

INHALTSÜBERSICHT

Seite 1 | 1. Konkurrenzverbot im Arbeitsrecht  
Seite 6 | 3. Überstunden und Überzeit  
Seite 9 | In eigener Sache

Seite 3 | 2. Betriebsübernahme  
Seite 7 | 4. Mobbing am Arbeitsplatz

## 1. Konkurrenzverbot im Arbeitsrecht

### 1.1. Allgemeines

Es kommt regelmässig vor, dass Bestimmungen in einen Arbeitsvertrag aufgenommen werden, die vorsehen, dass es dem Arbeitnehmer nach Ende des Arbeitsverhältnisses untersagt ist, bestimmte Arbeitsleistungen zu erbringen, die diejenige des Arbeitgebers konkurrenzieren. Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer müssen sich bewusst sein, dass solche Konkurrenzverbote nur in begrenztem Umfang zulässig und daher je nach Inhalt gegebenenfalls nicht durchsetzbar sind. Es soll im Folgenden der rechtliche Rahmen für Konkurrenzverbote aufgezeigt werden.



Martin Kern

*«Das Gesetz schränkt ein, wieweit Konkurrenzverbote gehen dürfen, was sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer unbedingt zu beachten ist.»*

### 1.2. Sinn und Zweck von Konkurrenzverboten

Der Arbeitnehmer ist in die Organisationsstruktur des Arbeitgebers eingebunden. Zur Erbringung

seiner Arbeitsleistung bedient er sich der vom Arbeitgeber bereitgestellten Ressourcen. Zu diesen Ressourcen gehören oft auch bedeutende immaterielle Werte wie der Kundenkreis oder Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse. Die Stellung des Arbeitgebers am Markt und sein Wettbewerbsvorteil gegenüber der Konkurrenz können wesentlich davon abhängen, dass diese immateriellen Werte in seiner alleinigen Verfügungsmacht verbleiben und nicht auch durch Dritte nutzbar gemacht werden. Solange das Arbeitsverhältnis andauert, ist es dem Arbeitnehmer aufgrund seiner arbeitsrechtlichen Treuepflicht gegenüber seinem Arbeitgeber untersagt, diese immateriellen Werte für sich selbst und somit im Wettbewerb zu seinem Arbeitgeber zu nutzen. Mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses endet jedoch auch diese Treuepflicht des Arbeitnehmers. Um dennoch eine Konkurrenzierung durch Nutzung dieser immateriellen Werte auch nach Ende des Arbeitsverhältnisses zu unterbinden, sehen Arbeitsverträge daher oft vor, dass der Arbeitnehmer auch nach Ende des Arbeitsverhältnisses weiterhin keine den Arbeitgeber konkurrenzierende Tätigkeit ausüben darf.

Umgekehrt ist offensichtlich, dass der Arbeitnehmer ein grundlegendes Interesse an der Förderung seines wirtschaftlichen Fortkommens hat, wozu auch die Nutzung von im Arbeitsverhältnis erworbenen Kenntnissen und Fähigkeiten gehört. Umfassende Konkurrenzverbote würden dazu führen, dass der Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, seine stetig erlangten Kompetenzen am Markt anzubieten und für sich nutzbar zu machen. Im Extremfall wäre nach jeder Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine berufliche Neuausrichtung nötig, zumindest für die Dauer des Konkurrenzverbots.

Um einen Ausgleich zwischen diesen sich widersprechenden Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erzielen, sieht das zwingende Arbeitsrecht gewisse Voraussetzungen und Grenzen für arbeitsrechtliche Konkurrenzverbote vor.

### 1.3. Gesetzliche Voraussetzungen

Einem Konkurrenzverbot darf sich nur der handlungsfähige Arbeitnehmer unterwerfen, d.h. er muss volljährig und urteilsfähig sein. Ausserdem muss das Konkurrenzverbot schriftlich festgelegt sein, weswegen die entsprechenden Bestimmungen im vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterzeichneten Arbeitsvertrag (und nicht in beigelegten Reglementen oder Anhängen) enthalten sein sollten. In Lehrverhältnissen sind Konkurrenzverbote völlig unzulässig.

Ein Konkurrenzverbot kann sodann nicht einfach für jeden Arbeitnehmer vorgesehen werden, sondern es ist notwendig, dass (i) das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse erlaubt hat und (ii) die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte.

Zum einen ist daher für den jeweiligen Einzelfall abzuklären, (i) ob der fragliche Arbeitnehmer tatsächlich Einblick in die genannten Bereiche hatte. Das bedeutet, dass selbst in Branchen oder Unternehmen, die erheblich von der Nutzung von Kundenstämmen oder Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen abhängig sind, nicht auch automatisch jeder Arbeitnehmer einem Konkurrenzverbot unterworfen werden kann; es ist stattdessen immer für den individuellen Arbeitnehmer zu prüfen, ob dieser einen entsprechenden Einblick hatte. Bezüglich des Kundenkreises setzt dies voraus, dass der Arbeitnehmer einen genügend intensiven Kundenkontakt hatte, so dass er in der Lage ist, Kundenbedürfnisse und -wünsche selber zu erkennen und bedienen.

Zum anderen ist jeweils im Einzelfall abzuklären, (ii) ob die Verwendung der genannten Kenntnisse

den Arbeitgeber erheblich schädigen kann. Wichtig ist dabei, dass es die Verwendung der genannten Kenntnisse sein muss, welche zur erheblichen Schädigung führen kann. Falls stattdessen nicht diese Kenntnisse ausschlaggebend dafür sind, dass Kunden dem Arbeitnehmer folgen, sondern die persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, kann dies nicht durch ein Konkurrenzverbot unterbunden werden. Die Nutzung von Qualifikationen des Arbeitnehmers, die keinen Bezug zu den genannten geschützten Informationen haben, bleibt daher für ein Konkurrenzverbot unbeachtlich und für den Arbeitnehmer frei. Da es jedoch nicht immer einfach ist, festzustellen, worauf nach Ende des Arbeitsverhältnisses die Bindung der Kunden an den Arbeitnehmer zurückzuführen ist, kann über diese Abgrenzung zwischen den Beteiligten Streit entstehen.

### 1.4. Gesetzliche Grenzen

Um das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unverhältnismässig zu erschweren, muss das Konkurrenzverbot angemessen begrenzt werden, und zwar nach Ort, Zeit und Gegenstand. Die Interessen des Arbeitgebers müssen mit denjenigen des Arbeitnehmers abgewogen werden und dürfen zueinander nicht in einem Missverhältnis stehen. Das wirtschaftliche Fortkommen soll dem Arbeitnehmer grundsätzlich offenstehen. Für die Beurteilung im Einzelfall ist jeweils die Frage relevant, wie weit die Gefahr reicht, dass der Arbeitgeber Kunden an den Arbeitnehmer verliert.

Ausserdem fällt auch ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot weg, wenn der Arbeitgeber daran kein Interesse mehr hat. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn der Arbeitgeber im vom Konkurrenzverbot geschützten Rahmen selber nicht mehr tätig ist.

Ein Konkurrenzverbot entfaltet sodann keine Wirkung, wenn der Arbeitgeber das Ende des Arbeitsverhältnisses zu verantworten hat, was der Fall ist, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu

begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es der Arbeitnehmer aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst. Hierfür denkbar ist bspw. eine vom Arbeitgeber nicht unterbundene Mobbingssituation (vgl. Artikel «Mobbing – was kann ich tun?» in diesem Newsletter).

### 1.5. Fazit

Konkurrenzverbote werden oft standardmässig in Arbeitsverträge aufgenommen. Dass diese nur im aufgezeigten Rahmen und unter den aufgezeigten Voraussetzungen wirksam sind, sind sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht immer bewusst. Für den konkreten Fall ist daher stets im Auge zu behalten, dass ein Konkurrenzverbot möglicherweise gar nicht in der Form durchsetzbar ist, wie es in einen Arbeitsvertrag aufgenommen wurde oder werden soll.

## 2. Betriebsübernahme

### 2.1. Grundsätzliche Regelung

Wenn ein Betrieb oder ein Betriebsteil auf einen Dritten übertragen wird, so gehen die dazugehörigen Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über. Massgebend für diesen Vorgang ist Art. 333 ff. OR. Dort sind Voraussetzungen und Folgen für den Arbeitnehmer und den Arbeitgeber (alt und neu) sowie Einzelfragen geregelt.

Nachfolgend soll aufgezeigt werden, welche Punkte die an einer Betriebsübernahme beteiligten Parteien zu beachten haben.



Dr. Peter Lutz

*«Bei einer Betriebsübernahme gehen die Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber über, auch gegen seinen Willen»*

### 2.2. Voraussetzungen der Anwendung

Die Anwendung von Art. 333 OR setzt die Übertragung eines Betriebs voraus. Als Betrieb wird gemeinhin eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit verstanden, welche die erforderlichen materiellen, immateriellen und personellen Mittel zusammenfasst. Sie nimmt regelmässig selbständig am Wirtschaftsleben teil. Auch ein Zweigbetrieb oder die eine organisatorische Einheit darstellende Betriebsabteilung ist erfasst, wie sich aus dem gesetzlichen Begriff "Betriebsteil" ergibt.

Als Übertragung genügt ein faktischer Übergang. Nicht erforderlich ist eine Rechtsbeziehung zwischen dem alten und neuen Arbeitgeber. Mithin braucht es keinen Vertrag betreffend Betriebsübergang, auch wenn dies der Regelfall ist. Das Thema Betriebsübergang wird bei Unternehmensübernahmen in Form eines Asset Deals, das heisst einer Übernahme (ganz oder teilweise) von Aktiven und Passiven sowie von Vertragsverhältnissen regelmässig aktuell.

Wird der Betrieb oder der Betriebsteil während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung übertragen, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über (Art. 333b OR). Dies gilt aber nur, wenn dies mit dem Erwerber so vereinbart wurde

und der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Mit dieser Regelumkehr im Insolvenzfall soll die Rettung eines Betriebs erleichtert werden. Wenn ein potentieller Erwerber alle Arbeitnehmer übernehmen muss, was in der Regel mit hohen weiterlaufenden Aufwendungen verbunden ist, wird er von einer Übernahme eher absehen, da die Sanierungschancen u.U. korrumpiert sind. Im Übrigen gelten auch bei einer Übernahme in der Insolvenz die Art. 333, ausgenommen dessen Absatz 3, und 333a OR sinngemäss.

Der Verkauf der Gesamtheit oder eines Mehrheitsanteils des Aktienkapitals einer Gesellschaft führt nicht zur Anwendung von Art. 333 Abs. 1 OR. Das heisst, die Arbeitsverhältnisse bleiben mit der übertragenen juristischen Person weiterbestehen.

## 2.3. Folgen

### 2.3.1. Informationspflicht

Überträgt ein Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so hat er die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer rechtzeitig vor dem Vollzug des Übergangs zu informieren über a) den Grund des Übergangs und b) die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer (Art. 333a Abs. 1 OR).

Die Informationspflicht umfasst insbesondere den Grund des Übergangs, die betrieblichen Überlegungen, die zum Übergang führten, die Person des Erwerbers, die Massnahmen, welche die Arbeitnehmer betreffen sowie die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer. Die Informationen müssen es den Arbeitnehmern ermöglichen, einen fundierten Entscheid betreffend Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu fällen.

Die Information hat rechtzeitig vor dem Vollzug zu erfolgen, wobei Geheimhaltungsinteressen der verhandelnden Parteien einerseits und Informationsinteresse der Arbeitnehmer für die Frage der Rechtzeitigkeit gegeneinander abzuwägen sind.

Die Informations- und Konsultationspflichten sind nicht formgebunden. Sie können mündlich oder schriftlich erfüllt werden. Aus Beweisgründen empfiehlt sich eine dokumentierbare Form.

### 2.3.2. Konsultationspflicht

Das Weiteren sind die Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmervertretung zu den relevanten Massnahmen zu konsultieren, falls diese die Arbeitnehmer betreffen. Bei der Konsultation ist der Arbeitnehmerschaft eine angemessene Frist zur Stellungnahme und Unterbreitung von Vorschlägen einzuräumen. Letztlich ist auch hier für die Frage der Rechtzeitigkeit der Einzelfall zu betrachten, und die Interessen sind abzuwägen.

### 2.3.3. Insbesondere Informations- und Konsultationspflicht unter dem Fusionsgesetz (FusG)

Bei der Spaltung zur Übernahme, bei welcher ein Betrieb übertragen wird, gelten gemäss Art. 50 FusG i.V.m. Art. 28 FusG die Regeln von Art. 333a OR, mithin die Informations- bzw. die Konsultationspflicht. Information und Konsultation haben rechtzeitig zu erfolgen, d.h. grundsätzlich bevor die betreffende Gesellschaft die Spaltung definitiv beschlossen hat. Sofern keine Massnahmen i.S.v. Art. 333 Abs. 2 OR vorgesehen sind, ist nur eine Information, aber keine Konsultation notwendig. Die gleiche Informations- und Konsultationspflicht gilt gemäss Verweis in Art. 28 Abs. 1 FusG auch im Falle einer Fusion.

Auf die spezifischen Regeln bei der Übertragung unter dem FusG kann hier nicht weiter eingegangen werden. Bemerkenswert ist immerhin die Rechtsfolge bei Verletzung der einschlägigen Pflichten: Die Arbeitnehmervertretung oder, falls eine solche Vertretung fehlt, jeder betroffene Arbeitnehmer kann beim Gericht am Sitz einer der beteiligten Gesellschaften verlangen, dass es die Eintragung der Spaltung bzw. Fusion im Handelsregister untersagt, mithin eine Handelsregister Sperre erwirken.

### 2.3.4. Folgen für das Arbeitsverhältnis

Bei einem Betriebsübergang geht das Arbeitsverhältnis mit dem Tag der Betriebsnachfolge auf

den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt.

Bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer wird das Arbeitsverhältnis auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst; der Erwerber des Betriebs und der Arbeitnehmer sind bis dahin zur Erfüllung des Vertrags verpflichtet (Art. 333 Abs. 2 OR). Achtung: Die gesetzliche Kündigungsfrist gilt auch, wenn die vertragliche Frist länger oder der Vertrag befristet ist.

Diese Regel gilt unabhängig davon, ob der Erwerber des Betriebs damit einverstanden ist oder nicht. Ziel der Regelung ist die Kontinuität der Arbeitsverhältnisse sowie die Sicherung der arbeitsrechtlichen Forderungen der Arbeitnehmer. Dies ist insbesondere dadurch sichergestellt, dass Art. 333 OR eine solidarische Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des Erwerbers gegenüber den Arbeitnehmern vorsieht. Der Erwerber des Betriebs haftet für die Verbindlichkeiten des alten Arbeitgebers aus den Arbeitsverhältnissen vor dem Betriebsübergang mit. Der alte Arbeitgeber haftet für Verbindlichkeiten nach dem Betriebsübergang noch bis zu dem Zeitpunkt mit, auf den die Arbeitsverhältnisse ordentlich gekündigt werden könnten.

Ist auf das übertragene Arbeitsverhältnis ein Gesamtarbeitsvertrag anwendbar, so muss der Erwerber diesen während eines Jahres einhalten, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet (Art. 333 Abs. 1<sup>bis</sup> OR).

Der Erwerber des Betriebs kann die bestehenden und übernommenen Arbeitsverträge nach den Bestimmungen des entsprechenden Einzelarbeitsvertrags beenden.

Zulässig ist es, dass der Erwerber die Arbeitsverträge im Einverständnis mit den betroffenen Arbeitnehmern den neuen Bedingungen anpasst.

Es muss anhand des Einzelfalls beurteilt werden, innert welcher Frist der Arbeitnehmer den Übergang ablehnen kann. Als Faustregel kann von einer Bedenkfrist von einem Monat seit Kenntnis

des geplanten oder tatsächlichen Übergangs ausgegangen werden. Die Frist beginnt mit der sachgemässen Information zu laufen.

## 2.4. Einzelfragen

Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, auf alle Einzelfragen einzugehen. In Kürze hingewiesen sei auf folgende Themen:

Bei Arbeitsunfähigkeit sind die gesetzlichen Sperrfristen nach Art. 336c OR auch bei Betriebsübernahmen zu beachten. Wird der Lauf der Kündigungsfrist durch eine Sperrfrist unterbrochen, sodass das Arbeitsverhältnis (nicht wie ohne Unterbruch) den Betriebsübergang überdauert, hat dies die Anwendung von Art. 333 ff. OR und damit den Übergang des Arbeitsverhältnisses zur Folge.

Kündigt ein Arbeitgeber die Arbeitsverhältnisse auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs und arbeiten die Mitarbeiter danach im Betrieb weiter, so gehen die Arbeitsverhältnisse trotz Kündigung ebenfalls auf den Erwerber über.

Im Einzelfall mit Unsicherheit behaftet ist jeweils die Frage, ob ordentliche Kündigungen im Hinblick auf eine Betriebsübertragung zulässig sind. Bei einer solchen Kündigung endet das Arbeitsverhältnis vor dem Betriebsübergang. Übertragen werden nur die bestehenden Verhältnisse, weshalb Art. 333 OR auf das gekündigte Arbeitsverhältnis nicht anwendbar ist. Wird aber einzig gekündigt, um den Übergang des Arbeitsverhältnisses zu verhindern, kann eine Gesetzesumgehung vorliegen und die Kündigung ist nichtig. Keine Gesetzesumgehung liegt vor, wenn die Kündigung durch wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt ist, bspw. wenn in einer Sanierungssituation eine Weiterführung des übertragenen Betriebs nur ohne die gekündigten Arbeitsverhältnisse realistisch ist.

Das Schicksal von Ansprüchen gegenüber Personenvorsorge ist in Art. 333 OR nicht geregelt. Auch das FusG gibt keine Auskunft. Zu prüfen wäre, ob eine Betriebsübernahme als Umstrukturierung qualifiziert werden kann und damit das Vorsorgevermögen grundsätzlich den Arbeitnehmern

folgt. Der genaue Anspruch kann nur aufgrund umfangreicher Berechnungen eruiert werden.

### 2.5. Schlusswort

Bei einem Betriebsübergang sind zahlreiche Elemente zu berücksichtigen und insbesondere der zeitlichen Abfolge der Massnahmen besondere Beachtung zu schenken, um nicht mit unliebsamen Folgen konfrontiert zu werden. Erfolgt der Übergang zudem unter dem FusG können die Nachteile eines unplanmässigen Vorgehens einschneidend sein. Namentlich die Informations- und Konsultationspflicht kann in diesem Zusammenhang eine Knacknuss darstellen, da die Geheimhaltung in der Regel von grosser Wichtigkeit ist, gleichzeitig verschiedene Gremien (inkl. Generalversammlung) zu begrüssen sind und die Verletzung der einschlägigen Pflichten sehr weitgehende Konsequenzen haben können; eine Fahrt zwischen Skylla und Charybdis.

## 3. Überstunden und Überzeit

In der Regel hat ein Arbeitnehmer wöchentlich ein Arbeitspensum bei einer Vollzeitanstellung von 40 – 42 Arbeitsstunden zu leisten, was einer täglichen Arbeitszeit von 8 respektive 8,24 Arbeitsstunden entspricht.

In vielen Betrieben wird diese wöchentliche Arbeitszeit aber in Zeiten von hoher Arbeitsbelastung überschritten und es werden Überstunden bzw. es wird Überzeit geleistet. Das Gesetz sieht in Bezug auf Überstunden und Überzeit jedoch nicht die gleichen Regelungen vor, weshalb die Unterscheidung zwischen Überstunden und Überzeit wichtig ist.

### 3.1. Überstunden

Von Überstunden spricht man, wenn die vertraglich festgelegte Normalarbeitszeit bis zur Höchstarbeitszeit überschritten wird. Die Höchstarbeitszeit liegt je nach Branche bei 45 bis 50 Arbeitsstunden pro Woche.

Wenn die normale Arbeitszeit in einem Betrieb somit 40 Stunden beträgt und der Arbeitnehmer

44 Arbeitsstunden leistet, so liegen 4 Überstunden vor, wenn die Leistung dieser zusätzlichen Stunden vom Arbeitgeber angeordnet wurde. Diese Überstunden sind zusätzlich zu entlohnen und überdies ist darauf ein Zuschlag von 25% zu entrichten. Dieser Zuschlag kann aber schriftlich ausgeschlossen werden. Weiter kann zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden, dass anstelle einer Auszahlung Überstundenarbeit auch durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen wird.



Rolf Kuhn

*«Im Arbeitsrecht wird zwischen Überstunden und Überzeit unterschieden. Die Unterscheidung kann gerade für Kadermitarbeiter wesentlich sein, denn auch sie können hinsichtlich Überzeit einen Kompensationsanspruch haben.»*

Bei Kadermitarbeitern besteht nicht immer ein Anspruch auf Abgeltung oder Kompensation von Überstunden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Arbeitszeit im Arbeitsvertrag nicht definiert ist. In der Regel wird angenommen, dass eine allfällige Mehrarbeit durch den höheren Lohn bereits abgegolten ist.

### 3.2. Überzeit

Überzeit liegt vor, wenn nicht nur über die vertraglich festgelegte Normalarbeitszeit hinaus Arbeitsstunden geleistet wurden, sondern auch über die gesetzliche Höchstarbeitszeit hinaus. Werden somit in einer Branche, in welcher eine wöchentliche gesetzliche Höchstarbeitszeit von

45 Stunden gilt, in einer Woche 49 Arbeitsstunden geleistet, so liegt im Umfang von 4 Arbeitsstunden Überzeit vor.

Der Unterschied zur Überzeit besteht darin, dass auf Überzeitstunden zwingend ein Zuschlag von 25% zu entrichten ist, wenn die Überzeit nicht mit Freizeit von mindestens gleicher Dauer kompensiert werden kann. Ein weiterer Unterscheid besteht darin, dass die Überstunden im Obligationenrecht geregelt sind und die Überzeit im Arbeitsgesetz (ArG). Daraus wiederum ergibt sich, dass Kaderangestellte u.U. einen Anspruch auf Kompensation von Überzeitstunden haben können. Das ArG gilt für alle Arbeitnehmer. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird jedoch in Art. 3 Abs. 1 lit. d ArG statuiert. Demgemäss gilt das Arbeitsgesetz nicht für «höhere leitende Angestellte». Dieser Begriff unterscheidet sich vom Kadermitarbeiter, welcher nicht zwingend einer obersten Hierarchiestufe eines Unternehmens angehören muss. Es kann demnach der Fall eintreten, dass ein Kadermitarbeiter in Bezug auf Überstunden keinen Kompensationsanspruch hat, hinsichtlich Überzeit dagegen schon. Fällt der Kadermitarbeiter nämlich nicht in die Kategorie «höherer leitender Angestellter», so gilt das ArG auch für ihn und folglich die zwingende Regelung des ArG in Bezug auf den Kompensationsanspruch.

### 3.3. Fazit

Die Kompensation von Überstunden und Überzeit spielt häufig bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses eine Rolle: In der Regel wird vom ausscheidenden Mitarbeiter verlangt, dass er noch offenen Pendenzen während der laufenden Kündigungsfrist abarbeitet oder seinen Nachfolger einführt. Vielfach «reicht» es dann nicht mehr aus, um noch während der laufenden Kündigungsfrist offene Überstunden und Überzeit durch Freizeit zu kompensieren. Folglich besteht ein Anspruch auf finanzielle Abgeltung der geleisteten Mehrarbeit. Für Kadermitarbeiter kann deshalb – aufgrund der zwingenden Regelung im ArG

– ein finanzieller Abgeltungsanspruch von Überzeit entstehen, selbst wenn es im Arbeitsvertrag heisst, dass Überstunden durch den Lohn bereits abgegolten sind. Die zwingende Regelung im ArG versagt einer solchen Bestimmung in Bezug auf Überzeit die Geltung, wenn der Mitarbeiter nicht in die Kategorie «höherer leitender Angestellter» gemäss ArG fällt. Überzeit muss dann zwingend durch Freizeit oder finanzielle Abgeltung kompensiert werden. Kann die Überzeit nicht mehr durch Freizeit kompensiert werden, muss sie abgegolten werden.

## 4. Mobbing am Arbeitsplatz

### 4.1. Was ist Mobbing?

Als Mobbing wird im Allgemeingebrauch ein systematisches, über längere Zeit andauerndes und ohne begründeten Anlass erfolgendes Ausgrenzen eines Gruppenmitgliedes durch die eigene Gruppe oder durch einzelne Gruppenmitglieder bezeichnet. Gemäss Schweizerischer Rechtsprechung im Arbeitsrecht handelt es sich bei Mobbing um ein 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.

Mit anderen Worten heisst dies auch, dass nicht schon jede unbedachte oder feindselige Äusserung oder aber Kritik am Arbeitnehmer Mobbing darstellt. Auch nicht handelt es sich um Mobbing, nur weil die Arbeitsatmosphäre schlecht ist oder aber ein Konflikt am Arbeitsplatz ausgebrochen ist. Damit man von Mobbing sprechen kann, bedarf es feindseliger, schikanösen oder diskriminierenden Handlungen, welche in ihrer Summe von einer gewissen Intensität und Dauer sind.

### 4.2. Pflichten des Arbeitgebers

#### 4.2.1. Fürsorge- und Schutzpflicht

Dem Arbeitgeber obliegt gestützt auf Art. 328 OR eine Fürsorge- und Schutzpflicht. Er hat die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend

Rücksicht zu nehmen sowie für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Der Arbeitgeber hat damit nicht nur selbst Mobbing zu unterlassen, sondern hat den Arbeitnehmer vor Mobbing durch Vorgesetzte und Arbeitskollegen zu schützen. Dies beispielsweise mittels internen und externen Schlichtungsbemühungen, Konfliktlösung durch Gesprächsführungen, Erteilen von Weisungen an den Mobbingtäter, Verwarnungen, interne Versetzungen oder gar Aussprechen von Kündigungen. Unterlässt der Arbeitnehmer notwendige, angemessene und ihm zumutbare Schutzmassnahmen, so verletzt er seine Fürsorgepflicht. Aber Achtung: Damit der Arbeitgeber die notwendigen Schutzmassnahmen überhaupt ergreifen kann, muss er von der Mobbingssituation Kenntnis haben, mithin durch das Opfer über die einzelnen Vorkommnisse informiert werden. Es ist deshalb zu empfehlen, mit dem Arbeitgeber das Gespräch zu suchen, wenn man sich in einer Mobbingssituation wiederfindet.



Stefanie Wimmer

*«Der Arbeitgeber hat nicht nur selbst Mobbing zu unterlassen, sondern hat den Arbeitnehmer vor Mobbing durch Vorgesetzte und Arbeitskollegen zu schützen.»*

### 4.3. Ansprüche des Arbeitnehmers

#### 4.3.1. Im Allgemeinen

Wird man als Arbeitnehmer gemobbt, so kann man beim Arbeitgeber zunächst einmal verlangen, dass er den Mobbingtäter anweist, die feindlichen Handlungen zu unterlassen. Weiter kann je

nach Situation verlangt werden, dass der Mobbingende intern versetzt wird oder aber in gravierenden Fällen, dass gegenüber dem Mobbingenden die Kündigung ausgesprochen wird. Ferner kann auch die eigene Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz verlangt werden. Wird durch das Mobbing die psychische Integrität verletzt besteht auch die Möglichkeit, eine Klage im Sinne von Art. 28a ZGB anzuheben: Es kann dabei gerichtlich beantragt werden, dass die Persönlichkeitsverletzung gerichtlich festzustellen und zu beseitigen sei. Liegt eine drohende Verletzung vor, so kann das Mobbingopfer diese, ebenfalls gestützt auf Art. 28a ZGB, vorsorglich verbieten lassen. Ist dem gemobbten Arbeitnehmer durch die mobbingende Handlung oder aber durch die Unterlassung von Schutzmassnahmen ein Schaden im Rechtssinne entstanden, kann er zudem Schadenersatz verlangen (gegenüber dem Arbeitgeber aus Vertragsverletzung, gegenüber dem mobbenden Täter gestützt auf Art. 41 OR). In schweren Fällen ist auch eine Genugtuung geschuldet. Erreicht die Persönlichkeitsverletzung schliesslich eine genügende Schwere und ergreift der Arbeitgeber nicht die notwendigen Massnahmen, hat der betroffene Arbeitnehmer das Recht, die Arbeit einzustellen, ohne den Lohnanspruch zu verlieren (der Arbeitgeber gerät durch Weigerung zur Ergreifung der erforderlichen Schutzmassnahmen in Annahmeverzug). Unter Umständen kann für den Betroffenen auch eine strafrechtliche Verfolgung die geeignete Massnahme sein (Verleumdung, üble Nachrede etc.).

Das Hauptproblem liegt jedoch in der Durchsetzung der Ansprüche. Dass überhaupt eine Mobbingssituation vorliegt, ist nur schwer beweisbar, zumal die feindlichen, systematischen Handlungen des Mobbingtäters im Einzelnen meist sehr harmlos wirken und erst in ihrer Summe und Dauer die Intensität von Mobbing erreichen.

#### 4.3.2. Schadenersatz und Genugtuung im Konkreten

Ist man Opfer von Mobbing geworden, so ist man mitunter im Sinne einer Persönlichkeitsverletzung geschädigt. Doch nicht in jedem Fall führt



dies zu einem Anspruch auf Schadenersatz und/oder Genugtuung. Schadenersatz ist nur dann geschuldet, wenn dem Arbeitnehmer durch die mobbende Handlung ein nachweisbarer (finanzieller) Schaden entstanden ist (z.B. notwendige Heilungskosten aufgrund einer durch das Mobbing bedingte Depression, unter Umständen Karriereschaden). Liegt kein solcher Schaden vor, ist kein Schadenersatz geschuldet. Gerade der "Karriereschaden" ist nur schwer beziffer- und beweisbar. Eine Genugtuung ist sodann nur dann geschuldet, wenn eine schwere Verletzung der Persönlichkeit vorliegt (Art. 49 Abs. 1 OR). Forderungen auf Genugtuung werden von den Gerichten selten entsprochen, und wenn doch, dann fallen die Entschädigungen meist tief aus.

#### 4.4. Fazit

Als Mobbingopfer hat man zwar diverse Ansprüche, die mitunter aber – insbesondere aufgrund der Beweisproblematik – schwierig durchzusetzen sind. Um die von feindlicher Stimmung geprägte Situation rasch möglichst zu verändern, empfiehlt es sich deshalb frühzeitig zu reagieren, den Arbeitgeber auf die gegenwärtigen Probleme hinzuweisen, Massnahmen zu verlangen und gleichzeitig eine Art Tagebuch über die einzelnen Verletzungen zu führen, um in einem allfälligen Prozess zumindest die einzelnen Mobbinghandlungen darlegen zu können.

## In eigener Sache

### Bilanz-Rating

Wir freuen uns, dass unsere Kanzlei vom Wirtschaftsmagazin Bilanz und von der Tageszeitung Le Temps als "Top Anwaltskanzlei" ausgezeichnet wurde. Die von der Bilanz veröffentlichte Liste der "Top Anwaltskanzleien" basiert auf einer Befragung von Anwälten, Inhouse-Juristen und Leitern der Rechtsabteilungen der 500 grössten Schweizer Unternehmen.



### Homepage

Unsere Kanzlei hat auf ihrer Homepage eine neue Rubrik "Deals & Cases" aufgeschaltet, in welcher über die aktuellen Tätigkeiten der Kanzlei berichtet wird:

<http://www.lutz-partner.ch/de/deals-cases>

Schauen Sie doch einmal rein!

Lutz Partner Rechtsanwälte AG

Stockerstrasse 34

Postfach 1905

8027 Zürich

T +41 44 368 50 50



Team



Dr. Peter Lutz, LL.M.



Dr. Irene Biber



lic. iur. Rolf Kuhn, LL.M.



Martin Kern, M.A. HSG



Stefanie Wimmer, MLaw