

Arbeitsrecht

Banken & Finanzdienstleister

Bau- & Immobilienrecht

Datenrecht

Energierecht

Erbrecht & Nachlassplanung

Finanzierungen

Finanzmarktinfrastrukturrecht

FinTech

Gesellschafts- & Handelsrecht

Immaterialgüterrecht

Medienrecht

Mergers & Acquisitions

Notariat

Pharma- & Gesundheitsrecht

Prozessführung &
Schiedsgerichtsbarkeit

Restrukturierung & Insolvenz

Steuerrecht

Technologierecht (IT)

Venture Capital & Private Equity

Wettbewerbsrecht

Wirtschaftsstrafrecht

Version 2018

Wenger & Vieli AG

Dufourstrasse 56
Postfach 1285
CH-8034 Zürich

Büro Zug
Metallstrasse 9
CH-6300 Zug

T +41 (0)58 958 58 58
guidelines@wengervieli.ch
www.wengervieli.ch

Arbeitsrecht und Compliance

Arbeitsrecht hat viele Facetten. Gewisse Themen haben sich in der Beratung und vor Gerichten zu regelrechten Dauerbrennern entwickelt, andere tauchen neu auf am Horizont. Wir greifen an dieser Stelle vier Themen heraus: Arbeitszeiterfassung, Bonusfrage, Kündigung und Compliance-Thematik.

Arbeitszeiterfassung

1. Grundlage

Arbeitgeber sind verpflichtet, alle Verzeichnisse oder andere Unterlagen, aus denen die für den Vollzug des Gesetzes erforderlichen Angaben ersichtlich sind, den Vollzugsorganen zur Verfügung zu halten. Gemäss Artikel 73 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) müssen daraus u. a. Dauer und Lage der geleisteten täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit (inklusive Ausgleichs- und Überzeitarbeit) sowie der Pausen von einer halben Stunde und mehr ersichtlich sein. Seit 1. Januar 2016 sind in den Artikeln 73a und 73b ArGV 1 zwei Ausnahmen von der umfassenden Arbeitszeiterfassungspflicht vorgesehen. Ziel dieser neuen Bestimmungen war unter anderem die administrative Entlastung der Unternehmen und der Vollzug des Arbeitsgesetzes im Interessen der Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmern zu stärken. Das erstgenannte Ziel wurde leider nur bedingt erreicht.

2. Umsetzung

Die Arbeitsinspektorate sind zur Durchsetzung des Rechts befugt, Verwaltungsverfügungen zu erlassen und unter bestimmten Umständen Geldstrafen auszusprechen. Zuwiderhandlungen gegen die Arbeitszeiterfassungspflicht sind nicht direkt mit Sanktionen bedroht, wohl aber vorsätzliche Verstösse gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten. In der Regel erfolgt zunächst eine Ermahnung. Die Arbeitsinspektorate können aber mittels Verfügung die Herstellung des gesetzeskonformen Zustands verlangen. Die Verfügung kann mit der Androhung einer Strafe nach Art. 292 StGB für den Fall der Missachtung versehen sein. Damit ist indirekt eine strafrechtliche Sanktionie-

rung von Verstössen gegen die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit möglich.

3. Arbeitnehmerkategorien

Seit der Revision der ArGV 1 können in der Arbeitszeiterfassung drei Arbeitnehmerkategorien unterschieden werden, für welche unterschiedliche Regelungen gelten. Bei der ersten Kategorie ist die systematische Arbeitszeiterfassung die Standardregel. Diese Kategorie umfasst alle Arbeitnehmer, die bei der Festlegung ihrer Arbeitszeiten über wenig Autonomie verfügen. Für die zweite Kategorie von Arbeitnehmern gilt eine vereinfachte Arbeitszeiterfassung. Diese Kategorie umfasst alle Arbeitnehmer, die ihre Arbeitszeiten zu einem namhaften Teil selber festsetzen können. Schliesslich besteht unter gewissen Voraussetzungen für die dritte Kategorie von Arbeitnehmern die Möglichkeit, auf die Arbeitszeiterfassung zu verzichten. Diese Arbeitnehmer müssen ein Bruttojahreseinkommen von über 120 000 Franken im Jahr haben, bei ihrer Arbeit und den Arbeitszeiten über eine grosse Autonomie verfügen. Die Verzichtsmöglichkeit muss in einem Gesamtarbeitsvertrag vorgesehen sein und die Parteien des Arbeitsvertrags müssen schriftlich individuell vereinbart haben, dass sie auf die Arbeitszeiterfassung verzichten.

Streitpunkt Bonus

1. Arbeitsverträge und Reglemente klar formulieren und Auszahlung vom Ermessen des Arbeitgebers abhängig machen

Der Begriff «Bonus» wird im Gesetz nirgends erwähnt. Je nach Ausgestaltung handelt es sich um

eine Gratifikation (Art. 322d OR) oder um einen variablen Lohnbestandteil (Art. 322 ff. OR). Diese Unterscheidung ist zentral, da der Lohn z. B. bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses pro rata temporis geschuldet ist, währenddem die Gratifikation von einer Bedingung wie derjenigen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden kann.

Ein variabler Lohnbestandteil liegt vor, wenn der Arbeitgeber keinerlei Ermessen auf Höhe oder Ausrichtung des Bonus hat und dieser nach objektiven Kriterien wie Umsatz- oder Budgetzielen berechenbar ist. Demgegenüber liegt eine «echte Gratifikation» vor, wenn sowohl Ausrichtung als auch Höhe im freien Ermessen des Arbeitgebers liegt. Wurde ein Bonus zwar vereinbart, liegt aber dessen Höhe im freien Ermessen des Arbeitgebers, handelt es sich um eine «unechte Gratifikation». Wird also beabsichtigt, eine komplett freiwillige Gratifikation festzusetzen, sollte dies in den Vertragsdokumenten eindeutig festgehalten werden.

2. Ermessen ausüben

Auch wenn der Bonus im Ermessen des Arbeitgebers liegt oder eine freiwillige Leistung vereinbart wurde, ist Vorsicht geboten: Wird der Bonus nämlich während drei Jahren ununterbrochen und vorbehaltlos ausbezahlt, kann dies nach der Praxis der Gerichte einen Anspruch auf zukünftige Auszahlung des Bonus begründen. Will ein Arbeitgeber dies vermeiden, muss er auf die Freiwilligkeit des Bonus hinweisen. Unter Umständen kann jedoch ein umfassender Freiwilligkeitsvorbehalt zu einer leeren Floskel verkommen, die den Arbeitgeber dennoch nicht vor der Auszahlung des Bonus schützt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Arbeitgeber sein Ermessen nie ausübt und den Bonus nicht kürzt, obwohl er dies wegen schlechten Geschäftsgangs oder ungenügender Leistungen des Arbeitnehmers hätte tun können.

3. Akzessorietät des Bonus zum Lohn beachten

Gemäss Praxis des Bundesgerichts stellt ein Bonus nur dann eine freiwillige Gratifikation dar, wenn er im Vergleich zum Festlohn als akzessorisch erscheint. Das heisst, dass der Bonus nur als Zusatzentgelt zum übrigen Lohn hinzutreten und nicht die Hauptentlohnung darstellen darf. Bei hohen Löhnen kann der als freiwillige Gratifikation ausbezahlte Teil prozentual grösser sein als bei tiefen Einkommen. Auf einen festen Prozentsatz legte sich das Bundesgericht aber nicht fest und entscheidet nach den jeweiligen Umständen von Fall zu Fall. Diese sog. Akzessorietätsrechtsprechung wurde als schwammig und kompliziert kritisiert.

2013 präzisierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung in zwei Leitentscheiden dahingehend, dass das Akzessorietätsprinzip zumindest bei sehr hohen Einkommen in Millionenhöhe nicht anwend-

bar sei. Das Bundesgericht entschied, dass sobald der eigentliche Lohn ein Mass erreicht, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, die Höhe der Sondervergütung im Verhältnis zum Lohn kein Kriterium mehr darstelle.

In einem zweiten Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass bei Verletzung des Akzessorietätsprinzips nur derjenige Teil des Bonus zum Lohn mutiert, in welchem das zulässige Verhältnis Bonus/Festlohn tatsächlich überschritten ist.

Das Bundesgericht hat seither diese Rechtsprechung mehrfach einschränkt. Das Akzessorietätsprinzip gilt nun nur noch bei Löhnen zwischen dem Ein- und Fünffachen des Medianlohns („mittlere bis hohe Einkommen“) und sofern der Bonus mindestens die Höhe eines Jahreslohns erreicht. Aufgrund dieser weiteren Einschränkung gilt das Akzessorietätsprinzip nur noch in sehr spezifischen Fällen.

Tücken bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses

1. Kündigung

In der Schweiz herrscht der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Ein Blick in die Urteilssammlung der Gerichte zeigt jedoch, dass Kündigungen häufig zu Rechtsstreitigkeiten führen. Bevor der Arbeitgeber eine Kündigung ausspricht, sollte er deshalb folgendes beachten:

- **Klare Willensäusserung:** Aus der Kündigungserklärung muss unmissverständlich hervorgehen, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis auflösen möchte.
- Wenn vertraglich nichts anderes vereinbart wurde, ist die Kündigung formfrei gültig. Aus Beweisgründen sollte sie jedoch stets **schriftlich** erfolgen.
- Die Kündigung entfaltet ihre Wirkung erst, wenn sie der Gekündigte zur **Kenntnis** genommen hat. Dies ist insbesondere wegen der Einhaltung der Kündigungsfrist von Bedeutung. Deshalb muss sie unbedingt rechtzeitig erfolgen. Aus beweisrechtlichen Gründen ist es angezeigt, den Empfang bestätigen zu lassen oder die Kündigung eingeschrieben zu senden.
- Zu beachten ist, dass die Kündigung von einer Person ausgesprochen wird, welche **vertretungsbe-rechtigt** ist. Ist diese Person bloss kollektiv zeichnungs-berechtigt, so muss die Kündigung von einer weiteren kollektiv zeichnungs-berechtigten Person unterzeichnet werden.
- Könnte die Kündigung als **missbräuchlich** im Sinne von Art. 336 OR taxiert werden? Das Gesetz nennt im Sinne einer beispielhaften Aufzählung verschiedene Missbrauchstatbestände: Zum Beispiel Kündigungen wegen persönlicher Eigenschaften (z. B. wegen Religionszugehörigkeit)

oder wegen der Geltendmachung von arbeitsvertraglichen Ansprüchen (sog. Rache Kündigung). Erweist sich eine Kündigung als missbräuchlich, endet zwar das Arbeitsverhältnis; der Arbeitnehmer hat allerdings einen Anspruch auf eine Entschädigung in der Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen.

- Fällt die Kündigung in eine **Sperrfrist** nach Art. 336c OR? Kündigungen, welche während einer sogenannten Sperrfrist ausgesprochen werden, sind nichtig. Typische Fälle, die eine Sperrfrist auslösen, sind etwa der obligatorische Militärdienst, Krankheit, Schwangerschaft und Unfall.
- Wurde ein **Konkurrenzverbot** vereinbart? Dem Arbeitgeber muss bewusst sein, dass dieses dahin fällt, wenn er das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass der Arbeitnehmer ihm dazu begründeten Anlass gegeben hat.
- Kann das Arbeitsverhältnis **fristlos** aufgelöst werden? Das Arbeitsverhältnis kann nur dann fristlos aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Das ist nach der Bundesgerichtspraxis nur bei besonders schweren Verfehlungen des Vertragspartners der Fall, während bei leichteren oder mittleren Vertragsverletzungen der wichtige Grund nur vorliegt, wenn diese trotz Verwarnung wiederholt vorkommen. Liegt ein wichtiger Grund vor, kann das Arbeitsverhältnis sogar während einer Sperrfrist aufgelöst werden. Wichtig ist, dass die Kündigung unmittelbar nach Entdeckung des wichtigen Grundes ausgesprochen wird. Eine unberechtigte fristlose Kündigung birgt erhebliche finanzielle Risiken. Das Arbeitsverhältnis ist zwar unabhängig vom Vorliegen eines wichtigen Grundes aufgelöst. Der Arbeitnehmer hat jedoch bei Fehlen eines wichtigen Grundes Anspruch auf Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist sowie auf eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen.

2. Auflösungsvereinbarung

Unter Umständen kann es für die Parteien vorteilhaft sein, das Arbeitsverhältnis in gegenseitigem Einverständnis aufzulösen. Dies ist zum Beispiel dann empfehlenswert, wenn das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung der Kündigungsfrist aufgelöst werden soll. Auch hier gilt es gewisse Mindeststandards zu beachten:

- Der Aufhebungsvertrag sollte aus Beweisgründen schriftlich abgeschlossen werden.
- Während der Vertragsverhandlungen sollten sämtliche Zugeständnisse unpräjudiziell gemacht werden.
- Der Aufhebungsvertrag sollte in der Regel Folgendes umfassen:

- Beendigungszeitpunkt;
- finanzielle Forderungen (Anzahl Monatslöhne, Überstunden, Bonus etc.). In der Praxis werden Arbeitsverhältnisse häufig bei Krankheit des Arbeitnehmers mittels Aufhebungsverträgen aufgelöst, um das Arbeitsverhältnis trotz Sperrfrist aufzulösen. In seiner jüngeren Rechtsprechung verlangt das Bundesgericht, dass dem Arbeitnehmer als Ausgleich für die Nachteile des Aufhebungsvertrags, insbesondere des entfallenden Sperrfristenschutzes, angemessene Ersatzleistungen zufließen. Ansonsten ist der Aufhebungsvertrag unter Umständen nichtig;
- Vereinbarung über noch offene Ferien;
- Wird der Arbeitnehmer freigestellt, sollten sich die Parteien darüber einigen, ob ein Drittverdienst während der Freistellungszeit angerechnet wird;
- Aufklärung über versicherungsrechtliche Konsequenzen;
- Rückgabepflichten des Arbeitnehmers;
- Arbeitszeugnis oder Arbeitsbestätigung;
- Schweigepflicht;
- Saldoklausel, wobei hier Vorsicht geboten ist. Die Parteien müssen sich vergewissern, dass sämtliche offenen Forderungen in der Aufhebungsvereinbarung berücksichtigt werden, bevor sie eine Saldoklausel einfügen. Was passiert beispielsweise mit einem Konkurrenzverbot? Soll es fortbestehen?
- Rechtswahl.
- Auf zwingende Rechte kann der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht verzichten. Je nach Umständen empfiehlt sich daher, die Aufhebungsvereinbarung einen Monat nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses nochmals vom Arbeitnehmer bestätigen zu lassen.

«Compliance» – Aufgabe oder Modewort?

1. Ausgangslage

Kommt es in einem Unternehmen zu einer Entlassung wegen eines Verstosses gegen interne Richtlinien, so kann es vorkommen, dass der oder die Angestellte einwendet, die betreffende Regel nicht gekannt oder, in Kenntnis der Regel, sich am gegenteiligen Verhalten eines Vorgesetzten orientiert zu haben oder von diesem gar zum Regelverstoss ermuntert worden zu sein. Regelmässig wird dies dann als «Compliance-Problem» bezeichnet. «Compliance» ist Einhaltung von Regeln. Dass sich ein Unternehmen wie auch seine Angestellten an geltende Regeln halten, ist eigentlich selbstverständlich. Und doch ist Compliance seit langem verstärkt ein Thema, und die Klage über die «steigenden Compliance-Anforderungen» erklingt häufig.

**ROMAN HEIZ**

Dr. iur. | LL.M. | Rechtsanwalt
r.heiz@wengervieli.ch
T +41 (0)58 958 58 58

**PATRICK NÄF**

lic. iur. | LL.M. | Rechtsanwalt
p.naef@wengervieli.ch
T +41 (0)58 958 58 58

**MICHAEL MRÁZ**

Dr. iur. | Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV Strafrecht
m.mraz@wengervieli.ch
T +41 (0)58 958 58 58

Einige Compliance-Themen sind derweil prominenter als andere. Während Korruption beispielsweise in jüngster Zeit starke Beachtung in den Medien wie auch in der Wirtschaft und bei Behörden findet, ist die Einhaltung von Menschenrechtsstandards durch Unternehmen nach wie vor primär eine Angelegenheit einiger weniger Interessengruppen. Teilweise sind Compliance-Themen – wie eben beispielsweise die Bekämpfung der Korruption – eng mit strafrechtlichen Normen verbunden, während andere – wie beispielsweise die weltweite Einhaltung arbeitsrechtlicher Mindeststandards – weitgehend «soft law» darstellen, da sie nicht gesetzlich verankert sind, sondern lediglich von internationalen Organisationen propagiert werden.

2. Strafbarkeit des Unternehmens

Compliance-Regeln der ersteren Kategorie sind dabei eng mit der Haftung des Unternehmens verknüpft. Seit einigen Jahren können neben Einzelpersonen auch Unternehmen als solche strafrechtlich verantwortlich gemacht werden. Dies ist einerseits der Fall, wenn es im Umfeld eines Unternehmens zu einer Straftat kommt und der Täter wegen unzureichender Organisationsstrukturen nicht ermittelt werden kann. Andererseits, und dies ist noch bedeutsamer, kann ein Unternehmen sogar direkt zur Verantwortung gezogen werden, wenn in seinem Umfeld eine bestimmte Straftat begangen wird und das Unternehmen nicht diejenigen Massnahmen getroffen hat, um solche Straftaten zu verhindern. In den Katalog dieser Straftaten gehören namentlich Geldwäscherei, organisierte Kriminalität, Korruption sowie Finanzierung des Terrorismus. Das Unternehmen hat somit gerade hier alles Interesse daran, die erforderlichen Richtlinien und Abläufe festzulegen, die im Notfall den Nachweis ermöglichen, dass das Unternehmen das Nötige zur Verhinderung solcher Straftaten getan hat.

Mit der blossen Verabschiedung von Richtlinien allein ist es aber noch nicht getan. Es müssen auch Vorkehrungen getroffen werden, diese Richtlinien umzusetzen. Und die Umsetzung muss auch tatsächlich erfolgen. Erfahrungsgemäss machen Unternehmen dabei sehr häufig den Fehler, perfekte Richtlinien zu allen denkbaren Themen zu verabschieden, diese anschliessend aber wegen mangelnder Kapazität oder schlicht wegen mangelnder Überzeugung nur unzureichend umzusetzen. Kommt es tatsächlich einmal zu einem Regelverstoss im

Umfeld des Unternehmens, wird das Unternehmen an diesen selbst gesetzten Richtlinien gemessen, und die mangelnde Umsetzung wird zum Bumerang. Die zentrale Empfehlung lautet daher: Weniger ist mehr. Ein Unternehmen muss sich auf die für seinen Bereich wesentlichen Regeln und Themen konzentrieren, die dort erlassenen Richtlinien aber konsequent um- und durchsetzen. Die Identifikation dieser Themen, der dort bestehenden Regeln und deren Umsetzung in einer Art und Weise, die für das Unternehmen organisatorisch, personell und finanziell tragbar ist, ist eine wichtige Aufgabe.

3. Umsetzung

Richtlinien müssen im Unternehmen bekannt gemacht und vorgelebt werden. Die besten Regeln sind nutzlos, wenn Angestellte, aus eigener Initiative oder auf Wunsch von Vorgesetzten, Regeln verletzen, um beispielsweise so für das Unternehmen Aufträge hereinzuholen oder Kunden zufrieden zu stellen. Neben der Propagierung und Schulung interner Regeln ist auch die Einrichtung oder Bezeichnung einer Stelle empfehlenswert, an die sich Mitarbeitende bei Unsicherheiten oder auch mit der Beobachtung von Regelverstössen anderer wenden können. Letzteres wird als «Whistleblowing» bezeichnet. Dabei steht weniger die Förderung eines Denunziantentums im Vordergrund als vielmehr die Schaffung einer einheitlichen und transparenten Unternehmenskultur. Dies erleichtert es einem Unternehmen erheblich, im Falle von Verstössen entsprechende Massnahmen bis hin zur Entlassung eines fehlerhaften Angestellten zu treffen. Die Organisationsdichte von Compliance-Regeln und -Massnahmen zu bestimmten Themen ist nicht so sehr abhängig von der Grösse des Unternehmens, sondern vielmehr von der Wichtigkeit der entsprechenden Regeln bzw. den im betreffenden Bereich oder in der betreffenden Branche geltenden Standards, der sogenannten «Best Practice». An dieser wird das Unternehmen im Ernstfall gemessen. Die Ermittlung dieser «Best Practice» ist dabei nicht immer einfach, ist diese doch selten konkret niedergeschrieben, sondern setzt sich häufig aus verschiedenen Quellen zusammen. Ist die «Best Practice» einmal festgestellt, ist deren Sicherstellung indessen keine Frage des «ob» mehr, sondern nur noch eine des «wie». Die stufengerechte Einbindung der Angestellten in diesen Prozess ist dabei zentral.

