



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Gestaltung von arbeits- rechtlichen Verträgen

Vorlesung: Arbeitsrecht Master

Frühlingssemester 2020

Prof. Dr. iur. Roger Rudolph



Vorbereitungslektüre und Lernziele

Vorbereitungslektüre

Streiff, Ullin/Pellegrini, Bruno/von Kaenel, Adrian: Vertragsvorlagen, 4. Auflage 2008 (fakultativ)

Lernziele

- Schärfung des Bewusstseins über den gestalterischen Vertragsspielraum im Arbeitsrecht, aber auch über seine Grenzen
- Kenntnis möglicher Umsetzungskonzepte
- Kenntnis der Handhabung praktischer Fragestellungen



Vorbemerkung

Die vorliegende Folienserie wurde von Dr. Adrian von Kaenel erstellt, der im Frühlingssemester 2014 die Vertretung im Bereich ZPO und Vertragsgestaltung übernommen hat. Im Hinblick auf die damalige gemeinsame Festlegung des Konzepts sind die Folien nach wie vor geeignet und kommen daher in leicht überarbeiteter Form und mit freundlicher Genehmigung des Autors weiterhin zum Einsatz.

Einleitung



Inhaltsübersicht

- I. Grundlagen der Vertragsgestaltung
- II. Besondere Fragestellungen im Arbeitsrecht
- III. Erarbeitung von Checklisten



I. Grundlagen der Vertragsgestaltung

1. Rolle des Vertragsjuristen / der Vertragsjuristin

- Entscheidungsjurisprudenz vs. Vertragsgestaltung
- Vergangenheitsbewältigung vs. Zukunftsplanung
- Vertragsredaktion ist vorausschauende „Gesetzgebung“ im Einzelfall, Planung und Steuerung zukünftiger Verhältnisse durch Rechtsgestaltung
- Beginn jeder Vertragsgestaltung: Eigenes Denken, „Sachverhaltsfantasie“, Funktion und Bedürfnisse der Vertragsparteien, Risiko, Vorsorge usw.
- Erst danach Vertragsmuster und Checklisten beziehen (zur Vollständigkeitskontrolle, als Formulierungshilfe)



I. Grundlagen der Vertragsgestaltung

2. Hauptfelder der Vertragsgestaltung

- Geschäftsplanung/Zweckverwirklichung
- Risikoplanung/Störfallvorsorge, Formen der Risikobewirtschaftung:
 - Risikovermeidung (z.B. Sicherheitsmassnahmen)
 - Risikoreduktion (z.B. Reportingpflichten)
 - Risikoübernahme
 - Risikoüberwälzung (z.B. auf Vertragspartner)
 - Risikoabsicherung (z.B. durch Versicherung, Konventionalstrafe)



I. Grundlagen der Vertragsgestaltung

3. Vertragserarbeitung

a. *Instruktion durch die Parteien*

- Ausgangslage, Voraussetzungen der Parteien
- Interessen und Ziele der Vertragsparteien (u.U. primär der eigenen und sekundär der anderen Partei)
 - Interessen der anderen Partei sind miteinzubeziehen!
- Umfassendes Abfragen der wesentlichen Umstände, auch ausserhalb des juristischen Bereichs



I. Grundlagen der Vertragsgestaltung

b. Gestaltungsgrundsätze

- Klare, möglichst eindeutige und gleichzeitig einfache Sprache
- Möglichst wenig Auslegungsbedarf schaffen
- Vermeidung von Rechtsunsicherheiten
- Konfliktvermeidung, damit auch allzu einseitige Regelungen vermeiden
- Keine lex imperfecta, d.h. durchsetzungsfähige Regelungen mit allenfalls angemessenen Sanktionen
- Konfliktlösungsmechanismen vorsehen
- Unpraktikable, komplizierte Regelungen vermeiden
- Steuerliche und andere Schnittstellenprobleme berücksichtigen, allenfalls Spezialisten beiziehen
- Klare Entscheidungsmechanismen und Entscheidungsträger/Zuständigkeiten



I. Grundlagen der Vertragsgestaltung

c. Vertragsverhandlungen

- Rolle der Vertragsjuristen zwischen Interessenvertretung und Mittlerfunktion
- Beratungsfunktion, nicht Mitentscheidungsfunktion
- Rolle im Gespräch (Spektrum von der Verhandlungsstrukturierung über die Gesprächsführung bis zum blossen technischen Erfüllungsgehilfen)
- Sicherstellung der Geheimhaltungsbedürfnisse
- Sicherstellung der Dokumentation



II. Besondere Fragestellungen im Arbeitsrecht

1. Allgemeines

- Gesetzlicher Rahmen durch zwingende Normen enger (OR, ArG etc.)
 - Gesamtarbeitsverträge, teilweise allgemeinverbindlich, als zusätzliche Grenzen der Vertragsgestaltung
 - Weitere Grenzen: Normalarbeitsverträge, Betriebsordnung, Entsendegesetz, AVG, öffentliches Submissionsrecht, Aufsichtsrecht (z.B. BankG), ausländisches Recht
 - Ausführlichkeit vs. Übersichtlichkeit
- Keine Gesetze vermeintlich zusammenfassen!



II. Besondere Fragestellungen im Arbeitsrecht

2. Formvorschriften im Arbeitsrecht

- Grundsatz der Formfreiheit (Art. 11 Abs. 1 OR)
 - Schriftlichkeit empfehlenswert
- Ausnahmen von der Formfreiheit:
 - Lehrvertrag
 - Heuervertrag
 - Handelsreisendenvertrag
 - Leiharbeitsvertrag
- Hinweis: Art. 330b OR (keine Formvorschrift für den Arbeitsvertrag)



II. Besondere Fragestellungen im Arbeitsrecht

Zahlreiche schriftformbedürftige Einzelpunkte, z.B.

- Konkurrenzverbot
- Wegbedingung Überstundenbezahlung

Formbedürftige Parteierklärungen, z.B.

- Begründung der Kündigung
- Information und Anzeigen bei Massenentlassungen
- Einsprache bei missbräuchlicher Kündigung

Sonderproblem: Formvorschrift und Globalübernahme allgemeiner Arbeitsbedingungen

- Schriftform grundsätzlich erfüllt
- Vorbehalt: Ungewöhnlichkeitsregel

Vertragliche Formvorbehalte: grundsätzlich Gültigkeitserfordernis



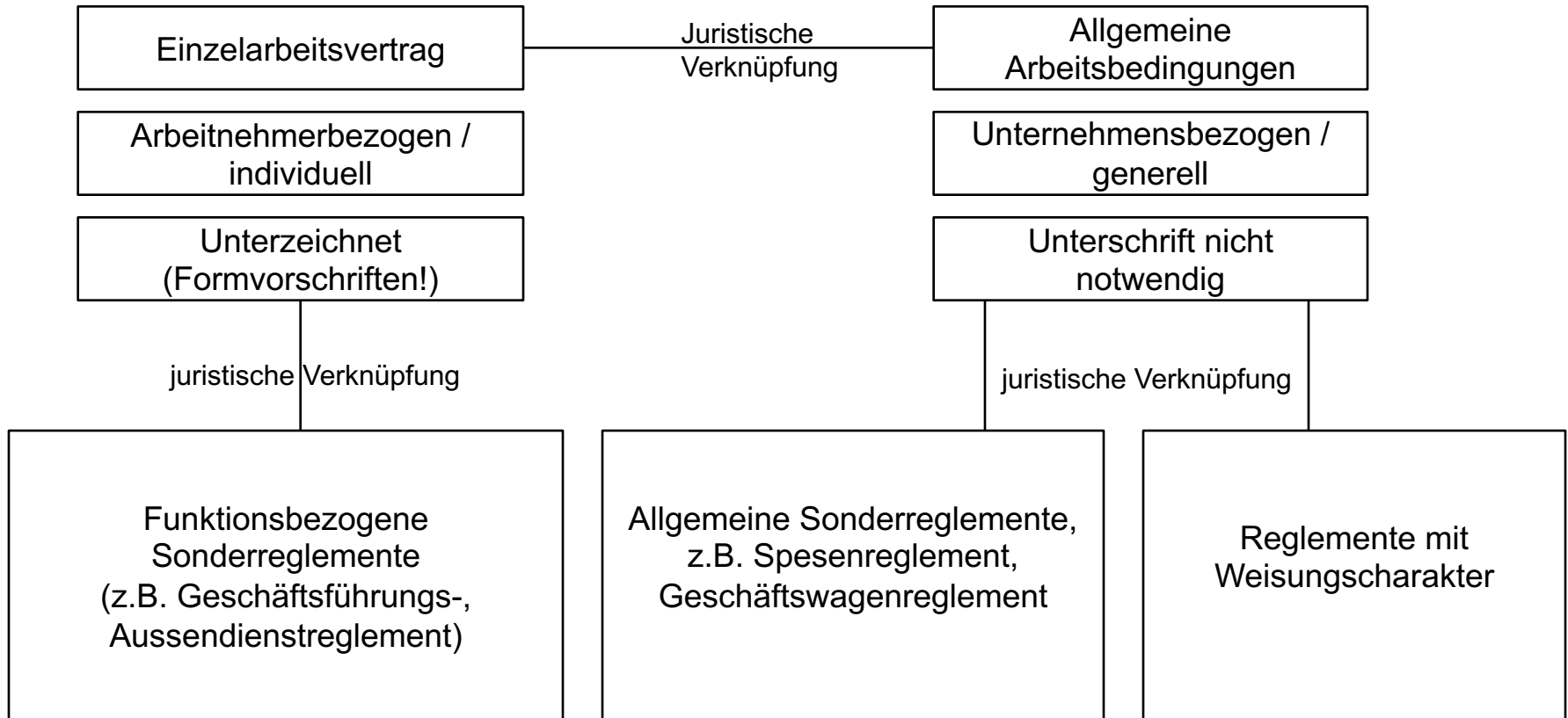
II. Besondere Fragestellungen im Arbeitsrecht

3. Gestaltungskonzepte

- Zwei Grundkonzepte:
 - Variante 1: Ausführlicher Arbeitsvertrag
 - Variante 2: Einfacher Arbeitsvertrag mit Verweis auf AAB/GAV
- Mischformen



II. Besondere Fragestellungen im Arbeitsrecht



- Keine juristische Verknüpfung mit Pensionskassenreglement !
- Wichtig: Abgrenzung Vertrags- /Weisungssphäre



II. Besondere Fragestellungen im Arbeitsrecht

4. Allgemeine Anstellungsbedingungen im Besonderen

a. Zweck

Allgemeine Anstellungsbedingungen können im Wesentlichen folgende Funktionen übernehmen:

- Rationalisierungsfunktion
- Qualitätssicherungsfunktion
- Informationsfunktion
- Gleichbehandlungsfunktion
- Risikoüberwälzungsfunktion
- Signalfunktion
- Beweisfunktion



II. Besondere Fragestellungen im Arbeitsrecht

b. Rechtliches Umfeld

- Grundsatz der Vertrags- und Formfreiheit im Arbeitsrecht
- Fehlen einer besonderen gesetzlichen Regelung für Allgemeine Anstellungsbedingungen (AAB), wie ganz generell für Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)
- Beizug der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere in Bezug auf:
 - Modalitäten der vertraglichen Einbeziehung (Globalübernahme, zumutbare Kenntnisnahme)
 - Ist das Schriftformerfordernis erfüllt, wenn die schriftformbedürftige Abrede lediglich in den global übernommenen AAB enthalten ist, nicht aber im Vertrag selbst? Bejaht in BGE 4C.407/2004 (zumindest betr. Art. 321c Abs. 3 OR)
 - Unklarheitsregel
 - Ungewöhnlichkeitsregel



II. Besondere Fragestellungen im Arbeitsrecht

Grundsätzlich *nicht ungewöhnlich* erscheinen z.B.:

- Modalitäten der Probezeitregelung, insbesondere die Erstreckung auf drei Monate (Art. 335b OR)
- Vom Gesetz abweichende Kündigungsfristen (Art. 335c Abs. 2 OR)
- Abweichende Lohnfortzahlungsregelungen bei Arbeitsverhinderung (Art. 324a Abs. 4 OR)

Umstrittenes Mittelfeld, z.B.:

- Ausschluss von Überstundenentschädigungen (Art. 321c Abs. 3 OR)
- Nachvertragliches Konkurrenzverbot (Art. 340 Abs. 1 OR)
- Erfinder- bzw. Designerklausel (Art. 332 Abs. 2 OR)

Grundsätzlich eher *ungewöhnlich* erscheinen z.B.:

- Konventionalstrafen
- Erweiterungen der nachvertraglichen Treuepflicht (Art. 321a Abs. 4 OR)
- Änderungsautomatismen oder einseitige Änderungsbefugnisse des Arbeitgebers in Bezug auf Anpassungen der AAB



III. Erarbeitung von Checklisten

Checklisten für einen Arbeitsvertrag (Vorschlag)

1. Allgemeines

- 1.1 Vertragsbezeichnung
- 1.2 Vertragsparteien, evtl. Parteivertretungen
- 1.3 Präambel (Ausgangslage, Parteiinteressen, Vertragsziele)
- 1.4 Definitionen

2. Stellenantritt und Funktion

- 2.1 Datum des Stellenantritts
- 2.2 Dauer der Probezeit
- 2.3 Tätigkeit/Funktion (evtl. Verweisung auf ein Pflichtenheft, Berechtigung zur Zuweisung anderer Arbeiten oder in anderen Konzerngesellschaften)
- 2.4 evtl. Beschäftigungsgrad
- 2.5 Kompetenzen, allfällige Handlungsvollmacht/Prokura



III. Erarbeitung von Checklisten

- 2.6 Unterstellung
- 2.7 Führungsverhältnisse
- 2.8 Arbeitsort (evtl. Berechtigung zur Zuweisung eines anderen Arbeitsortes)

3. **Arbeitszeit**

- 3.1 Normalarbeitszeit/Sonderlösung für Führungskräfte
- 3.2 Pflicht zur Leistung von Überstunden, Kompensation
- 3.3 evtl. Regelung von Nacht-, Wochenend- und Schichtarbeit

4. **Treuepflicht**

- 4.1 Treue- und Sorgfaltspflicht
- 4.2 Geheimhaltungspflicht
- 4.3 evtl. Nebenbeschäftigungen



III. Erarbeitung von Checklisten

5. Lohn und Versicherungen

- 5.1 Lohnhöhe, -fälligkeit und -auszahlung
- 5.2 Provisionen, Anteil am Geschäftsergebnis, Zulagen, Naturallohn, Bonus usw.
- 5.3 Überstundenlohn (evtl. mit Ausschluss des Überstundenzuschlags oder der Bezahlung von Überstunden überhaupt)
- 5.4 Lohnabzüge (einschliesslich allfälliger Quellensteuern)
- 5.5 Jahresendzulage (pro rata Anspruch regeln)
- 5.6 Lohnfortzahlung
 - 5.6.1 Krankheit (inkl. Vertrauensarzt), evtl. KTGv (Ersatzlösung nach Art. 324a Abs. 4 OR)
 - 5.6.2 Unfall (inkl. Vertrauensarzt), evtl. Unfall-Zusatzversicherung



III. Erarbeitung von Checklisten

5.6.3 Militär-, Schutz- und Zivildienst

5.6.4 Schwangerschaft und Niederkunft

5.7 Pensionskasse (nur Verweisung!)

6. **Spesen**

effektiv/pauschal

7. **Ferien**

7.1 Ferienanspruch

7.2 Ferienbezug (inkl. allfälliger Betriebsferien)

7.3 evtl. Ferienlohn, namentlich bei besonderen
Berechnungsverhältnissen



III. Erarbeitung von Checklisten

8. Rechte an Immaterialgütern

9. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

9.1 Kündigungsfristen und -termine

9.2 evtl. Befristung des Vertrags

10. Konkurrenzverbot

10.1 evtl. Konkurrenzverbot

10.2 Konventionalstrafe

10.3 Realvollstreckung



III. Erarbeitung von Checklisten

11. Schlussbestimmungen

- 11.1 Verweisung auf allfällige Anstellungsbedingungen und weitere Reglemente in ihrer jeweils gültigen Fassung und auf ergänzendes Recht wie das OR (Hierarchie klarstellen)
- 11.2 Bestimmungen zu Vertragsänderungen und -ergänzungen, evtl. Vorbehalt der Schriftlichkeit für Vertragsergänzungen, salvatorische Klausel
- 11.3 evtl. Vorbehalt der Erteilung fremdenrechtlicher Bewilligungen
- 11.4 Anwendbares Recht und Gerichtsstand bei internationalen Arbeitsverträgen, Schiedsgerichtsbarkeit
- 11.5 evtl. Bestätigung des Einverständnisses mit allfälligen AAB und anderen Reglementen und von deren Erhalt und Kenntnisnahme
- 11.6 evtl. Bestätigung des Erhalts von Schlüsseln, Arbeitsinstrumenten usw.
- 11.7 evtl. massgebende Sprache

12. Unterschriften



III. Erarbeitung von Checklisten

Hinweise:

- Jeder Vertrag ist den Besonderheiten des Einzelfalls anzupassen. Die Checkliste kann nicht alle erdenklichen Sondersituationen wie z.B. Arbeit auf Abruf usw. berücksichtigen.
- Der Vertragsaufbau kann stark vereinfacht werden, wenn auf einen Gesamtarbeitsvertrag oder auf Allgemeine Anstellungsbedingungen verwiesen wird.