



AGVS | UPSA

Auto Gewerbe Verband Schweiz

Union professionnelle suisse de l'automobile

Unione professionale svizzera dell'automobile

Garagistenstamm zum Thema Datenschutz und Vertragsrecht von Olivia Solari, Master of Law, Rechtsdienst & Politik

25. Oktober 2018, Ausbildungszentrum AZ, Lerchentalstrasse 2, 9016 St.Gallen

mobilcity.ch

1. Datenschutz

Ziele: Was wir heute erarbeiten wollen

Wir wollen die drei häufigsten Irrtümer bezüglich EU-DSGVO aufdecken:

1. Die EU-DSGVO ist anwendbar, sobald ein Schweizer Unternehmen Daten von EU-Bürgern bearbeitet.
2. Cookies auf einer Website führen automatisch zur Anwendbarkeit der EU-DSGVO.
3. Für jeden Newsletter ist die Einwilligung des Betroffenen notwendig.

1. 1 Einleitung

- **Europarat:**

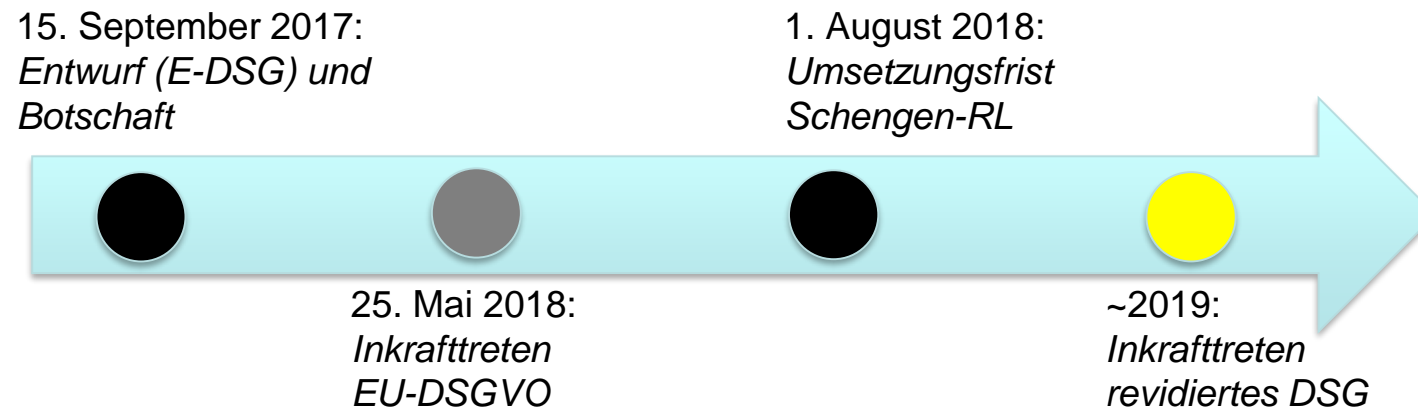
Anfang 2017: Revision des Übereinkommens SEV 108 zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten.

- **EU:**

April 2016: Revision der Datenschutzgesetzgebung, diese umfasst zwei Rechtsakte:

- a. Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (DSGVO, GDPR); direkt geltendes Recht in EU ab: 25. Mai 2018
- b. Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich des Strafrechts (Schengen-RL)

Fahrplan der Schweiz:



1.2 Irrtum 1: Die EU-DSGVO ist anwendbar, sobald ein CH Unternehmen Daten von EU-Bürgern bearbeitet

Marktortprinzip:

1. Anbieten von Waren oder Dienstleistungen gegenüber Personen in der EU:

- z.B. Website mit Preisangabe in Euro oder in spanischer Sprache und mit spanischer Domain,
- oder Angebote für Lieferungen in die EU.

2. Verhaltensbeobachtung von Personen in der EU

- Z.B. eine Website, welche Cookies oder Google Analytics benutzt.

1.3 Irrtum 2: Cookies auf einer Website führen automatisch zur Anwendbarkeit der EU-DSGVO

Cookies ≠ Cookies

Funktionalitäts- und Performance-Cookies



Tracking- und Targeting-Cookies



Cookies ≠ Cookies

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (24) Die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter sollte auch dann dieser Verordnung unterliegen, wenn sie dazu dient, das Verhalten dieser betroffenen Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt. Ob eine Verarbeitungstätigkeit der Beobachtung des Verhaltens von betroffenen Personen gilt, sollte daran festgemacht werden, ob ihre **Internetaktivitäten nachvollzogen** werden, einschließlich der möglichen nachfolgenden Verwendung von Techniken zur Verarbeitung personenbezogener Daten, durch die von einer natürlichen Person ein **Profil erstellt** wird, das insbesondere die Grundlage für sie betreffende Entscheidungen bildet oder anhand dessen ihre persönlichen Vorlieben, Verhaltensweisen oder Gepflogenheiten analysiert oder vorausgesagt werden sollen.

Cookies ≠ Cookies

Funktionalitäts- und Performance-Cookies



Tracking- und Targeting-Cookies



Zulässigkeit von Tracking-Cookies

CH:

- Keine direkte Regelung im DSG
- Erlaubt, wenn Information an Kunden und Opt-out Möglichkeit vorhanden ist.

EU:

- Keine direkte Regelung in DSGVO
 - Jedoch „Cookie-Richtlinie“ vorhanden
- Opt-in (Einwilligung)

1.4 Irrtum 3: Für jeden Newsletter ist die Einwilligung des Betroffenen notwendig

Newslettersand CH



DSG:

- Newsletter-Anmeldung muss so ausgestaltet sein, dass insbesondere der Zweck der Bearbeitung der geforderten Angaben wie E-Mail-Adresse und Name erkennbar ist.

FMG und UWG:

- Art. 45a Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG: Einwilligung ist nötig (Opt-in)
- Bestätigungs-E-Mail (Double Opt-in) ist sinnvoll zu Beweis Zwecken.
- Entbehrlich ist die Einwilligung nur beim Werbeversand an (frühere) Kunden, die beim Erstkontakt deutlich auf die Ablehnungsmöglichkeit hingewiesen worden sind (Opt-out)

Newslettersend EU



DSGVO:

- Verbotprinzip (Art. 6):
D.h. Verarbeitung ausgeschlossen ausser:
 - a) Einwilligung des Betroffenen
 - b) Für Erfüllung des Vertrags notwendig
 - c) Schutz lebenswichtiger Interessen
 - d) öffentliches oder überwiegendes, berechtigtes privates Interesse
- „Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der **Direktwerbung** kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Bearbeitung betrachtet werden.“ (Erwägung 47 zur DSGVO)
- Bearbeitungsgrundsätze (Art. 5) und Informationspflichten (Art. 12 f.) müssen eingehalten werden. Dann wohl zulässig.
- Widerspruchsrecht (Art. 21)

2. Vertragsrecht / Arbeitsrecht

Ziele: Was wir heute erarbeiten wollen

Wir wollen die fünf häufigsten arbeitsrechtlichen Fragestellungen klären:

1. Ferienkürzung gemäss Art. 329b OR
2. Sperrfrist gemäss Art. 336c OR
3. Fristlose Kündigung gemäss Art. 337 OR
4. Abgrenzung Überstunden und Überzeit
5. Auszahlung von Ferien gemäss Art. 329d Abs. 2 OR

2.1 Ferienkürzung gemäss Art. 329b OR

Art. 329b

1 Ist der Arbeitnehmer durch sein Verschulden während eines **Dienstjahres** insgesamt um mehr als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert, so kann der Arbeitgeber die Ferien **für jeden vollen Monat** der Verhinderung um einen Zwölftel kürzen.

2 Beträgt die Verhinderung insgesamt nicht mehr als einen Monat im Dienstjahr und ist sie durch Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten, Ausübung eines öffentlichen Amtes oder Jugendurlaub, ohne Verschulden des Arbeitnehmers verursacht, so dürfen die Ferien vom Arbeitgeber nicht gekürzt werden.

3 Die Ferien dürfen vom Arbeitgeber auch nicht gekürzt werden, wenn eine Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft bis zu zwei Monaten an der Arbeitsleistung verhindert ist oder weil sie die Mutterschaftsentschädigung im Sinne des Erwerbsersatzgesetzes vom 25. September 1952 (EOG) bezogen hat.

4 Durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den Absätzen 2 und 3 abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer im Ganzen mindestens gleichwertig ist.

Fragen:

- 1) Wie stehen die einzelnen Absätze zueinander?
- 2) Was bedeuten die grünen Ausdrücke?

1) Wie stehen die einzelnen Absätze zueinander?

Art. 329b

1 Ist der Arbeitnehmer durch sein Verschulden während eines **Dienstjahres** insgesamt um mehr als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert, so kann der Arbeitgeber die Ferien **für jeden vollen Monat** der Verhinderung um einen Zwölftel kürzen.

→ Regelt die Verhinderung an der Arbeit **aus Verschulden** des Arbeitnehmers. Sobald die Arbeitsleistung während mehr als eines Monats unterbleibt, ist eine Kürzung des Ferienanspruchs um einen Zwölftel des Jahresferienanspruchs pro vollen Abwesenheitsmonat gerechtfertigt.

Art. 329b

2 Beträgt die Verhinderung insgesamt **nicht mehr als einen Monat** im Dienstjahr und ist sie durch **Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers** liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten, Ausübung eines öffentlichen Amtes oder Jugendurlaub, ohne Verschulden des Arbeitnehmers verursacht, so dürfen die Ferien vom Arbeitgeber nicht gekürzt werden.

- Regelt die **schuldlose** Verhinderung an der Arbeit aus Gründen, die in der Person der Arbeitnehmers liegen. Nach dem ersten Monat der Verhinderung erfolgt noch keine Kürzung der Ferien. Sobald der Arbeitnehmer jedoch zwei volle Monate verhindert ist, so darf der Ferienanspruch um einen Zwölftel pro Monat gekürzt werden. **Achtung!:** Für den ersten Monat der Abwesenheit erfolgt keine Kürzung («Schonfrist»).

Art. 329b

3 Die Ferien dürfen vom Arbeitgeber auch nicht gekürzt werden, wenn eine Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft bis zu zwei Monaten an der Arbeitsleistung verhindert ist oder weil sie die Mutterschaftsentschädigung im Sinne des Erwerbsersatzgesetzes vom 25. September 1952 (EOG) bezogen hat.

→ Bei **schwangerschaftsbedingter** Verhinderung sind gemäss Absatz 3 sogar drei Monate Absenz nötig (zwei Monate «Schonfrist»), damit der Ferienanspruch um einen Zwölftel gekürzt werden darf.

1) Zusammenfassung

- Absatz 1: Kürzung bei Abwesenheit **mit Verschulden** des Arbeitnehmers
- Absatz 2: Kürzung bei Abwesenheit **ohne Verschulden** des Arbeitnehmers (bei Gründen die in seiner Person liegen)
- Absatz 3: Kürzung bei **schwangerschaftsbedingter** Abwesenheit

2) Was bedeuten die jeweils grünen Ausdrücke?

Dienstjahr:

- Die Lehrzeit zählt auch zu den Dienstjahren
- Endet ein Dienstjahr, so werden die Fehltage auf Null zurückgesetzt.

Voller Monat:

- ≠ Kalendermonat
- Es muss auf den Arbeitsmonat abgestellt werden (jährlicher Durchschnitt).
- Praktische Annäherung: 21,75 Arbeitstage (= voller Monat bei einer fünf-Tage-Woche)

3) Beispiele:

- 1) A arbeitet bei der Garage B seit dem 1. Januar 2017 und hat pro Jahr fünf Wochen Ferien. Aufgrund einer Krankheit erscheint er vom 24. Januar 2017 bis am 2. März 2017 nicht zur Arbeit. Am 4. Mai 2017 hat A einen schweren Autounfall und fällt bis am 31. August 2017 unfallbedingt aus.

Dürfen die Ferien gekürzt werden? Wenn ja, wie viele Tage Ferien dürfen gekürzt werden?

Abwesenheit 1: 24. Januar 2017 – 2. März 2017 = 28 Arbeitstage

Abwesenheit 2: 4. Mai 2017 – 31. August 2017 = 79 Arbeitstage (Achtung! Feiertage wie z.B. 1. August dürfen nicht gezählt werden)

$29 + 78 = 107$ Arbeitstage

Grund der Abwesenheit: → ohne Verschulden, durch Gründe die in der Person des A liegen → Art. 329b Abs. 2 OR

$107 - 21,75$ (da der erste Monat «Schonfrist») = 85,25

$85,25 : 21,75 = 3,92$ (volle Monate i.S.v. Art. 329b OR) → Kürzung um $1/12$ pro vollen Monat, d.h. Kürzung um $3/12$ ($1/4$)

25 Tage (fünf Wochen = regulärer Ferienanspruch) $\times \frac{1}{4}$ = Kürzung um 6,25 Tage → neuer Ferienanspruch sind 18,75 Tage

2.2 Sperrfrist gemäss Art. 336c OR

Art. 336c

1 Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis **nicht kündigen**:

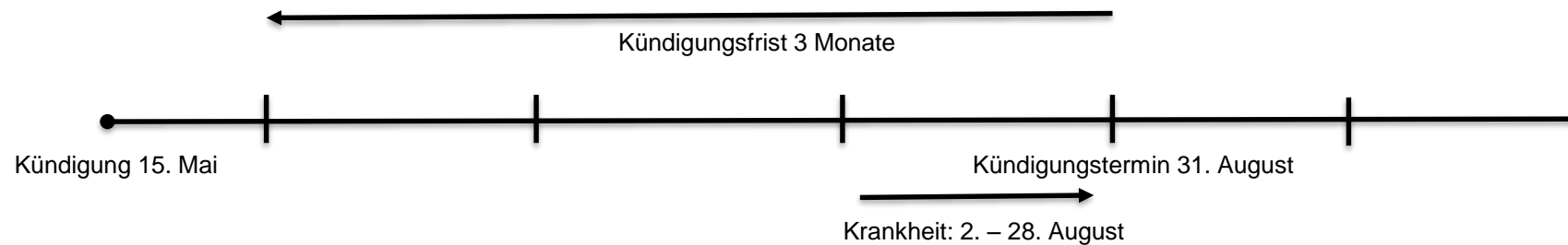
- a. Während die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet, sowie, sofern die Dienstleistung mehr als elf Tage dauert, während vier Wochen vorher und nachher;
- b. Während der Arbeitnehmer **ohne eigenes verschulden** durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im **ersten Dienstjahr** während **30 Tage**, ab dem **zweiten bis und mit fünften Dienstjahr** während **90 Tagen** und ab **sechstem Dienstjahr** während **180 Tagen**;
- c. Während der **Schwangerschaft** und in den **16 Wochen nach der Niederkunft** einer Arbeitnehmerin;
- d. Während der Arbeitnehmer mit Zustimmung des Arbeitgebers an einer von der zuständigen Bundesbehörde angeordneten Dienstleistung für eine Hilfsaktion im Ausland teilnimmt.

2 Die Kündigung, die während einer der in Absatz 1 festgesetzten Sperrfristen erklärt wird, ist **nichtig**; ist dagegen die Kündigung **vor Beginn einer solchen Frist erfolgt**, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren **Ablauf unterbrochen** und erst **nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt**.

3 Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie das **Ende eines Monats** oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so **verlängert** sich diese bis zum **nächstfolgenden Endtermin**.

Arbeitgeber B kündigt dem A am 15. Mai 2018 unter Einhaltung der Kündigungsfrist von drei Monaten auf den 31. August 2018. A wird am 2. August krank und kann erst wieder am 28. August zur Arbeit erscheinen.

An welchem Tag endet das Arbeitsverhältnis zwischen B und A?



Die Kündigungsfrist beginnt am 1. Juni 2018 und wird erst am 2. August unterbrochen. Bis dann sind 62 Tage der Kündigungsfrist verstrichen. Ab dem 29. August läuft die Frist weiter und endet am 27. September 2018. Da das Arbeitsverhältnis immer nur auf Ende eines Monats gekündigt werden kann, endet das Arbeitsverhältnis am **30. September 2018**.

2.3 Fristlose Kündigung gemäss Art. 337 OR

Art. 337 OR

1 Aus **wichtigen Gründen** kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer **jederzeit** das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen; er muss die fristlose Vertragsauflösung schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt.

2 Als wichtiger Grund gilt **namentlich** jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf.

3 Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen.

- Besonders schweres Fehlverhalten vorausgesetzt
- Leichtes/ mittleres Fehlverhalten → zwingend zuerst schriftlich warnen!
- Fristlose Kündigung ist nur in Ausnahmefällen erlaubt (sog. Notventil)

Beispiele für gerechtfertigte fristlose Kündigungen:

- Absichtlich falsches Tippen auf der Registrierkasse und Kassieren der Differenz in den eigenen Geldbeutel
- Fälschen eines Arztzeugnisses
- Faustschlag ins Gesicht des Vorgesetzten
- Regelmäßig zu spätes Erscheinen am Arbeitsplatz (nur mit Verwarnung)
- Beschimpfung der Chefin vor ihrer Tochter

Beispiele für ungerechtfertigte fristlose Kündigungen:

- Blosser Reglementverstöße, die auf Überforderung beruhen
- Gelegentliches Zuspätkommen
- Schlechte Beziehungen zwischen den Parteien
- Kündigung aufgrund der Teilnahme an einem legalen Streik

Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung:

- Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab Zugang der Kündigung
- Art. 337c OR

1 Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre.

2 Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat.

3 Der Richter kann den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen.

2.4 Abgrenzung Überstunden und Überzeit

Überstunden:

Bei einer Überschreitung der vertraglich festgelegten Normalarbeitszeit bis zur wöchentlichen Höchstarbeitszeit (je nach Branche 45 bis 50 Stunden) spricht man von Überstunden. Gemäss Art. 321c OR sind Arbeitnehmer verpflichtet, Überstunden zu leisten, wenn diese:

- notwendig sind,
- diese physisch und psychisch nicht überfordern,
- zumutbar sind,
- und die Arbeits- und Ruhezeiten eingehalten werden.

Abgeltung gemäss GAV: Überstunden sind durch Freizeit gleicher Dauer zu kompensieren. Ist eine Kompensation aus betrieblicher Sicht nicht möglich, sind die Überstunden mit einem Lohnzuschlag von 25% auszuführen.

Überzeit:

Von Überzeit wird dann gesprochen, wenn die wöchentliche gesetzliche Höchstarbeitszeit gemäss Art. 9 Arbeitsgesetz (je nach Branche 45 bis 50 Stunden) überschritten wird.

- Sie darf nicht mehr als zwei Stunden im Tag betragen.
- Sie darf im Kalenderjahr nicht mehr als 170 Stunden (bei wöchentlicher Arbeitszeit von 45 Stunden) bzw. 140 Stunden (bei 50 Stunden) betragen.
- Sie muss (zwingend) – wenn sie nicht innert bestimmter Frist durch Freizeit ausgeglichen wird – mit einem Lohnzuschlag von mindestens 25 % entschädigt werden.

2.5 Auszahlung des Ferienanspruchs gemäss Art. 329d Abs. 2 OR

Art. 329d Abs. 2 OR

2 Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses **nicht** durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden.

Grundsatz:

- Das vorhandene Ferienguthaben darf grundsätzlich nicht ausbezahlt werden, sondern muss in natura bezogen werden.
- Ist am Ende des Arbeitsverhältnisses noch ein Ferienguthaben vorhanden, so ist die Auszahlung möglich.

Art. 329d Abs. 2 OR

2 Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses **nicht** durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden.

Berechnung:

- Die Berechnung erfolgt gemäss Rechtsprechung anhand des zuletzt bezahlten Lohns und nicht dem Lohn, der den Arbeitnehmer zur Zeit der Entstehung des Ferienanspruchs verdient hat (nur bei Lohnerhöhung wichtig).
- Berechnung anhand des Monatslohns (z.B. Monatslohn CHF 5'000 (x 13))
1 Ferientag entspricht: $5'000 \times (13/12) / 21,75 = \text{CHF } 249,05$
- Berechnung anhand des Jahreslohns (z.B. Jahreslohn CHF 5'000 (x 13))
1 Ferientag entspricht $\text{CHF } 65'000 / 261 = \text{CHF } 249,05$

Verjährung:

- Verjährung gemäss Art. 128 Abs. 3 OR → fünf Jahre Verjährungsfrist
- Beginnt ab dem 1. Tag nach Ablauf des Anspruchsjahres zu laufen.

Egal ob im Arbeitsrecht, Strassenverkehrsrecht oder Versicherungsrecht: Der Rechtsdienst des AGVS hilft in allen für das Autogewerbe relevanten Rechtsbereichen.

Die Leistung des Rechtsdienstes des AGVS steht allen AGVS-Mitgliedern kostenlos zur Verfügung:

Ihre Ansprechpartnerin: Olivia Solari, Tel. 031 307 15 34 oder rechtsdienst@agvs-upsa.ch

