

Arbeitsrechtliche Rechtsprechung in jüngster Vergangenheit

Die nachfolgende Zusammenfassung gibt – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – eine Übersicht über wichtige arbeitsrechtliche Entscheide in jüngster Vergangenheit.

Überwachung durch Spyware am Arbeitsplatz

Wenn gegen den Arbeitnehmer der Verdacht besteht, dass er die firmeneigene Informatikanlage auch zu privaten Zwecken nutzt, darf der Arbeitgeber die Aktivitäten eines Arbeitnehmers am Firmencomputer nicht mit einem verdeckt funktionierendem Spyware-System überwachen. Eine derartige Überwachung verletzt die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Art. 26) betreffend Überwachung der Arbeitnehmer und das Gebot der Verhältnismässigkeit nach Datenschutzgesetz (Art. 4). Die auf diese Weise beschafften Beweise sind unzulässig und deshalb nicht verwertbar zur Begründung einer fristlosen Kündigung. Das Bundesgericht führt aus, dass der Arbeitgeber zwar ein legitimes Interesse daran habe, die Arbeitsleistung zu kontrollieren und gegen Missbräuche zu kämpfen. Dies könnte allerdings auf weniger eingreifende Weise erreicht werden. Zu denken wäre dabei etwa an eine Sperre gewisser Webseiten und die Analyse von Webnutzung und elektronischer Post gemäss den Empfehlungen des eidgenössischen Datenschutzbeauftragten.

Alterskündigung, Betriebsübergang

Eine ordentliche Kündigung bei Erreichen des Pensionsalters ist - vorbehaltlich besonderer Umstände - nicht missbräuchlich gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Eine solche Kündigung wird auch nicht deshalb missbräuchlich, weil vier Monate später ein Betriebsübergang stattfindet. Der Erwerber muss beim Übergang aufgelöste Arbeitsverträge nicht übernehmen und es können

sich nur diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Betriebsübergangs noch andauert, auf Art. 333 OR (Übergang des Arbeitsverhältnisses) berufen.

Unzulässige Pauschalentschädigung für Überzeit

Über die gesetzlichen Höchstarbeitszeitlimiten hinaus geleistete Mehrstunden, sogenannte Überzeitstunden, sind zwingend mit 125% des für die ordentlichen Arbeitsstunden vereinbarten Lohnes zu entschädigen, soweit die Überzeiten nicht durch Freizeit ausgeglichen werden. Im Universitätsspital Zürich galt die Regelung, dass Leistungsprämien, die aus sogenannten "Honorarpools" bezogen werden, bzw. Vergütungen für privatärztliche Tätigkeiten der Oberärzte an die Entschädigungsansprüche für Überzeitarbeit angerechnet werden müssen. Eine derart pauschalisierte Abgeltung von Überzeit verletzt jedoch die zwingende Vorschrift des Arbeitsgesetzes (Art. 13) betreffend Überzeitentschädigung und ist als nichtig einzustufen.

Keine Überzeitentschädigung nach Arbeitsgesetz bei Tätigkeit im Ausland

Nach dem Wortlaut des Arbeitsgesetzes sollen dessen Bestimmungen, soweit dies nach den Umständen möglich ist, Anwendung finden, wenn ein Arbeitnehmer für einen im Ausland gelegenen Betrieb in der Schweiz tätig ist. Nicht ausdrücklich geregelt ist demgegenüber die Konstellation, dass ein schweizerisches Unternehmen einen Arbeitnehmer ausschliesslich im Ausland beschäftigt. In einem konkreten Fall

war zwischen den Parteien umstritten, ob dem im Ausland tätigen Arbeitnehmer gestützt auf das Arbeitsgesetz ein zwingender Entschädigungsanspruch für geleistete Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeit zustand. Für das Bundesgericht ist unter Bezugnahme auf die herrschende Lehre klar, dass eine direkte Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes in solchen Fällen nicht in Betracht kommt. Für die Praxis bedeutend ist jedoch der Hinweis des Bundesgerichtes, wonach es den Parteien unbenommen sei, die im Gesetz enthaltenen Verpflichtungen betreffend Arbeitszeit etc. ausdrücklich oder modifiziert im Arbeitsvertrag zu vereinbaren. Mit einer solchen vertraglichen Gestaltung kann für die Vertragsparteien mehr Rechtssicherheit gewonnen werden.

Berechnung des Ferienlohns, insbesondere bezüglich Zulagen

Das Bundesgericht hob einen Tessiner Schiedsgerichtsentscheid auf, der eine gesamtarbeitsvertragliche Regelung dahin abändern wollte, dass in die Berechnung des Ferienlohns immer Zulagen für Nacht-, Feiertags- und Wochenendarbeit einzuschliessen seien. Diese Zulagen können in die Berechnung des Ferienlohns nur dann einbezogen werden, wenn sie einen dauernden und regelmässigen Charakter haben.

Arbeitsrechtliche Qualifikation eines Manager Bonus: Lohnbestandteil oder Gratifikation?

In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht seine bisherige Praxis präzisiert. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes verhinderte bislang, dass der Lohn zu einem grösseren Teil in Form einer freiwilligen Gratifikation entrichtet wurde, deren Höhe vom Wohlwollen des Arbeitgebers abhing und gestrichen werden konnte. Dieser Schutzgedanke verliert nun laut Urteil des Bundesgerichtes bei steigendem Einkommen an Be-

deutung: Sobald der eigentliche Lohn ein Mass erreicht, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, kann die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragbares Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden. Es besteht in solch einem Fall also kein Anlass mehr, mit Mitteln des Arbeitsrechts korrigierend zugunsten des Arbeitnehmers in das Verhältnis zwischen geschuldetem Salär und der im Ermessen des Arbeitgebers stehenden zusätzlichen (freiwilligen) Entschädigung einzuschreiten.

Reduktion einer Konventionalstrafe für die Verletzung eines arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots

Ein Gericht kann übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabsetzen. Das Bundesgericht schützte die Reduktion einer Konventionalstrafe für die Verletzung eines arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots in der Höhe von sechs Monatslöhnen (CHF 85'000) auf CHF 25'000, weil der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot nur punktuell (Mitwirkung bei der Gründung der Konkurrenzgesellschaft, finanzielle Beteiligung an dieser) verletzt hat. Allerdings stand das Verbot unmittelbar vor seinem Auslaufen und die Verletzung erfolgte während der Kündigungsfrist, so dass das Konkurrenzverbot nicht mehr das gleiche Gewicht hatte wie im ungekündigten Verhältnis.

Entlöhnung ausschliesslich auf Provisionsbasis

Eine Entlöhnung ausschliesslich auf Provisionsbasis ist im Grundsatz zulässig, doch muss die Provision ein angemessenes Entgelt für die geleistete Arbeit darstellen. Ein durchschnittliches Einkommen pro Monat von etwas über CHF 2'000 netto für eine Vollzeitstelle erachtete das Bundesgericht als ungenügend. Die unangemessene Entlöhnung war ein begründeter Anlass für die Kündigung des Arbeitnehmers und den Wegfall des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes.

Zuschläge für Nachtarbeit

Ein Arbeitgeber kann die Zuschläge für Nachtarbeit nicht verweigern, wenn er trotz Abmahnung faktisch duldet, dass seine Arbeitnehmer zwischen 23 und 6 Uhr arbeiten. Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall stempelte ein Arbeitnehmer vormittags regelmässig vor 6 Uhr ein. Der Arbeitgeber hatte diese Nachtarbeit zwar nicht angeordnet und mahnte den Arbeitnehmer diesbezüglich mehrmals ab. Trotzdem treten gemäss Bundesgericht in diesem Fall die nachteiligen Folgen der Nachtarbeit ein. Grund dafür ist, dass die Missachtung der Weisungen durch den Arbeitnehmer keinerlei Konsequenzen seitens des Arbeitgebers nach sich gezogen haben. Damit wurde die Nachtarbeit trotz der formellen Abmahnung faktisch geduldet und der Nachtzuschlag ist damit geschuldet.

Fristlose Entlassung aufgrund eines Verdachts

Wegen Verdachts auf Unterschlagung wurde ein Arbeitnehmer zunächst freigestellt und darauf fristlos entlassen. Nachdem rund 10 Jahre später der Arbeitnehmer im Strafverfahren mangels genügender Beweise freigesprochen wurde, beurteilte ein Gericht in der Folge die fristlose Entlassung aufgrund Fehlen eines wichtigen Grun-

des als ungerechtfertigt. Der Arbeitgeber wurde verpflichtet, dem ehemaligen Arbeitnehmer Lohnersatz während der theoretischen ordentlichen Kündigungsfrist sowie eine Entschädigung für eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung in der Höhe von 6 Monatslöhnen zu bezahlen.

Missbräuchlichkeit der Kündigung und Gebot der schonenden Rechtsausübung

Um dem Gebot der schonenden Rechtsausübung zu genügen, muss der Arbeitgeber bei der Entlassung eines Arbeitnehmers mit der gebotenen Rücksicht vorgehen, andernfalls ist die Kündigung missbräuchlich. In einem Fall vor Bundesgericht hatte die Arbeitgeberin drei Arbeitnehmerinnen beschuldigt, Bewohner eines Pflegeheims gequält zu haben. Dies wurde auch einem Mitglied der Aufsichtsbehörde mitgeteilt, ohne dass es Beweise für das den Arbeitnehmerinnen vorgeworfene Verhalten gab. Die leichtfertige Bezichtigung schwerer Verfehlungen im Zusammenhang mit der Entlassung beeinträchtigte die persönliche und berufliche Ehre der Arbeitnehmerinnen und stellt gemäss Bundesgericht eine Persönlichkeitsverletzung dar. Die ausgesprochenen Entlassungen wurden deshalb wegen Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung als missbräuchlich qualifiziert.

RA lic. iur. Martina Wüthrich

