

Dr. iur. Isabelle Wildhaber

Die Änderung von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen

Dieser Beitrag befasst sich mit den Möglichkeiten des Arbeitgebers, eine Änderung und Anpassung der individualrechtlichen Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers durch individualrechtliche Mittel vorzunehmen.

Rechtsgebiet(e):: Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Isabelle Wildhaber, Die Änderung von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen, in: Jusletter 21. April 2008

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Einvernehmliche vertragliche Änderung der Arbeitsbedingungen
3. Richterliche Änderung der Arbeitsbedingungen
4. Einseitige Änderung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber
 - a. Mit vertraglichem Vorbehalt abgeschlossener Vertrag
 - b. Vorbehaltlos abgeschlossener Vertrag
 - i. Weisungsrecht des Arbeitgebers
 - ii. Individuelle Änderungskündigung und Massenänderungskündigung
5. Überblick

1. Einleitung

[Rz 1] Die zunehmende Globalisierung der Wirtschaft erhöht die Bedeutung von Umstrukturierungen jeglicher Art kontinuierlich. Die marktmässigen Gegebenheiten wandeln sich immer schneller und der entscheidende Faktor für den Unternehmenserfolg ist die Fähigkeit, in diesem sich ständig ändernden Umfeld rasch und zielstrebig zu agieren. Flexibilität ist angesagt. Es ist deshalb – insbesondere in wirtschaftlich schwierigen Zeiten – nicht verwunderlich, dass Arbeitgeber Umstrukturierungen in den Arbeits- und Organisationsabläufen innerhalb des Unternehmens und seiner einzelnen Betriebe vorsehen. Das Spektrum derartiger tatsächlicher Veränderungen ist denkbar weit: Es reicht von der Versetzung einiger weniger Arbeitnehmer von einer Betriebsabteilung in eine andere bis hin zu durchgreifenden Rationalisierungs- und Sanierungsprozessen, bei denen die gesamte bisherige Unternehmensorganisation «von oben nach unten durchgekrempelt» wird. Organisationsänderungen auf betrieblicher Ebene sind fast untrennbar mit der Änderung von Arbeitsbedingungen des einzelnen Arbeitnehmers verbunden.

[Rz 2] Ein weiterer Anlass zur Änderung von Arbeitsbedingungen kann im Zusammenhang mit Betriebsübergängen gegeben sein. Oft hat der Erwerber eines Betriebs nach einem Betriebsübergang das Bedürfnis, die Arbeitsbedingungen der zu übernehmenden Arbeitnehmer schnellstmöglich denjenigen seines Unternehmens anzugleichen, um Ungleichbehandlungen der Arbeitnehmer im gemeinsamen Betrieb zu vermeiden. Der durch Art. 333 Abs. 1 OR angeordnete Grundsatz der vollständigen inhaltlichen Kontinuität aller im Zeitpunkt des Betriebsübergangs vorhandenen Arbeitsverhältnisse wird in der Praxis oftmals als unbefriedigend empfunden. Ist das Arbeitsverhältnis einmal gemäss Art. 333 OR auf einen neuen Betriebsinhaber übergegangen, sollten Änderungen von arbeitsvertraglichen Bedingungen nach diesem Zeitpunkt im selben Umfang und unter denselben Voraussetzungen zugelassen werden, wie sie auch für entsprechende Vereinbarungen des Arbeitnehmers mit dem bisherigen Arbeitgeber zu beachten gewesen wären¹. Die Harmonisierung

der Anstellungsbedingungen ist deshalb vor oder nach einer Umstrukturierung möglich². Anders als beim GAV durch Art. 333 Abs. 1^{bis} OR, der im Folgenden ausser Betracht bleibt, hat der Gesetzgeber bei individualrechtlichen Arbeitsbedingungen die Handlungsfreiheit des Betriebserwerbers nicht eingeschränkt. Der Betriebsübergang soll lediglich den nahtlosen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gewährleisten, nicht jedoch die inhaltliche Unabänderlichkeit der vor dem Betriebsübergang bestehenden Arbeitsverträge.

[Rz 3] Sowohl bei Umstrukturierungen im Unternehmen als auch bei der Harmonisierung von Anstellungsbedingungen im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang kann eine Änderung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer notwendig werden. Ändern können sich Art und Umfang der Tätigkeit, die organisatorische Eingliederung, der Ort, an dem die Leistung zu erbringen ist, Dauer und Lage der Arbeitszeit, aber natürlich auch der Lohn. Es stellt sich deshalb die Frage, welche Möglichkeiten es gibt, um eine Änderung und Anpassung der Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers vorzunehmen. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf Änderungen durch den Arbeitgeber und auf Änderungen individualrechtlicher Arbeitsbedingungen durch individualrechtliche Mittel.

2. Einvernehmliche vertragliche Änderung der Arbeitsbedingungen

[Rz 4] Die Parteien sind frei, die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers durch einen Änderungsvertrag den neuen Bedürfnissen oder Verhältnissen anzupassen. Einer einvernehmlichen Vertragsänderung sind gewisse Schranken gesetzt. Zum einen darf der Änderungsvertrag keinen Umgehungstatbestand darstellen, d.h. es dürfen keine zwingenden Gesetzesbestimmungen umgangen werden³. Zum anderen gilt es zu beachten, dass die Vertragsfreiheit der Parteien auch durch Gesamtarbeitsverträge und Betriebsordnungen eingeschränkt werden kann, welche entweder weiterhin kollektivrechtlich wirken oder welche aufgrund von Art. 333 Abs. 1^{bis} OR individualrechtlich weitergelten⁴.

vom 10.2.1988, *Daddy's Dance Hall*, Slg. 1988 I 739 (Die Betriebsübergangs-Richtlinie stehe «einer mit dem neuen Inhaber vereinbarten Änderung des Arbeitsverhältnisses nicht entgegen, wenn das anwendbare innerstaatliche Recht eine solche Änderung unabhängig vom Betriebsübergang zulässt.»); EuGH vom 12.11.1992, *Watson Rask und Christensen*, Slg. 1992 I 5755.

² Siehe auch PETER REINERT, Stämpfli Handkommentar, Fusionsgesetz, Bern 2003, Art. 27 N 4; MICHAEL WINKLER, Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001, 112; URS BAUMGARTNER, Fusionsgesetz, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel 2005, vor Art. 27 N 14.

³ Siehe BEAT MAURER, Änderungen des Arbeitsvertrages bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten, ST 1992, 193 ff., mit Verweis auf Art. 341 OR; WINKLER (Fn. 2), 112.

⁴ Siehe dazu ausführlich ROLAND A. MÜLLER, Die neuen Bestimmungen über

¹ JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, Art. 333 N 1; ADRIAN STAEHELIN, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht V/2c, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 333 N 9; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 333 N 8; BGE 114 II 349 ff., 353; ebenso EuGH

3. Richterliche Änderung der Arbeitsbedingungen

[Rz 5] Eine richterliche Vertragsanpassung ist nur in seltenen Fällen möglich, wenn durch eine (partielle) Universalsukzession entstandene Vertragsschwierigkeiten unmittelbar auf den Rechtsübergang der Arbeitsverhältnisse zurückzuführen sind. Es besteht ein Bedürfnis nach Anpassung übergehegender Arbeitsverträge, wenn z.B. der Umfang der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nach der Umstrukturierung bzw. dem Betriebsübergang nicht mehr eindeutig bestimmt ist. Zu denken ist an eine teilweise Vergütung des Arbeitnehmers durch Einräumung gesellschaftsrechtlicher Positionen, für die es nach der Umstrukturierung keine Entsprechung gibt, oder nach Parametern, welche auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des früheren Betriebsinhabers abgestimmt sind⁵. In solchen Konstellationen muss eine richterliche Vertragsanpassung bezogen auf eine Neufestsetzung der Gehaltsstruktur zulässig sein.

4. Einseitige Änderung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber

[Rz 6] Bei der einseitigen Festlegung und Änderung von Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber verläuft eine grosse Trennlinie zwischen Änderungen, die der Arbeitgeber sich vorbehalten hat, und Änderungen, die er an dem vorbehaltlos abgeschlossenen Vertrag vornehmen will. Auch für den Arbeitsvertrag gilt selbstverständlich «pacta sunt servanda», es sei denn, der Arbeitgeber habe sich im Vertrag eine Änderungsmöglichkeit vorbehalten, indem er etwa eine Versetzungsklausel oder einen Widerrufsvorbehalt, z.B. für Zulagen über dem GAV-Niveau, mit dem Arbeitnehmer vereinbart hat, oder wenn er eine freiwillige Leistung an das Jahresergebnis des Unternehmens bindet.

a. Mit vertraglichem Vorbehalt abgeschlossener Vertrag

[Rz 7] In der Praxis haben sich für den vertraglichen Vorbehalt der einseitigen Änderung bestimmter Arbeitsbedingungen folgende Bezeichnungen eingebürgert⁶: Bei einem

Widerrufsvorbehalt hat der Arbeitgeber das Recht, eine Regelung einseitig aufzuheben. Die Leistung wird zunächst wirksam zugesagt; dem Arbeitgeber bleibt jedoch das Recht vorbehalten, die weitere Gewährleistung der Leistung zu beenden. *Änderungsvorbehalte* finden sich hinsichtlich vielfältiger Arbeitsbedingungen, insbesondere im Bereich der dem Arbeitnehmer obliegenden Arbeitsleistung, des Arbeitsortes und der Arbeitszeit. So kann z.B. dem Arbeitnehmer durch eine Versetzungsklausel eine andere Tätigkeit oder eine Tätigkeit in einer anderen organisatorischen Einheit oder an einem anderen Ort zugewiesen werden. Bei einem *Freiwilligkeitsvorbehalt* behält sich der Arbeitgeber das Recht vor, bei turnusmässig wiederkehrenden Leistungen stets erneut über die Zahlung zu entscheiden. Solche Klauseln verhindern das Entstehen einer betrieblichen Übung und damit das Entstehen eines Anspruchs. Der Arbeitgeber kann sich also durch Arbeitsvertrag in weitem Umfang ein Recht zur einseitigen Änderung und Anpassung von Arbeitsbedingungen einräumen lassen. Änderungsfest ist nur ein engerer Kernbereich, dessen Grenzen – abhängig von der rechtlichen Begründung – nicht immer einfach abzustecken sind⁷. Versetzungen sind z.B. unterschiedlich zu beurteilen, ob sie auf Dauer oder nur vorübergehend erfolgen, es kommt immer auf die konkrete Vereinbarung, einschliesslich der betrieblichen Praxis, und auf die im Widerstreit liegenden Interessen an⁸.

b. Vorbehaltlos abgeschlossener Vertrag

[Rz 8] Hat sich der Arbeitgeber keine Möglichkeit der Änderung der Arbeitsbedingungen vertraglich vorbehalten, so gibt es für ihn zwei Optionen, Änderungen an dem vorbehaltlos abgeschlossenen Vertrag vorzunehmen. Es handelt sich um das auf Art. 321d OR gestützte Weisungsrecht und um die Änderungskündigung bzw. Massen-Änderungskündigung.

i. Weisungsrecht des Arbeitgebers

[Rz 9] Die erste Option ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers gemäss Art. 321d OR. Im Rahmen der durch den Arbeitsvertrag und zwingenden kollektivvertraglichen Regelungen abgesteckten Grenzen kann der Arbeitgeber (nicht aber die Konzerngesellschaft⁹) unter Berücksichtigung des Prinzips von Treu und Glauben sowie seiner Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen,

den Betriebsübergang – Insbesondere: Die Weitergeltung kollektivvertraglicher Regelungen bei einem Betriebsinhaberwechsel (OR 333 I bis), AJP 1996, 149 ff.; BAUMGARTNER (Fn. 2), vor Art. 27 N 19 ff.

⁵ Siehe dazu ISABELLE WILDHABER, Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang, SZW 2008, 17 ff., 19; WINKLER (Fn. 2), 117 ff., mit Verweis auf THOMAS LEHNER, Die Einwirkung der aktienrechtlichen Fusion auf Verträge, Zürich 1975, 71 ff.

⁶ Siehe dazu GERHARD PICOT/ELMAR SCHMITZER Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Umstrukturierung, München 2001, 418 ff.; ähnlich WOLFGANG HROMADKA, Anpassung der Arbeitsbedingungen bei der Umstrukturierung, in: Preis/Willemsen (Hrsg.), Umstrukturierung von Betrieb und Unternehmen im Arbeitsrecht, Köln 1999, 268 ff.

⁷ Vgl. dazu WOLFGANG HROMADKA, Änderung von Arbeitsbedingungen, in: Hromadka (Hrsg.), Arbeitsrechtsfragen bei der Umstrukturierung und Sanierung von Unternehmen, Stuttgart 2002, 58 ff.

⁸ Zu den Versetzungen siehe THOMAS GEISER, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, AJP 1998, 1019 ff., 1029 f.; VISCHER, SPR VII/4, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005, 64.

⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 20. August 2002, 4C.158/2002, ARV 2003, 24 (Nichtbefolgen einer durch die Muttergesellschaft erteilten Weisung ist kein Grund für eine fristlose Kündigung); vgl. auch THOMAS GEISER/KAI-PETER UHLIG, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 2003, 757 ff., 787 ff.

die Leistungspflicht des Arbeitnehmers in Bezug auf Art, Ort und Zeit der Leistung konkretisieren und durch Anweisungen ausfüllen¹⁰. Das Weisungsrecht erlaubt es in erheblichem Ausmass, das Arbeitsverhältnis den sich verändernden Bedürfnissen des Arbeitgebers anzupassen. Die Anpassung kann im Rahmen des Weisungsrechts einseitig, wiederholt und grundsätzlich auch kurzfristig vorgenommen werden¹¹. Weil das Weisungsrecht seine Grundlage im Arbeitsvertrag hat, bildet dieser auch seine wichtigste Schranke. Umso konkreter die Arbeit, die Funktion, der Arbeitsort und die Arbeitszeiten vertraglich umschrieben sind, umso eingeschränkter ist das Weisungsrecht¹², wobei sich die konkrete Umschreibung der Arbeit und des Arbeitsorts auch aus der betrieblichen Praxis bzw. Übung ergeben kann. Bei leitenden Angestellten gilt das Weisungsrecht namentlich im Bereich der Fachanweisungen als weitgehend eingeschränkt¹³. Der Arbeitgeber darf im Rahmen des Weisungsrechts neben konkreten Anweisungen über die Art und Weise der Tätigkeit auch die Begleitumstände, z.B. Formalien im Geschäftsablauf, Verhalten im Kundenverkehr oder Kleiderordnung, näher bestimmen¹⁴.

[Rz 10] Im Einzelfall ist dann zu beurteilen, ob etwa die Zuweisung eines anderen Tätigkeitsbereichs, die dauernde Versetzung an einen anderen Arbeitsort oder der Entzug von Vollmachtenerteilungen eine Überschreitung des Weisungsrechts darstellt oder nicht. Wenn der Arbeitgeber die Schranken des Weisungsrechts überschreitet, so ist der betroffene Arbeitnehmer berechtigt, die Ausführung der Arbeit zu verweigern, und der Arbeitgeber gerät in Annahmeverzug, wenn er dem Arbeitnehmer keine vertragliche Arbeit zuweist¹⁵. Ausserdem darf in der Befolgung der Weisung von Seiten des Arbeitnehmers keine konkludente Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer einvernehmlichen Vertragsänderung

gesehen werden¹⁶. Ebensovienig darf in der Anordnung einer vertragswidrigen Weisung der Ausspruch einer Änderungskündigung gesehen werden, da in der Regel eine hinreichend klare und bestimmte Kündigungserklärung fehlt¹⁷. Der Arbeitnehmer kann sich gegen eine Weisung – z.B. eine Versetzung – auch mittels einer arbeitsgerichtlichen Feststellungsklage zur Wehr setzen mit der Begründung, dass die durch die Versetzung bedingte Zuweisung des neuen Arbeitsplatzes oder neue Art der Arbeit nicht mehr durch seinen Arbeitsvertrag gedeckt sei und damit ausserhalb des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts liege¹⁸.

ii. Individuelle Änderungskündigung und Massenänderungskündigung

[Rz 11] Das zweite Gestaltungsmittel ist die Änderungskündigung. Eine Änderung des vorbehaltlos abgeschlossenen Vertrags kann gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer nur nach vorheriger Änderung des Vertragsinhalts umgesetzt werden. Mit dem Rechtsinstitut der Änderungskündigung wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt, einen Änderungsvertrag oder die Auflösung der Vertragsbindung zu bewirken, was dann von Interesse ist, wenn der Arbeitnehmer sich einem Änderungswunsch gegenüber verschlossen zeigt und somit eine einvernehmliche Vertragsänderung nicht in Frage kommt.

[Rz 12] Die Änderungskündigung ist eine unbedingte Kündigung des gesamten Vertrags bei gleichzeitigem Angebot eines neuen zu geänderten Bedingungen oder – das ist der Normalfall – eine bedingte Kündigung des Vertrags für den Fall, dass der Arbeitnehmer die vorgeschlagene Änderung der Bedingungen ablehnt¹⁹. Die Änderungskündigung bezweckt in erster Linie nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern dessen inhaltliche Änderung. Nimmt die Gegenpartei die Offerte zur Vertragsänderung nicht an, so endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der anwendbaren Kündigungsfrist²⁰, welche mit dem Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer beginnt²¹. Nimmt sie die Offerte zur

¹⁰ Vgl. Art. 2 und Art. 328 OR. Siehe dazu MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 331-355 OR, 2. Aufl., Bern 1992, Art. 321d N 33f und N 39; GEISER (Fn. 8), 1022 f. (insb. zu den Schranken des Weisungsrechts, welche von zentraler Bedeutung sind; gemäss Treu und Glauben sind das Verbot einer unnützen Rechtsausübung, eines widersprüchlichen Verhaltens und die Schadenminderungspflicht zu beachten).

¹¹ THOMAS GEISER, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999, 60 ff., 60 (Gestaltungsrecht im weiteren Sinn).

¹² STREIFF/VON KAENEL (Fn. 1), Art. 321d N 3; CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEGER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail (selon le Code des obligations), 3. Aufl., Lausanne 2004, Art. 321d N 6; REHBINDER (Fn. 10), Art. 321d N 33; GEISER (Fn. 11), 60.

¹³ DANILO ORLANDO, Zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses von Kaderangehörigen, in: Arbeitsrecht in der Verbandspraxis, FS zum 75jährigen Bestehen des VSAM, Bern 1993, 165 ff., 167; REHBINDER (Fn. 10), Art. 321d N 24.

¹⁴ Gemäss REHBINDER (Fn. 10), Art. 319 N 21, ist der Einzelarbeitsvertrag Mittel zur Begründung des Arbeitsverhältnisses, nicht aber Mittel zu seiner inhaltlichen Gestaltung, so dass die Mehrzahl der Arbeitsverhältnisse auf weitgehend «inhaltsleeren» Arbeitsverträgen beruhe.

¹⁵ REHBINDER (Fn. 10), Art. 321d N 46 f.; GEISER (Fn. 8), 1022.

¹⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. April 1989, JAR 1991, 114 ff., 116, E.1a.

¹⁷ Siehe Urteil des Bundesgerichts vom 2. August 2007, 4A.192/2007; REHBINDER (Fn. 10), Art. 321d N 47.

¹⁸ Zum Versetzungsrecht als Teil des Weisungsrechts siehe GEISER (Fn. 8), 1029.

¹⁹ Siehe STAHELIN (Fn. 1), Art. 335 N 6 f.; GEISER (Fn. 11), 60 f.; DERS. (Fn. 8), 1030; Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juni 2002, 4C.398/2001, E. 2.2.3.

²⁰ Die eigentliche Änderungskündigung ist in der Praxis teilweise schwierig abzugrenzen von der *uneigentlichen Änderungskündigung*, bei der für den Fall der Nichtannahme der Änderungsangebote mit einer Kündigung nur gedroht wird. Bei einer uneigentlichen Änderungskündigung gilt das Arbeitsverhältnis in der bisherigen Form weiter, wenn die Änderungsangebote vom Arbeitnehmer nicht angenommen wird, GEISER (Fn. 11), 61, 67.

²¹ GEISER (Fn. 11), 64. Anders WALTHER J. ZIMMERMANN, Die Änderungskündigung im Arbeitsrecht, Basel 1978, 88 (Kündigungsfrist kann bei bedingter Kündigung erst dann anlaufen, wenn gekündigte Partei Klarheit über den

Vertragsänderung an, so gelten die inhaltlichen Regeln des neuen Arbeitsvertrags²². Allerdings wird diesfalls nicht ein neues Arbeitsverhältnis begründet, sondern das alte wird auf neuer vertraglicher Grundlage weitergeführt²³.

[Rz 13] Wie bei jeder Kündigung ist auch bei der Änderungskündigung zwischen einer ordentlichen und einer fristlosen zu unterscheiden. Eine *fristlose Änderungskündigung* liegt vor, wenn nach dem Willen der kündigenden Partei das Arbeitsverhältnis sofort beendet wird, falls sich die Gegenpartei mit den geänderten Bedingungen nicht einverstanden erklärt. Fristlose Änderungskündigungen sind im Zusammenhang mit Umstrukturierungen regelmässig unzulässig, da ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR, welcher eine fristlose Kündigung rechtfertigen würde, fehlt²⁴. In der Regel werden Änderungskündigungen als ordentliche Kündigungen ausgesprochen.

[Rz 14] Obwohl die Kündigung grundsätzlich ein bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft ist, ist gegen eine Änderungskündigung nichts einzuwenden, weil die Gültigkeit der Kündigung ausschliesslich vom Willen der gekündigten Partei, dem Arbeitnehmer, abhängt²⁵. In dem für die Änderungskündigung massgebenden BGE 123 III 246²⁶ hat das Bundesgericht klargestellt, dass eine *Änderungskündigung nicht in jedem Fall missbräuchlich* im Sinne von Art. 336 OR ist²⁷. Als missbräuchlich erachtet es zunächst eine Kündigung, die vom

Arbeitgeber ausgesprochen wird, weil sich der Arbeitnehmer nicht bereit erklärt, die Verschlechterung der vertraglichen Arbeitsbedingungen sofort (d.h. ohne Einhaltung der entsprechenden Kündigungsfristen) zu akzeptieren. Im Gegenzug ist der Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt, unter Wahrung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen und -termine einen Arbeitsvertrag aufzulösen und dem Arbeitnehmer den Abschluss eines neuen Arbeitsverhältnisses mit ungünstigeren Bedingungen anzubieten. Es ist grundsätzlich zulässig, den mit einer Kündigung erzeugten Druck zu verwenden, um eine Anpassung des Arbeitsvertrages an veränderte wirtschaftliche und betriebliche Bedürfnisse zu erwirken. Allerdings überschreitet der Druck das zulässige Mass, wenn damit eine für die Gegenseite ungünstige Vertragsänderung herbeigeführt werden soll, die – in den Worten des Bundesgerichts – «sich sachlich nicht rechtfertigen lässt»²⁸. An einer solchen sachlichen Rechtfertigung fehlt es regelmässig dann, wenn es sich um eine Verschlechterung für die Gegenpartei handelt, die Verschlechterung für diese unbillig ist und für eine Änderung keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe bestehen²⁹. Eine Rechtfertigung durch betriebliche Gründe ist gegeben, wenn z.B. nachgewiesen werden kann, dass die Änderung auf eine Umstrukturierung des Betriebs, eine schlechte Ertragslage oder Umsatzrückgang zurückzuführen ist³⁰. Eine Rechtfertigung durch marktbedingte Gründe kann bei Auftragsmangel, allgemein fehlender Nachfrage, schlechter Wirtschaftslage oder Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt gegeben sein. GEISER weist darauf hin, dass das Bundesgericht mit diesem Massstab eine bis anhin im Arbeitsrecht nicht bekannte Komponente der Inhaltsprüfung eingeführt hat, indem das Gericht die betrieblichen Verhältnisse bzw. den Markt zu analysieren und den unternehmerischen Entscheid wenigstens auf dessen Plausibilität hin zu prüfen hat³¹. VISCHER geht noch weiter und merkt an, dass angesichts der Kündigungsfreiheit im schweizerischen Recht eine Kündigung des Arbeitgebers auch ohne marktbedingte oder betriebliche Notwendigkeit zulässig sein muss, und dass die Tatsache allein, dass die kündigende Partei die Kündigung

Eintritt bzw. Nichteintritt der Bedingung hat).

²² Zu den Wirkungen der Änderungskündigung bei Annahme der Änderung ausführlich GEISER (Fn. 11), 66 f.; PATRICK JOERIN, Die arbeitsrechtliche Änderungskündigung und deren rechtliche Zulässigkeit, Basel 2006, 42 ff.

²³ GABRIEL AUBERT, Le droit suisse du travail face à l'intégration européenne, ZSR II 1993, 157 ff., 190; GEISER, Massentlassung: Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Verfahren, AJP 1995, 1411 ff., 1414; JOERIN (Fn. 22), 59.

²⁴ GEISER (Fn. 11), 62, 63; WINKLER (Fn. 2), 116 Fn. 454. Gegen die Zulässigkeit einer fristlosen Änderungskündigung JOERIN (Fn. 22), 135 ff.

²⁵ STREIFF/VON KAENEL (Fn. 1), Art. 335 N 3; STAEHELIN (Fn. 1), Art. 335 N 5; REHBINDER (Fn. 10), Art. 335 N 1a; BEAT BARTH, Die Änderungskündigung im Arbeitsrecht, Zürich 1990, 22; GEISER (Fn. 11), 63; JOERIN (Fn. 22), 52 ff.; BGE 123 II 248; Urteil des Bundesgerichts vom 17. Dezember 1996, SARB 1997, 236; RK SG vom 24. Juli 1986, SG GVP 1986 Nr. 40.

²⁶ In BGE 118 II 157 nahm das BGE Stellung zu der Frage, ob es missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. c und d OR ist, wenn der Arbeitgeber mit einer Änderungskündigung die Arbeitsbedingungen verschlechtern will. Dabei hatte es erwogen, eine Änderungskündigung sei als missbräuchlich anzusehen, wenn die Änderung als unbillig bezeichnet werden müsse. Das BGE konnte indessen die Frage offen lassen, weil sich die Missbräuchlichkeit auch aus anderen Umständen ergab (S. 165 f.). Dieses Urteil gibt für die Frage der Missbräuchlichkeit von Änderungskündigungen im Arbeitsvertragsrecht relativ wenig her, siehe THOMAS KOLLER, Wann ist eine Änderungskündigung im Arbeitsrecht missbräuchlich?, AJP 1997, 1565 ff., 1567.

²⁷ BGE 123 II 249 f.; siehe auch das Urteil der Vorinstanz in ZBJV 1997, 582 ff. Auch die h.L. geht davon aus, dass eine Änderungskündigung grundsätzlich zulässig ist, siehe THOMAS GEISER, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM 1994, 169 ff., 187; BRÜHWILER (Fn. 1), Art. 336 N 5; THOMAS KOLLER, Ordentliche, fristlose und missbräuchliche Kündigung des Arbeitsvertrages, AJP 1995, 1259.

²⁸ Siehe dazu BGE 123 III 250, BGE 130 III 19, E. 3.1.2.2; Urteil des Bundesgerichts vom 17. Dezember 1996, SARB 1997, 236. Ähnlich DIETER M. TROXLER, Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht, Zürich 1993, 99 f. (Missbräuchlichkeit, wenn Änderung sachlich nicht gerechtfertigt erscheint).

²⁹ BGE 123 III 250 f. Letzteres Kriterium bedarf noch schärferer Konturen, siehe KOLLER (Fn. 26), 1568; JOERIN (Fn. 22), 97 ff.

³⁰ Siehe BGE 123 III 250 («Eine Anpassung eines Arbeitsvertrages an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Bedürfnisse muss möglich und zulässig sein.»); JOERIN (Fn. 22), 99 («Zu solchen innerbetrieblichen Anlässen gehören beispielsweise Rationalisierungen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion, Sanierungen, Fusionen, Umstrukturierungen, Übernahmen, Abspaltungen oder auch schlechte Ertragslage und Umsatzrückgang.»).

³¹ GEISER (Fn. 8), 1031; DERS. (Fn. 11), 64; DERS. (Fn. 27), 187. Ähnlich KOLLER (Fn. 26), 1567 f.; DENIS HUMBERT, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Winterthur 1991, 79.

nur ausspricht, um eine für sie günstigere Vertragsregelung durchzusetzen, entgegen der bundesgerichtlichen Meinung den Missbrauchstatbestand nicht erfüllen kann, wenn die grundsätzliche Zulässigkeit der Änderungskündigung bejaht wird³². Ordentliche Änderungskündigungen werden aber in der Regel im Sinne der Bundesgerichts-Rechtsprechung ohnehin «sachlich gerechtfertigt» sein, wenn diese im Hinblick auf eine Umstrukturierung des Betriebs oder des Unternehmens erfolgen³³.

[Rz 15] Die Änderungskündigung kann – unabhängig vom Ausmass der Veränderung – auf Grund des Vorgehens missbräuchlich sein. Verlangt der Arbeitgeber z.B. vom Arbeitnehmer, dass dieser per sofort eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen annimmt und kündigt er ihm, weil der Arbeitnehmer dazu nicht bereit ist, so liegt eine Rache-kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. c OR vor³⁴. Ebenfalls als missbräuchlich muss die Kündigung qualifiziert werden, die gegenüber dem Arbeitnehmer ausgesprochen wird, weil dieser sich weigert, einen neuen Arbeitsvertrag abzuschliessen, der das Gesetz oder einen bestehenden GAV verletzt. In diesem Fall spricht der Arbeitgeber die Kündigung deshalb aus, weil der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Respektierung der zwingenden gesetzlichen Bestimmung, die zu seinem Schutz bestehen, geltend macht³⁵. Eine vom Arbeitgeber zwecks Einführung eines neuen Lohnschemas vorgenommene Änderungskündigung kann, je nach der dem Arbeitnehmer eingeräumten Bedenkzeit, ebenfalls gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d missbräuchlich sein³⁶.

[Rz 16] Mit einer Änderungskündigung will der Arbeitgeber häufig nicht nur ein einzelnes Arbeitsverhältnis ändern, sondern die Arbeitsbedingungen vieler oder sogar aller Arbeitnehmer im Rahmen einer Umstrukturierung oder aus anderen Gründen neu gestalten. Es stellt sich deshalb die

Frage, ob bei *breitflächigen Änderungskündigungen* die Vorschriften betreffend Massenentlassungen im Sinne von Art. 335d ff. OR anwendbar sind. In der Praxis wird daran oft nicht gedacht, da gerade nicht die Kündigung als solche angestrebt wird, sondern vielmehr die Änderung der Arbeitsbedingungen. Es ist aber für die Praxis davon auszugehen, dass die Bestimmungen über die Massenentlassung gemäss Art. 335d ff. OR auf Massen-Änderungskündigungen durchaus anwendbar sein können³⁷. Die herrschende Lehre sieht Änderungskündigungen unabhängig von der Reaktion des Arbeitnehmers als Kündigungen im Sinne des Art. 335d Abs. 1 OR an³⁸. Die schweizerischen Bestimmungen zur Massenentlassung stellen – anders als die europäische Massenentlassungs-Richtlinie und der deutsche § 17 KSchG – nicht auf die «Entlassung», die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf die Kündigung ab. Obwohl die Änderungskündigung lediglich ein Mittel zur Erreichung des Zwecks – der Änderung der Arbeitsbedingungen – ist und nicht zwingend zum Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb und der Belastung des Arbeitsmarkts führt, ist davon auszugehen, dass der Änderungskündigung Kündigungscharakter zukommt. Dass der Arbeitgeber die Beendigung der Arbeitsverhältnisse nicht bezweckt, leistet dem Kündigungscharakter keinen Abbruch; es genügt, dass der Arbeitgeber sie bewusst in Kauf nimmt³⁹. Die Massen-Änderungskündigung lässt den Arbeitnehmern zwar die Option der Nichtannahme der Offerte offen und ist insoweit bedingt; die Erfüllung der Bedingung liegt aber allein in den Händen der Arbeitnehmer (Potestativbedingung). Von Seiten des Arbeitgebers ist eine Kündigung ausgesprochen worden. Die Änderungskündigung des Arbeitgebers muss deshalb derzeit als Kündigung im Sinne von Art. 335d Abs. 1 OR mitgezählt werden⁴⁰.

[Rz 17] Die Konsequenz der Subsumtion von Änderungskündigungen unter die Bestimmung von Art. 335d ff. OR ist die Anwendung der Bestimmungen zur Massenentlassung inkl. deren Sanktionen. Für diejenigen Arbeitnehmer, welche die neuen Vertragsbedingungen annehmen, endet das Arbeitsverhältnis nicht, sodass keine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geschuldet sein kann, auch wenn das Verfahren von Art. 335f OR nicht eingehalten worden ist.

³² VISCHER (Fn. 8), 232, mit Verweis auf BGE 123 III 246, E. 4.

³³ BAUMGARTNER (Fn. 2), vor Art. 27 N 14; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ (Fn. 12), Art. 333 N 6; THOMAS GEISER, Die Stellung des Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz, AJP 2004, 863 ff., 863; URSULA HUBSCHMID, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, Art. 27 N 15, Art. 49 N 8, Art. 76 N 2; JOERIN (Fn. 22), 98 f.; REINERT (Fn. 2), Art. 27 N 4; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/FRAZ J. KESSLER/MARTIN DIETRICH/KATJA BERLINGER, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, § 2 N 427, § 5 N 956; CHRISTOPH ZIMMERLI, Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen unter besonderer Berücksichtigung des Fusionsgesetzes, AJP 2005, 771 ff., 778. Anders CAROLINE HIRSIGER, Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, Zürich 2006, 277.

³⁴ BGE 123 III 251 f., E. 4. Für weitere Beispiele der Missbräuchlichkeit GEISER (Fn. 8), 1031; DERS. (Fn. 11), 65; ROLF TOBLER/CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/DANIELA GULLO EHM, Arbeitsrecht, Kommentierte Gesetzesausgabe: Art. 319-362 OR, Gleichstellungsgesetz, Arbeitsgesetz, Lausanne 2006, Art. 336 N 1.36, mit Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 13. Juni 2000, plädoyer 6/2000, 62 = SJ 2001, 49.

³⁶ CAPH GE vom 14. Juli 1992, JAR 1993, 192; TOBLER/FAVRE/MUNOZ/GULLO EHM (Fn. 34), Art. 336 N 1.36; STAEHELIN (Fn. 1), Art. 333 N 12.

³⁷ Gegen eine Anwendung von Art. 335d ff. OR BAUMGARTNER (Fn. 2), vor Art. 27 N 14.

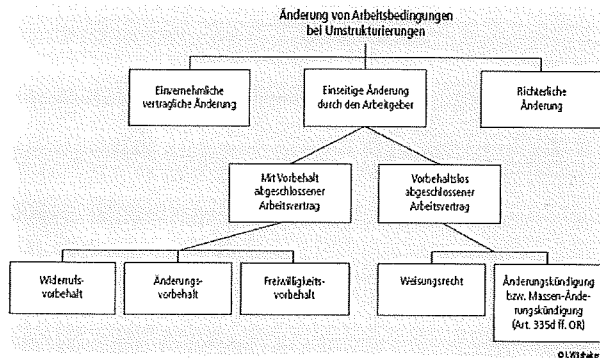
³⁸ GEISER (Fn. 8), 1032; DERS. (Fn. 11), 65; LIENHARD MEYER, Die Massenentlassung, Basel 1999, 102 ff.; FRANK VISCHER, Fragen aus dem Kollektivarbeitsrecht, AJP 1995, 547 ff., 554 f.; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 1), Art. 335d N 5 (erachten das Abwarten der Entscheidung des Arbeitnehmers als «untauglich»); BRÜHWILER (Fn. 1), Art. 335 N 1; JOERIN (Fn. 22), 123. Anders hingegen ROLAND A. MÜLLER, Die neuen Bestimmungen über Massenentlassungen (Art. 335d OR ff.), ArbR 1995, 105 ff., 110, 114, in Anlehnung an die deutsche Lehre, siehe BAG vom 10. März 1982, DB 1982, 1520; PICOT/SCHNITKER (Fn. 6), 387.

³⁹ GEISER (Fn. 23), 1414; MEYER (Fn. 38), 102 f.

⁴⁰ Siehe die weiteren Argumente von GEISER (Fn. 23), 1414; JOERIN (Fn. 23), 123.

Die neuen Vertragsbedingungen können allerdings gemäss Art. 335g Abs. 4 OR erst 30 Tage nach der Anzeige an das Arbeitsamt Wirkung entfalten⁴¹.

5. Überblick



Dr. iur. Isabelle Wildhaber, LL.M. (Harvard), ist Lehrbeauftragte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

* * *

⁴¹ So auch THOMAS GEISER, Massenentlassung, in: Thomas Geiser/Peter Münch (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung, Handbücher für die Anwaltspraxis: Band II, Basel 1997, N 3.32. Anders BRÜHWILER (Fn. 1), Art. 335 N 1, der davon ausgeht, dass keine Massenentlassung mehr vorliegt, wenn nach Einschaltung des Arbeitsamtes die Arbeitnehmer in grösserer Zahl ihre Zustimmung erteilen und es nicht zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt; MEYER (Fn. 38), 103 Fn. 393, bemerkt dazu, dass die einzige Konsequenz wäre, dass die 30-Tage-Frist ab Anzeige an das Arbeitsamt wieder wegfällt.