

ARBEITSRECHT

JULI/AUGUST 2022
NEWSLETTER **07**

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

Arbeitgeber sind grundsätzlich für den Gesundheitsschutz ihrer Mitarbeitenden verantwortlich. In den letzten Jahren wurden ihnen aufgrund der COVID-19-Pandemie jedoch diverse Vorgaben gemacht. Unser erstes Top-Thema gibt Ihnen einen Überblick über den **Gesundheitsschutz «nach» COVID-19**, wobei auch der Gesundheitsschutz im Zusammenhang mit dem Homeoffice beleuchtet wird.

Ob im Homeoffice, im Betrieb oder auch privat, die Nutzung von **Social Media** ist heutzutage nicht mehr wegzudenken. Was dies für Arbeitgeber bedeutet und inwiefern sie in diesen Bereichen Rechte und Pflichten haben, wird in unserem zweiten Top-Thema aufgezeigt.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Ruhezeiten und
Gesundheitsschutz Seite 1
- Fragen und Antworten:
Ruhezeiten und
Gesundheitsschutz Seite 4
- Top-Thema:
Social Media
am Arbeitsplatz Seite 5
- Gerichtsentscheid:
Fälschung von
Tätigkeitsnachweisen Seite 7
- Gerichtsentscheid:
Fristlose Entlassung Seite 11

Gesundheitsschutz «nach» COVID-19

Der Bundesrat hat die im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie angeordneten Massnahmen per 1. April 2022 aufgehoben. Das bedeutet aber nicht, dass jegliche Schutzmassnahmen im Betrieb hinfällig werden. Die Arbeitgebenden stehen grundsätzlich in der Pflicht, für den Schutz am Arbeitsplatz zu sorgen.

■ Von Patrick Näf und Nathalie Germann

Rechtliche Grundlagen

Während der bis am 31. März 2022 geltenden besonderen Lage hat der Bundesrat im Rahmen der Pandemiebekämpfung verschiedene Schutzmassnahmen angeordnet, um der Pandemie entgegenzuwirken. Diese Massnahmen wurden nun aufgehoben. Die COVID-19-Bedrohung ist aber nach wie vor vorhanden, wenn auch weniger stark in

den warmen Sommermonaten. Seit der Aufhebung der vom Bundesrat angeordneten Schutzmassnahmen sind die Arbeitgebenden wieder verstärkt in der Pflicht, selber für den Gesundheitsschutz im Betrieb zu sorgen und entsprechende Konzepte zu erstellen.

Gesetzliche Grundlage für den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz

(ausserhalb einer Pandemie) bilden die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden nach Art. 328 Abs. 2 OR sowie insbesondere Art. 6 Abs. 1 des Arbeitsgesetzes (ArG). Nach letztgenannter Norm sind Arbeitgebende verpflichtet, zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden alle Massnahmen zu treffen, die «nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des jeweiligen Betriebes angemessen sind». Es gilt somit der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Zumutbare Schutzmassnahmen müssen befolgt werden. Im Rahmen der Verhältnismässigkeit ist aber auch die relative Ungefährlichkeit der aktuell kursierenden Virusvariante zu beachten.

Konkrete Schutzmassnahmen

Während der besonderen Lage erliess der Bundesrat zur Verhinderung von Übertragun-



Social Media am Arbeitsplatz

TikTok, Instagram, Twitter, LinkedIn etc. sind aus unserer Gesellschaft nicht mehr wegzudenken. Dies gilt auch für den Arbeitsplatz. Umso wichtiger ist es, dass Arbeitgeber die berufliche und private Nutzung dieser Kommunikationsmittel im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis und am Arbeitsplatz klar regeln.

■ Von Marc Ph. Prinz und Jeannine Dehmelt



Rechtliche Grundlagen

Der Arbeitgeber kann über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Mitarbeitenden im Betrieb allgemeine Anordnungen erlassen und Weisungen erteilen (Art. 321d OR). Er kann somit sowohl die berufliche Nutzung von Social Media vorschreiben als auch die private Nutzung von Social Media am Arbeitsplatz (ganz oder teilweise) verbieten. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers bezieht sich jedoch grundsätzlich nur auf das Arbeitsverhältnis, nicht auch auf das Privatleben der Mitarbeitenden.

Die Persönlichkeitsrechte und die verfassungsmässigen sowie politischen Rechte der Mitarbeitenden sind zudem auf jeden Fall zu wahren, wobei vorliegend insbesondere die Meinungsäusserungsfreiheit relevant ist. Dort findet das Weisungsrecht grundsätzlich seine Grenzen. So steht selbst die Kritik am Arbeitgeber (oder an anderen Mitarbeitenden oder Kunden) unter dem Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit, solange dadurch nicht die arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt werden (insbesondere auch die Treuepflicht; vgl. auch nachstehend). In diesem Zusammenhang ist auch relevant, ob die Kritik im öffentlichen oder privaten Rahmen erfolgt (wobei die Abgrenzung nicht immer einfach sein dürfte). In Bezug auf Social Media dürfte ein Post jedenfalls dann als öffentlich gelten, wenn er allge-

mein oder zumindest für eine grosse Anzahl Personen, welche nicht durch eine besondere persönliche Beziehung verbunden sind, zugänglich ist. Erfolgt die Kritik öffentlich, hat sie in jedem Fall objektiv und unpolemisch zu sein.

Daraus ergibt sich jedoch auch, dass diese Rechte nicht unbeschränkt gelten. Eine Einschränkung ist möglich, soweit dies durch berechnete, überwiegende Interessen des Arbeitgebers insbesondere zur Durchführung des Arbeitsvertrags notwendig ist. Entsprechend wird im Zusammenhang mit einer möglichen missbräuchlichen Kündigung im Gesetz selbst festgehalten, dass eine Kündigung, die eine Partei ausspricht, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, nicht missbräuchlich ist, wenn die Rechtsausübung eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt (vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. b OR).

Heikel, aber nicht in jedem Fall ausgeschlossen, sind vor diesem Hintergrund Weisungen in Bezug auf die private Nutzung von Social Media ausserhalb der Arbeitszeit und des Arbeitsplatzes (vgl. nachstehend).

Das Gegenstück zum Weisungsrecht ist die arbeitsrechtliche Treuepflicht (Art. 321a OR),

gemäss welcher die Mitarbeitenden die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren haben. Gestützt auf diese Treuepflicht haben sie insbesondere alles zu unterlassen, was den wirtschaftlichen Interessen und der Reputation des Arbeitgebers schaden könnte. Entsprechend sind Aktivitäten im Privatbereich unzulässig und können verboten werden, wenn sie die berechtigten Interessen des Arbeitgebers verletzen (die diejenigen des betreffenden Mitarbeitenden überwiegen). Die Treuepflicht geht bei Kadermitarbeitenden oder Tendenzträgern dabei weiter.

Inwiefern Anordnungen und Weisungen des Arbeitgebers in Bereichen, welche die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeitenden und/oder deren verfassungsmässigen Rechte tangieren und somit auch im Bereich (private) Social-Media-Nutzung zulässig sind, ist immer mittels einer Interessensabwägung zu bestimmen. Diese ist auch im Zusammenhang mit einer allfälligen aufgrund der (privaten) Nutzung von Social Media ausgesprochenen Kündigung relevant.

Private Nutzung von Social Media am Arbeitsplatz

Wie vorab aufgezeigt, kann der Arbeitgeber Anordnungen und Weisungen erlassen, ob und in welchem Umfang Social Media während der Arbeitszeit zu privaten Zwecken genutzt werden darf. Dabei kann er die private Nutzung gar ganz verbieten (was mit den Rechten der Mitarbeitenden ohne Weiteres vereinbar ist). Fehlt es an einer entsprechenden Vorgabe (z.B. im Arbeitsvertrag oder in einem Reglement; vgl. auch nachstehend), ist die private Nutzung in beschränktem Mass im Grundsatz zulässig. Dies immer vorausgesetzt, dass die Arbeitsleistung (Pflicht zur Arbeitsleistung) nicht gefährdet wird und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers – auch im Weiteren – gewahrt werden (Treuepflicht).

Wird das (vertraglich) erlaubte Mass überschritten, kann der Arbeitgeber Sanktionen ergreifen. Diese können von einem formlosen Verweis über eine (idealerweise schriftliche) Verwarnung bis hin zu einer ordentlichen oder fristlosen Kündigung reichen. Eine fristlose Kündigung ist jedoch – auch in diesem Bereich – nur in Ausnahmefällen möglich,



Fälschung von Tätigkeitsnachweisen bei Vorliegen von achtenswerten Gründen

Ein sich im Personalverleih befindender Mitarbeiter wurde über einen längeren Zeitraum hinweg vertragswidrig schweizweit eingesetzt. Bei Erreichen des Pensionierungsalters endete sein Arbeitsverhältnis, und er klagte auf eine korrekte Entschädigung – und dies, obwohl er jahrelang von der Schattenbuchhaltung des Einsatzbetriebs wusste. Das Bundesgericht musste sich im Urteil 4A_457/2020 vom 21. Januar 2021 u.a. der Frage widmen, inwiefern das zuwartende (und nicht meldende) Verhalten des Mitarbeiters rechtsmissbräuchlich war.

■ Von Dr. iur. David Schneeberger, Rechtsanwalt, M.A. HSG

Sachverhalt/Hintergrund

B ist gelernter Rohrschlosser/Klempner und wurde von der A im Rahmen eines Personalverleihs ab dem 24. September 2007 für Arbeitseinsätze bei der C aufgeboden. Als Arbeitsort wurde V vereinbart, wo B auch seinen Wohnsitz nahm. Ab 2013 wurde B von der C auf Baustellen schweizweit eingesetzt, wobei er ab Juli 2013 unter der Woche ein Zimmer in W bzw. X bezog. Ende 2014 wurde das Arbeitsverhältnis zwischen B und A infolge Erreichens des Rentenalters aufgelöst. Daraufhin verlangte B von A einerseits den Ersatz der Mehrauslagen, die ihm von 2013 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses daraus entstanden sind, dass er von der C an anderen Arbeitsorten als V eingesetzt worden ist. Andererseits verlangte er für diese Periode auch die korrekte Entschädigung der Arbeitszeit, insbesondere unter Berücksichtigung der Fahrzeiten zu den jeweiligen Baustellen (Reisezeit) sowie der geleisteten Überstunden und Sonntagsarbeit. Am 29. September 2016 reichte B beim Regionalgericht Bern-Mittelland Klage ein, welches zuungunsten von A entschied. Nach Durchlaufen des Instanzenzugs erhob A am 9. September 2020 eine Beschwerde in Zivilsachen. Das Bundesgericht entschied mit Urteil vom 21. Januar 2021 (BGer-Urteil 4A_457/2020).

Wichtige gesetzliche Bestimmungen

Art. 341 Abs. 1 OR

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 Gesamtarbeitsvertrags ergeben, nicht verzichten.



Entscheidung des Bundesgerichts

4. Umstritten ist, ob die geltend gemachten Ansprüche des Beschwerdegegners (B) infolge Rechtsmissbrauchs verwirkt sind. Die Beschwerdeführerin (A) ist der Ansicht, der Beschwerdegegner habe seine Ansprüche auf Überstundenentschädigung (gemeint: jegliche Entschädigung von Arbeitszeit, die ihr nicht rapportiert wurde) und Auslagenersatz verwirkt, weil er die Schattenbuchhaltung der C mitgetragen, insbesondere wissentlich und willentlich wahrheitswidrige Angaben in den Tätigkeitsnachweisen gemacht, diese unterzeichnet und ihr unterbreitet habe.

4.1.

4.1.1. Die Vorinstanz erwog, die Geltendmachung von gesetzlich bzw. gesamtarbeitsver-

traglich begründeten Forderungen sei für sich alleine nicht **rechtsmissbräuchlich**. Diese Ansprüche seien sodann im Bereich der zwingenden Bestimmungen unverzichtbar gemäss Art. 341 Abs. 1 OR. Für die Bejahung eines Rechtsmissbrauchs bei der Berufung auf zwingendes Recht müssten daher neben der Verletzung von Treu und Glauben zusätzlich besondere Umstände gegeben sein. Deren Vorliegen beschlage die Beweiswürdigung.

Die Erstinstanz habe den Rechtsmissbrauch im Wesentlichen mit der Argumentation verneint, der Beschwerdeführerin würden durch die nachträgliche Rechtsausübung aufgrund der Möglichkeit der Schadloshaltung an der C keine Nachteile erwachsen. Zumindest sinngemäss habe sie auch eine Verletzung von Treu und Glauben verneint. Sie habe erwogen, **zwischen der früheren Untätigkeit und der späteren Rechtsausübung sei kein Widerspruch erkennbar**, da der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin auf die veränderte Arbeitssituation und die daraus resultierenden finanziellen Auswirkungen hingewiesen habe. Es sei auch kein widersprüchliches Verhalten darin zu erblicken, dass der Beschwerdegegner die Schattenbuchhaltung der C durch Ausstellenlassen falscher Tätigkeitsnachweise mitgetragen habe, bestünden doch für dieses Verhalten **achtenswerte Gründe**, indem er befürchtet habe, im Falle eines Aufbegehrens entlassen zu werden.

Zu prüfen sei somit vorab, ob überhaupt eine Verletzung von Treu und Glauben durch den Beschwerdegegner vorliege. Soweit dies zu verneinen sei, erübrige sich im Weiteren die Prüfung besonderer Umstände für die Begründung eines Rechtsmissbrauchs, da sich sein Verhalten diesfalls ohnehin nicht als rechtsmissbräuchlich erweise.

4.1.2. Dabei sei das erstinstanzliche Prüfungsergebnis betreffend die tatsächliche Kenntnis der Beschwerdeführerin über die Missstände in der Buchführung der C zu betrachten. **Gegen Treu und Glauben verstosse derjenige, der mit der Geltendmachung von Rechtspositionen zuwarte und damit bei der Gegenpartei ein berechtigtes Vertrauen enttäusche**. Für die Beurteilung der Treuwidrigkeit sei relevant, ob der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin