# Arbeitsrechtliche Grundlagen

## für die Soziale Arbeit in der Schweiz

AvenirSocial

Berufsverband Soziale Arbeit Schweiz
Association professionnelle suisse du travail social
Associazione professionale lavoro sociale Svizzera
Associaziun professiunala svizra da la lavur sociala

**Herausgeber**

AvenirSocial – Berufsverband Soziale Arbeit Schweiz
Geschäftsstelle Schweiz
Postfach
Schwarztorstrasse 22
3001 Bern
info@avenirsocial.ch
avenirsocial.ch

**Autor*innen**

Arbeitsrecht in der Sozialen Arbeit, 2016:
Advokaturbüro advocomplex, Bern
Matthias Münger, Kathrin Kummer

Überarbeitung 2022:
Advokaturbüro advocomplex, Bern
Stefanie Nagel
Verantwortlicher Fachliche Grundlagen, AvenirSocial
Tobias Bockstaller

# Inhalt


Abkürzungsverzeichnis ..... 4

Einleitung ..... 5

**1 Anwendbare rechtliche Bestimmungen ..... 7**

**2 Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses ..... 9**
2.1 Arbeitsvertrag ..... 9
2.2 Probezeit ..... 10
2.3 Ordentliche Kündigung ..... 11
2.4 Missbräuchliche Kündigung ..... 12
2.5 Kündigung zur Unzeit ..... 14
2.6 Fristlose Kündigung ..... 16

**3 Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ..... 17**
3.1 Entlöhnung ..... 17
3.2 Persönlichkeitsschutz ..... 17
3.2.1 Generell ..... 17
3.2.2 Mobbing ..... 18
3.2.3 Sexuelle Belästigung ..... 19
3.3 Mitsprache ..... 20
3.4 Fort- und Weiterbildung ..... 21
3.5 Mitarbeitendengespräch ..... 22
3.6 Arbeitszeugnis ..... 22
3.7 Sorgfalts- und Treuepflicht ..... 24

**4 Arbeitszeit ..... 25**
4.1 Vollzeit – Teilzeit, Gleitzeit und Jahresarbeitszeit ..... 25
4.2 Überstunden/Überzeit ..... 25
4.2.1 Überstunden ..... 25
4.2.2 Überzeit ..... 26
4.3 Nachtarbeit/Sonntagsarbeit/Pikettdienst ..... 27
4.3.1 Nachtarbeit ..... 27
4.3.2 Sonntagsarbeit ..... 28
4.3.3 Pikettdienst ..... 28
4.4 Verpflegung bei der Arbeit ..... 29
4.5 Ruhezeit ..... 29
4.6 Unbezahlter Urlaub ..... 30
4.7 Ferien ..... 30
4.8 Freitage aufgrund besonderer Umstände ..... 31

**5 Versicherungen und Vorsorge ..... 33**
5.1 Krankheit ..... 33
5.2 Unfall ..... 34
5.3 Mutterschaft ..... 34
5.4 Vaterschaft ..... 34
5.5 Betreuung von Angehörigen und von kranken Kindern ..... 35
5.6 Betreuung von wegen Krankheit oder Unfall gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindern ..... 35
5.7 Familienzulagen ..... 35
5.8 Pensionskasse ..... 35

Literaturverzeichnis ..... 37

## Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| Abs. | Absatz |
| AHV | Alters- und Hinterlassenenversicherung |
| ArG | Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz), SR 822.11 |
| ArGV 1 | Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, SR 822.111 |
| BELEX | Bernische Gesetzessammlung |
| BGE | In der amtlichen Sammlung publizierter Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts |
| BGer | Schweizerisches Bundesgericht |
| BPG | Bundespersonalgesetz, SR 172.220.1 |
| BPV | Bundespersonalverordnung, SR 172.220.111.3 |
| E. | Entscheidung |
| EOG | Bundesgesetz über den Erwerbsersatz (Erwerbsersatzgesetz), SR 834.1 |
| etc. | et cetera |
| d. h. | das heisst |
| f. | folgende |
| FamZG | Bundesgesetz über die Familienzulagen und Finanzhilfen an Familienorganisationen (Familienzulagengesetz), SR 836.2 |
| ff. | fortfolgende |
| GAV | Gesamtarbeitsvertrag |
| GIG | Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz), SR 151.1 |
| Hrsg. | Herausgeber, Herausgeberin |
| JAR | Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (Bern) |
| lit. | litera |
| NAV | Normalarbeitsvertrag |
| N | Note |
| OR | Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220 |
| Rz. | Randziffer |
| S. | Seite |
| SG | Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt |
| SGF | Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg |
| SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts |
| StGB | Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0 |
| UVG | Bundesgesetz über die Unfallversicherung, SR 832.20 |
| vgl. | vergleiche |
| VPOD | Schweizerischer Verband des Personals öffentlicher Dienste |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210 |
| ZH-Lex | Zürcher Gesetzessammlung |

# Einleitung

AvenirSocial ist der Berufsverband der Sozialen Arbeit in der Schweiz. Er vertritt die Interessen der Fachpersonen der Sozialen Arbeit mit einer tertiären Ausbildung in Sozialarbeit, Sozialpädagogik, Soziokulturelle Animation, Gemeindeanimation, Kindheitspädagogik und Arbeitsagogischer Leitung.

In seinem Leitbild[1] legt AvenirSocial seine Vision, Werte und Handlungprinzipien fest. Wir engagieren uns für die Verwirklichung der Menschenrechte und sozialer Gerechtigkeit. Wir stärken die Profession Soziale Arbeit und fördern ihre Weiterentwicklung in dem wir die berufspolitischen Interessen unserer Mitglieder vertreten.

Qualität, verstanden als «Güte» der Sozialen Arbeit, sichert und entwickelt das Handeln, fördert Transparenz und ermöglicht das Überprüfen der Zielerreichung bzw. der Wirksamkeit und trägt wesentlich zur Legitimation der Sozialen Arbeit bei. Die Fachpersonen der Sozialen Arbeit führen die ihnen übertragenen Aufgaben professionell, gewissenhaft und gemäss dem Berufskodex[2] von AvenirSocial und den datenschutzrechtlichen Vorgaben[3] aus. Beim Thema der Qualität stellen gute rechtliche Rahmenbedingungen einen wichtigen Aspekt dar. Daher positioniert sich AvenirSocial mit der vorliegenden Broschüre «Arbeitsrechtliche Grundlagen für die Soziale Arbeit in der Schweiz». Sie soll interessierten Personen als Nachschlagewerk für anstellungsrechtliche Fragen dienen.

Es werden arbeitsrechtliche Fragen aus dem Kontext der Sozialen Arbeit erläutert. Zahlreiche Fussnoten geben Hinweise auf weiterführende Literatur bzw. auf rechtliche Grundsatzentscheide.

1 AvenirSocial, Leitbild AvenirSocial Berufsverband Soziale Arbeit Schweiz.
2 AvenirSocial (2010). Berufskodex Soziale Arbeit Schweiz. *Ein Argumentarium für die Praxis der Professionellen.* Bern: AvenirSocial.
3 AvenirSocial (2023): Datenschutz in der Sozialen Arbeit. *Eine Praxishilfe zum Umgang mit sensiblen Personendaten.* Bern: AvenirSocial.

# 1 Anwendbare rechtliche Bestimmungen

Anstellungsverhältnisse können **privatrechtlich** oder **öffentlich-rechtlich** ausgestaltet werden. Arbeitsvertragliche Normen für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse sind im Obligationenrecht (OR) enthalten. Öffentlich-rechtliche Regeln finden sich im Bundespersonalgesetz (BPG) sowie der Bundespersonalverordnung (BPV) und auf kantonaler und kommunaler Ebene in verschiedenen Personal- oder Beamtengesetzen, Besoldungsverordnungen etc. Um herauszufinden, welche rechtlichen Bestimmungen im konkreten Fall anwendbar sind, muss zuerst geklärt werden, ob das Anstellungsverhältnis privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist. Diese Abgrenzung ist wichtig, weil es bedeutende Unterschiede zwischen einer privaten und einer öffentlich-rechtlichen Anstellung gibt (z. B. in der Regelung der Kündigung, siehe Kapitel 2.3).

Zur Klärung der Frage kann nach folgendem **Prüfschema** vorgegangen werden:

**a) Was steht im Arbeitsvertrag?**

**PRIVATRECHTLICH**
Hinweise für ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis sind z. B. Formulierungen wie «Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR», oder «soweit in diesem Vertrag keine abweichenden Vereinbarungen getroffen werden, gelten die Bestimmungen des OR».

**ÖFFENTLICH-RECHTLICH**
Hinweise für ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis sind z. B. Formulierungen wie «anwendbar sind die Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes», oder «dieser Anstellungsvertrag beruht auf dem Personalgesetz des Kantons XY / dem Personalreglement der Gemeinde XY», oder «es gilt das Besoldungsreglement XY».

**MISCHFORM**
Hinweise auf eine Mischform lauten z. B. «die Anstellung ist privatrechtlicher Natur, bezüglich Lohn gilt das Besoldungsreglement der Gemeinde X»[4] oder «soweit das Bundespersonalgesetz nichts Abweichendes bestimmt, gelten sinngemäss die Bestimmungen des OR für das Arbeitsverhältnis»[5].

4 In diesem Fall handelt es sich um eine private Anstellung, allerdings mit der Besonderheit, dass die Entlöhnung kraft Parteivereinbarung gemäss den Bestimmungen eines öffentlichen Besoldungsreglements erfolgt.
5 Trotz dieses Hinweises handelt es sich um ein Arbeitsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur.

Fehlen Hinweise im Arbeitsvertrag oder sind diese missverständlich, dann stellt sich die Frage:

**b) Wer ist Arbeitgeber*in?**

**PRIVATRECHTLICH**
Private Arbeitgebende stützen sich auf das OR.[6]
Privatrechtliche Anstellungen beim Staat sind die Ausnahme.[7]

**ÖFFENTLICH-RECHTLICH**
Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung untersteht das Arbeitsverhältnis zwischen dem Staat als Arbeitgeber*in (Bund, Kantone, Gemeinden) und der Privatperson als Arbeitnehmerin dem öffentlichen Recht.
Öffentlich-rechtliche Anstalten (z. B. ETH, Universitäten, Schulen etc.) stellen in der Regel ebenfalls öffentlich-rechtlich an.
Je nach gesetzlicher Grundlage können öffentliche Arbeitgeber aber auch privatrechtliche Arbeitsverträge nach OR abschliessen.[8] So ist beispielsweise in Art. 9 Postorganisationsgesetz (POG) festgehalten, dass das Personal der Post privatrechtlich angestellt ist.

Ist unklar, welche rechtlichen Bestimmungen anwendbar sind, dann stellt sich die Frage:

**c) Welche Funktion wird ausgeübt?**

**PRIVATRECHTLICH**
Nehmen Arbeitnehmende nicht oder nur am Rande öffentliche Aufgaben wahr, besteht oft ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis.[9]

**ÖFFENTLICH-RECHTLICH**
Sind Arbeitnehmende direkt mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betraut, dann handelt es sich in der Regel um ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis.[10]

Ergibt sich nach wie vor keine konkrete Antwort, so sollten die Arbeitgebenden Auskunft geben können.

6 Wobei die Grenzen fliessend sind. Beispielsweise die SBB stellt ihre Angestellten nach dem Bundespersonalgesetz an, die Tochtergesellschaften der SBB (z. B. SBB Cargo AG) regeln ihre Anstellungsverhältnisse demgegenüber privatrechtlich (BGE 135 III 485).
7 Roland Müller/Caroline von Graffenried, Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung, in: recht 2011, S. 156 ff.
8 VPOD, Anstellungsarten, Wann habe ich eine öffentlich-rechtliche Anstellung? (besucht am 10.08.2022).
9 Z. B. Administration eines öffentlichen Sozialdienstes.
10 Z. B. Sozialarbeiter*in eines öffentlichen Sozialdienstes.

# 2 Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses

## 2.1 Arbeitsvertrag

Ein Arbeitsverhältnis wird meist schriftlich begründet[11], kann aber auch mündlich oder konkludent (Wille wird stillschweigend zum Ausdruck gebracht) entstehen. Die Frage, ob ein Arbeitsvertrag oder ein anderer Vertragstyp (z. B. Auftrag, Werkvertrag, einfache Gesellschaft etc.) vorliegt, ist entscheidend, weil nur bei Ersterem der umfangreiche Sozialschutz des Gesetzes gilt (z. B. Kündigungsfristen, Kündigungsschutz, Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall etc.).[12] Charakteristisch für einen Arbeitsvertrag gemäss Art. 319 ff. OR sind folgende Gesichtspunkte:[13]

— das Vorliegen einer Arbeitsleistung (nicht Arbeitserfolg);
— die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation mit entsprechender Weisungsbefugnis der Arbeitgebenden (nicht eigenverantwortliche Tätigkeit, sondern Unterordnungsverhältnis);
— ein privatrechtliches Dauerschuldverhältnis (kein einmaliger Austausch von Vertragsleistungen, sondern dauernde Arbeitsleistung während einer bestimmten oder unbestimmten Zeitspanne);
— Anspruch auf Entgelt für die geleistete Arbeit.

Bei der Gestaltung des Vertragsinhalts sind die Parteien nur begrenzt frei. Zu berücksichtigen sind vorab die zwingenden Vorschriften[14], dann die Bestimmungen eines allfälligen GAV[15] und schliesslich die Betriebsordnung (für industrielle Betriebe) gemäss Arbeitsgesetz. Innerhalb dieses vorgegebenen Rahmens können die Parteien individuelle Vereinbarungen treffen. Fehlen solche, gilt das nicht zwingende (dispositive) Gesetzesrecht.[16]

**11** Wobei es auf die Bezeichnung, welche die Parteien dem Vertrag geben, nicht ankommt (Urteil BGer 2C_714/2010 vom 14.12.2010 E. 3.4.). D. h. es braucht keinen Titel «Arbeitsvertrag».
**12** Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 3 zu Art. 319 OR.
**13** Urteil BGer 4A_553/2008 vom 09.02.2009 E. 4.
**14** Siehe Auflistung gemäss Art. 361 f. OR.
**15** Z. B. GAV des Verbands der Organisationen des Personals der Sozialen Institutionen des Kantons Freiburg (besucht am 01.07.2022).
**16** Ausnahmsweise sind stattdessen die Bestimmungen eines NAV zu beachten. Ein NAV ist ein Regelwerk, das ähnlich wie ein GAV verbindliche Regeln für ein bestimmtes Arbeitsfeld enthält. Im Gegensatz zum GAV wird er aber nicht von den Sozialpartnern geschaffen, sondern von der gesetzgebenden Instanz, und ist für alle in diesem Bereich Tätigen verbindlich, z. B. der Normalarbeitsvertrag für die Erzieher in Heimen und Internaten vom 16. Januar 1985 (SR 221.215.324.1).

## 2.2 Probezeit

### PRIVATRECHTLICH

Gemäss Art. 335b OR gilt als Probezeit der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses. Durch schriftliche Abrede, NAV oder GAV können abweichende Vereinbarungen getroffen werden, wobei die Probezeit auf höchstens drei Monate verlängert werden darf. Das heisst, die Probezeit kann vertraglich gekürzt, ganz gestrichen, oder aber auf maximal drei Monate verlängert werden.[17] Wird vertraglich eine längere Probezeit als drei Monate vereinbart, so ist diese Abmachung teilnichtig, d. h. sie wird auf drei Monate reduziert.[18] Mit anderen Worten: Nach Ablauf der maximalen dreimonatigen Probezeit ist eine Verlängerung nicht mehr möglich. Diese Begrenzung der Probezeit ist von der gesetzgebenden Instanz gewollt, weil während der Probezeit kein Schutz vor Kündigungen zur Unzeit besteht. Das heisst, während der Probezeit kann trotz Militärdienst, Krankheit, Niederkunft etc. gemäss den kurzen Kündigungsfristen während der Probezeit gekündigt werden. Die Rechtsprechung gewährt eine relativ grosse Kündigungsfreiheit in der Probezeit. In der Kennenlernphase soll bei Nichtgefallen beidseitig rasch abgebrochen werden können.[19]

### ÖFFENTLICH-RECHTLICH

Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gelten für die Probezeit die Bestimmungen der jeweiligen einschlägigen Rechtsgrundlagen. Art. 27 BPV sieht z. B. grundsätzlich eine Probezeit von drei Monaten vor. Dann gibt es aber teilweise auch erhebliche Unterschiede zur oben beschriebenen Regelung des OR. Beispielsweise das Gesetz über das Staatspersonal des Kantons Freiburg (SGF 122.70.1) sieht in Art. 31 eine Probezeit von sechs Monaten vor, mit der Möglichkeit der Verlängerung um weitere sechs Monate.

17 Eine Sonderregelung gilt für den Lehrvertrag. Gemäss Art. 344a Abs. 4 OR kann bei diesem die Probezeit vor ihrem Ablauf mit Zustimmung der kantonalen Behörde ausnahmsweise bis auf sechs Monate verlängert werden.

18 Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 5 zu Art. 335b OR.

19 Beispielsweise wird Arbeitgebenden nicht zugemutet, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, wenn Arbeitnehmende bereits während der Probezeit Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit mit Arbeitskolleg*innen erkennbar werden (Urteil BGer 4A_432/2009 vom 10.11.2009 E. 2.4).

## 2.3 Ordentliche Kündigung

Die ordentliche Kündigung ist die einseitige Willenserklärung, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vorgegebenen Fristen aufzuheben. Wirksam ist die Kündigung, wenn diese gegenüber einer Vertragspartei erklärt wird und dieser zugeht.[20]

**PRIVATRECHTLICH**

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis bedarf die Kündigung grundsätzlich keiner besonderen Form.[21] Es braucht auch keine bestimmten Kündigungsgründe, d. h. es kann «einfach so» gekündigt werden (Prinzip der Kündigungsfreiheit). Die Kündigung darf bloss nicht missbräuchlich erfolgen (siehe Kapitel 2.4). Gemäss Art. 335 Abs. 2 OR kann die gekündigte Partei eine schriftliche Begründung verlangen. Wenn weder vertraglich noch durch einen GAV etwas über die Kündigungsfristen geregelt wurde, dann ist gemäss Art. 335c Abs. 1 OR wie folgt zu kündigen: Im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat, im zweiten bis und mit dem neunten Dienstjahr mit einer Frist von zwei Monaten und nachher mit einer Frist von drei Monaten, je auf das Ende eines Monats. Gemäss Rechtsprechung beginnt die Kündigungsfrist nicht mit der Zustellung der Kündigung zu laufen, sondern sie ist vom nächsten zulässigen Kündigungstermin rückwärts zu berechnen.[22] Diese Berechnung ist von praktischer Bedeutung bei den Sperrfristen (siehe Kapitel 2.5).

**ÖFFENTLICH-RECHTLICH**

Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gelten meist spezifische Formvorschriften. Ein wesentlicher Unterschied ist weiter, dass es hier einen konkreten, gesetzlich vorgesehenen sachlichen Kündigungsgrund braucht.[23] Zudem sind die jeweils gesetzlich vorgesehenen Kündigungsfristen zu berücksichtigen.

**20** Die Kündigung entfaltet ihre Wirkung erst mit dem Empfang durch die adressierte Person. Bei nicht abgeholter eingeschriebener Kündigung gilt der Brief in der Regel am Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch, spätestens aber am letzten Tag der postalischen Abholfrist, als zugestellt.

**21** Auch eine mündliche oder eine Kündigung per SMS ist gültig. Vorbehalten sind Formvorschriften eines einschlägigen GAV. Aus beweisrechtlichen Gründen empfiehlt sich allerdings ein eingeschriebener Brief.

**22** BGE 134 III 354.

**23** Vgl. z. B. Art. 10 Abs. 3 BPG, ordentliche Kündigung nur wegen Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten, Mängel in der Leistung oder im Verhalten etc.

## 2.4 Missbräuchliche Kündigung

### PRIVATRECHTLICH

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis kann eine Kündigung missbräuchlich sein. Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 336 OR wird bei folgenden Tatbeständen angenommen:

- Kündigung wegen persönlicher Eigenschaften, die weder einen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben noch das Betriebsklima wesentlich beeinträchtigen (sog. Diskriminierungskündigung, z. B. wegen Alter, Geschlecht, Staatsangehörigkeit oder Gesundheitszustand einer Person).
- Kündigung, weil Arbeitnehmende ein verfassungsmässiges Recht ausüben, das weder die Arbeitspflicht verletzt noch das Betriebsklima wesentlich beeinträchtigt. Hierunter fällt die Ausübung politischer Rechte (z. B. Übernahme eines politischen Amtes, Unterstützung einer Initiative etc.) sowie die Ausübung von Freiheitsrechten (z. B. Meinungsäusserungsfreiheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit etc.). Naturgemäss kann es hier zu Konflikten mit den Rechten einer Drittperson oder den Interessen der Arbeitgebenden kommen. Der Begriff der «Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts» ist gemäss Bundesgericht daher eng auszulegen. Andernfalls würde eine Vielzahl der Kündigungen missbräuchlich erscheinen.[24] Diese Fälle bedürfen daher einer genauen Einzelfallprüfung.[25]
- Kündigung, um ausschliesslich die Entstehung von Ansprüchen von Arbeitnehmenden aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln (z. B. Kündigung, damit keine Gratifikation zum Jahresende bezahlt werden muss, oder präventive Kündigung wegen erwarteter baldiger Schwangerschaft).
- Kündigung, weil Arbeitnehmende nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend machen (sog. Rachekündigung, z. B. weil Arbeitnehmende eine Entschädigung für geleistete Überstunden fordern). Die Praxis behandelt auch sog. Whistleblower-Fälle unter diesem Tatbestand.
- Kündigung, weil die angestellte Person schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt.
- Kündigung, weil Arbeitnehmende einem Arbeitnehmendenverband[26] angehören oder nicht angehören, oder weil sie eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausüben (z. B. Mitgliederwerbung, Verteilung gewerkschaftlicher Schriften etc.).

**24** Urteil BGer 4C.72/2002 vom 22.04.2002 E. 2.a.
**25** Z. B. die Frage, wo die Grenze privater oder öffentlicher Kritik an Arbeitgebenden ist.
**26** Als Arbeitnehmendenverband sind neben Gewerkschaften auch Berufsverbände wie AvenirSocial zu verstehen.

— Kündigung, während Arbeitnehmende gewählte Arbeitnehmendenvertreterung in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung sind, und Arbeitgebende nicht beweisen können, dass sie einen begründeten Anlass zur Kündigung hatten (z. B. Vertretung in einer Betriebskommission).
— Kündigung im Rahmen einer Massenentlassung gemäss Art. 335d OR, ohne dass die Arbeitnehmendenvertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmenden informiert und konsultiert worden sind.

Die vorgenannte Aufzählung ist nicht abschliessend, d. h. Missbräuchlichkeit kann auch bei nicht im Gesetz beschriebenen Tatbeständen vorliegen. Voraussetzung ist, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der gesetzlich genannten Tatbestände vergleichbar ist (z. B. Kündigung wegen Teilnahme an einem rechtmässigen Streik).[27]

Ist eine ordentliche Kündigung missbräuchlich, so löst diese das Arbeitsverhältnis trotzdem auf. Die Arbeitnehmenden erhalten ihre Arbeitsstelle nicht mehr zurück, sie können aufgrund der Missbräuchlichkeit höchstens finanzielle Ansprüche geltend machen.[28] Diesbezüglich müssen sie spätestens bis zum Ende der Kündigungsfrist bei Arbeitgebenden schriftlich Einsprache gegen die Kündigung erheben und zu verstehen geben, dass sie mit der Kündigung nicht einverstanden sind. Können sich die Parteien nicht einigen, müssen Arbeitnehmende innerhalb von 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Klage beim Gericht einreichen. Dabei können sie gestützt auf Art. 336a Abs. 2 OR eine Entschädigung in der Höhe von maximal sechs Monatslöhnen verlangen.

### ÖFFENTLICH-RECHTLICH

Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis muss eine ordentliche Kündigung sachlich haltbare (triftige) Gründe aufweisen (z. B. nachlassende Leistungen aufgrund von Alkoholkonsum bei zusätzlichem Vortäuschen einer Alkoholentwöhnungskur, konstante Nicht-Einhaltung der Arbeitszeitregelung, persönliche Schwierigkeiten sowohl mit Unterstellten als auch mit Vorgesetzten, die das Vertrauens- und Arbeitsverhältnis nachhaltig beeinträchtigten etc.).[29] Kommt z. B. bei Streitigkeiten aus dem bundesrechtlichen Arbeitsverhältnis keine Einigung zwischen den Parteien zustande, so erlassen die Arbeitgebenden gemäss Art. 34 Abs. 1 BPG eine Verfügung. Diese ist mittels einer Beschwerde anfechtbar. Wurde ohne triftigen Grund gekündigt und die Beschwerde daher gutgeheissen, wird die Person finanziell entschädigt oder gegebenenfalls sogar weiterbeschäftigt. Namentlich dann, wenn die Beschwerdeinstanz zum Schluss kommt, die Kündigung sei missbräuchlich im Sinne des OR erfolgt (Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG).

**27** BGE 136 III 513.
**28** Portmann/Stöckli, Rz. 700.
**29** Peter Hänni, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. Auflage, Zürich Basel Genf 2008, S. 548 ff.

## 2.5 Kündigung zur Unzeit

### PRIVATRECHTLICH

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis darf nicht zu Unzeit gekündigt werden. Diesbezüglich sieht Art. 336c Abs. 1 OR gewisse Sperrfristen vor. Namentlich dürfen Arbeitgebende nicht kündigen:

- Während Arbeitnehmende schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leisten, sofern die Dienstleistung mehr als elf Tage dauert.
- Während Arbeitnehmende ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert sind. Und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem zweiten bis fünften Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen.
- Während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft (die Mitteilung der Schwangerschaft ist keine Voraussetzung für die Auslösung einer Sperrfrist. D. h. die Schwangere kann die Arbeitgebenden auch erst nach erfolgter Kündigung informieren).
- Vor dem Ende des verlängerten Mutterschaftsurlaubs (Art. 329f Abs. 2 OR Verlängerung des Mutterschaftsurlaubs aufgrund der Hospitalisierung des Neugeborenen)
- Solange der Anspruch auf Betreuungsurlaub besteht (Art. 329i OR, schwere gesundheitliche Beeinträchtigung des eigenen Kindes), aber maximal 6 Monate.
- Während Arbeitnehmende an einer von der zuständigen Bundesbehörde angeordneten Dienstleistung für eine Hilfsaktion im Ausland teilnehmen, sofern eine entsprechende Zustimmung des Arbeitgebenden vorliegt.

Gemäss Art. 336c Abs. 2 OR ist die Kündigung, die während einer der genannten Sperrfristen erklärt wird, nichtig. Arbeitgebende müssen also nach Ablauf der Sperrfrist nochmals kündigen. Ist die Kündigung vor Beginn der Sperrfrist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt.

**ÖFFENTLICH-RECHTLICH**

Im öffentlichen Dienstrecht des Bundes finden sich erstaunlicherweise keine Sperrfristen bei Krankheit und Unfall. Das Bundesgericht hat hierzu sinngemäss ausgeführt, es brauche in diesem Punkt keine richterliche Lückenfüllung, da die öffentlich-rechtlichen Angestellten gegenüber den privatrechtlichen Angestellten ohnehin in mancherlei Hinsicht privilegiert seien.[30] Andere kantonale und kommunale öffentlich-rechtliche Bestimmungen verweisen demgegenüber auf die Sperrfristen-Regelung des OR, teilweise werden diese sogar noch ausgedehnt.[31]

**30** BGE 124 II 53.

**31** Z. B. § 37 Personalgesetz Kanton Basel-Stadt (SG 162.100) oder Art. 28 Personalgesetz Kanton Bern (BELEX 153.01).

## 2.6 Fristlose Kündigung

Ein Spezialfall ist die fristlose Kündigung. Sie ist die Erklärung des Willens, ein Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung aufzulösen. Es braucht hierzu einen wichtigen Grund (vgl. Ausführungen hiernach). Liegt dieser vor, so kann jedes Arbeitsverhältnis (befristet oder unbefristet) rechtmässig «per sofort» gekündigt werden. Dies sogar bereits vor Stellenantritt, während der Probezeit, innerhalb einer Sperrfrist oder auch während einer bereits laufenden Kündigungsfrist.[32]

### PRIVATRECHTLICH

Als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein den Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Der Grund muss so schwerwiegend sein, dass es keinen anderen Ausweg als die ausserordentliche Kündigung gibt. Gemäss Art. 337a OR ist die Lohngefährdung ein wichtiger Grund, d. h. falls Arbeitgebende zahlungsunfähig werden, können Arbeitnehmende fristlos kündigen, sofern ihnen für ihre Forderungen nicht innert angemessener Frist Sicherheit geleistet wird. Weitere wichtige Gründe haben Lehre und Rechtsprechung konkretisiert. Nachfolgend einige Beispiele:[33]

- Beharrliche Arbeitsverweigerung (vorsätzliches längeres Fernbleiben von der Arbeit ohne zureichenden Grund);
- eigenmächtiger Ferienbezug bzw. eigenmächtige Ferienverlängerung;[34]
- strafbare Handlungen im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis (z. B. Diebstahl, Unterschlagung oder Betrug zum Nachteil von Arbeitgebenden);
- Annehmen oder Verlangen von Schmiergeldern.[35]

Die fristlose Kündigung, ob gerechtfertigt oder nicht, löst das Arbeitsverhältnis auf. Stellt sich heraus, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt war, weil kein wichtiger Grund vorlag, so haben Arbeitnehmende gemäss Art. 337c OR Anspruch auf Schadenersatz (Ersatz dessen, was sie verdient hätten, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden wäre) sowie Anspruch auf eine Entschädigung.

### ÖFFENTLICH-RECHTLICH

Auch im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis ist die fristlose Kündigung vorgesehen. Es wird diesbezüglich in der Regel auf die Bestimmungen des OR verwiesen.[36]

32 Portmann/Stöckli, Rz. 748.
33 Es sind immer alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Die genannten Beispiele sind daher nicht absolut gültig. Im Zweifelsfall ist vor der Kündigung eine Verwarnung auszusprechen.
34 BGE 108 II 301.
35 BGE 124 III 25.
36 Vgl. etwa Art. 10 Abs. 4 BPG oder Art. 26 Personalgesetz Kanton Bern.

# 3 Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis

## 3.1 Entlöhnung

Die Lohnzahlungspflicht ist die Hauptpflicht der Arbeitgebenden aus dem Arbeitsvertrag. Bei der Frage nach der Lohnhöhe ist die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses entscheidend (also ob es sich um ein privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis handelt).[37]

**PRIVATRECHTLICH**
Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist zunächst zu prüfen, ob ein GAV anwendbar ist. Diesfalls wird der GAV in den meisten Fällen verbindliche Mindestlöhne bestimmen. Soweit keine zwingenden Bestimmungen bestehen, können die Parteien den Lohn im Arbeitsvertrag frei bestimmen. Spätere Abänderungen des einmal vereinbarten Lohns sind möglich, allerdings nur im gegenseitigen Einverständnis. Einseitige Lohnkürzungen durch Arbeitgebende, beispielsweise wegen verschlechterter Wirtschaftslage, stellen eine Verletzung der vertraglichen Lohnzahlungspflicht dar und sind nicht zulässig.[38]

**ÖFFENTLICH-RECHTLICH**
Bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen wird der Lohn aus öffentlichen Geldern bezahlt. Demgemäss wird die Höhe des jeweiligen Lohns nicht einfach privat zwischen den Parteien verhandelt, sondern mittels Besoldungsreglementen verbindlich vorgegeben.[39] Allerdings besteht innerhalb der Besoldungsreglemente oftmals ein gewisser Handlungsspielraum.

## 3.2 Persönlichkeitsschutz

### 3.2.1 Generell

Arbeitgebende haben eine allgemeine Fürsorgepflicht gegenüber Arbeitnehmenden. Diese verlangt vom Arbeitgebenden u. a., dass sie die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden schützen (Art. 328 OR; auch die öffentlichen Personalgesetze kennen entsprechende Bestimmungen). Es ist ihnen nicht nur verboten, selbst die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu verletzen, sie haben diese auch vor Verletzungen durch direkte Vorgesetzte, aber auch durch Mitarbeitende oder Adressat*innen, zu bewahren.
Das Obligationenrecht nennt weiter neben dem Schutz der Gesundheit ausdrücklich die Pflicht der Arbeitgebenden, sexuelle Belästigung im Betrieb zu verhindern («Wahrung der Sittlichkeit»).

37 Genauere Ausführungen zu Löhnen in der Sozialen Arbeit finden sich im Dokument Löhne in der Sozialen Arbeit in der Schweiz.
38 Portmann/Stöckli, Rz. 225.
39 Z. B. Art. 36 ff. BPV oder Lohnklassen gemäss Anhang Personalverordnung Kanton Zürich (ZH-Lex 177.11).

Gemäss Art. 328 Abs. 2 OR müssen Arbeitgebende zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmenden aktiv tätig werden. Unterlassen sie dies oder verletzen sie selbst die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden, stehen den Betroffenen die Klagen nach Art. 28a ZGB (auf Feststellung und Unterlassung) sowie Klagen nach Art. 41 ff. OR (Schadenersatz und in schweren Fällen Genugtuung) zu.[40] Wenn Arbeitgebende angesichts einer schweren Persönlichkeitsbeeinträchtigung tatenlos bleiben oder zu wenig dagegen unternehmen, können die betroffenen Mitarbeitenden die Arbeit niederlegen und haben trotzdem weiterhin Anspruch auf Lohn.[41]

### 3.2.2 Mobbing

Das Obligationenrecht kennt den Begriff Mobbing bis heute nicht. Mobbing kann aber persönlichkeitsverletzend im Sinne von Art. 328 OR sein. Es wird durch das Bundesgericht definiert als «systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll».[42] Mobben können sowohl Kolleg*innen wie auch Vorgesetzte. Mobbende Verhaltensweisen sind etwa:

— abwertende Bemerkungen über das Privatleben der gemobbten Person;
— Drohungen;
— abwertende Blicke oder Gesten;
— Kontaktverweigerung;
— eine Person «wie Luft» behandeln;
— eine Person lächerlich machen;
— Gerüchte über eine Person verbreiten;
— einer Person keine Arbeitsaufgaben zuweisen;
— einer Person zu schwierige Arbeit zuteilen.

All diese Verhaltensweisen sind dann als Mobbing zu qualifizieren, wenn sie mehrfach und planmässig, also systematisch und über längere Zeit, geschehen. Sie können bei den Betroffenen zu Gesundheitsschädigungen und Depressionen führen.

Mobbing ist schwer zu beweisen. Auch ist nicht jede unangenehme Situation am Arbeitsplatz Mobbing. Kein Mobbing liegt etwa vor, wenn Streitigkeiten unter den Arbeitnehmenden herrschen oder die zu erledigenden Aufgaben schwierig oder unangenehm sind oder Vorgesetzte sehr kritisch sind. Auch (gerechtfertigte) Kritik von Arbeitgebenden ist kein Mobbing, selbst wenn arbeitsrechtliche Konsequenzen oder eine Verwarnung mit der Kritik verbunden werden.[43]

**40** BGE 127 III 351 ff.
**41** Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 19 zu Art. 328 OR.
**42** Urteil BGer 8C_446/2010 vom 25.01.2011 E. 4.1.
**43** Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 17 zu Art. 328 OR.

Nebst den oben bereits erwähnten Gesetzesbestimmungen ist in Fällen von schwerem Mobbing auch das Strafgesetzbuch (StGB) einschlägig. Dieses erfasst etwa die Straftatbestände der üblen Nachrede, Verleumdung, Beschimpfung, Drohung, Nötigung und einfachen Körperverletzung.

### 3.2.3 Sexuelle Belästigung

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist persönlichkeitsverletzend und kann auch im Rahmen von Mobbing vorkommen. Im Gegensatz zu Mobbing, das ein systematisches und länger dauerndes Vorgehen der Täter*innen voraussetzt, stellt eine sexuelle Belästigung – auch wenn diese nur einmal passiert – eine Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 328 Abs. 1 OR dar. Ergänzend ist hier das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG) anwendbar. Dieses verbietet die Diskriminierung von Arbeitnehmenden aufgrund ihres Geschlechts. Art. 4 GlG hält ausdrücklich fest, dass jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Menschen am Arbeitsplatz beeinträchtigt, diskriminierend ist. Darunter fallen gemäss dieser Bestimmung insbesondere

- Drohungen,
- das Versprechen von Vorteilen,
- das Auferlegen von Zwang und
- das Ausüben von Druck zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art.

Sexuelle Belästigung tritt in der Praxis häufig in Form von «dummen Sprüchen» und sexualisierten Bemerkungen auf. Dabei muss ein minimaler sexueller Gehalt der Bemerkung gegeben sein; ein Kompliment über eine schöne Frisur scheidet damit aus. Pornografiekonsum, den Mitarbeitende mitbekommen müssen, kann aber durchaus eine sexuelle Belästigung darstellen.

Sexuelle Belästigungen unterlassen müssen nicht nur die Vorgesetzten, sondern auch Arbeitskolleg*innen. Die Arbeitgebenden müssen die Arbeitnehmenden vor sexuellen Belästigungen durch diese selbst sowie durch Adressat*innen schützen.

Auch sexuelle Belästigung ist schwierig zu beweisen. Wenn Belästigungen darin gipfeln, dass die belästigte Person nicht befördert oder sogar entlassen wird, sieht Art. 6 GlG eine Beweislasterleichterung vor: Die betroffene Person muss die Diskriminierung vor Gericht nicht beweisen, sondern nur glaubhaft machen.

## 3.3 Mitsprache

### PRIVATRECHTLICH

Das Obligationenrecht sieht prinzipiell kein Recht der Arbeitnehmenden auf Mitsprache vor. Ein solches Recht leitet sich auch nicht aus Art. 328 OR (Persönlichkeitsschutz) ab. Gestützt auf Art. 48 ArG steht Arbeitnehmenden oder deren Vertretung im Betrieb in allen Fragen des Gesundheitsschutzes, bei der Organisation der Arbeitszeit und der Gestaltung von Stundenplänen sowie hinsichtlich der bei Nachtarbeit vorgesehenen Massnamen im Sinne von Art. 17e ArG Mitspracherecht zu. Das Mitspracherecht umfasst den Anspruch auf Anhörung und Beratung, bevor von Arbeitgebenden Entscheide getroffen werden sowie die Begründung der Entscheide, wenn diese den Einwänden der Arbeitnehmenden oder deren Vertretung im Betrieb nicht oder nur teilweise Rechnung tragen. Gesamtarbeitsverträge oder interne Reglemente können weitergehende Mitspracherechte statuieren.

### ÖFFENTLICH-RECHTLICH

Die kantonalen Personalgesetze sehen vielfach auf einer abstrakten Ebene eine sozialpartnerschaftliche Zusammenarbeit oder eine offene Kommunikation im Arbeitsverhältnis vor; konkret umgesetzt wird dieses Ziel teilweise mit Personal- oder Betriebskommissionen. Häufig sind aber auch in den kantonalen Personalgesetzen auf der operativen Ebene kaum Mitspracherechte der Mitarbeitenden verankert.

## 3.4 Fort- und Weiterbildung

**PRIVATRECHTLICH**

Bei Anstellungen gemäss OR besteht kein Recht auf Fort- und Weiterbildung; Arbeitgebende müssen Arbeitnehmenden also weder erlauben, unbezahlten Urlaub für ein solches Vorhaben zu beziehen, noch ihnen eine solche Fort- und Weiterbildung bezahlen. Allerdings zählt lebenslängliche Weiterbildung heute als ein Muss für alle Arbeitnehmenden, und das Recht darauf muss als Teilgehalt von Art. 328 OR, Persönlichkeitsschutz, verstanden werden. Bislang gibt es allerdings keine Gerichtsentscheide dazu, die arbeitsrechtliche Literatur bejaht aber einen solchen Anspruch.[44]

Arbeitgebende müssen zwar den Arbeitnehmenden keine zusätzliche Freizeit für die Fort- und Weiterbildung gewähren, aber ihnen die arbeitsvertragliche Freizeit doch so zuteilen, dass sie eine gewünschte Fort- und Weiterbildung absolvieren können, wenn diese die arbeitsvertraglichen Freizeitvorgaben nicht sprengt. Ausserdem müssen Arbeitgebende die Kosten einer Weiter- oder Fortbildung übernehmen, wenn die Arbeitnehmenden sie benötigen, um ihren Pflichten nachzukommen (Art. 327a OR).

**ÖFFENTLICH-RECHTLICH**

Kantonale Personalgesetze sehen bei Mitarbeitenden im sozialen Bereich häufig nach einigen Anstellungsjahren einen Spezialurlaub vor, der mit einem Weiterbildungsprojekt zu verbringen ist.

Oft werden Weiter- oder Fortbildungen, die Arbeitgebenden dienen, ganz oder teilweise von ihnen bezahlt. Die Arbeitnehmenden müssen dann eine entsprechende Vereinbarung unterzeichnen. Eine solche sieht häufig vor, dass der Beitrag den Arbeitgebenden pro rata temporis (Verteilung des Betrags auf Zeitabschnitte entsprechend der Dauer) zurückbezahlt werden muss, wenn Arbeitnehmende das Arbeitsverhältnis selbst kündigen. Weiterbildungsvereinbarungen, die die Rückzahlungspflicht nicht zeitlich staffeln, also auch noch bei einer Kündigung nach Jahren eine volle Rückzahlungspflicht vorsehen, sowie solche, die einfach eine Rückzahlungspflicht bei Kündigung vorsehen und damit auch die (grundlose) Kündigung durch Arbeitgebende erfassen, sollte man als Arbeitnehmer*in nicht unterzeichnen.

**44** Vgl. Arbeitsrecht Aktuell, Weiterbildung – Recht, Pflicht & Arbeitszeit. www.arbeitsrecht-aktuell.ch/de/2020/10/15/weiterbildung-recht-pflicht-arbeitszeit (besucht am 10.08.2022).

## 3.5 Mitarbeitendengespräch

**PRIVATRECHTLICH**
Eine minimale Kommunikation zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden ist Teilgehalt der Fürsorgepflicht und damit auch der Pflicht der Arbeitgebenden, die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu achten und zu schützen (Art. 328 OR). Die Mitarbeitenden haben gemäss OR aber keinen Anspruch auf ein periodisches – z. B. jährliches – Mitarbeitendengespräch, auch wenn man argumentieren könnte, dass sich ein solcher Anspruch aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden ergibt.[45]

**ÖFFENTLICH-RECHTLICH**
Die kantonalen Personalgesetze sehen im Gegensatz dazu häufig ein jährliches Mitarbeitendengespräch vor.

Wenn ein Mitarbeitendengespräch stattfindet, haben Mitarbeitende Anspruch darauf, das entsprechende Protokoll zu sehen und Änderungen sowie Verbesserungen anzuregen; sie können diese aber nicht gegen den Willen der vorgesetzten Person durchsetzen. Bei gravierenden Abweichungen oder ungerechtfertigten Vorwürfen, die via Protokoll des Mitarbeitendengesprächs Eingang in die Personalakte finden werden, empfiehlt es sich allerdings, die eigene abweichende Sicht der Dinge kurz und sachlich in einem Schreiben an die Vorgesetzten festzuhalten und darauf zu bestehen, dass dieses Schreiben in die Personalakte aufgenommen wird.

Auch im Rahmen eines Mitarbeitendengesprächs, das der Qualifikation dient, dürfen Mitarbeitende nicht herabgesetzt oder beleidigt werden («Sie sind völlig unqualifiziert»; «Sie tragen ein widerwärtiges Parfüm»). Erlaubt dagegen sind sachliche Kritik oder Wünsche der Arbeitgebenden.

## 3.6 Arbeitszeugnis

Das Recht, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Arbeitszeugnis zu erhalten, ist ein zentraler Anspruch der Arbeitnehmenden. Er ist in den kantonalen Personalgesetzen sowie in Art. 330a OR vorgesehen.

Die Arbeitnehmenden haben jederzeit das Recht, ein Zwischenzeugnis zu verlangen. Im Unterschied zum (Abschluss-) Arbeitszeugnis ist das Zwischenzeugnis im Präsens verfasst und enthält einen Hinweis darauf, dass die angestellte Person aktuell beim arbeitgebenden Unternehmen arbeitet.

**45** Vgl. dazu: Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 2a zu Art. 330a OR.

Das Arbeitszeugnis erhalten Arbeitnehmende nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses auf dem Briefpapier der Arbeitgebenden. Es ist in der Vergangenheitsform verfasst. Arbeitnehmende haben ein Recht darauf, dass die Vorgesetzten dieses Papier unterschreiben.

Das Arbeitszeugnis hat zwei Ansprüchen zu genügen: Es muss zum einen wahr sein und zum anderen wohlwollend. Ein Zeugnis darf das wirtschaftliche Fortkommen nicht behindern. Gerade wenn das Arbeitsverhältnis im Streit endet oder Arbeitgebende nicht mit den Leistungen zufrieden waren, ist hier ein schwieriger Spagat nötig. Während in vielen Anstellungsbereichen immer noch relativ formelhafte Zeugnisse zu beobachten sind, sind Arbeitszeugnisse im sozialen Bereich oft sehr individuell formuliert und enthalten auch Kritik an den Beschäftigten. Diese muss akzeptiert werden, wenn sie von Arbeitgebenden mit Mitarbeitendengesprächen, Einzelvorfällen und vielleicht sogar Verwarnungen belegt werden kann. Die negativen Punkte haben für die Gesamtbeurteilung erheblich zu sein. Das heisst, völlig isolierte und nicht gravierende Vorfälle oder unwichtige Kleinigkeiten dürfen keinen Eingang ins Zeugnis finden. Zu beachten ist auch, dass Arbeitgebende eine Pflicht treffen kann, gefährliche Verhaltensweisen der Arbeitnehmenden zu erwähnen. So wird etwa Pornografiekonsum von Sozialpädagog*innen auf der Nachtwache als «nicht den betrieblichen Weisungen entsprechender Mediengebrauch» umschrieben.

Das Zeugnis muss ausserdem vollständig sein. Arbeitgebende haben also nicht nur die einzelnen Aufgaben von Arbeitnehmenden aufzuzählen, sondern auch deren Arbeitsleistung sowie das Verhalten im Team und gegenüber Vorgesetzten und Adressat*innenschaft zu umschreiben und zu bewerten. Viel herauslesen lässt sich häufig aus der Abschlussbemerkung in einem Zeugnis: Das geübte Auge erkennt leicht, ob eine Person selbst gekündigt hat, ob gekündigt worden ist, und ob man den Abgang der Mitarbeitenden bedauert. Es empfiehlt sich also, das Arbeitszeugnis genau und vielleicht auch mit Hilfe einer Fachperson aus dem eigenen Anstellungsbereich zu kontrollieren und gegebenenfalls Arbeitgebende um eine Veränderung zu bitten.

Gemäss Art. 330a Abs. 2 OR können Arbeitnehmende auch einfach ein Zeugnis verlangen, das nur die Art und Dauer der Anstellung erwähnt, also eine simple Arbeitsbestätigung. Eine solche empfiehlt sich, wenn Arbeitgebende nicht gewillt sind, ein Zeugnis auszustellen, das der angestellten Person im weiteren Berufsleben dient, diese sich aber scheut, gerichtlich ein besseres zu erkämpfen. Sinn macht eine blosse Arbeitsbestätigung auch dort, wo ein Arbeitsverhältnis nur sehr kurz gedauert hat oder wenn Arbeitnehmende sich einer massiven Verfehlung schuldig gemacht haben, die Bezug zu ihren Aufgaben hatte (z. B. ein Griff in die Kasse durch Kassierende). Dauert ein Arbeitsverhältnis länger und wird bloss mit einer Arbeitsbestätigung belegt, kann dies allerdings bei Bewerbungen ein Warnsignal für potentielle neue Arbeitgebende sein.

## 3.7 Sorgfalts- und Treuepflicht

Art. 321a OR bestimmt, dass Arbeitnehmende die ihr übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen der Arbeitgebenden in guten Treuen zu wahren haben. Ähnliche Bestimmungen enthalten die kantonalen Personalgesetze. Die Arbeitnehmenden haben also ihre Aufgaben korrekt, gewissenhaft und im Sinn der Arbeitgebenden auszuüben. Im Rahmen der sozialen Berufe bedeutet dies insbesondere, dass sie über jegliche sensiblen Informationen, die sie im Rahmen der Berufsausübung erhalten, schweigen. Diese Schweigepflicht gilt nicht nur während der Anstellung, sondern auch darüber hinaus. Teil der Treuepflicht ist es auch, Missstände im Betrieb zuerst einmal direkt bei der vorgesetzten Person zu bemängeln, bevor ein Gang an die nächsthöhere Etage oder gar die Öffentlichkeit erfolgt.

Die sorgfältige und professionelle Ausübung des Berufs erfordert auch eine angemessene Distanz zu den anvertrauten Adressat*innen.

Verletzungen der Sorgfalts- und Treuepflicht können zu Verwarnungen, Vermerken bei Mitarbeitendengesprächen und sogar zur gerechtfertigten fristlosen Kündigung führen.

# 4 Arbeitszeit

## 4.1 Vollzeit – Teilzeit, Gleitzeit und Jahresarbeitszeit

Es wird immer häufiger Teilzeitarbeit gearbeitet. Insbesondere in den Arbeitsfeldern der Sozialen Arbeit ist Teilzeitarbeit oft anzutreffen. Teilzeitarbeit ist kein gesetzlicher Begriff; entsprechend vielfältige Anstellungsformen und damit auch verschiedene rechtliche Grundlagen können dahinterstehen.

Ebenso wenig gesetzlich definiert sind die Begriffe Gleitzeit und Jahresarbeitszeit. Beide meinen Systeme, die den Arbeitnehmenden eine gewisse zeitliche Flexibilität bei der Erfüllung ihrer Aufgaben gewähren: Als Gleitzeit bezeichnet werden Modelle, bei denen Arbeitnehmende Arbeitsbeginn und -ende innerhalb eines vorgegebenen Zeitbandes frei wählen können. Bei der Jahresarbeitszeit sind die Arbeitnehmenden je nach Ausgestaltung noch freier und haben lediglich eine fixe Jahresstundenzahl zu leisten. Wie sie diese Zeit aber über die Tage und Monate verteilen, ist ihnen überlassen. Jahresarbeitszeit kann auch so verstanden werden, dass nicht Arbeitnehmende, sondern der Betrieb über die Einsatzzeiten bestimmt. Dem Betrieb ermöglicht dies, flexibel auf den Arbeitsanfall zu reagieren. Der Lohn wird bei Jahresarbeitszeit in der Regel trotz variierenden Monatsarbeitszeiten fix ausbezahlt.

## 4.2 Überstunden/Überzeit

Je nach Funktion, öffentlich- oder privatrechtlicher Anstellung und Arbeitsort sind auf ein Arbeitsverhältnis verschiedene Regelungen, Gesamtarbeitsverträge oder Normalarbeitsverträge anwendbar.

Im Arbeitsgesetz (ArG) wird der Begriff der Überzeitarbeit geregelt. Er umschreibt den Fall, dass Arbeitnehmende über die im Arbeitsgesetz vorgesehene Maximalwochenarbeitszeit hinaus arbeiten müssen. Der Begriff der Überstunden im Obligationenrecht seinerseits umfasst die Arbeitsstunden, die über die vertraglich verabredete oder in GAV oder NAV bestimmte Arbeitszeit hinausgehen.

### 4.2.1 Überstunden

Art. 321c Abs. 1 OR verlangt, dass Überstundenarbeit geleistet werden muss, wenn sie

— notwendig ist und
— den Arbeitnehmenden nach Treu und Glauben zugemutet werden kann.

Das bedeutet, dass die Arbeitnehmenden bei Bedarf Überstundenarbeit leisten müssen. Dabei ist aber auf ihre persönliche und familiäre Situation Rücksicht zu

nehmen, z. B. wenn sie Kinder zu betreuen haben.[46] Auch kann es nicht sein, dass der Betrieb einen Mangel an Arbeitskraft durch chronische Überstundenarbeit zu kompensieren versucht.[47] Überstunden sollen die Ausnahme bleiben.

Überstunden sind nicht nur zu leisten, wenn die vorgesetzte Person sie ausdrücklich angeordnet hat, sondern auch, wenn Arbeitnehmende sehen, dass sie notwendig sind. Bekommen Arbeitgebende unverschuldet gar nicht mit, dass Arbeitnehmende Überstunden geleistet haben, müssen diese ihnen Meldung davon machen. Nur so können Arbeitgebende die Betriebsorganisation anpassen.[48] Haben Arbeitnehmende aus eigener Initiative Überstunden geleistet, so lassen sie diese sofort von den Arbeitgebenden genehmigen. Nur dann haben sie einen Anspruch auf finanziellen Ausgleich dieser Überstunden.[49] Überstunden können mit entsprechender Freizeit kompensiert werden, wenn Arbeitgebende und Arbeitnehmende damit einverstanden sind. Es kann auch ein finanzieller Ausgleich erfolgen. Dies geschieht in der Regel mit einem Viertel Zuschlag zum Normallohn. Allerdings ist diese Bestimmung von Art. 321c Abs. 3 OR nicht zwingend: Der Arbeitsvertrag kann schriftlich vorsehen, dass Überstunden nur mit dem normalen Stundenansatz oder sogar gar nicht zu entschädigen sind – dies ist legal. Bei Kaderleuten wendet das Bundesgericht Art. 321c OR nicht an, weil für sie die übliche Arbeitszeit nicht gelte. Ihnen spricht das oberste Gericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eine Überstundenentschädigung zu; es definiert allerdings eine Beschäftigung nur zurückhaltend als eine solche «höhere leitende Anstellung».[50]

### 4.2.2 Überzeit

Manche Fachpersonen der Sozialen Arbeit arbeiten im Büro. Diesfalls beträgt ihre maximale Wochenarbeitszeit gemäss Arbeitsgesetz aktuell 45 Stunden pro Woche. Beschäftigte, die in anderen Betrieben wie z. B. Heimen arbeiten, dürfen pro Woche maximal 50 Stunden eingesetzt werden. Überschreitet die Arbeitszeit diese Vorgaben, handelt es sich um Überzeitarbeit. Für diese schreibt das Arbeitsgesetz zwingend einen Ausgleich durch Geld oder Freizeit vor.[51] Je nach Anstellungsbereich sind jedoch Sondervorschriften zu beachten (z. B. NAV).

Streitigkeiten um Überstunden- und Überzeitentschädigungen vor Gericht sind langwierig. Arbeitnehmende haben dabei zu beweisen, dass sie diese Stunden geleistet haben, und wie viele. Es empfiehlt sich also, geleistete Mehrarbeit konse-

**46** Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 2 zu Art. 321c OR.
**47** Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 2 zu Art. 321c OR.
**48** Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 2 zu Art. 321c OR; Kantonsgericht St. Gallen, in: JAR 1992, S. 116.
**49** Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 2 zu Art. 321c OR.
**50** Das Bundesgericht hat in BGE 126 III 337 ff. befunden, dass selbst bei einem Monatsbruttolohn von CHF 9000 × 13 eine Kaderfunktion nicht zwingend anzunehmen sei; massgebend sei die Machtposition im Betrieb. Das Arbeitsgesetz gilt für leitende höhere Angestellte übrigens auch nicht (Art. 3 lit. d ArG).
**51** Art. 13 ArG.

quent in einem Arbeitstagebuch mit Datum und Uhrzeit festzuhalten und diese Aufzeichnungen von der vorgesetzten Person unterzeichnen zu lassen.

## 4.3 Nachtarbeit/Sonntagsarbeit/Pikettdienst[52]

Gewisse Arbeitnehmende arbeiten in der Nacht, am Sonntag, oder müssen Pikettdienst leisten. Zum Schutz deren Gesundheit und Persönlichkeit enthält das Arbeitsgesetz Mindestgarantien. Diese gelten grundsätzlich für alle privatrechtlichen, aber auch für alle öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse[53], sofern die Arbeitnehmenden unter den persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes fallen.[54] Zu beachten ist, dass gemäss Art. 3 lit. e ArG «Fürsorger*innen» und «Erzieher*innen» nicht dem Arbeitsgesetz unterstehen. Als solche gelten Personen mit entsprechenden Ausbildungen, aber auch Personen, die entsprechende Funktionen ausüben und sich in diesem Bereich weitergebildet haben (Art. 12 ArGV1).[55] Wenn diese Fachpersonen allerdings Betreuungsaufgaben in privaten Heimen für Menschen mit Beeinträchtigungen oder mit Kindern und Jugendlichen wahrnehmen, gilt für sie der Normalarbeitsvertrag für die Erzieher in Heimen und Internaten.[56]

### 4.3.1 Nachtarbeit

Das Arbeitsgesetz unterscheidet zwischen Tagesarbeit (von 6 bis 20 Uhr), Abendarbeit (von 20 bis 23 Uhr) sowie Nachtarbeit (von 23 bis 6 Uhr). Tages- und Abendarbeit brauchen keine Bewilligung, Nachtarbeit hingegen schon. Es wird unterschieden zwischen vorübergehender Nachtarbeit und dauernder, oder regelmässig wiederkehrender Nachtarbeit (mehr als 25 Nächte pro Jahr).[57]

Vorübergehende Nachtarbeit wird behördlich bewilligt, wenn Arbeitgebende ein dringendes Bedürfnis nachweisen können. Dieses ist gegeben, wenn zusätzliche Arbeiten kurzfristig anfallen, oder Arbeiten aus Sicherheitsgründen nur in der Nacht erledigt werden können, oder wenn es sich um Arbeiten im kulturellen, gesellschaft-

52 Für genauere Informationen zum Thema: Unsere Broschüre Arbeitszeit, Ruhezeit und Entlöhnung bei Pikett- und Bereitschaftsdienst in der Sozialen Arbeit in der Schweiz.

53 Art. 71 lit. b ArG, wonach die Regelungen bezüglich Gesundheitsschutz, sowie Arbeits- und Ruhezeiten in den Personalgesetzen und Personalverordnungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden nicht schlechter sein dürfen als die Mindestgarantien im Arbeitsgesetz.

54 Art. 3 ArG.

55 Siehe dazu auch Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Handkommentar Arbeitsgesetz, Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, 1. Auflage, Bern 2005, N 29 zu Art. 3 ArG.

56 NAV für die Erzieher in Heimen und Internaten vom 16. Januar 1985 (SR 221.215.324.1).

57 Art. 17 ArG und Art. 31 ArGV 1.

lichen oder sportlichen Bereich handelt. Arbeitnehmende, die nur vorübergehend Nachtarbeit verrichten, haben Anspruch auf einen Lohnzuschlag von 25 Prozent.[58]

Dauernde, oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit wird dann bewilligt, wenn diese aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist. Weil dauernde Nachtarbeit gesundheitliche Risiken birgt, gelten spezielle Regelungen. Die Entschädigung erfolgt hier nicht durch Lohnzuschlag, sondern grundsätzlich durch zusätzliche Freizeit in Form eines Zeitzuschlags von 10 Prozent. Zusätzlich haben Arbeitnehmende alle zwei Jahre Anspruch auf eine medizinische Untersuchung und Beratung auf Kosten der Arbeitgebenden. Schliesslich sind Arbeitgebende verpflichtet, weitere Massnahmen zum Schutz ihrer Arbeitnehmenden zu treffen. Zum Beispiel sichere Transportmöglichkeiten für den Arbeitsweg, Verpflegungsmöglichkeiten sowie angemessene Unterstützung bei der Kinderbetreuung.[59]

### 4.3.2 Sonntagsarbeit

Montag bis Samstag gelten als Werktage, der Sonntag ist grundsätzlich arbeitsfrei. Ausnahmsweise wird Sonntagsarbeit (Zeit zwischen Samstag 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr) behördlich bewilligt. Dabei wird unterschieden zwischen vorübergehender Sonntagsarbeit und dauernder, oder regelmässig wiederkehrender Sonntagsarbeit (mehr als 6 Sonntage pro Jahr).

Vorübergehende Sonntagsarbeit wird bewilligt, wenn Arbeitgebende ein dringendes Bedürfnis nachweisen können (analog Nachtarbeit). Arbeitnehmende, die vorübergehend Sonntagsarbeit leisten, haben Anspruch auf einen Lohnzuschlag von 50 Prozent. Zusätzlich haben sie Anspruch auf Ersatzruhe (Freizeitausgleich oder Ersatzruhetag).[60]

Dauernde, oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit wird dann bewilligt, wenn diese aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (analog Nachtarbeit). Hier wird davon ausgegangen, dass die Sonntagsarbeit bereits im Grundlohn enthalten ist. Deshalb ist ein Lohnzuschlag nicht obligatorisch. Hingegen haben Arbeitnehmende Anspruch auf oben erwähnte Ersatzruhe.

### 4.3.3 Pikettdienst

Pikettdienst ist ein Bereitschaftsdienst, bei der sich Arbeitnehmende neben der normalen Arbeitszeit für allfällige Arbeitseinsätze bei besonderen Ereignissen bereit-

**58** Art. 17b ArG.
**59** Art. 17b ArG, Art. 31ff. ArGV 1.
**60** Art. 19 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 2 ArG.

halten (Hilfeleistungen in Notsituationen, Kontrollgänge etc.). Pikettdienst beeinträchtigt das Privatleben, weshalb dieser nur zeitlich begrenzt geleistet werden darf.[61] Wird Pikettdienst im Betrieb geleistet, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar. Bei Pikettdienst ausserhalb des Betriebs (Rufbereitschaft) wird nur jene Zeit als Arbeitszeit angerechnet, in welcher die Arbeitnehmenden tatsächlich einen Arbeitseinsatz leisten müssen. Sofern der Arbeitsvertrag nichts anderes vorsieht, ist Pikettdienst zu entlöhnen. Der Ansatz für Pikettdienst ausserhalb des Betriebs darf tiefer sein, da die Bereitschaftszeit für arbeitsfremde Verrichtungen genutzt werden kann.[62] Für Sozialpädagog*innen in Heimen, die wie in Kapitel 4.3 beschrieben, nicht dem ArG unterstehen, gelten in Bezug auf Pikettdienst die Ausführungen im NAV Erzieher.[63]

## 4.4 Verpflegung bei der Arbeit

Gehört es zu den Aufgaben von Arbeitnehmenden, sich im Rahmen ihrer Arbeitstätigkeit zu verpflegen (z. B. gemeinsame Mahlzeiten mit betreuten Personen), so gilt diese Zeit als Arbeitszeit. Die vorgeschriebene Ruhezeit (siehe folgendes Kapitel 4.5) muss vorher oder nachher gewährt werden. Die Mahlzeiten können als Naturallohn gelten und wären in diesem Fall Lohnbestandteil. Folglich dürften Arbeitgebende keine Lohnabzüge für die Mahlzeiten machen.

Anders liegt der Fall, wenn Arbeitnehmende eine Pause für ihre eigene Mahlzeit haben. Wenn sie diesfalls nicht selbst für ihre Mahlzeit sorgen, sondern diese vom arbeitgebenden Unternehmen beziehen, so können entsprechende Lohnabzüge gemacht werden.

## 4.5 Ruhezeit

Die Ruhezeiten sind Zeitperioden, in denen sich Arbeitnehmende von der Arbeit erholen sollen. Diese variieren je nach Arbeitszeit und Lebensalter der beschäftigten Person.

Das Arbeitsgesetz und die dazugehörenden Verordnungen enthalten dazu Minimalbestimmungen, unter anderem jene, dass bei einer Arbeitszeit über sieben Tagesstunden eine halbe Stunde Pause zu gewähren ist.[64] Jedoch ist das Arbeitsgesetz, wie bereits mehrfach erwähnt, je nach Arbeitsbereich auf ein Arbeitsverhältnis nicht

**61** Art. 14 ArGV 1.
**62** BGE 124 III 249, E. 3.
**63** Für genauere Informationen zum Thema: Unsere Broschüre Arbeitszeit, Ruhezeit und Entlöhnung bei Pikett- und Bereitschaftsdienst in der Sozialen Arbeit in der Schweiz.
**64** Art. 15 Abs. 1 lit. b ArG.

anwendbar. Beispielsweise für «Fürsorger*innen» und «Erzieher*innen» gilt statt das Arbeitsgesetz der Normalarbeitsvertrag von 1985, sofern diese Betreuungsaufgaben in nicht-staatlichen Heimen wahrnehmen (siehe Kapitel 4.3).

## 4.6 Unbezahlter Urlaub

**PRIVATRECHTLICH**
Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis besteht kein Anspruch auf unbezahlten Urlaub.

**ÖFFENTLICH-RECHTLICH**
Öffentlich-rechtliche Anstellungen sehen häufig nach einigen Jahren der Anstellung sogar bezahlte Urlaubswochen vor. Häufig müssen die Mitarbeitenden diese Urlaube mit einer Weiterbildung verknüpfen.

## 4.7 Ferien

Alle Arbeitnehmende haben Anspruch auf wenigstens vier Wochen Ferien pro Jahr.[65] Prinzipiell dürfen die Arbeitgebenden den Zeitpunkt der Ferien bestimmen. Sie haben aber auf die Wünsche der Arbeitnehmenden Rücksicht zu nehmen, soweit diese mit den Interessen des Betriebs vereinbar sind.[66] Ferien dienen der Erholung. Um diesem Zweck gerecht zu werden, sind pro Jahr mindestens zwei Ferienwochen zusammenhängend zu gewähren.[67] Ist die beschäftigte Person während eines Dienstjahres mehr als einen Monat selbstverschuldet abwesend, so reduziert sich gemäss Art. 329b OR der Ferienanspruch für jeden vollen Monat der Verhinderung um einen Zwölftel. Das bedeutet, dass nach einem vollen Monat Arbeitsunfähigkeit der Ferienanspruch für jeden weiteren vollen Monat der Arbeitsverhinderung um einen Zwölftel gekürzt wird.

65 Art. 329a OR.
66 Art. 329c Abs. 2 OR.
67 Art. 329c Abs. 1 OR.

## 4.8 Freitage aufgrund besonderer Umstände

Das OR regelt den gesetzlichen Ferienanspruch, enthält aber keine zusammenhängende Regelung zu besonderen Ereignissen im Leben der Arbeitnehmenden und den sich daraus ergebenden Absenzen: Es bestimmt in Art. 329 Abs. 3 OR, dass Arbeitnehmenden «die üblichen freien Stunden und Tage und nach erfolgter Kündigung die für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle erforderliche Zeit zu gewähren» sei. Damit ist ausdrücklich nur gesagt, dass den Arbeitnehmenden Zeit zur Vorstellung bei potenziellen neuen Arbeitgebenden zu gewähren ist. Trotzdem wird aus dieser Bestimmung ein Anspruch auf Erledigung dringender persönlicher Angelegenheiten und für wichtige Familienanlässe im Sinn von «ausserordentlicher Freizeit» abgeleitet.

Davon abgegrenzt wird die Arbeitsverhinderung. Dabei wird unterschieden, ob die Arbeit unzumutbar ist, etwa wenn Lebenspartner*innen sterben oder am eigenen Hochzeitstermin; diese Fälle regelt Art. 324a OR. Arbeitnehmende haben Anspruch auf Lohnfortzahlung. Ist die Arbeitsleistung jedoch, wie etwa beim Tod oder bei der Heirat einer entfernt verwandten Person, zumutbar, findet wiederum Art. 329 Anwendung. Welche Ereignisse unter welche Bestimmung fallen, ist nicht abschliessend geregelt.[68]

Klar ist aber, dass die Geburt eines eigenen Kindes, die Hochzeit naher Verwandter, ein Todesfall in der engeren Familie sowie ein Umzug zu ausserordentlicher Freizeit berechtigen.[69] Wie lange diese Freizeit zu dauern hat, ist häufig unklar, soweit kein GAV oder NAV anwendbar ist.[70] Oft gibt es dazu aber eine Regelung im Personalreglement.

Die gesetzgebende Instanz hat bewusst nicht darüber entschieden, ob Arbeitgebende während der ausserordentlichen Freizeit der Arbeitnehmenden gemäss Art. 329 OR lohnfortzahlungspflichtig sind. Es besteht allerdings die Faustregel, dass bei Festanstellungen der Lohn während der ausserordentlichen Freizeit bezahlt wird, bei Personen, die im Stundenlohn arbeiten, eher nicht.[71]

**68** Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 6 zu Art. 329 OR.
**69** Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 6 zu Art. 329 OR.
**70** Der NAV für die Erzieher in Heimen und Internaten vom 16. Januar 1985 (SR 221.215.324.1) bestimmt beispielsweise in Art. 18, Kurzabsenzen, detaillierte Tagesanzahlen für bestimmte Ereignisse. Er hält auch fest, dass die Arbeitnehmende an diesen Tagen Anspruch auf Lohnfortzahlung haben.
**71** Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 13 zu Art. 329 OR.

# 5 Versicherungen und Vorsorge

## 5.1 Krankheit

Art. 324a OR sieht bei Krankheit von Arbeitnehmenden vor, dass Arbeitgebende für eine gewisse Zeit den Lohn weiterbezahlen müssen. Die Dauer der Lohnfortzahlung ist im OR nicht klar geregelt. Die Gerichte müssen diese Dauer also bestimmen. Entsprechend sind kantonal unterschiedliche Zeiträume vorgesehen. Dabei handelt es sich jeweils um Lohnfortzahlungen von einigen Wochen oder Monaten. Es gibt Arbeitgebende, die eine Krankentaggeldversicherung (Art. 324a Abs. 4 OR) abgeschlossen haben. Diese Versicherungen sehen regelmässig eine Lohnfortzahlungsdauer von 720 Tagen à 80 % des Lohns vor. Einen Anteil der Prämien der Krankentaggeldversicherung dürfen Arbeitgebende Arbeitnehmenden vom Bruttolohn abziehen, wenn die Versicherungslösung diesen gesamthaft bessere Leistungen bietet als die blosse Lohnfortzahlung gemäss OR.[72] Üblich ist eine hälftige Prämienbeteiligung. Es ist wichtig, sich zu informieren, ob Arbeitgebende eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen haben, oder ob man nur nach OR geschützt ist. In diesem Fall kommen je nach Arbeitsort die Basler, Berner oder Zürcher Skala zur Anwendung.[73]

Die Arbeitnehmenden müssen ihre Krankheit beweisen können, damit sie Anspruch auf Lohnfortzahlung haben. Es empfiehlt sich bei länger dauernden und ernsthafteren Erkrankungen also, sich rasch ärztliche Zeugnisse zu beschaffen. Damit kann vermieden werden, dass eine ärztliche Fachperson ihre Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen für einen bereits vergangenen Zeitraum ausstellen muss; solche Arztzeugnisse führen immer wieder zu Reibereien mit Arbeitgebenden.

Ein erst seit wenigen Jahren zu beobachtendes Phänomen sind stellenbezogene Krankschreibungen. Eine ärztliche Fachperson hält dabei mehr oder weniger ausdrücklich fest, dass die betroffene Person für die Arbeit beim aktuellen arbeitgebenden Unternehmen zu 100 % krank ist, bei anderen Arbeitgebenden aber voll arbeiten könnte. Solche ärztlichen Zeugnisse rufen rasch die Krankentaggeldversichernden auf den Plan. Diese drohen dann manchmal an, ihre Leistungen einzustellen und fordern Arbeitnehmende ultimativ auf, sofort eine neue Beschäftigung anzunehmen.

Die Versicherungsdeckung im Krankheitsfall ist in manchen Betrieben ungenügend, weil die Krankentaggeldversicherungsverträge Fallstricke enthalten, über die auch die Arbeitgebenden stolpern können. Bevor Arbeitnehmende einen Arbeitsvertrag akzeptieren, empfiehlt es sich auf alle Fälle, abzuklären, ob für die Angestellten des Betriebs überhaupt eine Krankentaggeldversicherung besteht.

**72** Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 23 zu Art. 324a/b OR.

**73** Vgl. SECO – Staatssekretariat für Wirtschaft, Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung. www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Arbeitsrecht/FAQ_zum_privaten_Arbeitsrecht/verhinderung-des-arbeitnehmers-an-der-arbeitsleistung.html (besucht am 23.11.2022).

## 5.2 Unfall

Art. 324a OR gilt auch, wenn Arbeitnehmende wegen eines Unfalls nicht arbeiten können. Versichert gemäss Unfallversicherungsgesetz (UVG) sind in der Schweiz alle Arbeitnehmenden. Solche, die weniger als acht Stunden pro Woche arbeiten, sind allerdings nicht für Nichtbetriebsunfälle versichert, wer mehr arbeitet, schon. Die Arbeitnehmenden haben ein Anrecht auf ein Unfalltaggeld von 80 %. Die Versicherungsleistungen im Bereich des Unfalls sind generell besser als jene im Bereich der Krankheit.

## 5.3 Mutterschaft

Gemäss Art. 329f. OR haben Arbeitnehmerinnen nach der Geburt Anspruch auf einen Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen. Dies bedeutet, dass sie in dieser Zeit nicht arbeiten müssen und gemäss Art. 9 ff. Erwerbsersatzgesetz (EOG) Lohn erhalten. Der Tagessatz beträgt 80 % des früheren Erwerbseinkommens, maximal aber CHF 196. Bemessungsgrundlage für den Tagessatz ist das AHV-pflichtige Einkommen der letzten zwölf Monate vor der Geburt. Es empfiehlt sich also nicht, in dieser Zeit das Anstellungspensum zu reduzieren oder einen unbezahlten Urlaub zu nehmen – beides führt zu einem tieferen Ansatz der Mutterschaftsentschädigung. Art. 35a ArG hält fest, dass Wöchnerinnen während acht Wochen nach der Geburt nicht beschäftigt werden dürfen. Art. 35–36 ArG sind gemäss Art. 3a ArG für alle Arbeitnehmenden anwendbar, auch solche, die von anderen Bestimmungen des Arbeitsgesetz ausgenommen sind (wie Sozialpädagog*innen in Heimen, nach NAV Erziehung). Der seit dem 01.01.2021 gültige Abs. 2 von Art. 329f OR hält fest, dass sich der Mutterschaftsurlaub bei der Hospitalisierung des Neugeborenen um die verlängerte Ausrichtung der Entschädigung verlängert.

Auskünfte zur Mutterschaftsentschädigung erteilen die zuständigen AHV-Ausgleichskassen.

## 5.4 Vaterschaft

Seit dem 01.01.2021 haben rechtliche Väter einen Anspruch auf einen Vaterschaftsurlaub von 2 Wochen. Der Vaterschaftsurlaub ist in Art. 329g OR geregelt. Art. 329g Abs. 2 und 3 OR halten fest, dass die zwei Wochen innerhalb der ersten 6 Monate nach der Geburt des Kindes, wochen- oder tageweise bezogen werden müssen. Ansonsten verfällt der Anspruch. Die Entschädigung während des Urlaubs richtet sich ebenfalls nach EOG. Die Anspruchsvoraussetzungen sowie die Höhe und Bemessung des Taggeldes richten sich nach Art. 16i ff. EOG. Diesen Bestimmungen zufolge

beträgt die Entschädigung pro Tag 80 % des durchschnittlichen Erwerbseinkommens vor dem Beginn des Entschädigungsanspruchs, maximal CHF 196.

## 5.5 Betreuung von Angehörigen und von kranken Kindern

Gemäss dem neuen Artikel 329h OR, haben Arbeitnehmende Anspruch auf bezahlten Urlaub für die Betreuung eines Familienmitglieds oder von Lebenspartner*innen (maximal drei Tage pro Ereignis und 10 Tage pro Jahr).

## 5.6 Betreuung von wegen Krankheit oder Unfall gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindern

Der ebenfalls neu aufgenommene Art. 329i OR gewährt Eltern einen Betreuungsurlaub von maximal 14 Wochen, wenn sie wegen eines schwer kranken oder verunfallten Kindes Anspruch auf eine Betreuungsentschädigung nach EOG haben. Die Anspruchsberechtigung sowie die Entschädigungshöhe und die Bemessungsgrundlagen finden sich in Art. 16n ff. EOG.

## 5.7 Familienzulagen

Diese Zulagen sollen gemäss dem Familienzulagengesetz (FamZG) die finanziellen Belastungen durch Kinder und deren Erziehung und Ausbildung ausgleichen. Es gibt Arbeitgebende, die bei Geburten und bei der Betreuung von Familienangehörigen zusätzlich eine Zulage entrichten; dies gilt vor allem für die öffentliche Hand.

## 5.8 Pensionskasse

Arbeitgebende müssen erwachsene Arbeitnehmende, die mehr als CHF 21’510 pro Jahr[74] verdienen, bei ihrer Pensionskasse versichern. Das Gesetz schreibt vor, dass Arbeitgebende mindestens einen gleich hohen Beitrag an die Pensionskasse leisten wie Arbeitnehmende.[75] Die Rente der Pensionskasse soll im Alter die AHV ergänzen. Versichert sind aber auch die Risiken von Tod und Invalidität. Für Paare, die im Konkubinat leben, ist es wichtig, das Reglement der Pensionskasse gut durchzulesen: Häufig leisten die Pensionskassen beim Tod der versicherten Person deren Partner*in

**74** Art. 2 Abs. 1 BVG.
**75** Art. 331 ff. OR.

eine Rente; manchmal sind diese Leistungen aber daran geknüpft, dass das Paar das Konkubinat bereits vorher bei der Pensionskasse anmeldet. Weiter können Pensionskassengelder bei einem Wechsel in die selbständige Erwerbstätigkeit, bei einer Auswanderung oder bei einem Hauskauf bezogen werden. Wenn Arbeitnehmende eine Liegenschaft erwerben, ist aber eine blosse Verpfändung des Pensionskassenguthabens die vorteilhaftere Lösung, obwohl viele Banken auf diese Möglichkeit nicht hinweisen.

Wer viel verdient, aber über kein grosses Pensionskassenguthaben verfügt, kann dieses mit ausserordentlichen Einzahlungen, so genannten «Einkäufen», vergrössern. Solche Zahlungen sind für die Steuerplanung eventuell interessant, können sie doch in einem gewissen Rahmen vom steuerbaren Einkommen abgezogen werden.

Bei einer Scheidung werden die Pensionskassenguthaben, die die Ehegatten während der Ehedauer eröffnet haben, hälftig geteilt. Diese Regelung ist zwingend und lässt sich auch durch einen Ehevertrag nicht ändern.

# Literaturverzeichnis

AvenirSocial (2022): Datenschutz in der Sozialen Arbeit. *Eine Praxishilfe zum Umgang mit sensiblen Personendaten.* Bern: AvenirSocial.

AvenirSocial (2010). Berufskodex Soziale Arbeit Schweiz. *Ein Argumentarium für die Praxis der Professionellen.* Bern: AvenirSocial.

Thomas Geiser/Adrian von Känel/Rémy Wyler (Hrsg.) (2005): Handkommentar Arbeitsgesetz, Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, 1. Auflage, Bern.

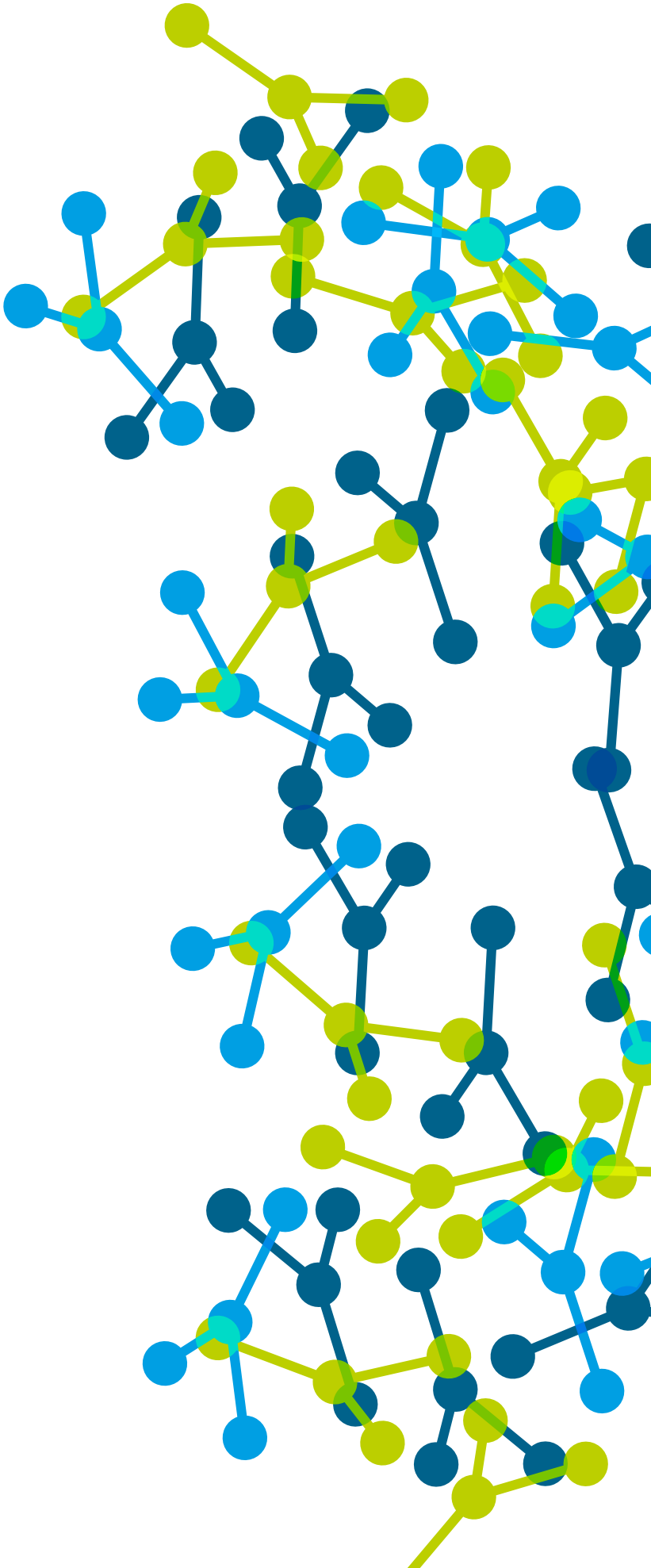
Peter Hänni (2008): Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. Auflage, Zürich Basel Genf.

Roland Müller/Caroline von Graffenried (2011): Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung, in: recht 2011, S. 156 ff.

Wolfgang Portmann/Isabelle Wildhaber (2020): Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, Zürich St. Gallen.

Ullin Streiff/Adrian von Känel/Roger Rudolph (2012): Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich Basel Genf.

artischock.net



**AvenirSocial**
Schwarztorstrasse 22
Postfach
CH-3001 Bern

+41 (0)31 380 83 00
info@avenirsocial.ch

avenirsocial.ch