

ARBEITSRECHT

FEBRUAR 2026
NEWSLETTER **02**

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

Unser erstes Top-Thema **«Dos und Don'ts bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen»** zeigt, wie Unternehmen durch klare und präzise Verträge Rechtssicherheit schaffen, Risiken vermeiden und typische Stolpersteine umgehen können.

Unser zweites Top-Thema **«Wenn Freelancer zu Mitarbeitenden werden»** klärt die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit und zeigt auf, welche finanziellen und administrativen

Folgen eine nachträgliche Umqualifizierung für Unternehmen haben kann.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Dos and Don'ts
bei Arbeitsverträgen Seite 1
- Top-Thema:
Vom Freelancer
zum Mitarbeitenden Seite 5
- Fachbeitrag:
E-Mail-Zugriff
am Arbeitsplatz Seite 8
- Fachbeitrag:
Vertrauensferien Seite 10
- Praxis-FAQ Seite 12

Dos and Don'ts bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen

Arbeitsverträge gehören zum täglichen Geschäft einer jeden Personalabteilung. Sie bilden die Grundlage für das Arbeitsverhältnis, regeln die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien und schaffen so im Idealfall Rechtssicherheit. Arbeitgeberinnen sollten daher potenzielle Stolpersteine im Auge behalten und sich der rechtlichen Rahmenbedingungen bewusst sein, die der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht Grenzen setzen.

■ Von Joy Malka und Tabea Gutmann

Generelles zur Vertragsgestaltung

Gut durchdachte Verträge können entscheidend dazu beitragen, Streitigkeiten zu vermeiden. Nicht ohne Grund heisst es **«Vertrag kommt von vertragen»**. Damit dieses Ziel

erreicht wird, sollte der Vertragstext keine Spielräume für Interpretationen zulassen. Eine gelungene Vertragsgestaltung zeichnet sich deshalb durch sprachliche Präzision aus. Definitionen, die in den Vertragstext einge-

führt und dann konsequent verwendet werden, leisten hier einen entscheidenden Beitrag. Ebenso wichtig sind eine übersichtliche Struktur und aussagekräftige Überschriften, die den Text leichter erfassbar machen und zu einem stimmigen Gesamtwerk beitragen.

Rechtsunsicherheit kann auch dadurch entstehen, dass der Arbeitsvertrag mit anderen Regelwerken in Konflikt gerät. Wer einen Arbeitsvertrag erstellt, sollte daher stets im Blick behalten, welche sonstigen Reglemente und Weisungen im Betrieb gelten und inwiefern diese ggf. mit dem Arbeitsvertrag in Widerspruch geraten könnten. Ist ein Unternehmen an einen Gesamtarbeitsvertrag gebunden, stellen sich vergleichbare Probleme. Um Widersprüche, die zum Zeitpunkt der Vertragserstellung nicht aufgefallen sind (oder die sich ggf. auch erst später, z.B. durch Anpassung



von Reglementen ergeben), aufzulösen, hat sich in der Praxis die Aufnahme einer Klausel bewährt, die klarstellt, welche Bestimmungen im Konfliktfall Vorrang haben. Dasselbe gilt auch für zweisprachige Verträge, falls die jeweiligen Sprachversionen voneinander abweichen.

Gerade in langjährigen Anstellungsverhältnissen kommt es immer wieder vor, dass Vertragsinhalte angepasst und Nachträge vereinbart werden. Hierbei kann es immer wieder vorkommen, dass der Überblick verloren geht. Im Rahmen der Vertragsgestaltung kann auch hier Abhilfe geschaffen werden, nämlich durch Aufnahme einer Präambel mit Darstellung der Vertragsgeschichte sowie das Festhalten der Dienstzugehörigkeit zur Gesellschaft bzw. Gruppe. So bleibt die Nachvollziehbarkeit für alle Involvierten jederzeit gewährleistet – auch wenn die aufseiten des Unternehmens seinerzeit beteiligten Mitarbeitenden ggf. nicht mehr verfügbar sind.

Inhalte von Arbeitsverträgen

Im Folgenden werfen wir – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einen Blick auf die aus unserer Sicht wichtigsten Regelungsbereiche in Arbeitsverträgen und zeigen auf, worauf Arbeitgeberinnen jeweils besonderes Augenmerk legen sollten.

Vergütungsfragen

Lohn

Herzstück eines jeden Arbeitsvertrags sind Bestimmungen über die Vergütung. Die Stolperfallen sind vielfältig. Bei der Regelung des Fixlohns sollte aus der Klausel hervorgehen, wie oft der Lohn ausgerichtet wird (d.h. ob es einen 13. Monatslohn gibt) und dass die genannte Summe «brutto» zu verstehen ist. Bei Kadermitarbeitenden, die zugleich Organfunktionen (ggf. auch nur in einer ausländischen Gruppengesellschaft) wahrnehmen, empfiehlt es sich zudem festzuhalten, dass der Lohn die Vergütung für solche Tätigkeiten einschliesst.

Bonus

Kniffliger wird es beim Bonus. Der Bonus ist im Schweizer Arbeitsrecht kein feststehender juristischer Begriff. Er kann – je nach Ausgestaltung – Lohnbestandteil oder Gratifikation sein. Gratifikationen wiederum können als unechte oder echte Gratifikationen ausge-

staltet sein: Auf eine unechte Gratifikation haben Mitarbeitende dem Grunde nach Anspruch, nur die Höhe liegt im Ermessen der Arbeitgeberin. Die Ausrichtung echter Gratifikationen verbleibt hingegen vollständig im Belieben der Arbeitgeberin. Entscheidend ist für die rechtliche Qualifikation nicht, wie die Parteien die Bonuszahlung im Vertrag ggf. bezeichnen. Relevant ist vielmehr, wie die Bonusklausel konkret ausgestaltet ist und wie die Arbeitgeberin mit dem Bonus in der betrieblichen Praxis umgeht. Ist der Arbeitgeberin daran gelegen, dass der Bonus als (unechte) Gratifikation qualifiziert, empfiehlt sich bei der Gestaltung der Bonusklausel mindestens Folgendes zu berücksichtigen:

- keine Vereinbarung definitiver Beträge
- bei Zielvereinbarung: Die Zielerreichung (und damit die Bonushöhe) sollte nicht rein objektiv bestimmbar sein, sondern qualitative Ziele sollten den Ausschlag geben; das lässt sich erreichen, indem qualitative Ziele als Multiplikator herangezogen werden
- Betonung des diskretionären Charakters mit dem Vorbehalt, Anpassungen vornehmen zu können.

Nichtsdestotrotz sei darauf hingewiesen, dass durch die betriebliche Praxis eine echte Gratifikation im Laufe der Zeit zu einer unechten Gratifikation oder gar Lohnmütieren kann, wenn die Höhe der Zahlungen nicht variiert und sich die Arbeitgeberin die Freiwilligkeit der Leistung nicht konsequent vorbehält.

Häufig anzutreffen ist auch die Situation, dass sich Bonuszahlungen nach (gruppenweiten) Bonusplänen richten, die nicht von der Arbeitgeberin selbst, sondern von ausländischen Gruppengesellschaften ausgegeben werden. In diesen Fällen sollte der Arbeitsvertrag keinen oder nur einen sehr vagen Hinweis auf diesen Bonusplan enthalten.

Arbeitszeit und Mehrarbeit

Arbeitszeit und Mehrarbeit (Überstunden bzw. Überzeit) sind im weiteren Sinne ebenfalls Vergütungsfragen: Für die Mitarbeitenden ist entscheidend, wie viel sie für den vertraglich vereinbarten Lohn leisten müssen. Unerlässlich ist daher eine Bestimmung zur Arbeitszeit und zum Umgang mit Mehrarbeit.

Unterscheidung von Überstunden und Überzeit

Überstundenarbeit ist die Arbeit, die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgeht, aber innerhalb der gesetzlich festgelegten Höchstarbeitszeit bleibt. Die gesetzliche Höchstarbeitszeit beträgt 45 bis 50 Stunden pro Woche, je nach Branche und Funktion der Mitarbeitenden. Überzeit bezeichnet im Unterschied dazu die Arbeitszeit, die über die gesetzlich erlaubte Höchstarbeitszeit hinausgeht.

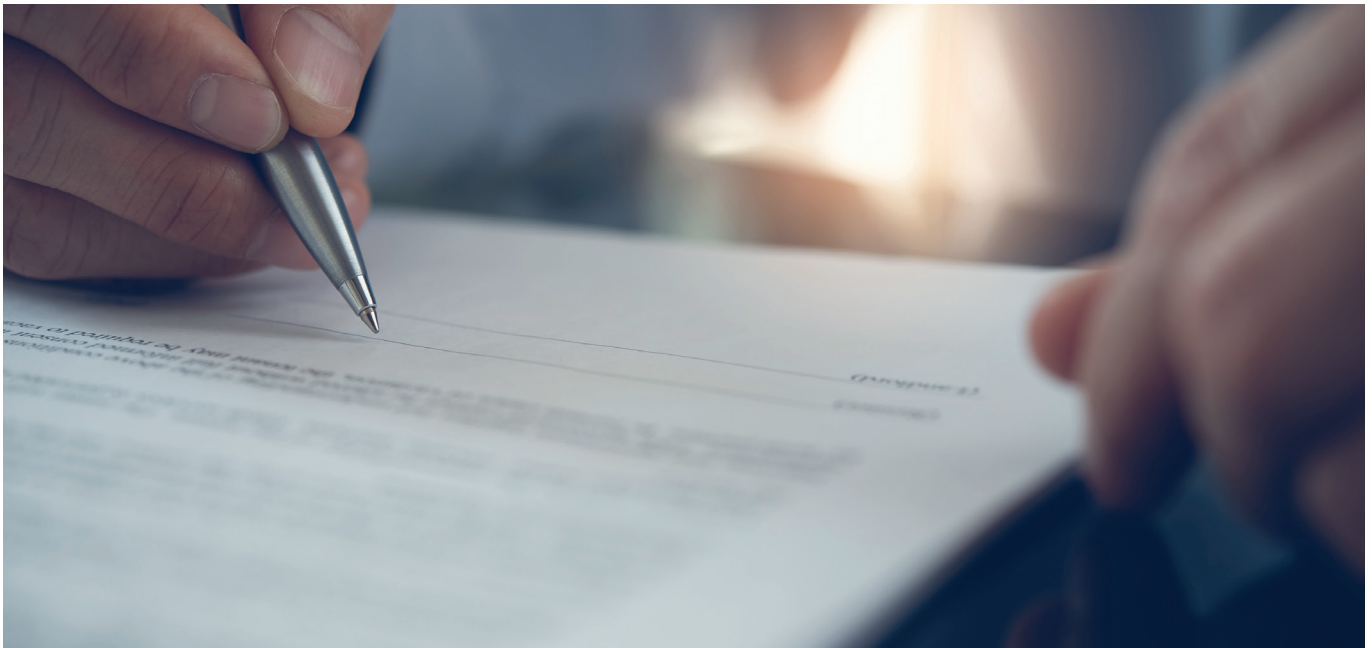
Für Überzeit gelten strengere Vorschriften als für Überstunden. Überzeitarbeit muss in der Regel entweder mit einem Zuschlag von mindestens 25% vergütet oder (im Einverständnis mit den Mitarbeitenden) durch Freizeit ausgeglichen werden. In Arbeitsverhältnissen, in denen eine Höchstarbeitszeit von 45 Stunden gilt, muss die Überzeitarbeit (zwingend) allerdings erst ab der 61. Stunde Überzeitarbeit pro Kalenderjahr vergütet werden.

Das Obligationenrecht sieht grundsätzlich vor, dass Überstunden nur im Einverständnis mit den Mitarbeitenden durch Freizeit ausgeglichen werden dürfen – andernfalls ist solche Überstundenarbeit zu vergüten, samt einem Lohnzuschlag von mindestens 25% (Art. 321c OR). Abweichende Vereinbarungen sind jedoch zulässig, vorausgesetzt, diese werden in *Schriftform* getroffen. Entsprechend kann die Arbeitgeberin mit den Mitarbeitenden grundsätzlich schriftlich vereinbaren, dass Überstunden mit dem Gehalt abgegolten sind. Denkbar wäre überdies eine Regelung, dass Überstunden ohne Zuschlag vergütet oder mit Freizeit gleicher Dauer kompensiert werden.

Häufig finden sich Bestimmungen zu Überstunden resp. deren Kompensation in Arbeitszeitreglementen. Die dortigen Bestimmungen sind aber unter Umständen rechtlich wirkungslos, wenn sie nicht zum Bestandteil des Arbeitsvertrags erhoben werden (in der Regel als *integrierender Bestandteil* bezeichnet) und die Schriftform eingehalten wird.

Hinweis zur Schriftform

Die Einhaltung der Schriftform erfordert entweder die eigenhändige Unterschrift (*wet ink*) oder eine qualifizierte elektronische Signatur. Letztere muss nach Schweizer Recht bestimmte Anforderungen erfüllen, die aber längst nicht alle Anbieter elektronischer Signaturlösungen gewährleisten. Auf Nummer sicher geht daher, wer Arbeitsverträge traditionell unterzeichnen lässt oder die vorhandenen Signaturlösungen überprüft. Eine Liste der anerkannten Anbieter von Zertifizierungsdiensten ist bei der Schweizerischen Akkreditierungsstelle (SAS) verfügbar und kann online abgerufen werden.



Krankheit und Lohnfortzahlung

Ein weiterer für beide Parteien gleichermaßen wichtiger Regelungsgegenstand betrifft Krankheit und die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.

Regelmässig werden sich Bestimmungen zur unverzüglichen Meldung der Arbeitsunfähigkeit oder zur Vorlage eines Arztzeugnisses im Arbeitsvertrag finden. Dabei werden Arztzeugnisse häufig nicht ab dem ersten Krankheitstag verlangt, sondern erst ab dem dritten oder gar vierten Krankheitstag. Wird eine solche Regelung getroffen, sollten sich Arbeitgeberinnen vorbehalten, ein Arztzeugnis auch ab dem ersten Krankheitstag fordern zu dürfen – im Fall einer Kündigung sollte dies wegen der Auswirkung von Sperrfristen auf die Kündigungsfrist als Grundregel gelten und entsprechend vertraglich abgebildet werden.

Gemäss Art. 324a Abs. 2 OR ist der Lohn nach Ablauf der Probezeit im ersten Dienstjahr während dreier Wochen und anschliessend für eine angemessene längere Zeit zu entrichten. Diese angemessene längere Zeit wird in der Praxis in der Regel anhand der Zürcher resp. Berner oder Basler Skala bestimmt. Abweichende (oder präzisierende) vertragliche Regelungen sind zulässig. Es hat sich in der Praxis etabliert, dass Unternehmen zugunsten ihrer Mitarbeitenden Krankentaggeldversicherungen abschliessen. Damit die Zahlungen aus der Krankentaggeldversiche-

rung die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht effektiv ablösen (sog. Ersatzlösung), bedarf es einer sorgfältigen Formulierung der entsprechenden Vertragsklausel. Die wesentlichen Eckpfeiler der Ersatzlösung müssen sich aus dem Vertrag oder einem Reglement ergeben (z.B. Dauer und Umfang der Lohnfortzahlung, allfällige Wartefrist, Aufteilung der Prämien zwischen Mitarbeitenden und Arbeitgeberin).

Auch hier ist die Einhaltung der *Schriftform* Wirksamkeitsvoraussetzung. Es genügt daher wiederum regelmässig nicht, wenn die Konditionen im Intranet eingesehen werden können. Vielmehr muss die entsprechende Regelung entweder im schriftlich zu unterzeichnenden Arbeitsvertrag oder in einem Reglement, das integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrags ist, vorgesehen werden.

Weisungen / Mitarbeiterhandbücher

Bestimmungen zu den gegenseitigen Rechten und Pflichten finden sich nicht nur im Arbeitsvertrag. Regelmässig werden insbesondere organisatorische Belange in Reglementen, Mitarbeiterhandbüchern, etc. bestimmt. Sofern es sich dabei um Gegenstände handelt, die die Arbeitgeberin im Wege des Direktionsrechts einseitig bestimmen kann, sollte tunlichst vermieden werden, diese zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrags zu erheben. Andernfalls kann die Arbeitgeberin spätere Anpassungen nur mit Zustimmung

der Mitarbeitenden oder im Wege der Änderungskündigung durchsetzen. Es ist daher empfehlenswert, bei der Einführung von Reglementen zu differenzieren, welche Weisung einseitig im Wege des Direktionsrechts erteilt werden kann und welche Elemente Bestandteil einer vertraglichen Vereinbarung mit den Mitarbeitenden sein müssen (z.B. Überstunden, Ersatzlösung bei Krankheit), und ein Mitarbeiterhandbuch auch nur insoweit zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrags zu erklären.

Kündigung und Probezeit

Kernbestandteil von Arbeitsverträgen sind ferner Bestimmungen zu deren Beendigung. In der Regel wird erwünscht sein, das Arbeitsverhältnis während einer Probezeit kurzfristig beenden zu können. Gemäss Obligationenrecht beträgt die Probezeit lediglich einen Monat (Art. 335b). Durch *schriftliche* Vereinbarung kann die Probezeit jedoch auf bis zu drei Monate verlängert werden. Wird hingegen keine Probezeit gewünscht, wie dies bisweilen bei der Anstellung hochrangiger Kadermitarbeitender der Fall ist, muss das ausdrücklich vereinbart werden. Ansonsten greift die gesetzliche Probezeit.

Werden keine Kündigungsfristen vereinbart, gelten die gesetzlichen Regelungen. Diese sehen Fristen von ein bis drei Monaten (in Abhängigkeit des Dienstalters) auf jeweils das Monatsende vor. Es empfiehlt sich, hiervon



abweichend zu vereinbaren, dass eine Kündigung (unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist) mit Wirkung auf das Ende eines jeden Kalendertags ausgesprochen werden kann: Erkrankt der Mitarbeitende im Fall einer Kündigung durch die Arbeitgeberin in der Kündigungsfrist, führt dies nämlich zu dem Ergebnis, dass sich die Kündigungsfrist nur um die tatsächliche Dauer der Krankheit verlängert. Fehlt es hingegen an einer solchen Abrede, führt auch eine nur kurze Krankheit von wenigen Tagen aufgrund der Regelung in Art. 336c Abs. 3 OR zu einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten Monatsende.

Ein Detail, das im Zweifel zu erheblichem Administrationsaufwand führen kann, betrifft ausserdem die Form der Kündigung: Das Gesetz sieht keine bestimmte Form für die Kündigung vor. Häufig finden sich in Arbeitsverträgen jedoch Bestimmungen, wonach die Kündigung der Schriftform bedürfe. Sofern hier keine Klarstellung erfolgt, dass beispielsweise eine E-Mail oder die elektronische Form ausreicht, sind die strengen Formanforderungen gemäss Art. 13 OR einzuhalten. Wenn es mit dem Ausspruch der Kündigung eilig wird, kann dies kostbare Zeit kosten, einschliesslich allfälliger Verzögerungen bei der Zustellung auf dem Postweg.

Nachvertragliches Konkurrenzverbot

In Verträgen mit Kadermitarbeitenden spielen häufig auch nachvertragliche Konkurrenz-

CHECKLISTE

Dos

- Klare Sprache, Struktur und Widerspruchsfreiheit
- Präzise Lohnregelungen und Vorsicht beim Entwurf von Bonusklauseln
- Überstundenkompensation direkt im Arbeitsvertrag regeln oder Arbeitszeitreglement zum integrierenden Vertragsbestandteil erheben, soweit sinnvoll
- Kündigungsmöglichkeit auf das Ende eines Kalendertags vereinbaren
- Pflicht zur Vorlage eines Arztzeugnisses ab dem ersten Krankheitstag im Fall der Kündigung durch die Arbeitgeberin
- Schriftliche Unterzeichnung des Arbeitsvertrags

Don'ts

- Weisungen, Policies und Mitarbeiterhandbücher zum Vertragsbestandteil erheben, wenn rechtlich nicht unbedingt erforderlich
- Verwendung elektronischer Signaturen ohne Prüfung, ob diese nach Schweizer Recht geeignet sind, die Schriftform zu ersetzen
- Vereinbarung, dass eine Kündigung der Schriftform bedarf
- Konkurrenzverbote ohne Konventionalstrafe und Möglichkeit der Realexekution
- Konventionalstrafenregelungen ohne Klarstellung, dass die Zahlung der Konventionalstrafe nicht von der Einhaltung der mit der Konventionalstrafe belegten Pflicht befreit



verbote eine Rolle. Diese bedürfen zu ihrer Wirksamkeit einer *schriftlichen* Vereinbarung und müssen inhaltlich, zeitlich und örtlich beschränkt sein.

Um dem nachvertraglichen Konkurrenzverbot Schlagkraft zu verleihen, sind Unternehmen gut beraten, die Realexekution ausdrücklich zu vereinbaren. Nur bei Vorliegen einer solchen Vereinbarung können Unternehmen die Unterlassung konkurrenzierender Aktivitäten auch tatsächlich durchsetzen, statt allein auf Schadenersatz verwiesen zu sein (Art. 340b Abs. 3 OR). Überdies ist der Nachweis eines Schadens in der Praxis nicht trivial. Sinnvoll ist daher auch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall des Verstosses. Es ist aber unbedingt Art. 160 Abs. 1 OR zu

beachten: Arbeitgeberinnen sollten regeln, dass sich Mitarbeitende nicht durch Zahlung der Konventionalstrafe von der Pflicht, das Konkurrenzverbot einzuhalten, befreien können.


AUTORINNEN



Joy Malka ist Counsel bei der Walder Wyss AG in Zürich. Sie berät Unternehmen in Fragen der internationalen Mitarbeitermobilität sowie bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen, in Kündigungsverfahren und bei Restrukturierungen.




Tabea Gutmann, Rechtsanwältin, ist Managing Associate bei Walder Wyss in Zürich. Sie berät Unternehmen und Führungskräfte in sämtlichen Fragen des Arbeitsrechts und angrenzenden Rechtsgebieten.




Jetzt WEKA MEMBER werden!

- | Zugriff auf alle kostenpflichtigen Beiträge und Videos
- | Unlimitierter Zugang zu allen Special Dossiers und über 1300 Arbeitshilfen
- | KI-Chatbot Evi: Das gesamte WEKA-Wissen mit Quellenangaben auf Abruf
- | Inkl. Zugang zu allen zweistündigen Live-Webinaren
- | Unlimitierte telefonische Rechtsberatung (PREMIUM)


Inklusiv Seminargutschein im Wert von bis zu CHF 400.-



WEKAPLUS



WEKAPRO



WEKAPREMIUM

Mehr Infos unter: www.weka.ch/member