbeitstagen pro Woche ergibt fünf Ferientage. Vier Wochen Ferien entsprechen bei einem 100%-Pensum 20 Ferientagen pro Jahr. Umgerechnet auf das Pensum von Tanja Moll mit 3 Arbeitstagen pro Woche ergibt dies 12 volle Ferientage pro Jahr. Auch bei Teilpensen gilt der Grundsatz, dass Arbeitnehmende pro Jahr mindestens 2 Wochen Ferien am Stück beziehen müssen (Art. 329c Abs. 1 OR).

Frage 2

Wieviel Ferientage werden bei ihren Pfingstferien angerechnet?

Antwort:

Drei Ferientage, nämlich Dienstag und Freitag vor Pfingsten sowie Pfingstmontag, muss sich Tanja Moll anrechnen lassen. Im Kanton Solothurn gilt der Pfingstmontag nicht als gesetzlich anerkannter Feiertag, sofern der Betrieb nichts anderes vorsieht. Da Tanja Molls Arbeitstage fix auf Montag, Dienstag und Freitag verteilt sind, zählt der Pfingstmontag also als normaler Arbeitstag.

Für Betriebe in anderen Regionen könnte das Resultat allerdings 2 Tage heissen, da der Pfingstmontag dort ein dem Sonntag gleichgestellter Feiertag ist (vgl. z.B.

www.feiertagskalender.ch).

Frage 3

Durfte ihr neuer Chef verlangen, dass sie auf die Skitourenwoche verzichtet?

Antwort:

Ja. Wenn die betrieblichen Interessen überwiegen, was hier der Fall war, darf die Arbeitgeberin den Zeitpunkt der Ferien bestimmen bzw. Ferien verschieben (Art. 329c Abs. 2 OR). Eine Verschiebung der Ferien aus einem dringenden und unvorhergesehenen, betrieblichen Bedürfnis ist möglich; in Ausnahmefällen ist sogar ein Rückruf aus den Ferien zulässig. Dem Arbeitnehmer ist dann allerdings der entstandene Schaden vom Arbeitgeber zu ersetzen (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Kommentar zu Art. 329c, N7). Wenn vom Betrieb zudem Betriebsferien rechtzeitig angekündigt worden sind, haben Arbeitnehmende ihre Ferien möglichst in diesem Zeitraum zu beziehen, ausser die Betriebsferien fallen für Personen mit Familienpflichten in eine ungeeignete Zeit (z.B. ausserhalb der Schulferien), denn Arbeitgebende müssen möglichst auch auf die Bedürfnisse ihrer Mitarbeitenden Rücksicht nehmen (Art. 329c OR).

Eine Ausnahme kann ebenfalls bei Arbeitnehmenden in Absprache erfolgen, sofern sie intensiv einen Wintersport betreiben sowie an Wettkämpfen teilnehmen und aus diesem Grund die Ferien im Winter beziehen möchten. Dies dürfte jedoch bei Tanja Moll nicht der Fall sein.

Frage 4

Muss man ihr bei weiterbestehendem Arbeitsverhältnis für die Hochzeiten im Herbst frei geben, auch wenn ihr Ferienanspruch aufgebraucht ist?

Antwort:

Arbeitnehmende haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Vorbezug der Ferien.

Die Hochzeiten müssen das «Ferienbudget» von Tanja Moll nicht belasten und sind zu gewähren, wenn ein/e nahe/r Verwandte/r heiratet. Ein solcher Anlass berechtigt zu sog. besonderer Freizeit (s. «Arbeitsrechtliche Aspekte für Vorgesetzte» S. 31 und 32). Andernfalls könnte aus Gründen der Fairness – auch wenn es sich nicht um ein familiäres Ereignis handelt - ein gewisses Entgegenkommen von der Arbeitgeberin erwartet werden, sofern entsprechende Abwesenheiten nicht übermässig beantragt

wurden. Ob für diese Freitage Lohn geschuldet ist, kann – sofern nicht bereits betrieblich geregelt – im Einzelfall bestimmt werden.

Frage 5

Darf das Unternehmen Tanja Moll die infolge Kündigung verbleibenden Ferientage ausbezahlen?

Antwort:

Grundsätzlich gilt das Abgeltungsverbot: Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden (Art. 329d Abs. 2). Eine finanzielle Abgeltung der Ferien ist nur ausnahmsweise möglich, wenn Ferien vor Ende des Arbeitsverhältnisses nicht mehr bezogen werden können. Im vorliegenden Fall kann Tanja Moll die Ferien wahrscheinlich noch beziehen, zumal in den letzten zwei Wochen im Juli sowieso die üblichen Betriebsferien anstehen. Somit ist in diesem Fall eine Auszahlung von Ferientagen nicht zulässig.

4. FEHLVERHALTEN UND FAIRNESS

LOYALITÄT, SORGFALT, TRANSPARENZ

Lösungshinweise zum Fall «Geht Manuel fremd?», S. 48

Frage 1

Fragestellung

Mit welchem Verhalten hat Manuel seine Treuepflicht gegenüber Oifis verletzt?

Antwort:

Als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin hat man eine Treuepflicht und darf den Interessen des Unternehmens nicht zuwiderhandeln (Art. 321a OR), d.h., man darf keine Geschäftsgeheimnisse ausplaudern oder sich abschätzig über den Betrieb äussern. Eine Kündigung der Firma gegenüber Manuel wäre berechtigt, da er seine Pflichten als Arbeitnehmer verletzt hat. Wenn er die Kündigung als missbräuchlich gerichtlich anfechten will, müsste er das Gegenteil beweisen.

Fährt Manuel an einem Sonntag das Geschäftsauto, verletzt er ziemlich sicher die Auflage, dieses nur für geschäftliche Zwecke zu benutzen. Arbeitnehmende müssen das Eigentum der Firma respektieren und sorgfältig damit umgehen (Art. 321a Abs. 2 OR). Sie dürfen Firmeneigentum nur in dem Umfang benützen oder verbrauchen, wie ihnen dies erlaubt ist. Bei Manuel ist dies nicht der Fall, wenn er an jenem Sonntag nicht eine Fahrt im Interesse der Firma unternommen hat, was er beweisen müsste.

Man darf seinem Arbeitgeber nicht Konkurrenz machen oder ihm anderswie wirtschaftlich schaden (Art. 321a Abs. 3 OR). Manuel verletzt die Treuepflicht gegenüber der Oifis AG, wenn er auch noch für eine andere Firma arbeitet und dafür keine Erlaubnis der Oifis AG hat. Es wäre aber noch zu klären, ob seine Rolle tatsächlich einem Unternehmensberater entsprach oder ob er dem Startup-Unternehmer nur einmal einen Tipp unter Freunden ohne Entgelt geben hat, was noch nicht als Verstoss gegen die Treuepflicht gelten würde.

Frage 2

Fragestellung

Würden Sie Dario empfehlen, Manuel mit seinen Beobachtungen zu konfrontieren?

Antwort:

Ein Mitglied des Kaders ist verpflichtet, in *seinem* Verantwortungsbereich gegen unlautere Machenschaften seiner Mitarbeitenden vorzugehen. Eine Pflicht gegen gleich- oder höhergestellte Firmenangehörige vorzugehen, besteht aber nicht (BGE 113 IV 68). Da Dario nicht der Vorgesetzte von Manuel ist, sondern ihm hierarchisch gleichgestellt ist, ist er nicht verpflichtet, ihn auf ein (mögliches) Fehlverhalten hinzuweisen und der Sache nachzugehen.

Frage 3

Fragestellung

Dario könnte seinem Vorgesetzten Meldung machen, er weiss aber, dass dieser mit Manuel «unter einer Decke steckt». Soll er stattdessen den Anwalt, der die Firma Oifis rechtlich berät, kontaktieren?

Antwort:

Dario ist zwar nicht verpflichtet (s. Antwort 2), aber berechtigt, im Interesse seiner Arbeitgeberin zu handeln und die Sache weiter zu verfolgen.

Wenn sich Dario an den Firmenanwalt wendet, kann ihm dies nicht zum Vorwurf gemacht werden, selbst wenn sich die Vorwürfe gegenüber Manuel später nicht erhärten. Der Firmenanwalt ist kein Externer, sondern eine Vertrauensperson und an die Schweigepflicht gebunden (Bundesgericht 4A_2/2008).

Frage 4

Fragestellung

Verstösst Dario gegen seine Treuepflicht, wenn er die Sache auf sich beruhen lässt?

Antwort:

Nein, da er nur verpflichtet ist, gegen Missbräuche seiner eigenen Untergebenen vorzugehen (Antwort 2).

Frage 5

Fragestellung

Darf die Betriebsleitung die Mails von Manuel auf unerlaubte Tätigkeiten hin abchecken lassen?

Antwort:

Zum Eigentum des Unternehmens gehört auch die Telefon- und IT-Infrastruktur. Der Arbeitgeber kann entscheiden, ob und in welchem Umfang die Arbeitnehmenden diese zu privaten Zwecken nutzen dürfen. Er darf auch Weisungen erlassen, dass Social Media ausschliesslich zu privaten Zwecken und Mobiltelefone nur in privaten Notfällen benutzt werden dürfen, da die Arbeitszeit grundsätzlich im Interesse des Unternehmens zu verwenden ist.

Will das Unternehmen *überprüfen*, ob die Nutzungsweisungen eingehalten werden, ist nicht alles erlaubt; Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden und Datenschutz sind so weit wie möglich zu wahren (Art. 26 ArGV3, Art. 328b OR). Die Kontrollrechte der Arbeitgeberin gehen auch nur so weit, wie sie durch ihre Interessen gerechtfertigt sind. Es dürfen z.B. keine Spionprogramme («Spyware» und «Compliance Software») eingesetzt werden. Stichproben dürfen nur anonym und nach vorgängiger Information der Mitarbeitenden vorgenommen werden. Bestehen Anhaltspunkte für Missbräuche (wie hier bei Manuel), darf das Unternehmen eine Untersuchung vornehmen; dies am besten in Anwesenheit der kontrollierten Person.

5. MOBBING UND KRANKHEIT

WERTSCHÄTZUNG, FÜRSORGE, VORSORGE

Lösungshinweise zum Fall «Streit im Labor», S. 58

Frage 1

Fragestellung

Ist das tatsächlich Mobbing, was Ernst Adler schildert?

Antwort:

Nicht jede Kritik an den Leistungen oder am Verhalten von Mitarbeitenden ist Mobbing (systematisches, über längere Zeit andauerndes und ohne begründeten Anlass erfolgendes Ausgrenzen) oder Bossing (solches Verhalten von Vorgesetzten). Die Äusserungen von Karl Schüssler bezüglich Leistungen und Verhalten von Ernst Adler sind möglicherweise berechtigt; er bringt sie aber nicht sachlich und im geeigneten Umfeld vor. Ernst Adler fühlt sich ausgegrenzt und leidet seit längerer Zeit darunter, so dass zweifellos eine Situation vorliegt, in welcher eine Arbeitgeberin nicht tatenlos zusehen darf und aufgrund ihrer Fürsorgepflicht aktiv werden muss.

Frage 2

Fragestellung

Was hätten Sie in der Situation von Ernst Adler unternommen?

Antwort:

Eine erneute Kontaktaufnahme mit der Personalabteilung sollte nicht ausgeschlossen werden, um mitzuteilen, dass sich die Situation verschlechtert hat und nichts unternommen wurde. Zusätzlich oder alternativ könnte sich Ernst Adler auch an die vorgesetzte Person von Karl Schüssler wenden und diese über die Vorkommnisse informieren sowie Massnahmen zur Konfliktlösung verlangen. In jedem Fall sollte die Kommunikation am besten schriftlich festgehalten und z.B. der E-Mail-Verkehr aufbewahrt werden.

Weiter gibt es auch die Möglichkeit, sich an externe Beratungsstellen zu wenden und sich im Internet über Möglichkeiten bei arbeitsrechtlichen Konflikten zu informieren (vgl. die im Ratgeber «Arbeitsrechtliche Aspekte für Vorgesetzte» im Literaturverzeichnis unter D. aufgeführten Websites).

Frage 3

Fragestellung

Hätte die Personalabteilung reagieren müssen? Wenn ja, wie?

Antwort:

Fallen Mitarbeitende durch häufige Absenzen oder ungewohntes Verhalten auf, sollen sie schonend danach gefragt werden, ob dies mit der Arbeitssituation zu tun habe, damit allfällige Massnahmen getroffen werden können (ArGV3).

Arbeit darf weder die Sicherheit noch die körperliche und seelische Gesundheit der Arbeitnehmenden beeinträchtigen (Art. 82 UVG, Art. 6 ArG). Arbeitgebende haben eine gesetzliche Fürsorgepflicht (Art. 328 OR), d.h., Vorgesetzte – und im vorliegenden Fall auch HR-Verantwortliche – müssen sich um das Wohl der Mitarbeitenden am Arbeitsplatz kümmern und sollen Überarbeitung verhindern, den Mitarbeitenden gegenüber fair sein und Wertschätzung zeigen.

Im Fall einer vermuteten Konfliktsituation – und wenn ein Verdacht auf Mobbing oder Bossing (Mobbing durch Vorgesetzte) besteht – gibt es viele Möglichkeiten zur Intervention und Prävention. Diese Massnahmen können innerbetrieblich erfolgen und/oder durch eine Mediation und den Beizug von unabhängigen Drittpersonen. Grössere Unternehmen können interne Anlaufstellen ausserhalb der Firmenhierarchie schaffen, welche Vertraulichkeit garantieren. Im vorliegenden Fall wären sicher Einzelgespräche mit den Beteiligten und allenfalls den Arbeitskollegen und -kolleginnen sowie auch die Aufklärung von Karl Schüssler über seine Fürsorgepflichten gegenüber seinen Mitarbeitenden ratsam (vgl. auch STEIGER-SACKMANN SABINE, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Zürich 2013, S. 159 - 180).

Frage 4

Fragestellung

Kann Ernst Adler rechtliche Ansprüche stellen? Wenn ja, gegenüber wem? Welche?

Antwort:

Nehmen Unternehmen ihre Fürsorgepflicht gegenüber den Arbeitnehmenden nicht wahr, kann dies Haftungsfolgen haben. Insbesondere eine ärztlich attestierte «arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit» deutet auf eine körperliche oder psychische Erkrankung in Folge von Konflikten, Schikanen oder Mobbing hin. Ernst Adler könnte den Betrieb oder den Vorgesetzten persönlich für finanzielle Schäden (z.B. Franchise und Selbstbehalt für medizinische Behandlung) haftbar machen und Genugtuung infolge Diskriminierung wegen des Alters und der Herkunft verlangen. Er könnte auch eine Anzeige ans Arbeitsinspektorat in Betracht ziehen, damit dieses künftig für Verbesserungen im Betrieb sorgt, wenn schon die Personalabteilung nichts unternimmt.

Im Fall seiner Arbeitskollegin ist es so, dass ein Unternehmen aufgrund des Gleichstellungsgesetzes bereits dann zu einer Entschädigung wegen sexueller Belästigung (wie z.B. unerwünschte Körperkontakte, anzügliche Bemerkungen, pornografische Darstellungen) verurteilt werden kann, wenn es nicht nachweisen kann, dass angemessene Massnahmen zur Verhinderung sexueller Belästigungen getroffen worden sind.

6. STELLENWECHSEL UND ENTLASSUNG

ARBEITSLEISTUNG, KÜNDIGUNG, FREISTELLUNG

Lösungshinweise zum Fall «Entlassung durch die neue Teamleiterin», S. 68

Frage 1

Fragestellung

Muss man die Meinung von Stefan zu den Vorwürfen einholen?

Antwort:

Im schweizerischen Arbeitsrecht besteht kein Recht auf Anhörung vor der Kündigung. Eine Anhörung eines Mitarbeiters empfiehlt sich allerdings bei langjährigen älteren Mitarbeitenden. Das Bundesgericht hat nämlich in zwei Entscheiden Kündigungen ohne Anhörung bei älteren Arbeitnehmenden als missbräuchlich eingestuft, die langjährig im Betrieb angestellt waren und kurz vor der Pensionierung standen (BGE 132 III 115, E. 5 und BGer 4A_384/2014).

Keine missbräuchliche Kündigung liegt vor, wenn der Arbeitgeber den Angestellten nicht über seine Kündigungsabsicht informiert und anhört oder jegliches Gespräch darüber verweigert (BGer 4C.174/2004). Gemäss Bundesgericht handelt es sich dabei um «bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten», das straflos bleibt.

Da das Alter von Stefan nicht bekannt ist, mag eine missbräuchliche Kündigung aufgrund des hohen Alters ausgeschlossen werden. Ob mit der Anstellungsdauer von sechs Jahren schon von einem langjährigen Arbeitsverhältnis gesprochen werden kann, ergibt sich weder aus Gesetz noch Rechtsprechung. Stefan könnte sich also nicht auf eine klare Rechtslage berufen. Will er dennoch wegen der fehlenden Anhörung die Kündigung als missbräuchlich anfechten, hätte er ein hohes Prozessrisiko.

Werden im Lauf eines Arbeitsverhältnisses mehrere Ermahnungen zu angemessenerem Verhalten und besserer Leistung ausgesprochen, ist es in der

Regel angebracht, den betroffenen Mitarbeitenden dazu Stellung nehmen zu lassen. Es könnte z.B. auch sein, dass seinem Verhalten eine Erkrankung zugrunde liegt.

Frage 2

Fragestellung

Hätte Stefan eine Kündigung vorgängig angedroht werden müssen?

Antwort:

Im schweizerischen Arbeitsrecht muss eine Kündigung nicht vorgängig angedroht oder mitgeteilt werden. Es sind in der Regel keine spezifischen Verfahrensvorschriften zu beachten (z.B. muss in der Schweiz der Betriebsrat nicht konsultiert werden, was in Deutschland Pflicht ist). Bei Massentlassungen sind allerdings spezielle Regeln zu befolgen gemäss Art. 335d bis 335g OR.

Eine Kündigungsandrohung soll aufgrund der Gerichtspraxis nur bei älteren und langjährigen Mitarbeitenden erfolgen (analog Antwort zu Frage 1). Anders ist es in Fällen, in denen eine fristlose Entlassung droht (Art. 337 Abs. 2 OR). Wird aufgrund wiederholten Fehlverhaltens fristlos gekündigt, ist eine vorgängige Mahnung oder Verwarnung nötig. Nur in Fällen von schwerem Fehlverhalten ist keine Abmahnung erforderlich.

Die Kündigung ist auch wirksam, wenn sie ohne Begründung erfolgt. Die gekündigte Partei kann *nach* erfolgter Kündigung eine schriftliche Begründung der Kündigung (Art. 335 Abs. 2 OR) verlangen. Die Begründung soll v.a. der Beurteilung dienen, ob ein missbräuchlicher Kündigungsgrund vorliegt. Wird die Begründung nicht geliefert oder ein falscher Grund angegeben, kann dies den Verdacht auf Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung erhöhen.

Frage 3

Fragestellung

Soll Andrea oder die Personalabteilung eine Sitzung mit den beiden Vertretern oder gar allen Teammitgliedern einberufen?

Antwort:

Jede Vertragspartei hat das Recht, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Eine einmal ausgesprochene Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis (Art. 335 Abs. 1 OR). Es macht daher wenig Sinn, mit den übrigen Mitarbeitenden über eine bereits erfolgte Kündigung zu diskutieren.

Frage 4

Fragestellung

Wäre das Vorgehen anders, wenn sich die Petition für eine Kündigung ausgesprochen hätte?

Antwort:

Signalisieren Teammitglieder, dass es Schwierigkeiten im Team gibt, die sie mit einer Kündigung zu «lösen» wünschen, muss man diesen Meldungen nachgehen. In einem solchen Fall liegt dem Entlassungswunsch möglicherweise eine Konfliktsituation zugrunde. Vorgesetzte sind aufgrund ihrer Fürsorgepflicht dafür zuständig, Konflikten am Arbeitsplatz nachzugehen und sich um mögliche Lösungen zur Verbesserung der Arbeitsplatzsituation zu bemühen. Ob und wem eine Arbeitgeberin kündigt, ist jedoch ihr Entscheid.

Frage 5

Fragestellung

Könnte die Arbeitgeberin eine Kündigung überhaupt «zurücknehmen»?

Antwort:

Eine einmal mitgeteilte Kündigung kann nicht mehr aufgehoben werden. Allerdings könnte man – wenn der gekündigte Mitarbeiter zustimmt – mit ihm einen neuen Arbeitsvertrag abschliessen (auch mit geänderten Bedingungen).

Zu berücksichtigen wäre in einer solchen Situation aber einerseits zusätzlich die Reputation und Glaubwürdigkeit als Vorgesetzte/-r und andererseits auch, wie ein solches Vorgehen auf den gekündigten Mitarbeiter wirkt. Es empfiehlt sich deshalb

immer, eine Kündigung erst nach reiflicher Überlegung oder nach Rücksprache mit dem HR oder einer Fachperson auszusprechen.

Frage 6

Fragestellung

Was ist, wenn Stefan sich krankschreiben lässt?

Antwort:

Erkrankt die gekündigte Person nach Erhalt der Kündigung, wird der Ablauf der Kündigungsfrist unterbrochen und nach Beendigung der Sperrfrist wieder fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR). Der Termin des Eintritts der Kündigung rückt also zeitlich nach hinten.