



Arbeitsrecht Master

August 2020

Dauer: 90 Minuten

- Kontrollieren Sie bitte bei Erhalt der Prüfung die Anzahl der Aufgabenblätter. Die Prüfung umfasst (inkl. dieser Seite) 3 Seiten und 3 Aufgaben.

Hinweise zur Aufgabenlösung

- Jede Aufgabe ist für sich allein zu lösen; gemeinsame Bemerkungen am Anfang oder am Schluss der Prüfung werden nicht bewertet.
- Sollte sich eine Rechtsfrage infolge Illiquidität des Sachverhalts nicht beantworten lassen, so treffen Sie eine naheliegende Annahme.
- Für allfällige Skizzen können keine Punkte vergeben werden.
- Die Antworten sind, sofern sich aus der Fragestellung nicht etwas anderes ergibt (z.B. wenn ausdrücklich nur nach einer Bezeichnung gefragt wird), zu begründen und mit der zutreffenden Gesetzesbestimmung zu ergänzen. Für die Nennung von Gesetzesbestimmungen werden in der Regel nur Punkte vergeben, wenn ein nach Art./Abs./Ziff./lit./Gesetz präzises und korrektes Zitat vorliegt.

Hinweise zur Bewertung

- Bei der Bewertung kommt den Aufgaben unterschiedliches Gewicht zu. Die Punkte verteilen sich (gerundet) wie folgt auf die einzelnen Aufgaben:

Aufgabe 1	24 Punkte	49 % des Totals
Aufgabe 2	15 Punkte	31 % des Totals
Aufgabe 3	10 Punkte	20 % des Totals

Total	49 Punkte	100 %
-------	-----------	-------

Nachträgliche Abweichungen von bis zu 5 % pro Aufgabe bleiben vorbehalten.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg

Aufgabe 1 (Total 24 Punkte)

Die Privatbank A. AG mit Sitz in der Stadt Zürich unterhält zahlreiche geschäftliche Beziehungen zu Kunden in Südostasien und Australien. Wegen der Zeitverschiebung besteht ein grosses Bedürfnis, dass ausgewählte Mitarbeitende bei dringlichen Transaktionen auch in der Nacht an Telefon- und Videokonferenzen teilnehmen können. Aus diesem Grund ordnet die Geschäftsleitung an, dass diese Mitarbeitenden jeweils an einem Tag pro Woche bis 01.00 Uhr in der Nacht arbeiten müssen. Dafür brauchen sie an diesen Tagen erst am Nachmittag mit der Arbeit zu beginnen. Kundenbetreuer B, der über einen festen Kundenstamm verfügt, ist auch von dieser Anordnung betroffen. Wegen familiärer Verpflichtungen weigert er sich, diese Anordnung zu befolgen. Nachdem B auch nach einer schriftlichen Verwarnung nicht einverstanden ist, wird ihm unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist ordentlich gekündigt.

- a) Wie beurteilen Sie die rechtliche Zulässigkeit der angeordneten Arbeitszeit unter dem Blickwinkel des Arbeitsgesetzes (Bemerkung: Gefragt wird nach den grundsätzlichen rechtlichen Rahmenbedingungen; eine Beurteilung des Vorliegens der einzelnen Voraussetzungen im Sachverhalt ist nicht notwendig)?
- Von 23.00 – 6.00 Uhr liegt Nachtarbeit vor (1 Punkt), Verschiebungsmöglichkeit im Einvernehmen um eine Stunde (1 Punkt), Art. 16 i.V.m. Art. 10 ArG (1 Punkt; Angabe von Absätzen nicht erforderlich)
 - Nachtarbeit ist grundsätzlich verboten (1 Punkt), Art. 16 ArG (1 Punkt)
 - Ausnahmen vom Verbot: mit Bewilligung (1 Punkt; auch richtig: Hinweis auf technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit bzw. dringendes Bedürfnis), Art. 17 ArG (1 Punkt; Angabe von Absätzen nicht erforderlich), oder durch die Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV2; auch richtig: wenn auf Art. 27 ArG verwiesen wird; 1 Punkt)
 - Das Einverständnis des Arbeitnehmers ist erforderlich (1 Punkt), Art. 17 Abs. 6 ArG (1 Punkt)

B erachtet seine Entlassung als missbräuchlich im Sinn von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR (Rachekündigung). Nachdem im Schlichtungsverfahren keine Einigung zustande kommt, beauftragt er seine Anwältin/seinen Anwalt, eine Entschädigung nach Art. 336a OR einzuklagen. Ausserdem ist B mit dem erhaltenen Schlusszeugnis nicht einverstanden, weshalb seine Anwältin/sein Anwalt mit der gleichen Klage auch noch gewisse Zeugniskorrekturen einklagen soll. Weil B über keine Rechtsschutzversicherung verfügt, will er Gerichtskosten vermeiden. Die Anwältin/der Anwalt soll aber keine Teilklage erheben, da B die Angelegenheit in einem Zug erledigt haben will.

- b) Auf was haben Sie als Anwältin/Anwalt bei der Bezifferung der Entschädigungszahlung im Rechtsbegehren besonders zu achten?
- Bezifferung der Entschädigungsforderung ist notwendig bzw. kein Fall einer zulässigen unbezifferten Forderungsklage (1 Punkt), Art. 85 ZPO (1 Punkt; Angabe von Absätzen nicht erforderlich)
 - Maximaler Streitwert für Kostenbefreiung: Fr. 30'000.— (1 Punkt), Art. 114 lit. c ZPO (1 Punkt)
 - Zeugnisse sind vermögensrechtlicher Natur (1 Punkt) und haben ebenfalls einen Streitwert (1 Punkt); unterschiedliche Handhabung durch die Gerichte (1 Punkt), z.B. ein ganzer oder halber Monatslohn oder ein bestimmter Betrag (1 Punkt; ein Beispiel genügt)



- *Fazit zur Kostenfrage: Entschädigungszahlung und Zeugnis dürfen insgesamt Fr. 30'000.— nicht überschreiten (1 Punkt)*

Im Arbeitsvertrag von B ist ein nachvertragliches Konkurrenzverbot enthalten. Danach darf B während eines Jahres nach Vertragsende keine konkurrenzierende Tätigkeit ausüben, ansonsten er eine Konventionalstrafe von Fr. 10'000.— schuldet. Gestützt auf diese Klausel und nachdem B während der Verbotsfrist tatsächlich eine konkurrenzierende Stelle angetreten hat, erhebt die A. AG im Prozess Widerklage und verlangt, dass B zur Zahlung dieser Fr. 10'000.— verpflichtet wird.

- c) Was für Argumente würden Sie als Anwältin/Anwalt von B gegen den Bestand bzw. die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbots vorbringen? (Bemerkung: Das Vorliegen einer Konkurrenzsituation ist vorauszusetzen und ist ebenso wie die Höhe der Konventionalstrafe nicht zu beurteilen; die Frage der prozessualen Zulässigkeit der Widerklage muss ebenfalls nicht geprüft werden)
- *Konkurrenzverbot ist entfallen (1 Punkt), da Arbeitgeberkündigung ohne begründeten, von B zu vertretenden Anlass (1 Punkt), Art. 340c Abs. 2 OR (1 Punkt)*
 - *Weiteres Argument: Unverbindlichkeit des Konkurrenzverbots wegen besonderer persönlicher Fähigkeiten bzw. besonderer Kundennähe (1 Punkt; auch richtig: fehlender Kausalzusammenhang zwischen Einblick in Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse und erheblichem Schädigungspotential), Grundlage: Praxis des Bundesgerichts (1 Punkt)*

Aufgabe 2 (Total 15 Punkte)

Gesamtarbeitsverträge (GAV) sehen zur gemeinsamen Durchführung häufig die Schaffung eines besonderen Organs vor.

- a) Auf welcher Rechtsgrundlage des Obligationenrechts beruht die gemeinsame Durchführung? Wie werden die genannten Organe meistens bezeichnet? Welches ist in der Praxis das wichtigste Sanktionsmittel gegen fehlbare Unternehmen, das diesem Organ zur Verfügung steht? Welcher Rechtsweg ist dabei zu beschreiten?
- *Art. 357b OR (1 Punkt; Angabe von Absätzen ist nicht notwendig)*
 - *Paritätische Kommission (auch richtig: Berufskommission; 1 Punkt)*
 - *Konventionalstrafe (1 Punkt)*
 - *Zivilklage (1 Punkt; auch richtig: Klage [es geht um die Abgrenzung zur fehlenden Verfügungsgewalt des Organs])*

C ist als Programmierer im Softwareunternehmen D. AG tätig. Weder C noch die D. AG sind Mitglied eines Arbeitnehmenden- bzw. Arbeitgebendenverbandes. Im Arbeitsvertrag von C findet sich aber eine Klausel, wonach der nicht allgemeinverbindliche Branchen-GAV auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finde.

- b) Wie bezeichnet man die Verbindlichkeit einer solchen Anwendbarerklärung eines GAV?
- *Indirekte Vertragsbindung (1 Punkt)*
- c) Worin liegen die wesentlichen Unterschiede zur GAV-Wirkung bzw. -Verbindlichkeit gestützt auf eine Verbandsmitgliedschaft?



- Keine normative bzw. unmittelbare Wirkung (1 Punkt; auch richtig: vertragliche Übernahme ist erforderlich)
- Keine Unabdingbarkeit (1 Punkt; auch richtig: Günstigkeitsprinzip gilt nicht, Vertragsänderungen bzw. Änderungskündigungen bleiben möglich)
- Keine Unverzichtbarkeit (1 Punkt)
- Nennung von Art. 357 OR (1 Punkt; Angabe von Absätzen nicht erforderlich)

Im oben erwähnten Branchen-GAV finden sich unter anderem Bestimmungen zu Überstunden- und Überzeitarbeit.

- d) Bitte erläutern Sie diese beiden Begriffe inklusive Nennung der gesetzlichen Grundlagen. Worin liegt das rechtlich zentrale Unterscheidungsmerkmal?
- Überstunden: Überschreitung der vertraglichen Arbeitszeit (1 Punkt; auch richtig: der vereinbarten, üblichen oder durch NAV oder GAV bestimmten Arbeitszeit), Art. 321c OR (1 Punkt, Angabe von Absätzen nicht erforderlich)
 - Überzeit: Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit (1 Punkt), Art. 9 ff. ArG (1 Punkt; auch richtig: Art. 12 ArG oder Art. 12 f. ArG; Angabe von Absätzen nicht erforderlich)
 - Überstundenregelung ist dispositives Recht (1 Punkt; auch richtig: Abweichungen von der gesetzlichen Regelung sind zulässig bzw. Abgeltung mit Lohn zulässig)
 - Überzeitregelung ist (mit Ausnahmen; Hinweis nicht notwendig) zwingendes Recht (1 Punkt; auch richtig: Zeitausgleich bzw. Entschädigung [mit Ausnahmen; Hinweis nicht notwendig] obligatorisch)

Aufgabe 3 (Total 10 Punkte)

- a) Das Pflegepersonal eines öffentlich-rechtlichen Stadtsitals will in den Streik treten, weil es die Löhne im Vergleich zu den Salären in den Privatspitälern als zu tief empfindet. Als die Spitalleitung vom drohenden Arbeitskampf erfährt, weist sie die Pflegenden in einem Schreiben darauf hin, dass ein Streik nicht toleriert würde und dass die Streikenden mit einer fristlosen Entlassung rechnen müssten. Wie verhält es sich grundsätzlich mit dem Streikrecht im öffentlichen Dienst und was hat das Bundesgericht dazu für das Pflegepersonal vor kurzem in einem amtlich publizierten Urteil entschieden?
- Das Streikrecht ist gewährleistet (1 Punkt)
 - Ausnahmen sind für bestimmte Personengruppen möglich (1 Punkt)
 - BGE 144 I 206 (Referenz muss nicht genannt werden) betraf
 - ein generelles Streikverbot bzw. für das gesamte Pflegepersonal (1 Punkt)
 - im Kanton Freiburg (1 Punkt)
 - wegen Unverhältnismässigkeit (1 Punkt)
 - unzulässig (1 Punkt)
- b) Wie ist – unter Auslassung gewisser abweichender Konstellationen – der generelle Rechtsmittelweg bei der Entlassung eines kommunalen Mitarbeiters einer Gemeinde im Kanton Zürich? (keine Angabe von Gesetzesbestimmungen notwendig)
- Kündigungsverfügung durch Anstellungsinstanz (1 Punkt)
 - Verwaltungsinterner Rekurs an Bezirksrat (1 Punkt)
 - Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht (1 Punkt)
 - Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht (1 Punkt)