

Aus der Rechtsberatungspraxis des Schweizerischen Musikpädagogischen Verbandes SMPV

Dr. iur. Yvette Kovacs, Rechtsberaterin des SMPV und Rechtsanwältin in Zürich

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	S. 4
2. Probezeit im Arbeitsverhältnis	S. 5
3. Überstundenarbeit des Angestellten	S. 6
4. Weisungsrecht des Arbeitgebers	S. 7
5. Mobbing	S. 9
6. Rauchen am Arbeitsplatz	S. 10
7. Weiterbildung im Arbeitsverhältnis	S. 11
8. Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung	S. 12
9. Kündigung im Krankheitsfall	S. 13
10. Kann die Musikschule einen Schüler einfach umteilen	S. 14
11. Die Änderungskündigung im Angestelltenverhältnis	S. 15
12. Pensenabbau: Anspruch auf Arbeitslosengelder?	S. 16
13. Begründung der Kündigung im Arbeitsverhältnis	S. 17
14. Recht auf Arbeitszeugnis	S. 19
15. Referenzauskünfte	S. 20
16. Musikschule und Politik	S. 21
17. Die Auflösung des Privatlehrervertrages (Freelancer)	S. 23
18. Wann ist üben eine Lärmbelästigung?	S. 24
19. Unfall auf dem Arbeitsweg – bin ich bei einem Teilzeitpensum versichert?	S. 25
20. Keine Freibeträge mehr für Kunst- und Kulturschaffende bei den Sozialversicherungsbeiträgen	S. 26
21. Sind Provisionen für Musiklehrer beim Instrumentenkauf von Schülern legal?	S. 27
22. Musikunterricht in Mietwohnungen	S. 29
23. Organisieren der Stellvertretung	S. 30
24. Erteilung Privatunterricht und angestellt an Musikschule	S. 31
25. Einsetzung Lehrervertretung	S. 33
26. Pensenreduktion kurz vor Pensionierung	S. 34
27. Ton- und Bildaufnahmen von Aufführungen	S. 36
28. Haftungsrecht bei Veranstaltungen	S. 38
29. Kündigung während eines unbezahlten Urlaubs	S. 40
30. Kündigung eines Privatunterrichtsvertrages im laufenden Semester	S. 41
31. Interne Untersuchungen gegen Lehrpersonen in der Musikschule	S. 42
32. Musikevents in Zeiten des Coronavirus	S. 44

33. Risikogruppen und Präsenzunterricht	S. 47
34. Wer trägt die Pandemiefolgen	S. 50
35. Konkurrenzverbote an Musikschulen	S. 52
36. Frieren im Unterrichtsraum, um eine Energiemangellage zu vermeiden?	S. 55
37. Neues Datenschutzgesetz vom 1.9.23 und Pflichten von Homepage-Besitzer*innen	S. 56

1. Zur Einleitung

Der Schweizerische Musikpädagogische Verband SMPV hat als eine der gefragtesten Dienstleistungen für seine Mitglieder eine Rechtsberatungsstelle. Viele der dort aufgeworfenen Fragen wiederholen sich in der Praxis immer wieder, auch wenn die Beteiligten und die konkreten Umstände immer verschieden sind. Das Ziel dieser Broschüre besteht darin, diese immer wiederkehrenden Problembereiche und die Beantwortung der entsprechenden Fragen allen Mitgliedern in Fallbeispielen zugänglich zu machen. Dadurch sollen die Mitglieder für die Fragestellungen sensibilisiert werden, vielleicht können Sie auch die konkrete Antwort für eigene ähnliche Fälle entdecken oder aber auch Probleme im Voraus vermeiden.

Die Fragen und Antworten in dieser Broschüre sind stark vereinfacht, sodass die Lektüre den Gang zum Anwalt nicht ersetzt, wenn es sich um konkrete juristische Streitigkeiten handelt. Vielmehr soll diese Broschüre helfen, die Problemstellungen zu erkennen und erste Lösungsansätze bieten. Indessen darf nie aus den Augen verloren werden, dass jeder konkrete Fall einzigartig ist und die rechtliche Lösung dementsprechend angepasst sein muss.

Jede Ähnlichkeit mit lebenden Personen oder konkreten Fällen ist rein zufällig. Die Fragestellungen sind aufgrund einer Vielzahl von konkreten Fällen konstruiert und frei erfunden.

Die teilweise oder vollständige Wiedergabe dieser Broschüre ohne die ausdrückliche Zustimmung der Verfasserin ist untersagt.

Zürich, im Oktober 2008

Dr. iur. Yvette Kovacs Rechtsanwältin

2. Bin ich in der Probezeit rechtlos?

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Mein Arbeitgeber will eine Probezeit von einem Jahr festlegen und behauptet, er könne während dieses Jahres begründungslos innerhalb einer Woche kündigen.

Muss ich mir das gefallen lassen?

Antwort Dr. Kovacs:

Der Sinn der Probezeit ist, dass der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber einander kennen lernen, bevor eine lange Kündigungsfrist die rasche Auflösung des Arbeitsverhältnisses behindert. In Art. 335 OR (Schweizerisches Obligationenrecht) wird festgehalten, dass das Arbeitsverhältnis während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden kann. Als Probezeit gilt jeweils der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses. Durch schriftliche Vereinbarung, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag, können abweichende Vereinbarungen getroffen werden, jedoch darf die Höchstdauer der Probezeit von drei Monaten nicht überschritten werden. Bei einer Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende Verlängerung derselben.

Aus diesen Bestimmungen folgt, dass nie eine längere Probezeit als drei Monate vereinbart werden darf. Sollte dennoch vertraglich eine längere Zeitspanne vorgesehen sein, ist die entsprechende Abmachung nichtig und es gilt die Maximaldauer von drei Monaten. Für die ganze Restdauer gelten die normalen Kündigungsfristen. Die Begrenzung der Probezeit auf diese drei Monate wird "knallhart" gehandhabt, da während der Probezeit kein Kündigungsschutz besteht. Es kann also auch bei Militärdienst, Krankheit, Niederkunft etc. mit den kurzen Fristen der Probezeit gekündigt werden. Man kann sogar die siebentägige Kündigungsfrist in der Probezeit wegbedingen, sodass das Arbeitsverhältnis unverzüglich mit dem Zugang der Kündigung enden und auf einen beliebigen Termin ausgesprochen werden kann.

Probezeitkündigungen sind solche, die während der Dauer der Probezeit zugehen. Die Kündigungsfrist kann aber nach der Probezeit ablaufen.

Die Normaldauer der Probezeit von einem Monat und die Maximaldauer von drei Monaten gelten auch bei Teilzeitarbeit.

Fazit: Das geschilderte Vorgehen des Arbeitgebers ist eindeutig rechtswidrig. Das hat zur Folge, dass die Regelung nichtig ist und die Probezeit auf die dreimonatige Maximaldauer zurückgestutzt wird.

3. Überstundenarbeit:

Muss ich über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zur Verfügung stehen und was bekomme ich dafür?

Frage des SMPV-Mitglieds:

Ich arbeite an mehreren Musikschulen und bin durch die Lektionen und die dazwischenliegenden Reisezeiten restlos ausgebucht. Nun ist eine Kollegin unerwartet für längere Zeit krank und die Musikschulleitung verlangt, dass ich für sie einspringe.

Antwort Dr. Kovacs:

Überstundenarbeit ist diejenige Arbeitszeit, die über die vertraglich vereinbarte oder übliche Arbeitszeit hinaus geleistet wird. Überschreitet sie die nach Arbeitsgesetz festgelegte Höchstarbeitszeit von 45 respektive 50 Stunden, so ist dies Überzeitarbeit. In Anwendung von Artikel 321c OR (Schweizerisches Obligationenrecht) ist der Arbeitnehmer zur Leistung von Überstundenarbeit verpflichtet, soweit er sie zu leisten vermag, sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann und diese Arbeitsleistung notwendig ist.

Normalerweise hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der zusätzlich zum Normallohn einen Zuschlag von mindestens einem Viertel enthält. Es kann aber auch schriftlich vereinbart werden, dass die Überstundenarbeit durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgeglichen wird.

Fazit: Im konkreten Fall hat das SMPV-Mitglied offenbar mehrere teilzeitliche Tätigkeiten an verschiedenen Musikschulen übernommen und ist dadurch vollständig ausgelastet. Daher ist die Übernahme der Vertretung der erkrankten Kollegin auf lange Sicht nicht zumutbar. Demgegenüber ist eine kurzfristige Überbrückung bis zur Organisation einer Vertretung für die Kollegin aufgrund der Treuepflicht zur Musikschule wohl zumutbar, wenn nicht ein 100-prozentiges Pensum, sondern ein paar Stunden zu überbrücken sind. Verweigert der Arbeitnehmer unberechtigterweise Überstundenarbeit, so erfüllt er seine vertraglichen Pflichten nicht und wird schadenersatzpflichtig.

Die geleisteten Überstunden sind mit einem Zuschlag von 25% abzugelten oder wenn dies vereinbart wird, durch Freizeit von gleicher Dauer.

4. Weisungsrecht des Arbeitgebers:

Darf mich der Musikschulleiter in ein anderes Schulhaus versetzen?

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Unsere Musikschule wird umgebaut. Für diese Zeit konnte der Schulbetrieb nur so aufrechterhalten werden, dass in einer anderen Gemeinde Schulhausräumlichkeiten bezogen wurden. Bin ich nun verpflichtet, einen täglichen Arbeitsweg von einer halben Stunde in Kauf zu nehmen?

Antwort Dr. Kovacs:

In Anwendung von Art. 321b OR (Schweizerisches Obligationenrecht) kann der Arbeitgeber über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen. Der Arbeitnehmer hat die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen. Zudem gilt Art. 321a OR wonach der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren hat. Im Gegenzug hat der Arbeitgeber in Anwendung von Art. 327a OR dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendigen Auslagen zu ersetzen, bei Arbeit an auswärtigen Arbeitsorten auch die für den Unterhalt erforderlichen Aufwendungen.

Mit der Ausübung des Weisungsrechts konkretisiert der Arbeitgeber einseitig den Inhalt des Arbeitsvertrages. Grenze dieses Weisungsrechts ist all das, was ausdrücklich im Arbeitsvertrag vereinbart wurde. Weitere Grenzen sind öffentlich-rechtliche Bestimmungen, wie Arbeitnehmerschutz und Ruhezeitvorschriften etc., desgleichen Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers, insbesondere auch der Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach alle Arbeitnehmer gleich zu behandeln sind und ohne sachlichen Grund, keine Diskriminierungen erfolgen dürfen. Unsinnige oder schikanöse Weisungen verletzen die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer und müssen nicht befolgt werden.

Das Weisungsrecht findet auch in den Abmachungen des einzelnen Arbeitsvertrages und der anwendbaren Gesamt- oder Normalarbeitsverträge seine Schranken. Wurden zum Beispiel ein konkreter Arbeitsort und konkrete Arbeitszeiten sowie konkrete Arbeitsmodalitäten im Arbeitsvertrag festgeschrieben, können sie nicht einseitig durch Weisungen geändert werden.

Ausnahme sind immer dringliche betriebliche Bedürfnisse, die nur vorübergehend dem Arbeitnehmer andere Arbeiten oder einen anderen Arbeitsort aufzwingen. Weigert sich der Arbeitnehmer, solche Weisungen zu befolgen, so verletzt er seine Treuepflicht, sofern die Leistung der anderen Arbeit oder ein anderer Arbeitsort zumutbar wären. Was zumutbar ist, ist eine Ermessensfrage und entzieht sich der scharfen Abgrenzung. Entscheidend ist bei einer Versetzung an einen anderen Arbeitsort die Zumutbarkeit des neuen Arbeitsweges. Ein Umzug und die Aufgabe des aktuellen Lebensmittelpunktes kann nie gegen den Willen des Arbeitnehmers verlangt werden. Werden wegen dringender betrieblichen Notwendigkeiten der Arbeitsort oder gewisse Modalitäten nur vorübergehend geändert, so ist der Arbeitnehmer verpflichtet, diese Weisungen zu befolgen, wenn diese nach den Umständen zumutbar sind. Dabei wird eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers vorgenommen. Wesentlich ist, dass die Versetzung nicht zu lange dauert, das Privatleben nicht zu stark beeinträchtigt und dass die Mehrkosten (zum Beispiel längerer Arbeitsweg und Verkehrsmittel) ersetzt werden. Als unzumutbar war zum Beispiel die vertragswidrige Versetzung eines Arbeitnehmers aus einer Filiale in Zürich nach Gais eingestuft worden, da der Arbeitsweg vier Stunden täglich betragen hätte und die Arbeitnehmerin Familienpflichten hatte. Eine andere Versetzung von Lausanne nach Biel wurde ebenfalls als unzulässig bezeichnet, da die

Arbeitnehmerin entgegen dem bisherigen Arbeitsort über Mittag nicht zum Kochen für die Familie nach Hause konnte. Demgegenüber wurde ein neuer Arbeitsweg von 90 Minuten mit öffentlichen Verkehrsmitteln noch als zumutbar erachtet und die einseitige Anordnung durch Weisung geschützt. Ein Wechsel ins grenznahe Ausland wurde demgegenüber als unzumutbar abgelehnt.

Was andere Weisungen anbetrifft, wie Weisungen betreffend Arbeitszeit, Aufgaben und Verhalten im Betrieb, so sind diese Weisungen ebenfalls durch den Arbeitsvertrag begrenzt. Unzulässig sind plötzliche Änderungen der Arbeitszeiten, wenn bisherige Zeiten vereinbart sind und keine bloss vorübergehende betriebliche Notwendigkeit vorliegt. Verhaltensregeln am Arbeitsplatz sind zulässig, soweit sie notwendig und zumutbar sind. So zum Beispiel, das Verbot, privat zu telefonieren und so die Geschäftstelefonlinie zu blockieren; Anordnungen, Fenster zu schliessen, um Durchzug zu vermeiden; die Weisung, künftig ein Einzelbüro mit Kollegen zu teilen. Bei sehr spezialisierten gehobenen Stellungen können jedoch Fachanweisungen wegen des Spezialwissens des Arbeitnehmers unzulässig sein: Als Beispiele in der Praxis werden Lehrer an Privatschulen genannt, deren fachliche Kompetenzen Weisungen im Fachbereich durch den Arbeitgeber ausschliessen können. Dabei ist zu unterscheiden, zwischen dem pädagogischen, fachlichen Bereich, den der Lehrer alleine und weisungsfrei ausführen kann und dem administrativen Bereich, wie dem Abfassen von Schülerberichten, über die Weisungen erlassen werden können.

Fazit: Die bloss vorübergehende Anordnung eines anderen Arbeitsortes mit längerem Arbeitsweg ist mangels wichtiger Eigeninteressen des Arbeitnehmers zulässig, soweit sich die zeitliche und örtliche Begrenzung dieser Anordnungen nicht als übermässig ergeben. Ein Arbeitsweg von 30 Minuten ist bei Ersatz der entsprechenden Mehrauslagen nicht zu beanstanden.

5. Bin ich ein Mobbing-Opfer?

An wen muss ich mich wenden und was kann ich dagegen tun?

Frage des SMPV-Mitglieds:

Wir haben an unserer Musikschule einen Kaffeeraum, wo wir locker zusammensitzen und uns unter Kollegen austauschen. Letzte Woche hörte ich rege Gespräche, während ich auf dem Korridor im Anmarsch war. Als ich jedoch in das Kaffeezimmer eintrat, verstummten alle jäh und es entstand peinliche Stille.

Antwort Dr. Kovacs:

Mobbing ist ein systematisches, über längere Zeit andauerndes und ohne begründeten Anlass erfolgendes feindliches Verhalten mit dem Zweck, eine Person am Arbeitsplatz zu schikanieren, auszugrenzen oder sogar vom Arbeitsplatz zu entfernen. Die Tathandlungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie scheinbar normal und mit nur unmerklich feindlichem oder diskriminierendem Unterton versehen sind: Mobbing kann im Abbrechen von Gesprächen bestehen, wenn die betreffende Person eintritt oder mitreden will, in unsachlicher Kritik an Leistungen und Verhalten, im nicht ernst Nehmen der Person, in Intrigenspielen, Beleidigungen, in sexuellen Belästigungen, im lächerlich-Machen, Schikanieren, Ignorieren etc. Mobbing kann von einzelnen oder mehreren Mitarbeitern, Vorgesetzten oder Untergebenen ausgehen. Wesentlich ist, dass Mobbing nur vorliegt, wenn die Handlungen wiederholt und regelmässig (z.B. einmal pro Woche) über einen längeren Zeitraum (z.B. mehrere Monate) erfolgen. Oft sind die einzelnen Handlungen an sich nicht schlimm, werden aber durch die Wiederholung und Dauer unerträglich.

Mobbing ist meistens im Arbeitsverhältnis zu finden, kann aber auch in anderen Rechtsverhältnissen stattfinden. Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen im OR (Schweizerisches Obligationenrecht) enthalten keine ausdrücklichen Vorschriften zum Mobbing. Vielmehr hat der Arbeitgeber im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Pflichten die Arbeitnehmer vor allen persönlichkeitsverletzenden Verhaltensweisen zu schützen. Hierzu gehört auch der Schutz der Arbeitnehmer vor Mobbing durch Vorgesetzte, Mitarbeiter und Untergebene. Nimmt der Arbeitgeber diese Schutzpflicht nicht wahr oder mobbt er gar selbst, so wird er schadenersatz- und genugtuungspflichtig. Schadenersatz soll den Ausgleich der finanziellen Einbussen des Gemobbten ausgleichen (z.B. Kündigung des Arbeitsverhältnisses und Arbeitslosigkeit), Genugtuung soll die seelische Unbill des Gemobbten ausgleichen. In schweren Fällen stehen auch strafrechtliche Instrumente bereit (bei Delikten wie Beschimpfung, üble Nachrede, Tätlichkeiten, Sexualdelikte, telefonische Belästigung etc.). Ist die Persönlichkeitsbeeinträchtigung schwer und unternimmt der Arbeitgeber nichts dagegen, kann die betreffende Person die Arbeit einstellen ohne den Lohnanspruch zu verlieren. In schweren Fällen kann auch eine fristlose Kündigung durch den Gemobbten gerechtfertigt sein.

Wesentlich ist, dass nicht jeder Konflikt am Arbeitsplatz und nicht jedes schlechte Arbeitsklima Mobbing im rechtlichen Sinne darstellt. Kein Mobbing liegt vor, wenn von einem Mitarbeiter die Erfüllung seiner arbeitsrechtlichen Pflichten verlangt wird, wenn ein Vorgesetzter einfach ein wenig taktlos ist oder wenn einzelne isolierte Verhaltensweisen feindlich wirken.

Fazit: Das oben geschilderte Verhalten ist für sich allein betrachtet kein Mobbing. Es fehlt die Intensität, Regelmässigkeit und länger anhaltende Zeitdauer. Wird dagegen diese Situation immer wieder und monatelang vorkommen, so kann sich dies zur Mobbingsituation entwickeln. Der Betroffene hat sofort den Arbeitgeber/Vorgesetzten zu informieren und diesen zu bitten, die Fehlbaren zu ermahnen, das Mobbingverhalten zu unterlassen. Unternimmt der Vorgesetzte/Arbeitgeber nichts oder zu wenig, so macht er sich schadenersatz- und genugtuungspflichtig. Der Arbeitnehmer kann seine Rechte gerichtlich durchsetzen.

6. Rauchen am Arbeitsplatz

In letzter Zeit fragen SMPV-Mitglieder immer öfter, ob sie verlangen können, dass an ihrem Arbeitsplatz nicht geraucht werde.

Antwort Dr. Kovacs:

Der Arbeitgeber ist schon öffentlich-rechtlich aufgrund der Verordnung zum Arbeitsgesetz verpflichtet, im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass Nichtraucher nicht durch das Rauchen anderer Personen belästigt werden. Dabei reicht schon die subjektive Empfindung der Belästigung, sodass eine effektive Gefährdung der Gesundheit nicht immer nötig ist.

Privatrechtlich ist die Materie in Art. 328 OR (Schweizerisches Obligationenrecht) geregelt. Das Bundesgericht hat dazu in einem wegweisenden Grundsatzentscheid vom Februar 2006 festgehalten, dass der Arbeitgeber (z.B. Musikschule) arbeitsrechtlich verpflichtet ist, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen, insbesondere auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen. Der Arbeitgeber selbst hat nicht gerechtfertigte Angriffe auf die Gesundheit des Arbeitnehmers zu unterlassen und hat ihn auch gegen entsprechende Angriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten zu schützen. Der Arbeitgeber hat zum Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer jene Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung und dem Stand der Technik nötig und anwendbar sind und nach den Verhältnissen des Betriebes angemessen und zumutbar sind. Dazu gehört die Pflicht, für eine einwandfreie Beschaffenheit der Arbeitsräume zu sorgen, einschliesslich der Räume, mit denen der Arbeitnehmer in Berührung kommt, wie Arbeitsstätte, Treppen, Notausgänge, Aufzüge, Korridore, Pausen-, Wasch- und Ankleideräume, Toiletten, Küche etc. Aus dieser Fürsorgepflicht des Arbeitgebers werden die Vorschriften zum Schutz vor Passivrauchen abgeleitet.

Demgemäss ist (unter Berücksichtigung der Lüftungsmöglichkeiten) ein Bereich zu bezeichnen, in dem Rauchen erlaubt ist. Werden die Nichtraucher aber schon dadurch belästigt, so ist auf Verlangen der betroffenen nicht rauchenden Arbeitnehmer unter Umständen ein umfassendes Rauchverbot zu erlassen. Grenze derartiger Schutzmassnahmen für Nichtraucher ist die Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit für den arbeitgebenden Betrieb. Die auferlegten Massnahmen müssen für den Arbeitgeber wirtschaftlich tragbar sein und die Kosten müssen in einem vernünftigen Verhältnis zur Wirksamkeit stehen.

Fazit: Der Arbeitgeber verletzt daher seine Fürsorgepflicht, wenn er dem Gesuch eines Arbeitnehmers nicht entspricht, der rauchfreie Räumlichkeiten am Arbeitsplatz verlangt, wenn dies nach dem Stand der Technik möglich wäre und dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung seiner Umstände zumutbar wäre. Dieses Recht kann der Arbeitnehmer mit gerichtlicher Klage durchsetzen, wenn der Arbeitgeber innert nützlicher Frist auf Aufforderung hin keine Abhilfe schafft.

7. Weiterbildung liegt im Trend:

Gibt es eine Pflicht dazu und wer zahlt dafür?

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Ich bin teilzeitlich bei verschiedenen Musikschulen angestellt. Die Musikschulleitung verlangt nun an einer dieser Stellen mit einem kleinen Pensum von 15%, dass ich die Weiterbildung in demselben Mass besuche, wie andere Kollegen, die zu 100% angestellt sind.

Antwort Dr. Kovacs:

Berufliche Weiterbildung ist heutzutage ein politischer und rechtlicher "Dauerbrenner". Wer im Beruf weiterkommen oder auch nur die Stelle behalten will, kommt nicht darum herum, sich ständig auf den neuesten Stand des Wissens zu bringen. Sowohl der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmer sind daran interessiert, dass sich der Arbeitnehmer ständig weiterbildet. Rechtlich gehört es zu den Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber zu achten und zu schützen hat, dass er sich weiterbilden kann (Art. 328 OR, Schweizerisches Obligationenrecht). Daher muss der Arbeitgeber für die notwendige Weiterbildung des Arbeitnehmers die diesbezügliche Freizeit gewähren. Wenn es sich sogar um eine Einarbeitung oder eine vom Arbeitgeber verlangte Weiterbildung handelt, stellt die aufgewendete Zeit Sollarbeitszeit dar (Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, Artikel 13 Abs. 4). Die Kosten sind in diesen Fällen vollumfänglich vom Arbeitgeber zu zahlen.

Wird dagegen die Weiterbildung vom Arbeitnehmer gewünscht, so hat der Arbeitgeber wenn möglich und zumutbar die entsprechende Freizeit zu gewähren. Die Kosten muss er indessen nur tragen, wenn dies entsprechend vereinbart wird (Artikel 327a OR).

Fazit und Antwort auf die gestellte Frage: Wenn der Arbeitgeber die Weiterbildung anordnet, so gilt dies als volle Arbeitszeit, die bezahlt werden muss. Überschreitet die Weiterbildung die vereinbarte Arbeitszeit, so gilt diese als Überstundenleistung, die nur dann erbracht werden muss, wenn sie notwendig und zumutbar ist. Gleichzeitig muss sie durch Lohn mit mindestens 25% Zuschlag respektive mit Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen werden. Die Kosten der Weiterbildung sind bei Anordnung durch den Arbeitgeber von diesem zu tragen.

8. Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung:

Habe ich bei Krankheit tatsächlich keinen Lohn zugute?

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Ich bin seit mehr als 10 Jahren an einer Musikschule angestellt und war im letzten Jahr zwei Monate krank. Die Musikschule hat eine Vertretung angestellt und mir mitgeteilt, die Vertretung koste ja auch etwas, weshalb mein Lohn an diese ausbezahlt werde und ich dafür die Stunden nicht nachholen müsse.

Muss ich das akzeptieren?

Antwort Dr. Kovacs:

In Anwendung von Art. 324a OR (Schweizerisches Obligationenrecht) hat der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit Lohn zu entrichten, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat, oder für mehr als drei Monate eingegangen ist, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist. Sind durch Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag, nicht längere Zeiten bestimmt, hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten. Einige Kantonsgerichte haben Skalen entwickelt, welche diese angemessene Lohnfortzahlung ab dem zweiten Dienstjahr konkretisieren. Es gibt drei anerkannte Skalen, nämlich die Berner, die Zürcher und die Basler Skala, die je für bestimmte Kantone unterschiedliche Lohnfortzahlungspflichten festhalten. Dabei werden grundsätzlich alle Verhinderungsfälle während eines Dienstjahres zusammengerechnet. Grundsätzlich entspricht der geschuldete Lohn während der Krankheit dem vollen Lohn. Eine Ausnahme bildet der Fall, in dem der Arbeitnehmer aufgrund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung obligatorisch versichert ist. Dann hat der Arbeitgeber den Lohn nicht zu entrichten, wenn die Versicherungsleistungen mindestens 80% des Lohnes decken.

Von all diesen Regelungen zu unterscheiden ist der spezielle Kündigungsschutz während einer Krankheit des Arbeitnehmers, welcher hier nicht abgehandelt wird.

Fazit: Im konkreten Fall hat das SMPV Mitglied während mehr als zehn Jahren für die zur Diskussion stehende Musikschule gearbeitet. Bei zehn Dienstjahren muss der Lohn gemäss Berner Skala für 17, gemäss Zürcher Skala für 16 und gemäss Basler Skala für 13 Wochen gezahlt werden. Das heisst, dass bei zwei Monaten (8 Wochen) Krankheit in allen Kantonen die Lohnfortzahlungspflicht ohne weiteres besteht. Der Arbeitnehmer muss dafür weder seine Stunden nachholen, noch muss er für die Vertretung aus seinem eigenen Lohn aufkommen. Dieses Betriebsrisiko ist Sache der Arbeitgeberschaft. Die Musikschule muss daher bedingungslos den gesamten Lohn (ausser bei Versicherung des Arbeitnehmers mit mindestens 80-prozentiger Leistung durch die Versicherung) für die zwei Monate Krankheit des Mitgliedes zahlen. Ob und wie sie die Vertretung regelt, ist ihre Sache und sie kann insbesondere dem Arbeitnehmer keinen Lohnabzug dafür aufbürden. Ausnahme davon wäre der Fall, dass im selben Dienstjahr wie die Krankheit des Arbeitnehmers schon andere Abwesenheiten mit Lohnfortzahlungspflicht angefallen wären. Dann wären alle Abwesenheitszeiten zusammen zu zählen und die darauf entfallende Lohnfortzahlungspflicht auszurechnen.

9. Kündigung im Krankheitsfall

Eine Arbeitnehmerin wurde wegen schwerer gesundheitlicher Probleme hospitalisiert, worauf die Musikschule ihr prompt nach einer Woche die Kündigung mit sofortiger Wirkung zustellte. Die Begründung war, dass es unzumutbar sei, auf ihre Genesung zu warten, man müsse sofort eine neue Lehrkraft für die Schüler einstellen. Ist dies zulässig?

Antwort Dr. Kovacs:

Art. 336c OR (Schweizerisches Obligationenrecht) bestimmt, dass nach Ablauf der Probezeit der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis unter anderem dann nicht kündigen darf, wenn der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im 1. Dienstjahr während 30 Tagen, ab 2. bis und mit 5. Dienstjahr während 90 Tagen und ab 6. Dienstjahr während 180 Tagen. Die Kündigung, die während einer dieser Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig. Von dieser Vorschrift kann durch vertragliche Abrede ausschliesslich zugunsten des Arbeitnehmers, nicht aber zu dessen Ungunsten, abgewichen werden.

In Anwendung von Art. 335c OR kann nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht fristlos, sondern je nach der Anzahl Dienstjahre mit einer bestimmten Kündigungsfrist gekündigt werden. Die fristlose Entlassung kann nur in Ausnahmefällen und nur bei Vorliegen wichtiger Gründe erfolgen, die die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen.

Von der Frage der Kündbarkeit wegen Krankheit deutlich zu unterscheiden ist die Frage, ob und wie lange der Arbeitgeber dem kranken Arbeitnehmer den Lohn zu bezahlen hat, wenn dieser nicht arbeiten kann. Es kann nämlich durchaus vorkommen, dass der Arbeitnehmer wohl nicht entlassen werden darf, aber dennoch nach einer gewissen Zeit seinen Anspruch auf Lohnfortzahlung verliert.

Art. 324a OR bestimmt, dass der Arbeitgeber dem kranken oder sonst unverschuldet an der Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmer für eine beschränkte Zeit den Lohn zu entrichten hat, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als 3 Monate gedauert hat oder für mehr als 3 Monate eingegangen ist. Sind durch Abrede oder Gesamtarbeitsvertrag nicht längere Zeitabschnitte bestimmt, so hat der Arbeitgeber im 1. Dienstjahr den Lohn für 3 Wochen und nachher für eine angemessen längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Dasselbe gilt bei Schwangerschaft und Niederkunft der Arbeitnehmerin. Diese «angemessene Dauer» ist regional stark verschieden, haben doch die Kantonsgerichte eine sogenannte «Berner Skala», eine «Zürcher Skala» und eine «Basler Skala» mit einer Abstufung des Lohnfortzahlungsanspruchs in Wochen je nach geleisteten Dienstjahren entwickelt.

Fazit: Eine Kündigung während der Krankheit ist nichtig und entfaltet daher während der gesetzlich festgelegten Sperrfristen gar keine Rechtswirkung. Separat zu klären ist die Frage, wie lange der Lohn während des Arbeitsverhältnisses bezahlt wird, was ebenfalls von der Dauer des Arbeitsverhältnisses und der regional anwendbaren Skala der Gerichte abhängt. Im zur Diskussion stehenden Fall ergab sich, dass das Arbeitsverhältnis erst nach 180 Tagen mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten auf Ende des Monats gekündigt werden konnte. Die Anstellung dauerte daher noch rund 9 Monate weiter. Die Lohnfortzahlungspflicht endete dagegen nach bereits 14 Wochen, d. h. nach rund 3 1/2 Monaten.

Anhand dieses Beispiels ist ersichtlich, dass der Kündigungsschutz wohl zum Erhalt der Arbeitsstelle beitragen kann, jedoch die finanzielle Sicherheit des Arbeitsplatzes durch den gelegentlich wegfallenden Lohn in keiner Weise gleichzeitig gegeben ist.

10. Kann die Musikschule einen Schüler einfach umteilen?

Frage eines SMPV-Mitgliedes:

Die Musikschulleitung hat mir einen neuen Schüler am Anfang des Schulsemesters zugeteilt. Einige Tage danach teilte die Schulleitung mit, man habe den Schüler einem anderen Lehrer zugeteilt. Ist dies rechtens?

Antwort Dr. Kovacs:

Grundsätzlich ist das Verhältnis zwischen Musiklehrer und Musikschule durch einen entsprechenden Anstellungsvertrag und durch Schulordnung/Anstellungsreglement/Besoldungsreglement und allfällige Merkblätter über Spezialgebiete (Versicherungsfragen etc.) geregelt. Je nach Rechtsform gilt zusätzlich die entsprechende öffentlich-rechtliche Schulregelung oder aber privatrechtlich das ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch) und das OR (Schweizerisches Obligationenrecht). Rechtlich besteht an Musikschulen zum einen zwischen dem Schüler (respektive den Eltern) und der Schule ein so genannter Unterrichtsvertrag. Zum anderen besteht zwischen der Musikschule und dem Lehrer in heute immer selteneren Fällen eine öffentlich-rechtliche Beziehung und in der Mehrzahl der Fälle ein privatrechtlicher Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR. Das Arbeitsverhältnis wird regelmässig für unbefristete Dauer abgeschlossen und kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist und eines vertraglichen Kündigungstermins (meist Semesterende) gekündigt werden. Das konkrete Pensum der Lehrkraft wird semesterweise je nach Schülerzahl und Angebot festgelegt. Ist das Pensum einmal festgelegt, gilt jede Veränderung desselben als Teilkündigung respektive Kündigung des Arbeitsvertrages, sodass dies nur unter Einhaltung der Kündigungsfristen und -termine möglich ist. Der Arbeitgeber befindet sich im Annahmeverzug, wenn er die Unterrichtsleistung des Lehrers für bestimmte zugeteilte Pensen nicht beanspruchen will, und er ist verpflichtet, den Lohn des Lehrers zu entrichten, ohne dass dieser zu einer Nachleistung verpflichtet wäre (Art. 324 OR).

Im zu beurteilenden Fall lag ein Anstellungsvertrag vor, in welchem festgehalten wurde, dass das Unterrichtspensum von Semester zu Semester neu vereinbart würde. Zusätzlich galt eine Schulordnung, in der festgehalten war, dass die Abmeldung/Umteilung eines Schülers jeweils bis zu einem bestimmten Datum schriftlich an die Ortsschulleitung zu richten sei und vor der Abmeldung der Musikschullehrer zu orientieren sei. Ohne schriftliches und rechtzeitiges Abmeldungs-/Umteilungsgesuch verlängere sich die Vertragsdauer und die Zahlungspflicht automatisch um ein Semester. Zudem könne auf begründeten Wunsch eines Lehrers oder Schülers auf den Semesterwechsel hin durch die Ortsschulleitung eine Umteilung vorgenommen werden. Grundsätzlich erfolge die Zuteilung der Schüler durch die Ortsschulleitung, wobei Wünsche nach Möglichkeit berücksichtigt würden.

Fazit: Im zur Diskussion stehenden Fall musste die Musikschulleitung akzeptieren, dass willkürliche Umteilungen nach der formellen Zuteilung eines Schüler nicht rechtens waren. Vielmehr musste die Schule entweder bei einer Umteilung einen Ersatzschüler stellen oder dem Lehrer ohne Schüler das Semestergeld bezahlen. Erst auf das neue Semester hin konnte die Umteilung vorgenommen werden. Werden diese Regeln durch die Musikschule nicht eingehalten, so tut der Lehrer gut daran, sich unverzüglich schriftlich und beweisbar (eingeschriebener Brief, Fax mit Faxprotokoll oder Mail mit Lesebestätigung) bei der Musikschule zu wehren und seine Leistung sofort anzubieten. Ansonsten nimmt er die Pensenreduktion widerspruchslos entgegen, wodurch er sie genehmigt. Lenkt die Musikschule nicht ein, so bleibt der Weg an das Arbeitsgericht, um die Unstimmigkeiten beizulegen. Indessen reicht es meistens, wenn die Musikschule die rechtliche Situation klargestellt erhält, um diese zu einem rechtmässigen Verhalten zu bewegen. Meistens sind die Musikschulleiter keine rechtlich geschulten Personen, so dass entsprechende Aufklärungsarbeit Wunder wirkt.

11. Die Änderungskündigung:

Muss eine Änderung des Arbeitsvertrages akzeptiert werden, wenn sonst mit der Kündigung gedroht wird?

Frage des SMPV-Mitglieds:

Meine Musikschule, bei der ich seit 12 Jahren als Lehrerin angestellt bin, hat mir mitten im Semester einen neuen Arbeitsvertrag unterbreitet, welcher eine Lohnreduktion von 1/4 des bisherigen Lohns mit sofortiger Wirkung vorsieht. Im Begleitbrief wurde mitgeteilt, dass für den Fall, dass ich mit dem neuen Arbeitsvertrag nicht einverstanden sei, das Arbeitsverhältnis nicht verlängert werde. Wie soll ich reagieren?

Antwort Dr. Kovacs:

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist in den Artikeln 334ff. OR (Schweizerisches Obligationenrecht) geregelt. Dort wird festgehalten, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden kann. Vorbehältlich einer geradezu missbräuchlichen Kündigung und der Kündigungen zur Unzeit kann aus beliebigen Gründen unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfristen gekündigt werden. Insbesondere ist eine sogenannte Änderungskündigung, bei der eine Partei der anderen Partei neue Vertragsbedingungen vorschlägt und gleichzeitig die Kündigung erklärt für den Fall, dass die andere Partei den vorgeschlagenen neuen Vertragsbedingungen nicht zustimmt, rechtens. Diese Änderungskündigung ist im Obligationenrecht nicht geregelt, weshalb die normalen Regeln für Kündigungen gelten.

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Änderungskündigung ist jedoch, dass die Änderungskündigung nicht sofort zum Nachteil des Arbeitnehmers eintritt, sondern erst nach Ablauf der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist. Während der laufenden Kündigungsfrist gelten daher weiterhin die bisherigen Arbeitsbedingungen. Werden die neuen Vertragsbedingungen abgelehnt, gelten vorerst die bisherigen Vertragsbedingungen weiter. Wurde schon mit der Unterbreitung des neuen Vorschlags die Kündigung für den Fall der Nichtannahme klar und unmissverständlich ausgesprochen, endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist. Wurde dagegen die Kündigung für den Fall der Nichtannahme nur angedroht, so gelten die bisherigen Arbeitsbedingungen weiter, bis eine ordentliche Kündigung ausgesprochen und wirksam wird.

Fazit: Die Änderungskündigung ist grundsätzlich zulässig, auch wenn sie nach vielen Dienstjahren erfolgt. Indessen müssen die normalen Kündigungsfristen und -termine eingehalten werden. Im zur Diskussion stehenden konkreten Fall ist eine sofortige Vertragsänderung daher nicht möglich, vielmehr ist diese erst nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist auf den nächsten Kündigungstermin möglich. Das SMPV-Mitglied hat daher die Möglichkeit, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unter den alten Bedingungen weiter zu arbeiten und ab diesem Zeitpunkt die neuen Vertragsbedingungen zu akzeptieren oder aber diese abzulehnen, was die Kündigung zur Folge haben wird. Die sofortige Änderung der Arbeitsbedingungen muss auf keinen Fall akzeptiert werden. Dagegen sollte sich der Arbeitnehmer sofort wehren, damit nicht der Anschein des Einverständnisses gemacht wird. Es ist daher rasch und beweisbar gegen die sofortige Änderung der Arbeitsbedingungen zu protestieren (Fax mit Faxprotokoll, eingeschriebener Brief, Mail mit Lesebestätigung).

12. Pensenabbau: Anspruch auf Arbeitslosengelder?

Ein spezielles Problem der Musiklehrerpersonen ist die schleichend eintretende Arbeitslosigkeit. Das Arbeitspensum der angestellten Musiklehrer an Musikschulen variiert in jedem Semester, was häufig dazu führt, dass ein Verlust von 1 – 2 Wochenstunden pro Semester schliesslich den Verlust des ganzen Arbeitsplatzes zur Folge haben kann. Häufig gelangen daher Personen mit der Frage an die Rechtsberatungsstelle, ob sie berechtigt sind, Arbeitslosengelder zu beziehen und wie sie vorzugehen haben.

Antwort Dr. Kovacs:

Sie haben Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn Sie kumulativ folgende sieben Voraussetzungen erfüllen:

1. Sie sind ganz oder teilweise arbeitslos.
2. Sie haben einen anrechenbaren Arbeitsausfall mit Lohneinbusse erlitten: Ein Arbeitsausfall ist entschädigungsberechtigt, wenn er mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage mit der entsprechenden Lohneinbusse dauert. Der Arbeitsausfall von teilweise Arbeitslosen ist entschädigungsberechtigt, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht. Dabei genügt es, wenn der Arbeitsausfall in zwei aufeinander folgenden Wochen den Stundenwert von zwei vollen Arbeitstagen ausmacht. Die Lohneinbusse muss mehr als 20 bzw. 30 % des versicherten Verdienstes betragen, zumal das Taggeld 70 bzw. 80 % des versicherten Verdienstes beträgt. Nur bei Erfüllen dieses Mindestverdienstaufalles gibt es einen Anspruch auf Taggelder.
3. Sie wohnen in der Schweiz.
4. Sie haben die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht noch beziehen Sie eine Altersrente der AHV.
5. Sie haben die Beitragszeit erfüllt oder sind davon befreit. Der Arbeitslose muss innerhalb der letzten 2 Jahre vor der Erstanmeldung mindestens 12 Beitragsmonate nachweisen (Rahmenfrist für die Beitragszeit 2 Jahre).
6. Sie sind vermittlungsfähig. Der Arbeitslose muss bereit sein, eine zumutbare Arbeit anzunehmen, er muss arbeitsfähig und verfügbar sein. Er muss die Arbeitslosigkeit möglichst vermeiden oder verkürzen. Die Zumutbarkeit einer Arbeit wird nach den berufs- und ortsüblichen Arbeitsbedingungen, den Fähigkeiten, der bisherigen Tätigkeit und den persönlichen Verhältnissen in jedem konkreten Fall beurteilt.
7. Sie erfüllen die Kontrollvorschriften. Der Arbeitslose muss sich persönlich melden, sich beraten und kontrollieren lassen. Der stufenweise Pensenabbau erfährt bedauerlicherweise keine Sonderbehandlung. Vielmehr kann erst ab einem Arbeits- und Lohnausfall von 20 – 30 % eine Arbeitslosenentschädigung geltend gemacht werden. Massgeblich für die Berechnung des Taggeldes ist der letzte Monatslohn respektive entsprechend der obigen Ausführungen allenfalls der Durchschnitt der letzten 12 Monate. Was weiter zurückliegt und von höheren Pensenzahlen her stammt, wird nicht berücksichtigt. Sobald alle sieben Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Arbeitslosigkeit sofort mit folgenden Dokumenten beim RAV oder bei der Wohnsitzgemeinde zu melden:

- Wohnsitzbescheinigung;
- AHV-Ausweis;
- Kündigungsschreiben;
- Arbeitszeugnis des letzten Arbeitgebers und von früheren Stellen;
- Diplome;
- Bescheinigungen über die persönliche Aus- und Weiterbildung;
- Nachweis der Bemühungen um Arbeit während der Kündigungsfrist;
- allfällige Arztzeugnisse und Rentenbescheide.

13. Die Begründung der Kündigung im Arbeitsverhältnis

Rausschmiss ohne Begründung: Bin ich dem ausgeliefert?

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Die Musikschulleitung hat mich entlassen. Auf meine Frage nach dem Grund, liess man nur verlauten "es wisse doch jeder, warum". Muss ich mir das gefallen lassen?

Antwort Dr. Kovacs:

Art. 335 OR (Schweizerisches Obligationenrecht) bestimmt, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden kann. Anders ist es bei befristeten Arbeitsverhältnissen, die bis zum Ende der Befristung laufen, es sei denn, es liegen wichtige Gründe vor, die die Weiterführung unzumutbar machen. Der Kündigende muss die Kündigung schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt.

Aus dieser Bestimmung geht hervor, dass beide Parteien eines Arbeitsvertrages, also Arbeitnehmer und Arbeitgeber, ein Recht auf schriftliche Begründung der Kündigung beanspruchen können. Diese Begründung soll die Beurteilung ermöglichen, ob eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung vorliegt. Verweigert der Kündigende die Begründung oder bringt er unwahre Gründe vor, so ist dies eine Vertragsverletzung, die zu Schadenersatz führen kann, wenn zum Beispiel dadurch unnötiger Aufwand für einen Prozess generiert wird. Die ausbleibende oder unrichtige Kündigung kann schliesslich dazu führen, dass der Kündigende darauf verklagt werden kann, eine wahre Begründung zu liefern.

Der Inhalt der Begründung muss wahr und vollständig sein und ist innert geschäftsüblicher, kurzer Frist zu erstatten. Die Kündigungsgründe müssen auch gegenüber der Arbeitslosenkasse offengelegt werden.

Die Begründungspflicht gilt auch während der Probezeit und auch bei fristloser Auflösung eines Arbeitsverhältnisses.

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber frei, aus irgendwelchen Gründen zu kündigen, wenn sie wahr und sachlich gegeben sind. Vorbehalten bleiben sogenannte "missbräuchliche Kündigungen" im Sinne von Artikel 336 OR, wenn unter anderem aus folgenden Gründen gekündigt wird:

- - wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei Kraft ihrer Persönlichkeit zusteht
- - weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt
- - ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln
- - weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht
- - weil die andere Partei Militär- oder Zivildienst leistet
- - weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört

Die Aufzählung dieser Missbrauchstatbestände ist nicht abschliessend. Die missbräuchliche Kündigung hat jedoch nicht die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses zur Folge, sondern lediglich die Entschädigungspflicht. Dabei ist zu beachten, dass gegen missbräuchliche Kündigungen spätestens bis zum Ende der Kündigungsfrist schriftlich Einsprache zu erheben ist und mangels Einigung innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Klage einzureichen ist, ansonsten der Anspruch verwirkt ist (Artikel 336a und b OR).

Fazit ist, dass eine Verweigerung der schriftlichen Begründung nichts an der Gültigkeit der ausgesprochenen Kündigung ändert und weder die Verweigerung noch die Unrichtigkeit der Begründung zur Fortführung des Arbeitsverhältnisses führen. Vielmehr kann die Begründungspflicht klageweise durchgesetzt werden und allenfalls Entschädigungsansprüche geltend gemacht werden.

Fazit: Das Vorgehen der Musikschulleitung ist eindeutig unrechtmässig. Die Musikschule hat die Kündigung zu begründen, was vorab durch schriftliche Aufforderung und bei weiterer Weigerung durch Klage durchsetzbar ist.

14. Recht auf Arbeitszeugnis

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Ich bin in einem geringfügigen Teilzeitpensum an einer Musikschule angestellt. Nun habe ich von der Musikschulleitung ein Arbeitszeugnis verlangt. Darauf hat man mir mitgeteilt, dass ich angesichts meines geringen Pensums nur eine sogenannte Arbeitsbestätigung über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses erhalte, da man im Übrigen auch keinerlei Einblick in meine Lehrtätigkeit gehabt habe. Muss ich das akzeptieren?

Antwort Dr. Kovacs:

Art. 330a OR (Schweizerisches Obligationenrecht) bestimmt Folgendes:

"Der Arbeitnehmer kann jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers hat sich das Zeugnis auf Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken."

Der Arbeitgeber hat demgemäss dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen jederzeit ein Zeugnis auszustellen, d.h. während des Arbeitsverhältnisses (Zwischenzeugnis), bei oder nach dessen Beendigung (Schlusszeugnis). Dabei hat der Arbeitnehmer nach seiner Wahl das Anrecht auf ein sogenanntes Vollzeugnis, das neben der Art und der Dauer der Beschäftigung auch Angaben über die Leistungen und das Verhalten enthält, oder aber auf eine blosser Arbeitsbestätigung, die nur Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses enthält. Wünscht der Arbeitnehmer ein Vollzeugnis, darf der Arbeitgeber dies nicht verweigern.

Die tatsächlichen Angaben des Zeugnisses müssen wahr sein. Das Zeugnis soll aber auch das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unnötig erschweren und daher grundsätzlich wohlwollend formuliert werden.

Den Arbeitgeber trifft die Pflicht, sich im Rahmen des Zumutbaren die erforderlichen Informationen über seinen Arbeitnehmer zu beschaffen, damit er ein Vollzeugnis erstellen kann. Sind ihm keinerlei Klagen oder Beanstandungen bekannt, so ist grundsätzlich ein gutes Zeugnis auszustellen. Der Arbeitgeber kann sich seiner Verpflichtung nicht entziehen, indem er seinen Kontroll- und Informationspflichten nicht nachkommt, was die Leistungen des Arbeitnehmers anbetrifft.

Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses ist zwingend (Art. 362 OR). Daher kann der Arbeitnehmer auf die Ausstellung des Zeugnisses nicht im Voraus rechtswirksam verzichten (zum Beispiel im Arbeitsvertrag) und der Arbeitgeber hat auch kein Zurückbehaltungsrecht bis zur Begleichung von irgendwelchen Gegenforderungen.

Konsequenterweise hat der Arbeitnehmer das Recht, den Arbeitgeber mit einer Klage auf Ausstellung eines Zeugnisses gerichtlich zu zwingen. Dieser Weg steht auch dann offen, wenn der Arbeitnehmer bloss die Berichtigung eines nach Form oder Inhalt unrechtmässigen Zeugnisses verlangt (blosser Arbeitsbestätigung anstatt Vollzeugnis).

Sowohl gegenüber dem Arbeitnehmer wie auch Dritten gegenüber wird der Arbeitgeber bei Ausstellung eines unwahren Zeugnisses haftbar.

Fazit: Man muss sich nicht mit einer blossen Arbeitsbestätigung zufrieden geben. Man hat das Recht auf die Ausstellung eines Vollzeugnisses. Dieser Anspruch kann notfalls gerichtlich durchgesetzt werden.

15. Referenzauskünfte zwischen altem und neuem Arbeitgeber

Frage des SMPV-Mitglieds:

Ich habe eine tolle Stelle in Aussicht gehabt. Plötzlich ist nun eine Absage der Musikschule eingegangen. Auf meine Nachfrage hin hiess es, die Referenzauskunft der alten Arbeitgeberin sei unbefriedigend gewesen.

Kann ich mich wehren?

Antwort Dr. Kovacs:

Referenzen sind Auskünfte von Seiten des alten Arbeitgebers über einen Arbeitnehmer, die einem potentiellen neuen Arbeitgeber erteilt werden. Sogenannte Referenzen sollen den im Arbeitszeugnis vermittelten Eindruck vertiefen und bei Fragen weitergehende Auskünfte vermitteln.

Grundsätzlich müssen sich solche Referenzauskünfte im Sinne von Art. 330 a OR (Schweizerisches Obligationenrecht) an den Grundsätzen für die Erstellung eines Arbeitszeugnisses orientieren. Referenzauskünfte müssen daher wahr sein und sich auf die Eignung des Arbeitnehmers für die Arbeitsstelle beschränken. Referenzauskünfte dürfen den Arbeitnehmer nicht unnötig daran hindern, eine neue Arbeitsstelle anzutreten.

Das Einholen und die Erteilung von Referenzauskünften sind Datenbearbeitungen (Art. 328 b OR und Datenschutzgesetz). Das bedeutet, dass heute eine Referenz nur noch mit Zustimmung des Arbeitnehmers eingeholt respektive erteilt werden darf, da in aller Regel eine Beurteilung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers und damit schützenswerte Personendaten zur Diskussion stehen. Die Benennung einer Referenzperson in den Bewerbungsunterlagen gilt dabei als Zustimmung zur Einholung der Referenz.

Werden diese Prinzipien missachtet, führt dies zu Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen des betroffenen Arbeitnehmers gegenüber den sich austauschenden Arbeitgebern. Droht eine Persönlichkeitsverletzung durch falsche Referenzauskünfte des alten Arbeitgebers, kann der Arbeitnehmer ein gerichtliches Verbot erwirken, welches dem alten Arbeitgeber die Erteilung der umstrittenen Referenzauskünfte untersagt.

Fazit: Die Frage des SMPV-Mitglieds ist daher so nicht schlüssig zu beantworten. Vielmehr ist abzuklären, ob die Referenzauskünfte des alten Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer erlaubt wurden (hat er den alten Arbeitgeber als Referenz angegeben?) und ob diese Auskünfte der Wahrheit entsprochen haben. Sollte eines dieser Kriterien nicht gegeben sein, so war die Referenzauskunft rechtswidrig. Der alte Arbeitgeber kann schadenersatzpflichtig gemacht werden und die Erteilung derartiger Referenzauskünfte kann ihm gerichtlich untersagt werden.

16. Musikschule und Politik

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Dürfen Lehrpersonen an Musikschulen politische Flyer an ihre Schülerinnen und Schüler verteilen, die zur Weitergabe an die Eltern bestimmt sind?

Antwort Dr. Kovacs:

1. Darf eine Musikschule bei Wahlen und Abstimmungen politisch Stellung beziehen?

Öffentliche Unternehmen, die staatlich subventioniert sind, sind bei Wahlen und Abstimmungen gehalten, sich neutral zu verhalten. Diese Schranke gilt insbesondere dann, wenn der eigentliche öffentliche Auftrag an das Unternehmen in Frage steht und die Stimmbürger in die Lage versetzt werden sollen, diese Frage ohne Zutun von Behörden und öffentlichen Unternehmen zu entscheiden.

Öffentliche Unternehmen dürfen nur unter besonderen Umständen auf Abstimmungen einwirken, insbesondere dort, wo sie in der Umsetzung ihres gesetzlichen oder statutarisch umschriebenen Auftrags betroffen sind, ihre (wirtschaftlichen) Interessen vertreten und somit ähnlich wie ein Privater berührt sind. Jedoch müssen sie in solchen Fällen ihre Interessen sachlich darlegen und einem höheren Grad an Objektivität genügen als Private. Werden diese Grundsätze verletzt, kann eine Wahl oder Abstimmung aufgehoben werden, wenn die unzulässige Intervention diese beeinflusst hat oder dazu geeignet war.

Im konkreten Fall dürfte die Teilnahme am Abstimmungskampf von der Ausgestaltung des Flyers abhängen: Dieser muss sachliche und objektive Informationen und Stellungnahmen enthalten und darf den Stimmbürger nicht in irreführender Weise in seinem Stimmverhalten beeinflussen.

2. Darf die Musiklehrperson in der Musikschule Flyer an Schüler verteilen?

Musiklehrer sind Arbeitnehmer im Sinne von Art. 319 ff. OR an einer Musikschule. In diesem Rahmen sind sie u. a. zur Loyalität gegenüber dem Arbeitgeber verpflichtet und haben die berechtigten Interessen desselben in guten Treuen zu wahren (Art. 321 a OR).

Wenn die Lehrperson privat Flyer verteilt, so bleibt ihr dies unbenommen, sofern sie nicht rein schon durch diese Tätigkeit gegen ihre Loyalitätspflicht gegenüber der Musikschule verstösst. Als treuwidrig im Sinne von Art. 321 a OR wird aber ausdrücklich der Missbrauch von Einrichtungen des Betriebs für private Zwecke bezeichnet. Wenn die Lehrperson also politische Flyer in den Räumlichkeiten der Schule verteilt, so kann dies einen Missbrauch der Schule als Institution darstellen, zumal die entsprechenden Flyer allenfalls der Schule zugerechnet werden.

Zwar bestimmt Art. 336 Abs. 1 lit. b, dass eine Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich ist, wenn sie ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer ein verfassungsmässiges Recht ausübt. Vorbehalten wird aber der Fall, bei dem die Rechtsausübung eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigt. Dies ist nach Lehre und Rechtsprechung dann heikel zu entscheiden, wenn der Arbeitnehmer von der Meinungs- und Äusserungsfreiheit in Angelegenheiten Gebrauch macht, die die Interessen des Unternehmens als Arbeitgeberschaft tangiert. Die Interessenabwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers nach strikter Unterstützung der Unternehmensziele und des Arbeitnehmers nach freier Entfaltung seiner Persönlichkeit, insbesondere freier Meinungsäusserung im politischen Bereich, ist im Einzelfall nicht einfach. Der Arbeitgeber darf unter Umständen Anordnungen treffen, die öffentliche Positionsbezüge des Arbeitnehmers verbieten.

Die Verletzung der Treuepflicht durch die Verteilung politischer Flyer kann folgende Rechtsfolgen zeitigen:

- Möglichkeit der Arbeitgeberschaft, gegen den Arbeitnehmer auf Unterlassung des treuwidrigen Verhaltens zu klagen.
- Begründung einer Schadenersatz- und Genugtuungspflicht.
- Allenfalls fristlose Vertragsauflösung durch die Arbeitgeberschaft bei schweren Verletzungen.

Fazit: Generell muss allen Lehrpersonen geraten werden, sich bei ihrer Schule (Arbeitgeberschaft) vorab zu erkundigen, ob das Verteilen politischer Flyer im jeweiligen konkreten Einzelfall erwünscht ist bzw. genehmigt wird. Nur so kann sich die Lehrperson Unannehmlichkeiten sicher ersparen.

17. Privatunterrichtsvertrag: Fristlose Kündigung

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Ich bin Klavierlehrer und unterrichte seit Jahren zu Hause. Nun hat mir einer meiner Schüler aus heiterem Himmel mitgeteilt, er habe einen neuen Lehrer kennengelernt und werde ab sofort nicht mehr meinen, sondern seinen Unterricht besuchen. Darf er das? Welche Kündigungsfrist muss er einhalten und wie lange habe ich Anrecht auf mein Honorar?

Antwort Dr. Kovacs:

Mit dem Abschluss eines Privatlehrervertrages verpflichtet sich der Musikpädagoge, seinem Studenten das Spielen eines Instrumentes beizubringen und ihn mit dem nötigen theoretischen und praktischen Wissen dazu auszustatten. Der Vertrag zwischen dem privaten Musiklehrer und seinem Schüler wird als einfacher Auftrag im Sinne der Art. 394 ff. OR (Schweizerisches Obligationenrecht) qualifiziert. Für den Vertrag zwischen einer Musikschule, dem dort angestellten Musiklehrer und dem Studenten, respektive dessen Eltern, gelten andere Regeln, die hier nicht zur Diskussion stehen.

Werden Lehrmittel und technische Hilfsmittel angeboten, so kommen Elemente des Kaufvertrags dazu; erfolgt die Bezahlung des Unterrichtshonorars ratenweise, können auch die Regelungen des Abzahlungsrechts zur Anwendung kommen.

Art. 404 OR bestimmt, dass der Auftrag von jeder Partei jederzeit gekündigt werden kann. Erfolgt dies jedoch zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatz des dem andern verursachten Schadens verpflichtet. Gesetzlich sind weder Kündigungstermine, Kündigungsfristen oder eine Begründung der Kündigung erforderlich. Dieses freie Kündigungsrecht ist gemäss herrschender bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwingend: Die Parteien können darauf nicht verzichten und sie können auch keine anderslautenden vertraglichen Regelungen vereinbaren.

Diese Besonderheit des Auftragsrechtes (bei anderen Vertragsarten ist es typisch, dass gerade wegen der vertraglichen Bindung keine freie Kündigungsmöglichkeit vorhanden ist) ist sehr umstritten und gibt zu enorm viel Kritik Anlass: Sie bewirkt ja, dass ein einmal eingegangener Vertrag häufig ohne Vorwarnung und ohne Begründung aufgelöst werden kann. Dadurch erlöschen die gegenseitigen Ansprüche per sofort, das heisst, der Honoraranspruch des Lehrers bezieht sich nur auf die bereits erteilten Stunden.

Vorbehalten bleibt die Auflösung zur Unzeit, das heisst, die Auflösung in einem ungünstigen Moment ohne sachliche Rechtfertigung, die der anderen Partei besondere Nachteile verursacht. In diesem Fall ist nicht nur das Honorar für die erteilten Stunden zu bezahlen, sondern es können auch Schadenersatzansprüche entstehen. Das setzt aber voraus, dass die betroffene Partei nicht selbst vertragliche Pflichten verletzt oder einen sachlich vertretbaren Grund zur Auftragsauflösung gesetzt hat. Schadenersatz ist unabhängig vom Verschulden für das sogenannte negative Vertragsinteresse geschuldet, das heisst, der Lehrer ist so zu stellen, als ob er den Vertrag mit dem Schüler gar nicht eingegangen wäre: Dazu gehören die Kosten des Vertragsabschlusses, die infolge der Auflösung unnütz gewordenen Dispositionen (Miete von Räumlichkeiten und Apparaturen), die Generalunkosten bei technischen Vorbereitungen und ausnahmsweise der entgangene Gewinn, wenn andere entgeltliche Aufträge nachweisbar abgelehnt wurden und eine Wettmachung durch neue Aufträge nicht möglich ist (Ablehnung anderer Schüler, um den Platz für den kündigenden Studenten freizuhalten). Der entgangene Gewinn widerspiegelt sich also in der mangelnden Kompensationsmöglichkeit.

Fazit: Der Schüler darf jederzeit den Privatlehrervertrag mit dem Musiklehrer künden. Der Musiklehrer hat nur Anrecht auf das Honorar für die bisher erteilten Stunden. Allfällige Vereinbarungen von Kündigungsfristen und Terminen sind kraft zwingender gesetzlicher Bestimmung unwirksam. Nur bei Kündigung zur Unzeit hat der Musiklehrer das Recht auf Schadenersatz.

18. Wann ist Üben eine Lärmbelästigung?

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Gilt das Üben/Musizieren während rund zweier Stunden pro Tag als übermässige Immission gegenüber den andern Mietern, wenn die Ruhezeiten tags- und nachtsüber eingehalten werden?

Antwort Dr. Kovacs:

Art. 257 f. Abs. 2 OR (Schweizerisches Obligationenrecht) bestimmt, dass der Mieter einer unbeweglichen Sache auf Hausbewohner und Nachbarn Rücksicht nehmen muss. Verletzt der Mieter trotz schriftlicher Mahnung des Vermieters seine Pflicht zur Sorgfalt oder Rücksichtnahme weiter, sodass dem Vermieter oder den Hausbewohnern die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist, so kann der Vermieter fristlos, bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen, auf Ende eines Monats kündigen.

Der Umfang dieser Rücksichtnahmepflicht der Mieter ergibt sich regelmässig zusätzlich aus den vertraglichen Vereinbarungen im Mietvertrag sowie aus den Hausordnungen, sofern diese Vertragsbestandteil geworden sind.

Nicht jede Beeinträchtigung des ungestörten Wohngenusser der Mitmieter stellt eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht dar. Vielmehr haben die Mieter eines Mehrfamilienhauses duldsam zu sein und die sich aus dem üblichen Gebrauch der Mietsache durch die Mitmieter ergebenden Beeinträchtigungen und Einschränkungen in Kauf zu nehmen. Die Annahme einer Rücksichtnahmepflichtverletzung erfordert somit eine über das übliche Mass hinausgehende Beeinträchtigung der Mitmieter. Handelt es sich lediglich um den vertragsgemässen Gebrauch der Wohnung, so sind die damit verbundenen Unannehmlichkeiten für andere unvermeidlich und daher hinzunehmen. Insbesondere sind die Wohngeräusche der Mitmieter, wie das Musizieren, zu den durch den Mietvertrag und die Hausordnung zugelassenen Zeiten in moderater Lautstärke zulässig.

Diese Begriffe (übermässige Einwirkungen, moderate Lautstärke etc.) sind nicht klar umrissen, sondern bieten immer Ermessensspielraum. Daher kann keine allgemein gültige zahlenmässige Antwort für die Zulässigkeit des Musizierens abgegeben werden. Vielmehr wird grundsätzlich auf den normalen durchschnittlichen Mieter mit durchschnittlichen Bedürfnissen im durchschnittlichen Haus abgestellt. Hiernach wird aber auch die Besonderheit einer besonders hellhörigen Bauweise respektive einer speziellen Empfindlichkeit von Nachbarn in die Beurteilung miteinbezogen. Desgleichen ist der Ortsgebrauch und die allgemeine Lärmbelastung relevant.

Fazit: Als Faustregel kann gesagt werden, dass das Musizieren/Üben auf einem Musikinstrument ausserhalb der Ruhezeiten vormittags und nachmittags für je eine Stunde als sicher zulässig betrachtet werden kann. Sind die Übungszeiten wesentlich länger oder wird aneinander an einem längeren Stück geübt oder ist das Instrument besonders schrill und durchdringend oder ist das Haus besonders hellhörig, so bedeutet dies für den Musiker, dass er sich nach einem speziellen Übungsraum umzusehen hat. Desgleichen kann er sich aber auch mit den Nachbarn in Verbindung setzen und entsprechende Übungszeiten (während Abwesenheiten der Nachbarn oder nach deren Wünschen) vereinbaren. Wichtig ist, dass vor dem Eskalieren von Unstimmigkeiten, insbesondere vor dem Gang eines Mieters zum Vermieter respektive zum Gericht, eine einvernehmliche Lösung angestrebt wird nach dem Motto «Leben und leben lassen im gemeinsamen Wohnhaus» ...

19. Unfall auf dem Arbeitsweg – bin ich bei einem Teilzeitpensum versichert?

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Ich bin bei mehreren Musikschulen je teilzeitlich als Flötenlehrerin tätig. Ich bin auf dem Arbeitsweg mit dem Velo verunfallt. Nun stellt sich die Musikschule auf den Standpunkt, dass Mitarbeiter im Teilzeitpensum nicht unfallversichert sind und schon gar nicht für Unfälle ausserhalb der Musikschule Leistungen beanspruchen können.

Wie sieht die Rechtslage aus? Kann ich trotzdem Leistungen beanspruchen?

Antwort Dr. Kovacs:

Die Zahl der Musiklehrer, die an zahlreichen Stellen in einem Teilzeitpensum beschäftigt sind, nimmt stetig zu. Deshalb gibt es auch vermehrt Fälle, in denen sich bei einem Unfall derartige Fragen stellen.

Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer sind gegen Berufsunfälle versichert. Zudem sind sie bei einer wöchentlichen Arbeitszeit bei einem Arbeitgeber von mindestens 8 Stunden auch gegen Nichtberufsunfälle versichert. Arbeitet der Arbeitnehmer dagegen bei zwei Arbeitgebern je weniger als 8 Stunden, insgesamt aber mehr als 8 Stunden pro Woche, so ist er gegen Nichtberufsunfälle nicht obligatorisch versichert. Beschäftigungen bei mehreren Arbeitgebern werden nämlich nicht zusammengezählt, wenn die minimal erforderliche Stundenzahl berechnet wird. Ist die minimale Beschäftigungszeit pro Arbeitgeber nicht erreicht, wird bei diesem auch keine Prämie für Nichtberufsunfälle erhoben und der Arbeitnehmer ist für Nichtberufsunfälle nicht dem UVG unterstellt und kann sich nur privat gegen Nichtberufsunfälle versichern. Umgekehrt genügt es, dass eines von mehreren Arbeitsverhältnissen mindestens 8 Stunden pro Woche beträgt, damit der Arbeitnehmer auch gegen Nichtbetriebsunfälle versichert ist und zwar für alle Lohnausfälle zusammengezählt.

Bei einem Unfall auf dem Arbeitsweg stellt sich die Frage, ob dies einen Betriebsberufsunfall oder ein Nichtberufsunfall darstellt: Als Arbeitsweg wird die Strecke zwischen dem Wohnort und dem Arbeitsort des Versicherten definiert. Grundsätzlich muss der kürzeste Weg ohne Unterbruch zurückgelegt werden. Indessen wird von der Rechtsprechung auch eine geringfügige Unterbrechung von maximal einer Stunde toleriert, wenn kleinere Besorgungen unterwegs erledigt werden, ohne dass damit der Arbeitsweg grundlegend geändert würde. Werden aber Abstecher gemacht, die den Arbeitsweg wesentlich verändern oder verlängern, so gilt ein Unfall nicht mehr als Berufsunfall, da der Arbeitsweg verlassen wurde. Bei Unfällen bei derartigen Abstechern sind daher nur Arbeitnehmer versichert, die auch gegen Nichtberufsunfall versichert sind.

Im konkreten Fall des ratsuchenden SMPV-Mitgliedes handelt es sich um einen Velounfall auf dem direkten Arbeitsweg vom Wohnort zur Musikschule. Die Musikschulleitung derjenigen Musikschule, zu der der Arbeitsweg führte, muss daher im Rahmen der Berufsunfallversicherung den Schaden bei der Unfallversicherung geltend machen. Gleichzeitig schuldet die Musikschule den Arbeitslohn des verunfallten Lehrers wegen unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung gleich wie bei Erkrankung der Lehrkraft. In dem Mass, in dem der Arbeitgeber diese Leistungen ausrichtet, ist er berechtigt, auf die Leistungen der Berufsunfallversicherung Rückgriff zu nehmen. Dies deshalb, damit die Auszahlung an den Arbeitnehmer nicht doppelt erfolgt.

Wäre demgegenüber der Arbeitnehmer von seinem Arbeitsweg massgeblich abgewichen, sodass der Fall als Nichtberufsunfall behandelt worden wäre, so wäre er nur versichert gewesen, wenn er bei einem der Arbeitgeber mehr als 8 Stunden pro Woche gearbeitet hätte. Wäre keine Deckung vorhanden gewesen, so wäre nach wie vor die beschränkte Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers zu beachten gewesen: Jeder Arbeitgeber ist nämlich verpflichtet, seinem Arbeitnehmer während seiner unverschuldeten Arbeitsverhinderung während einer beschränkten Zeit, je nach der Anzahl Dienstjahre, den vollen Lohn zu bezahlen.

Fazit und Antwort auf die gestellte Frage: Der Unfall auf dem direkten Arbeitsweg gilt als Berufsunfall. Der Musiklehrer erhält daher Deckung von der Berufsunfallversicherung der Musikschule, auch wenn er sich nicht im Gebäude der Musikschule befunden hat.

20. Keine Freibeträge mehr für Kunst- und Kulturschaffende bei den Sozialversicherungsbeiträgen

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Ich verdiene bei meiner Musikschule nur etwa CHF 2'000.-. Ich habe gehört, dass derart kleine Verdienste vom Arbeitgeber gegenüber der Ausgleichskasse nicht abzurechnen sind und keine Sozialabzüge erfolgen. Stimmt das?

Antwort Dr. Kovacs:

Die von Ihnen geschilderte Rechtslage ist bis 31. Dezember 2009 richtig. Ab 1. Januar 2010 gilt jedoch neu folgendes:

Die Abgabefreiheit gilt für geringfügige Entgelte bis CHF 2'200.- grundsätzlich weiter. Im Normalfall wird daher nur auf Antrag des Arbeitnehmers bei derart kleinen Löhnen mit der Ausgleichskasse abgerechnet.

Indessen gilt neu ab 1. Januar 2010 diese Regelung für die Branche der Kunst- und Kulturschaffenden nicht mehr, um deren soziale Sicherheit zu verbessern. Es gibt keinen Freibetrag mehr. Neu müssen alle Entgelte der Mitarbeiter von Theater, Fernsehen, Radio oder Schulen im künstlerischen Bereich mit der Ausgleichskasse abgerechnet werden. Die Arbeitgeber müssen daher ab nächstem Jahr auch Arbeitnehmer mit geringfügigen Entschädigungen in der genannten Branche bei der AHV- Ausgleichskasse anmelden und deren Löhne in der Jahresabrechnung angeben.

Durch diese neue Regelung fallen die Kunst- und Kulturschaffenden nicht mehr durch die Maschen der AHV-Gesetzgebung und können auch Guthaben für das Alter äufnen. Kontrollieren Sie daher Ihre Lohnabrechnungen ab 1. 1. 2010, ob der Arbeitgeber die Sozialabzüge richtig vorgenommen hat, damit Sie im Alter besser gestellt sind.

21. Sind Provisionen für Musiklehrer beim Instrumentenkauf von Schülern legal?

Frage eines SMPV-Mitgliedes:

Wir haben in einem Fachgeschäft ein Instrument für CHF 10'000.- für unser Kind gekauft. Der Musiklehrer hat uns dabei beraten. Im Nachhinein haben wir herausgefunden, dass der Musiklehrer dafür eine Provision von 10% des Instrumentenwertes vom Musikgeschäft bekommen hat, das heisst, CHF 1'000.- für eine weniger als einstündige Beratung. Ist das legal?

Antwort Dr. Kovacs:

1. Es gehört zu den Aufgaben eines Musiklehrers, seinen Schüler bei einem Instrumentenkauf zu unterstützen. Weder der Schüler, noch seine Eltern haben in der Regel das nötige Fachwissen um die Qualität und den Wert eines Instrumentes abschätzen zu können. Sie wissen auch nicht, welche Art Instrument für einen bestimmten Schüler notwendig und sinnvoll sein könnte. Sie sind daher regelmässig froh, wenn der Musiklehrer bei einem Instrumentenkauf mitkommt. Dies machen viele Musiklehrer kostenlos im Rahmen ihres Lehrauftrags, andere Musiklehrer werden im Stundenansatz für ihre Beratertätigkeit beim Instrumentenkauf entschädigt.
2. Es ist ebenfalls gang und gäbe, dass Fachgeschäfte bei einem Instrumentenkauf dem Musiklehrer für die Vermittlung eine Provision auszahlen. Dieser ist in der Regel prozentual vom gekauften Instrumentenpreis berechnet.
3. Diese Tatsache kann dazu führen, dass der Musiklehrer allenfalls nicht mehr neutral beraten könnte, sondern ein eigenes Interesse daran haben könnte, eher teure Instrumente zu vermitteln und bei jenen Geschäften einkaufen zu lassen, die eine hohe Vermittlerprovision versprechen. Damit ist eine Interessenkollision zwischen dem Schüler, der ein qualitativ hochwertiges, aber möglichst günstiges Instrument kaufen will, und dem Lehrer, der eine möglichst hohe Provision erringen will, vorprogrammiert.
4. In rechtlicher Hinsicht wird der Musiklehrer in seiner Beraterstellung als Beauftragter des Schülers, respektive seiner Eltern, betrachtet. Er haftet dem Auftraggeber für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts und ist an die Weisungen des Auftraggebers gebunden. Soll der Musiklehrer auch den Abschluss des Instrumentenkaufvertrages vermitteln, so wird er als Mäkler tätig.

Grundsätzlich ist es einem Lehrer als Mäkler nicht verboten, für beide Parteien, den Schüler und das Geschäft, tätig zu sein und sich von beiden eine Vergütung versprechen zu lassen.

Verboten ist aber eine Tätigkeit für beide Parteien dann, wenn eine Interessenkollision entstehen kann. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die Vermittlungstätigkeit auch darin besteht, die Qualität und den Preis für das zu vermittelnde Geschäft mit festzulegen. Dabei erwartet der Schüler vom Lehrer regelmässig, dass dieser einen möglichst vorteilhaften Preis für ihn erzielt. Für das Geschäft und den Lehrer ist es dagegen vorteilhaft, wenn ein möglichst hoher Preis erzielt wird. Die Interessenkollision ist offensichtlich.

In einem derartigen Fall hat der beauftragte Lehrer seinen Schüler so früh wie möglich über seine Doppelstellung aufzuklären. Das heisst, dass der Musiklehrer den Schüler, respektive dessen Eltern offen legen muss, dass er für die Vermittlung eines Instrumentes vom Fachgeschäft verprovisioniert wird und wie diese Provision berechnet wird. So weiss der Schüler, dass er zwar einen fachkundigen Berater bei sich hat, dieser aber ein eigenes Interesse am Abschluss und den Modalitäten des Geschäftes hat. Wünscht er die Beratung durch den Musiklehrer trotzdem, so hat er dies im Wissen um dessen eigene Interessen getan und wird nicht hintergangen.

Verletzt der Lehrer seine Treupflichten, indem er trotz Interessenkollision für beide Parteien tätig wird und dies nicht offenlegt, verwirkt er seinen Anspruch auf die Provision und den Ersatz seiner Aufwendungen. Übersteigt der Schaden des Auftraggebers die Provision und den Aufwendungsersatz, so hat der Lehrer auch diesen zu ersetzen. Desgleichen muss der so handelnde Musiklehrer gewärtigen, dass das Vertrauen seines Schülers in ihn erlischt und er sogar den ganzen Unterrichtsauftrag verliert. Die fristlose Kündigung eines Unterrichtsauftrages wegen eines derartigen treuwidrigen Verhaltens des Musiklehrers ist nämlich ohne weiteres rechters.

22. Musikunterricht in Mietwohnung

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Ich habe per eingeschriebenem Brief eine Abmahnung der Hausverwaltung erhalten, die mir die Kündigung androht, wenn ich weiterhin Musikunterricht in meiner Mietwohnung erteile. Das Spezielle daran ist, dass ich diesen Musikunterricht absolut lautlos mit einem E-Piano mit Kopfhörern erteile, sodass ich damit gar niemanden störe. Muss ich diese Mahnung ernst nehmen?

Antwort Dr. Kovacs:

Grundsätzlich muss jede Äusserung der Vermieterschaft (respektive der Liegenschaftsverwaltung) einer Mietwohnung ernst genommen werden.

Durch den Mietvertrag erhält der Mieter die Räumlichkeiten zu einem bestimmten Gebrauch und zahlt den Mietzins dafür. Dabei wird unterschieden, ob die Räumlichkeiten als Wohn- und/oder Geschäftsräume gemietet werden. Je nach Zweck der Miete dürfen die Räumlichkeiten verschieden benutzt werden.

Wenn die Räumlichkeiten als Wohnung gemietet werden, so kann der Mieter privat für sich musizieren, üben, Musik hören etc., soweit er sich an die gesetzlichen und vertraglichen Ruhezeiten hält (Vergleiche dazu auch den Artikel in der Broschüre „Aus der Rechtsberatungspraxis des Schweizerischen Musikpädagogischen Verbandes SMPV“ Ziff. 18 Seite 24 „Wann ist üben eine Lärmbelästigung?“). Demgegenüber muss weder die Vermieterschaft noch die Nachbarschaft die Erteilung von Musikstunden tolerieren. Wenn trotzdem Musikstunden erteilt werden, so läuft der Mieter Gefahr, von der Vermieterschaft wegen unbewilligter Umnutzung ein Verbot des Unterrichts unter Kündigungsandrohung und bei Nichtbefolgung dieses Verbots die Kündigung zu erhalten. Dies kann selbst dann erfolgen, wenn keinerlei Lärm von den Unterrichtsstunden ausgeht, zumal der vertragliche Nutzungszweck als Wohnung verbindlich vereinbart ist und daher von der Vermieterschaft durchgesetzt werden kann.

Neben dieser privatrechtlichen Problematik ist auch die öffentlich-rechtliche Problematik zu beachten: Grundsätzlich ist die Nutzung von Wohnraum als Gewerberaum eine baurechtlich beachtliche Umnutzung. Sie muss daher zonenkonform sein (das heisst, die Bau- und Zonenordnung muss ein Gewerbe zulassen). Die Umnutzung bedarf sogar streng rechtlich betrachtet einer entsprechenden Bewilligung der Baubehörden.

Als Fazit ist daher festzuhalten, dass die Unterrichtserteilung in Räumlichkeiten, die als Wohnung gemietet wurden, unzulässig ist und daher von der Vermieterschaft verboten, respektive mit einer Kündigung sanktioniert werden kann. Um sich davor zu schützen, wird der Musiklehrerschaft dringend empfohlen, schon beim Einzug in eine Wohnung diese zu Wohn- und Geschäftszwecken zu mieten.

23. Organisieren der Stellvertretung

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Ich arbeite seit 10 Jahren an einer Musikschule. Ich habe mir vor einer Woche einen komplizierten Beinbruch zugezogen und werde die nächsten Wochen nicht arbeiten können. Die Musikschule hat mich angerufen und mitgeteilt, ich müsse dafür sorgen und zahlen, dass eine Vertretung bis zu meiner Rückkehr vorhanden sei. Ich habe nun eine Kollegin mit meiner Vertretung betraut. Bin ich wirklich verpflichtet, meine Vertretung zu organisieren und zu zahlen?

Antwort Dr. Kovacs:

Nein, hier ist die Musikschulleitung im Unrecht. Sie sind in einem Anstellungsverhältnis mit der Musikschule, was rechtlich als Arbeitsvertrag gilt und den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen im Obligationenrecht (OR) untersteht. Danach hat jeder Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten etc., für eine beschränkte Zeit den darauffallenden Lohn zu entrichten, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als 3 Monate gedauert hat oder für mehr als 3 Monate eingegangen ist. Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen und auf dessen Gesundheit gebührende Rücksicht zu nehmen.

Das heisst, dass sie nach einem Unfall für eine beschränkte Zeit, die je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses und kantonal variiert, zu Hause bleiben können, den Lohn weiter erhalten und vor Kündigung eine gewisse Zeit geschützt sind. Die Organisation des Arbeitsbetriebes hat die Arbeitgeberschaft vorzunehmen, sodass sie für die Zeit des Ausfalls eines Arbeitnehmers die Vertretung zu organisieren und selbst zu bezahlen hat. Wäre dies anders, wäre durch die Pflicht, eine Vertretung zu suchen, die Persönlichkeit des kranken Arbeitnehmers verletzt und für den Fall der Zahlungspflicht für eine Vertretung, wäre die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers dadurch ausgehöhlt, dass der erkrankte Arbeitnehmer den so erhaltenen Lohn direkt an eine Vertretung weiterleiten müsste und damit für die Zeit seiner Krankheit leer ausginge.

Das Verhalten ihrer Musikschule ist damit unrechtmässig. Ich empfehle Ihnen daher, den Musikschulleiter hierauf hinzuweisen, die Auszahlung des Lohns an Sie für die Zeit Ihrer Krankheit zu verlangen und die direkte Entlohnung der Vertretung durch die Musikschule durchzusetzen.

24. Erteilung Privatunterricht/Angestellt an Musikschule

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Darf eine Musiklehrperson, die an einer Schule angestellt ist, privat Unterricht erteilen?

Antwort Dr. Kovacs:

Grundsätzlich gilt die Wirtschaftsfreiheit für Musiklehrer, die in der Bundesverfassung verankert ist. Dabei gibt es jedoch auch gesetzliche Einschränkungen. Diese hängen davon ab, ob der Musiklehrer an einer öffentlich-rechtlich reglementierten Schule oder an einer privatrechtlichen organisierten Schule angestellt ist. Wenn es sich um eine Schule gemäss öffentlichem Recht handelt, so sind die jeweiligen kantonalen und kommunalen Gesetze und Verordnungen massgeblich, die in der Schweiz für jedes Gemeinwesen zum Teil vollkommen unterschiedliche Regelungen aufstellen. Daher kann für die öffentlichen Schulen hier keine generelle Antwort gegeben werden.

Für die privatrechtlichen Schulen gilt für die Anstellungsverhältnisse Folgendes:

Grundsätzlich gehen die vertraglichen Regelungen einschliesslich der dort integrierten Reglemente den nicht zwingenden gesetzlichen Regelungen vor. Daher sind vorerst der Vertrag und die Reglemente der Musiklehrer zu analysieren. Wenn dort nichts geregelt ist, so gelten die Regelungen des OR (Schweizerisches Obligationenrecht). Art. 321a OR bestimmt, dass der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen hat und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers wahren muss. Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treupflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert.

Aus den einschlägigen Kommentaren und der Gerichtspraxis folgt Folgendes: Nicht jede entgeltliche Arbeit für Dritte ist verboten, sondern nur jene, die der Treupflicht widerspricht. Das wichtigste Beispiel ist die Konkurrenzierung des Arbeitgebers, das heisst das Anbieten gleichartiger Leistung, welche das gleiche Kundenbedürfnis befriedigen respektive einen mindestens teilweise überschneidenden Kundenkreis betreffen. Geht ein Arbeitgeber ein Teilzeit Arbeitsverhältnis ein, bei dem er nach den Umständen damit rechnen muss, dass der Arbeitnehmer auch bei oder für Konkurrenten für den gleichen Kundenkreis arbeitet, stimmt er einer Einschränkung der Treupflicht stillschweigend zu. Die Praxis ist hier allerdings streng und lässt derartige Konkurrenzierungen nur zu, wenn ein wesentlicher Interessenkonflikt ausgeschlossen werden kann. Je nach der Treupflichtverletzung, kann eine solche zu Abmahnungen, ordentlicher oder sogar zu fristloser Kündigung führen. Zusätzlich können Schadenersatzpflichten dazu kommen, die zur Herausgabe des gesamten Gewinns aus den Konkurrenzaktivitäten führen können.

Diese Rechtslage führt konkret zu folgender Antwort auf die Frage:

Ein an privaten Schule angestellter Musiklehrer darf bei einer Vollzeitarbeit (100%) auf keinen Fall nebenbei Privatunterricht erteilen. Bei einer teilzeitlichen Anstellung ist je kleiner das Arbeitspensum ist, davon auszugehen, dass der Arbeitgeber weiss oder wissen muss, dass der Musiklehrer für seinen zusätzlichen Lebensunterhalt an anderen Stellen arbeiten muss. Das ist grundsätzlich erlaubt.

Indessen ist eine Konkurrenzierung des Arbeitgebers bei solch einer anderen Arbeit, wie Privatunterricht für denselben Kundenkreis (z.B. Erwachsenenunterricht privat neben einer Musiklehrerstelle, wo ebenfalls Erwachsene unterrichtet werden) auf Grund der Treupflicht nicht erlaubt. Daher empfehle ich dringend, bei Privatunterricht neben einer Musikschulanstellung, dies mit dem Musikschulleiter zu besprechen und eine schriftliche Abmachung zu treffen, aus der beweisbar hervorgeht, dass der Musikschulleiter über die Privatunterrichtstätigkeit informiert wurde und diese genehmigt hat. Anders sieht die Lage aus, wenn an

einer Musikschule nur Jugendliche/Kinder unterrichtet werden und der Privatunterricht nur für Erwachsene angeboten wird. Dann liegt keine konkurrenzierende Tätigkeit vor und diese ist bei einer Musiklehrtätigkeit ohne weiteres erlaubt. Selbstverständlich muss der Privatunterricht in allen Fällen in privaten Räumlichkeit stattfinden, das heisst Schulräume dürfen nie ohne spezielle Zustimmung (z.B. Mietvertrag) der Schule benutzt werden. Desgleichen darf keine Werbung für die eigene Privattätigkeit in der Schule ohne Zustimmung der Schulleitung gemacht werden.

25. Einsetzung Lehrervertretung

Frage eines SMPV-Mitglieds:

Kann von einer Musikschule die Einsetzung einer Lehrervertretung verlangt werden?

Antwort Dr. Kovacs:

Die öffentlich rechtlich organisierten Musikschulen unterstehen den jeweiligen kantonalen und gemeinderechtlichen Regelungen. Diese sind in der Schweiz zahlreich und sehr unterschiedlich, sodass hier keine allgemein gültige Antwort gegeben werden kann, sondern nur einzelne konkrete Fällen untersucht werden könnten.

Die privatrechtlich organisierten Musikschulen dagegen unterstehen den bundesrechtlichen Regelungen.

Das Mitwirkungsgesetz (MwG) (Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und -nehmer in den Betrieben, Mitwirkungsgesetz vom 17. 12. 1993, SR 822.14) bestimmt Folgendes: Das Mitwirkungsgesetz gilt für alle privaten Betriebe, die ständig Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigen. Gemäss Art. 3 MwG könne Arbeitnehmer in Betrieben mit mindestens 50 Arbeitnehmerinnen und -nehmer aus ihrer Mitte mindestens eine oder mehrere Vertretungen bestellen. Gemäss Art. 5 MwG ist auf Verlangen von 1/5 der Arbeitnehmerschaft in einer geheimen Abstimmung festzustellen, ob eine Mehrheit der Stimmenden sich für eine Vertretung ausspricht. Befürwortet die Mehrheit der Stimmenden eine Arbeitnehmerversammlung, so ist die Wahl zwingend durchzuführen und diese wird gemeinsam von Arbeitnehmer und -geberseite organisiert. Die Grösse der Vertretung wird von der Arbeitgeber und -nehmerseite gemeinsam festgelegt. Dabei ist der Grösse und der Struktur des Betriebs angemessen Rechnung zu tragen. Die Vertretung besteht aus mindestens 3 Personen (Art. 7 MwG). Die Arbeitnehmerversammlung nimmt gegenüber der Arbeitgebervertretung die Interessen der Arbeitnehmerschaft wahr. Sie informiert letztere regelmässig über ihre Tätigkeit (Art. 8 MwG). Die Arbeitnehmerversammlung hat Anspruch auf rechtzeitige und umfassende Information über alle Angelegenheiten, deren Kenntnis Voraussetzung für eine ordnungsgemässe Erfüllung ihrer Aufgabe ist. Die Arbeitgeberschaft hat die Arbeitnehmerversammlung mindestens einmal jährlich über die Auswirkungen des Geschäftsganges auf die Beschäftigung und die Beschäftigten zu informieren (Art. 9 MwG). Die Arbeitgeberschaft und die Arbeitnehmerversammlung arbeiten in betrieblichen Angelegenheiten nach dem Grundsatz des Treu und Glaubens zusammen. Die Arbeitnehmerversammlung wird von Arbeitgeberseite in ihrer Arbeit unterstützt. Die Arbeitgeberschaft hat ihr im nötigen Umfang Räume, Hilfsmittel und administrative Dienstleistung zur Verfügung zu stellen (Art. 11 MwG).

Das Fazit ist, dass an Musikschulen mit mindestens 50 Arbeitnehmern zwingend aufgrund des Mitwirkungsgesetzes die Einsetzung einer Arbeitnehmerversammlung gefordert werden kann (Art. 3 i.V.m. Art. 2 MwG).

26. Pensenreduktion kurz vor der Pensionierung – muss ich mir das gefallen lassen?

Frage eines SMPV-Mitgliedes:

Ich bin seit vielen Jahren bei meiner Musikschule angestellt. Jetzt stehe ich kurz vor der Pensionierung. Darf die Musikschule schon jetzt eine neue Lehrperson einsetzen und ihr alle Neuanmeldungen zuteilen?

Antwort Dr. Kovacs:

1. Vorab stellt sich die Frage, ob Sie bis anhin gemäss Ihrem Arbeitsvertrag oder kraft vorbehaltslosem Gewohnheitsrecht ein Anrecht auf alle Neuanmeldungen haben. Dies ist anhand Ihres Arbeitsvertrages, allfälliger Reglemente und der konkreten Handhabung der bisherigen Zuteilung von Neuanmeldungen zu prüfen.
2. Wenn Sie kein arbeitsvertragliches oder gewohnheitsrechtliches Anrecht auf Zuteilung aller Neuanmeldungen haben, so ist es ohne weiteres zulässig, die Neuanmeldungen vor Ihrer Pensionierung einer neuen Lehrperson zuzuteilen.
3. Wenn Sie ein Anrecht auf die Neuanmeldungen haben, gilt folgendes:
 - Die Zuteilung an eine neue Lehrperson ist als Teilkündigung Ihres Arbeitsvertrages zu betrachten. Diese muss form- und termingerecht gemäss Arbeitsvertrag erfolgen. Ist dies der Fall, so unterliegt die Kündigung durch den Arbeitgeber grundsätzlich keiner Beschränkung, insbesondere ist er in der Begründung einer Teilkündigung frei.
 - Dabei ist der Arbeitgeber aber im Rahmen der Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer gehalten, keine rechtsmissbräuchliche Kündigung auszusprechen. Ein derartiger Rechtsmissbrauch kann dann gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer jahrzehntelang klaglos für seinen Arbeitgeber tätig war und wenige Monate vor seiner ordentlichen Pensionierung gekündigt wird. Dann hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbusse zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rufen. Dabei hat eine Interessenabwägung statt zu finden, wobei das Interesse des älteren Arbeitnehmers, der kurz vor der Pensionierung keine Stelle mehr finden wird, schwer wiegt. Wenn ihm aber ein Fehlverhalten vorgeworfen werden kann, ist unter Umständen das berechtigte Interesse des Arbeitgebers an der Entlassung höher. Desgleichen kann aus sachlichen Gründen, wie der rechtzeitigen Neueinführung einer Lehrkraft die Teilkündigung angebracht sein.
 - Im vorliegenden Fall sind daher die Interessen der Beteiligten abzuwägen. Ihr Interesse als langjährige, klaglose Lehrkraft wiegt schwer. Das Interesse der Neuschüler an der Kontinuität der Lehrperson ist auch beachtlich, wobei es aber auch durchaus sinnvoll sein kann, dass ein Schüler mehrere Lehrpersonen «durchläuft» und verschiedene Techniken kennenlernen kann. Daher gewichte ich Ihr Interesse grundsätzlich höher, was aber von einem Gericht durchaus auch anders beurteilt werden könnte. Es handelt sich hier um eine Ermessensangelegenheit, die schwer vorzusagen ist.
 - Ich rate daher zu einer ausgewogenen, vermittelnden Lösung, worauf aber kein Rechtsanspruch besteht, sondern die Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und -nehmer nötig wäre: Grundsätzlich sollen alle Neuanmeldungen an die bestehenden, klaglosen Lehrkräfte zugeteilt werden. Sollte aber ein neuer Schüler ausdrücklich die Zuteilung an den künftigen Neulehrer wünschen, ist diesem Wunsch Folge zu leisten. Sollte die Lehrkraft die Zuteilung an die neue Lehrkraft wünschen, ist dies

ebenfalls zu berücksichtigen. Grundsätzlich sollte der vor der Pensionierung stehenden, langjährigen und klaglos arbeitenden Lehrperson aber das Durchschnittspensum der letzten 3 Jahre für das letzte Arbeitsjahr garantiert werden, um plötzliche, nicht mehr ausgleichbare Lohneinbussen zu vermeiden.

- Wenn keine derartige Vereinbarungslösung gefunden wird, bleibt dem Arbeitnehmer entweder die Akzeptierung des Arbeitgeberentscheides oder aber er kann sich zur Wehr setzen. Dazu muss er innert der Kündigungsfrist schriftlich protestieren und innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Entschädigung beim Arbeitsgericht einklagen. Dieses kann die Kündigung nicht rückgängig machen, aber eine angemessene Entschädigung von höchstens 6 Monatslöhnen zulasten des Arbeitgebers festsetzen. Dadurch wäre das finanzielle Interesse des Arbeitnehmers auch gewahrt.

27. Muss ich mir Aufnahmen von Aufführungen und deren Upload gefallen lassen?

Frage eines SMPV-Mitgliedes:

Anlässlich der Vortragsübung an einer Musikschule hat eine Mutter mit ihrem Smartphone eine Ton- und Bildaufnahme der gesamten Vortragsübung erstellt und später auf YouTube gestellt. Darf sie das?

Antwort Dr. Kovacs:

Diese alltägliche Rechtsfrage in unserer vom Internet bestimmten Welt hat mehrere Facetten, die nachfolgend kurz beleuchtet werden:

1. Das **Persönlichkeitsrecht** besagt, dass jede Verwendung einer Persönlichkeit, sei es in Bild, Ton oder anderer Ausgestaltung, widerrechtlich ist, es sei denn, dass sie durch Einwilligung des Betroffenen, ein überwiegendes Interesse oder durch das Gesetz gerechtfertigt wäre. Eine Ausnahme besteht für Aufnahmen, die eine Menschenmenge zeigen, in der der betroffene Einzelne nicht erkennbar ist. Auf die vorliegende Frage bezogen heisst das, dass die Ton-Bild-Aufnahme bei einer Konzertaufführung schon aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen ohne Einwilligung der Auftretenden widerrechtlich ist und damit verboten werden kann. Nachdem nun schon die Aufnahme geschehen ist, kann bei die Löschung auf dem Smartphone und in YouTube gefordert werden. Wenn dies nicht auf friedlichem Wege geschieht, klageweise kann dies gerichtlich durchgesetzt werden.

2. Das **Urheberrecht** schützt unter anderem Urheber und Interpreten von Werken der Kunst. Dieser Schutz erstreckt sich unter anderem darauf, dass allein der Urheber, respektive der Interpret, das Recht hat zu bestimmen, ob, wann und wie ein Werk verwendet wird, insbesondere aufgeführt, gesendet oder anderswie wahrnehmbar gemacht wird. Das Hochladen von Inhalten, zum Beispiel in einen YouTube-Kanal, gibt die Möglichkeit des Abrufens des zur Verfügung gestellten Inhaltes für Dritte und ist Inhalt des alleinigen Rechts des Urhebers, respektive des Interpreten des Werkes, darüber zu entscheiden. Haben mehrere Personen an einer Darbietung künstlerisch mitgewirkt, so steht ihnen dieses Schutzrecht prinzipiell gemeinschaftlich zu, das heisst, jeder Einzelne muss mit einer Aufnahme und dem Hochladen einverstanden sein. Bei einer Chor-, Orchester- oder Bühnenaufführung ist für eine Verwendung der Darbietung aber nur die Zustimmung der Solisten, der Dirigenten, des Regisseurs und der Vertretung der mitwirkenden Künstlergruppe, respektive des Leiters der Künstlergruppe (Chor- oder Orchesterleiter), erforderlich. Betreffend die aufgeführten Werke ist zusätzlich die Einwilligung des Urhebers und/oder eines Verlages, respektive Bearbeiters oder Arrangeurs, die weniger als 70 Jahre verstorben sind, nötig. Häufig werden diese von der SUISA vertreten, sodass vorab dort anzufragen ist.

3. **Das Fazit** ist, dass die Einwilligung aller an der Aufführung Beteiligten für die Aufnahme und den Upload in einen YouTube-Kanal nötig sind. Selbst dann, wenn es sich nur um eine Aufnahme zum Privatgebrauch handelt, das heisst, nicht für einen Upload, so ist trotzdem aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen die Einwilligung aller erkennbaren Personen notwendig.

Aus diesem Grund ist bei Aufführungen eine ausdrückliche Vereinbarung über allfällige Aufnahmen und über einen Upload von grossem Nutzen, da das Einholen der Zustimmung aller Beteiligten aufwendig ist.

Ich empfehle daher dringend, für sämtliche an Aufführungen Beteiligte beim Eintritt in einen Chor oder in ein Orchester oder bei der Verpflichtung als Solist, Dirigent oder Regisseur eine Vertragsklausel aufzunehmen, wonach sich der Betreffende damit einverstanden erklärt, dass Aufführungen mit Einverständnis des Leiters der Gruppe aufgenommen und ins Internet gestellt werden können. Idealerweise sollten auch gewisse Qualitätsstandards und die Orte des Uploads festgelegt werden, respektive unerwünschte Uploads auf bestimmte Medien oder Kanäle ausdrücklich ausgeschlossen werden. Auf diese Weise kommt man Missverständnissen und gar Klagen auf einfache Art und Weise zuvor.

Nicht zuletzt ist es aber auch Sache der Veranstalter von Aufführungen, dass sie alle Beteiligten und vor allem auch das Publikum darauf hinweisen, dass Bild-, Ton- und Tonbildaufnahmen verboten sind und den sofortigen Saalverweis unter Einleitung allfälliger rechtlicher Schritte zur Folge haben. Diesem Verbot muss auch konsequent Nachachtung verschafft werden, zumal das Publikum solche Verbote nur beachtet, wenn sie gegen alle durchgesetzt werden. Beginnt einer an einer Aufführung zu filmen, folgt häufig der nächste und so ist es Sitte, dass viele Aufführungen mit dem Smartphone mitgeschnitten werden und sofort auf dem Internet erscheinen, „weil es ja alle so machen“. Es ist daher wichtig, dass vor einer Aufführung diese Frage thematisiert wird, ob und wie man sich hier verhalten will, ob man ein Verbot aussprechen und durchsetzen will, oder ob es den Beteiligten einerlei ist, oder sogar erwünscht ist, wenn sie im Internet in Erscheinung treten.

Zu guter Letzt ist auch zu beachten, dass derartige Rechtsverletzungen irgendwann als genehmigt erscheinen, wenn die Verwendung des Smartphones, respektive der Upload ins Internet, bekannt sind, die Berechtigten aber nichts dagegen unternehmen. Das heisst, dass unerwünschte Aufnahmen und Uploads so rasch wie möglich unterbunden werden sollen um nicht den Anschein zu erwecken, dass dies geduldet oder gar erwünscht ist.

28. Wer haftet für ein gebrochenes Bein an einer Vortragsübung?

Frage eines SMPV-Mitgliedes:

Ich veranstalte als privater Musiklehrer immer wieder Vortragsübungen für meine Schüler. Natürlich werden so viel wie möglich Zuschauer eingeladen, damit eine Konzertatmosphäre entsteht. Nun hat sich beim letzten derartigen Event ein Zuschauer auf der Treppe bei einem unglücklichen Sturz das Bein gebrochen. Er will mich als Veranstalter dafür haftbar machen. Darf er das?

Antwort Dr. Kovacs:

Vortragsübungen sollen Freude an der Musik, die Leistung der Vortragenden und die pädagogischen Fähigkeiten der Musiklehrpersonen attraktiv vermitteln. Musikalische und soziale Aspekte, aber auch der Werbeeffekt solcher Events stehen im Vordergrund. Mögliche Risiken und deren Folgen werden leider häufig bei der Planung von Events ausser Acht gelassen und erst bei Eintritt eines Schadens wahrgenommen. Daher soll auf folgendes hingewiesen werden:

1. Grundsatz: Wer einen Schaden erleidet, trägt die Folgen grundsätzlich selbst.
2. Ausnahme: Aus bestimmten rechtlichen Gründen kann ein Schaden in finanzieller Hinsicht auf Dritte abgewälzt werden. So haften Dritte bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen aus Vertrag oder Delikt.
3. Die vertragliche Haftung: An einer Vortragsübung sind grob gesagt zwei Kategorien von Personen beteiligt:

- Die Mitwirkenden
- Die Zuschauer

Beide Kategorien sind durch Verträge mit dem Veranstalter/Lehrer verbunden. Das Schweizerische Obligationenrecht (OR) regelt die vertragliche Haftung in Art. 97 OR und hält fest, dass bei nicht oder nicht richtiger Erfüllung einer Verbindlichkeit der Verantwortliche für den daraus entstehenden Schaden Ersatz leisten muss, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

4. Die ausservertragliche Haftung (Deliktshaftung) wird in Art. 41 ff. OR geregelt und hält fest, dass ein Verantwortlicher gegenüber jedermann zu Schadenersatz verpflichtet ist, dem er widerrechtlich und schuldhaft Schaden zufügt.

Ausser in Fällen, in denen jemand ausdrücklich einer Schadenszufügung zustimmt (zum Beispiel bei ärztlichen Eingriffen), sind Personen- und Sachschäden regelmässig widerrechtlich und führen bei Verschulden zu einer Schadenersatzpflicht.

5. Fazit: Bei einer schuldhaften Verursachung eines Schadens ist eine Schadenersatzpflicht des Lehrers bei Vortragsübungen gegeben (aus Vertrag und aus Delikt).

6. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob der Lehrer allen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist, oder ob er ein Verschulden am Beinbruch des Zuschauers trägt. Dies kann nur anhand der konkreten Umstände beurteilt werden. Insbesondere wird sich die Frage stellen, ob der Zuschauer durch eigene Unachtsamkeit, wie Nichtbeachten einer Treppe, Herumtippen auf dem Handy während des Treppensteigens, etc. für den Unfall verantwortlich ist oder aber der Lehrer zum Beispiel durch eine ungenügende Beleuchtung des Zuschauerraumes, fehlende Geländer an Treppen, zu wenig Zeiteinräumung von der Pausenglocke bis zum Eventbeginn etc. für Unfälle die Schuld trägt. Im vorliegenden Fall ist es dem Musiklehrer glücklicherweise gelungen, nachzuweisen, dass der verunfallte Zuschauer während des Treppensteigens im Zuschauerraum an seinem Handy beschäftigt war. Das heisst, dass der Zuschauer den Unfall durch grobes

Selbstverschulden verursacht hat und nicht etwa der Eventveranstalter dafür verantwortlich gemacht werden konnte.

7. Was sollte bei Events zur Vermeidung einer Haftpflicht beachtet werden?

Der Lehrer prüft, welches Gefahrenpotential der Anlass bietet.

Das Gefahrenpotential soll verhindert werden: Professionell eingerichtete Eventlokalitäten, professionell aufgebaute Zuschauertribünen und Bühnen, professionelle Caterer für die Events.

Sind interne Verhältnisse an der Veranstaltung geklärt? Aufgaben und Kompetenzen unter Mitwirkenden und Helfern sollen eindeutig geregelt werden.

Wenn möglich sollen Haftpflichtversicherungen für die einzelne Veranstaltung oder aber generell für die berufliche Tätigkeit des Lehrers abgeschlossen werden.

Es sollte geklärt werden, ob die verunfallte Person allenfalls selbst eine Unfallversicherung abgeschlossen hat, durch die sie ohnehin gedeckt ist.

Ein einseitiger Haftungsausschluss mit Tafeln oder Plakaten «Für Unfälle wird nicht gehaftet» ist rechtlich nicht verbindlich.

Im vorliegenden Fall hatte der Musiklehrer Glück und musste keinen Schadenersatz leisten. Es ist aber zu beachten, dass derartige Events mit aller Sorgfalt zu veranstalten sind und aus rechtlichen Gründen die Beachtung aller Sorgfaltspflichten (Klärung des Schadenpotentials und Aufwendung aller zumutbaren Tätigkeiten, um einen Schaden zu vermeiden) beweisbar dokumentiert werden sollen. Nur so kann der Eventveranstalter im Schadenfall rechtsgültig beweisen, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last gelegt werden kann und damit eine Schadenersatzpflicht wegfällt.

29. Kündigungsschutz während eines Sabbaticals?

Frage eines SMPV-Mitgliedes:

Ich habe mir ein Sabbatical-Jahr gegönnt und dieses auf ausgedehnten Reisen durch Asien verbracht. Es hat mich vollkommen unerwartet getroffen, dass mir meine Musikschule gekündigt hat und meine Stelle schon während laufendem Urlaub neu besetzt hat. Kann ich mich dagegen wehren?

Antwort Dr. Kovacs:

Zahlreiche Arbeitnehmer geniessen während eines Sabbaticals eine längere Weiterbildung oder ruhen sich einfach aus. Dabei gehen sie davon aus, dass sie nach ihrer Rückkehr ihre alte Stelle wieder antreten können. Dass hier Vorsicht geboten ist, zeigt die vorliegende Frage eines Mitgliedes.

Ein Sabbatical ist rechtlich gesehen ein unbezahlter Urlaub. Das Arbeitsverhältnis dauert während des Urlaubs weiter an, zahlreiche Rechte und Pflichten beider Parteien sind jedoch sistiert, insbesondere die Lohnzahlungs- und die Arbeitspflicht.

Die Bestimmungen betreffend die Kündigung sind - mangels anderer Abrede - gleich wie ohne einen unbezahlten Urlaub. Das heisst, dass eine Kündigung während eines unbezahlten Urlaubs nicht ausgeschlossen ist. Vielmehr besteht ein zeitlich beschränkter Kündigungsschutz nur während Krankheit, Unfall, Schwangerschaft, Militärdienst etc. Ein ausgedehnterer Schutz, insbesondere während des gesamten unbezahlten Urlaubs, kann in einem Gesamtarbeitsvertrag, in einem Dienstreglement, in einem Einzelarbeitsvertrag oder in einer speziellen Vereinbarung gewährt werden. Ist dies nicht der Fall, so ist eine Kündigung während eines unbezahlten Urlaubs grundsätzlich gültig.

Dabei müssen die Formalitäten einer ordentlichen Kündigung eingehalten werden. Insbesondere sind Kündigungsfristen und Kündigungstermine zu wahren. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Kündigungsfrist erst am Tag beginnt, an dem der Arbeitnehmer von der Kündigung Kenntnis nimmt. Ist also der Gekündigte zu Hause und empfängt seine Post, seine Mails etc. normal, so ist auch die Kündigung normal zugegangen und wirksam. Ist er aber unterwegs, wie etwa auf einer Asienreise, so ist der Zugang der Kündigung wohl erst nach seiner Heimkehr möglich. Dabei ist zu beachten, dass ohne andere Vereinbarungen im Arbeitsvertrag auch formlose Kündigungen, das heisst, per Mail, per SMS oder gar telefonisch gültig sind.

Zudem wird angenommen, dass die Kündigungsfrist für Stellensuche nutzbar sein soll. Wenn also der Arbeitnehmer nicht hier ist und keine Möglichkeit hat, sich während laufender Kündigungsfrist eine neue Stelle zu suchen, so wird die Missbräuchlichkeit der Zustellung während der Abwesenheit angenommen. So hat ein Kantonsgericht aus diesem Grund eine Kündigung während eines unbezahlten Urlaubs erst am ersten Arbeitstag nach dem unbezahlten Urlaub als wirksam erachtet und die Kündigungsfrist ab dann laufen lassen. Da es aber hierzu an einer gesetzlichen Bestimmung und auch an einer klaren höchstrichterlichen Rechtsprechung fehlt, ist es unbedingt nötig und sehr wichtig, beweisbare Regelungen konkret mit dem jeweiligen Arbeitgeber zu treffen. Dabei soll ausdrücklich festgelegt werden, dass eine Kündigung frühestens nach der Rückkehr des Arbeitnehmers ausgesprochen werden darf und die Kündigungsfrist erst dann zu laufen beginnt.

Zusätzlich ist es wichtig, sich im Fall eines unbezahlten Urlaubes darum zu kümmern, ob die AHV-Beiträge bezahlt werden können, ob die Pensionskassenleistungen erhalten bleiben, wie es mit der Unfallversicherung und dem Krankenversicherungsschutz steht, wie es mit Ansprüchen auf Arbeitslosentaggelder steht und ob eine Ferienkürzung wegen des unbezahlten Urlaubes erfolgt. All diese Fragen sind je einzeln mit dem jeweiligen Vertragspartner zu klären und für die Dauer des unbezahlten Urlaubes auf jeden Fall schriftlich zu regeln.

Im konkreten Fall verhielt es sich so, dass der Arbeitnehmer bei Zugang der Kündigung in Asien unterwegs war und die Kündigung nicht in Empfang nehmen konnte. Demgemäss wurde der Zugang der Kündigung erst auf den Zeitpunkt seiner Rückkehr angenommen und die Kündigungsfrist begann erst dann. Der Arbeitnehmer hatte daher Glück im Unglück. Er erhielt wohl die Kündigung, konnte aber noch während der Kündigungsfrist Lohn empfangen und in Ruhe eine neue Stelle suchen, die er auch gefunden hat.

30. Kündigung eines Privatunterrichtsvertrages im laufenden Semester

Frage eines SMPV-Mitgliedes:

Ich organisiere meine Lehrtätigkeit semesterweise. Deshalb bin ich darauf angewiesen, dass sich die Schüler im laufenden Semester nicht einfach abmelden und damit ungeplante Ausfälle verursachen. Kann ich das durch eine Konventionalstrafe absichern?

Antwort Dr. Kovacs:

1. Vorab sei auf die Publikation *Aus der Rechtsberatungspraxis des Schweizerischen Musikpädagogischen Verbandes SMPV* Nr. 17 verwiesen. Dort werden die Grundsätze der Kündigung im Privatunterrichtsvertrag ausführlich dargelegt.

2. In der Zwischenzeit hat das Schweizerische Bundesgericht mehrere neue Entscheide über den Privatunterrichtsvertrag gefällt. Darin wird ausdrücklich festgehalten, dass im Privatunterrichtsvertrag weiterhin die Möglichkeit besteht, dass sowohl der Lehrer, wie auch der Schüler jederzeit und begründungslos kündigen können. Es wird aber spezifiziert, dass eine Kündigung während laufendem Semester als Kündigung zur Unzeit gilt und das Semestergeld für das laufende Semester vollständig geschuldet ist. Das heisst, dass das Semestergeld nach der Kündigung und unabhängig von der Anzahl bezogener Stunden weiter zu bezahlen ist bis Semesterende, respektive das bereits für das Semester bezahlte Unterrichtsgeld nicht zurückbezahlt wird.

3. Rechtlich handelt es sich hierbei um eine Konventionalstrafe. Das heisst, der Lehrer muss nicht im Einzelfall seinen Schaden durch die unzeitige Kündigung nachweisen, sondern kann das gesamte Semestergeld pauschal unabhängig von seinem konkreten Schaden einfordern. Dies bedingt natürlich, dass dem Lehrer nicht vorgeworfen werden kann, dass er einen begründeten Anlass für die Kündigung gegeben hat und dass die Vertragsauflösung für ihn hinsichtlich des Zeitpunktes und der von ihm getroffenen Dispositionen nachteilig ist. Das Bundesgericht sagt dazu, dass bei einem Unterrichtsvertrag der Widerruf in der Regel als unzeitig gilt, wenn er mitten im Semester erfolgt. Dasselbe gilt gemäss neuer Rechtsprechung, wenn die Kündigung zwar vor Beginn des neuen Semesters, aber nach Ablauf der gemeinsam festgelegten Kündigungs-/Einschreibefrist erfolgt.

4. Damit ist die an sich ungünstige Rechtslage, die durch die jederzeitige Kündbarkeit nach wie vor gegeben ist, finanziell stark gemildert. Ich empfehle daher, diese erfreuliche Gerichtspraxis in den jeweiligen Privatunterrichtsvertrag ausdrücklich zu integrieren, beispielsweise wie folgt:

5. Um diese neue Rechtslage transparent zu kommunizieren, empfehle ich, mit den Privatschülern die Vertragsänderung zu diskutieren und den neuen Vertrag so rasch wie möglich zu unterzeichnen. Wichtig ist zu betonen, dass beim Einzelstundenvertrag nichts Neues eingeführt wird, sondern lediglich die schon geltende Rechtslage ausdrücklich aufgeführt wird. Beim Vertrag mit Pauschalhonorar wird tatsächlich eine Vertragsänderung eingeführt, sodass dies bei einem allfälligen Nichteinverständnis der Schüler nur durch Vertragskündigung und Neuabschluss per neuem Semester durchgeführt werden kann.

31. Interne Untersuchungen gegen Lehrpersonen in der Musikschule

Frage eines SMPV-Mitgliedes:

Offenbar haben gewisse Kollegen beim Schulleiter Vorwürfe gegen mich erhoben. Diese sollen nun durch eine interne Untersuchung in der Musikschule geklärt werden, allfällige Missstände erkannt und behoben werden. Ich selbst erachte dies als Schikane, ja sogar Mobbing, ohne haltbare Grundlage. Muss ich an diesen Untersuchungen tatsächlich mitwirken? Wenn ja, wie kann ich die notwendige Fairness bei diesem Verfahren einverlangen?

Antwort Dr. Kovacs:

1. Der Schulleiter hat das Recht und die Pflicht, arbeitsplatzbezogene Abklärungen zu tätigen. Dies ist die Folge seines arbeitsrechtlichen Weisungsrechts (Art. 321d Abs.1 OR, Schweizerisches Obligationenrecht) und seiner Fürsorgepflicht für alle Arbeitnehmer des Betriebes (Art.328 OR). Der Arbeitnehmer ist im Rahmen seiner arbeitsrechtlichen Treuepflicht verpflichtet, über alle wesentlichen Aspekte seiner Arbeitstätigkeit wahrheitsgetreu, vollständig und rechtzeitig Auskunft zu geben (Art.321a OR). Dies natürlich nur betreffend berechtigter Interessen des Arbeitgebers und des Betriebes, was bei der Aufklärung von betriebsinternen Missständen und Mobbingvorwürfen regelmässig gegeben ist.

2. In diesem vorgegebenen Rahmen hat der Arbeitnehmer die Pflicht, an den angeordneten Untersuchungen teilzunehmen, ansonsten er sich einer Vertragsverletzung schuldig macht. Eine Weigerung kann zu Verwarnungen bis zur Entlassung führen.

3. Der Arbeitgeber hat im Rahmen seiner Fürsorgepflicht fair vorzugehen. Insbesondere hat er den Arbeitnehmer vorab über den Gegenstand der Untersuchung sowie die wesentlichen Vorwürfe zu informieren. Zudem sind die belastenden Personen und deren Aussagen in Grundzügen samt deren Beweismitteln bekannt zu geben. Davon kann nur abgewichen werden, wenn gravierende entgegenstehende Interessen bestehen (Art.9 Abs.4 DSG, Schweizerisches Datenschutzgesetz). Die Schulleitung hat dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einzuräumen, sich zu den Vorwürfen zu äussern und eigene Beweismittel zu nennen und vorzulegen.

4. Ob ein Anwalt, ein Arbeitnehmersvertreter oder eine andere Vertrauensperson an die Untersuchungshandlungen mitgenommen werden darf, ist rechtlich umstritten. Ein Rechtsanspruch darauf besteht wohl kaum. Indessen ist der Arbeitgeber in manchen Fällen gut beraten, wenn er diese Personen freiwillig zulässt. Nicht zuletzt tritt oft eine Versachlichung und Beruhigung der Diskussionen ein. Der Beizug solcher Personen zur Beratung ist selbstverständlich auf beiden Seiten auf eigene Kosten jederzeit zulässig.

5. Die Zeit, die der Arbeitnehmer für die Teilnahme an der Untersuchung aufwendet, ist als Arbeitszeit zu entlohnen, ebenso die externe Zeit zur Sichtung der vom Arbeitgeber überlassenen Materialien dazu. Demgegenüber ist die eigene Vorbereitung und Beratung samt deren Kosten durch den Arbeitnehmer zu tragen.

6. Der aus der Untersuchung resultierende Bericht ist dem Arbeitnehmer vollständig zur Kenntnis zu bringen (Art.8 i.V.m. 3 lit.a DSG, Schweizerisches Datenschutzgesetz), soweit er sich auf seine Person bezieht.

Insbesondere ist nicht nur ein Einsichtsrecht an Ort zu gewähren, sondern die kostenlose Überlassung eines Originals oder einer Kopie. Vorbehalten sind überwiegende Interessen anderer Beteiligter, wie etwa belästigter Arbeitnehmerinnen, die eine punktuelle Schwärzung rechtfertigen können.

7. Wenn der Arbeitgeber diese verfahrensrechtlichen Fairnessregeln verletzt, so hat dies Konsequenzen. Es ist in solchen Fällen wichtig, dass der Arbeitnehmer die Verletzungen im Einzelnen beweisbar (per LSI-Schreiben) rügt und androht, im weiteren Verweigerungsfall die folgenden Konsequenzen zu ziehen:

-Der Arbeitnehmer kann sich weigern, an der Untersuchung teilzunehmen, solange diese minimalen Fairnessgarantien nicht befolgt werden.

-Er kann Schadenersatz und Genugtuung verlangen und sogar selbst frühzeitig kündigen. Zudem stehen in krassen Fällen auch strafrechtliche Schritte gegen die fehlbaren Kollegen und die Schulleitung zur Verfügung.

-Führen unfaire Vorwürfe und ebensolche Untersuchungen zu einer ordentlichen oder gar fristlosen Entlassung, so kann diese wegen fehlender Fairness zu einer missbräuchlichen Kündigung erklärt werden und Schadenersatz und Genugtuung zugunsten des Arbeitnehmers zur Folge haben (Art 336 und 336a OR).

32. Musikevents in Zeiten des Coronavirus

Frage eines SMPV-Mitgliedes:

Ich organisiere periodisch Events für die Musikschule, bei der ich angestellt bin, um unsere Tätigkeit bekannt zu machen und für uns zu werben. Nun hat mir die Schule den für Ende März geplanten Event wegen des Coronavirus abgesagt. Ich habe schon die Technik und das Catering etc. dafür bestellt und auch sehr viel eigene Überstunden dafür eingesetzt. Was geschieht mit all den Aufwendungen und dem ganzen Event?

Antwort Dr. Kovacs:

1. Das Ausbrechen eines Virus gilt rechtlich als nichts Ungewöhnliches. Insbesondere kennen wir diesen Zustand von der jährlichen Grippe her, die uns immer wieder heimsucht. Das Auftauchen eines speziell ansteckenden, noch nicht impfbaren und nicht speziell behandelbaren Virus ist aus Zeiten der Schweinegrippe, der Vogelgrippe usw. ebenfalls bekannt. Was jetzt ungewöhnlich ist, ist der weltweite Epidemiezustand, der die Weltwirtschaft zunehmend lahm legt. Dies nicht nur durch die eigentlichen Krankheitsfälle, sondern auch durch die Angst vor der weiteren Ausbreitung der Krankheit und entsprechende amtlich angeordnete oder freiwillige Quarantäne der Bevölkerung.
2. Rechtlich ist vorab zu klären, ob der konkrete Vertrag zwischen den Parteien etwas zu derartigen Problemen festhält. Wenn dies der Fall ist, so gilt die dort vorgesehene Lösung.
3. Wenn im Vertrag nichts fest gehalten ist, so gilt die gesetzlichen Regelung. Diese besagt folgendes: *Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen. Bei zweiseitigen Verträgen haftet der hienach freigewordenen Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung und verliert die noch nicht erfüllte Gegenforderung.* Vorbehalten bleiben die speziellen Regelungen für bestimmte Verträge, wonach eine andere Risikoverteilung gesetzlichen vorgenommen wird.

Das heisst, dass bei objektiver, nachträglicher Unmöglichkeit (d.h. die Leistung war bei Vertragsschluss noch möglich und ist nachher unmöglich geworden) beide Vertragsparteien frei werden. Die Aufwendungen für das Event müssen nicht erbracht werden und die Bezahlung ist ebenfalls nicht geschuldet.

4. Dabei stellt sich jeweils die Frage, ob derzeit eine objektive Unmöglichkeit gegeben ist und ob die Klauseln für höhere Gewalt für die heutige Lage zutreffen. Die herrschende Lehrmeinung sagt dazu zusammengefasst folgendes: Wenn der Staat die Durchführung des Events verbietet, so gilt dies als Eintritt der objektiven nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung resp. als höhere Gewalt. Wenn also ein Event mehr als 100 Personen zusammenbringen würde, ist er in der ganzen Schweiz derzeit verboten und undurchführbar. Wenn ein Event 2-99 Personen zusammenführen oder ein anderes spezielles Risiko darstellen würde (z.B. eine Veranstaltung vor allem mit oder für über 65-Jährige) so hat der Eventveranstalter mit dem Kantonsarzt eine Risikoabwägung vorzunehmen. Erhält er ein Durchführungsverbot, liegt ein Fall höherer Gewalt vor. Erlaubt der Kanton die Durchführung, so ist rechtlich kein Fall der höheren Gewalt oder der Unmöglichkeit gegeben. Die Absage oder die Verschiebung wäre rechtlich als schuldhafter Vertragsbruch zu qualifizieren. Die Vertragspartner hätten die volle Geldleistung abzüglich die ersparten Aufwendungen zugute, auch wenn das Event nicht stattfinden würde.

5. Für Arbeitnehmer ist die Lage komfortabler, da hier eine andere gesetzliche Regelung der allgemeinen, oben geschilderten Risikoverteilung vorgeht: Wenn der Arbeitnehmer krank wird, d.h. das Coronavirus ausbricht, so hat er für eine bestimmte Zeit, die je nach Vertrag und Dienstalter variiert, den Lohn zugute und geniesst den arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz während der Krankheit. Dasselbe gilt für 3 Tage, wenn seine Kinder krank sind, bis er anderweitige Betreuung organisiert. Dies gilt nicht für blosser Quarantäne. Hiefür muss die Musikschule nicht bezahlen, da diese nicht ihr Betriebsrisiko darstellt.

6. Sofern Sie das Event durchführen können oder müssen, so sind Sie für den grösstmöglichen Schutz der Anwesenden verantwortlich. Insbesondere empfehle ich die Beachtung der folgenden Regeln:
 - Überprüfen und dokumentieren Sie mindestens einmal täglich die offiziellen Quellen auf Veränderungen der Bedrohungslage und Weisungen der Gesundheitsämter
 - Teilen Sie mit, dass eine kurzfristige Absage oder Verschiebung erfolgen kann, je nach Bedrohungslage und den Vorgaben der Gesundheitsbehörden
 - Erstellen Sie einen Krisenplan, aus dem hervorgeht, wann welche Massnahme getroffen wird, wann verschoben, wann abgesagt wird, wer im Falle einer Absage wen informiert und wer was sonst noch vorkehrt.
 - Hängen Sie die jeweils gültigen Verhaltens- und Hygieneanweisungen des BAG gut sichtbar am Eingang auf
 - Stellen Sie Wasch- und Desinfektionsmöglichkeiten in genügender Anzahl zur Verfügung
 - Weisen Sie Teilnehmer und Mitwirkende darauf hin, dass Personen aus Risikogebieten und an Symptomen Leidende fernbleiben müssen.
 - Prüfen Sie die Verträge mit Mitwirkenden und Zuschauern und versuchen Sie eine gütliche Ergänzung vor Stattfinden der Veranstaltung betreffend weiterer Pflichten und Kostenfolgen
 - Prüfen Sie die Versicherungslage
 - Kommunizieren Sie Massnahmen, insbesondere eine doch kurzfristig nötige Verschiebung oder Absage sowie deren Folgen auf mehreren Kanälen
 - Vermeiden Sie unnötige Kosten, Sie haben eine Schadenminderungspflicht
 - Dokumentieren Sie alles, was Sie prüfen und vorkehren, da Sie die Wahrung aller Sorgfaltspflichten allenfalls viel später in einem Prozess beweisen müssen

7. Für bisherige Verträge waren der Ausbruch und die weitreichenden Folgen der Coronavirus-Epidemie naturgemäss nicht konkreter Vertragsbestandteil. Entsprechend weit verbreitet ist jetzt die Unsicherheit über die Rechtsfolgen für den Einzelnen und die Wirtschaft. Ab jetzt aber ist der Problembereich und die Tatsache, dass dieser während einer unbekanntenen Zeitspanne andauert, bekannt. Daher empfehle ich dringend, bei jetzt neu abzuschliessenden Eventverträgen folgende Fragen ausdrücklich zu diskutieren und zu regeln, resp. zu versuchen, bestehende Verträge einvernehmlich zu ergänzen:
 - Was ist ein Zustand, der das Stattfinden des Events verhindert?
 - Was ist die Folge davon: Absage oder Verschiebung?

- Was geschieht mit dem Vorbereitungsaufwand und der Gage im Fall der Absage resp. der Verschiebung?
- Was geschieht mit Tickets von Zuschauern. Bleiben Sie für ein Verschiebungsdatum gültig? Werden Ticketkosten ganz oder teilweise zurückerstattet?
- Kann/soll eine Versicherung für die wirtschaftlichen Folgen abgeschlossen werden? Wer soll dies tun und zu welchen Konditionen?

Je nach Risiko und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit werden diese Klauseln sehr unterschiedlich ausfallen. Sie sind aber auf jeden Fall angesichts der heutigen, gravierenden Probleme mit aller Sorgfalt zu verfassen.

- 8. Antwort auf die konkrete Frage des SMPV-Mitgliedes:** Sie selbst haben als Arbeitnehmer für all Ihre Tätigkeiten den Lohn gemäss Ihrem Arbeitsvertrag inkl. Überstundenentschädigungen zugute. Dritte, wie Techniker und Caterer, haben je nach dem konkreten Vertrag Anspruch auf eine Entschädigung. Ohne entsprechende konkrete Vertragsklausel erhalten diese bei einem staatlichen Verbot des Events keine Entschädigung. Ohne amtliches Verbot haben diese demgegenüber die volle Entschädigung gemäss Vertrag abzüglich ersparten Aufwand zugute.

Ich empfehle, dass Sie der Musikschule beliebt machen, das Event wenn möglich nicht abzusagen, sondern nur zu verschieben und dann unter allen Beteiligten gegenseitig alle Leistungen vertragsgemäss zu erbringen.

33. Risikogruppen und Präsenzunterricht

Verschiedentlich haben sich SMPV-Mitglieder nach der rechtlichen Bedeutung einer Regelung in einem bestehenden Schutzkonzept für Musikschulen erkundigt, welche vorsieht, dass besonders gefährdete Lehrpersonen den Präsenzunterricht wieder aufnehmen können, wenn sie schriftlich erklären, dies in Kenntnis der Risiken zu tun. Es waren hier die folgenden Fragen zu beantworten:

Was sind die rechtlichen Folgen, wenn eine zur Risikogruppe zählende Lehrperson der Schulleitung meldet, dass sie auf eigenes Risiko Präsenzunterricht erteilen möchte? Kann dann einfach die Schule nicht haftbar für eine Ansteckung gemacht werden, oder verliert die Lehrperson im Ernstfall z.B. ihren Versicherungsschutz oder ist gar für Folgen haftbar?

Antwort von Dr. iur. Yvette Kovacs:

A. Grundsätzlich gilt die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus in der jeweiligen aktuell gültigen Fassung (derzeit Stand 11.Mai 2020). Diese hält für besonders gefährdete Personen (Risikopersonen) in Kapitel 5, Artikel 10b folgendes fest:

- «1. Besonders gefährdete Personen sollen zu Hause bleiben und Menschenansammlungen meiden. Verlassen sie das Haus, so treffen sie besondere Vorkehrungen, um die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und soziale Distanz einhalten zu können.
2. Als besonders gefährdete Personen gelten Personen ab 65 Jahren und Personen, die insbesondere folgende Erkrankungen aufweisen: Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Krebs.
3. Die Kategorien nach Absatz 2 werden in Anhang 6 anhand medizinischer Kriterien präzisiert. Diese Liste ist nicht abschliessend. Eine klinische Beurteilung der Gefährdung im Einzelfall bleibt vorbehalten.»

[Artikel 10c](#) definiert sodann die [Pflichten des Arbeitgebers betreffend Schutz der Gesundheit von besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern](#):

- «1. Der Arbeitgeber ermöglicht seinen besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, ihre Arbeitsverpflichtungen von zu Hause aus zu erfüllen. Er trifft zu diesem Zweck die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen.
2. Ist es nicht möglich, die angestammte Arbeitsverpflichtung von zu Hause aus zu erfüllen, so weist der Arbeitgeber der betroffenen Arbeitnehmerin oder dem betroffenen Arbeitnehmer in Abweichung vom Arbeitsvertrag bei gleicher Entlohnung eine gleichwertige Ersatzarbeit zu, die von zu Hause aus erledigt werden kann. Er trifft zu diesem Zweck die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen.
3. Ist aus betrieblichen Gründen die Präsenz besonders gefährdeter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Ort ganz oder teilweise unabdingbar, so dürfen diese in ihrer angestammten Tätigkeit vor Ort beschäftigt werden, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:
 - a) Der Arbeitsplatz ist so ausgestaltet, dass jeder enge Kontakt mit anderen Personen ausgeschlossen ist, namentlich indem ein Einzelraum oder ein klar abgegrenzter Arbeitsbereich unter Berücksichtigung des Mindestabstandes von 2 Metern zur Verfügung gestellt wird.
 - b) In Fällen, in denen ein enger Kontakt nicht jederzeit vermieden werden kann, werden angemessene Schutzmassnahmen nach dem STOP-Prinzip ergriffen (Substitution, technische Massnahmen, organisatorische Massnahmen, persönliche Schutzausrüstung).

4. Ist es nicht möglich, die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach den Absätzen 1–3 zu beschäftigen, so weist ihnen der Arbeitgeber in Abweichung vom Arbeitsvertrag bei gleicher Entlohnung eine gleichwertige Ersatzarbeit vor Ort zu, bei der die Vorgaben nach Absatz 3 Buchstaben a und b erfüllt sind.
5. Bevor der Arbeitgeber die vorgesehenen Massnahmen trifft, hört er die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an.
6. Die betroffene Arbeitnehmerin oder der betroffene Arbeitnehmer kann die Übernahme einer ihr oder ihm zugewiesenen Arbeit ablehnen, wenn der Arbeitgeber die Voraussetzungen nach den Absätzen 1–4 nicht erfüllt oder wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Gefahr einer Ansteckung mit dem Coronavirus trotz der vom Arbeitgeber getroffenen Massnahmen nach den Absätzen 3 und 4 aus besonderen Gründen als zu hoch für sich erachtet. Der Arbeitgeber kann ein ärztliches Attest verlangen.
7. Ist es nicht möglich, die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach den Absätzen 1–4 zu beschäftigen, oder lehnen diese die zugewiesene Arbeit im Sinne von Absatz 6 ab, so stellt der Arbeitgeber sie unter Lohnfortzahlung frei.
8. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer machen ihre besondere Gefährdung durch eine persönliche Erklärung geltend. Der Arbeitgeber kann ein ärztliches Attest verlangen.»

B. Zu dieser Verordnung hat der Bundesrat Erläuterungen erlassen (Erläuterungen zur Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2), aktuelle Fassung zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses: 29. April 2020). Diese enthält eine detaillierte Auslegung der entsprechenden Passagen über die Risikogruppen. (Den vollständigen Wortlaut der Erläuterungen finden Sie in der Online-Fassung dieses Artikels unter www.musikzeitung.ch/de/basis/smpv, Anm. d. Red.).

C. Aus der COVID-VO 2 und den Erläuterungen des Bundesrates geht hervor, dass die Risikogruppen grundsätzlich weiterhin zu Hause bleiben sollen und es nicht im Ermessen der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer liegt, ob sie dies einhalten, da die Bestimmung nicht nur dem Arbeitnehmerschutz dient. Vielmehr soll auch die öffentliche Gesundheit geschützt werden und eine Überlastung des Gesundheitssystems vermieden werden:

«Menschen aus diesen Personengruppen müssen vor Infektionen geschützt werden, damit potentiell gravierende Erkrankungsfälle und Engpässe in der Gesundheitsversorgung vermieden werden können.» Zudem soll eine schweizweit einheitliche Handhabung der Behandlung der Risikogruppen sichergestellt werden. (Erläuterungen zur COVID-VO 2, Fassung 29. April 2020)

Demgemäss kann nicht ein Arbeitnehmer für sich entscheiden, dass er trotz seiner Zugehörigkeit zur Risikogruppe und der Möglichkeit, den Präsenzunterricht zu vermeiden, diesen doch erteilt. Die eingangs zitierte Regelung im Schutzkonzept ist daher meines Erachtens nicht rechtmässig. Vielmehr ist nach der Verordnung samt den Erläuterungen vorzugehen und nicht auf eine Erklärung des Lehrers abzustellen.

Selbst wenn eine Entscheidung der einzelnen Lehrpersonen möglich wäre, so wäre eine derartige Bestimmung in einem Schutzkonzept höchst arbeitnehmerfeindlich: Derartige Bestimmungen, die es dem Arbeitnehmer freistellen, bei einer Gefahrensituation auf seinen eigenen Schutz zu verzichten, können einen gewissen Druck auf Lehrpersonen erzeugen, trotz Risikoeigenschaft doch zum Präsenzunterricht zu erscheinen, was die Wirksamkeit der Schutzbestimmungen aushöhlt.

Es ist daher m. E. ein genereller Verzicht des Lehrers auf die grundsätzlich mögliche Arbeitsleistung aus dem Home-Office nicht zulässig. Vielmehr ist dies gemäss der COVID-VO 2 nur möglich, wenn dies aus betrieblichen Gründen nicht möglich ist, was beim Musikunterricht nicht generell gesagt werden kann.

Wenn hingegen einzelne Schüler den Videounterricht ablehnen und einen Präsenzunterricht fordern, so können diese vielleicht intern für die Dauer der Pandemiesituation abgetauscht werden oder es wird nach Ziff.10c Abs.3 COVID-VO 2 vorgegangen (spezieller Schutz der Lehrperson nur für diese Einzelfälle). Wenn dies nicht möglich ist und der Lehrperson auch keine Ersatzleistung zugeteilt werden kann, so muss sie bei voller Lohnfortzahlung unabhängig von der Zahl der nichterteilten Unterrichtsstunden beurlaubt werden. Ein Lohnverlust entsteht also deswegen ausdrücklich nicht.

Wenn im Sinne von Ziff.10c Abs.3 COVID-VO 2 der Präsenzunterricht bei einzelnen, anders nicht möglichen Stunden unter Schutzvorkehrungen erfolgt, dann ist eine Absprache mit dem Lehrer in der Verordnung ohnehin vorgesehen.

Andererseits muss klar gesehen werden, dass der Grundsatz «Wo kein Kläger, da kein Richter» gilt. Das heisst, dass bei Einigkeit aller Beteiligten sich niemand melden wird, um ein unrechtmässiges Vorgehen (Präsenzunterricht trotz Risikoeigenschaft) zu monieren. Problematisch wird es erst, wenn eine solche Lehrperson erkrankt und finanzielle Folgen daraus entstehen, welche allenfalls abgewälzt werden sollen.

D. Ausserdem ist zu beachten, dass der Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer hat. Er hat alles zu vermeiden, was dem Arbeitnehmer schadet und insbesondere die gesundheitliche Gefährdung zu verhindern. Er hat also nach der COVID-VO 2 vorzugehen und nicht eine dem widersprechende Erklärung von Lehrpersonen zu befolgen. Weiss der Arbeitgeber von der Risikogruppen-Zugehörigkeit und beschäftigt den Arbeitnehmer doch im Präsenzunterricht, obwohl anderes möglich wäre, so macht er sich haftpflichtig. Dabei hätte der Arbeitnehmer auch ein Selbstverschulden, was aber den Arbeitgeber kaum voll entlasten würde.

E. Sodann würde jede Versicherung, die von einer derartigen Konstellation erfährt, ein (grobes) Selbstverschulden des Arbeitnehmers, aber auch ein Verschulden des Arbeitgebers, geltend machen, zumal es das Recht des Arbeitnehmers ist, fern zu bleiben und er den Präsenzunterricht aus freien Stück mit den Risiken in Kauf nimmt.

F. Als Fazit ist festzuhalten, dass die eingangs beschriebene Regelung wegen des Widerspruchs zur COVID-VO 2 aus dem betreffenden Schutzkonzept zu entfernen resp. nicht zu befolgen ist. Vielmehr ist der «Kaskadenordnung der Schutzmassnahmen» gemäss dieser Verordnung (Erläuterungen zur COVID-VO 2, Fassung 29. April 2020) nach zu leben.

Es wird wohl ohnehin genügend Personen geben, die sich aus Angst vor einem Stellenverlust oder aus anderen sachfremden Gründen nicht als Risikopersonen zu erkennen geben und trotz der Schutzbedürftigkeit Präsenzunterricht erteilen werden. Wenn dies geschieht, so stellt sich die Frage, ob die Lehrperson alleine dafür verantwortlich ist und deshalb die haftpflichtrechtlichen und versicherungsrechtlichen Folgen alleine tragen wird oder ob die Arbeitgeberschaft davon wusste - oder sogar durch ein derartiges Schutzkonzept dazu Hand bot und aufforderte - und mithaftet wird.

Da die Schutzkonzepte derzeit von keiner staatlichen Stelle geprüft und genehmigt werden, werden sich diese Rechtsfragen erst in den konkreten Fällen stellen. Die Abschätzung der Rechtsfolgen derartiger Bestimmungen ist dementsprechend schwierig. Das wird erst die Gerichtspraxis in Streitfällen zeigen. Dabei ist immer auch zu beachten, dass all diese Ausführungen nur so lange gelten, wie die COVID-VO 2 nicht geändert wird. Bei einer Änderung ist im Sinne einer rollenden Planung die Richtigkeit wieder neu zu evaluieren.

Aufgrund der obigen Ausführungen rate ich sowohl von der genannten oder vergleichbaren Formulierungen in Schutzkonzepten wie auch von der Akzeptierung oder Abgabe solcher Erklärungen von Lehrern ab. Da diese der COVID-VO 2 diametral widersprechen, dürften die schuldhaft daran Beteiligten (Schulleitung, Lehrer, Schutzkonzept-Verfasser) bei einem Schaden haftpflicht- und versicherungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

Sowohl die COVID-Verordnung wie auch die Situation in Bezug auf die Schutzkonzepte kann sich kurzfristig ändern. Wir weisen deshalb ergänzend auf die offiziellen Publikationen des BAG und des Bundesrates hin.

34. Wer trägt die Pandemiefolgen?

Frage eines SMPV-Mitgliedes:

Ich habe während der Corona-Pandemiezeit während des Lockdowns von der Musikschule die Weisung erhalten, nicht in der Musikschule zu unterrichten, sondern per Zoom zuhause zu arbeiten. Zu diesem Zweck habe ich ein Zimmer so ausgestattet, dass es funktionell für den Zoom-Unterricht geeignet und für Aussenstehende präsentabel aussieht. Ich habe mein Instrument und meinen Computer geeignet platziert und private Gegenstände wie Möbelstücke und Bilder entfernt. Das bedeutet für mich, dass ich dieses Zimmer faktisch nicht mehr anderweitig benutzen kann, weil es für meine Arbeit bereitstehen muss. Ich weiss auch nicht, ob es zu einem weiteren Lockdown kommen wird und behalte einstweilen das Zimmer weiterhin dafür vorbereitet.

Zudem musste ich zahlreiche Übungen und Aufgaben für die Online-Verwendung bereitstellen, was für mich als ungeübten Computeranwender zu zahlreichen Überstunden führte.

Muss ich all diese Pandemiefolgen alleine tragen oder muss sich der Arbeitgeber irgendwie beteiligen?

Antwort Dr. Kovacs:

1. Wie alle Bildungsinstitutionen waren auch die Musikschulen im Frühling 2020 einer vollkommen neuartigen Herausforderung ausgesetzt. Sie mussten wegen des pandemiebedingten Lockdowns ihr Programm rasant unterbrechen oder auf Fernunterricht umstellen. Dabei mussten zahlreiche individuell angepasste Lösungen gefunden werden. Die Musikschulen honorierten das mit Dankesschreiben für die fantastische Arbeit der Lehrpersonen. Indessen stellt sich die berechtigte Frage, ob die zusätzlichen zeitlichen und finanziellen Aufwendungen der Lehrer damit abgegolten sind oder ob die Arbeitgeber noch anderes bieten müssen.

2. Die heutigen technischen Möglichkeiten gewähren in vielen Branchen die Möglichkeit, ausserhalb der Räumlichkeiten des Arbeitgebers zu arbeiten. Insbesondere ist das Arbeiten zuhause, im sogenannten Homeoffice, weit verbreitet und durch die Pandemiesituation stark gefördert worden. Weder das Obligationenrecht noch das öffentlich-rechtliche Arbeitsgesetz erwähnen die Arbeitsform des Homeoffice explizit. Die Bestimmungen der Heimarbeit sind nicht auf diese Konstellation, wie sie heute besteht, zugeschnitten. Demgemäss wird sich aus den allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen und den nach und nach klärenden Gerichtsurteilen ergeben müssen, welche Bestimmungen für die Arbeit im Homeoffice beizuziehen sind. Dazu hat das SECO (Staatssekretariat für Wirtschaft) eine Broschüre verfasst, die im Internet verfügbar ist.

3. Grundsätzlich besteht kein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers darauf, von zuhause aus zu arbeiten. Vielmehr muss und darf dies nur auf Weisung des Arbeitgebers geschehen. Davon ausgenommen sind die Lockdown-Situationen während der Pandemie, respektive die pandemierechtliche Weisung des BAG, dass Risikopersonen im Homeoffice zu arbeiten haben. Wenn also weder eine Weisung des Arbeitgebers noch des BAG die Arbeit im Homeoffice anordnen, so hat der Arbeitnehmer in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers zu arbeiten.

4. Wenn der Arbeitgeber oder die Behörden die Arbeit im Homeoffice anordnen oder wenn kein Arbeitsplatz mehr beim Arbeitgeber zur Verfügung steht, der Arbeitnehmer aber weiterhin arbeiten muss, so ist der Arbeitgeber für die daraus entstehenden Kosten entschädigungspflichtig. In Anwendung von Art. 327a Abs. 1 OR hat nämlich der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen. Davon kann in Anwendung von Art. 327a Abs. 3 i.V.m. Art 362 OR ausschliesslich zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.

Das Bundesgericht hat in einem Urteil im Jahr 2018 ausdrücklich festgehalten, dass ein Zimmer des Arbeitnehmers, welches er als Arbeitszimmer und Archiv für die Arbeit nutzte, vom Arbeitgeber bezahlt

werden musste. Dabei war es unbeachtlich, ob dieses Zimmer gerade im Hinblick auf das Homeoffice gemietet werden musste oder ohnehin zur Verfügung stand. Wesentlich war nur, dass dem Arbeitnehmer kein geeigneter Arbeitsplatz bei der Arbeitgeberschaft zur Verfügung stand und er weisungsgemäss zuhause arbeiten musste.

5. Dasselbe gilt für die zeitlichen und finanziellen Aufwendungen für die Gestaltung und Neueinführung des Fernunterrichtes von zuhause aus: Wenn neue Programme zu bezahlen sind oder ein Zimmer neu gestaltet werden muss, um repräsentabel zu sein, ein Flügel transportiert werden muss oder der Arbeitnehmer sich vollkommen neu in die Materie des Fernunterrichts und die entsprechenden Programme einarbeiten muss, so sind dies Auslagen und Überstunden, die vom Arbeitgeber zu entschädigen sind, da sie ausschliesslich in seinem Interesse erfolgen.

6. Wenn aber der Lockdown oder die pandemierechtlichen Anordnungen aufgehoben werden, so besteht keine Notwendigkeit mehr, vom Homeoffice aus zu arbeiten. Wenn der Arbeitnehmer das Zimmer trotzdem so belässt, in der Annahme, dass wohl ein weiterer Lockdown folgen werde, so macht er dies auf eigene Kosten und Gefahr. Der Arbeitgeber muss dazu finanziell nicht auch noch etwas beitragen. Anders verhält es sich, wenn der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer sich darüber einigen, dass der zu erwartende Verlauf der Pandemiesituation zu einem weiteren Homeoffice führen werde und durch die Bereithaltung des entsprechenden Zimmers sogar Kosten gespart werden könnten. Dann hat sich der Arbeitgeber daran finanziell zu beteiligen.

Fazit ist, dass es sich empfiehlt, vor oder am Anfang einer Homeofficephase eine Einigung mit dem Arbeitgeber zu erzielen. Dort sollten der Umfang der Homeoffice-Tätigkeiten, die Regelung der Erreichbarkeit und der Antwortzeiten, die Art und Weise der Arbeitszeiterfassung, die Einrichtung und Kostentragung des Homeoffice, Anschaffung und Entschädigung der Verwendung von Geräten und Material, die Folgen von Störungen (Internetprobleme während des Unterrichts) und die Haftung für die Tätigkeit im Homeoffice geregelt werden. Hier sollte auch eine Entschädigungspflicht für die Verwendung der Räumlichkeiten und des eigenen Materials des Arbeitnehmers sowie der Überstunden für die Einführung und Gewährleistung des Homeoffice geregelt sein.

Wenn keine einvernehmliche Regelung möglich ist, so gilt die oben geschilderte rechtliche Situation, wonach der Arbeitgeber bei eigener Anordnung respektive behördlicher Anordnung des Homeoffice sämtliche finanziellen und zeitlichen Aufwendung des Arbeitnehmers, die in seinem Interessen erfolgen, zu ersetzen hat.

35. Konkurrenzverbote für Musiklehrpersonen

1. Problemstellungen

Frage eines SMPV-Mitgliedes:

Meine Musikschule bietet neuerdings Erwachsenenunterricht an. Sie hat allen Lehrpersonen die Kündigung geschickt und darum gebeten, einen neuen Vertrag zu unterschreiben, in dem der Lehrperson der Privatmusikunterricht im Einzugsgebiet der Musikschule nicht mehr gestattet sei. Ausnahmsweise werde dieses Konkurrenzverbot aufgehoben, sofern die Musiklehrperson die betreffenden Studenten der Musikschule meldet und dafür die Genehmigung einholt.

Frage eines anderen SMPV-Mitgliedes: Eine Musiklehrperson kündigte an einer Musikschule und bekam darauf vom Schulleiter einen Brief, worin stand, dass ihre Schüler an der Musikschule zu verbleiben hätten. Dies habe die Musiklehrperson unterschriftlich zu bestätigen und den Brief so an den Schulleiter zurück zu senden.

2. Das Konkurrenzverbot während laufendem Arbeitsverhältnis

Grundlagen: Während laufendem Arbeitsverhältnis unterliegt der Arbeitnehmer der Sorgfalts- und Treuepflicht in Anwendung von Art. 321 a OR (Schweizerisches Obligationenrecht). Insbesondere wird dort festgehalten, dass während der Dauer des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten darf, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert. Eine Konkurrenzierung liegt vor, wenn gleichwertige Leistungen angeboten werden, welche dasselbe Kundenbedürfnis befriedigen und einen mindestens teilweise überschneidenden Kundenkreis betreffen. Dies gilt vollumfänglich für Vollzeitbeschäftigte. Teilzeitmitarbeitende sind oftmals finanziell darauf angewiesen, einer weiteren Tätigkeit nachgehen zu können. Mit der Vereinbarung eines Teilzeitpensums gehen daher Arbeitgeber und -nehmer stillschweigend davon aus, dass der Arbeitnehmer zusätzlichen Nebentätigkeiten, insbesondere auch im angestammten Tätigkeitsbereich nachgehen wird und auf das Verbot einer Konkurrenzierung verzichtet wird. Diese Vermutung einer stillschweigenden Genehmigung durch den Arbeitgeber gilt jedoch nur dann, wenn keine Interessenkonflikte der verschiedenen Teilzeitarbeitern entstehen und dadurch die arbeitsrechtliche Treuepflicht gewahrt bleibt. Zudem können die Parteien ausdrücklich vereinbaren, dass eine konkurrenzierende Nebentätigkeit verboten sein soll. Anstelle eines vollständigen Verbotes von anderen Teilzeitarbeitern sind in der Praxis Regelungen, wonach konkurrenzierende andere Teilzeitstellen nur mit dem vorgängigen schriftlichen Einverständnis des Arbeitgebers ausgeübt werden dürfen, häufig.

Beantwortung der ersten Frage: Grundsätzlich ist es rechtmässig, wenn ein Arbeitgeber Verträge nur unter der Bedingung abschliessen, dass Lehrpersonen keine konkurrenzierenden Tätigkeiten ausüben, sei es privat oder bei anderen Musikschulen. Es ist den Musikschulen auch unbenommen, eine sogenannte Änderungskündigung auszusprechen, indem formell und terminlich richtig gekündigt wird und darum gebeten wird, einen neuen Vertrag mit einem derartigen Konkurrenzverbot abzuschliessen. Es ist den Musikschulen rechtlich auch nicht verboten, anstelle eines kompletten Verbotes eine Melde- und Genehmigungspflicht für derartige konkurrenzierende Tätigkeiten einzuführen. Das Vorgehen der Musikschule ist daher rechtlich korrekt.

Für Arbeitnehmer, die vom Arbeitgeber ein solches Angebot erhalten, ist folgendes zu klären:

- - *Sachlich: Handelt es sich überhaupt um konkurrenzierende Tätigkeiten?*
Wenn an der Musikschule nur Kinder/Jugendliche oder nur Erwachsene unterrichtet werden, so ist ein Privatunterricht oder ein Unterricht an einer anderen Schule nicht konkurrenzierend, wenn nicht dieselben Schülergruppen angesprochen werden.

- - *Örtlich: Liegt die konkurrenzierende Tätigkeit einer Lehrperson überhaupt im Einzugsgebiet der Musikschule?*
Die Lehrperson konkurrenziert die Musikschule nur, wenn dieselben Schülergruppen angesprochen werden, das heisst, die von der Lehrperson unterrichteten Schüler ohne dessen Tätigkeit an die Musikschule gelangt wären. Daher ist das Einzugsgebiet der Musikschule in derartigen Regelungen eng konkret einzugrenzen und eine Privattätigkeit etwas ausserhalb auszuführen.

3. Das Konkurrenzverbot nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

- *Inhaltlich: Wird das spezielle Instrument oder Fach der Musiklehrperson an der Musikschule unterrichtet?*
Wenn eine Musiklehrperson privat andere Instrumente oder Fächer unterrichtet als diejenigen, die an der Musikschule angeboten werden, so konkurrenziert sie die Schule nicht und kann ohne Weiteres unterrichten.

Jedenfalls ist die Missachtung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht, insbesondere des Konkurrenzverbotes gefährlich, da dies in der Gerichtspraxis immer wieder zu fristlosen Entlassungen geführt hat.

Das Konkurrenzverbot nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Grundlagen: Das von Gesetzes wegen geltende Konkurrenzverbot von Art. 321 a. OR endet mit der Aufhebung des Arbeitsverhältnisses. Damit kann ein Arbeitnehmer grundsätzlich unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsvertrages eine neue Beschäftigung privat oder bei einem Arbeitgeber in Konkurrenz zum früheren Arbeitgeber aufnehmen. Dabei spielt es keine Rolle, dass der austretende Arbeitnehmer unter Umständen wesentliche Erkenntnisse aus seiner früheren Tätigkeit mitnimmt und nun im Dienste des neuen Arbeitgebers oder für sich privat gewinnbringend einsetzt.

Diese Situation kann nur dadurch verhindert werden, dass Arbeitgeber und -nehmer ein Konkurrenzverbot auch für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbaren (Art. 340 ff. OR). Ein derartiges Konkurrenzverbot ist aber nur in engen Schranken verbindlich. Insbesondere muss im Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt worden sein und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen können. Zudem muss ein nachvertragliches Konkurrenzverbot schriftlich vereinbart sein, ansonsten es ungültig ist. Mündliche Abreden oder Abreden per Mail genügen nicht. Weiter ist das Konkurrenzverbot nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen und es darf nur unter ganz besonderen Umständen drei Jahre überschreiten. Übermässige Konkurrenzverbote sind gerichtlich nicht durchsetzbar, sondern werden vom Richter entsprechend eingeschränkt oder aufgehoben.

Für die Musiklehrperson gilt daher Folgendes:

- - Ein nachvertragliches Konkurrenzverbot gilt nicht automatisch.
- - Die Musiklehrperson kann nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses frei entscheiden, ob sie bei anderen Musikschulen und/oder als Privatlehrperson tätig sein will.
- - Es gibt keinen Zwang zum Abschluss eines Konkurrenzverbotes.
- - Ein Konkurrenzverbot ist nur schriftlich gültig, das heisst eigenhändig unterschrieben oder mit zertifizierter Signatur.
- - Ein Konkurrenzverbot ist örtlich klar und eng zu begrenzen, zeitlich unter 3 Jahre gültig und nur auf die an der Musikschule ausgeübte Tätigkeit zu begrenzen.

Auch wenn all diese Vorgaben bei der Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes eingehalten sind, hat der Arbeitnehmer gute Chancen, dass ein nachvertragliches Konkurrenzverbot durch ein Gericht als unwirksam eingestuft wird. Dies aus folgenden Gründen:

Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR). Gemäss konstanter Lehre und Rechtsprechung besteht dann kein Raum für ein Konkurrenzverbot, wenn die Bindung zu Kunden vorwiegend auf den besonderen Fähigkeiten des Arbeitnehmers basiert, auf seiner persönlichen Geschicklichkeit beruht und wenn die Beziehung zwischen ihm und den Kunden vorwiegend persönlicher Natur sind. Diesfalls folgen die Kunden dem Arbeitnehmer nicht wegen den beim Arbeitgeber erworbenen Kenntnissen, sondern wegen dessen besonderen, persönlichen Eigenschaften und wegen seiner Tüchtigkeit. Der Arbeitnehmer verwendet dabei nachvertraglich nicht Fähigkeiten, die er beim Arbeitgeber erworben hat, sondern seine persönlichen Charaktereigenschaften, deren Verwertung ihm durch ein Konkurrenzverbot nicht verboten werden kann. Dies wurde beispielsweise durch die Gerichtspraxis bejaht für Turn- und Tanzlehrpersonen, einen Damencoiffeur, einen Reitlehrer und im Kanton Genf für einen Klavierlehrer. Bei all diesen Berufen hängt die Leistung und der Erfolg des Arbeitnehmers nicht vorwiegend auf dem Wissen und den Angeboten des Arbeitgebers ab, sondern von den persönlichen Eigenschaften ab. Diese allein sind für den allfälligen Wechsel der Kundschaft massgebend und je kreativer und freier der Arbeitnehmer handeln kann, desto eher ist dies anzunehmen (Urteil des Obergerichts Zürich vom 4.3.2008, BGE 130III353 ff. und BGE 138III67 ff.). Es bestehen daher gute Chancen, dass selbst ein gültig erscheinendes nachvertragliches Konkurrenzverbot auf dieser Basis von einem Gericht nicht geschützt würde und der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsvertrages privat oder angestellt frei oder konkurrenzierend zum früheren Arbeitgeber arbeiten kann.

Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Arbeitnehmer einer der folgenden Tatbestände nachweisen kann:

- - Wenn der Arbeitgeber kein erhebliches Interesse an der Aufrechterhaltung hat (er stellt den Betrieb ein oder führt das entsprechende Fach nicht mehr im Angebot).
- - Wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass der Arbeitnehmer ihm dazu begründeten Anlass gegeben hat.
- - Wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst.

Es ist wichtig, immer die Gültigkeit eines Konkurrenzverbotes zu klären, zumal schwerwiegende Folgen bei Übertretung eines gültigen Konkurrenzverbotes eintreten können: Zum einen kann der Arbeitgeber die Einstellung der konkurrenzierenden Tätigkeit fordern, zum anderen Schadenersatz (z.B. Gewinnherausgabe) und falls abgemacht Konventionalstrafen.

Beantwortung der zweiten Frage: Die Musiklehrperson muss einen derartigen Brief des Schulleiters nicht unterschreiben. Ohne diese Unterschrift gilt kein nachvertragliches Konkurrenzverbot (es sei denn, dass ein solches schon im Arbeitsvertrag oder sonst abgeschlossen worden wäre). Die Musiklehrperson kann daher insbesondere ihre an die Musikschule mitgebrachten Schülerinnen und Schüler nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses durchaus übernehmen, wenn diese möchten. Selbst wenn aber schon vorher oder auf diesen Brief hin ein schriftliches Konkurrenzverbot vereinbart worden wäre, hätte die Musiklehrperson gute Chancen, dass dieses aus den oben genannten Gründen von einem Gericht für ungültig erklärt würde. Es lohnt sich daher, in diesen Fällen die Lage genau abzuklären und sich nicht in der Gestaltung des nachvertraglichen Berufslebens einschränken zu lassen. Dabei ist wichtig, dass die Musiklehrperson dem Schulleiter mitteilt, dass ein nachvertragliches Konkurrenzverbot bei Musiklehrpersonen rechtlich kaum durchsetzbar sein wird. Ein höchstrichterliches Urteil dazu besteht nicht, nur kantonale Urteile sind vorhanden. Das bedeutet, dass schlussendlich vor dem Vorliegen eines Bundesgerichtsurteils ein gewisses Restrisiko nicht ausgeschlossen werden kann. Es lohnt sich jedoch, sich zu wehren, sowohl gegen die Unterschrift, wie auch gegen die Durchsetzung eines derartigen Konkurrenzverbotes.

36. Frieren im Unterrichtsraum, um eine Energiemangellage zu vermeiden?

Frage eines SMPV-Mitgliedes: Meine Vermieterin ruft dazu auf, Strom zu sparen, um eine Energiemangellage in der Schweiz zu verhindern. Sie schreibt neu eine Raumtemperatur von 18° in meinem Unterrichtsraum vor und ist letztthin unangekündigt erschienen, um die Temperatur zu kontrollieren. Darf sie das?

Anwort Dr. Kovacs:

1. Die Rechte und Pflichten der Mietenden und Vermietenden sind in den Artikeln 253 ff. OR und in der dazu erlassenen Verordnung geregelt. Dort ist u.a. geregelt, dass die Mietparteien gegenseitig zur Rücksichtnahme und zum sorgfältigen Umgang mit der Mietsache verpflichtet sind. Insbesondere ist das Mietobjekt in einem gebrauchstauglichen Zustand zu übergeben und zu erhalten, was auch eine normale Raumtemperatur mitumfasst. Es besteht aber keine Vorschrift, durch die eine genaue Mindest- oder Höchsttemperatur vorgegeben wird. Jedoch haben sich in der Praxis Richtwerte für verschiedene Wohnräume herausgebildet, die auf der Website energieschweiz.ch aufgeführt werden: Für Wohn- und Aufenthaltsbereiche soll demnach mindestens eine Temperatur von 20° gegeben sein. Dies gilt auch für Unterrichtsräume.

Sofern sich aus dem bestehenden Mietvertrag keine anderweitige Vereinbarung ergibt, kann daher aus dem OR und der zugehörigen Verordnung keine direkte, rechtlich durchsetzbare Pflicht zum Sparen der Ressourcen abgeleitet werden, auch wenn der schonende und verantwortungsvolle Umgang mit Ressourcen immer im Interesse sämtlicher Beteiligten liegt.

Werden die genannten Temperaturrichtwerte unterschritten, so kann ein mietrechtlicher Mangel vorliegen. Die Mieterschaft hat dann grundsätzlich einen Anspruch auf eine Reduktion des Mietzinses. Die Höhe der Reduktion ist einzelfallabhängig und liegt im Ermessen des Gerichts. In Einzelfällen wurde bei einer Unterschreitung der Mindesttemperatur um ein paar Grad eine Mietzinsreduktion im Umfang von 10 bis 20 Prozent gewährt.

2. Über dem Mietrecht stehen die öffentlich-rechtlichen Gesetze und Verordnungen, die dem Schutz der Landesversorgung dienen (Landesversorgungsgesetz LVG).

Artikel 32 des LVG kann als Grundlage für Massnahmen herangezogen werden, die im Hinblick auf die Bewältigung einer schweren Mangellage getroffen werden müssen. Der Bundesrat hat bisher keine drohende Strommangellage ausgerufen. Indessen wurde eine Verordnung entworfen, die bereit liegt, um im Ernstfall in Kraft gesetzt zu werden. Der Verordnungsentwurf enthält alle möglichen Massnahmen für den Fall einer schweren Mangellage. Das heisst nicht, dass auch alle in Kraft gesetzt werden, falls es zu einer Mangellage kommen sollte. Unter anderem soll das Heizen von Innenräumen auf 20 Grad begrenzt werden. Dieser Wert entspricht dem Mindestwert, der schon heute im Mietrecht praktiziert wird.

Wie werden die Verbote kontrolliert? Die Bestimmung basiert darauf, dass sich die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung an Gesetze hält. Kontrollen und Strafverfolgung liegen in der Kompetenz der Kantone. Das LVG bietet keine Basis für Ordnungsbussen. Verstösse gegen die Vorschriften werden als Vergehen geahndet und können per Strafbefehl von der Staatsanwaltschaft behandelt werden. Nicht vorgesehen ist aber die Kontrolle der Einhaltung der Massnahmen durch Private, insbesondere die Vermieter.

3. Das Fazit ist, dass die Vermieterschaft in Unterrichtsräumen eine Mindesttemperatur von 20° zu gewährleisten hat. Der Vermieter darf keine tieferen Temperaturen einführen und schon gar nicht durch eigenmächtige Kontrollgänge durchsetzen

Neues zum Datenschutz

Welche neuen Pflichten für Homepagebesitzer*innen entstehen durch das neue Datenschutzgesetz?

Aus der Rechtsberatungspraxis des Schweizerischen Musikpädagogischen Verbandes SMPV: Dr. iur. Yvette Kovacs, Rechtsberaterin des SMPV und Rechtsanwältin in Zürich, antwortet auf Fragen von SMPV-Mitgliedern.

Frage eines SMPV-Mitgliedes: *Viele SMPV-Mitglieder haben eigene Homepages. Besucher*innen hinterlassen ihre IP-Adressen, wenn sie diese besuchen, vielleicht ihren Namen und ihre Mailadresse, wenn sie mit den MusikerInnen über das Kontaktformular in Verbindung treten, wenn z.B. Google Analytics installiert ist, werden Personendaten verarbeitet, bestellt jemand z.B. eine CD via die Homepage, hinterlässt er oder sie sogar die Privatadresse. Daher stellen sich folgende Fragen:*

- *Wie gross muss der Aufwand für eine einfache Musiker*innen-Homepage das neue Datenschutzgesetz betreffend sein?*
- *Reicht es, einmal eine angepasste Datenschutzerklärung zu erstellen und diese gut sichtbar auf der Homepage im Footer zu platzieren, oder muss diese laufend ergänzt werden, wenn z.B. ein PlugIn dazu installiert wird?*
- *Welche zusätzlichen Pflichten im Umgang mit Personendaten im weitesten Sinn haben Besitzer*innen einer einfachen (Musiker*innen)-Homepage?*

Antwort Dr. Kovacs:

1. Ab 1. September 2023 tritt in der Schweiz das total revidierte Datenschutzgesetz (DSG) in Kraft. Auch Musikerinnen und Musiker müssen sich mit den neuen Anforderungen auseinandersetzen. Insbesondere können Bussen bis zu CHF 250 000.- ausgesprochen werden, wenn die Vorgaben nicht eingehalten werden. Dieser Beitrag bringt die Leitlinien dazu, was aber nicht dazu führt, dass sich die detaillierte eigene Risikoabschätzung erübrigt.
2. Der Aufwand für die Beachtung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen hält sich für Musikerinnen und Musiker in Grenzen. Insbesondere entfallen für sie als KMU aufwendige Pflichten, die nur für grössere Unternehmen gelten. Vorab sind die neuen Vorgaben einmalig umzusetzen. Nachher sind nur noch bei Gesetzesänderungen oder Änderungen in der eigenen Geschäftstätigkeit resp. der Ausgestaltung der Website die diesbezüglichen Angaben zu integrieren.
3. Folgende Leitfragen sind vorab im eigenen Betrieb zu klären und im Rahmen einer ausführlichen Datenschutzerklärung den potenziellen Nutzer*innen Ihrer Website auf derselben gut sichtbar mitzuteilen:
 - 3.1. Welche Personendaten werden erhoben und wie werden diese bearbeitet? Genaue Angaben über die verwendeten Betriebssysteme und Programme, z.B. wie folgt:
 - Cookies und Bildelemente
 - Newsletter und Marketing-E-Mails
 - Google Analytics
 - Google reCaptcha
 - Plug-ins
 - Profiling / automatische Entscheidungsfindung

Diese Angaben müssen bei der Verwendung neuer Programme und Systeme jeweils auf den aktuellsten Stand gebracht werden. Es ist auch mitzuteilen, ob und wie diese ausgeschaltet oder umgangen werden können.

3.2. Welchen Zweck verfolgen die Datenbearbeitungen? Die Daten dürfen ausschliesslich zum angegebenen Zweck gesammelt und bearbeitet werden. Z.B. folgende Angaben:

- Informationen und Werbung zu Angeboten, Dienstleistungen, Webseiten und weiteren Plattformen, auf welchen man präsent ist;
- Kommunikation mit Dritten und Bearbeitung derer Anfragen (z.B. Anfragen von Interessenten)
- Prüfung und Optimierung von Verfahren zur Bedarfsanalyse zwecks direkter Kundenansprache sowie Erhebung von Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen zwecks Kundenakquisition
- Durchführung von «Online-Meetings».
- Anmeldung zum Erhalt des Newsletters mit Information über das jederzeitige Widerrufsrecht

3.3. Von wem erhalten Sie Personendaten?

3.4. Wem geben Sie Personendaten weiter? Angabe der Empfänger resp. der Kategorien von Empfängern, denen Personendaten bekannt gegeben werden.

3.5. Wie lange werden die Personendaten gespeichert? Sicherstellung, dass die Personendaten gelöscht oder anonymisiert werden, sobald sie entsprechend des ursprünglichen Grundes der Erhebung nicht länger benötigt werden. Insbesondere das Tracking von Daten auf Websites ist zu prüfen und allenfalls aufzuheben.

3.6. Wie werden die Daten technisch geschützt? Es muss eine zeitnahe Meldung an den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDÖB) bei Verletzung der Datensicherheit erfolgen. Der EDÖB hat zur technischen Sicherheit einen Leitfaden erlassen, der auf dessen Website aufgeschaltet ist.

3.7. Wie werden betroffene Personen über die Beschaffung und Bearbeitung der Daten informiert? Genaue Identität und Adresse online und offline des Verantwortlichen für die Datenbeschaffung und -bearbeitung und Aufklärung über das Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsrecht der Betroffenen. Die Informationspflicht gilt auch bei Datenbeschaffung bei Dritten.

3.8. Wie hat man die Kontrolle über beauftragte Dritte? Schriftliche Verträge mit externen Datenbearbeitern müssen geprüft und allenfalls angepasst werden.

3.9. Werden Daten aus dem Ausland bezogen oder dorthin weitergegeben? Werden die DSGVO für den EU-Raum oder andere Rechtsordnungen für andere Länder beachtet?

4. **Das Fazit** ist, dass Sie die potenziellen Leser und Benutzer Ihrer Websites über all diese Fragen informieren müssen und diese Angaben immer auf dem neusten Stand halten müssen. Die entsprechenden Datenschutzerklärungen müssen individuell abgefasst werden, da die jeweiligen Angaben sehr unterschiedlich sein können.