

Kurt Pärli

## Möglichkeiten und Schranken der Anpassung von Arbeitsbedingungen als Reaktion auf die Frankenstärke

---

Viele Unternehmen reagieren auf die Aufhebung des Euromindestkurses mit Erhöhung der Arbeitszeit oder Senkung des Lohnes. Die Vertragsfreiheit erlaubt, Arbeitsverträge durch Änderungskündigung anzupassen. Dem Arbeitnehmerschutz dient, wenn erhebliche Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen nur zulässig sind, wenn dies wirtschaftlich begründet ist. Missbräuchlich sind Änderungskündigungen auch, wenn die Kündigungsfristen nicht eingehalten werden oder wenn der angepasste Vertrag gegen zwingendes Recht, z.B. das Freizügigkeitsabkommen FZA, verstösst. Zu beachten sind auch die Vorschriften zur Massentlassung.

---

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht; Europarecht und Internationales Recht; Bilaterale Abkommen CH-EU

Zitiervorschlag: Kurt Pärli, Möglichkeiten und Schranken der Anpassung von Arbeitsbedingungen als Reaktion auf die Frankenstärke, in: Jusletter 11. Mai 2015

## Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
  1. Aufhebung des Euromindestkurses — Reaktionen von Unternehmen und Politik
  2. Die relevanten Fragen und Gang der Untersuchung
- II. Veränderung von Arbeitsbedingungen
  1. Zur Erinnerung zum Ersten: Vertragsfreiheit und Kündigungsfreiheit bieten Gestaltungsspielräume
  2. Zur Erinnerung zum Zweiten: Arbeitsrecht schützt die schwächere Vertragspartei
  3. Der Arbeitgeber trägt das Unternehmensrisiko
    - 3.1. Beim Arbeitnehmergeverzug
    - 3.2. Bei der AHV-rechtlichen Qualifikation (un)selbständiger Erwerbstätigkeit
    - 3.3. Bei den Voraussetzungen für Kurzarbeit
  4. Änderungen der Arbeitsbedingungen
    - 4.1. Grundsätzliches
    - 4.2. Modalitäten der Vertragsanpassungen
    - 4.3. Form- und Fristfragen
    - 4.4. Einseitige Vertragsveränderungsklauseln
    - 4.5. Schranken der Vertragsanpassung: Analogie zur Rechtsprechung bei Aufhebungsverträgen?
- III. Schutz vor Änderungskündigungen
  1. Grundsätzliche Zulässigkeit der Änderungskündigung
  2. Missbräuchlichkeit der Änderungskündigung
  3. Sperrfristenschutz
  4. Anwendung der Vorschriften über die Massenentlassung und Sozialplanpflicht
- IV. Eurolöhne für Grenzgänger
  1. Die gesetzliche Regelung zur Zahlung des Lohnes in Art. 323b OR
  2. Ungleiche Löhne für Grenzgänger im Lichte des FZA
    - 2.1. Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des FZA
    - 2.2. Anwendung des FZA bei ungleichen Löhnen für Grenzgänger
- V. Ergebnis: Zulässigkeit von Arbeitszeiterhöhung und/oder Lohnsenkung
  1. Verlängerung der Arbeitszeit
    - 1.1. Anpassung der Arbeitszeit durch Vertrag
    - 1.2. Anweisung von Überstunden als Alternative
    - 1.3. Probleme bei Arbeitszeitanpassungen
    - 1.4. Verlängerung der Arbeitszeit basierend auf einem GAV
  2. Lohnanpassungen
- VI. Abschliessende Bemerkungen

### I. Ausgangslage

#### 1. Aufhebung des Euromindestkurses — Reaktionen von Unternehmen und Politik

[Rz 1] Seit die Schweizerische Nationalbank (SNB) am 15. Januar 2015 den Euromindestkurs aufgehoben hat, geraten insbesondere exportorientierte Unternehmungen unter starken Druck, da ihre Produkte über Nacht massiv teuer werden. Betroffen vom — im Verhältnis zum Euro im Nachgang zum SNB-Entscheid — stark gestiegenen Franken sind indes auch der Tourismus sowie der Detailhandel, insbesondere in grenznahen Gebieten. Für Touristen/innen aus dem Euro-Ausland wurde die ohnehin teure Schweiz (noch) teurer und für Konsumenten/innen aus der Schweiz wird das Einkaufen im Euro-Ausland (noch) attraktiver.

[Rz 2] Die Unternehmen in den betroffenen Branchen und die Wirtschaftsverbände gehen nicht davon aus, dass sich der Euro innert kurzer Zeit wieder erholen wird. Während aus Gewerk-

schaftskreisen die Forderung erhoben wird, der SNB-Entscheid sei zu korrigieren und es sei ein neuer Mindestkurs festzusetzen<sup>1</sup>, weisen die Spitzenorganisationen der Arbeitgeber solche Forderungen zurück und verlangen ihrerseits den Abbau staatlicher Regulierung, um die Konkurrenzfähigkeit der Unternehmen zu erhalten<sup>2</sup>.

[Rz 3] Zahlreiche Unternehmen haben im Nachgang zum SNB-Entscheid zur Erhaltung ihrer Konkurrenzfähigkeit mit dem Ausland Massnahmen zur Kosteneinsparung getroffen. Presseberichten zu Folge haben über 30 Firmen die Arbeitszeiten verlängert, darunter der Zugsbauer «Stadler Rail» (Erhöhung der Arbeitszeit von 42 auf 45 Stunden), die Maschinenfabrik «Bucher Industries» (Neu 43.75 statt wie vorher 40 Stunden) oder das Unternehmen «Georg Fischer» (44 Stunden statt wie vorher 40 Stunden)<sup>3</sup>. Bekannt wurde auch der Fall des Basler Medtech-Unternehmens «Straumann», das mit dem Ziel Kosten zu sparen, den Grenzgänger/innen den Lohn in Euro auszahlen und den Mitarbeiter/innen in der Schweiz den Bonus kürzen wollte<sup>4</sup>. Nachdem sich gegen die Eurolohn-Auszahlung Widerstand regte, wurde auf diese Sparmassnahme verzichtet<sup>5</sup>.

[Rz 4] Umstritten ist, ob und wie weit bei allen Firmen eine reale wirtschaftliche Not Ursache der Arbeitszeiterhöhungen oder Lohnsenkungen ist. Gemäss dem Chefökonom des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, Daniel Lampart, gibt es Firmen, in denen die Massnahmen gerechtfertigt wären, es gäbe aber Profiteure, die nun den Gewinn zulasten der Beschäftigten erhöhen könnten<sup>6</sup>.

[Rz 5] Arbeitszeiterhöhungen sind gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie grundsätzlich nur in ausserordentlichen Lagen möglich und erfordern die Zustimmung der Arbeitnehmervertretung, das heisst der Betriebskommission<sup>7</sup>. Die Bedingungen einer betrieblichen Notsituation sind im GAV allerdings nicht genau definiert. Laut Gewerkschafter (und Nationalrat) Pardini hätten viele Firmen die Arbeitnehmer zudem unter Druck gesetzt, vielerorts sei Personalvertretungen nur begrenzte Einsicht in die Bücher gewährt worden<sup>8</sup>.

## 2. Die relevanten Fragen und Gang der Untersuchung

[Rz 6] Die Anpassung von Arbeitsbedingungen aus Gründen (tatsächlicher oder behaupteter) wirtschaftlicher Notwendigkeit wirft eine ganze Reihe arbeitsrechtlicher Fragestellungen auf. So ist zu fragen, ob und wie weit eine Anpassung von Lohn, der Lohnwährung, Bonus oder der Ar-

---

<sup>1</sup> Siehe die Forderungen des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes SGB: <http://www.sgb.ch/themen/wirtschaft/artikel/details/der-franken-muss-nuetzen-statt-schaden/> (alle Internetquellen zuletzt besucht am 18. März 2015).

<sup>2</sup> Siehe z.B. das Positionspapier des Wirtschaftsverbandes «Economiesuisse» vom 2. Februar 2015, [http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/dp01\\_Frankenstaerke\\_20150202.pdf](http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/dp01_Frankenstaerke_20150202.pdf).

<sup>3</sup> Zeitschrift «Der Bund» vom 17. März 2015, online-Ausgabe, siehe: <http://www.derbund.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Umstrittene-Arbeitszeitverlaengerungen/story/29048693>.

<sup>4</sup> Basel Landschaftliche Zeitung vom 5. Februar 2015, online-Ausgabe, siehe: <http://www.baselandschaftlichezeitung.ch/wirtschaft/was-duerfen-firmen-gegen-die-folgen-des-starken-frankens-unternehmen-128799581>.

<sup>5</sup> Siehe NZZ-online vom 20. Februar 2015, <http://www.nzz.ch/wirtschaft/keine-euro-loehne-bei-straumann-1.18487246>.

<sup>6</sup> [http://www.tageswoche.ch/de/2015\\_11/basel/682635/](http://www.tageswoche.ch/de/2015_11/basel/682635/).

<sup>7</sup> GAV-MEM, Art. 57, siehe dazu auch hinten, Rz. 91—92.

<sup>8</sup> [http://www.unia.ch/uploads/media/MEM\\_Bulletin\\_dt\\_A5\\_web.pdf](http://www.unia.ch/uploads/media/MEM_Bulletin_dt_A5_web.pdf).

beitszeit einseitig vom Arbeitgeber vorgenommen werden kann oder ob es dafür einer Vertragsänderung und somit einer Einigung zwischen den Parteien bedarf. Auch ist zu fragen, ob eine vertragliche Verankerung einer Lohn- bzw. Arbeitszeitanpassungsklausel, die bei Bedarf einseitig vom Arbeitgeber aktiviert werden kann, zulässig ist. Die Ausrichtung des Lohnes in Euro an Grenzgänger wirft heikle Fragen der unterschiedlichen Behandlung von EU-Ausländer/innen auf. Wird eine vom Arbeitgeber ausgehende Offerte für eine Vertragsanpassung von der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer nicht angenommen, kommen die Regelungen zur Änderungskündigung zur Anwendung. Hier ist insbesondere der Frage nachzugehen, unter welchen Bedingungen eine Änderungskündigung missbräuchlich ist und zu einer Entschädigungspflicht führt. [Rz 7] Die aktuellen Fragen um die Auswirkungen der Frankenstärke auf die Arbeitsbedingungen berühren die ganz grundsätzliche Frage, ob die Auswirkungen von Kursschwankungen überhaupt den Arbeitnehmenden aufgebürdet werden können oder ob dies nicht vielmehr gänzlich in die Risikosphäre des Unternehmens gehört. Mit der Frage des Unternehmerrisikos verknüpft ist die ganz grundsätzliche Ausrichtung des Arbeitsrechts als Recht der schwächeren Vertragspartei, wobei sich dieses Paradigma mit der in der Schweiz hochgehaltenen Vertragsfreiheit und Kündigungsfreiheit in einem Spannungsfeld befindet. Eine Auseinandersetzung mit diesen Themen bildet deshalb sowohl Einstieg als auch Grundlage der nachfolgenden Ausführungen zu den Handlungsspielräumen für Lohn- und Arbeitszeitanpassungen.

## II. Veränderung von Arbeitsbedingungen

### 1. Zur Erinnerung zum Ersten: Vertragsfreiheit und Kündigungsfreiheit bieten Gestaltungsspielräume

[Rz 8] Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht fusst auf der Prämisse der Vertragsfreiheit<sup>9</sup> einschliesslich einer zumindest im internationalen Vergleich recht weitgehenden Kündigungsfreiheit<sup>10</sup>. Die Vertragsfreiheit besteht jedoch nur in den Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 des Obligationenrechts [OR]), Abweichungen sind nur vom dispositiven Gesetzesrecht zulässig und die Abweichung darf überdies nicht gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit verstossen (Art. 19 Abs. 2 OR).

[Rz 9] Ein Arbeitsvertrag liegt nach Art. 319 OR vor, wenn sich die Parteien durch den Austausch gegenseitig übereinstimmender Willenserklärungen mindestens darüber geeinigt haben, dass Arbeit in untergeordneter Stellung<sup>11</sup> gegen Entgelt (Lohn)<sup>12</sup> für eine bestimmte oder unbestimmte

---

<sup>9</sup> Zur arbeitsvertragsrechtlichen Freiheit und ihrer historischen Entwicklung siehe VISCHER, FRANK/MÜLLER, ROLAND M., *Der Arbeitsvertrag*, 4. erweiterte Auflage, Basel, 2014, S. 8 ff.

<sup>10</sup> Eine schrankenlose Kündigungsfreiheit erweist sich indes in der arbeitsrechtlichen Praxis weitgehend als Mythos, siehe dazu PÄRLI, KURT, *Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität*, AJP, 2010, Nr. 6, S. 715—728. Beispielhaft kann auf Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 hingewiesen werden: Im Gesetz findet sich keine ausdrückliche Bestimmung über die Form einer Kündigung, das Bundesgericht erachtet indes eine Kündigung ohne Vorgespräch im Falle von Arbeitnehmer/innen mit langer Diensttreue als missbräuchlich (Bestätigung der Rechtsprechung in BGE 132 III 115).

<sup>11</sup> Zur Subordination des Arbeitnehmers als Wesensmerkmal des Arbeitsvertrages siehe STREIFF, ULLIN/VON KAENEL, ADRIAN/RUDOLPH, ROGER, *Praxiskommentar zu Art. 319—362 OR*, 7. Auflage, Zürich 2012, N 2 zu Art. 319 OR.

<sup>12</sup> Auch der Lohn ist ein notwendiges Element des Arbeitsvertrages, wird entschädigungslos gearbeitet, kann kein Arbeitsvertrag vorliegen.

Zeit geleistet wird<sup>13</sup>. Die Arbeitszeit und der Lohn können also in den Schranken von Art. 19—20 OR frei ausgehandelt werden<sup>14</sup>.

[Rz 10] Die Freiheit, den Vertragsinhalt zwischen den Arbeitsvertragsparteien auszuhandeln, ist nicht auf den Vertragsabschluss beschränkt. Grundsätzlich ist auch eine Anpassung von Vertragsbedingungen durch Übereinkunft während eines laufenden Arbeitsvertragsverhältnisses möglich. Wiederum ist Voraussetzung, dass sich die Vertragsparteien über die zu ändernden Vertragsinhalte einig sind. Zu beachten ist: Die Vertragsfreiheit umfasst auch die Freiheit, einen bestehenden Vertrag nicht ändern zu wollen. Allerdings ist es vertragsrechtlich in gewissen Schranken zulässig, eine einseitige Anpassung von Vertragsinhalten durch die eine Partei vorzusehen<sup>15</sup>. Schliesslich kann ein Arbeitsvertrag wie jeder Vertrag auch wieder aufgehoben werden, sei es durch Kündigung oder durch einen Aufhebungsvertrag. Will also die eine Partei den Vertragsinhalt verändern und die andere Partei ist an einer Vertragsänderung nicht interessiert, so steht der veränderungswilligen Partei das Mittel der Kündigung zu.

[Rz 11] Die gerade beschriebene idealtypische arbeitsvertragliche Vertrags- und Kündigungsfreiheit bietet somit Unternehmen grundsätzlich beachtliche Gestaltungsspielräume, um im Bedarfsfall durch Anpassung von Arbeitsbedingungen rasch auf die Veränderungen wirtschaftlicher Gegebenheiten zu reagieren<sup>16</sup>. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, stehen der konkreten Umsetzung allerdings zahlreiche vom Gesetzgeber gewollte und durch die Rechtspraxis weiter entwickelte Schranken gegenüber.

## **2. Zur Erinnerung zum Zweiten: Arbeitsrecht schützt die schwächere Vertragspartei**

[Rz 12] Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht zeichnet sich nicht nur durch die Vertragsfreiheit aus, es beruht auch auf einer langen Tradition<sup>17</sup> und Gegenwart<sup>18</sup> eines starken Arbeitnehmerschutzes. Ein weiteres Wesensmerkmal bilden die sozialpartnerschaftlich entwickelten kollektivvertraglichen Regelungen (Gesamtarbeitsverträge, GAV), die in fast der Hälfte der schweizerischen Arbeitsverhältnisse Gültigkeit haben<sup>19</sup> und für die Arbeitnehmenden einen über die gesetzlichen Mindestvorschriften hinausgehenden Schutz vorsehen<sup>20</sup>. Regelmässig enthalten GAV's

---

<sup>13</sup> Damit liegt bei einem Arbeitsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis vor, zum Ganzen STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 11), N 2 zu Art. 319 OR.

<sup>14</sup> Siehe dazu hinten, Rz. 38.

<sup>15</sup> Siehe dazu hinten, Rz. 44 ff.

<sup>16</sup> Auf die Vorteile des relativ liberalen schweizerischen Arbeitsrechts für wirtschaftlich begründete Umstrukturierungen und damit verbundene Anpassung von Arbeitsbedingungen wird in der juristischen Lehre regelmässig hingewiesen, siehe z.B.: RUDOLPH, ROGER, Vertragsänderungen, in: Von Kaenel, Adrian (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich, 2010, S. 1—31 und grundsätzlich zu Umstrukturierungen WILDHABER, ISABELLE, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich, 2011, S. 10 ff.

<sup>17</sup> Siehe schon das Fabrikgesetz von 1877 oder die (früheren) Bemühungen der Schweiz für eine Internationalisierung des Arbeitnehmerschutzes in den Anfängen der Internationalen Arbeitsorganisation.

<sup>18</sup> Als jüngstes Beispiel des Arbeitnehmerschutzes kann die Einführung einer Sozialplanpflicht (Art. 335h—335k, OR, in Kraft seit 1. Januar 2014) erwähnt werden.

<sup>19</sup> Zahlen aus: Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB, Dossier Nr. 95, GAV in der Schweiz: Probleme, Handlungsbedarf, Lösungen, Bern, 2013, S. 5 (Quelle: [http://www.sgb.ch/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/Dossier/95d\\_DL-DK\\_GAV\\_in\\_der\\_Schweiz.pdf](http://www.sgb.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Dossier/95d_DL-DK_GAV_in_der_Schweiz.pdf)).

<sup>20</sup> Gemäss der Normenhierarchie im schweizerischen Arbeitsrecht darf ein GAV nicht gegen zwingende Gesetzbestimmungen verstossen, zulässig sind aber bessere Bedingungen.

auch Bestimmungen zu Mindestlöhnen<sup>21</sup>.

[Rz 13] Der Arbeitnehmerschutz wird in der Schweiz durch zahlreiche (relativ und absolut) zwingende Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts (Art. 361—362 OR) und durch öffentlich-rechtliche Normierungen (insbesondere das Arbeitsgesetz) verwirklicht. Das Abweichen von der «reinen» Vertragsfreiheit zu Gunsten der Arbeitnehmenden lässt sich vielfach begründen. Zu erinnern ist an das Leitmotiv «Arbeit ist keine Ware» der auch für die Schweiz verbindlichen Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation<sup>22</sup>. Für die meisten Menschen ist das Einkommen aus einem Arbeitsverhältnis das einzige Einkommen zur Bestreitung des Lebensunterhaltes<sup>23</sup>. Ein Arbeitsverhältnis basiert so auf einem strukturellen Machtungleichgewicht und es zeigt sich die Notwendigkeit, die Arbeitnehmenden als die schwächere Vertragspartei zu schützen<sup>24</sup>. Weiter verlangen grund- und menschenrechtliche Prinzipien, die Würde der Arbeitnehmenden zu schützen<sup>25</sup>, was auf Gesetzesstufe namentlich durch Art. 328 OR (Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmenden im Arbeitsverhältnis) und durch die Bestimmungen zur missbräuchlichen Kündigung in Art. 336, 336a und 336b OR einfachgesetzlich verwirklicht wird<sup>26</sup>.

[Rz 14] Zum Schutze der schwächeren Vertragspartei trägt auch das in Art. 341 OR verankerte Verzichtsverbot bei. Auf Ansprüche, die sich aus zwingenden Vorschriften des Gesetzes oder eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, kann während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und bis zu einem Monat danach nicht verzichtet werden. Damit soll der Arbeitnehmer angesichts seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit geschützt werden, auf Ansprüche zu verzichten, die ihm gegenüber seinem Arbeitgeber zustehen<sup>27</sup>. Dieser Schutz wird dem Arbeitnehmer auch dann gewährt, wenn er seine Ansprüche erst nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend macht; es liegt diesfalls in der Regel kein Rechtsmissbrauch vor. Umstritten ist, ob angesichts der Beschränkung des Verzichtverbots auf zwingende Ansprüche, auf (auch bereits entstandene<sup>28</sup>) Lohnansprüche verzichtet werden kann<sup>29</sup>. Dafür spricht, dass der Lohn nach Art. 322 OR grundsätzlich frei vereinbar ist, soweit nicht zwingende Vorschriften, wie etwa diejenigen des Gleichstellungsgesetzes,

---

<sup>21</sup> SGB (Fn. 19), S. 5.

<sup>22</sup> Anhang zur ILO-Verfassung, litera a, nimmt Bezug auf die Philadelphia-Erklärung von 1944, siehe [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/genericdocument/wcms\\_193725.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/genericdocument/wcms_193725.pdf).

<sup>23</sup> 2012 stammten drei Viertel aller Einnahmen privater Haushalte aus Erwerbstätigkeit und knapp 15% aus Renten, aber nur 5% aus Vermögen und Vermietung, siehe [www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/02/blank/key/einkommen0/niveau.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/02/blank/key/einkommen0/niveau.html) (Einkommen, Verbrauch und Vermögen — Daten, Indikatoren. Haushaltseinkommen und -ausgaben 2012), Tabelle T20.02.01.01, 80% der Erwerbstätigen sind überdies in einem Angestelltenverhältnis tätig, Zahlen für 2014, siehe [www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/02/blank/key/erwerbstaetige0/nach\\_erwerbsstatus.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/02/blank/key/erwerbstaetige0/nach_erwerbsstatus.html), Erwerbstätigkeit und Arbeitszeit — Indikatoren Erwerbstätige — Erwerbsstatus. Erwerbstätige nach Erwerbsstatus (soziologische Definition).

<sup>24</sup> WIEDE, ANDREA, Die schwächere Partei, in: Bani, Eva-Maria, Obrist, Angela: Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St.Gallen 2014, S. 797—833 (S. 800).

<sup>25</sup> Zur Bedeutung einer menschenrechtlichen Absicherung elementarer Arbeitsrechte im Bereich des Privatsphärenschutzes siehe PÄRLI, KURT, Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten — eine menschenrechtliche Herausforderung, EuZA (Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht/European Journal of Labour Law) 1/2015, S. 48 f.

<sup>26</sup> Zu den gemeinsamen Zielen von Art. 328 und 336 OR siehe PÄRLI, KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern, 2009, N 1134—1137.

<sup>27</sup> BGE 136 III 467 E. 4.5; BGE 124 III 469 E. 3a; BGE 105 II 39 E. 1a.

<sup>28</sup> Ansprüche für die Zukunft fallen nicht unter das Verzichtsverbot, ein im Rahmen eines Aufhebungsvertrages erfolgter Verzicht auf künftige Ansprüche kann jedoch am Gesetzesumgehungsverbot scheitern, siehe zum Ganzen mit Hinweisen auf die nicht immer klare Rechtsprechung: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 11), N 5d und 5e und VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND M., Der Arbeitsvertrag, 4., erweiterte Auflage, Basel 2014, S. 357, N 197.

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2013 vom 18. September 2013 E. 4.4.

die Vertragsfreiheit beschränken<sup>30</sup>. Nicht verzichtbar ist ein Lohnanspruch u.a. dann, wenn er auf Art. 324 OR (Arbeitgeberverzug)<sup>31</sup> oder auf bereits geleisteten Überstunden<sup>32</sup> (im Rahmen von Art. 321 c OR) oder Überzeit<sup>33</sup> (nach Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [ArG]) beruht.

[Rz 15] Die Möglichkeit, Arbeitsbedingungen im laufenden Arbeitsverhältnis nach den Bedürfnissen des Unternehmens anzupassen, bildet zwar eine Ausprägung der Vertragsfreiheit. Der Schutz der Arbeitnehmenden als schwächere Vertragspartei soll aber verhindern, dass die Kosten von Sparmassnahmen einseitig den Arbeitnehmenden auferlegt werden. Wie noch zu zeigen sein wird, beinhaltet das geltende Recht vielfältige Möglichkeiten, um sowohl den Interessen der Unternehmen an Flexibilität als auch denjenigen der Arbeitnehmenden an Einkommenssicherheit, Beschränkung der Arbeitszeit und Rechtssicherheit über den Bestand vertraglicher Abmachungen Rechnung zu tragen.

### 3. Der Arbeitgeber trägt das Unternehmensrisiko

[Rz 16] Eine spezifische Ausprägung des Schutzes der schwächeren Vertragspartei besteht darin, dass es nach weitgehend einhelliger Lehre<sup>34</sup> und Rechtsprechung<sup>35</sup> grundsätzlich der Arbeitgeber ist, der das wirtschaftliche und betriebliche Unternehmensrisiko zu tragen hat. Diese Last bildet die Kehrseite zur Freiheit, einen allfälligen Unternehmensgewinn nicht mit den Arbeitnehmenden teilen zu müssen, sofern nichts anderes vertraglich abgemacht ist<sup>36</sup>.

[Rz 17] Zu ergänzen ist allerdings, dass die Arbeitnehmenden mittelbar immer ebenfalls Risikoträger sind. Scheitert nämlich das Unternehmen, so sind es die Arbeitnehmenden, die ihren Arbeitsplatz verlieren. Auch das Gesetz selbst sieht punktuelle Abweichungen vom Grundsatz der Tragung des Betriebsrisikos durch den Arbeitgeber vor. So erlauben die Art. 322a, 322b und 326 OR, einen Teil des Betriebsrisikos auf den Arbeitnehmer zu überwälzen, in dem der Lohn oder Teile davon von Variablen abhängig gemacht werden dürfen, auf die der Arbeitnehmer allenfalls keinen oder nur einen kleinen Einfluss hat<sup>37</sup>. Verboten ist allerdings im Anwendungsbereich von

---

<sup>30</sup> Diese Position vertreten etwa BRÜHWILER, JÜRIG, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319 — 343 OR, 3. Vollständig überarbeitete Auflage, Basel 2014, N 4c zu Art. 341 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 11), N 5a. A.A. sind namentlich WYLER, RÉMY/HEINZER, BORIS, Droit du travail, 3. Auflage, Bern, 2014, S. 259 und BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005, N 1 zu Art. 341 OR.

<sup>31</sup> Zur Bedeutung von Art. 324 OR bei Vertragsanpassungen siehe Rz. 19 ff.

<sup>32</sup> BGE 124 III 469 E. 3, seither mehrfach bestätigt, siehe zuletzt Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2013 vom 18. September 2013 E. 4.3. Kritisch zur Annahme, Überstundenarbeit nach Art. 321c falle unter das Verbot sind namentlich PORTMANN, WOLFGANG, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1—529, 5. Auflage, Basel 2011, N 12 zu Art. 321c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 11), N 5 zu Art. 321c OR; KAMBER, MARKUS, Die Aufhebungsvereinbarung im Arbeitsvertragsrecht, ArbR 2013, S. 43.

<sup>33</sup> BGE 126 III 337 E. 7.b

<sup>34</sup> WYLER/HEINZER (Fn. 30), S. 201; PORTMANN, DOMINIQUE, Mitarbeiterbeteiligung, Bern 2005, N 201; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 11), N 5 zu Art. 324 OR; VISCHER/MÜLLER (Fn. 28), S. 121; STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, Teilband Vc, Der Arbeitsvertrag, Art. 319—330a, 4. Auflage, Zürich 2006, N 13 zu Art. 324 OR.

<sup>35</sup> BGE 124 III 346, E.2a; BGE 114 II 274 E.4.

<sup>36</sup> So argumentiert auch das Bezirksgericht Arlesheim im Entscheid vom 31. Januar 2012 (150 11 1966 IV), E. 6.6.2.

<sup>37</sup> Dazu mit weiteren Hinweisen HIRSIGER, RENÉ, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis. Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern, 2011, Rz. 266.

Art. 322a OR die Beteiligung des Arbeitnehmers an einem negativen Geschäftsergebnis<sup>38</sup>. Ferner hat das Bundesgericht in BGE 124 III 249 die sogenannte kapazitätsorientierte Arbeit grundsätzlich als zulässig erachtet, jedoch immerhin festgehalten, dass Bereitschaftsdienst zu entschädigen ist, wenn auch nicht in der gleichen Höhe wie die tatsächlich geleistete Arbeit<sup>39</sup>.

[Rz 18] Die Last zur Übernahme der wirtschaftlichen und betrieblichen Risiken durch den Arbeitgeber ist für bestimmte Fragen ausdrücklich gesetzlich verankert. Das zeigen Regelungen des Arbeitgeberverzuges in Art. 324 OR, die Bestimmungen des AHV-Gesetzes zur Unterscheidung zwischen Einkommen aus unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit in Art. 5 und 9 AHVG und in Art. 31 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) zu den Voraussetzungen der Kurzarbeit. Auf diese drei Bestimmungen wird nachfolgend kurz näher eingegangen.

### 3.1. Beim Arbeitnehmerverzug

[Rz 19] Art. 324 OR sieht vor, dass der Arbeitgeber, der verschuldet oder unverschuldet die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verhindert, den Lohn dennoch ausrichten muss. Typischer Anwendungsfall der verschuldeten Verweigerung der Arbeitsleistung ist die Freistellung des Arbeitnehmers. Vorliegend interessiert die Tatbestandsvariante, in der ein Arbeitgeber *unverschuldet* mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät, d.h., die vom Arbeitnehmer vertragsgemäss angebotene Arbeitsleistung nicht annehmen will bzw. kann. Zu diesen vom Arbeitgeber in der Regel nicht verschuldeten Gründen zählen Betriebsstörungen wie z.B. ein Stromunterbruch, behördliche Massnahmen, etwa ein Verkaufsverbot bestimmter Lebensmittel aus gesundheitlichen Gründen oder ein Rohstoffmangel wegen Lieferschwierigkeiten. Solche und ähnliche Gründe gehören zur Risikosphäre des Arbeitgebers<sup>40</sup>. Gleiches gilt für wirtschaftliche Risiken wie Konjunkturreinbrüche<sup>41</sup> oder Währungsschwankungen<sup>42</sup>. Den betrieblichen wie wirtschaftlichen Risiken ist gemeinsam, dass sie nach der einhelligen Lehre zur Risikosphäre der Arbeitgeber gehören<sup>43</sup>.

[Rz 20] Art. 324 OR kommt zum Tragen, wenn Arbeitnehmer die vertraglich versprochene Arbeitsleistung aus den gerade genannten Gründen nicht erbringen können. In diesen Fällen schuldet der Arbeitgeber den Lohn, wie wenn die Arbeit geleistet worden wäre. Die mit der Frankenstärke zusammenhängenden diskutierten (und vorgenommenen) Anpassungen der Arbeitsbedingungen betreffen jedoch nicht den Tatbestand von Art. 324 OR. Bei Arbeitszeiterhöhungen verweigert der Arbeitgeber die Annahme der Arbeitsleistung der Arbeitnehmer gerade nicht, im Gegenteil, er verlangt eine über die bisherige Arbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung. Auch

---

<sup>38</sup> Dazu mit weiteren Hinweisen MORF, PETER, Besondere Lohn- und Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern, 2011, Rz. 515—520 und für Fragen im Zusammenhang mit Aktienbeteiligungsprogrammen von Arbeitnehmenden, CRAMER, CONRADIN, Der Bonus als Malus — Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer, AJP 2008, S. 535 ff.

<sup>39</sup> VISCHER, FRANK, Das schweizerische Arbeitsrecht: Rechtspolitische Weichenstellung, AJP 2013, S. 349 ff. (352).

<sup>40</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 11), N 5 zu Art. 324 OR; STAEHELIN (Fn. 34), N 13 zu Art. 324 OR; RUDOLPH (Fn. 16) S. 19.

<sup>41</sup> WYLER/HEINZER (Fn. 30), S. 202.

<sup>42</sup> WYLER/HEINZER (Fn. 30); GREMPER, PHILIPPE, Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro, Anwaltsrevue 2/2012, S. 75. Siehe auch Kantonsgericht Basel Landschaft, Entscheid vom 17. Dezember 2012 (400 12 152) E. 3.8.4.

<sup>43</sup> VISCHER/MÜLLER (Fn. 28), N 1, S. 149 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 11), N 5 zu Art. 324 OR; BRÜHWILER (Fn. 30), N 2; PORTMANN (Fn. 32), N4; STAEHELIN (Fn. 34) N 14; siehe auch BGE 124 III 336 E. 2a.



Lohnanpassungen, sei es eine allgemeine Lohnkürzung oder aber die Ausrichtung des Lohnes in Euro, betreffen die Regelung in Art. 324 OR nicht direkt. Zu fragen ist allerdings, ob Art. 324 OR einen Grundsatz umfasse, der sich auch auf andere Fragen übertragen lässt.

[Rz 21] Das Bundesgericht musste in BGE 125 III 65 die Frage entscheiden, ob auch bei einem Vertrag über Arbeit auf Abruf die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten ist<sup>44</sup>. Streitig war dabei, ob die Arbeitgeberin berechtigt war, während der Kündigungsfrist den Arbeitsumfang massiv zu verringern. Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, der Arbeitnehmer hätte in die Arbeit auf Abruf nach den Bedürfnissen des Arbeitgebers vertraglich eingewilligt<sup>45</sup>. Das Bundesgericht erinnerte demgegenüber daran, dass nach Art. 324 OR die Arbeitgeberin das Betriebsrisiko zu tragen hat, von diesem Grundsatz sei auch bei der Arbeit auf Abruf nicht abzuweichen<sup>46</sup>. Wenn ein Vertrag auf Abruf es erlaube, die übliche Arbeitsmenge plötzlich massiv herabzusetzen, so verliere der mit der Kündigungsfrist verbundene Schutz seine Substanz, worin eine offensichtliche Verletzung von Art. 335c OR liege<sup>47</sup>.

[Rz 22] Im Lichte des von der Lehre<sup>48</sup> wohlwollend aufgenommenen BGE 125 III 65 ist davon auszugehen, dass Art. 324 OR über den Arbeitnehmerverzug hinaus eine grundlegende Bedeutung hat. Für die Frage betreffend der Zulässigkeit der Anpassung von Arbeitsbedingungen ist dies für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Änderungskündigung zu berücksichtigen, denn, das sei bereits an dieser Stelle erwähnt, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung erfordert eine Änderungskündigung bei unbilligen Vertragsverschlechterungen das Vorliegen betrieblicher oder wirtschaftlicher Gründe<sup>49</sup>. Aus Art. 324 OR und dem allgemeinen Grundsatz der Tragung des Unternehmerrisikos durch die Arbeitgeberin lässt sich jedenfalls nicht ableiten, dass Arbeitnehmende in eine Anpassung der Arbeitsbedingungen nicht gültig einwilligen können, denn ein solcher Tatbestand fällt weder unter die zwingende Bestimmung des Arbeitnehmerverzuges nach Art. 324 OR noch unter das Verzichtsverbot nach Art. 341 OR.

### 3.2. Bei der AHV-rechtlichen Qualifikation (un)selbständiger Erwerbstätigkeit

[Rz 23] In der AHV bildet die Übernahme des Unternehmerrisikos einen zentralen Aspekt der Festlegung, ob ein Erwerbseinkommen aus selbständiger oder unselbständiger Tätigkeit zu qualifizieren ist. Beim Einkommen aus einem Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR ist immer von einer unselbständigen Tätigkeit auszugehen, während bei einer Arbeitsleistung auf der Grundlage eines Auftrages AHV-rechtlich eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegen kann<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> BGE 125 III 65, siehe auch Pra 88 (1999), Nr. 111.

<sup>45</sup> Kantonsgerichts Fribourg i.S. A c. B (4P.25/1998).

<sup>46</sup> BGE 125 III 65 E. 5.

<sup>47</sup> BGE 125 III 65 E. 4b)aa.

<sup>48</sup> REHBINDER, MANFRED/STÖCKLI, JEAN-FRITZ, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319—330b OR, Bern, 2010, N 42 zu Art. 324 OR; WIEGAND, WOLFGANG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999, in: ZBJV 137/2001 S. 93; SENTI, CHRISTOPH, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettendienst, in: ZBJV 142/2006 S. 645 (676).

<sup>49</sup> BGE 123 III 246, siehe dazu hinten, Rz. 57 f.

<sup>50</sup> Nicht entscheidend sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten, siehe BGE 123 V 162 E. 1; BGE 122 V 171 E.3.

[Rz 24] Nach Rechtsprechung<sup>51</sup> und Lehre<sup>52</sup> besteht das Unternehmerrisiko darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, welche die ausführende Person selber zu tragen hat. Bei der Umschreibung des Unternehmerrisikos ist auch die Möglichkeit eines erfolgreichen Geschäftsverlaufes relevant. Von einem Unternehmerrisiko kann demnach gesprochen werden, wenn eine Person sowohl am positiven als auch am negativen Unternehmenserfolg partizipiert<sup>53</sup>.

[Rz 25] Die AHV-rechtliche Qualifikation des Unternehmerrisikos zeigt, dass das Fehlen eines Unternehmerrisikos typisches Wesensmerkmal der unselbständigen Erwerbstätigkeit bildet. Zum Unternehmerrisiko gehört zudem nicht nur das Verlustrisiko, sondern auch die Gewinnchance. Insoweit zeigt sich hier eine wertungsmässige Parallelität zur arbeitsrechtlichen Qualifikation des Unternehmerrisikos.

### 3.3. Bei den Voraussetzungen für Kurzarbeit

[Rz 26] Die Kurzarbeitsentschädigung nach Art. 31 AVIG bildet eine sozialversicherungsrechtliche — zumindest teilweise — Absicherung des vom Arbeitgeber zu tragenden arbeitsvertragsrechtlichen Unternehmerrisikos nach Art. 324 OR<sup>54</sup>. Die Regelung in Art. 31 AVIG dient ferner der Prävention gegen (Ganz)Arbeitslosigkeit<sup>55</sup>.

[Rz 27] Voraussetzung einer Kurzarbeitsentschädigung ist nach Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG, dass ein Arbeitsausfall auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen ist. Die Rechtsprechung legt den Begriff «wirtschaftliche Gründe» weit aus<sup>56</sup>. So genügt, wenn ein Rückgang der Nachfrage nach den normalerweise von einem Unternehmen angebotenen Gütern oder Dienstleistungen vorliegt, ohne dass genau feststeht, ob dies auf strukturelle oder konjunkturelle Gründe zurückzuführen ist<sup>57</sup>. Nicht als anrechenbaren Arbeitsausfall anerkannt werden demgegenüber nach Art. 33 AVIG Gründe, die zum normalen Branchen- oder Betriebsrisiko zählen. Dazu gehören namentlich saisonale Beschäftigungsschwankungen<sup>58</sup>, aber auch ein Wassereinbruch beim Tunnelbau, sofern keine aussergewöhnlichen Umstände vorliegen<sup>59</sup>. Auch der Tod einer Identifikationsfigur eines Unternehmens — in casu der Tod des Leadsängers der Band «Gotthard» — gehört zum normalen Betriebsrisiko und die deswegen entstandenen Arbeitsausfälle sind nicht für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung anrechenbar<sup>60</sup>.

[Rz 28] Die Regelung in den Art. 32 und 33 AVIG unterscheidet zwischen wirtschaftlichen Risiken und (normalen) Betriebsrisiken. In arbeitsrechtlicher Hinsicht ist diese Unterscheidung

---

<sup>51</sup> BGE 122 V 169 E. 3c, siehe auch die Wegleitung zum massgebenden Lohn (WML), Rz. 1014.

<sup>52</sup> LOCHER, THOMAS/GÄCHTER, THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. vollständig überarbeitete Auflage, Bern, 2014, S. 162, Rz. 14—16, 19—24.

<sup>53</sup> FORSTER PETER, AHV-Beitragsrecht, Materiell- und verfahrensrechtliche Grundlagen; Abgrenzung zwischen selbständig und unselbständig erwerbstätigen Personen, Schriften zum Sozialversicherungsrecht (SzS), Band/Nr. 17, Zürich, 2007, S. 85.

<sup>54</sup> GÄCHTER, THOMAS, Sozialversicherungs- und arbeitsrechtliche Folgen von schlechtem Geschäftsgang und Unternehmensübernahme, in: Simonek/Gächter/Müller (Hrsg.), Unternehmensrecht I Grund und Aufbau, Sanierung und Liquidation, Zürich, 2014, S. 333, Rz. 6.

<sup>55</sup> BGE 122 V 526 E. 3b; BGE 121 V 375 E 3a.

<sup>56</sup> BGE 128 V 307 E. 3a.

<sup>57</sup> Urteil des Bundesgerichts C 279/05 vom 2. November 2006 E.1.

<sup>58</sup> Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG.

<sup>59</sup> EVG, Urteil vom 4. Juli 2003 in Sachen Arbeitsgemeinschaft X., (ARV 2004, N 15 S. 130) E. 2.4.

<sup>60</sup> BGE 138 V 333 E. 4.2.

irrelevant, hier wie dort trägt der Arbeitgeber das Unternehmerrisiko. Die (teilweise) Übertragung der wirtschaftlichen Risiken auf die Arbeitslosenversicherung mildert die arbeitsrechtlichen Konsequenzen für den Arbeitgeber und dient, wenn so Arbeitsplätze erhalten werden können, auch den Arbeitnehmenden.

[Rz 29] Devisenkurse zeichnen sich durch Schwankungen aus. Insoweit entsteht bei Arbeitsausfällen aufgrund von normalen Kurseinbrüchen (oder Kursanstiegen) kein anrechenbarer Arbeitsausfall<sup>61</sup>. Gemäss einer Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft Seco vom 27. Januar 2015 sind die im Nachgang zur Aufhebung des Mindestkurses durch die SNB aufgetretenen Devisenschwankungen hinsichtlich Ausmass und Tragweite als ausserordentlich einzustufen und können somit nicht als zum normalen Betriebsrisiko gehörend erachtet werden. Das Seco hat deshalb die Arbeitslosenstellen angewiesen, Gesuche um Kurzarbeit mit der Begründung «Arbeitsausfall wegen Frankenstärke» zu bewilligen<sup>62</sup>.

[Rz 30] Die arbeitslosenversicherungsrechtliche Qualifikation der Arbeitsausfälle wegen der Frankenstärke als wirtschaftliche Gründe bezweckt den Erhalt der Arbeitsplätze und darüber hinaus auch die Entlastung der Arbeitgeber hinsichtlich ihrer Last, das Unternehmerrisiko in arbeitsrechtlicher Hinsicht tragen zu müssen. Es lässt sich also argumentieren, dass sich die Möglichkeit für die Unternehmen, bei extremen Kursschwankungen Kurzarbeit anzumelden, sich auch auf die arbeitsrechtliche Beurteilung der Anpassung der Arbeitsbedingungen wegen der Frankenstärke auswirkt.

## 4. Änderungen der Arbeitsbedingungen

### 4.1. Grundsätzliches

[Rz 31] Will ein Unternehmen eine andere Veränderung der Arbeitsbedingungen herbeiführen, so stehen grundsätzlich zwei Wege offen. Zum einen kann der Vertragsinhalt auf dem Wege einer Vertragsänderung angepasst werden<sup>63</sup>. Es ist Ausdruck der Vertragsfreiheit, dass ein einmal abgeschlossener Vertrag durch die Parteien auch wieder abgeändert werden kann. Es steht also den Parteien frei, entsprechende Änderungsanträge zu stellen. Allerdings steht es jeder Vertragspartei auch frei, einen solchen Änderungsantrag abzulehnen, auch dieses Verhalten ist von der Vertragsfreiheit umfasst<sup>64</sup>. Zum anderen können Änderungen von Arbeitsbedingungen im Rahmen der Ausübung des Weisungsrechts getätigt/vorgenommen werden.

[Rz 32] Nach Art. 321d OR kann der Arbeitgeber über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer allgemeine oder besondere Weisungen erlassen. Das Weisungsrecht ist Ausdruck der hierarchischen Unterordnung des Arbeitnehmers unter die Direktionsgewalt des

---

<sup>61</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_267/2012 vom 28. September 2012 E. 3.6 (10% Schwankung gehört zum normalen Risiko); Urteil des Bundesgerichts 8C\_986/2012 vom 19. Juni 2013 E. 4.1 (Währungsschwankung von 20% würde Kurzarbeitsentschädigung rechtfertigen, im konkreten Fall war aber die Währungsschwankung nur Teilursache der wirtschaftlichen Probleme des Unternehmens).

<sup>62</sup> Quelle: <http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=de&msg-id=56025>.

<sup>63</sup> WILDHABER, ISABELLE, Die Änderung von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen, in: Jusletter 21. April 2008, Rz. 4.

<sup>64</sup> WITZIG, AURÉLIEN, La modification du rapport de travail, Genf, Zürich, Basel, 2014, S. 154.

Arbeitgebers<sup>65</sup>. Die Ausübung des Weisungsrechts ist in mehrfacher Hinsicht beschränkt<sup>66</sup>. So dürfen Weisungen weder gegen die Verfassung noch gegen zwingendes Recht und auch nicht gegen die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer verstossen<sup>67</sup>. Weiter sind Weisungen nur zulässig, sofern Arbeitsinhalt und Arbeitsbedingungen nicht bereits vertraglich — sei es in einem Gesamtarbeitsvertrag oder im Einzelarbeitsvertrag oder auch in allgemeinen Vertragsbedingungen — vereinbart sind<sup>68</sup>.

[Rz 33] Lohn und Arbeitszeit gehören zu den Punkten, die grundsätzlich durch die Vertragsparteien in gegenseitiger Übereinkunft festzulegen sind. Anpassungen des Lohnes auf dem Weisungswege sind somit ebenso unzulässig wie eine Änderung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit. Hier ist eine Vertragsanpassung notwendig.

[Rz 34] Der Ausübung des Weisungsrechts zulässig sind indes die Anordnung von Überstunden und die Kompensation von Überstunden sowie der Ferienbezug. Überstunden sind Arbeitsstunden, die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgehen. Nach Art. 321c Abs. 1 OR kann die Arbeitgeberin Überstunden anordnen, soweit dies (betrieblich) notwendig ist und dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Die Kompensation von Überstunden bedarf nach der dispositiven Regelung in Art. 321c Abs. 3 OR der Zustimmung des Arbeitnehmers, eine vertraglich anderslautende Regelung ist zulässig. Der Zeitpunkt des Ferienbezuges wird nach Art. 329c OR durch die Arbeitgeberin bestimmt, die auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht zu nehmen hat, wie dies mit den Interessen des Betriebes vereinbar ist.

#### 4.2. Modalitäten der Vertragsanpassungen

[Rz 35] Sowohl die Entstehung als auch die Anpassung eines Arbeitsvertrages bedürfen nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts eines Konsenses der Vertragsparteien. Auch gilt der allgemeine Grundsatz, wonach Verträge einzuhalten sind (*pacta sunt servanda*), wobei die Vertragsfreiheit es grundsätzlich zulässt, dass die Vertragsparteien entgegen diesem Grundsatz einen Vertrag vor Ablauf (ursprünglich) vereinbarter Kündigungsfristen beenden<sup>69</sup>. Wie noch zu zeigen sein wird, werden die allgemeinen vertragsrechtlichen Prinzipien punktuell durch arbeitsvertragsrechtliche Prämissen, namentlich der des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, überlagert. Dieser Grundsatz erlangt seine Bedeutung insbesondere bei der Frage, ob eine mit einer Vertragsänderungsofferte verbundene Kündigung bzw. Kündigungsandrohung missbräuchlich sei und ob eine Anpassung der Arbeitsbedingungen auch ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfristen zulässig ist<sup>70</sup>.

[Rz 36] Will der Arbeitgeber den Lohn oder die Arbeitszeit anpassen, stellt er eine Offerte für eine Vertragsänderung. Die Offerte kann vorsehen, dass die Vertragsänderungen per sofort oder aber auf das Ende der gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsfrist wirksam werden. Für den

---

<sup>65</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 11), N 2 zu Art. 321d OR; BRÜHWILER (Fn. 30), N 1 zu Art. 321d OR.

<sup>66</sup> RUDOLPH, Vertragsänderungen (Fn. 16), S. 2.

<sup>67</sup> Zum Ganzen siehe statt vieler: BRÜHWILER (Fn. 30), N 3a und 3b zur Art. 321 d OR.

<sup>68</sup> DUNAND, JEAN-PHILIPPE, in: Dunand/Mahon (Hrsg.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne, 2013, N 21 zu Art. 321d OR.

<sup>69</sup> KAMBER, MARCO, *Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht*, Bern, 2014, S. 284.

<sup>70</sup> Siehe dazu ausführlich unten, Rz. 54 ff.

Fall, dass die Änderungs-offerte nicht angenommen wird, kann die Vertragsänderungs-offerte mit einer Kündigung verknüpft werden oder aber die Kündigung wird erst nach erfolgter Ablehnung der Änderungs-offerte ausgesprochen. Beide Vorgehen werden in der Lehre<sup>71</sup> und der Praxis<sup>72</sup> als «Änderungskündigung» bezeichnet. Bei der ersten Variante handelt es sich um eine bedingte Kündigung. Eine solche ist zulässig, da der Eintritt der Bedingung vom Verhalten des Arbeitnehmers (Akzept der Vertragsänderungs-offerte oder nicht) abhängt<sup>73</sup>. Wird die Vertragsänderung vom Arbeitnehmer angenommen, so besteht das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Inhalt weiter und zwar ab dem in der Änderungs-offerte vorgesehenen Zeitpunkt.

[Rz 37] Bei einer Ablehnung der Vertragsänderungs-offerte durch den Arbeitnehmer endet das Arbeitsverhältnis mit dem Ende der gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsfrist wobei auch der Sperrfristenschutz nach Art. 336c OR zum Tragen kommt<sup>74</sup>. Auch eine allenfalls missbräuchliche Änderungskündigung beendet das Arbeitsverhältnis. Während der — ggf. durch die Sperrfrist verlängerten — Kündigungsfrist schulden Arbeitgeber und Arbeitnehmer die vertraglich versprochenen Leistungen.

[Rz 38] Wird die Änderungs-offerte angenommen, so gilt ab dem vereinbarten Zeitpunkt der neue Vertragsinhalt. Der geänderte Vertrag gilt wie jeder andere Vertrag in den Grenzen der Art. 19—20 OR. Der Vertrag darf keinen unmöglichen oder unsittlichen Inhalt aufweisen und nicht gegen zwingende Normen oder eine GAV-Bestimmung verstossen. Sollte also eine vereinbarte Erhöhung der Arbeitszeit oder Senkung des Lohnes gegen eine GAV-Norm verstossen, wäre der geänderte Vertragsinhalt nichtig. Die Nichtigkeit der Vertragsänderung kann sich dabei auch in der Missachtung einer Verfahrensvorschrift äussern, die ein GAV zur Erhöhung der Arbeitszeit vorsieht<sup>75</sup>. Auch besteht für die Arbeitgeberin das Risiko, dass bei einem per sofort geänderten Vertrag ohne Vorliegen der Voraussetzungen einer zulässigen Änderungskündigung auch zu einem späteren Zeitpunkt zumindest die während der Kündigungsfrist noch ursprünglich vereinbarten Vertragsinhalte geltend gemacht werden können.

#### 4.3. Form- und Fristfragen

[Rz 39] Die Entstehung eines Arbeitsvertrages ist nach Art. 320 OR an keine besondere Form gebunden<sup>76</sup>. Entsprechendes gilt auch für die Vertragsanpassung<sup>77</sup>. Auch finden sich im Arbeitsvertragsrecht keine spezifischen Vorschriften über die Frist, in welcher auf eine Vertragsänderungs-offerte reagiert werden muss bzw. wie lange der Antragssteller an seine Offerte gebunden

---

<sup>71</sup> Siehe dazu umfassend KAMBER, Änderungskündigung, (Fn. 69); JOERIN, PATRICK, Die arbeitsrechtliche Änderungskündigung und deren rechtliche Zulässigkeit, Basel, Genf, München, 2006; GLOOR, WERNER, le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, DTV 2008, S. 249 ff.

<sup>72</sup> Grundlegend: BGE 123 III 246.

<sup>73</sup> BGE 123 III 246 E. 3; REHBINDER, MANFRED/STÖCKLI, JEAN-FRITZ, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331—335 und Art. 361—362 OR (Berner Kommentar), N 2 zu Art. 335.

<sup>74</sup> Siehe dazu unten, Rz. 63 f.

<sup>75</sup> Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A\_196/2012 vom 24. September 2012. Ein Betrieb hatte entgegen den Vorschriften im GAV-MEM die Arbeitszeit länger als 24 Monate lang von 40 auf 41 Stunden erhöht. Die Arbeitszeiterhöhung war deswegen ungültig und die Arbeitgeberin musste für die geleistete Arbeit Überstundenschädigung auf der Grundlage von Art. 321c Abs. 3 OR ausrichten. Dass die Arbeitnehmer ihre Forderungen erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gestellt hatten, war auch nicht rechtsmissbräuchlich.

<sup>76</sup> BRÜHWILER (Fn. 30), N 4 zu Art. 320 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 11), N zu Art. 320 OR.

<sup>77</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.2.

ist. Mangels Regelung im Arbeitsvertragsrecht ist auf die Vorschriften des allgemeinen Teils des Obligationenrechts zurückzugreifen. Nach Art. 3 OR kann der Offertsteller seinen Antrag mit einer Frist verbinden, innert deren das Angebot angenommen werden muss. Ohne eine solche Frist dauert die Bindung nach Art. 5 OR bis zum Zeitpunkt, in dem die Antwort bei ordnungsgemässer und rechtzeitiger Absendung erwartet werden darf.

[Rz 40] Wird die Vertragsänderungsofferte unmittelbar oder mittelbar mit einer Kündigung oder Kündigungsandrohung verknüpft, so ist nach einem Teil der Lehre davon auszugehen, dass die Reaktionsfrist des Arbeitnehmers der Zeitdauer der Kündigungsfrist entspricht<sup>78</sup>. MARCO KAMBER schlägt in seiner Dissertation demgegenüber vor, dass eine Änderungsofferte mit einer angemessenen Frist verbunden werden müsse. Er lehnt sich dabei an die Regelung in Paragraph 2 des deutschen Kündigungsschutzgesetzes an, wonach ein gekündigter Arbeitnehmer spätestens drei Wochen nach Zugang der (Änderungs)kündigung zu erklären hat, ob er die offerierte Vertragsanpassung annehmen möchte<sup>79</sup>. In Fällen der Vertragsanpassungsofferte ohne damit verbundener (unmittelbarer) Kündigungsandrohung will Kamber auch eine kürzere Reaktionsfrist gelten lassen<sup>80</sup>.

[Rz 41] Sieht man von den Fällen ab, in denen das Bundesgericht sofortige Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen ohne Einhalten der Kündigungsfrist als Fälle missbräuchlicher Kündigung behandelt, fehlt es an höchstgerichtlicher Rechtsprechung<sup>81</sup>. Aus dieser Rechtsprechung ist nach der hier vertretenen Auffassung auch die Fristfrage zu lösen. Das bedeutet: Nur wenn der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin ausreichende betriebliche oder wirtschaftliche Gründe für eine sofortige Anpassung der Arbeitsbedingungen geltend machen kann, ist eine solche ausnahmsweise zulässig<sup>82</sup>.

[Rz 42] Ein weiterer Aspekt: Auch in eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen kann konkludent eingewilligt werden. Wer widerspruchslos während sechs Monaten einen gekürzten Lohn akzeptiert, stimmt gemäss Bundesgericht konkludent der Vertragsanpassung zu, auch wenn der betreffende Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin einen ihm/ihr unterbreiteten neuen Vertrag mit Lohnkürzung nicht unterzeichnet hatte<sup>83</sup>. Die blossе Unterzeichnung einer Lohnquittung allein genügt jedoch nicht, um daraus eine konkludente Einwilligung in einen Lohnverzicht zu erblicken<sup>84</sup>.

[Rz 43] Wenn die Parteien die Einhaltung einer Formvorschrift wie z.B. die Schriftlichkeit als Gültigkeitserfordernis vereinbart haben, dann ist dieses Erfordernis auch für die Vertragsanpassung notwendig<sup>85</sup>. Allerdings lässt die Praxis auch hier Ausnahmen zu, so ist ein konkludenter Verzicht auf eine vorbehaltene Schriftform dann anzunehmen, wenn die vertraglichen Leistungen trotz Nichteinhaltung der Form vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen wurden<sup>86</sup>. Das

---

<sup>78</sup> Ausdrücklich JOERIN (Fn. 71), S. 32; GEISER, THOMAS, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1/1999, S. 60 ff.; implizit auch STREIFF/VON KANEL/RUDOLPH (Fn. 11), N 4 zu Art. 336 OR und andere.

<sup>79</sup> KAMBER, Änderungskündigung (Fn. 69), Rz. 390, mit zahlreichen weiteren Ausführungen in den Rz. 391 ff. Anders GLOOR (Fn. 71), S. 263, nach diesem Autor muss die Frist mindestens drei oder vier Wochen betragen.

<sup>80</sup> KAMBER, Änderungskündigung (Fn. 69), Rz. 397.

<sup>81</sup> BGE 123 III 246 E. 4; BGE 130 III 19 E. 3.1.

<sup>82</sup> Näheres unten, Rz. 57 ff.

<sup>83</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.1 und 4.4.

<sup>84</sup> BGE 109 II 327 E. 2b.

<sup>85</sup> RUDOLPH, Vertragsänderungen, (Fn. 16) S. 10.

<sup>86</sup> BGE 105 II 75 E. 1; vgl. auch BGE 123 III 70 E. 3d; BGE 125 III 263 E. 4c.

Gericht darf aus dem Schweigen eines Arbeitnehmers im Anschluss an eine für ihn nachteilige Vertragsänderung nur mit Zurückhaltung davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer der Änderung zustimmt<sup>87</sup>.

#### 4.4. Einseitige Vertragsveränderungsklauseln

[Rz 44] Im vorliegenden Zusammenhang ist auch zu fragen, ob eine vertragliche Regelung mit einem einseitig vom Arbeitgeber auszuübenden Recht, den Lohn und/oder die Arbeitszeit nach seinem Belieben anzupassen, zulässig ist. Sofern eine solche Klausel überdies in den durch den Einzelarbeitsvertrag übernommenen allgemeinen Arbeitsbedingungen verankert ist, stellen sich zusätzliche Fragen.

[Rz 45] Die Gültigkeit allgemeiner Arbeitsbedingungen setzt nach den generell für allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden, durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen voraus, dass keine ungewöhnlichen<sup>88</sup> oder unklaren<sup>89</sup> Bestimmungen vorliegen. Es ist davon auszugehen, dass eine Regelung, wonach der Arbeitgeber den Lohn und/oder die Arbeitszeit nach Belieben anpassen kann, an der Ungewöhnlichkeitskontrolle scheitern würde<sup>90</sup>.

[Rz 46] Der vertraglichen Übernahme einer einseitigen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungsoption würde überdies die in Art. 27 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) verankerte Schranke der zulässigen vertraglichen Selbstbindung entgegen stehen. Mit Blick auf die existenzielle Bedeutung des Arbeitsvertrages soll(t)en Lohn und die Arbeitszeit nicht zu den Punkten zählen, die durch den Arbeitgeber einseitig zu seinen Gunsten abgeändert werden können<sup>91</sup>. Das Bundesgericht hat allerdings erkennen lassen, dass es eine Lohnreduktionsklausel für wirksam hält<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2013 vom 4. März 2014 E. 4.1.

<sup>88</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_475/2013 vom 15. Juli 2014 E. 5.1; BGE 135 III 1 E. 3. Die Ungewöhnlichkeit einer Klausel kann auch bejaht werden, wenn sie eine Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund vorsieht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_3/2010 vom 31. März 2010 E. 3.1, nicht publ. in: BGE 136 V 127. Ungewöhnliche Bestimmungen sind nach der Ungewöhnlichkeitsregel gänzlich unwirksam, siehe BGE 140 V 50 E. 2.2.

<sup>89</sup> BGE 122 III 118 E. 2. Nach der Unklarheitsregel ist eine nicht eindeutige Vertragsbestimmung im Zweifel und zum Nachteil dessen auszulegen, der sie formuliert hat.

<sup>90</sup> RUDOLPH, ROGER, Allgemeine Anstellungsbedingungen: Ausgewählte Rechtsfragen, in: Bäni/Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Lachen, 2014, S. 547 ff. (555).

<sup>91</sup> RUDOLPH, Allgemeine Anstellungsbedingungen (Fn. 90), S. 555; VON KAENEL, ADRIAN, Einseitige Vertragsveränderungsrechte des Arbeitgebers, in: Festschrift für Gabriel Aubert (im Erscheinen).

<sup>92</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_608/2009 vom 25. Februar 2010 E. 3.1

#### 4.5. Schranken der Vertragsanpassung: Analogie zur Rechtsprechung bei Aufhebungsverträgen?

[Rz 47] Für die einvernehmliche Beendigung von Arbeitsverhältnissen (Vertragsaufhebungsvertrag) lassen sich aus Lehre<sup>93</sup> und Praxis<sup>94</sup> die folgenden inhaltlichen Anforderungen entnehmen:

1. Kein Verzicht auf bereits bestehende Forderungen, die auf zwingenden Ansprüchen basieren (z.B. Forderungen aus geleisteter Überzeit nach Arbeitsgesetz).
2. Kein Verzicht auf Ansprüche, die auf zwingender Grundlage für die Restlaufzeit des Vertrages (z.B. Minimallohn in einem GAV) basieren.
3. Keine Umgehung zwingender Schutzbestimmungen, die bei einer ordentlichen Vertragsbeendigung zum Zuge kommen würden (Das betrifft insbesondere den Anspruch auf Sperrfristen-schutz nach Art. 336c OR).

[Rz 48] Wenn mindestens einer der drei Punkte vorliegt, muss geprüft werden, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die durch den Aufhebungsvertrag eintretenden Nachteile anderweitige Vorteile gewährt, z.B. die Nichtrückzahlung einer an sich rückzahlungspflichtigen Weiterbildung<sup>95</sup>. Beide Parteien müssen auf Rechte verzichten, so dass im Ergebnis ein echter Vergleich mit gegenseitigem Nachgeben zustande kommt, der nicht nur dem Arbeitgeber Vorteile bringt<sup>96</sup>.

[Rz 49] Die Gültigkeit eines Aufhebungsvertrages kann zudem an Willensmängeln scheitern<sup>97</sup>. Insbesondere ist von der Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer eine angemessene Reaktionszeit nach einer Aufhebungsvertragsofferte zu gewähren.

[Rz 50] Die gerade dargestellte Rechtslage bezüglich Aufhebungsvereinbarungen lässt sich nicht gänzlich auf Vertragsänderungen übertragen. Zwar lässt die Vertragsfreiheit hier wie dort Einigungen zwischen den Vertragsparteien über die Aufhebung bzw. Änderungen für Arbeitsverträge zu und in beiden Konstellationen ist auch ein Schutz der schwächeren Vertragspartei notwendig. Allerdings zeigt sich eine zentrale Differenz: Beim Aufhebungsvertrag ist der Wille beider Parteien auf die Beendigung des Vertrages gerichtet, während beim Änderungsvertrag gerade nicht die Aufhebung, sondern die Weiterführung des Vertrages, wenn auch mit geändertem Inhalt, angestrebt wird. Insoweit passt die dritte Anforderung an den Aufhebungsvertrag — keine Umgehung zwingender Schutzbestimmungen, die bei Vertragsbeendigung zum Zuge kommen würden — nicht auf den Vertragsänderungsvertrag. Kommt es jedoch infolge der abgelehnten Änderung zur Kündigung, so hat der betroffene Arbeitnehmer selbstverständlich Anspruch auf die Kündigungsschutzvorschriften in zeitlicher und sachlicher Hinsicht.

---

<sup>93</sup> Siehe z.B. KAMBER, MARCO, Die Aufhebungsvereinbarung im Arbeitsvertragsrecht, ArbR, Mitteilung des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2013, S. 43 ff.; und früher PORTMANN, WOLFGANG, Der Aufhebungsvertrag im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht — Eine kritische Analyse der neuesten Rechtsprechung, in: Harter/Portmann/Zäch (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht — aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 355 ff.

<sup>94</sup> Siehe Urteil des Bundesgerichts 2A.650/2006 vom 30. Mai 2007 E. 2.2.1; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 4A\_187/2010 vom 6. September 2010 E. 2.5 [nicht publ. in BGE 136 III 510] und 4A\_103/2010 vom 16. März 2010 E. 2.2.

<sup>95</sup> KAMBER, Aufhebungsvereinbarung (Fn. 93), S. 50 f.

<sup>96</sup> BGE 119 II 449 E. 2a S. 450; BGE 118 II 58 E. 2a S. 61; BGE 115 V 437 E. 4b S. 443; BGE 110 II 168 E. 3b S. 171; SJ 2003 I 220 E. 2; SJ 1999 I 277 E. 2b.

<sup>97</sup> KAMBER, Aufhebungsvertrag (Fn. 93), S. 48.



### III. Schutz vor Änderungskündigungen

#### 1. Grundsätzliche Zulässigkeit der Änderungskündigung

[Rz 51] Das schweizerische Arbeitsrecht zeichnet sich u.a. durch eine im internationalen Vergleich recht weitgehende Kündigungsfreiheit aus. Insbesondere bedarf es zur Rechtmässigkeit einer ordentlichen Kündigung keines besonderen Grundes<sup>98</sup>. Weiter ist die Form der Kündigung frei<sup>99</sup> und es existieren auch keine Verfahrensvorschriften<sup>100</sup>. Gesetzlich vorgeschrieben ist indes, dass die gekündigte Partei von der kündigenden Partei eine schriftliche Begründung verlangen kann<sup>101</sup>.

[Rz 52] Die Kündigungsfreiheit wird allgemein durch den sachlichen<sup>102</sup> und zeitlichen<sup>103</sup> Kündigungsschutz beschränkt. Zudem finden sich hinsichtlich Kündigungen wegen des Geschlechts<sup>104</sup> und im Zusammenhang mit EU-ausländischen Arbeitnehmenden<sup>105</sup> besondere Kündigungsschutzvorschriften.

[Rz 53] Eine mit einer Kündigungsandrohung verbundene Offerte zur Änderung von Arbeitsbedingungen ist ein erhebliches Druckmittel gegenüber den betroffenen Arbeitnehmenden. Ungeachtet dessen ist die Änderungskündigung in Lehre<sup>106</sup> und Praxis<sup>107</sup> grundsätzlich als zulässig anerkannt.

#### 2. Missbräuchlichkeit der Änderungskündigung

[Rz 54] Eine Änderungskündigung ist zwar grundsätzlich zulässig, kann aber nach Rechtsprechung und Lehre missbräuchlich sein. Missbräuchlich ist eine Änderungskündigung zum einen dann, wenn bei einer Änderungskündigung die Vertragsverschlechterungen ohne Einhaltung der Kündigungsfrist durchgesetzt werden sollen oder bei Änderungen, die gegen zwingende Normen, Art. 27 Abs. 2 ZGB oder eine zwingende GAV-Bestimmung verstossen. Zum anderen hat das Bundesgericht in BGE 123 III 246 entschieden, eine Änderungskündigung ohne Vorliegen

---

<sup>98</sup> Siehe dazu PÄRLI (Fn. 10), S. 715—728.

<sup>99</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 11), N 8 zu Art. 335 OR.

<sup>100</sup> In BGE 132 III 115 hat das Bundesgericht eine Kündigung gegenüber einem langjährigen (44 Dienstjahre) Mitarbeiter ohne Vorgespräch als missbräuchlich erachtet, weil so gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung verstossen worden wäre. Insoweit hat das Bundesgericht hier eine Verfahrensvorschrift (Vorgespräch führen) eingeführt, siehe dazu PÄRLI (Fn. 10), S. 724.

<sup>101</sup> Art. 335 Abs. 2 OR.

<sup>102</sup> Art. 336, 336a und 336b OR sowie die durch die Rechtsprechung entwickelten weiteren Fallkonstellationen missbräuchlicher Kündigungen.

<sup>103</sup> Art. 336c OR, beinhaltet u.a. den Schutz bei Kündigungen aus Gründen gesundheitlich bedingter Arbeitsunfähigkeit.

<sup>104</sup> Der Kündigungsschutz ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG) strenger, siehe dazu PÄRLI, KURT: Missbräuchliche Kündigung: Sanktion wenig abschreckend, in: plädoyer, 2011, Nr. 3, S. S. 33 ff.

<sup>105</sup> Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz/EU und Mitgliedstaaten sieht ein Diskriminierungsverbot von Arbeitnehmenden vor, die von der im FZA vorgesehenen Freizügigkeit Gebrauch machen, siehe dazu unten, Rz. 75 ff.

<sup>106</sup> REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 73), N 2 zu Art. 335; WYLER/HEINZER (Fn. 30), S. 504; BRÜHWILER (Fn. 30), N 2b zu Art. 335 OR.

<sup>107</sup> BGE 123 III 246 E. 3b, das Bundesgericht weist die vom Tribunale di appello del Ticino, Urteil vom 10. Oktober 1991, in JAR 1992 S. 245 ff. E. 7, geäusserte Auffassung, Änderungskündigungen wären per se missbräuchlich, zurück.

betrieblicher oder wirtschaftlicher Gründe sei ebenfalls missbräuchlich. Auf diese drei Konstellationen wird sogleich weiter eingegangen. Zu ergänzen ist, dass jede Änderungskündigung auch aus allen anderen in Art. 336 Abs. 1 und 2 genannten Gründen missbräuchlich sein kann; darauf wird aber nicht weiter eingegangen<sup>108</sup>.

[Rz 55] Will die Arbeitgeberin eine Änderung des Vertragsinhaltes mit sofortiger Wirkung durchsetzen und lehnt der betroffene Arbeitnehmer diese Änderungsanfrage ab, ist eine darauffolgende Kündigung missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Der Arbeitnehmer kann sich zu Recht auf die Einhaltung der gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsfrist berufen. Wird ihm kausal deswegen gekündigt, stellt dies eine Racheekündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR dar (Kündigung wegen der nach Treu und Glauben geltend gemachten Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis)<sup>109</sup>. Eine Vertragsverschlechterung darf also nicht auf dem Wege einer Änderungskündigung auf einen Zeitpunkt vor dem Ablauf der Kündigungsfrist durchgesetzt werden<sup>110</sup>.

[Rz 56] Fraglos missbräuchlich sind Änderungskündigungen, wenn auf diesem Wege Vertragsinhaltsanpassungen durchgesetzt werden, die gegen zwingendes Recht verstossen, etwa wenn auf nicht verzichtbare Ansprüche verzichtet werden sollte oder wenn der Vertragsinhalt gegen andere zwingende Bestimmungen verstossen sollte. Wenn der Arbeitnehmer eine solche Vertragsänderung nicht anzunehmen gewillt ist und ihm deswegen gekündigt wird, so wird dadurch ebenfalls gegen das in Art. 336 Abs. 1 lit. d OR verankerte Verbot der Racheekündigung verstossen<sup>111</sup>.

[Rz 57] Für Aufsehen sorgte und sorgt noch immer BGE 123 III 246. Hier hat das Bundesgericht festgehalten, eine Änderungskündigung sei auch dann missbräuchlich, wenn damit eine unbillige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen erzwungen werden sollte, ohne dass dafür betriebliche oder marktbedingte Gründe vorliegen<sup>112</sup>. Dieser Missbräuchlichkeitsgrund findet sich so nicht im Gesetz. Das Bundesgericht anerkennt jedoch auch andere Kündigungsgründe als missbräuchlich, sofern und soweit diese ebenso verwerflich sind wie die im Gesetz genannten Motive<sup>113</sup>. Im Lichte von BGE 123 III 246 sind unbillige und nicht betrieblich oder wirtschaftlich gerechtfertigte Vertragsänderungen auf gleicher «Missbrauchstufe» anzusiedeln wie die in Art. 336 Abs. 1 und 2 OR genannten Gründe. FRANK VISCHER schreibt zu dieser Entwicklung, eine Rechtfertigung dieser Praxis finde sich im Gesetz nicht und der Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauch sei gewagt<sup>114</sup>.

[Rz 58] Überträgt man den in BGE 123 III 246 verankerten Schutz vor Änderungskündigungen ohne betriebliche oder wirtschaftliche Notwendigkeit, so ergibt sich das folgende Prüfschema:

- Werden mit der Arbeitszeiterhöhung und/oder der Lohnsenkung die Arbeitsbedingungen verschlechtert? Arbeiten, ohne dafür entsprechend mehr Lohn zu erhalten, stellt genauso eine

---

<sup>108</sup>So ist eine Änderungskündigung an bestimmte Personen wegen ihrer Persönlichkeitsmerkmale, z.B. wegen der Hautfarbe, missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a oder eine Änderungskündigung an gewählte Arbeitnehmervertreter kann gegen die in Art. 336 Abs. 2 OR genannten Missbrauchsgründe verstossen. Zum Ganzen siehe KAMBER, Änderungskündigung (Fn. 69), Rz. 281 ff.

<sup>109</sup>BGE 123 III 115 E. 4a.

<sup>110</sup>Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2011 vom 5. Juli 2011 E. 6.1.

<sup>111</sup>So auch KAMBER, Änderungskündigung (Fn. 69), Rz. 293.

<sup>112</sup>BGE 123 III 115 E. 3b. Der Entscheid wurde in der Lehre kritisch aufgenommen, siehe REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 73), N 57 zu Art. 336 OR; DUNAND, JEAN-PHILIPPE, Liberté de licenciement en droit suisse: la règle devient-elle l'exception?, *Anwaltsrevue/Revue de l'avocat* 2006, 319 ff. Äusserst kritisch ist auch KAMBER, Änderungskündigung (Fn. 69), Rz.

<sup>113</sup>BGE 136 III 515 E. 2.3.

<sup>114</sup>VISCHER, FRANK, Das schweizerische Arbeitsrecht: Rechtspolitische Weichenstellungen, *AJP* 2013, S. 351.

Verschlechterung der Arbeitsbedingungen dar wie bei gleich bleibender Arbeitszeit weniger Lohn zu erhalten.

- Ist die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen als «unbillig» zu erachten?
  - Eine nur marginale Lohnsenkung oder lediglich bescheidene und zudem nur vorübergehende Erhöhung der Arbeitszeit fällt unterhalb diese Grenze. Bezüglich des Lohnes ist zu beachten, dass bei geringen Einkommen bereits eine kleine Reduktion des Lohnes unbillig sein kann, wohingegen bei höheren Einkommen mehr Spielraum besteht.
- Bestehen betriebliche oder marktbedingte Gründe, die eine solche unbillige Erhöhung der Arbeitszeit oder eine unbillige Senkung des Lohnes dennoch als zulässig erscheinen lassen?
  - Solche Gründe sind z.B. eine schlechte Wirtschaftslage, Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt oder notwendige betriebliche Umstrukturierungen.

[Rz 59] Zwar gehören Währungsschwankungen, auch erhebliche, grundsätzlich zum Unternehmerisiko, das grundsätzlich nicht auf die Arbeitnehmer übertragen werden darf<sup>115</sup>. Dennoch können nach der hier vertretenen Position Arbeitgeber auch die als Folge des starken Frankenkurses eingetretenen wirtschaftlichen Schwierigkeiten als Rechtfertigungsgründe für Vertragsinhaltsverschlechterungen ins Feld führen. Entsprechende Änderungskündigungen sind nicht missbräuchlich, wenn die betrieblichen oder wirtschaftlichen Gründe tatsächlich vorliegen. Im Lichte der durch BGE 123 III 246 vom Bundesgericht eingeführten richterlichen Überprüfbarkeit unternehmerischer Entscheide ist jedoch für die Rechtfertigung der Frankenkurs bedingten Anpassung der Arbeitsbedingungen eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen. Eine Erhöhung der Arbeitszeit bzw. Senkung des Lohnes mit dem Argument des starken Frankenkurses ist demzufolge zulässig, wenn die Massnahme geeignet ist, das angestrebte Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens zu erhalten und dadurch auch den Erhalt von Arbeitsplätzen zu sichern. Die Massnahme muss ferner erforderlich sein, die angestrebten Ziele zu erreichen und im Sinne der dritten Stufe der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zudem eine Abwägung zwischen dem unternehmerischen Interesse an der Vertragsverschlechterung und dem Arbeitnehmerinteresse an Aufrechterhaltung des Status Quo vorzunehmen (Zumutbarkeitsprüfung).

[Rz 60] Wie lässt sich eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen einer Änderungskündigung rechtfertigen? Die Verhältnismässigkeitsprüfung ist primär ein Instrument des öffentlichen Rechts, staatliches Handeln muss grundsätzlich verhältnismässig sein<sup>116</sup>. Demgegenüber ist es gerade Ausdruck der für das Privatrecht massgebenden Privatautonomie, auch unverhältnismässig handeln zu dürfen. Der Verhältnismässigkeitsgedanke hat jedoch an verschiedenen Orten auch im Privatrecht Eingang erhalten, namentlich auch im Arbeitsvertragsrecht. Ausdrücklich findet sich der Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG). Art. 4 Abs. 2 DSG hält als eines der Datenbearbeitungsprinzipien fest, die Datenbearbeitung müsse verhältnismässig sein. In Art. 328b DSG wird der Verhältnismässigkeitsgrundsatz für die Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis präzisiert, zulässig ist die Datenbearbeitung nur, wenn sie der Eignungsabklärung des Arbeitnehmers dient oder zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig ist. Auch die Rechtfertigungsgründe für eine personenbezogene Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR) oder bei einer Kündigung wegen Ausübung verfassungsmässiger Rechte (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR) tragen der Sache nach den Verhältnismässigkeitsgedanken in sich. Es spricht vor

---

<sup>115</sup>Siehe dazu oben, Rz. 222.

<sup>116</sup>Art. 5 Abs. 2 der schweizerischen Bundesverfassung (BV).

diesem Hintergrund nichts dagegen, bei einer Änderungskündigung die in BGE 123 III 246 in Bezug auf das Vorliegen betrieblicher und wirtschaftlicher Gründe erläuterte Verhältnismässigkeitsprüfung anzuwenden.

[Rz 61] Bei der Frage, ob die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen für den Arbeitnehmer zumutbar sind, ist ein Blick auf die Regelung im Arbeitslosenversicherungsrecht aufschlussreich. Nach Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG ist eine Arbeit unzumutbar, wenn sie in einem Betrieb auszuführen ist, der Entlassungen zum Zwecke vorgenommen hat, Neu- oder Wiedereinstellungen zu wesentlich schlechteren Arbeitsbedingungen vorzunehmen. Diese Bestimmung soll vor Lohndumping durch den Arbeitgeber schützen<sup>117</sup>. Was «wesentlich schlechtere Arbeitsbedingungen» sind, wird weder im Gesetz noch in der Verordnung definiert, in der Lehre wird eine Kürzung von 15—20% erwähnt<sup>118</sup>. Im Falle einer Änderungskündigung wegen einer unzumutbaren Verschlechterung der Arbeitsbedingungen im genannten Ausmass muss der Arbeitnehmer demzufolge nicht mit Sanktionen (Einstelltage) der Arbeitslosenversicherung rechnen. Ist jedoch die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen zumutbar, so wird die Anspruchsberechtigung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG infolge selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit eingestellt<sup>119</sup>.

[Rz 62] Welche Bedeutung haben nun die genannten Bestimmungen im AVIG für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Änderungskündigung durch den Arbeitgeber? Eine im Sinne der Arbeitslosenversicherung unzumutbare Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ist nicht zwingend auch eine missbräuchliche Kündigung. Wenn die Arbeitgeberin aus wirtschaftlichen Gründen den Vertrag anpassen muss und es zur erheblichen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen keine Alternative gibt (Verhältnismässigkeitsprüfung), ist eine Kündigung trotz erheblicher Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nicht missbräuchlich. Der Arbeitnehmer kann in dieser Situation, sofern er die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, Leistungen der Arbeitslosenversicherung beantragen. Arbeitslosenversicherungsrecht und Arbeitsrecht ergänzen sich so sinnvoll. Das Unternehmen kann wirtschaftlich begründete Vertragsverschlechterungen auf dem Wege der Änderungskündigung durchsetzen, wenn es dafür keine Alternative gibt. Die Arbeitslosenversicherung dient dabei dazu, die wirtschaftlichen Folgen für die Arbeitnehmenden aufzufangen.

### 3. Sperrfristenschutz

[Rz 63] Der zeitliche Kündigungsschutz nach Art. 336c OR gewährt den Arbeitnehmenden einen Kündigungsschutz während der je nach Dauer der Dienstjahre unterschiedlichen langen Sperrfrist. Im ersten Dienstjahr beträgt die Frist 30 Tage, zwischen dem zweiten und fünften Dienstjahr 90 Tage und ab dem sechstem Dienstjahr 180 Tage. Die Gründe, die zu diesem Kündigungsschutz führen, sind in Art. 336c Abs. 1 lit. a bis d aufgeführt (Militärdienst, Krankheit/Unfall, Schwangerschaft und Teilnahme an Hilfsaktionen). Der zeitliche Kündigungsschutz bezweckt, den Arbeitnehmer in Situationen, in denen er bei der Stellensuche kaum Chancen hätte, vor Kündigung

---

<sup>117</sup>LEU, AGNES, Die Zumutbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts mit Blick auf die Arbeitslosenversicherung HILL (Health Insurance Liability Law) 2008 II Nr. 12, 3.7.

<sup>118</sup>NUSSBAUMER, THOMAS, Arbeitslosenversicherung, in: Meyer, Ulrich (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XVI Soziale Sicherheit, 2. Auflage, 2007, Basel, Genf, München, Rz. 302 (S. 2270).

<sup>119</sup>Siehe auch Art. 44 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung (AVIV).

zu schützen<sup>120</sup>. Eine Kündigung während der Sperrfrist ist nichtig. Wird die Kündigung vor Beginn einer Sperrfrist ausgesprochen, ist sie gültig. Der Ablauf der Kündigungsfrist wird jedoch während der Dauer der im konkreten Fall anwendbaren Sperrfrist unterbrochen (Art. 336c Abs. 2 OR).

[Rz 64] Die Sperrfristen, während derer eine Kündigung nichtig ist, kommen auch bei Änderungskündigungen zur Anwendung<sup>121</sup>. Wie bei anderen Kündigungen ist für die Wirkung der Sperrfrist auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abzustützen. Wird eine Vertragsänderungsofferte mit einer Kündigung für den Fall einer Ablehnung der Änderungen verknüpft, gilt eine Kündigung in diesem Zeitpunkt als zugegangen. Damit kommen die Bestimmungen über den zeitlichen Kündigungsschutz zur Anwendung. Liegt in diesem Zeitpunkt ein Sperrfristgrund nach Art. 336c Abs. 1 lit. a—d OR vor, ist die Änderungskündigung nichtig und muss nach Ablauf der Sperrfrist wiederholt werden. Wird während der Kündigungsfrist ein Sperrfristgrund manifest, verlängert sich der Kündigungsschutz entsprechend.

#### **4. Anwendung der Vorschriften über die Massentlassung und Sozialplanpflicht**

[Rz 65] Die Änderung der Arbeitsbedingungen hinsichtlich Arbeitszeit und Lohn betreffen regelmässig nicht nur einzelne Arbeitnehmende, sondern vielmehr die ganze Belegschaft eines Betriebes. Die Frage liegt deshalb nahe, ob in solchen Fällen die Vorschriften bei Massentlassung nach Art. 335d—g OR zur Anwendung kommen.

[Rz 66] Die Vorschriften zu Massentlassung sind darauf gerichtet, in kurzer Zeit beabsichtigte Entlassungen in grosser Zahl ggf. zu verhindern (Konsultation der Arbeitnehmervertretung) bzw. die Folgen abzufedern (Pflicht zur Information an die Arbeitslosenversicherungsbehörden)<sup>122</sup>. Die Vorschriften nach Art. 335d OR finden Anwendung, wenn ein Betrieb mit bis zu 99 Angestellten innerhalb eines Zeitraumes von 30 Tagen mindestens zehn Angestellte entlässt. In Betrieben mit mindestens 100 und weniger als 300 Angestellten gelten zehn Prozent der Belegschaft als Schwellenwert für die Anwendung der Bestimmungen, in Betrieben mit mindestens 300 Arbeitnehmern genügen 30 Entlassene.

[Rz 67] Die Ausgangslage bei Massenänderungskündigungen ist insofern anders, als nicht die Auflösung, sondern der Erhalt des Arbeitsverhältnisses angestrebt wird (wenn auch zu für den Arbeitnehmer schlechteren Bedingungen). Werden die Arbeitnehmer bzw. wird die Arbeitnehmervertretung bei einer Massentlassung nicht im Sinne von Art. 335f OR ordnungsgemäss konsultiert, so stellt dies einen eigenen Grund einer missbräuchlichen Entlassung dar und führt nach Art. 336a Abs. 3 OR zu einer Entschädigungspflicht von maximal zwei Monatslöhnen. Wird zusätzlich auch ein anderer Missbrauchsgrund verwirklicht, so gilt die Maximalgrenze von sechs Monatslöhnen nach Art. 336a Abs. 2 OR<sup>123</sup>.

[Rz 68] Wird die Anzeige einer Massentlassung an das Arbeitsamt unterlassen, macht dies

---

<sup>120</sup>BGE 128 III 212 E. 2c.

<sup>121</sup>GEISER (Fn. 78), S. 63; JOERIN (Fn. 71), S. 129 ff.

<sup>122</sup>Zum Zweck von Art. 335d OR siehe statt vieler REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 73), N 2 zu Art. 335d OR.

<sup>123</sup>STREIFF/RUDOLPH/VON KAENEL (Fn. 11), N 3 zu Art. 336a OR.

die Kündigung nicht missbräuchlich<sup>124</sup>. Nach Art. 335g Abs. 4 OR endet jedoch das gekündigte Arbeitsverhältnis erst 30 Tage nach erfolgter Anzeige (sofern die Kündigung nach vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen nicht erst auf einen späteren Zeitpunkt wirksam wird). Die unterlassene oder nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Anzeige an das Arbeitsamt bewirkt ein Hinausschieben des Endes eines Arbeitsverhältnisses<sup>125</sup>.

[Rz 69] Es zeigt sich also: Ob der Vorgang von in Massen ausgesprochenen Änderungskündigungen unter die Vorschriften von Art. 335d—g OR fällt, ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Die Vorschriften zur Massenentlassung kommen zur Anwendung, wenn «Kündigungen» ausgesprochen werden<sup>126</sup>. Es ist deshalb auf den Zeitpunkt des Zugangs der Änderungskündigung abzustellen.

[Rz 70] Eindeutig ist die Rechtslage, wenn die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis kündigt und gleichzeitig eine Offerte für einen neuen Vertrag stellt. (Noch) keine Anwendung finden die Vorschriften demgegenüber, wenn die Offerte für einen neuen Vertrag nicht mit einer Kündigung verbunden wird. Wird nach der Ablehnung der Offerte gekündigt, ist die Frage der Anwendung der Massenentlassungsvorschriften neu zu prüfen<sup>127</sup>.

[Rz 71] Nicht gänzlich klar ist die Rechtslage jedoch bei Vertragsänderungsanbieten, die mit einer bedingten Kündigung kombiniert werden. Nach wohl herrschender Lehre ist die Reaktion des Arbeitnehmers für die Anwendung der Massenentlassungsvorschriften unerheblich<sup>128</sup>. Ein Teil der Lehre will nur die Arbeitnehmer für die Berechnung der Schwellenwerte nach Art. 335d OR berücksichtigen, die das Vertragsänderungsangebot ablehnen und für die folglich die bedingte ausgesprochene Kündigung wirksam wird<sup>129</sup>. Nach der hier vertretenen Position kommen bei bedingten Änderungskündigungen die Vorschriften zur Massenentlassung zur Anwendung, da nur so die im Gesetz vorgesehenen Konsultationsrechte wirksam werden können.

[Rz 72] Ein Arbeitgeber, der bei allen oder vielen seiner Mitarbeitenden auf dem Wege der Änderungskündigung Vertragsanpassungen durchsetzen will, hat deshalb die Arbeitnehmervertretung oder — wo es keine solche gibt — die Arbeitnehmer zu konsultieren und muss ihnen zu diesem Zwecke die in Art. 335f Abs. 3 OR vorgesehenen Informationen zukommen lassen. Unterlässt er dies und lehnen einzelne oder viele Arbeitnehmende die vorgeschlagenen Vertragsänderungen ab, so sind die entsprechenden Kündigungen missbräuchlich. Bei den Arbeitnehmenden, die in die Vertragsänderungsanbieten einwilligen, laufen die Verträge zu den neuen Bedingungen weiter und sind unter dem Vorbehalt des Verstosses gegen zwingendes Recht in der geänderten Form gültig.

[Rz 73] Eine andere Frage ist, ob auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 335g Abs. 4 OR bis zur erfolgten Anzeige an das Arbeitsamt hinausgeschoben wird. Das hängt davon ab, ob die Anzahl der nun wirksam gewordenen Änderungskündigungen die Schwellenwerte nach Art. 335d OR noch immer erreichen. Ist die entsprechende Anzahl an Kündigungen

---

<sup>124</sup>REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 73), N 11 zu Art. 335g OR.

<sup>125</sup>BGE 132 III 406 E. 2.4 und E. 2.5.

<sup>126</sup>WILDHABER (Fn. 63), Rz. 16.

<sup>127</sup>So im Ergebnis auch Kantonsgericht Basel-Landschaft vom 17. Dezember 2012 (400 12 152) E. 4.2 (Im konkreten Fall waren die Voraussetzungen für die Anwendung der Massenentlassungsvorschriften nicht erfüllt, da die Vertragsänderungsanbieten vorerst noch nicht mit einer Kündigung kombiniert wurden).

<sup>128</sup>WILDHABER (Fn. 63), Rz. 16; GEISER (Fn. 78), 65; BRÜHWILER (Fn. 30), N 1 zu Art. 335d OR; JOERIN (Fn. 71), S. 122.

<sup>129</sup>So z.B. KAMBER, Änderungskündigung (Fn. 71), Rz. 950 ff.

weniger hoch als die Schwellenwerte in Art. 335d OR, so bewirkt die unterlassene Anzeige keinen Aufschub der Kündigungsfrist.

[Rz 74] Die Frage, ob Änderungskündigungen als Kündigungen zu berücksichtigen sind, stellt sich auch bei den Bestimmungen zur Sozialplanpflicht nach Art. 335h ff OR. Was das konkret bedeutet, würde eine vertiefte Analyse erfordern<sup>130</sup>. In aller Kürze: Auch Änderungskündigungen (Vertragsänderungsanfragen mit bedingter Kündigung) sind Kündigungen und soweit grundsätzlich für die Berechnung der Schwellenwerte eines Sozialplanes mitzubeherrachten. Die Anpassungen der Arbeitszeit und des Lohnes können auch Ergebnis eines verhandelten Sozialplanes sein<sup>131</sup>.

#### IV. Eurolohne für Grenzgänger

##### 1. Die gesetzliche Regelung zur Zahlung des Lohnes in Art. 323b OR

[Rz 75] Nach Art. 323b OR ist der Lohn in gesetzlicher Währung und somit in der Schweiz in Franken zu bezahlen<sup>132</sup>. Bei einer Arbeitstätigkeit in der Schweiz und Wohnort im grenznahen Ausland stellt sich die Frage, ob der Arbeits- oder der Wohnort Anknüpfungspunkt für die «gesetzliche Währung» darstellt. Da der Lohn nach Art. 323b OR während der Arbeitszeit auszurichten ist, ist der Arbeitsort der Erfüllungsort der Leistung, so dass auch bei Grenzgängern der Lohn in der am Arbeitsort geltenden gesetzlichen Währung, also Schweizer Franken, auszurichten ist<sup>133</sup>. Die Bestimmung in Art. 323b OR ist hinsichtlich der Verpflichtung, den Lohn in gesetzlicher Währung zu bezahlen, dispositiv. Demnach können die Arbeitsvertragsparteien auch vereinbaren, dass der Lohn in einer anderen als der gesetzlichen Währung, also z.B. auch in Euro, auszurichten ist<sup>134</sup>. Zu beachten ist allerdings, dass die Beiträge in die Sozialversicherung in Franken geschuldet sind. Die Ausrichtung des Lohnes in Euro und insbesondere eine wechsellkursabhängige Entlohnung führt ungeachtet der Frage der arbeitsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung zu beachtlichen administrativen Problemen.

[Rz 76] Der vereinbarte Lohn, seien es Euro oder Franken, gilt auch dann, wenn sich die Kaufkraft ändert. Eine Abnahme der Kaufkraft eines bestimmten Lohnes bei einem allgemeinen Anstieg der Preise hat auf die geschuldete Lohnhöhe ohne anderslautende vertragliche Abrede ebenso wenig Einfluss wie eine Erhöhung der Kaufkraft, wie sie der starke Frankenkurs für Ausgaben im Euroraum bewirkt<sup>135</sup>. Grundsätzlich zulässig ist die Vereinbarung einer sogenannten Wertsicherungsklausel, wenn damit die Kaufkraft des vereinbarten Lohnes abgesichert werden soll<sup>136</sup>. Sobald allerdings Lohnvereinbarungen innerhalb eines Betriebes Unterschiede zwischen im In-

---

<sup>130</sup>Siehe zu diesen und zahlreichen anderen (offenen) Fragen der neuen Bestimmungen zur Sozialplanpflicht: WILDHABER, ISABELLE, Die neue Sozialplanpflicht — für die Praxis ein Buch mit sieben Siegeln, AJP 2015, S. 427 ff.

<sup>131</sup>So auch WILDHABER, Sozialplanpflicht (Fn. 130), S. 4.

<sup>132</sup>HENSCH, ANGELA, Die Sicherung des Lohnes in: AJP 2014 S. 747 ff.

<sup>133</sup>BRÄNDLI, SANDRA/STENGEL, MANUEL, Währungsfragen im Zusammenhang mit dem Lohn von Grenzgängern — Eine Betrachtung aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Tanner/Siebeneck (Hrsg.), II. Harmonisierungsbestrebungen, HSG-Schriften der Assistierenden der Universität St. Gallen, Band Nr. 6, Bern, 2011, S. 344.

<sup>134</sup>MORF (Fn. 38), Rz. 379.

<sup>135</sup>MORF (Fn. 38), Rz. 483, HENSCH (Fn. 132), S. 750.

<sup>136</sup>Siehe ausführlicher MORF (Fn. 38), Rz. 374 ff., nach diesem Autoren ist eine Wertsicherungsklausel auch für Fälle erlaubt, in denen der Lohn sinkt, so lange die Kaufkraft erhalten bleibt.

land wohnenden Beschäftigten und Grenzgängern vorsehen, stellt sich die Frage, wieweit eine solche Ungleichbehandlung im Lichte des Freizügigkeitsabkommens (FZA) der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten<sup>137</sup> zulässig ist.

## 2. Ungleiche Löhne für Grenzgänger im Lichte des FZA<sup>138</sup>

### 2.1. Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des FZA

[Rz 77] Beim FZA handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, dessen Bestimmungen zumindest teilweise unmittelbar anwendbar sind und zwar auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen<sup>139</sup>. Entsprechend der im Arbeitsrecht massgebenden Normenhierarchie verdrängt demnach eine FZA-Bestimmung sowohl anderslautendes Gesetzesrecht als auch eine GAV-Norm (selbst wenn es sich um einen allgemein verbindlichen GAV handelt<sup>140</sup>) und auch eine vertragliche Vereinbarung<sup>141</sup>.

[Rz 78] Das FZA ist anwendbar für Personen mit der Staatsangehörigkeit eines FZA-Staates<sup>142</sup>. Das heisst, ein Grenzgänger, der nicht Staatsangehöriger eines FZA-Staates ist, kann sich von vorneherein nicht auf das FZA berufen. Das hat zur Folge, dass bei einer vertraglich vereinbarten Schlechterstellung eines Drittstaatengrenzgängers die Vertragsfreiheit vorgeht.

[Rz 79] In arbeitsrechtlicher Hinsicht relevant ist das in Art. 2 FZA verankerte allgemeine Verbot der Diskriminierung des FZA-Ausländers im Verhältnis zum FZA-Inländer. Das Verbot wird in Art. 7 lit. a FZA und Art. 9 Anhang I für Arbeitsverhältnisse konkretisiert. Nach Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA darf ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung nicht anders behandelt werden als Inländer. Darüber hinaus hält Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA fest, dass alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend u.a. Entlohnung und Kündigungsbedingungen von Rechts wegen nichtig sind, wenn sie für FZA-Ausländer diskriminierende Bestimmungen vorsehen oder zulassen. Eine Einschränkung der Rechte ist nach Art. 5 Anhang I FZA nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulässig.

[Rz 80] Das Diskriminierungsverbot des FZA ist dem EU-rechtlichen Diskriminierungsverbot im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise

---

<sup>137</sup>Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681.

<sup>138</sup>Siehe dazu umfassend einerseits STÖCKLI, JEAN-FRITZ, Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen, ARV online 2012, Nr. 262 (STÖCKLI plädiert für die Zulässigkeit für währungsflexible Löhne für Grenzgänger, seines Erachtens liegt kein Verstoss gegen das FZA vor) und andererseits TOBLER, CHRISTA, Indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit durch Lohnsenkungen bei schwachem Euro-Kurs, in: Bäni/Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen, 2014, S. 649 ff. (TOBLER erachtet die Urteile des Bezirksgerichts Arlesheim und des Kantonsgerichts Basel-Land im Ergebnis als richtig). Ebenfalls gegen die Zulässigkeit ungleicher Löhne für Grenzgänger sind SCHWAB, JEAN CHRISTOPH, Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro : que dit le droit du travail ?, in: Jusletter 8. August 2011 und GREMPER, PHILIPP, Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro, Anwaltsrevue 2012, S. 73—80.

<sup>139</sup>TOBLER (Fn. 138), S. 657, PÄRLI, Vertragsfreiheit (Fn. 26), Rz. 979, 982 ff.

<sup>140</sup>Urteil des Bundesgerichts 4A\_593/2009 vom 5. März 2010 E. 1.3.

<sup>141</sup>PÄRLI, Vertragsfreiheit (Fn. 26), Rz. 991.

<sup>142</sup>Art. 1 FZA.



der Europäischen Union (AEUV)<sup>143</sup> nachgebildet<sup>144</sup>. Verboten ist dabei sowohl die direkte als auch die indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit<sup>145</sup>. Im EU-Recht wird die Arbeitnehmerfreizügigkeit darüberhinausgehend durch ein Beschränkungsverbot verstärkt. Alle Massnahmen, die sich für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts als hinderlich erweisen, sind unzulässig, sofern sie nicht auf legitimen und sachlichen Gründen beruhen und verhältnismässig sind<sup>146</sup>. Wie weit auch das FZA (und im Besonderen die Arbeitnehmerfreizügigkeit des FZA) über das Diskriminierungsverbot hinaus auch ein Beschränkungsverbot enthält, ist unklar<sup>147</sup>.

## 2.2. Anwendung des FZA bei ungleichen Löhnen für Grenzgänger

[Rz 81] Die Anwendung der gerade erwähnten Grundsätze des FZA auf den Fall, dass ein Arbeitgeber die Grenzgänger im Verhältnis zu Arbeitnehmenden mit einem inländischen Wohnsitz schlechter bezahlt, bedingt die folgenden Prüfschritte:

- Ist das FZA in persönlicher und sachlicher Hinsicht anwendbar?
  - Das FZA ist anwendbar, wenn es sich um Arbeitnehmende handelt, die Staatsangehörige eines FZA-Vertragsstaates sind und wegen ihres FZA-ausländischen Wohnsitzes bezüglich des Lohnes schlechter behandelt werden. Darunter fallen grundsätzlich alle Grenzgänger mit FZA-Staatsangehörigkeit, also z.B. auch einer Schweizerin, die in Basel arbeitet und in Frankreich lebt, nicht aber ein US-amerikanischer Bürger, der in Deutschland lebt und in der Schweiz arbeitet.
- Ist das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot des FZA auf die Lohnungleichheit zwischen inländischen Arbeitnehmenden und Grenzgängern anwendbar?
  - Lohnbedingungen sind vom sachlichen Anwendungsbereich erfasst (siehe Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I FZA). Ein ungleicher Lohn für Grenzgänger stellt keine direkte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Für die Ungleichbehandlung wird nicht direkt an die Staatsangehörigkeit, sondern an den Wohnsitz angeknüpft. Die Bezugnahme auf den Wohnsitz führt aber zu einer indirekten Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit<sup>148</sup>.
- Eine Diskriminierung liegt weiter nur vor, wenn vergleichbare Sachverhalte ohne Rechtfertigungsgründe ungleich behandelt werden. Lässt sich eine Situation eines inländischen Arbeitnehmers mit derjenigen eines Grenzgängers vergleichen?
  - Die unterschiedliche Kaufkraft des gleichen Lohnes im In- und Ausland ändert an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte nichts. Der Lohn stellt die Entschädigung für geleistete Arbeit dar, auf die privaten Lebensumstände kommt es dabei nicht an<sup>149</sup>. Lohnun-

---

<sup>143</sup>Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 1. Dezember 2009, ABl 2012 C 326/47.

<sup>144</sup>TOBLER (Fn. 138), S. 657.

<sup>145</sup>TOBLER (Fn. 138), S. 659 ff.

<sup>146</sup>Zum Beschränkungsverbot im Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit siehe FUCHS, MAXIMILIAN/MAROLD, FRANZ, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Wien/New York, 2010, S. 70 ff.

<sup>147</sup>Dazu TOBLER (Fn. 138), S. 653 f. und umfassend DELLI, CHANTAL, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende: Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Basel, 2009.

<sup>148</sup>TOBLER (Fn. 138), S. 659–660.

<sup>149</sup>So auch Bezirksgericht Arlesheim (Fn. 36) E. 6.6.1.

terschiede, die nicht im Zusammenhang mit der geleisteten Arbeit stehen, sind deshalb diskriminierend. Die namentlich von JEAN-FRITZ STÖCKLI<sup>150</sup> vertretene Position, der für Grenzgänger gesenkte Lohn stelle angesichts der höheren Kaufkraft gar keine Benachteiligung dar, ist deshalb abzulehnen<sup>151</sup>.

- Lässt sich die indirekte Diskriminierung der Grenzgänger durch anerkannte Gründe rechtfertigen?
  - Die in Art. 5 FZA erwähnten Rechtfertigungsgründe einer Ungleichbehandlung von Grenzgängern bezwecken den Schutz von Polizeigütern (Öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit) und kommen von vorneherein nicht in Frage<sup>152</sup>. Die Ungleichbehandlung lässt sich indes auch nicht aus anderen Gründen rechtfertigen. CHRISTA TOBLER weist in ihrer Analyse des Euro bedingten Lohnsenkungsentscheides des Kantonsgerichts Basel zu Recht darauf hin, dass die Geltendmachung wirtschaftlicher Gründe für eine Lohnbenachteiligung von FZA-Ausländern der Grundidee des diskriminierungsfreien Marktes widerspricht<sup>153</sup>. Vor diesem Hintergrund sind weder die faktischen Währungsgewinne der Grenzgänger noch die tieferen Lebenshaltungskosten im grenznahen Ausland Gründe, mit denen sich eine Lohnungleichbehandlung rechtfertigen lässt.

[Rz 82] Welche Rechtsfolgen hat nun ein ungleicher Lohn für Grenzgänger? Das Kantonsgericht Basel entschied, eine Kündigung wegen nicht akzeptierter Lohnkürzungsofferte von sechs Prozent sei missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR, da der ungleiche Lohn als Verstoß gegen das FZA zu werten ist und die betroffenen Arbeitnehmer folglich die Vertragsänderungsofferte ablehnen durften. Nicht thematisiert wurde im Entscheid, dass Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA für diskriminierende Bestimmungen u.a. hinsichtlich Kündigungen die Nichtigkeit als Rechtsfolge vorsieht. Zumindest in den Fällen, in denen eine Vertragsänderungsofferte mit einer bedingten Kündigung kombiniert wird, wäre eine Kündigung nicht nur missbräuchlich, sondern nichtig. Soweit ersichtlich, wurde diese Frage bislang im Schrifttum noch nicht aufgegriffen. Eine Kündigung aus anderen Gründen wäre demgegenüber zulässig, denn die Kündigungsfreiheit kann durch das FZA nicht generell eingeschränkt werden, auch nicht gegenüber FZA-Ausländern.

[Rz 83] Folgen hat das FZA-Diskriminierungsverbot nicht nur bei Kündigungen. Auch bei einer einvernehmlichen Einigung über eine Lohnsenkung für Grenzgänger trägt die Arbeitgeberin das Risiko, dass die Lohnsenkung erfolgreich vor Gericht angefochten werden könnte. Ein ungleicher Lohn für Grenzgänger verstößt gegen Art. 2 in Verbindung mit Art. 7 FZA und Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I FZA, die entsprechende Vertragsklausel ist nichtig und die Arbeitgeberin schuldet die entsprechende Lohndifferenz. Arbeitnehmer können im Rahmen der Verjährungsfrist entsprechende Lohnnachzahlungen und den gleichen Lohn für die Zukunft einfordern. Eine Ungleichbehandlung von FZA-Ausländern hinsichtlich Lohn — und auch hinsichtlich allen anderen Arbeitsbedingungen — ist also äusserst heikel.

---

<sup>150</sup>STÖCKLI (Fn. 138), Rz. 65.

<sup>151</sup>Gleicher Ansicht sind TOBLER (Fn. 138), S. 662 ff. und SCHWAB (Fn. 138), Rz. 25.

<sup>152</sup>TOBLER (Fn. 138), S. 669.

<sup>153</sup>TOBLER (Fn. 138), S. 670.

## **V. Ergebnis: Zulässigkeit von Arbeitszeiterhöhung und/oder Lohnsenkung<sup>154</sup>**

### **1. Verlängerung der Arbeitszeit**

#### **1.1. Anpassung der Arbeitszeit durch Vertrag**

[Rz 84] Die Arbeitszeit muss vertraglich festgelegt werden, das steht so zwar nicht ausdrücklich im Gesetz, ergibt sich aber aus dem Zusammenspiel mehrerer Normen. Zum einen ist das Element «Zeit» ein Wesensmerkmal des Arbeitsvertrages (Art. 319 OR), zum anderen sieht Art. 330b OR vor, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer spätestens vier Wochen nach Beginn des Arbeitsverhältnisses u.a. über die wöchentliche Arbeitszeit informieren muss. Auch die Überstundenregelung in Art. 321c OR geht von einer vertraglich vereinbarten Arbeitszeit aus.

[Rz 85] Die ursprünglich vereinbarte Arbeitszeit kann auf dem Wege der Vertragsänderung angepasst werden. Will die Arbeitgeberin die ursprünglich vereinbarte Arbeitszeit ändern, so kann sie eine entsprechende Vertragsänderungsofferte machen, die mit dem Akzept des Arbeitnehmers zu einem Vertrag mit dem geänderten Inhalt führt. Eine vertragliche Einigung der Arbeitszeit ist nur in den Schranken der Höchstarbeitszeiten nach Arbeitsgesetz und unter dem Vorbehalt einer Höchstarbeitszeitregelung in einem auf den fraglichen Betrieb anwendbaren GAV möglich<sup>155</sup>.

#### **1.2. Anweisung von Überstunden als Alternative**

[Rz 86] Die Arbeitgeberin kann nach Art. 321c OR eine zumindest vorübergehende Erhöhung der Arbeitszeit auch auf dem Weisungswege durchsetzen, wobei sie die in Art. 321c OR genannten Schranken zu beachten hat. Die Überstunden müssen demnach betrieblich notwendig und dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben zumutbar sein. Auch darf die Anweisung von Überstunden nicht ein Ausmass erreichen, das gegen die Höchstarbeitszeiten nach ArG verstösst. Wenn bereits die vertraglich festgelegte Arbeitszeit identisch ist mit der gesetzlichen Höchstarbeitszeit nach ArG (45 Stunden für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels; 50 Stunden für alle übrigen Arbeitnehmer)<sup>156</sup>, dann besteht für die Anweisung von Überstunden, seien sie auch betrieblich notwendig, kein Raum mehr.

#### **1.3. Probleme bei Arbeitszeitanpassungen**

[Rz 87] Wird die Arbeitszeiterhöhung, sei es als Begründung für die Anweisung von Überstunden oder als Begründung der Vertragsanpassung, mit der Frankenstärke und den damit verbundenen Absatzschwierigkeiten begründet, stellen sich mehrere Probleme.

[Rz 88] Wie dargestellt wurde, gehört das Währungsrisiko im Arbeitsvertragsrecht zum Unternehmerrisiko, das nicht auf die Arbeitnehmer überwälzt werden darf<sup>157</sup>. Versucht die Arbeit-

---

<sup>154</sup>Die Fragen «Arbeitszeiterhöhung» und «Lohnsenkung» werden dabei je getrennt dargestellt. Nicht zu übersehen ist, dass jede Arbeitszeiterhöhung ohne entsprechende Lohnanpassung im Ergebnis für die betroffenen Arbeitnehmer einer Lohnsenkung gleichkommt.

<sup>155</sup>Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2013 vom 18. September 2013 E. 3.4.

<sup>156</sup>Art. 9 ArG.

<sup>157</sup>Siehe dazu oben, Rz. 16 ff.

geberin unzulässigerweise das Unternehmerrisiko auf den Arbeitnehmer zu übertragen, kann eine Kündigung gegenüber Arbeitnehmern, die mit der Vertragsanpassung nicht einverstanden waren, missbräuchlich sein<sup>158</sup>. Wenn die Vertragsanpassung mit der bedingten Kündigung verbunden wird, ist dies bereits zu diesem Zeitpunkt als «Kündigung» zu bewerten, was den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Massenentlassung bewirkt. Massenänderungskündigungen erfordern deshalb die Information und Konsultation der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmer. Wird dies unterlassen, sind die Kündigungen missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 2 OR<sup>159</sup>. Die Nichtanzeige an das Arbeitsamt bewirkt den Aufschub im Ablauf der Kündigungsfrist<sup>160</sup>.

[Rz 89] Aber auch wenn die Arbeitnehmer den geänderten Vertrag angenommen haben, so besteht das Risiko, dass im Konfliktfall der Vertrag gegen Art. 27 ZGB in Verbindung mit Art. 19—20 OR verstösst, da der allgemeine Grundsatz der Tragung wirtschaftlicher Risiken durch die Arbeitgeberin auf der zwingenden Bestimmung zum Arbeitgeberverzug in Art. 324 OR beruht. Die Folgen einer Nichtigkeit der Arbeitszeiterhöhungsvertragsklausel wären für die Arbeitgeberin fatal. Das Dahinfallen der entsprechenden Klausel würde bedeuteten, dass rückwirkend und für die Zukunft die ursprünglich vereinbarte Arbeitszeit Gültigkeit hätte und der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die zu viel geleistete Arbeit rückwirkend den Lohn schulden würde. Ohne Wegbedingung der Überstundenklausel in Art. 321c Abs. 3 OR wären die Überstunden zudem mit einem Zuschlag von 25 Prozent zu bezahlen. Eine entsprechende Forderung könnte ein Arbeitnehmer im Rahmen der Verjährungsregelung für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis stellen, im Extremfall würde sich eine Rückforderung auf den Zeitraum von fünf Jahren zu viel geleisteter Arbeit belaufen.

#### 1.4. Verlängerung der Arbeitszeit basierend auf einem GAV

[Rz 90] Eine GAV-Regelung, die den Arbeitsvertragsparteien erlaubt, von der im GAV vorgesehenen maximalen Arbeitszeit abzuweichen, ist grundsätzlich zulässig. Die Sozialpartner dürfen vereinbaren, dass die Unternehmen flexibel auf konjunkturelle Schwankungen reagieren können. Allerdings ist auch hier zu beachten, dass ein GAV nicht gegen höherrangiges Recht verstossen darf. Wenn die Tragung des Unternehmerrisikos einen allgemeinen Grundsatz des Arbeitsvertragsrechts darstellt, dann darf auch ein GAV nicht vorsehen, dass bei Währungsschwankungen die Arbeitszeit erhöht werden darf.

[Rz 91] Das wohl bekannteste Beispiel einer GAV-Regelung, die eine Anpassung der Arbeitszeit in Krisenzeiten vorsieht, ist Art. 57 des GAV in der Maschinen-, Elektro und Metallindustrie (GAV-MEM)<sup>161</sup>. Hier ist vorgesehen, dass von der im GAV festgelegten Höchstarbeitszeit während u.a. abgewichen werden darf, wenn es wirtschaftliche Schwierigkeiten zu überwinden gilt<sup>162</sup> oder um die Konkurrenzfähigkeit zu erhalten<sup>163</sup>. Art, Dauer, Ausmass und Modalitäten sowie allfällige Kompensationen der Abweichung sind von der Geschäftsleitung und der Arbeitnehmervertre-

---

<sup>158</sup>Siehe dazu oben, Rz. 54 ff.

<sup>159</sup>Siehe dazu oben, Rz. 65 ff.

<sup>160</sup>Siehe dazu oben, Rz. 68 ff.

<sup>161</sup>Gesamtarbeitsvertrag der Maschinen-, Elektro und Metallindustrie, Vertragsperiode 1. Juli 2013 bis 30. Juni 2018.

<sup>162</sup>Art. 57.4 Abs. 3 GAV-MEM.

<sup>163</sup>Art. 57.4 Abs. 4 GAV-MEM.

tung in einer schriftlichen Betriebsvereinbarung festzulegen. Mit der Arbeitszeitanpassung muss das Ziel verfolgt werden, Arbeitsplätze zu erhalten. Die Abweichung betreffend der Erhöhung der Arbeitszeit wird deshalb hinfällig, wenn es im Anschluss an eine solche Abweichungsvereinbarung zu einer grösseren Anzahl von Entlassungen kommt. Der GAV hält auch fest, dass die Geschäftsleitung die Arbeitnehmervertretung rechtzeitig über die wirtschaftlichen Schwierigkeiten aufklären und über die mögliche Anwendung des Krisenartikels informieren muss<sup>164</sup>.

[Rz 92] Eine Arbeitszeiterhöhung auf der Basis einer Vereinbarung zwischen der Geschäftsleitung eines Betriebes und der Arbeitnehmervertretung ist auf 18 Monate zu befristen, eine Verlängerung auf längstens 30 Monate bedarf des Einbezugs der Vertragsparteien<sup>165</sup>. Wird dieses Verfahren nicht eingehalten, gilt die im GAV verankerte maximale Arbeitszeit und kann auch nicht durch eine Abrede zwischen einem Arbeitnehmer und dem Betrieb gültig abgeändert werden. Diese Auslegung des GAV-MEM hat das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2013 bestätigt<sup>166</sup>. Im fraglichen Fall wurde die Arbeitszeitverlängerung von 40 auf 41 Stunden über die im damaligen GAV-MEM zulässige Dauer von 24 Monaten hinaus verlängert, ohne dass dafür das im GAV vorgesehene Verfahren eingehalten wurde<sup>167</sup>. Die von den Arbeitnehmern geleistete Mehrarbeit stellte deshalb Überstundenarbeit im Sinne von Art. 321c Abs. 3 OR dar, die mit einem Zuschlag von 25 Prozent zu entlohnen war<sup>168</sup>.

## 2. Lohnanpassungen

[Rz 93] Grundsätzlich bildet die Ausrichtung eines Lohnes für geleistete Arbeit ein Wesenselement des Arbeitsvertrages (Art. 319 OR), ohne vertragliche Verpflichtung zur Ausrichtung eines Lohnes kann ein Auftrag, nicht aber ein Arbeitsvertrag vorliegen<sup>169</sup>. Nach Art. 322 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der verabredet, üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt wird. Die Lohnhöhe richtet sich also primär nach vertraglicher Abrede, nur wenn eine solche fehlt, wird subsidiär auf die übliche Lohnhöhe abgestimmt. In gewissen Schranken sind auch variable Löhne zulässig<sup>170</sup>.

[Rz 94] Wenn die Lohnhöhe in einem laufenden Vertrag geändert werden soll, bedarf es erneut einer vertraglichen Abrede, wobei bei Lohnerhöhungen ohne weiteres auch eine konkludente Einwilligung Gültigkeit hat. Wenn der Arbeitnehmer drei Mal hintereinander einen verringerten Lohn widerspruchslos akzeptiert hat, so ist auch von einer stillschweigenden Einwilligung in die Vertragsanpassung auszugehen<sup>171</sup>. Nicht zulässig ist die vertragliche Vereinbarung eines einseitigen Lohnbestimmungsrechts des Arbeitgebers, zulässig ist jedoch, Teile des Lohnes variabel und abhängig von bestimmten Kriterien zu vereinbaren.

---

<sup>164</sup>Art. 57.2 Abs. 1 GAV-MEM.

<sup>165</sup>Art. 57.2 Abs.3 und 4 GAV-MEM.

<sup>166</sup>Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2013 vom 18. September 2013, siehe auch die Fälle aus dem gleichen Betrieb: Urteile des Bundesgerichts 4A\_196/2013, 4A\_198/2013, 4A\_200/2013, 4A\_202/2013, 4A\_204/2013 vom 18. September 2013.

<sup>167</sup>Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2013 vom 18. September 2013 E. 3.7.

<sup>168</sup>Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2013 vom 18. September 2013 E. 5.1.

<sup>169</sup>Siehe zur sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation und Bedeutung des Unternehmerrisikos vorne, Rz. 23—25.

<sup>170</sup>Siehe dazu oben, Rz. 14 und 17.

<sup>171</sup>Bger JAR 2010, S. 268 E. 2.1.2; BRÜHWILER (Fn. 30), N 3c zu Art. 322 OR.

[Rz 95] Wenn Lohnsenkungen auf dem Wege einer Änderungskündigung durchgesetzt werden sollen, ist zu beachten, dass bei Erreichen der Schwellenwerte die Vorschriften der Massenentlassung einzuhalten sind, zumindest dann, wenn die Vertragsänderungsofferte mit der Kündigung kombiniert wird<sup>172</sup>. Auch kann eine Lohnsenkungsofferte ohne Respektierung der vertraglichen Kündigungsfrist die Missbräuchlichkeit einer Änderungskündigung bewirken<sup>173</sup>. Unzulässig sind weiter Lohnsenkungen nur für Grenzgänger, da dies das Diskriminierungsverbot des FZA verletzt<sup>174</sup>.

[Rz 96] Sieht ein GAV für die Lohnanpassung ein bestimmtes Verfahren vor, kann die Verletzung der entsprechenden Vorschriften dazu führen, dass die Lohnanpassungen ungültig sind, gleiches gilt für die Verletzung von Mindestlohnvorschriften eines GAV.

## VI. Abschliessende Bemerkungen

[Rz 97] Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die geltende Arbeitsrechtsordnung ausgehend von den Prämissen Vertragsfreiheit und Schutz der schwächeren Vertragspartei genügend Regeln, Prinzipien und Instrumente kennt, um zwischen den berechtigten Interessen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer einen vernünftigen Ausgleich zu finden<sup>175</sup>.

[Rz 98] Durch Erhöhung der Arbeitszeit und Senkung des Lohnes wollen Unternehmen in wirtschaftlich schwierigen Zeiten ihre Konkurrenzfähigkeit erhalten. Für die Arbeitnehmenden ist Verlässlichkeit bei Lohn und Arbeitszeit sowohl für die materielle als auch die soziale Existenz unerlässlich. Es ist deshalb richtig, wenn die Rechtsordnung nicht ohne Weiteres zulässt, dass in einem Arbeitsverhältnis von einem Tag auf den anderen deutlich weniger verdient wird oder deutlich länger gearbeitet werden muss. Ausgehend vom Grundsatz, dass Verträge grundsätzlich einzuhalten sind, sind die ursprünglich vereinbarte Arbeitszeit und der ursprünglich vereinbarte Lohn zumindest während der Kündigungsfrist einzuhalten. Auch ist richtig und wichtig, wenn an die unbillige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen auf dem Wege einer Änderungskündigung hohe Hürden hinsichtlich Begründung und Verfahren gestellt werden. Seit BGE 123 III 236 wird von der Arbeitgeberin für erhebliche Verschlechterungen der vertraglichen Arbeitsbedingungen ein betrieblicher oder wirtschaftlicher Grund verlangt. Trotz Bedenken gegenüber der richterlichen Überprüfbarkeit unternehmerischer Entscheide aus weiten Teilen der Lehre<sup>176</sup>, kann dieser Entscheid ein rationales und dadurch auch ökonomisch sinnvolles Verhalten der Unternehmen fördern. Gleiches gilt, wenn die Informations- und Konsultationspflichten nach den Vorschriften zur Massenentlassung auch bei Änderungskündigungen Anwendung finden. Auf diese Weise wird der Einbezug der betroffenen Mitarbeitenden sichergestellt, was zur Akzeptanz der unternehmerischen Entscheide beiträgt, was wiederum einen positiven Effekt auf die Produktivität der Arbeitnehmenden hat.

---

<sup>172</sup>Siehe dazu vorne, Rz. 67.

<sup>173</sup>Siehe dazu vorne, Rz. 55.

<sup>174</sup>Siehe dazu vorne, Rz. 79 f.

<sup>175</sup>GLOOR (Fn. 71), fordert unter Hinweis auf das Mietrecht sowie das deutsche Kündigungsschutzgesetz ein gesetzlich verankertes Recht, Änderungsanträge unter Vorbehalt annehmen zu können und vom Richter pendente contractu prüfen zu lassen. Wie weit die gesetzliche Verankerung eines solchen Vertragsinhaltschutzes notwendig ist, kann an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden.

<sup>176</sup>Siehe dazu die in Fn. 112 erwähnte Literatur.

---

Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI, Leiter Zentrum für Sozialrecht der ZHAW, Winterthur.  
Der Autor dankt seiner Mitarbeiterin, Tiziana Fuchs, BSc Business Law, für ihre Mitarbeit bei den  
Recherchen zu diesem Beitrag.