

Nicole Vögeli / Urs Egli / Beatrice Schweiger

WEKA

Arbeitsrecht kompakt

Handbuch zur praxisorientierten Personalarbeit



Ein Problem? Kein Problem!

CIP-Kurztitelaufnahme der deutschen Bibliothek

Arbeitsrecht kompakt

Herausgeber: Nicole Vögeli / Urs Egli / Beatrice Schweiger

Projektleitung: Birgitt Bernhard-Postma

Korrektorat: Margit Bachfischer M.A., Bobingen, margit.bachfischer@web.de

© WEKA Business Media AG, Zürich, 2021

Alle Rechte vorbehalten, Nachdruck – auch auszugsweise – nicht gestattet.

Die Definitionen, Empfehlungen und rechtlichen Informationen sind von den Autoren und dem Verlag auf deren Korrektheit in jeder Beziehung sorgfältig recherchiert und geprüft worden. Trotz aller Sorgfalt kann eine Garantie nicht übernommen werden. Eine Haftung der Autoren bzw. des Verlags ist daher ausgeschlossen. Der Einfachheit halber und zwecks besserer Lesbarkeit wurden meist die männlichen Formen verwendet. Die weiblichen Formen sind dabei selbstverständlich mitgemeint.

WEKA Business Media AG

Hermetschloostrasse 77, CH-8048 Zürich

Telefon 044 434 88 88, Telefax 044 434 89 99

www.weka.ch

Zürich • Kissing • Paris • Wien

ISBN 978-3-297-22091-7

5. ergänzte Auflage 2021

Druck: CPI books GmbH, Leck / Layout: Dimitri Gabriel / Satz: Peter Jäggi



Ein Problem? Kein Problem!

Vorwort

Die bei der ersten und den folgenden, nicht überarbeiteten Auflagen bestehenden Veränderungen im Arbeitsalltag, allen voran die starke Technologisierung und wachsende Anzahl von nationalen sowie internationalen Normen bezüglich Produktion, Handel, Dienstleistungserbringung, Datenschutz und Arbeitsbedingungen, stellen die Arbeitgeber weiterhin vor grosse Herausforderungen. Neben dem Wunsch von Arbeitgebern nach möglichst flexibel und kostengünstig einsetzbaren Arbeitskräften sehen wir eine ungebremste Zunahme von Erkrankungen im psychischen Bereich, die einerseits besorgniserregend ist, andererseits jedoch in nicht wenigen Fällen vorgeschoben werden. Welche Abklärungen diesbezüglich und generell bezüglich Verhaltens am Arbeitsplatz vorgenommen werden sollen sowie dürfen, prägen den Arbeitsalltag im Human Resources. Zu den klassischen vertrauensärztlichen Untersuchungen treten der Bedarf an Nachforschungen im Internet, auf Social-Media-Plattformen und E-Mail- oder Chat-Diensten hinzu.

Durch die Coronavirus-Pandemie ab Ende 2019 erlebten nicht nur erhebliche Teile der Wirtschaft, sondern auch viele Private eine massive Erschütterung ihrer finanziellen Sicherheit, die bis heute andauert. Die Forderungen auf Zahlungen seitens der Arbeitgeber liessen nicht lange auf sich warten. Allerdings waren und sind diese bei Weitem nicht in allen Fällen gerechtfertigt. Die Coronavirus-Pandemie kann denn keineswegs der Risikosphäre des Arbeitgebers zugeordnet werden. Mit den COVID-19-Verordnungen hat der Bundesrat bestehende Instrumente (Kurzarbeitsentschädigung) ausgebaut und neue (Erwerbsausfallentschädigung) geschaffen, um die Ausfälle der Arbeitnehmer aufzufangen. Angesichts der Aktualität und der grundsätzlichen Bedeutung der Coronavirus-Pandemie für das Arbeitsrecht wurde in dieser Auflage ein entsprechender Teil ergänzt.

Nach wie vor soll das vorliegende Buch einen praxisorientierten, konzentrierten Überblick zu den wichtigsten Grundlagen des Arbeitsrechts bieten. Die Autoren geben grundsätzlich den aktuellen Stand (Juni 2020) der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der Meinungen wieder; handelt es sich um ihre eigene Meinung oder Einschätzung, ist dies aus dem Text ersichtlich. Sie sind in der Beratung von Arbeitnehmern und Arbeitgebern tätig.

Im Sinne der besseren Lesbarkeit werden einzig die männlichen Formen verwendet; die weiblichen gelten als davon eingeschlossen.

2021 erwarten uns im Arbeitsrecht neben dem Vaterschaftsurlaub einige Neuerungen, weshalb wir entschieden haben, eine leicht ergänzte Auflage herauszugeben.

Kloten/Zürich, Januar 2021

Autoren



Dr. iur. Nicole Vögeli

Nach dem Studium an der Universität Zürich arbeitete Rechtsanwältin Dr. iur. Nicole Vögeli bis 1997 als juristische Sekretärin am Bezirksgericht und Arbeitsgericht Zürich und erwarb 1997 das zürcherische Rechtsanwaltpatent. Im Anschluss an ihre Tätigkeit als Mitglied des Rechtsdienstes der UBS AG/Investment Banking während zweier Jahren liess sie sich als Rechtsanwältin bei einer mittelgrossen Wirtschaftskanzlei in Zürich engagieren. Seit 2002 ist sie Partnerin bei Küng & Vögeli Rechtsanwälte (vormals Engel & Küng Rechtsanwälte) in Kloten. Dr. iur. Nicole Vögeli erwarb 2007 den Titel Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, publiziert regelmässig im Arbeitsrecht, öffentlichen Personalrecht sowie Sozialversicherungsrecht und ist zu diesen Themen als Referentin tätig.



Dr. iur. Urs Egli

Rechtsanwalt Dr. iur. Urs Egli ist Gründungspartner der Anwaltskanzlei epartners Rechtsanwälte in Zürich (www.epartners.ch). Nach einer dreijährigen Tätigkeit am Bezirksgericht Zürich und einem Anwaltspraktikum in Newcastle upon Tyne (GB) arbeitete er zunächst auf dem Rechtsdienst von AT&T/NCR in der Schweiz. Seit 1997 hat er als Wirtschaftsanwalt eine grosse Zahl von Klienten betreut und sich insbesondere auf den Gebieten Informatik- und Technologierecht sowie Arbeitsrecht einen Namen gemacht. Dr. Urs Egli publiziert regelmässig auf diesen Gebieten und tritt als Referent an Fachveranstaltungen auf.



Beatrice Schweiger

MLaw Beatrice Schweiger arbeitete nach ihrem Studium an der Universität Zürich als Substitutin bei Küng & Vögeli Rechtsanwälte, wo sie bereits während des Studiums als Assistentin tätig war. Ab Juni 2020 absolviert sie am Bezirksgericht Zürich ein Auditorat zur Vorbereitung auf die Anwaltsprüfung. Sie hat sich im Rahmen ihres Studiums mit unterschiedlichen Aspekten des Arbeitsrechts auseinandergesetzt und ihre Bachelorarbeit unter dem Titel «Der arbeitsrechtliche Zivilprozess» verfasst. Nachdem der Bundesrat im März 2020 die ausserordentliche Lage ausgerufen und verschiedene Verordnungen erlassen hat, befasste sich Beatrice Schweiger intensiv mit den arbeitsrechtlichen Aspekten der Coronavirus-Pandemie.

Inhaltsübersicht

Teil I:	Entstehung Arbeitsvertrag	5
A.	Bewerbung und Vertragsabschluss.....	6
B.	Anstellungsdiskriminierung und Quotenregelungen	8
C.	Inhalt des Arbeitsvertrags	10
D.	Weisungen	13
E.	Gerichtsstand und Rechtswahl.....	14
Teil II:	Arbeitsleistung und weitere Pflichten des Arbeitnehmers	15
A.	Arbeitsleistung.....	16
B.	Nebenpflichten.....	17
C.	Haftung des Arbeitnehmers.....	19
Teil III:	Arbeitszeit	23
A.	Begriffe	25
B.	Qualifikation als Arbeitszeit	28
C.	Arbeitszeitmodelle	31
D.	Arbeitszeiterfassung und Kontrolle	33
Teil IV:	Lohnzahlung und weitere Pflichten des Arbeitgebers	35
A.	Lohnzahlung	38
B.	Auslagen, Arbeitsgeräte und Materialien	60
C.	Schutz der Persönlichkeit und Gesundheit	65
Teil V:	Datenschutz	73
A.	Personaldossier	74
B.	Benutzung der IT-Infrastruktur	78
C.	Überwachung des Arbeitnehmers	80
Teil VI:	Freizeit und Ferien	83
A.	Freie Tage	84
B.	Ferien	86
C.	Ausserschulische Jugendarbeit.....	89
D.	Schwangerschaft und Mutterschaft	90
Teil VII:	Immaterialgüterrechte	93
A.	Grundsatz	94
B.	Erfindungen und Designs	94
C.	Computerprogramme.....	95
D.	Werke der Literatur und Kunst	95
E.	Know-how	95
F.	Berufserfahrung	96
Teil VIII:	Übergang Arbeitsverhältnis	97
A.	Übergang nach Art. 333 OR	98
B.	Sozialversicherungen	101
C.	Insolvenz.....	103
D.	Fusionsgesetz.....	103

Teil IX:	Disziplinarmaßnahmen	105
A.	Begriffe	106
B.	Verwarnung	107
C.	Bewährungsfrist.....	111
Teil X:	Beendigung	115
A.	Übersicht.....	119
B.	Befristetes Arbeitsverhältnis.....	119
C.	Ordentliche Kündigung	121
D.	Allgemeine Punkte.....	126
E.	Sachlicher Kündigungsschutz	127
F.	Zeitlicher Kündigungsschutz	137
G.	Fristlose Beendigung.....	138
H.	Nachschieben von Kündigungsgründen	147
I.	Tod einer Vertragspartei	148
J.	Freistellung	149
K.	Aufhebungsvertrag	151
L.	Rückgabepflichten	151
M.	Abgangschädigung.....	152
Teil XI:	Arbeitszeugnis und Referenzauskunft	153
A.	Arbeitszeugnis	155
B.	Referenzauskunft	162
C.	Weitere Aussagen über den Arbeitnehmer	164
Teil XII:	Arbeitsrecht und Coronavirus	167
A	Neue Rechtsgrundlagen und Begriffe.....	168
B.	Massnahmen des Gesundheitsschutzes	168
C.	Lohnzahlung	170
D.	Ferien und Mehrstunden	174
E.	Homeoffice.....	175
F.	Arbeitszeugnis	176
Teil XIII:	Nachvertragliches Konkurrenzverbot	177
A.	Konkurrenzverbot.....	178
B.	Abwerbverbot	182
Teil XIV:	Verzicht und Verjährung	183
A.	Verzichtsverbot	184
B.	Verjährung	186
Teil XV:	Anhänge	187
Anhang A:	Arbeitsvertrag – Standard.....	188
Anhang B:	Arbeitsvertrag – Aussendienst	193
Anhang C:	Arbeitsvertrag – Chauffeur mit Pikett und Nacharbeit.....	198
Anhang D:	Merkblatt: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz	201
Anhang E:	IT-Reglement.....	203
Anhang F:	Kündigung mit Freistellung	206
Anhang G:	Aufhebungsvertrag	207

Anhang H: Schlusszeugnis – Leistung und Verhalten genügend bis gut, fristlose Entlassung aufgrund Warendiebstahls	209
Anhang I: Schlusszeugnis – Leistung und Verhalten gut bis sehr gut, lange Abwesenheiten, Arbeitgeberkündigung (mittels Auslassung angezeigt)	210
Anhang J: Schlusszeugnis Englisch – Leiterin Rechtsdienst, sehr gute Qualifikation, Arbeitgeberkündigung aufgrund unterschiedlicher Auffassungen.....	211
Stichwortregister	213



Entstehung Arbeitsvertrag

A.	Bewerbung und Vertragsabschluss	6
1.	Bewerbung	6
2.	Vertragsabschluss	7
3.	Schriftform	7
4.	Vertragsänderungen	8
B.	Anstellungsdiskriminierung und Quotenregelungen	8
1.	Grundsätze	8
2.	Gesetzliche Grenzen der Anstellungsfreiheit	8
3.	Vorwirkung Fürsorgepflicht oder Culpa in contrahendo	8
4.	Diskriminierende Ablehnung einer Anstellung	9
5.	Quotenregelungen	9
6.	Rechtfertigungsgründe	10
7.	Beweis	10
8.	Verfahren	10
C.	Inhalt des Arbeitsvertrags	10
1.	Wesentlicher Vertragsinhalt	10
2.	Eingeschränkte Vertragsfreiheit	11
3.	Gesamtarbeitsverträge/Normalarbeitsverträge	11
4.	Allgemeine Anstellungsbedingungen	12
D.	Weisungen	13
1.	Weisungsrecht des Arbeitgebers	13
2.	Allgemeine Anordnungen und individuelle Anweisungen	13
3.	Grenzen des Weisungsrechts	13
E.	Gerichtsstand und Rechtswahl	14
1.	Gerichtsstand	14
2.	Anwendbares Recht	14

I. Entstehung Arbeitsvertrag

DAS WICHTIGSTE IN KÜRZE

Die Vertragsfreiheit ist im Arbeitsrecht aus Gründen des Sozialschutzes eingeschränkt. Es sind zahlreiche zwingende gesetzliche Vorschriften einzuhalten.

Ein Arbeitsvertrag muss nicht schriftlich vereinbart werden. Er gilt als abgeschlossen, sobald ein Arbeitgeber Arbeitsleistungen entgegennimmt. Trotzdem sind schriftliche Arbeitsverträge sehr zu empfehlen. Bei grösseren Betrieben erleichtern Allgemeine Anstellungsbedingungen die Personaladministration erheblich.

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers erlaubt es, die Aufgaben des Arbeitnehmers weiter zu konkretisieren. Dazu bedarf es, anders als bei einer Vertragsänderung, keiner Zustimmung des Arbeitnehmers.

A. Bewerbung und Vertragsabschluss

1. Bewerbung

Gegenseitige Rechte und Pflichten entstehen erst mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags, und sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer sind beim Entscheid, einen Arbeitsvertrag einzugehen, völlig frei. Trotzdem müssen sie sich bereits in der Bewerbungsphase an gewisse Regeln halten.

Beide Parteien sind verpflichtet, die Bewerbungsgespräche in guten Treuen zu führen. Machen sie unwahre Angaben, kann dies Schadenersatz zur Folge haben oder zur Ungültigkeit des Arbeitsvertrags führen.

Die Führung des Bewerbungsprozesses obliegt dem Arbeitgeber. Er darf nur solche Informationen erheben, die zur Beurteilung der Eignung des Arbeitnehmers für die ausgeschriebene Stelle relevant sind (Art. 328b OR). Während sich die Informationsbeschaffung bei ausführenden Arbeitnehmern auf den beruflichen Bereich beschränkt (Ausbildung, Berufserfahrung, Qualifikationen, Teamverhalten), darf sie bei Führungs- und Vertrauenspersonen auf Charaktereigenschaften (Verantwortungsbewusstsein, Führungsverhalten, Zuverlässigkeit) sowie das Freizeitverhalten und die privaten Verhältnisse ausgedehnt werden. Welche Informationen erhoben werden dürfen, kann nur anhand der konkreten Umstände beurteilt werden. Je nachdem können auch das Absolvieren von Assessments oder die Durchführung einer vertrauensärztlichen Untersuchung verlangt werden.

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, an ihn gestellte Fragen wahrheitsgemäss zu beantworten. Bei Fragen, die für die Eignungsprüfung nicht erforderlich sind, kann er die Antwort verweigern oder eine unwahre Angabe machen (Notwehrrecht der Lüge). Allerdings muss der Arbeitnehmer den Arbeitgeber von sich aus über Umstände informieren, die ihn als ungeeignet erscheinen lassen (z.B. Rückenbeschwerden bei körperlich anstrengender Arbeit).

Ein Anspruch auf Ersatz der Bewerbungskosten besteht im Normalfall nicht.

2. Vertragsabschluss

Der Arbeitsvertrag kommt durch Übereinkunft zustande. Das kann auch stillschweigend durch konkludentes Verhalten geschehen. Das Gesetz sieht sogar ausdrücklich vor, dass ein Arbeitsvertrag dann als abgeschlossen gilt, sobald der Arbeitgeber Arbeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR).

3. Schriftform

Grundsätzlich ist ein Arbeitsvertrag formlos gültig. Nur ausnahmsweise ist Schriftform erforderlich (z.B. beim Lehrvertrag, Art. 344 Abs. 1 OR). Hingegen bedürfen viele Einzelpunkte der Schriftlichkeit, was eigenhändige Unterzeichnung der sich verpflichtenden Parteien voraussetzt; eine qualifizierte, elektronische Signatur ist dem gleichgestellt (Art. 12–14 OR). Dies gilt zum Beispiel für die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots (Art. 340 Abs. 1 OR) sowie für Abreden über Überstundenentschädigungen (Art. 321c Abs. 3 OR). Das Schriftformerfordernis gilt auch dann als erfüllt, wenn die entsprechende Klausel in Allgemeinen Anstellungsbedingungen festgehalten ist und im schriftlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich auf dieses Dokument verwiesen wird.

Wurde das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit oder für mehr als einen Monat eingegangen, so muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich über den Namen der Vertragsparteien, das Datum des Beginns, die Funktion des Arbeitnehmers, den Lohn und allfällige Lohnzuschläge sowie die wöchentliche Arbeitszeit informieren (Art. 330b Abs. 1 OR). Das Gleiche gilt bei Vertragsänderungen in Bezug auf diese Punkte (Art. 330b Abs. 2 OR). Schriftlichkeit bedeutet in diesem Zusammenhang nur, dass die Mitteilung in Form von Schriftzeichen gemacht wird. Die eigenhändige Unterschrift im Sinne von Art. 13 OR ist nicht erforderlich. Ebenso wenig muss für diesen Zweck extra ein separates Dokument erstellt werden. Es reicht aus, wenn sich diese Informationen aus mehreren Dokumenten ergeben (z.B. einer Anstellungsbestätigung, einer Stellenbeschreibung und einer Lohnabrechnung). Bei Art. 330b OR handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift. Der Arbeitsvertrag bleibt auch ohne diese Information gültig.

4. Vertragsänderungen

Vertragsänderungen sind formlos oder durch konkludentes Verhalten möglich, und zwar auch bei schriftlichen Verträgen (z.B. Auszahlung einer Lohnerhöhung ohne Nachführung des Arbeitsvertrags).

B. Anstellungsdiskriminierung und Quotenregelungen

1. Grundsätze

Sowohl der Arbeitnehmer wie auch der Arbeitgeber sind frei, eine Anstellung anzunehmen bzw. eine Bewerbung abzulehnen. Selbstverständlich gilt es dabei die üblichen Anforderungen zu beachten, wie ob der Arbeitnehmer über die notwendigen Qualifikationen, Vorkenntnisse etc. verfügt bzw. ob der Arbeitgeber überhaupt den Bewerber anstellen darf (z.B. Bewilligung für die Ausbildung von Lernenden) bzw. ob weitere Voraussetzungen (z.B. ausländerrechtliche Arbeitsbewilligungen) erfüllt sind.

2. Gesetzliche Grenzen der Anstellungsfreiheit

Es können die Vorwirkung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 OR), Culpa in contrahendo (Art. 2 Abs. 1 ZGB) und die diskriminierende Ablehnung einer Anstellung (Art. 5 Abs. 2 GlG) der Anstellungsfreiheit des Arbeitgebers Grenzen setzen.

3. Vorwirkung Fürsorgepflicht oder Culpa in contrahendo

Zwei Gerichtsurteile (Ausländerdiskriminierung und Diskriminierung aufgrund der Hautfarbe) haben diese Möglichkeiten bejaht und den abgelehnten Bewerbern eine Genugtuung zugesprochen.

Ob tatsächlich die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR eine Vorwirkung aufweist, ist eher abzulehnen. Die anerkannte Rechtsfigur der Haftung aus Culpa in contrahendo besagt, dass sich die Parteien bereits während der Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten haben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), andernfalls, d.h., wenn sie schuldhaft gegen eine aus diesem Grundsatz resultierende vorvertragliche Pflicht verstossen, sie für den daraus erwachsenen Schaden einzustehen haben. So kann es bereits vor Vertragsabschluss zu rechtlich relevanten Beziehungen zwischen einem Arbeitgeber und potenziellen Arbeitnehmern kommen, weshalb der Eintritt in die Vertragsverhandlungen unter den Beteiligten erhöhte Sorgfalts- und Rücksichtspflichten begründet. Allerdings besteht kein Recht auf Abschluss eines Arbeitsvertrags.

Um gegen eine persönlichkeitsverletzende Stellenausschreibung vorzugehen, fehlen indes (zurzeit) die rechtlichen Grundlagen. Im öffentlichen Personalrecht mag dies anders zu beurteilen sein. Allenfalls könnte im Privatrecht eine Feststellungsklage diskutiert werden, welche auch Verbänden offenstehen würde.

4. Diskriminierende Ablehnung einer Anstellung

Positiv-rechtlich ist einzig die diskriminierende Ablehnung der Anstellung verboten. Eine solche liegt unter anderem vor bei Ablehnung einer Bewerbung wegen Geschlechts, geschlechtlicher Orientierung, Zivilstand, familiärer Situation, Schwangerschaft und sexueller Belästigung (Art. 3 Abs. 1 und 4 GlG).

Wird aus einem dieser Gründe eine Anstellung abgelehnt, besteht Anspruch auf eine Entschädigung. Diese ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen und wird auf der Grundlage des voraussichtlichen oder tatsächlichen Lohns errechnet (Art. 5 Abs. 2 GlG). Die Maximalentschädigung beträgt drei Monatslöhne, und die Gesamtsumme der Entschädigungen darf diesen Betrag auch dann nicht übersteigen, wenn mehrere Personen einen Anspruch auf eine Entschädigung wegen diskriminierender Ablehnung der Anstellung geltend machen (Art. 5 Abs. 4 Satz 1 und 2 GlG).

HINWEIS

Damit gibt auch das Gleichstellungsgesetz keinen Anspruch auf den Abschluss des Arbeitsvertrags. Werden mehrere Bewerbungen diskriminierend abgelehnt, ist sodann die Maximalentschädigung durch alle Betroffenen zu teilen.



Neben dieser Entschädigung können die diskriminierend abgewiesenen Bewerber Schadenersatz und Genugtuung geltend machen. Diese Ansprüche sind denn nach Art. 5 Abs. 5 GlG zusätzlich gegeben. Erfolgte die Ablehnung, da sexuelle Belästigung zurückgewiesen wurde, ist allenfalls dem abgewiesenen Bewerber bzw. der abgewiesenen Bewerberin zusätzlich eine Entschädigung wegen mangelnder Prävention geschuldet (Art. 5 Abs. 3 GlG).

Ist alleine die Stellenausschreibung diskriminierend, gibt es keinen Entschädigungsanspruch. Ob tatsächlich alleine bei diskriminierender Stellenausschreibung Schadenersatz oder Genugtuung verlangt werden kann, ist fraglich. Allenfalls könnte eine Feststellungsklage von Organisationen, welche sich im Gebiet der Gleichstellung betätigen bzw. Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerinteressen wahren, zulässig sein (Art. 7 GlG).

5. Quotenregelungen

Gestützt auf Art. 3 Abs. 3 GlG stellen angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung keine Diskriminierung dar. Es ist zwischen starren bzw. strikten Quoten sowie flexiblen bzw. leistungsbezogenen Quoten zu unterscheiden. Starre bzw. strikte Quoten benötigen eine gesetzliche Grundlage ausserhalb von Art. 3 Abs. 3 GlG. Quotenregelungen müssen immer verhältnismässig sein.

Starre oder strikte Quoten liegen vor, wenn Personen eines Geschlechts unabhängig von ihren Qualifikationen allein wegen ihres Geschlechts bevorzugt werden. Flexible oder leistungsbezogene Quoten liegen vor, wenn Personen eines Geschlechts mit Qualifikationen, die gleich oder gleichwertig sind, den Vorrang haben.

6. Rechtfertigungsgründe

Eine Einschränkung bei der Anstellung wird nur geschützt, wenn sachbezogene Gründe vorliegen. Dies gilt auch bei sogenannten Frauenquoten. Diese müssen einen sachlichen Grund haben und verhältnismässig sein.

7. Beweis

Sowohl für die Haftung nach Culpa in contrahendo gestützt auf die Verletzung der Fürsorgepflicht wie auch für die diskriminierende Ablehnung der Anstellung trägt der Arbeitnehmer die Beweislast für die widerrechtliche Handlung.

Indizien können dabei die Stellenausschreibung sowie die Begründung der Ablehnung sein. So ist wohl auch ausserhalb des Regimes des Gleichstellungsgesetzes ein Anspruch auf Begründung der Ablehnung zu bejahen. Erfolgt keine Begründung, könnte dies wohl gegen den Arbeitgeber ausgelegt werden.

8. Verfahren

Personen, deren Bewerbung für eine Anstellung nicht berücksichtigt worden ist und die eine Diskriminierung geltend machen, können vom Arbeitgeber eine schriftliche Begründung verlangen (Art. 8 Abs. 1 GLG). Der Anspruch auf eine Entschädigung nach Art. 5 Abs. 2 GLG ist verwirkt, wenn nicht innert drei Monaten nach Mitteilung der Ablehnung der Anstellung geklagt wird (Art. 8 Abs. 2 GLG). Dabei ist zu betonen, dass die drei Monate ab Mitteilung der Ablehnung und nicht ab Zustellung der Begründung laufen.

C. Inhalt des Arbeitsvertrags

1. Wesentlicher Vertragsinhalt

Das Obligationenrecht regelt den Arbeitsvertrag umfassend. Es ist somit nicht erforderlich, dass sich der Arbeitsvertrag zu allen Einzelfragen äussert, da für nicht geregelte Punkte das Gesetz gilt. Nicht einmal den Lohn müssen die Parteien vereinbaren (siehe Art. 322 Abs. 1 OR).

Zwingend erforderlich ist einzig, dass sich die Parteien darüber einigen, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitszeit zur Verfügung stellt und sich zu diesem Zweck in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eingliedert (Subordination).

PRAXISTIPP

Es wird empfohlen, mindestens die folgenden Punkte in einem schriftlichen Vertrag festzuhalten: Funktion, Arbeitsbeginn, Probezeit, Arbeitszeit und Arbeitspensum, Lohn, Ferienanspruch und Kündigungsfrist.



2. Eingeschränkte Vertragsfreiheit

Im Bereich des Arbeitsrechts ist die Vertragsfreiheit stark eingeschränkt. Zahlreiche Vorschriften des Obligationenrechts sind zwingend. Von den in Art. 361 Abs. 1 OR aufgezählten Vorschriften darf überhaupt nicht, von den in Art. 362 Abs. 1 OR aufgezählten Vorschriften nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Darüber hinaus enthalten das Arbeitsgesetz (z.B. betreffend die Arbeitszeit), die Sozialversicherungsgesetze (insbesondere das AHVG und das BVG) sowie zahlreiche weitere Gesetze (z.B. die Gesetzgebung zum Ausländerrecht sowie die Steuergesetze hinsichtlich Quellensteuern) Schranken, die bei der Vertragsgestaltung zwingend zu beachten sind.

3. Gesamtarbeitsverträge und Normalarbeitsverträge

Durch einen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) können Gewerkschaften einerseits und einzelne Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände andererseits Bestimmungen über den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung von Arbeitsverträgen vereinbaren (Art. 356 Abs. 1 OR). Solche sogenannten normativen Bestimmungen gelangen direkt auf die einzelnen Arbeitsverträge zur Anwendung und können nicht wegbedungen werden, ausser der GAV lässt diese Möglichkeit zu (Art. 357 OR). Nach Art. 357 Abs. 2 OR können für die einem GAV unterstellten Arbeitnehmer in einem Einzelarbeitsvertrag keine ungünstigeren Anstellungsbedingungen vereinbart werden. Häufig anzutreffen sind Vorschriften zu Mindestlöhnen, Zulagen, Arbeitszeit und Ferien. Ist ein GAV in Kraft, begründen die darin geregelten Rechte wie Mindestlöhne, Ferien etc. einen direkten Anspruch der Arbeitnehmenden.

GAV können vom Bundesrat oder bei der Beschränkung des Geltungsbereichs auf einen Kanton von den entsprechenden kantonalen Behörden allgemein verbindlich erklärt werden. Allgemein verbindlich erklärte GAV gelten für sämtliche Arbeitgeber und Arbeitnehmer und wirken somit wie ein Gesetz. Andere GAV binden auf Arbeitnehmerseite nur die Gewerkschaftsmitglieder und auf Arbeitgeberseite die vertragsschliessenden Arbeitgeber oder die Mitglieder der vertragsschliessenden Arbeitgeberverbände.

PRAXISTIPP

Das SECO stellt auf ihrer Webseite www.seco.admin.ch eine Liste sämtlicher allgemein verbindlicher GAV zur Verfügung. Hilfreich ist auch die Zusammenstellung auf der Webseite www.linkliste-arbeitsrecht.ch.



Durch einen Normalarbeitsvertrag (NAV) werden seitens der erlassenden Behörde Bestimmungen über den Abschluss, den Inhalt sowie die Beendigung von einzelnen Arbeitsverhältnissen aufgestellt (Art. 359 Abs. 1 OR). Im Unterschied zu einem GAV sind Bestimmungen eines NAV nicht immer zwingend. Der NAV bestimmt selbst, ob und wie abgewichen werden darf. Normalarbeitsverträge können vom Bund und von den Kantonen erlassen werden. Auf Bundesebene sowie in den deutschsprachigen Kantonen gibt es NAV nur für die Landwirtschaft und die Hauswirtschaft.

Sowohl beim GAV wie auch beim NAV ist sorgfältig zu prüfen, ob der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer unter den Geltungsbereich fallen.

4. Allgemeine Anstellungsbedingungen

Allgemeine Anstellungsbedingungen (auch als Personalreglemente, Personalhandbücher, Allgemeine Arbeitsbedingungen oder Allgemeine Mitarbeiterbedingungen bezeichnet) werden vom Arbeitgeber verfasst und enthalten eine umfassende Darstellung der Rechte und Pflichten betreffend das Arbeitsverhältnis.

PRAXISTIPP



Allgemeine Anstellungsbedingungen äussern sich typischerweise zu folgenden Themen: Geltungsbereich, Beginn und Probezeit, Kündigung, Dienstjahre, Arbeitszeit, Arbeitsort, Treue- und Sorgfaltspflichten, Behandlung von Arbeitsgeräten, Geheimhaltung, Nebenbeschäftigungen, Rechte am Arbeitsergebnis, Aus- und Weiterbildung, Umgang mit anderen Mitarbeitenden, Lohn, Bonus und Spesen, Überstunden, Feiertage, Ferien, unbezahlter Urlaub, Schwangerschaft und Geburt, Krankheit, Unfall, andere Absenzen, Versicherungen, berufliche Vorsorge, Inkrafttreten und Änderung der Anstellungsbedingungen.

Konkurrenzverbote sind nicht in den Allgemeinen Anstellungsbedingungen, sondern im Arbeitsvertrag zu regeln.

Allgemeine Anstellungsbedingungen sind Bestandteil des Arbeitsvertrags. Dafür wird jedoch vorausgesetzt, dass sie a) im Vertragsdokument zum integrierten Bestandteil des Arbeitsvertrags erklärt und b) dem Arbeitnehmer übergeben werden.

Integriert wird die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegende Version. Spätere Änderungen der Allgemeinen Anstellungsbedingungen müssen wiederum vereinbart werden. Dies kann stillschweigend geschehen, indem die neue Version vom Arbeitnehmer widerspruchlos entgegengenommen und über längere Zeit angewendet wird.

Oft sehen Allgemeine Anstellungsbedingungen vor, dass sie durch den Arbeitgeber einseitig jederzeit geändert werden können. Für wesentliche Elemente des Arbeitsvertrags wie die Arbeitszeit, den Lohn, die Ferien, den Lohn bei Arbeitsverhinderung sowie die Kündigungsfrist ist ein einseitiges Änderungsrecht ohne Beachtung der Kündigungsfrist zugunsten des Arbeitgebers rechtlich nicht durchsetzbar.

D. Weisungen

1. Weisungsrecht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber hat ein Weisungsrecht (Art. 321d OR). Dies folgt aus der mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Einordnung in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers. Das Weisungsrecht umfasst insbesondere auch das Recht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer die zu erledigende Arbeit zuzuteilen und ihm Anweisungen zu geben, wie die Arbeiten auszuführen sind, sowie Vorschriften zum Verhalten am Arbeitsplatz zu erlassen. Der Arbeitnehmer hat solche Weisungen zu befolgen.

2. Allgemeine Anordnungen und individuelle Anweisungen

Weisungen können entweder in der Form allgemeiner Anordnungen (z.B. Haus- oder Betriebsordnung) oder als individuell an einzelne Arbeitnehmer gerichtete Anweisungen ergehen.

Weisungen sind empfangs-, aber nicht zustimmungsbedürftig. Sie müssen somit dem Arbeitnehmer lediglich zur Kenntnis gebracht werden. Sein Einverständnis braucht es nicht. Weisungen können deshalb im Unterschied zum Arbeitsvertrag durch den Arbeitgeber einseitig geändert werden.

PRAXISTIPP

Themen, die unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers fallen, sind in Weisungen zu regeln und nicht im Vertrag oder in Allgemeinen Anstellungsbedingungen.



3. Grenzen des Weisungsrechts

Weisungen haben die gesetzlichen und vertraglichen Rechte des Arbeitnehmers zu beachten. Rechts-, sitten- oder vertragswidrige Weisungen müssen nicht befolgt werden.

Der Arbeitgeber kann den Arbeitsvertrag durch Weisungen nicht einseitig ändern. So muss der Arbeitnehmer auf Dauer keine wesentlich anderen Arbeiten ausführen als die, für welche er angestellt wurde. Ebenso wenig kann der Arbeitgeber den Arbeitsort einseitig ändern.

Weisungen können die Persönlichkeitsrechte betreffen (z.B. im Zusammenhang mit Kleider- und Hygienevorschriften). Solche Eingriffe müssen betrieblich gerechtfertigt sein.

E. Gerichtsstand und Rechtswahl

1. Gerichtsstand

Für arbeitsrechtliche Streitigkeiten sind nach Wahl der klagenden Partei entweder die Gerichte am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Arbeitsort zuständig (Art. 34 Abs. 1 ZPO). Der Arbeitnehmer darf nicht zum Voraus auf diese Gerichtsstände verzichten (Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO), der Arbeitgeber hingegen schon. Auch ist es möglich, nach der Entstehung des Streits einen anderen Gerichtsstand zu vereinbaren.

Befinden sich Arbeitsort, Sitz oder Wohnsitz einer Partei im Ausland, sind besondere Gesetze zu konsultieren (Lugano-Übereinkommen bei Beteiligung eines EU-Landes und das IPRG in allen übrigen Fällen).

PRAXISTIPP

Für Gerichtsstandvereinbarungen besteht keine Notwendigkeit und nur im Fall des Arbeitgebers überhaupt Raum.



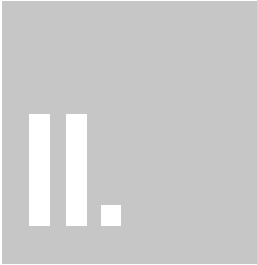
2. Anwendbares Recht

Befindet sich der Arbeitsort in der Schweiz, so gelangt schweizerisches Recht zur Anwendung (Art. 121 Abs. 1 IPRG). Es wäre aber möglich, den Vertrag mittels einer Rechtswahlklausel dem Recht am ausländischen Aufenthaltsort des Arbeitnehmers oder am ausländischen Sitz des Arbeitgebers zu unterstellen.

PRAXISTIPP

Es empfiehlt sich, immer klarzustellen, dass schweizerisches Recht gilt.





Arbeitsleistung und weitere Pflichten des Arbeitnehmers

A.	Arbeitsleistung	16
B.	Nebenpflichten	17
1.	Rechenschafts-, Informations- und Herausgabepflicht	17
2.	Sorgfaltspflicht	17
3.	Treuepflicht	17
4.	Konkurrenzverbot	18
5.	Nebentätigkeit	18
6.	Geheimhaltung	19
C.	Haftung des Arbeitnehmers	19
1.	Haftungsvoraussetzungen	19
2.	Reduktionsgründe	20
3.	Geltendmachung von Schadenersatzforderungen	20

II. Arbeitsleistung und weitere Pflichten des Arbeitnehmers

DAS WICHTIGSTE IN KÜRZE

Mit einem Arbeitsvertrag stellt der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit zur Verfügung und erhält dafür Lohn. Der Arbeitnehmer muss sorgfältig handeln, ein bestimmter Erfolg ist jedoch nicht geschuldet. Das unternehmerische Risiko trägt der Arbeitgeber.

Darüber hinaus schuldet der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Treue und Loyalität. Er hat alles zu unterlassen, was dem Arbeitgeber Schaden zufügen könnte.

Der Arbeitnehmer genießt ein Haftungsprivileg. Die Geltendmachung von Schadenersatzforderungen ist gegenüber Arbeitnehmern nur unter erschwerten Bedingungen möglich.

A. Arbeitsleistung

Der Arbeitnehmer ist zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers verpflichtet (Art. 319 Abs. 1 OR). Er hat dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Ein bestimmter Erfolg ist nicht geschuldet. Wie die Arbeitskraft eingesetzt wird, ist Sache des Arbeitgebers. Er und nicht der Arbeitnehmer trägt das wirtschaftliche Risiko für den Erfolg der Arbeitsleistung.

Die Arbeitsleistung ist persönlich zu erbringen (Art. 321 OR), kann also nicht an eine andere Person delegiert werden. Wer Arbeitsleistungen Dritter anbietet, betreibt Personalverleih oder Personalvermittlung.

Die Arbeitsleistung ist in zeitlicher Hinsicht im vereinbarten Umfang zu erbringen. Diesbezüglich sind die verschiedensten Formen denkbar wie Vollzeit- und Teilzeitarbeit, Job-sharing, Pikettdienst, Arbeit auf Abruf und Arbeit im Stundenlohn.

Schliesslich ist die Arbeitsleistung während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses geschuldet.

Erbringt der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung überhaupt nicht, hat er den Vertrag nicht erfüllt. Damit entfällt sein Lohnanspruch. Dies ist bei allen Fällen von Absenzen relevant. Liegt bei einer Absenz des Arbeitnehmers kein Grund für eine Lohnfortzahlung wie zum Beispiel bei Krankheit vor, muss der Arbeitgeber für die Dauer der Absenz keinen Lohn bezahlen. Zudem kann der Arbeitnehmer schadenersatzpflichtig werden.

Für die Erbringung der Arbeitsleistung ist der Arbeitnehmer beweispflichtig. Das ist so lange unproblematisch, als der Arbeitnehmer im Betrieb arbeitet. Arbeitet er jedoch von zu Hause aus oder unterwegs, kann je nach den Umständen fraglich sein, ob die Arbeitsleistung tatsächlich erbracht wurde. Im Zweifel muss zum Nachweis eine plausible Zeiterfassung genügen. Damit deren Rechtmässigkeit vom Arbeitgeber in Zweifel gezogen werden kann, braucht es weitere Hinweise wie eine fehlende Erreichbarkeit oder das vollständige Fehlen sichtbarer Resultate.

B. Nebenpflichten

1. Rechenschafts-, Informations- und Herausgabepflicht

Der Arbeitnehmer hat alles, was er bei seiner Arbeit von Dritten erhält, an den Arbeitgeber herauszugeben (Art. 321b Abs. 1 OR). Das gilt insbesondere für Geldbeträge. Zudem hat der Arbeitnehmer die Pflicht, den Arbeitgeber über alles zu informieren, was das Geschäft des Arbeitgebers betreffen könnte (z.B. Kundenreklamationen).

Alle Arbeitsprodukte, die der Arbeitnehmer selber hervorbringt, stehen dem Arbeitgeber zu (Art. 321b Abs. 2 OR). Dies gilt grundsätzlich auch für immaterielle Arbeitsresultate.

2. Sorgfaltspflicht

Der Arbeitnehmer hat seine Arbeit sorgfältig auszuführen, und er hat Maschinen, Arbeitsgeräte, Anlagen und Fahrzeuge fachgerecht zu bedienen und sorgfältig zu behandeln (Art. 321a Abs. 1 und 2 OR).

Je nach Ausbildung und Erfahrung eines Arbeitnehmers können höhere Anforderungen gestellt werden. Der Arbeitgeber ist allerdings verpflichtet, den Arbeitnehmer angemessen zu instruieren.

3. Treuepflicht

Der Arbeitnehmer hat sich loyal zu verhalten, und er hat alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte (Art. 321a Abs. 1 OR). Das Mass der Loyalität hängt von der Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb ab. Von einem leitenden Angestellten wird eine grössere Loyalität verlangt als von einem Angestellten in untergeordneter Stellung.

Anwendungsfälle von Treuepflichtverletzungen sind zum Beispiel deliktisches Verhalten, Herabsetzung des Arbeitgebers oder seiner Arbeitnehmer gegenüber Dritten (auch im Internet), Abwerbung von Arbeitnehmern/Kunden/Lieferanten, Entgegennahme von Schmiergeldern sowie ungebührliches Verhalten gegenüber Vorgesetzten und anderen Arbeitnehmern.

Als Ausfluss der Treuepflicht kann vom Arbeitnehmer unter Umständen auch eine aktive Unterstützung verlangt werden. So hat er eine Informationspflicht bezüglich besonderer, für den Arbeitgeber relevanter Vorkommnisse (z.B. Meldung von schwerwiegenden Verfehlungen von Arbeitskollegen). Soweit zumutbar ist der Arbeitnehmer zur Leistung von Überstunden verpflichtet (Art. 321c Abs. 1 OR), und in Notsituationen kann von ihm verlangt sein, eine andere Arbeit zu leisten, als es vertraglich vereinbart ist.

Sogar privates Verhalten kann die Treuepflicht verletzen. So kann von Arbeitnehmern, die für einen sogenannten Tendenzbetrieb tätig sind (Arbeitgeber mit weltanschaulicher, religiöser, politischer oder sonstiger Ausrichtung wie politische Parteien, Verbände, Kirchen etc.), verlangt werden, dass sie privat keine Standpunkte einnehmen, die mit den vom Arbeitgeber vertretenen Interessen unvereinbar sind. Sind Arbeitnehmer als Vertreter eines Arbeitgebers in der Öffentlichkeit bekannt, gilt dies gleichermassen.

4. Konkurrenzverbot

Während der Dauer des Arbeitsvertrags besteht ein gesetzliches Konkurrenzverbot (Art. 321a Abs. 3 OR).

5. Nebentätigkeit

Eine Nebentätigkeit kann gegen die Treuepflicht verstossen und damit untersagt sein, ohne dass eine Konkurrenzierung vorliegt (Art. 321a Abs. 3 OR). Dies ist zum Beispiel der Fall bei Nebentätigkeiten, welche die Arbeitsleistung oder den Erholungszweck beeinträchtigen (z.B. Nacharbeit in einem anderen Betrieb). Obschon vom Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnt, kann auch eine unentgeltliche Nebentätigkeit gegen die Treuepflicht verstossen.

Davon abzugrenzen sind Nebenbeschäftigungen, welche die Arbeitsleistung nicht beeinträchtigen oder die vom Arbeitgeber ausdrücklich genehmigt wurden. Solche Nebenbeschäftigungen sind zulässig.

PRAXISTIPP

Im Normalfall ist es zulässig, im Arbeitsvertrag Nebenbeschäftigungen von der vorgängigen Zustimmung abhängig zu machen, jedenfalls bei Vollzeitstellen oder Teilzeitstellen mit einem relativ grossen Pensum.



Unter Schwarzarbeit werden verschiedene Formen der Missachtung arbeitsbezogener Melde- und Bewilligungspflichten verstanden. Im Allgemeinen geht es um das Sozialversicherungs-, Ausländer- und Steuerrecht. Massgebend ist hierzu das Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005.

6. Geheimhaltung

Der Arbeitnehmer ist zur Geheimhaltung verpflichtet (Art. 321a Abs. 4 OR). Unter die Geheimhaltungspflicht fallen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse im engeren Sinn wie zum Beispiel Pläne, Forschungsergebnisse, Preisinformationen, Kunden- und Lieferantenbeziehungen etc. Geheim zu halten sind aber darüber hinaus ganz generell sämtliche Informationen, welche der Arbeitgeber vertraulich behandelt haben will. Die Geheimhaltungspflicht kann auch innerhalb des Betriebs des Arbeitgebers gelten (z.B. Personaldaten).

Die Geheimhaltungspflicht besteht nur für Informationen, die nicht bereits offenkundig sind und an denen der Arbeitgeber ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat. Nicht der Geheimhaltung unterliegt sodann die Berufserfahrung des Arbeitnehmers.

Erforderlich ist ein Geheimhaltungswille. Dieser manifestiert sich darin, dass Unterlagen nur einem bestimmten Kreis von Empfängern zugänglich sind oder dass Unterlagen bei der Abgabe ausdrücklich als vertraulich oder geheim bezeichnet werden.

PRAXISTIPP

Vertrauliche Informationen sind als solche zu kennzeichnen, und Arbeitnehmer, die regelmässig mit Geschäftsgeheimnissen Kontakt haben, sind auf ihre Pflichten hinzuweisen.



Die Geheimhaltungspflicht kann vorsätzlich, aber auch fahrlässig verletzt werden. Sie ist auch verletzt, wenn Arbeitnehmer Geschäftsgeheimnisse für eigene Zwecke verwenden. Die vorsätzliche Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses ist zudem strafbar (Art. 162 StGB).

Die Geheimhaltungspflicht besteht auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist (Art. 321a Abs. 4 OR). Eine maximale zeitliche Begrenzung gibt es nicht.

C. Haftung des Arbeitnehmers

1. Haftungsvoraussetzungen

Der Arbeitnehmer haftet für den Schaden, den er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig verursacht (Art. 321e Abs. 1 OR). Die vier Haftungsvoraussetzungen sind: Schaden, Vertragsverletzung, Kausalzusammenhang und Verschulden.

Als Schaden kommen alle Schadensarten infrage (z.B. Sachschäden oder entgangener Gewinn). Eine Vertragsverletzung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer seine ihm zugewiesene Arbeit weisungswidrig oder unsorgfältig erledigt. Der Kausalzusammenhang muss

adäquat sein, d.h., die Verfehlung muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge dazu führen, dass Schäden dieser Art eintreten können. Der Arbeitnehmer haftet bei jedem Verschulden also sowohl bei leichter, mittlerer und schwerer Fahrlässigkeit als auch bei Vorsatz. Bei leichter Fahrlässigkeit wird die Haftung jedoch regelmässig stark reduziert.

2. Reduktionsgründe

Arbeitnehmer sind in Bezug auf die Haftung privilegiert. Der Grund dafür ist, dass das Betriebsrisiko nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden darf.

Das Mass der anzuwendenden Sorgfalt bestimmt sich nicht wie sonst üblich nur nach objektiven Kriterien. Vielmehr werden neben dem Berufsrisiko auch subjektive, in der Person des Arbeitnehmers liegende Kriterien wie sein Bildungsgrad und seine Fachkenntnisse sowie seine Fähigkeiten berücksichtigt; letztere jedoch nur, soweit der Arbeitgeber diese kennt oder hätte kennen müssen (Art. 321e Abs. 2 OR). Deshalb muss zum Beispiel ein als unzuverlässig bekannter Arbeitnehmer besonders überwacht werden. Vor allem aber liegt die Verantwortung für die Auswahl eines Arbeitnehmers für eine Stelle beim Arbeitgeber. Setzt er für eine bestimmte Arbeit einen ungeeigneten Arbeitnehmer ein, so muss er sich dies als Haftungsreduktion anrechnen lassen.

Es gibt Berufe, bei welchen ein besonders hohes Schadensrisiko besteht (z.B. Chauffeure oder Chirurgen) oder bei denen der Eintritt von Schäden sogar zum normalen Verlauf gehört (z.B. Tellerwäscher). Bei solchen Berufen ist anzunehmen, dass Fehler auch einem sorgfältigen Arbeitnehmer unterlaufen können. Deshalb soll der Arbeitnehmer nur in einem stark eingeschränkten Umfang für diese Schäden einstehen müssen, etwa wenn ihm ein besonders grosses Verschulden anzulasten ist.

Die Regeln zur Haftungsreduktion sind zwingendes Recht. Es kann vertraglich keine schärfere Haftung des Arbeitnehmers vereinbart werden.

3. Geltendmachung von Schadenersatzforderungen

Der Arbeitgeber muss die Pflichtverletzung, den Schaden sowie den Kausalzusammenhang beweisen. Sind diese drei Haftungsvoraussetzungen erfüllt, muss der Arbeitnehmer beweisen, dass ihn kein oder nur ein geringes Verschulden trifft.

Zwar würde die Verjährungsfrist für Schadenersatzforderungen zehn Jahre betragen. Dies spielt jedoch kaum je eine Rolle, weil die Gerichte eine strenge Praxis zum Verzicht auf Schadenersatzforderungen entwickelt haben. Zahlt ein Arbeitgeber beispielsweise den Lohn vorbehaltlos weiter aus, obwohl er vom Schaden und der Schadensursache Kenntnis hat, so gilt dies als Verzicht. Das Gleiche ist anwendbar, wenn bekannte Schadenersatzforderungen – selbst wenn ein Vorbehalt angebracht wurde – nicht spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden.