

<b>Punkteskizze Prüfung Arbeitsrecht Bachelor FS 2021</b>		
Prof. Dr. Roger Rudolph		
<p><i>Vorbemerkung:</i> Damit die Kandidatinnen und Kandidaten die Chance hatten, Wissenslücken zu kompensieren, wurden viele unterschiedliche Fragen aus verschiedenen Bereichen gestellt und entsprechend viele Punkte offeriert, so dass man auch mit erheblich weniger als der maximalen Punktezahl noch ein gutes Ergebnis erzielen konnte. Die Lösungen ergeben sich grossenteils unmittelbar aus dem Gesetz, aus dem Lehrbuch Portmann/Wildhaber, 4. Auflage, oder aus den in der Vorlesung behandelten Gerichtsentscheiden.</p>		
<b>Aufgabe 1</b>		
<b>a)</b>	- Es geht um Überstundenarbeit	1
	- Begriff: Mehrleistung gegenüber Normalarbeitszeit (auch richtig: «gegenüber Vertrag», «vertraglicher Abrede» oder vergleichbar)	2
	- Gesetzliche Regelung: Anspruch auf Lohn zuzüglich Zuschlag von 25 % oder Zeitausgleich im Einverständnis	4
	- Art. 321c Abs. 2 i.V.m. 321c Abs. 3 OR (Nennung von Art. 321c OR genügt)	1
	- Keine Überzeitarbeit, da Höchstarbeitszeit von Art. 9 ArG nicht überschritten wurde (wenn stattdessen die fehlende Anwendbarkeit des ArG auf höhere leitende Angestellte, Art. 3 lit. d ArG, angeführt wird: insgesamt 1 Punkt)	3
	- Dispositiver Charakter der OR-Abgeltungsregelung (auch richtig: Hinweis auf dispositiven Charakter von Art. 321c Abs. 2 und/oder Abs. 3 OR)	1
	- Vertragliche Wegbedingung bzw. Pauschalisierung grundsätzlich zulässig	1
	- Mündliche Absprache scheidet in casu aber am Schriftformerfordernis, Art. 321c Abs. 3 OR	2
	- A als leitende Angestellte im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. z.B. BGE 129 III 171)	2
	- Leitende Angestellte haben nach dieser Rechtsprechung grundsätzlich keinen Anspruch auf Überstundenvergütung	1
	- Anders aber dann, wenn im Vertrag eine feste Arbeitszeit vereinbart wurde, bei Übernahme zusätzlicher, nicht vereinbarter Pflichten oder wenn die ganze Belegschaft während längerer Zeit in wesentlichem Umfang Überstunden leistet	3
	- In casu ist mindestens eine dieser Ausnahmekonstellationen erfüllt: die Abrede einer festen Arbeitszeit	1
	- Folglich ist der Anspruch von A auf Vergütung der Überstunden ausgewiesen	1
<b>b)</b>	- Nein (auch richtig: «A liegt falsch», «A muss Gespräche führen» oder vergleichbar)	1
	- Vertragliche Grundlage nicht nötig	1
	- Arbeitgeberin kann sich auf ihr Weisungsrecht stützen	1
	- Art. 321d OR ( <i>Angabe von Absätzen nicht erforderlich</i> )	1

(27 Punkte)

<b>Aufgabe 2</b>		
<b>a)</b>	- Es geht um	
	- Arbeit auf Abruf	1
	- Mit Befolgungspflicht	1
	- Sog. echte Arbeit auf Abruf (auch richtig: «im eigentlichen» Sinn, «im engeren» Sinn, «kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit», «KAPOVAZ»)	1
	- Stellt ein fortdauerndes Arbeitsverhältnis dar	1
	- Problematik:	
	- Kein ausreichendes Einkommen, wenn Abrufe selten sind oder gar ganz ausbleiben und wegen der Befolgungspflicht keine weitere Arbeit angenommen werden kann ( <i>stattdessen 1 Punkt für «prekäres Arbeitsverhältnis», «Verlagerung des unternehmerischen Risikos» oder vergleichbar</i> )	2
	- Nach Bundesgericht (vgl. insbesondere BGE 124 III 249 und BGE 125 III 65):	1
	- Echte Arbeit auf Abruf ist grundsätzlich zulässig (auch ohne «echte» richtig)	1
	- Der Bereitschaftsdienst (auch richtig: «Rufbereitschaft») ist entschädigungspflichtig, wenn auch zu einem reduzierten Lohn	3
	- Die Entschädigung kann in den normalen Lohn eingeschlossen werden	1
	- Unzulässig: eine abrupte und erhebliche Reduktion des gewohnten Pensums	4
	In casu: B hat Anspruch auf	
	- Lohn für Bereitschaftsdienst (im Sachverhalt kein Hinweis auf vertraglichen Lohnschluss)	1
	- Lohn für während Kündigungsfrist nicht zugeteiltes Pensum	1
<b>b)</b>	- B ist unverschuldet an der Arbeit verhindert, Art. 324a Abs. 1 OR	2
	- B ist im ersten Dienstjahr ( <i>Hinweis auf abgelaufene Karenzfrist nicht notwendig</i> )	1
	- Lohnfortzahlungsanspruch: drei Wochen	1
	- Art. 324a Abs. 2 OR	1

(23 Punkte)

<b>Aufgabe 3</b>		
<b>a)</b>	- Es geht um den sachlichen Kündigungsschutz (auch richtig und zu 2 Punkten berechtigend: «Schutz vor missbräuchlicher Kündigung», «Schutz vor missbräuchlicher Entlassung»)	2
	- Art. 336 OR (auch richtig: "Art. 336 ff. OR")	1
	- Argumentationslinie 1:	
	- Alter von C als persönliche Eigenschaft	1
	- Art. 336 Abs. 1 lit. a OR	1
	- Problem: altersbedingte Leistungsdefizite als Rechtfertigung für die Kündigung	2
	- Prognose: Prozessausgang unsicher (auch richtig: «schwierig», «wenig erfolgversprechend» oder vergleichbar)	1
	- Argumentationslinie 2: bundesgerichtliche Praxis zur sog. Alterskündigung (auch richtig: «zur Entlassung älterer Arbeitnehmender»; vgl. insbesondere BGE 132 III 115)	2
	- Art. 336 OR ist nicht abschliessend	1
	- Voraussetzung für die richterliche Anerkennung neuer bzw. konkretisierender Tatbestände: vergleichbare Schwere mit den in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten Gründen	2
- Für Alterskündigung im Fokus: Fallgruppe «krasses Missverhältnis der Interessen», Fallgruppe «Gebot schonender Rechtsausübung», erhöhte bzw. verletzte Fürsorgepflicht	3	
- Prognose: Günstige Prozessaussichten (auch richtig: «gut», «erfolgversprechend» oder vergleichbar)	1	
<b>b)</b>	- Anspruch:	
	- Entschädigung, bis zu sechs Monatslöhne	2
	- Art. 336a OR	1
- Kein Bestandesschutz (auch richtig: «Kündigung bleibt gültig», «Arbeitsverhältnis endet» oder vergleichbar)	1	
<b>c)</b>	- Zentrale verfahrensrechtliche Vorgaben:	
	- Schriftliche Einsprache beim Kündigenden längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist	2
	- Art. 336b Abs. 1 OR	1
	- Klage innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	2
- Art. 336b Abs. 2 OR	1	

(27 Punkte)

<b>Aufgabe 4</b>		
<b>a)</b>	- Argument 1 (nicht Mitglied eines vertragsschliessenden Arbeitnehmerverbands):	1
	- Fehlende Mitgliedschaft von D ist unerheblich	1
	- Allgemeinverbindlicherklärung löst für sich direkte Vertragsbindung aus	2
	- Die betreffenden Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden gelten als beteiligt im Sinn von Art. 357 OR	1
	- Damit normative Wirkung	
	- Argument 2 (Vereinbarung im Zusatzblatt zum Arbeitsvertrag):	2
	- Unabdingbarkeit der GAV-Lohnregelung, Art. 357 Abs. 1 OR - Vereinbarung ist nichtig, wird durch die gesamtarbeitsvertragliche Regelung ersetzt, Art. 357 Abs. 2 OR	3
	- Argument 3 (Kompensation durch Mehrferien)	2
	- Frage der Anwendung des Günstigkeitsprinzips, Art. 357 Abs. 2 OR	
	- Fraglich, ob ein untertariflicher Lohn mit übertariflichen Ferien kompensiert werden kann; sog. Gruppenvergleich («Fraglich» nicht notwendig, es geht um die Problemerkennung; statt «untertariflich» und «übertariflich» auch sinnähnliche Formulierungen richtig, z.B. «tieferer Lohn als im GAV» oder «mehr Ferien als gemäss GAV»)	4
	- In casu vermögen zwei Tage Mehrferien pro Kalenderjahr ein monatliches Lohndefizit von Fr. 1'000.— jedenfalls nicht aufzuwiegen	3
	Fazit: D kann Lohndifferenz einfordern	1
<b>b)</b>	- Bonus ist im OR nicht geregelt	1
	- Frage: Lohn oder Gratifikation	2
	- Ist der Bonus vorbehaltlos zugesichert (auch richtig: «betraglich fixiert», «ohne Ermessensvorbehalt» oder vergleichbar), liegt Lohn vor ( <i>Hinweis hier wie im Folgenden auf Rechtsprechung und teils kontroverse Literatur nicht erforderlich</i> )	2
	- Lohn ist bei Ausscheiden pro rata geschuldet	1
	- D hat Anspruch auf anteilmässigen Bonus (keine betragliche Angabe notwendig)	1

(27 Punkte)