



**Universität  
Zürich** UZH

**Rechtswissenschaftliches Institut**

---

# Arbeitspflicht

Bachelorvorlesung Arbeitsrecht  
Frühjahrssemester 2023

Prof. Dr. iur. Roger Rudolph



## Vorbereitungslektüre

Portmann/Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Auflage,  
Zürich/St. Gallen 2020, Randziffern 146–216

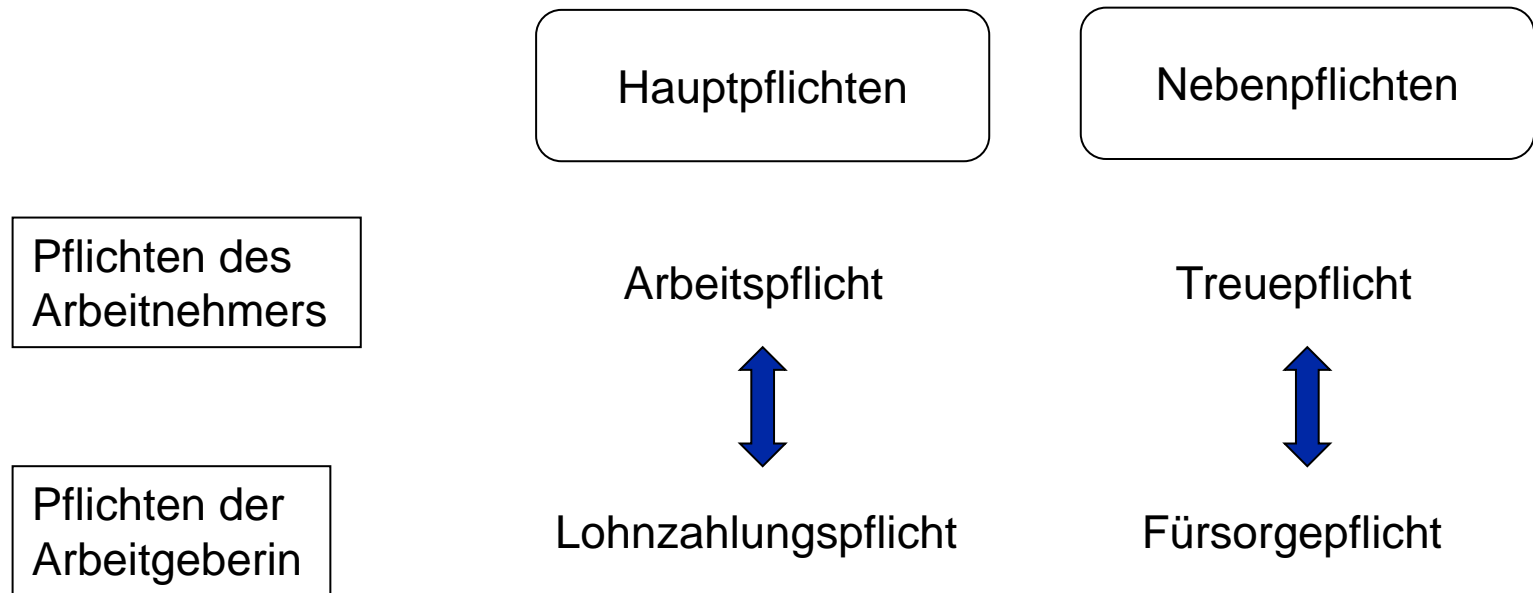


## Überblick

- schematische Übersicht über die gegenseitigen Pflichten
- Begriff der Arbeitspflicht
- Arbeitspflicht in persönlicher Hinsicht
- Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht
- Arbeitspflicht in örtlicher Hinsicht
- Arbeitspflicht in gegenständlicher Hinsicht
- Arbeitspflicht in qualitativer Hinsicht
- Entfallen der Arbeitspflicht
- Verletzung der Arbeitspflicht: Sanktionen



# Übersicht über die Pflichten





## Begriff der Arbeitspflicht

### Art. 319 OR

- 1 Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird.
- 2 Als Einzelarbeitsvertrag gilt auch der Vertrag, durch den sich ein Arbeitnehmer zur regelmässigen Leistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit (Teilzeitarbeit) im Dienst des Arbeitgebers verpflichtet.



## Begriff der Arbeitspflicht

- aus Sicht des Arbeitnehmers: eine Schuld
- aus Sicht der Arbeitgeberin: eine Forderung
- vermögensrechtliche Natur
- Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers
- Austauschverhältnis zur Lohnzahlungspflicht (= Hauptleistungspflicht der Arbeitgeberin)



## Arbeitspflicht in persönlicher Hinsicht

- Grundsatz: persönliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers (Art. 321 OR)
  - Ausnahmen
    - anderslautende Vereinbarung
    - Umstände
- Grundsatz: Pflicht zur Leistung an die Arbeitgeberin
  - Ausnahmen (Leistung an Dritte)
    - z.B. Personalverleih
    - grundsätzlich unzulässig: via Weisung oder Abtretung (vgl. Art. 333 Abs. 4 OR)



## Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht: Normalarbeitszeit

- Begriff (vgl. auch Art. 13 ArGV 1)
- Festlegung
  - durch Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag
  - durch betriebliche Übung
  - Grenzen: Vorgaben des Arbeitsgesetzes (ArG), insbesondere bzgl. (Art. 9 ff. ArG)
    - wöchentlicher Höchstarbeitszeit
    - Tages-, Abend- und Nachtarbeit
    - Sonntagsarbeit
    - Ruhezeiten und Pausen





## **Umziehzeit = Arbeitszeit?**

BGE 8C\_514/2020 vom 20.1.2021 (Spital Limmatal) und BGE 8C\_28/2022 vom 4.10.2022 (Universitätsspital ZH) vs. Bezirksgericht Bülach, Urteil AN190021 vom 19.2.2021 (Spital Bülach)



## **Bezahlte oder unbezahlte Pausen?**

BGE 4A\_343/2010 vom 6.10.2010 (in einem Pausenraum zu verbringende Pausen im Airport Casino Basel)



## Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht: Normalarbeitszeit

Gestaltungsmöglichkeiten (Auswahl)

- z.B. Teilzeitarbeit
- z.B. Job Sharing
- z.B. Jahres- oder Lebensarbeitszeit
- z.B. gleitende Arbeitszeit
- z.B. Vertrauensarbeitszeit (vgl. aber: Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung, Art. 73 ff. ArGV 1)
- z.B. Arbeit auf Abruf
- z.B. ständige Erreichbarkeit
- z.B. Pikettdienst



## Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht: Überstundenarbeit

### Art. 321c OR

<sup>1</sup> Wird gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, die Leistung von Überstundenarbeit notwendig, so ist der Arbeitnehmer dazu soweit verpflichtet, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann.

<sup>2</sup> Im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraumes durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgleichen.

<sup>3</sup> Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst.



## Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht: Überstundenarbeit

- Begriff: Arbeitsstunden, welche die vertragliche bzw. Normalarbeitszeit überschreiten
- Pflicht zur Leistung von Überstunden (Art. 321c Abs. 1 OR)
  - Notwendigkeit
  - Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers
  - Zumutbarkeit



## Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht: Überstundenarbeit

- Abgeltung von Überstunden
  - Vorfragen
    - Anspruch unabhängig von Notwendigkeit, sofern von Arbeitgeberin angeordnet bzw. geduldet
    - Anspruch auch ohne Anordnung, sofern nach Treu und Glauben notwendig
    - Anspruch leitender Angestellter?
    - andersgeartete Tätigkeit



## Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht: Überstundenarbeit

- Abgeltung von Überstunden (Art. 321c Abs. 2 und 3 OR)
  - Abgeltungsform
    - Lohn zuzüglich Zuschlag von mindestens 25 %
    - im Einverständnis: Zeitausgleich durch Freizeit (ohne Zuschlag)
    - dispositives Recht: durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag können andere, für den Arbeitnehmer auch ungünstigere Regelungen getroffen werden, bis hin zum Ausschluss jeder Vergütung bzw. Zeitkompensation



## Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht: Überstundenarbeit

- Abgrenzungen
  - nicht bezogene Ferien-, Feier- und Freitage (BGE 128 III 271 E. 3)
  - Gleitzeitüberhang (BGE 123 III 469 E. 3)
  - Mehrarbeit im Rahmen eines eingeräumten Spielraums (z.B. Jahresarbeitszeit)
  - Vereinbarte Erweiterungen oder Verlagerungen der Arbeitszeit (z.B. Vorholzeit mit Blick auf eine Festtagsbrücke)





## Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht: Überstundenarbeit

- Abgrenzungen
  - Überzeit:
    - Begriff: Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit
    - 45 oder 50 Stunden pro Woche (Art. 9 ArG)
    - Ausnahmekonstellationen, die zu Überzeitarbeit berechtigen: Art. 12 ArG
    - Entschädigung (Art. 13 ArG)
      - Lohn zuzüglich Zuschlag von mindestens 25 %
      - im Einverständnis: Zeitausgleich durch Freizeit (ohne Zuschlag)
      - zwingendes Recht (Ausnahme in Art. 13 Abs. 1 ArG für die ersten 60 Überzeitstunden im Kalenderjahr für bestimmte Arbeitnehmerkategorien)



## **«Theorie de l'imprévision» als Schranke für die Wegbedingung von Überstundenansprüchen?**

BGE 4A\_485/2019 vom 4.2.2020 (besprochen durch Lukasz Grebski, in: ARV 2021 S. 135 ff. [fakultativ])



## **Verzicht auf Geltendmachung von Überstunden durch vorbehaltlose Entgegennahme des üblichen Lohns bzw. verspätete Geltendmachung von der Arbeitgeberin nicht bekannten Überstunden?**

BGE 4A\_40/2008 von 19.8.2008 (vgl. schon BGE 129 III 171 E. 2.3) vs. BGE 4A\_172/2012 und 174/2012 vom 22.8.2012



## Überstunden: Beweisfragen

Arbeitsgericht Zürich, Entscheide 2012 Nr. 2 (Beweiswert eigener Zeitaufzeichnungen)



## **Nachträglicher Verzicht auf aufgelaufene Überstunden zulässig?; Verjährung**

BGE 124 III 469 (Anwendbarkeit des Verzichtverbots von  
Art. 341 Abs. 1 OR)



## Berechnungsbeispiel: BGE 4A\_207/2017 vom 7.12.2017

Arbeitnehmer B war ab August 2000 als Geschäftsführer für die A. AG tätig. Gemäss seinem Vertrag sind Überstunden mit dem Lohn abgegolten. Als Folge einer Fusion übernahm B per 1. August 2007 neu die Aufgabe als Projektleiter Infrastruktur. Noch später, nachdem B mit einer von der A. AG vorgeschlagenen Lohnreduktion nicht einverstanden war, kündigte diese das Arbeitsverhältnis per Ende Mai 2010. In der Folge macht B vor den Bündner Vorinstanzen u.a. Überstunden- und Überzeitanprüche geltend. Vor dem Bundesgericht sind nur noch Überzeitanprüche strittig, und zwar für den Zeitraum vom 1. November 2007 – 31. Mai 2010. Während dieser Zeitspanne hat B für das Bundesgericht verbindlich insgesamt 7'105 Stunden gearbeitet.



## Berechnungsbeispiel: BGE 4A\_207/2017 vom 7.12.2017

### Rekapitulation Ausgangslage

- bis Ende Juli 2007: Geschäftsführer; danach: Projektleiter
- Branche mit Höchst Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG)
- vertragliche Überstundenwegbedingungsklausel (Entschädigung in Lohn inbegriffen)
- unbestrittener Arbeitszeitsaldo für die vor Gericht strittige Zeit vom 1. November 2007 – 31. Mai 2010: 7'105 Stunden
- massgeblicher Stundenlohn: Fr. 52.12



## Berechnungsbeispiel: BGE 4A\_207/2017 vom 7.12.2017

- Anspruch auf Überstundenentschädigung?
  - nein, da schriftliche, vertragliche Wegbedingung (vgl. Art. 321c Abs. 3 OR)
- Anspruch auf Überzeit?
  - bis Ende Juli 2007: nein, da höhere leitende Tätigkeit als Geschäftsführer; Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG finden keine Anwendung; vertragliche Wegbedingungsklausel greift (vgl. Art. 3 lit. d i.V.m. Art. 3a lit. b ArG)
  - ab 1. August 2007: grundsätzlicher Anspruch, da nur noch Projektleiter; damit nicht mehr höherer leitender Angestellter und damit Anwendbarkeit der Höchstarbeitszeiten des ArG





## Berechnungsbeispiel: BGE 4A\_207/2017 vom 7.12.2017

- Berechnung Überzeitananspruch
  - Ausgangspunkt und unbestritten: 7'105 Arbeitsstunden (für 31 Monate vom 1. November 2007 – 31. Mai 2010)
  - Gegenüberstellung zulässige Höchstarbeitszeit für dieselbe Periode:
    - 52 Wochen x 45 Stunden = maximal 2'340 Stunden pro Jahr
    - entspricht bei 31 Monaten: 6'045 Stunden
  - Differenz zwischen effektiver Arbeitszeit und zulässiger Höchstarbeitszeit: 1060 Stunden (7'105 ./ 6'045)
  - abzüglich 4 x 60 Stunden = 240 Stunden (Art. 13 Abs. 1 ArG; hier greift die vertragliche Wegbedingungsklausel)



## Berechnungsbeispiel: BGE 4A\_207/2017 vom 7.12.2017

- ergibt 820 Stunden
- abzüglich weiterer 6 Stunden für zu Unrecht geltend gemachte, angebrochene Wochen (vgl. E. 2.2.2.3)
- Schlusssaldo Überzeit: 814 Stunden
- multipliziert mit Stundenansatz von Fr. 52.12 = Fr. 42'425.68 brutto bzw. (nach Abzug von 8,09% für Sozialversicherungsbeiträge) Fr. 38'993.44 netto
- zuzüglich Zuschlag von 25% gemäss Art. 13 Abs. 1 ArG = Fr. **48'741.80**



## **Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht: Kurzarbeit**

- Begriff und Überblick
- vgl. weiterführend Art. 31 ff. AVIG



## Arbeitspflicht in örtlicher Hinsicht (Arbeitsort)

- Gegenstand vertraglicher Vereinbarung, ansonsten am Betriebsort
- Arbeitsort als räumlicher Mittelpunkt, was Arbeitsleistungen an anderen Orten nach den Umständen nicht ausschliesst (z.B. Dienstreisen)
- Neufestlegung
  - durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung
  - via Weisungsrecht nur in besonderen Fällen und im Rahmen des Zumutbaren
- Unterscheidung vom Arbeitsplatz



## Arbeitspflicht in gegenständlicher Hinsicht

- Schlüsselfrage: Welche Arbeit hat der Arbeitnehmer zu verrichten?
- primärer Anknüpfungspunkt: Arbeitsvertrag bzw. auszuübende Funktion/Stelle (= sog. Hauptarbeit)
- im so abgesteckten Rahmen: Konkretisierung durch das Weisungsrecht der Arbeitgeberin (vgl. Art. 321d OR); Grenze: Treu und Glauben bzw. Zumutbarkeit
- besondere Fragestellungen
  - Hilfsarbeit
  - Sonderarbeit
  - bloße Arbeitsbereitschaft
  - mittelbare Streikarbeit



## Arbeitspflicht in qualitativer Hinsicht

- Pflicht zur sorgfältigen Ausführung der übertragenen Arbeit (Art. 321a Abs. 1 OR)
- Sorgfalt als Haftungsmaßstab (vgl. Art. 321e OR)
- Sonderregelung für Maschinen, Arbeitsgeräte, technische Einrichtungen und Anlagen sowie Material (Art. 321a Abs. 2 OR)



## Entfallen der Arbeitspflicht

- Annahmeverzug der Arbeitgeberin (Art. 324 OR)
- unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers (Art. 324a OR)
- Gewährung von Freizeit und Ferien (Art. 329 ff. OR)
- Urlaub (Art. 329e ff. OR)
  - für ausserschulische Jugendarbeit (Art. 329e OR)
  - Mutter- und Vaterschaftsurlaub (Art. 329f und 329g OR)
  - Urlaub für die Betreuung von Angehörigen oder eines wegen Krankheit oder Unfall schwer beeinträchtigten Kindes (Art. 329h und 329i OR)
  - Adoptionsurlaub (Art. 329j OR)
  - vereinbarter, meist unbezahlter Urlaub
- Teilnahme an einem rechtmässigen Streik



## Entfallen der Arbeitspflicht

- das Entfallen der Arbeitspflicht ist strikt von der Frage zu unterscheiden, ob und in welchem Umfang während dieser Zeit ein Anspruch auf Lohnzahlung besteht
- beispielhaft: Absenzen im Zusammenhang mit COVID-19 (Auswahl)





## Entfallen der Arbeitspflicht

- beispielhaft: Absenzen im Zusammenhang mit COVID-19 (Auswahl)
  - COVID-19-bedingte Erkrankung bzw. Arbeitsverhinderung
  - COVID-19-bedingte Isolation bei positivem Testresultat (auch ohne Symptome bzw. Verringerung der Arbeitskraft)
  - Quarantäne
  - Betreuung erkrankter bzw. positiver Kinder/Angehöriger
  - Betriebsschliessungen
  - verspätete Ferienrückkehr (vgl. Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 21 2317 FAU vom 17.2.2022)



## Verletzung der Arbeitspflicht

Sanktion	Anspruch
Erfüllungszwang	grundsätzlich gegeben, aber praktisch bedeutungslos
Verweigerung der Lohnzahlung	bei Nichterfüllung: + bei Schlechterfüllung: –
Schadenersatz (Haftung)	nach Art. 321e OR
Konventional- oder Ordnungsstrafen	Bestimmtheit (Höhe und Tatbestände) Verhältnismässigkeit Disziplinar-, nicht Ersatzcharakter
ordentliche Kündigung	Grundsatz der Kündigungsfreiheit
ausserordentliche Kündigung	in schweren Fällen oder nach Verwarnung



## Verletzung der Arbeitspflicht

Sanktion	Anspruch
Erfüllungszwang	grundsätzlich gegeben, aber praktisch bedeutungslos
Verweigerung der Lohnzahlung	bei Nichterfüllung: + bei Schlechterfüllung: –
<b>Schadenersatz (Haftung)</b>	<b>nach Art. 321e OR</b>
Konventional- oder Ordnungsstrafen	Bestimmtheit (Höhe und Tatbestände) Verhältnismässigkeit Disziplinar-, nicht Ersatzcharakter
ordentliche Kündigung	Grundsatz der Kündigungsfreiheit
ausserordentliche Kündigung	in schweren Fällen oder nach Verwarnung



## Verletzung der Arbeitspflicht: Haftung des Arbeitnehmers

Art. 321e OR

- 1 Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt.
- 2 Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.



## Verletzung der Arbeitspflicht: Haftung des Arbeitnehmers

### Haftungsvoraussetzungen

- Schaden
- Vertragsverletzung
- Kausalität
- Verschulden (Beweislast?)

### Schadenersatzbemessung

- Berufsrisiko
- Bildungsgrad/  
Fachkenntnisse
- Fähigkeiten/  
Eigenschaften
- selbstverschulden AG
- leichtes Verschulden AN
- geringer Lohn



Geltendmachung



vertragliche Abweichungen



## **Verletzung der Arbeitspflicht: Haftung des Arbeitnehmers**

BGE 4C.103/2005 vom 1.6.2005 (Haftung für einen versäumten Subventionsantrag) und Pretore Locarno, SAE 2005 S. 84 (Zechprellerei in einem Tessiner Lokal)



## Verletzung der Arbeitspflicht

Sanktion	Anspruch
Erfüllungszwang	grundsätzlich gegeben, aber praktisch bedeutungslos
Verweigerung der Lohnzahlung	bei Nichterfüllung: + bei Schlechterfüllung: –
Schadenersatz	nach Art. 321e OR
Konventional- oder Ordnungsstrafen	Bestimmtheit (Höhe und Tatbestände) Verhältnismässigkeit Disziplinar-, nicht Ersatzcharakter
ordentliche Kündigung	Grundsatz der Kündigungsfreiheit
ausserordentliche Kündigung	in schweren Fällen oder nach Verwarnung



## **Zulässigkeit einer Konventionalstrafenregelung für Pflichtverletzungen während der Anstellung?**

BGE 144 III 327 (Konventionalstrafe zu Lasten einer  
geschäftsführenden Ärztin)





## Zulässigkeit einer Konventionalstrafenregelung für Pflichtverletzungen während der Anstellung

BGE 144 III 327 (Konventionalstrafe zu Lasten einer geschäftsführenden Ärztin)

«Bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag, insbesondere gegen das Konkurrenzverbot oder die Geheimhaltungspflicht schuldet die Arbeitnehmerin eine Konventionalstrafe von je CHF 50'000.- pro Verstoß.

Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit die Arbeitnehmerin nicht von der weiteren Einhaltung des Vertrages, insbesondere des Konkurrenzverbots, der Geheimhaltungspflicht oder dem Verbot der Abwerbung. In jedem Fall, auch bei Bezahlung der Konventionalstrafe, kann die Arbeitgeberin die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes sowie den Ersatz weiteren Schadens verlangen.»



## Verletzung der Arbeitspflicht

Sanktion	Anspruch
Erfüllungszwang	grundsätzlich gegeben, aber praktisch bedeutungslos
Verweigerung der Lohnzahlung	bei Nichterfüllung: + bei Schlechterfüllung: –
Schadenersatz	nach Art. 321e OR
Konventional- oder Ordnungsstrafen	genügende Grundlage Bestimmtheit Disziplinar-, nicht Ersatzcharakter
ordentliche Kündigung	Grundsatz der Kündigungsfreiheit
ausserordentliche Kündigung	in schweren Fällen oder nach Verwarnung



## **Gravierendes berufliches Unvermögen**

Arbeitsgericht Zürich, ZR 1998 Nr. 78 (fristlose  
Entlassung eines Kochs)



# Zusammenfassung und Fragerunde