Teil 4 Arbeits- und Sozialversicherungsrecht[*]

A. Arbeitsrecht[1]

1. Gesetzgebung

a) Änderung der Art. 332 OR und Aufhebung von Art. 332a OR

Am 1. Juli 2002 ist das neue Designgesetz in Kraft getreten. Gleichzeitig wurde Art. 332a OR („*Gewerbliche Muster und Modelle*“) aufgehoben und durch eine Erweiterung des Anwendungsbereiches von Art. 332 OR („*Rechte an Erfindungen und Designs*“) ersetzt. Gemäss Art. 332 Abs. 1 OR gehören neu neben Erfindungen auch *Designs* (vgl. Art. 1 DesG[2]), die der Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit und in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten macht oder an deren Hervorbringung er mitwirkt, unabhängig von ihrer Schutzfähigkeit dem Arbeitgeber. Der Arbeitgeber wird dadurch im Sinne von Art. 7 Abs. 1 DesG zur „*Drittperson, welcher das Recht aus einem andern Rechtsgrund gehört*“, was ihm das Recht zur Hinterlegung des Designs verleiht[3].

Ebenfalls angepasst wurden die Regeln von Art. 332 Abs. 2-4 OR, welche nun auf Designs entsprechend anwendbar sind.

b) Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte[4]

Dieses Gesetz ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Es gilt für alle Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen und in der Schweiz im Rahmen des Anwaltsmonopols Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten. Das Gesetz regelt die Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz und gewährt die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte.

c) Verordnungen über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs (VEP) / Verordnungen über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO)

Im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der bilateralen Abkommen am 1. Juni 2002 sind verschiedene Anpassungen des inländischen Rechtes nötig

---

[*] Bearbeitet von Linda Peter-Szerenyi und Davide Jermini.
[1] Bearbeitet von Davide Jermini.
[2] Bundesgesetz über den Schutz von Design vom 5. Oktober 2001, SR 232.12.
[3] Für weitergehende Ausführungen vgl. ARV 2002, S. 9 ff.
[4] SR 935.61.

geworden. Eine Detailbesprechung der verschiedenen Neuerungen/Änderungen auf Verordnungsebene befindet sich im Kapitel über die Aussenbeziehungen[5].

2. Rechtsprechung

a) Fristlose Kündigung aus wichtigen Gründen (Art. 337 OR)

In zahlreichen (noch) nicht publizierten Entscheiden hat sich das Bundesgericht mit der Frage der fristlosen Kündigung befassen müssen.

Im Berichtsjahr hat das Bundesgericht ausnahmslos an seiner bisherigen Praxis festgehalten, wonach die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses erst dann (als ultima ratio) zulässig ist, wenn dem Vertragspartner nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen oder bei fester Vertragsdauer deren Ende abzuwarten.

Als wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung wurde zum Beispiel die Arbeitsverweigerung einer Arbeitnehmerin betrachtet, welche trotz Androhung einer fristlosen Kündigung, der Aufforderung, die Arbeit unverzüglich wieder aufzunehmen, keine Folge leistete[6]. Anders wurde hingegen der Fall eines Arbeitnehmers beurteilt, welcher seine Arbeitgeberin wegen hohen Lohnzahlungsrückständen abgemahnt und im Falle der Nichtbezahlung der Rückstände die Niederlegung der Arbeit angedroht hatte: die Tatsache, dass der Arbeitnehmer in der Folge seiner Arbeit praktisch nicht mehr nachgegangen war, gereichte nicht für eine rechtmässige fristlose Kündigung seitens der Arbeitgeberin[7].

In einem weiteren Entscheid hat das Bundesgericht bestätigt, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnis *unverzüglich* nach Kenntnis des wichtigen Grundes erklärt werden muss. Obwohl bei der Bemessung der zulässigen Bedenkzeit die Umstände des konkreten Falles eine wichtige Rolle spielen, kommt das Bundesgericht unter Würdigung der massgebenden Doktrin zum Schluss, dass *„ein Hinauszögern über die Zeitspanne von einigen wenigen (zwei bis drei) Arbeitstagen“* nur ausnahmsweise zulässig sein soll, nämlich wo dies *„mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint“*. Längeres Zuwarten zeigt, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar ist, und gilt daher als Verzicht auf die Geltendmachung des wichtigen Grundes. Als verspätet wurde somit eine am 12. März 1997 ausgesprochene fristlose Kündigung gewertet, welche in einem erst am 7. März 1997 endgültig

---

[5] Vgl. unten, Teil 9.
[6] Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.32/2002 vom 21. März 2002.
[7] Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.114/2002 vom 10. Juli 2002.

bestätigten, aber seit dem 26. Februar 1997 bereits vorhandenen, konkreten und dringenden Verdacht eines Fehlverhaltens des Entlassenen gründete. [8]

Als Relativierung der Notwendigkeit einer fristlosen Entlassung (und somit als stillschweigender Verzicht auf das Recht auf einer solchen) wurde das Verhalten einer Arbeitgeberin betrachtet, welche einen leitenden Angestellten, nachdem sie ihm auf den 8. April 2000 fristlos gekündigt hatte, zu diversen Arbeiten bis zur Betriebsübergabe am 11. April 2000 anhielt. *„Damit gab die Arbeitgeberin zu erkennen, dass sie dem Angestellten weiterhin Vertrauen schenkte, weshalb ihr das Abwarten der Kündigungsfrist per Ende Juni 2000 zumutbar war.“* [9]

(b) Beweislastverteilung bezüglich des Beweises der Anzahl bezogener Ferientage

Aus Art. 8 ZGB folgt, dass die Beweislast der Erfüllung einer bestimmten Vertragspflicht jener Partei obliegt, welche diese behauptet und damit den Untergang der Pflicht einwendet. Die Ferien sind im Gesetz als vertraglicher Leistungsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und nicht als blosse Einschränkung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers geregelt (vgl. Art. 329a bis 329d OR, welche sich systematisch unter dem Kapitel „C. Pflichten des Arbeitgebers“ befinden). Mit Entscheid vom 12. Februar 2002 hielt das Bundesgericht daher richtigerweise fest, dass der Arbeitgeber die Beweislast dafür, ob und wie viele Ferientage während einer bestimmten Periode vom Kläger bezogen worden sind, zu tragen hat.[10]

(c) Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR) - Geheimhaltungspflicht - Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK)

Eine im Bereich der pharmakologischen Forschung tätige Gesellschaft hatte das Arbeitsverhältnis mit einer Mitarbeiterin gekündigt, nachdem der Partner dieser Mitarbeiterin eine neue Stelle bei einem konkurrenzierenden Unternehmen angetreten war. Die Arbeitgeberin hatte die Entlassung mit der Befürchtung begründet, dass die private Beziehung der Mitarbeiterin die vertrauliche Behandlung der ihr zugänglich gemachten Informationen hätte gefährden können. Das Bundesgericht hatte zu überprüfen, ob eine solche Kündigung diskriminierend im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. b OR sei.

Die höchste richterliche Instanz hat zunächst festgehalten, dass Art. 336 Abs. 1 lit. b OR eine Ausnahme zum Grundsatz der freien Kündbarkeit des

---

[8] Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.345/2001 vom 16. Mai 2002.
[9] Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.159/2002 vom 8. Oktober 2002.
[10] BGE 128 III 271.

Arbeitsverhältnisses darstellt und als solcher einer restriktiven Auslegung untersteht: eine zu weite Auslegung dieses Artikels würde in der Tat die Mehrheit der Kündigungen missbräuchlich erscheinen lassen, da die verfassungsmässigen Rechte (fast) alle Bereiche des professionellen und privaten Lebens des Individuums abdecken. Das Bundesgericht hat dann ohne weitere Erläuterungen gefolgert, dass *„entretenir une relation affective avec une personne détérminée est certes protégé par l'art. 8 CEDH mais ne constitue pas l'exercice d'un droit constitutionnel au sens où l'entend l'art. 336 al. 1 let. b CO"*. Die Kündigung wurde somit als rechtmässig geschützt[11].

(d) Kündigung zur Unzeit (Art. 336c Abs. 1 lit. a OR) - Vorausleistung der Rekrutenschule

Das Bundesgericht hat sich in einem Entscheid mit der Frage, ob die freiwillige Vorausleistung der Rekrutenschule als „obligatorischer Militärdienst" im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. a OR zu gelten hat, befasst. Unter Würdigung der massgebenden Doktrin und unter Berücksichtigung der von Art. 336c OR anvisierten Schutzwirkung ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, dass es keinen sachlichen Grund gibt, welcher eine schlechtere Behandlung des 19-jährigen Rekruten rechtfertigen würde. Eine Kündigung während der vier Wochen vor und nach der vorgezogenen Rekrutenschule gilt als zur Unzeit erfolgt und ist daher nichtig[12].

(e) Aufhebungsvertrag - Unverzichtbare Forderungen (Art. 341 OR)

Mit Entscheid vom 19. April 2002[13] hat das Bundesgericht bestätigt, dass Art. 341 OR, welcher den *einseitigen Verzicht des Arbeitsnehmers* gegenüber dem Arbeitgeber verbietet, dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages nicht entgegensteht, sofern die Parteien dadurch keine Umgehung der erwähnten Bestimmung beabsichtigen. Entscheidend ist, dass der Aufhebungsvertrag auf beidseitige, „gleichwertige" Zugeständnisse im Rahmen eines Vergleichs beruht, oder, mit den Worten des Bundesgerichts, dass *„les concessions accordées de part et d'autre respectent un certain équilibre (...)"*.

Die Zulässigkeit eines Aufhebungsvertrages hängt somit von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.

---

[11] Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.72 vom 22. April 2002.
[12] Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.331/2001 vom 12. Februar 2002.
[13] Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.27/2002 vom 19. April 2002.

(f) Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit (Fall Marinello)

Gemäss Art. 27 des Arbeitsgesetzes („ArG“)[14] können bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern auf dem Verordnungsweg vom Sonntagsarbeitsverbot bzw. der entsprechenden Bewilligungspflicht ausgenommen und Sonderbestimmungen unterstellt werden, soweit dies mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse „notwendig“ erscheint. Der Bundesrat hat für „Kioske und Betriebe für Reisende“ hiervon in Art. 26 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz („ArGV 2)[15] Gebrauch gemacht. Danach darf in solchen Geschäften das „für die Bedienung der Durchreisenden“ erforderliche Personal „ohne behördliche Bewilligung“ ganz oder teilweise am Sonntag beschäftigt werden (Art. 4 Abs. 2 ArGV 2).

Mit Urteil vom 28. März 2001 stellte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich unter analoger Anwendung von Art. 39 des Eisenbahngesetzes („EBG“)[16] und unter Bezugnahme auf BGE 123 II 317 fest, dass das Lebensmittelgeschäft der Marinello AG in der Bahnhofhalle des Flughafens Zürich-Kloten insoweit der behördlichen Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit unterliege, als seine Verkaufsfläche 120 m^2 übersteige.

Bei der Behandlung der durch die Marinello AG eingereichten Verwaltungsgerichtsbeschwerde bestätigte zwar das Bundesgericht seine vorherige Rechtsprechung zu Art. 39 EBG, präzisierte aber unter Verweis auf einen im Verfahren um die Geschäfte am Hauptbahnhof Zürich ergangenen Entscheid[17], dass die 120m^2-Grenze keinen absoluten Wert darstelle und folgerte, dass die Betriebsgrösse *„lediglich der Art und Bedeutung des Bahnhofs angepasst zu erscheinen“* habe. Unter Berücksichtigung der Bedeutung und Besonderheiten der Verkehrsdrehscheibe des Flughafens Zürich-Kloten (längere Warte- und Umsteigezeiten gegenüber normalen Bahnhöfen, erweiterte Konsumbedürfnisse, usw.), der von der Beschwerdeführerin angebotenen Produkten (Lebensmittel, Früchte und Gemüse, Milchprodukte, allgemeiner Reiseproviant und Getränke) und der Kundschaft (das Geschäft wird zu rund 70 % von Reisenden besucht) ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, dass die 450 m^2 grosse Verkaufsfläche verhältnismässig und den spezifischen Gegebenheiten angepasst ist, und somit voll von der Ausnahmeregelung von Art. 27 ArG bzw. Art. 26 ArGV 2 profitieren kann[18].

---

[14] Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (SR 822.11) in der Fassung vom 20. März 1998.
[15] SR 822.112 in der Fassung vom 10. Mai 2000, welche seit 1. August 2000 in Kraft ist.
[16] Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957, SR 742.101.
[17] Nicht amtlich publizierter Entscheid 2A.256/2001 vom 22. März 2002.
[18] Nicht amtlich publizierter Entscheid 2A. 255/2001 vom 22. März 2002.

3. Ausblick

(a) Änderung vom 22. März 2002 des Arbeitsgesetzes

Die Änderung betrifft die Art. 3, 3a und 71 lit. b des Arbeitsgesetzes: dadurch werden die Assistenzärztinnen und Assistenzärzte dem Arbeitsgesetz unterstellt. Die Änderung wird am 1. Januar 2005 in Kraft treten.