AIHK

Aargauische Industrie- und Handelskammer

Entfelderstrasse 11, Postfach
CH-5001 Aarau

BRIEF

Nr. 59.10

15. September 2010
Jan Krejci, lic. iur.

Arbeitsrecht: Das Weisungsrecht der Arbeitgeberin

Damit ein Arbeitsverhältnis entsteht, sind gemäss Gesetz in der Regel keine Formvorschriften einzuhalten. So sind auch mündliche Arbeitsverträge möglich. Dass bei einer solchen Freiheit einiges unklar bleibt und der Klärung und Präzisierung bedarf, liegt auf der Hand. Hierfür sieht das Obligationenrecht ein Weisungsrecht der Arbeitgeberin vor. Dieser Brief erläutert den Inhalt und die Grenzen dieses Rechts.

Befolgung von Anordnungen und Weisungen

Art. 321d OR

[1] Der Arbeitgeber kann über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen.

[2] Der Arbeitnehmer hat die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen.

Einführung

Wie aus dem Gesetzestext von Artikel 321d OR ersichtlich ist, hat die Arbeitgeberin das Recht allgemeine Anordnungen zu erlassen, die sich entweder an sämtliche Mitarbeitende oder aber auch nur an eine Gruppe derselben richten. Eine allgemeine Anordnung liegt zum Beispiel in einer Kleiderordnung, einer Dienstanweisung oder in Handbüchern vor. Weiter räumt die gesetzliche Bestimmung der Arbeitgeberin das Recht ein, einzelnen Arbeitnehmenden bestimmte besondere Weisungen zu erteilen. Das Gesetz sieht somit ein generelles Weisungsrecht der Arbeitgeberin vor. Indem sich der Arbeitnehmer in eine fremde Arbeitsorganisation eingliedert, unterwirft er sich dieser Weisungsgewalt der Arbeitgeberin. Schliesslich statuiert Absatz 2 für den Arbeitnehmer eine Befolgungspflicht.

Weisungsrecht und Weisungspflicht

Mit dem Weisungsrecht konkretisiert die Arbeitgeberin einseitig die Arbeits- und die Treuepflicht des Arbeitnehmers. Damit eine Weisung oder Anordnung für einen Arbeitnehmer verbindlich ist, wird vorausgesetzt, dass er von dieser nach Treu und Glauben Kenntnis nehmen konnte. Die Rechtslehre spricht von der Empfangsbedürftigkeit der Weisung. Dass dem Arbeitnehmer eine Weisung oder Anordnung bekannt war, muss von der Arbeitgeberin ge-

./.

Telefon +41 (0)62 837 18 18 · Fax +41 (0)62 837 18 19 · E-Mail info@aihk.ch · www.aihk.ch · www.ahv-aihk.ch · Postkonto 50-208-2

gebenenfalls bewiesen werden (z.B. mittels Zeugen oder Dokument). Weisungen müssen deshalb klar kommuniziert werden und können nur ausnahmsweise im Fall einer aussagekräftigen, konkludenten Handlung stillschweigend Wirkung erlangen.

Trägerin des Weisungsrechts ist alleine die Arbeitgeberin. Dieser Umstand muss unter anderem dort berücksichtigt werden, wo ein Arbeitnehmer gelegentlich und vorübergehend einem fremden Einsatzbetrieb überlassen wird. Hier ist es wichtig, dass die Arbeitgeberin in einem sogenannten «Verleihvertrag» insbesondere ihr Weisungsrecht an den Einsatzbetrieb abtritt.

Ausnahmsweise wird aus dem Weisungsrecht eine Pflicht. Dies ist dann der Fall, wenn gesetzliche Bestimmungen zum Schutz von Rechtsgütern des Arbeitnehmers (Art. 328 OR) oder von Dritten bestehen. So hat die Arbeitnehmerin bei einer sexuellen Belästigung unter anderem geeignete Weisungen zu erteilen. Oder das Arbeitsgesetz sieht beispielsweise vor, dass die Arbeitgeberin durch Anschlag oder auf andere geeignete Weise Vorschriften über den Jugendschutz, die Mutterschaft und die zu gewährenden Ausgleichszeiten für geleistete Nachtarbeit bekannt gibt (Art. 47 Abs. 1 ArG i.V.m. Art. 69 Abs. 1 ArGV1).

Aus dem Weisungsrecht leitet sich im Weiteren ein Kontrollrecht der Arbeitgeberin ab. Ihr muss es nämlich gestattet sein zu kontrollieren, ob ihre Arbeitnehmenden die Weisungen befolgen. Bestehen Schutzmassnahmen zu Gunsten von Arbeitnehmenden oder Dritten, hat die Arbeitgeberin ausserdem eine Kontroll- und Durchsetzungspflicht (z.B. beim Gesundheitsschutz Art. 6 ArG).

Arten von Weisungen

Aufgrund des Inhalts der Weisungen kann man diese in drei verschiedene Kategorien teilen: Ziel- oder Leistungsanweisung, Fachanweisung und Verhaltensanweisung.

Mit der *Ziel- oder Leistungsanweisung* bestimmt die Arbeitgeberin, welche Arbeitsleistung wann, wo und in welcher Organisation ausgeführt wird.

Die *Fachanweisung* konkretisiert die Ausführung der Arbeit nach Art und Weise. Diese werden oft vom direkten Vorgesetzten erteilt. Wo die Arbeitnehmenden über spezialisierte Fachkenntnisse verfügen oder eine gehobene Stellung bekleiden, können Fachanweisungen entbehrlich sein bzw. besteht das Recht Fachanweisungen zu erteilen erst gar nicht. Zu denken wäre an dieser Stelle an einen Chefarzt in einem Spital, an leitende Angestellte, soweit diese selbständige Leistungen erbringen müssen, oder an Lehrer einer Privatschule.

Die *Verhaltensanweisung* definiert, wie es der Ausdruck bereits sagt, wie sich der Arbeitnehmer im Betrieb verhalten soll. Mit einer solchen Weisung kann die Arbeitgeberin zum Beispiel die Pausen regeln, Vorkehrungen für die Gesundheitsvorsorge treffen oder die Nutzung von Betriebseinrichtungen für private Zwecke regeln. Die lange umstrittene Verhaltensanweisung des totalen Rauchverbots im Betrieb wurde durch die Einführung des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen am 1. Mai dieses Jahres gesetzlich geklärt. Seither darf in Räumen, die mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen, nicht mehr geraucht werden.

«Sonderfall»: Weisungsrecht während einer Freistellung

Da das Weisungsrecht die Treue- und die Arbeitspflicht konkretisiert, stellt sich bei einer Freistellung die Frage, ob eine Arbeitgeberin, die bei einem Arbeitnehmer einseitig auf dessen Arbeitspflicht verzichtet, nachwievor ein Weisungsrecht hat und dieses auch ausüben kann.

Das Bundesgericht hat entschieden, dass das Weisungsrecht grundsätzlich auch während der Kündigungsfrist und insbesondere bei einer Freistellung weiter bestehe. Deshalb war in einem konkret zu beurteilenden Fall die Weisung zulässig, dass sich der Arbeitnehmer für punktuelle Aufgaben trotz Freistellung zur Verfügung halten musste. Eine Weisung, sich täglich viermal zu bestimmten Zeiten zu melden, muss ein freigestellter Arbeitnehmer allerdings nicht befolgen, da diese schikanös und gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst (siehe «Schranken des Weisungsrecht»).

Schranken des Weisungsrechts

Wichtige Schranken des Weisungsrechts bilden gesetzliche Bestimmungen, der vereinbarte Tätigkeitsbereich, die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie der Bereich des dienstlichen Verhaltens. Generell müssen Weisungen und Anordnungen stets innerhalb dieses gesetzlichen und vertraglichen Rahmens erfolgen. Wird diese Voraussetzung durch die Arbeitgeberin missachtet, ist der Arbeitnehmer von seiner statuierten Befolgungspflicht entbunden.

Zu den *gesetzlichen Schranken* zählen unter anderem das öffentlich-rechtliche Arbeitsgesetz mit seinen allgemeinen Gesundheitsschutzbestimmungen und den detailierten Arbeits- und Ruhezeitvorschriften, die die Arbeitnehmende vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen schützen möchten, das Strafrecht oder die Strassenverkehrsregeln. Weitere Grenzen finden sich im Privatrecht, wie etwa in Art. 20 OR. So müssen sittenwidrige Weisungen nicht beachtet werden. Droht der Arbeitgeberin durch eine ungeschickte Weisung die Gefahr, einen Schaden zu erleiden, darf der Arbeitnehmer grundsätzlich die Weisung zwar befolgen, muss aber aufgrund seiner Sorgfalts- und Treuepflicht allenfalls auf die möglichen schädigenden Auswirkungen aufmerksam machen.

Gemäss der in Art. 328 OR statuierten *Fürsorgepflicht* hat die Arbeitgeberin im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu achten und zu schützen. Diese Pflicht der Arbeitgeberin begründet unter anderem eine Unterlassungspflicht. So hat sich die Arbeitgeberin allen ungerechtfertigten Eingriffen in die Persönlichkeitsgüter der Arbeitnehmenden zu enthalten. Durch das Eingehen eines Arbeitsverhältnisses stimmt der Arbeitnehmer dem Eingriff in seine Persönlichkeitsrechte aber bis zu einem gewissen Grad zu. Es hat deshalb stets eine Abwägung zwischen den Interessen der Arbeitgeberin und des Arbeitnehmers zu erfolgen. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass je intensiver das betriebliche Interesse ist, desto weiter lässt sich ein Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden rechtfertigen. Im Zweifelsfall hat der Arbeitnehmer Weisungen der Arbeitgeberin zu befolgen. Im Weiteren zwingt die Fürsorgepflicht die Arbeitnehmerin auch zum Handeln. So muss sie beispielsweise in ihrem Betrieb für die Einhaltung der Sittlichkeit sorgen und insbesondere dafür sorgen, dass Mitarbeitende nicht sexuell belästigt werden.

Das Weisungsrecht wird weiter durch das *Verhältnismässigkeitsprinzip* beschränkt. So haben sich Weisungen auf das betrieblich Notwendige zu begrenzen. Zudem dürfen Weisungen nicht unsinnig oder sonst schikanös sein. Entsprechende Weisungen müssen vom Arbeitnehmer deshalb nicht befolgt werden. Weisungen dürfen ausserdem nicht gegen *Treu und Glauben* verstossen, d.h. die Weisung muss aufgrund eines sachlich berechtigten Interesses der Arbeitgeberin erfolgen. Dabei hat sie das Gebot der schonenden Rechtsausübung zu beachten. Wenn das Ziel auch mit einer weniger belastenden Massnahme erreicht werden kann, muss diese gewählt werden.

Durch den *einzelnen Arbeitsvertrag* wird die Arbeitstätigkeit konkretisiert und somit gleichzeitig das Weisungsrecht eingeschränkt. Diese vertraglichen Abmachungen können von der Arbeitgeberin nämlich nicht mittels Weisungsrecht einseitig geändert werden. So muss bei-

spielsweise der für eine bestimmte Arbeit angestellte Arbeitnehmer eine Weisung, in Zukunft eine andere Tätigkeit auszuüben, nicht einfach akzeptieren. Immerhin soll es bei dringlichen betrieblichen Bedürfnissen möglich sein, dass der Arbeitnehmer vorübergehend andere Arbeiten erledigt oder an einen anderen Arbeitsort versetzt wird. Die Versetzung muss für den Arbeitnehmer aber zumutbar sein. Bei der Zumutbarkeit wird die Dauer der Versetzung, die Verlängerung des Arbeitswegs, die Einschränkung des Privatlebens sowie der Ersatz der Mehrkosten berücksichtigt.

Wie bereits erwähnt sind Weisungen, die das dienstliche Verhalten betreffen, grundsätzlich zu befolgen, soweit sie sich durch die Zwecke des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen lassen und kein übermässiges Eindringen in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers bewirken. Bei Weisungen zum ausserdienstlichen Verhalten ist aber Zurückhaltung geboten. Diese sind nur ausnahmsweise zulässig und dürfen die Grenzen des durch die Treuepflicht abgesteckten Rahmens nicht überschreiten. Zulässig können sie etwa bei Arbeitnehmenden in Tendenzbetrieben sowie für leitende Angestellte sein.

Folgen der Verletzung von Weisungen oder allgemeinen Anordnungen

Werden Weisungen oder allgemeine Anordnungen nicht befolgt, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen. Bei dieser Fragestellung muss zwischen einer berechtigten und einer unberechtigten Weisung unterschieden werden. Verstösst eine Weisung gegen das Gesetz oder die Abmachungen des einzelnen Arbeitsvertrags, ist der Arbeitnehmer von seiner Befolgungspflicht entbunden. Die Arbeitgeberin bleibt in diesem Fall lohnfortzahlungspflichtig (Art. 324 OR).

Ist die Weisung hingegen berechtigt, muss der Arbeitnehmer diese befolgen (Befolgungspflicht, Art. 321d Abs. 2 OR). Widersetzt er sich der Anordnung oder der Weisung, wird er primär schadenersatzpflichtig. Weitere Massnahmen können ein Verweis oder eine Verwarnung (siehe dazu auch Blauer Brief Nr. 35.10), eine Kürzung oder sogar ein gänzlicher Wegfall der Gratifikation sowie eine ordentliche oder sogar fristlose Kündigung sein.

Die umsichtige Arbeitgeberin tut auf jeden Fall gut daran, den Arbeitnehmer bei einer Verletzung der Befolgungspflicht schriftlich abzumahnen und ihm für den Wiederholungsfall die fristlose Kündigung anzudrohen. Aus der Abmahnung muss klar ersichtlich sein, welche Weisung in Zukunft vom Arbeitnehmer befolgt werden muss. In sehr schweren oder wiederholten Fällen kann eine fristlose Kündigung ausgesprochen werden. Da oft unsicher ist, was das Gericht als schweren Fall taxieren wird, empfiehlt sich sicherheitshalber auch hier vorgängig eine Abmahnung auszusprechen.

Sieht es die Betriebsordnung vor, können als besondere Disziplinarmassnahmen Geldbussen oder Strafarbeiten ausgesprochen werden. Die Anforderungen an das «betriebliche Strafverfahren» sind aber hoch und müssen rechtsstaatlichen Anforderungen genügen. Unter anderem muss der Arbeitnehmer vor der Fällung der Strafe angehört werden und die Bussenverwendung muss klar geregelt sein.

Weitere Informationen und Auskünfte

Für allfällig weitere Fragen steht Ihnen unser Rechtsdienst gerne zur Verfügung (per Telefon unter 062 837 18 03 oder per E-Mail unter *recht@aihk.ch*). Oder kontaktieren Sie direkt Jan Krejci (Telefon 062 837 18 02 oder per E-Mail *jan.krejci@aihk.ch*).