

**Universität Bern, Zivilistisches Seminar**

**Prüfung per HS 2011**

**Prüfungsdatum 14. Januar 2012**

**Lösung Prüfung Arbeitsrecht II  
Kollektives und öffentliches Arbeitsrecht**

**Prof. Dr. Roland Müller**

**Wichtige Hinweise für die Prüfungsteilnehmer:**

- Dauer der Prüfung 120 Minuten ohne Pause
- Alle 6 Aufgaben werden gleich gewichtet (je max. 5 Punkte)
- Antworten nur auf die vorgegebenen Seiten schreiben
- Bitte Antworten klar strukturieren und leserlich schreiben
- Hilfsmittel gemäss Merkblatt Prüfungen Arbeitsrecht

## 1. Aufgabe

### Detailfragen

Über die Dubiosa AG ist der Konkurs eröffnet worden. Der eingesetzte Konkursverwalter kündigt umgehend allen 50 Arbeitnehmern unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfristen, jedoch ohne Berücksichtigung des Verfahrens zur Massentlassung. Glücklicherweise übernimmt die Profunda AG alle Maschinen und Mitarbeiter der konkursiten Dubiosa AG und führt den Betrieb weiter. Nun fordert aber die Gewerkschaft Unia, dass die Profunda AG den früheren GAV zufolge Betriebsübergangs weiter einhalte. Zudem sei den gekündigten Mitarbeitern eine Entschädigung von 2 Monatslöhnen auf Grund von Art. 336a Abs. 3 OR wegen Nichtberücksichtigung der Vorschriften über die Massenentlassung auszurichten, wofür die Konkursmasse solidarisch hafte.

*Wie ist die Weitergeltung des GAV beim Betriebsübergang zu beurteilen und haben die gekündigten Mitarbeiter tatsächlich Anspruch auf eine Entschädigung von 2 Monatslöhnen, wofür die Konkursmasse solidarisch haftet?*

### 1. Lösung [Total 5 Punkte]

- Die Nachwirkungen eines GAV im Falle eines Betriebsübergangs sind in Art. 333 geregelt. Ist auf das übertragene Arbeitsverhältnis ein GAV anwendbar, so muss dieser gemäss Art. 333 Abs. 1bis OR durch den Erwerber weiter eingehalten werden. **[1 Punkt]**
- Die weitere Einhaltung des GAV ist jedoch zeitlich befristet: noch während der Dauer eines Jahres seit Übernahme, sofern der GAV nicht vorher ausläuft oder infolge Kündigung endet. **[1 Punkt]**
- Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt Art. 333 Abs. 1bis OR auch im Fall des Konkurses unverändert; somit muss die Profunda AG auch bei einer Betriebsübernahme aus dem Konkurs den GAV weiter einhalten. **[1 Punkt]**
- Die Bestimmungen über die Massentlassung sind bei einer Kündigung durch die Konkursverwaltung nach herrschender Rechtsprechung nicht anwendbar, weil das Konkursverfahren ausreichend Möglichkeiten für die Mitsprache der Arbeitnehmer biete (Art. 335e Abs. 2 OR gelangt nicht zur Anwendung, da der Konkurs nicht zwingend zur Betriebseinstellung führen muss). **[1 Punkt]**
- Im Fall des Konkurses ist nach der bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Solidarhaftung gemäss Art. 333 Abs. 3 OR nicht anwendbar; selbst wenn also eine Entschädigung geschuldet wäre, würde dafür die Konkursverwaltung nicht solidarisch haften. **[1 Punkt]**

## 2. Aufgabe

Max Meier ist 22 Jahre alt und Werkstudent an der Universität Basel. Regelmässig arbeitet er mit einem kleinen Pensum teilzeitweise bei einer Schweizer Bonbonfabrik in der Nähe von Basel, welche sich mit dem Slogan rühmt: "Wer hat's erfunden?" Als er seine Lohnabrechnung nach einer Arbeitsrechtsvorlesung genauer studiert, muss er feststellen, dass vom Bruttolohn zwar zahlreiche Abzüge im Zusammenhang mit AHV, IV und EO gemacht wurden, nicht jedoch gemäss BVG.

*Welche Abzüge (mit Angabe der ungefähren prozentualen Höhe) sind im Hinblick auf das Drei-Säulen-Prinzip der Sozialversicherung gerechtfertigt und wird Max Meier bei seiner Pensionierung tatsächlich keine Leistungen von der Bonbonfabrik erhalten?*

## 2. Lösung

- Das Drei-Säulen-Prinzip umfasst die staatliche Vorsorge mit AHV und IV als 1. Säule, die berufliche Vorsorge als 2. Säule und die Selbstvorsorge mit gebundener und freier Vorsorge als 3. Säule. Nur die 3. Säule ist völlig freiwillig, weshalb hier keine Abzüge gemacht werden dürfen. Für die 1. und 2. Säule sind hingegen Abzüge am Lohn zulässig, da die Beiträge von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemäss Gesetz je zur Hälfte zu tragen sind. **[1 Punkt]**
- Für die 1. Säule sind von der Bonbonfabrik folgende Prämien an die Ausgleichskasse zu zahlen:

- AHV:	8,4%
- IV	1,4%
- EO	0,5%

Insgesamt sind somit von der Bonbonfabrik 10,3% zu entrichten, wovon dem Arbeitnehmer die Hälfte, also rund 5%, am Lohn abgezogen werden dürfen. **[2 Punkte]**
- Ob von der Bonbonfabrik auch ein Abzug für die berufliche Vorsorge bzw. die 2. Säule gemacht werden darf, hängt vom Alter des Arbeitnehmers und von der Höhe des erzielten Lohnes ab. Der Arbeitnehmer muss gemäss Art. 2 BVG älter als 17 Jahre sein und sein Lohn muss die minimale Eintrittsschwelle von CHF 20'880 erreichen. Gemäss Art. 7 BVG unterstehen Arbeitnehmer, die bei einem Arbeitgeber einen Jahreslohn von mehr als CHF 20 880 beziehen, bereits ab 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres für die Risiken Tod und Invalidität und ab 1. Januar nach Vollendung des 24. Altersjahres auch für das Alter der obligatorischen beruflichen Vorsorgeversicherung. **[1 Punkt]**
- Da Max Meier nur mit einem kleinen Pensum arbeitet, ist es durchaus möglich, dass er weniger als die Eintrittsschwelle verdient; in diesem Fall darf kein PK-Abzug gemacht werden. Von der Bonbonfabrik selbst erhält Max Meier direkt sicher keine Rente, auch wenn er sein ganzes Leben bei der Bonbonfabrik arbeitet und später viel mehr verdient. Wenn überhaupt, dann richtet die Pensionskasse der Bonbonfabrik allenfalls eine Rente basierend auf den Beitragsjahren aus. Er erhält aber nach dem 65. Altersjahr in jedem Falle eine AHV-Rente von der Ausgleichskasse. **[1 Punkt]**

### 3. Aufgabe

Felix Feierabend ist neuer Personalchef des Treuhandbüros Seriosita AG. Von seinem Chef wird er beauftragt, für die Klienten des Treuhandbüros eine kurze Zusammenstellung der Vorschriften im Arbeitsgesetz über die maximalen Arbeitszeiten, die Ruhezeiten und die Pausen zusammenzustellen, damit die Klienten möglichst einfach kontrollieren können, ob sie die gesetzlichen Vorschriften einhalten.

*Welche Bestimmungen gelten für die täglichen und wöchentlichen maximalen Arbeitszeiten, die täglichen Ruhezeiten und die Pausen gemäss Arbeitsgesetz?*

### 3. Lösung

- Die betriebliche tägliche Höchstarbeitszeit beträgt max. 17 Stunden und die individuelle tägliche Höchstarbeitszeit max. 14 Stunden (ArG 10 II). **[1 Punkt]**
- Die wöchentliche Höchstarbeitszeit beträgt 45 Stunden für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels sowie 50 Stunden für alle übrigen Arbeitnehmer (ArG 9). **[1 Punkt]**
- Die wöchentliche Höchstarbeitszeit darf ausnahmsweise überschritten werden (ArG 12), aber nur: **[1 Punkt]**
  - maximal zwei Stunden im Tag
  - und nur 170 Stunden bei einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden
  - bzw. nur 140 Stunden bei einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 50 Stunden.
- Die tägliche Ruhezeit beträgt mindestens elf aufeinander folgenden Stunden (ArG 15a); die Ruhezeit kann für erwachsene Arbeitnehmer einmal in der Woche bis auf acht Stunden herabgesetzt werden, sofern die Dauer von elf Stunden im Durchschnitt von zwei Wochen eingehalten wird. **[1 Punkt]**
- Die Pausen sind im ArG (ArG 15) wie folgt geregelt: **[1 Punkt]**
  - eine Viertelstunde ab einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 5½ Stunden
  - eine halbe Stunde ab einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7 Stunden
  - eine Stunde bei mehr als 9 Stunden Arbeitszeit

#### 4. Aufgabe

Betty Becker ist juristische Mitarbeiterin des schweizerischen Bauernverbandes. Dieser warnt in der Berner Zeitung vor zu viel Abhängigkeit vom Ausland. 60 Prozent der Lebensmittel in der Schweiz stammen aus einheimischer Produktion und dies soll auch künftig so bleiben. Landwirt Kurt Keller will vom Bauernverband wissen, ob nicht der NAV ein geeignetes Mittel zur Unterstützung der Landwirtschaft wäre. Damit könnten doch die Arbeitsverhältnisse in dieser Branche auf vertraglicher Ebene optimal geschützt werden.

*Welche Antwort soll Betty Becker geben, wenn sie Kurt Keller klarmachen will, was ein NAV ist, wer über einen NAV entscheiden und ihn erlassen kann, welche Ziele mit einem NAV verfolgt werden können und welche Art von Normen ein NAV enthält?*

#### 4. Lösung

- Der NAV ist im Gegensatz zum GAV keine vertragliche Vereinbarung, sondern eine durch die Behörde erlassene Verordnung, welche für bestimmte Arbeitsverhältnisse unmittelbar anwendbare Bestimmungen (OR 360 I) über Abschluss, Inhalt und Beendigung (OR 359 I) des Arbeitsverhältnisses aufstellt. **[1 Punkt]**
- Grundsätzlich liegt der Entscheid über den Erlass eines NAV bei Bund und Kantonen. Einzig im Bereich der Landwirtschaft und des Hausdienstes sind die Kantone gesetzlich zum Erlass verpflichtet (Art. 359 Abs. 2 OR). **[1 Punkt]**
- Erstreckt sich der Geltungsbereich eines NAV über mehrere Kantone, ist der Erlass Sache des Bundes. Ansonsten sind die Kantone zuständig (Art. 359a Abs. 1 OR). **[1 Punkt]**
- Ziel des NAV ist es, für bestimmte Arbeitnehmergruppen angepasste und leicht änderbare Regelungen aufzustellen, weil bspw. ein GAV wegen fehlender Organisation der Arbeitnehmer nicht möglich ist, und somit die Lücken zu füllen, die das kollektive Arbeitsrecht sonst nicht deckt. Dies ist insbesondere in Berufszweigen der Fall, in denen die Stellung des Arbeitnehmers besonders gefährdet erscheint und das Lohnniveau tief ist (z.B. Angestellte in Haus- und Landwirtschaft, Erziehungs- und Gesundheitswesen). **[1 Punkt]**
- Der NAV setzt grundsätzlich dispositives Recht, d.h. er gilt nur, wenn die Parteien nichts Abweichendes vereinbaren. Der NAV kann somit auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden, ausser es werden Mindestlöhne vorgeschrieben (OR 360a Abs. 1). Ein NAV darf aber zwingende Gesetzesnormen nicht verletzen. **[1 Punkt]**

## 5. Aufgabe

Die Druckerei AG hatte im Juli 2008 mit ihrer gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmerschaft einen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) geschlossen, der u.a. auch eine Friedenspflicht enthielt. Der GAV (einschliesslich der Friedenspflicht) war bis zum 31. Juli 2011 befristet. Obwohl die Parteien bereits frühzeitig im Januar 2008 die Verhandlungen für den Abschluss eines neuen GAV begannen und sich ernsthaft und intensiv um eine Einigung bemühten, waren die Verhandlungen Anfang August 2011 völlig festgefahren. Um die Pattsituation zu überwinden und ihren Forderungen Nachdruck zu verleihen, beschloss die Gewerkschaft, ab 16. September 2011 in den Streik zu treten. Als Gegenmassnahme kündigte die Druckerei AG in der ersten Streikwoche einer Reihe streikender Arbeitnehmer fristlos. In den Kündigungsschreiben wurde die Teilnahme am Streik ausdrücklich als Grund für die Kündigung angegeben.

*Ist der von der Gewerkschaft der Druckerei AG ausgerufene Streik rechtlich zulässig und wie ist die Reaktion der Arbeitgeberin rechtlich zu würdigen?*

## 5. Lösung

- Art. 28 BV erklärt den Streik ausdrücklich für zulässig, aber gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes nur unter folgenden fünf Voraussetzungen: **[2 Punkte]**
  1. Der Streik muss von einer tariffähigen Organisation ausgerufen werden (kein Individualrecht).
  2. Der Streik muss ein im GAV regelbares Ziel verfolgen (keine Individualinteressen).
  3. Es dürfen keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen.
  4. Streitigkeiten sind nach Möglichkeiten durch Verhandlungen oder Vermittlung beizulegen; der Streik muss folglich verhältnismässig sein und darf nur als letztes Mittel (ultima ratio) eingesetzt werden.
  5. Die Verfahrensvorschriften nach Eidg. Einigungsgesetz (insbeso. 45 Tage Friedenspflicht nach Art. 6 EES) sind einzuhalten, sofern eine Einigungsstelle eingesetzt wurde.
- Im Fall der Druckerei AG sind alle fünf Voraussetzungen erfüllt und der fragliche Streik ist somit rechtmässig aus folgenden Gründen: **[1 Punkt]**
  1. Der Streik wurde von einer tariffähigen Organisation, der Gewerkschaft der Druckerei AG, beschlossen.
  2. Der Streik dient der Durchsetzung von Forderungen im Zusammenhang mit der Aushandlung eines neuen GAV, er betrifft also Arbeitsbeziehungen.
  3. Dem Streik steht keine Friedenspflicht entgegen, da zum Zeitpunkt des Beginns des Streiks (16. September 2011) die Friedenspflicht aus dem alten GAV nicht mehr in Kraft stand (gültig nur bis zum 31. Juli 2011).
  4. Der Streik wurde erst ergriffen, nachdem lange und intensive Verhandlungen ohne Erfolg geblieben waren; er genügt damit dem ultima ratio Prinzip.
  5. Es wurde keine Einigungsstelle eingesetzt, womit auch keine diesbezüglichen Verfahrensvorschriften zu beachten sind.

## 5. Lösung (Fortsetzung)

- Als Reaktion auf den Streik könnte die Druckerei AG eine Aussperrung vornehmen. Sie darf jedoch wegen der Streikteilnahme keine Kündigungen aussprechen, sonst handelt sie gemäss Bundesgericht (BGE 125 III 285) missbräuchlich, auch wenn Art. 336 OR keinen expliziten Tatbestand der Missbräuchlichkeit einer Kündigung aufgrund der Teilnahme an einem Streik enthält. **[1 Punkt]**
- Im vorliegenden Fall kündigt die Druckerei AG einigen am rechtmässigen Streik teilnehmenden Arbeitnehmern sogar fristlos. Diese Kündigung sind zwar gültig, doch fehlt es an einem wichtigen Grund nach Art. 337 OR. Die Druckerei AG muss deshalb gemäss Art. 337c OR diesen gekündigten Arbeitnehmern den Lohn während der ordentlichen Kündigungsfrist nachzahlen sowie eine Entschädigung bis zu 6 Monatslöhnen entrichten. **[1 Punkt]**

## 6. Aufgabe

Frida Fröhlich ist am 1. Juli 1959 geboren und arbeitet als Haushalthilfe bei verschiedenen Familien mit je einem Pensum von 1 1/2 Stunden pro Woche. Insgesamt kommt sie damit auf einen Arbeitseinsatz von 9 Stunden pro Woche. Von ihrem Lohn werden keine Abzüge für Berufs- oder Nichtberufsunfallversicherung gemacht. Am 14. Januar 2012 will Frida Fröhlich auf der Fahrt zur Arbeit am Morgen noch kurz ihre Mutter im Nachbardorf besuchen. Dazu ist mit dem Bus nur ein kurzer Umweg von 8 Kilometern erforderlich. Beim Aussteigen aus dem Bus bricht sie sich aber den Oberschenkel. Nun liegt sie im Spital und macht sich Gedanken darüber, ob sie wohl einen Berufsunfall erlitten hat und wer nun die pauschalen Fallkosten für die Operation und die Behandlung im Spital bezahlen wird.

*Hat Frida Fröhlich einen Berufsunfall erlitten oder gilt der Unfall als Nichtberufsunfall? Wer muss für die Kosten der Operation und der Behandlung im Spital aufkommen?*

## 6. Lösung

- Nach Art. 7 Abs. 1 UVG gelten Unfälle auf dem Arbeitsweg grundsätzlich nicht als Berufsunfälle; vielmehr gelten als Berufsunfälle nur jene Unfälle, welche einem Versicherten wie folgt zustossen: **[1 Punkt]**
  - a) bei Arbeiten, die er auf Anordnung des Arbeitgebers oder in dessen Interesse ausführt
  - b) während der Arbeitspausen sowie vor und nach der Arbeit, wenn er sich befugterweise auf der Arbeitsstätte oder im Bereiche der mit seiner beruflichen Tätigkeit zusammenhängenden Gefahren aufhält.
- Bei Unfällen von Teilzeitbeschäftigten, welche bei ihrer wöchentlichen Arbeitszeit die vom Bundesrat festgesetzte Mindestdauer nicht erreichen, gelten gemäss Art. 7 Abs. 2 UVG ausnahmsweise auch Unfälle auf dem Arbeitsweg als Berufsunfälle im Sinne des Gesetzes. **[1 Punkt]**
- Die Mindestbeschäftigung wurde vom Bundesrat in Art. 13 Abs. 1 UVV auf mindestens 8 Stunden pro Woche festgelegt. Allerdings bezieht sich diese Mindestdauer auf die Anstellung bei einem einzelnen Arbeitgeber; Einsätze bei mehreren Arbeitgebern werden nicht zusammengezählt. Frida Fröhlich erreicht diese Mindestdauer bei keinem einzelnen Arbeitgeber; somit hat sie als Teilzeitbeschäftigte einen Berufsunfall erlitten, wenn sich der Unfall tatsächlich auf dem Arbeitsweg ereignet hat. **[1 Punkt]**
- Frida Fröhlich hat einen Umweg von 8 Kilometern gemacht. Dies kann nicht mehr als direkter Arbeitsweg bezeichnet werden. Damit liegt trotz Nichterreichens der Mindestdauer kein Berufsunfall vor (vgl. BGE 134 V 412). **[1 Punkt]**
- Da es sich nicht um einen Berufsunfall handelt, muss die obligatorische Unfallversicherung die Kosten nicht tragen, denn gemäss Art. 8 Abs. 2 UVG sind Teilzeitbeschäftigte nicht obligatorisch gegen Nichtberufsunfall versichert. Folglich muss die obligatorische Krankenversicherung von Frida Fröhlich die Kosten bezahlen abzüglich einer maximalen Kostenbeteiligung von CHF 1'000 pro Kalenderjahr. **[1 Punkt]**