

Unternehmens- und Arbeitswelt

Das schweizerische Arbeitsrecht und der Wirtschaftsstandort Schweiz

THOMAS GEISER / ROLAND MÜLLER

Inhaltsübersicht

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Arbeitsrecht als Standortfaktor | 335 |
| II. | Verfassungsrechtliche Grundlagen | 336 |
| | 1. Zuständigkeiten im föderalistischen Staat | 336 |
| | 2. Inhaltliche Vorgaben der Verfassung | 337 |
| III. | Besonderheiten des schweizerischen Arbeitsrechts | 338 |
| | 1. Einheitliches Arbeitsrecht | 339 |
| | 2. Zweiseitig zwingende Normen | 341 |
| | 3. Beendigung des Arbeitsverhältnisses | 341 |
| | a) Kündigungsfreiheit und Kündigungsschutz | 341 |
| | b) Besonderheiten im Bereich des Arbeitszeugnisses | 344 |
| | 4. Bedeutung des kollektiven Arbeitsrechts | 347 |
| | 5. Regeln bei Umstrukturierungen | 348 |
| | 6. Mitwirkungsrechte | 349 |
| IV. | Bewertung | 350 |

I. Arbeitsrecht als Standortfaktor

Praktisch für jedes Unternehmen ist der Faktor «Mensch» von zentraler Bedeutung. Für die Wahl des Standortes ist deshalb mitentscheidend, ob das Unternehmen an einem bestimmten Ort die notwendigen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen rekrutieren kann. Wesentlich ist aber auch, ob das Unternehmen die Rechtsbeziehung zu seinen Arbeitnehmern vorteilhaft ausgestalten kann und in welchem Ausmass diese Ausgestaltung Ressourcen bindet. Dabei ist nicht nur Flexibilität gefragt. Vielmehr geht es um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Bindung einerseits und flexibler Gestaltungs- und Umgestaltungsmöglichkeiten andererseits. Ebenso wichtig sind aber regelmässig auch die Zufriedenheit der Mitarbeiter und deren Motivation.

Ob ausreichend und insbesondere genügend und richtig qualifizierte Mitarbeitende gefunden werden können, ist in erster Linie eine Frage des Arbeitsmarktes.

Wieweit aber das Verhältnis zwischen dem Unternehmen und den Mitarbeitenden sinnvoll und zur Zufriedenheit beider Seiten gestaltet werden kann, ist neben der unternehmerischen Frage auch eine solche des *Arbeitsrechts* und des übrigen *rechtlichen Umfelds*. Dies wirkt sich nicht nur auf den unternehmerischen Gestaltungsfreiraum aus, sondern beeinflusst auch den Arbeitsmarkt und damit die Frage, ob genügend geeignete Arbeitskräfte an einem bestimmten Ort zu finden sind.

Im Folgenden sollen einige wesentlichen Punkte des Schweizerischen Arbeitsrechts dargestellt und auf ihre Bedeutung für den Wirtschaftsstandort Schweiz hin untersucht werden. Eine Auswahl ist nötig, da niemals eine vollständige Analyse aller Kriterien möglich sein wird.

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das schweizerische Recht kennt keine in sich geschlossene Arbeitsverfassung. In der Bundesverfassung finden sich indessen an verschiedenen Stellen Normen, welche direkten oder indirekten Einfluss auf das schweizerische Arbeitsvertragsrecht haben¹. Dabei kann zwischen den formellen Zuständigkeitsnormen einerseits und den inhaltlichen Bestimmungen andererseits unterschieden werden.

1. Zuständigkeiten im föderalistischen Staat

Die Eidgenossenschaft hat von ihrem Anbeginn an immer das Ziel einer Vereinheitlichung des Wirtschaftsraumes Schweiz verfolgt. Mit der Öffnung nach Europa hat diese Entwicklung eine neue Dynamik erlangt. Entsprechend erstaunt es nicht, dass die Kompetenz zur Gesetzgebung im Bereich des Arbeitsrechts als Teil der Privatrechtsgesetzgebung schon sehr früh beim Bund lag². Darüber hinaus hat der Bund ausdrücklich die Gesetzgebungskompetenz für den Arbeitnehmerschutz sowie für weitere Bereiche der Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, für die Arbeitsvermittlung und für die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen³. Damit kann der *Bund* grundsätzlich das *gesamte Arbeitsrecht regeln*, soweit es nicht um die Anstellungen durch die kantonale (bzw. kommunale) öffentliche Hand geht.

¹ Vgl. dazu: RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basel 1998, § 12, Rz. 19 ff.

² Heute Art. 122 BV.

³ Art. 110 Abs. 1 BV.

Von zentraler Bedeutung für die Einheitlichkeit des Arbeitsrechts in der Schweiz sind aber auch die Bundeszuständigkeiten im Bereich des Sozialversicherungsrechts⁴. Die Sozialversicherungen beeinflussen ohne Zweifel den Arbeitsmarkt in erheblichem Ausmass und haben damit eine direkte Wirkung auf das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern.

Nicht unterschätzt werden darf der Umstand, dass in zentralen Bereichen nur die Gesetzgebungskompetenz beim Bund liegt, die Umsetzung jedoch durch die Kantone erfolgt. Namentlich ist die Zivilgerichtsbarkeit nach wie vor die Angelegenheit der Kantone, denen bis jetzt noch immer sowohl die Gerichtsorganisation wie auch die Regelung des Prozessrechtes obliegen. Wohl wird derzeit eine eidgenössische Zivilprozessordnung im Parlament beraten, indessen darf auch dieses Jahrhundertwerk nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Umsetzung in erster Linie bei den lokalen Gerichten liegt. Die Praxis lehrt aber, dass ein einheitliches Recht von den lokalen Gerichten sehr unterschiedlich angewendet und umgesetzt wird. Die Möglichkeiten des Bundesgerichts zur Vereinheitlichung der Praxis sind sehr beschränkt. Das Ergebnis eines Arbeitsstreits hängt von daher sehr wohl davon ab, wo in der Schweiz der entsprechende Prozess ausgetragen werden muss.

2. Inhaltliche Vorgaben der Verfassung

Die Verfassung teilt nicht nur die Kompetenzen zu, sondern macht auch inhaltliche Vorgaben. Auszugehen ist dabei von der Wirtschaftsfreiheit⁵, welche auch die *Vertragsfreiheit*⁶ einschliesst⁶. Die Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind somit grundsätzlich frei, ihr Rechtsverhältnis so auszugestalten, wie es ihnen beliebt. Der Gesetzgeber hat allerdings diese Ausgestaltungsmöglichkeiten in vielfältiger Weise eingeschränkt. Ein Teil dieser Schranken ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts. Weitere Schranken ergeben sich aus der Wirtschaftsfreiheit selber, da diese auch den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung garantiert⁷. Damit rechtfertigt sich eine einschränkende Regelung der Konkurrenzverbote⁸. Als der Verwirklichung der Vertragsfreiheit gleichwertige, allgemeine, inhaltliche Vorgabe ist der Auftrag des Bundes zu einer Konjunkturpolitik zu verste-

⁴ Art. 111 f. BV: Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge; Art. 113 BV: Berufliche Vorsorge; Art. 114 BV: Arbeitslosenversicherung; Art. 116 Abs. 2 BV: Familienzulagen; Art. 116 Abs. 3 BV: Mutterschaftsversicherung; Art. 117 BV Kranken- und Unfallversicherung.

⁵ Art. 27 BV.

⁶ KLAUS A. VALLENDER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Gallen/Zürich 2002, N. 10 zu Art. 27 BV.

⁷ Art. 27 Abs. 2 BV.

⁸ Art. 340 ff. OR. Die Wirtschaftsfreiheit steht auch Arbeitnehmern zu: VALLENDER, Bundesverfassung (Fn. 6), N. 17 zu Art. 27 BV.

hen, welche auf Vollbeschäftigung⁹ abzielt¹⁰. Erwerbsfähige sollen ihren Lebensunterhalt zu angemessenen Bedingungen bestreiten können¹¹. Das ist bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen zu berücksichtigen¹².

Als inhaltliche Vorgabe darf auch der Gesetzgebungsauftrag des Bundes für den *Arbeitnehmerschutz* verstanden werden¹³. Dabei geht es nicht nur um den Schutz klassischer Polizeigüter. Vielmehr ist der Auftrag inhaltlich in einem weiten Sinne zu verstehen. Geschützt werden sollen die Arbeitnehmer in allen Bereichen ihrer Persönlichkeit¹⁴. Es geht um die Humanisierung der Arbeit schlechthin¹⁵. Die Verfassung beschränkt den Gesetzgeber diesbezüglich nicht auf bestimmte Schutzmassnahmen¹⁶. Er kann den Schutz sowohl zivil- als auch öffentlich-rechtlich organisieren. Die Verfassung gibt dem Bundesgesetzgeber vor, eine betriebliche und berufliche Mitwirkung vorzusehen¹⁷ ohne allerdings weitere inhaltliche Vorgaben zu machen. Zudem garantiert die Verfassung die Koalitionsfreiheit einschliesslich eines Arbeitskampfrechts¹⁸ und sieht vor, dass Gesamtarbeitsverträge auch auf Aussenseiter ausgedehnt werden können¹⁹. Schliesslich regelt die Verfassung direkt die Lohngleichheit von Mann und Frau und beauftragt den Gesetzgeber mit deren Umsetzung²⁰.

III. Besonderheiten des schweizerischen Arbeitsrechts

Aus dieser konkreten Verfassungslage, wohl aber noch viel mehr auf Grund der historischen Entwicklung sowie des wirtschaftlichen und politisch-kulturellen Gefüges der Schweiz, ergeben sich einige Besonderheiten des schweizerischen Arbeitsrechts, welche ohne Anspruch auf Vollständigkeit im Folgenden dargestellt werden.

⁹ Und Preisstabilität.

¹⁰ MARC D. VEIT, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Gallen/Zürich 2002, N. 3 zu Art. 100 BV.

¹¹ Art. 41 Abs. 1 lit. a BV.

¹² Vgl. THOMAS GEISER, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn? In: Ehrenzeller/Mastronardi/Schaffhauser/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, St.Gallen/Lachen 1998, S. 809 ff.; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/4, Basel 2005, S. 87.

¹³ Art. 110 Abs. 1 lit. a BV.

¹⁴ CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Gallen/Zürich 2002, N. 15 zu Art. 110 BV.

¹⁵ HANS PETER TSCHUDI, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985, S. 2.

¹⁶ HANS PETER TSCHUDI, Die Ordnung der Arbeit durch die neue Bundesverfassung, ArbR 2000, S. 17.

¹⁷ Art. 110 Abs. 1 lit. b BV.

¹⁸ Art. 28 BV.

¹⁹ Art. 110 Abs. 1 lit. d BV.

²⁰ Art. 8 Abs. 3 BV.

1. Einheitliches Arbeitsrecht

Im Gegensatz zu vielen ausländischen Rechtsordnungen ist in der Schweiz die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht in einem *selbständigen* Erlass geregelt. Vielmehr stellt das Arbeitsvertragsrecht eine besondere Vertragsart dar. Die entsprechenden Regeln finden sich deshalb im allgemeinen Vertragsrecht. Der Arbeitsvertrag definiert sich von seinem Gegenstand her, nämlich dem Austausch von Arbeit gegen Geld innerhalb einer fremden Arbeitsorganisation²¹. Damit wird gleichzeitig der gesamte Anwendungsbereich des Arbeitsvertragsrechts umschrieben. Die entscheidenden Arbeitnehmerschutzbestimmungen²² gelangen auf *alle Arbeitsverträge* zur Anwendung. Es gibt keine Einschränkungen nach der Art der verrichteten Arbeit oder der Stellung innerhalb des Betriebes. Das Obligationenrecht kennt nur wenige besondere Arbeitsverhältnisse mit abweichenden Bestimmungen²³. Solche finden sich teilweise auch spezialgesetzlich geregelt²⁴. Die Normen des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts finden somit selbst bei internationalen Grossunternehmen sowohl auf das Arbeitsverhältnis des Reinigungspersonals wie auch auf dasjenige des Generaldirektors Anwendung, soweit beide gewöhnlich in der Schweiz ihre Arbeit verrichten²⁵.

Diese im internationalen Vergleich doch eher erstaunliche Regelung hat ihre Grundlage in der geschichtlichen Entwicklung. Der Arbeitnehmerschutz hatte sich nämlich ursprünglich nicht im Vertragsrecht ausgebildet. Vielmehr fanden sich die ersten, modernen Schutzbestimmungen auf eidgenössischer Ebene im Fabrikgesetz von 1977²⁶. Dieses Gesetz war wegen der teilweise bedenklichen Zustände in den Fabriken und der fortschreitenden Industrialisierung der Schweiz notwendig geworden. Das Gesetz hatte allerdings – seinem Namen entsprechend – einen beschränkten Anwendungsbereich und schützte deshalb nur einen Teil der Arbeitnehmer: die Fabrikarbeiter. Daran wurde auch bei der Revision des Fabrikgesetzes 1914 festgehalten. Diese Schutznormen betrafen somit auch nie die Leitungsebene eines Unternehmens. Die Zuständigkeit des Bundes im Vertragsrecht erfolgte zeitlich verschoben²⁷. Die 1881 im Rahmen des ersten, eidgenössischen Obligationenrechts erfolgte Regelung des Dienstvertrages stand zudem noch ganz im Lichte der Vertragsfreiheit. Die Regelung umfasste entsprechend grundsätzlich alle Anstellungsverträge. Daran

²¹ Art. 319 OR.

²² Namentlich Lohnfortzahlungspflicht bei Verhinderung an der Arbeit, Schutz des Lohnanspruchs, Kündigungsschutz usw.

²³ Lehrvertrag (Art. 344 ff. OR); Handelsreisendenvertrag (Art. 347 ff. OR); Heimarbeitsvertrag (Art. 351 ff. OR).

²⁴ Z.B. Leiharbeitsverhältnisse (AVG); Heuervertrag (Seeschiffahrtsgesetz).

²⁵ Entsprechend Art. 121 Abs. 1 IPRG.

²⁶ BG betr. Arbeit in Fabriken vom 23. März 1877, AS 1877 III 241.

²⁷ Sie wurde erst in der Verfassung von 1874 verankert. Zur Entstehung des OR gl. BBl 1880 S. 150 ff.

änderte sich auch mit der Revision des Dienstvertrages 1911 nichts, obgleich hier schon eine beachtliche Zahl zwingender Bestimmungen zum Schutze der Arbeitnehmer in das Vertragsrecht aufgenommen wurden²⁸. Eine entscheidende Wende erfolgte erst in den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts, als das Fabrikgesetz durch das Arbeitsgesetz ersetzt wurde, welches auch die gewerblichen Arbeitsverhältnisse erfasste. Dafür war allerdings eine weitere Verfassungsrevision notwendig²⁹. Anfangs der 70er-Jahre wurde sodann das Arbeitsvertragsrecht totalrevidiert und der nunmehr ausgebaute Arbeitnehmerschutz geschaffen. Der Anwendungsbereich des Arbeitsvertragsrechts blieb dabei aber noch immer ein allgemeiner, so dass dieser Schutz auch nach wie vor nicht nach der Art des Arbeitsverhältnisses unterscheidet. Diese Unterscheidung findet sich nur im öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutz, in dem der Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes zwar nicht mehr auf die Fabriken beschränkt ist, jedoch eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen und ganze Wirtschaftszweige von der Anwendung weiter Teile des Gesetzes ausgenommen werden. Die Differenzierungen sind weder übersichtlich noch immer in sich kohärent.

Die Einheitlichkeit des Arbeitsvertragsrechts hatte u.a. zur Folge, dass es in der Schweiz bis anhin *keine staatlich festgesetzten Mindestlöhne* gibt³⁰. Die zu behandelnden Arbeitsverhältnisse sind dafür zu vielfältig. Das schweizerische Recht geht auch im Lohnbereich von der Vertragsfreiheit aus. Mit den flankierenden Massnahmen zu den Bilateralen Verträgen mit der EG wurde nun jedoch die Möglichkeit geschaffen, unter gewissen Voraussetzungen in einem so genannten Normalarbeitsvertrag, d.h. auf Verordnungsstufe und auf einzelne Wirtschaftszweige beschränkt, zwingende Mindestlöhne festzusetzen³¹. Für eine solche Möglichkeit kämpften die Gewerkschaften während fast 100 Jahren. Nach dem ersten Weltkrieg war dies ein sehr umstrittenes Politikum. Ein entsprechender Gesetzesentwurf³² wurde 1920 in einer Volksabstimmung mit nur 200 Stimmen Unterschied verworfen³³. Die EWR-Vorlage kannte die Möglichkeit eines NAV mit zwingenden Bestimmungen nicht. Wäre diese Vorlage nicht am Referendum gescheitert und es deshalb zu den bilateralen Verträgen gekommen, wäre dieses alte Postulat der Arbeiterbewegung auch heute noch nicht verwirklicht. Es ist nicht anzunehmen, dass die Urheber des damaligen Referendums diese Wirkung beabsichtigt hatten. Bis anhin ist allerdings von dieser Möglichkeit zu Minimallohnen noch nie Gebrauch gemacht worden.

²⁸ Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Unterlagen zum Selbststudium mit Fragensammlung, Bern 2005, Rz. 35 ff.

²⁹ Vgl. GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht* (Fn. 28), Rz. 44; HANS PETER TSCHUDI, *Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts*, Basel 1987, S. 54 ff.

³⁰ Mindestlöhne können indessen in Gesamtarbeitsverträgen vorgesehen sein.

³¹ Art. 360a bis 360 f OR.

³² BBl 1919 III 846 ff.; Botschaft vom 11. April 1919, BBl 1919 II 1 ff.

³³ VISCHER, *Arbeitsvertrag* (Fn. 12), S. 377.

2. Zweiseitig zwingende Normen

Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht kennt nicht nur zwingende Bestimmungen zu Gunsten der Arbeitnehmer, sondern auch solche zu Gunsten der Arbeitgeber. Das dürfte im internationalen Vergleich ein Unikum darstellen. Eine Begründung für diesen Eingriff in die Vertragsfreiheit dürfte schon deshalb schwierig sein, weil die Verfassung nur den Schutz der Arbeitnehmer zur Bundesaufgabe macht³⁴, nicht aber den Schutz der Arbeitgeber. Allerdings belässt die Verfassung im Rahmen der Rechtssetzungskompetenz ohne Zweifel dem Gesetzgeber ein weites Ermessen. Die Regelung hat wohl ihren Grund einerseits in der zur Zeit der Revision von 1971 lang anhaltenden Hochkonjunktur mit ausgetrocknetem Arbeitsmarkt und andererseits im mehr ideologisch als rational begründbaren Anliegen, die Gleichstellung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer als gleichberechtigte Sozialpartner auf diese Weise im Gesetz zum Ausdruck zu bringen³⁵. Die Botschaft des Bundesrates zur Revision des Arbeitsvertragsrechts von 1971, welche diese Neuerung gebracht hatte, schwieg sich zur Begründung der zum Schutze der Arbeitgeber aufgestellten zwingenden Normen aus³⁶. Es wird nur darauf hingewiesen, dass die Gefahr von für den Arbeitgeber ungünstigen abweichenden Bestimmungen nicht so sehr von Einzelabreden ausgehe, sondern vielmehr bei den Gesamtarbeitsverträgen und den Normalarbeitsverträgen bestehe³⁷. Das hat sich eher als Irrtum erwiesen. Entscheidender ist auch hier, dass das Arbeitsvertragsrecht alle Arbeitsverhältnisse regelt und bei Führungskräften in der Tat die Gefahr bestehen kann, dass sie ihren bestimmenden Einfluss auf die Meinungsbildung innerhalb der Arbeitgeberin für den Abschluss für sie besonders günstiger und nicht marktkonformer Arbeitsverträge ausnutzen. Die gesellschaftsrechtliche Stellung des Kaders kann allerdings einen solchen Vertrag nichtig machen³⁸.

3. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

a) Kündigungsfreiheit und Kündigungsschutz

Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht geht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus. Wenn das Arbeitsverhältnis nicht auf eine feste Dauer eingegangen worden ist, kann das Arbeitsverhältnis grundsätzlich von jeder Partei durch Kündigung aufgelöst werden, ohne dass es dafür einer besonderen Rechtfertigung bedürfte. Insofern sind –

³⁴ Art. 110 Abs. 1 lit. a BV.

³⁵ ZK-STAEHELIN, 1996, N. 1 zu Art. 361 OR.

³⁶ Vgl. BBl 1967 II 289 ff.

³⁷ BBl 1967 II 423 f.

³⁸ Vgl. 4C.402/1998 vom 14. Dezember 1999, E. 2a, Pra 89/2000 Nr. 50, S. 285 ff.

im Gegensatz zu gewissen ausländischen Rechten – unbefristete Arbeitsverhältnisse leichter auflösbar und damit prekärer als befristete.

Der Grundsatz erforderte allerdings eine *soziale Abfederung*. Um eine geordnete Übergabe der Aufgaben und einen organischen Übergang zu sichern, sieht das Gesetz im Interesse beider Parteien *Kündigungsfristen* vor³⁹. Zudem verhindert der *zeitliche Kündigungsschutz*, dass die Kündigung den Arbeitnehmer in einem für ihn besonders ungünstigen Zeitpunkt trifft⁴⁰. Dieser zeitliche Kündigungsschutz wirft in der Praxis eine Vielzahl von Fragen auf und ist zum Teil wenig glücklich geregelt. Namentlich bei vertraglich verlängerten Kündigungsfristen kann die sehr offene Umschreibung der Schutzzatbestände zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Zudem ist streitig, wie die Sperrfristen zu berechnen sind⁴¹. Schliesslich mag nicht immer zu befriedigen, dass der zeitliche Kündigungsschutz und die Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung⁴² nicht aufeinander abgestimmt sind. Der Kündigungsschutz kann deshalb zur Folge haben, dass ein Arbeitsverhältnis zwar noch weiter besteht, wegen der Arbeitsverhinderung aber keine Lohnfortzahlungspflicht mehr besteht. Andererseits hindert der zeitliche Kündigungsschutz nicht immer die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ausschöpfung des Anspruchs auf Lohn im Krankheitsfall.

Neben dem zeitlichen kennt das schweizerische Recht auch einen *sachlichen Kündigungsschutz*. Wohl bedarf die Kündigung keiner inneren Rechtfertigung, gewisse Kündigungsgründe sind aber verpönt⁴³. Die im Gesetz enthaltene Aufzählung ist nicht abschliessend⁴⁴. Damit ist eine gewisse Rechtsunsicherheit verbunden, welche sich in einer reichen Rechtsprechung widerspiegelt. Der sachliche Kündigungsschutz stellt insofern keine Einschränkung des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit dar, als ein Verstoss gegen die entsprechende Norm nicht die Ungültigkeit der Kündigung zur Folge hat, sondern bloss zu einer Strafzahlung führt⁴⁵. Die Sanktion mag namentlich bei grossen Unternehmen mit Blick auf die bescheidene Höhe der entsprechenden Strafzahlungen als schwach erscheinen⁴⁶. Die Praxis lehrt aber, dass sich renommierte Unternehmen aus Reputationsgründen keinen Verstoss gegen die entsprechenden Normen leisten können. Im internationalen Verhältnis als ungenügend erweist sich

³⁹ Art. 335a ff. OR.

⁴⁰ Art. 336c OR. Die paritätische Ausgestaltung des zeitlichen Kündigungsschutzes (Art. 336d OR) ist ohne praktische Bedeutung.

⁴¹ Beginn der Frist mit Zustellung der Kündigung; BGE 131 III 467: Rechnung vom Ende der Kündigungsfrist her: HANS-PETER EGLI, in: Kren Kostkiewicz/Bertschinger/Breitschmied/Schwander (Hrsg.), Handkommentar OR, Zürich 2002, N. 14 zu Art. 336c in Verb. mit N. 1 zu Art. 335a OR.

⁴² Art. 324a f. OR.

⁴³ Art. 336 OR.

⁴⁴ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zürich 2006, N. 3 zu Art. 336 OR; BGE 132 III 115 ff.

⁴⁵ Art. 336a OR.

⁴⁶ BK-REHBINDER, 1992, N. 3 zu Art. 336a OR.

allerdings der Schutz der Gewerkschafter vor Kündigungen, was die ILO dazu bewogen hat, der Schweiz eine Gesetzesanpassung zu empfehlen⁴⁷.

Im Rahmen der Anpassung an das Europäische Recht in der Folge der Ablehnung des EWR⁴⁸ wurden *Bestimmungen über die Massenentlassungen* in das Obligationenrecht aufgenommen⁴⁹. Auch bei dieser Neuerung wurde der Grundsatz der Kündigungsfreiheit nicht angetastet. Das Gesetz verlangt keinerlei inhaltliche Rechtfertigung der Massenentlassungen. Es schreibt nur die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens mit Konsultationen der Arbeitnehmer bzw. deren Vertretung⁵⁰ und eine Mitteilung an das Arbeitsamt vor⁵¹. Überdies führt selbst die Verletzung dieser Regeln nicht zur Ungültigkeit der Kündigungen⁵². Werden die Konsultationen unterlassen, sind die ausgesprochenen Kündigungen nur missbräuchlich⁵³ und es ist eine Pönale von maximal zwei Monatslöhnen pro Kündigung zu bezahlen⁵⁴. Etwas stärker ist die Sanktion, wenn das Arbeitsamt nicht informiert worden ist: Die an sich gültigen Kündigungen können nämlich die Arbeitsverhältnisse frühestens 30 Tage nach der Mitteilung an das Arbeitsamt beenden⁵⁵. Die Unterlassung kann somit zu einer Verlängerung der Kündigungsfristen führen⁵⁶. Nimmt der Arbeitnehmer allerdings eine neue Stelle an, ist darin eine Zustimmung zur Beendigung anzusehen, auch wenn die Mitteilung an das Arbeitsamt noch nicht erfolgt ist⁵⁷. Wirtschaftlich kann die Regelung zur Folge haben, dass eine Umstrukturierung mit Massenentlassungen sich unter Umständen wegen des arbeitsvertraglichen Verfahrens verzögert. Dem ist bei der Planung der Umstrukturierung Rechnung zu tragen⁵⁸. Von Arbeitnehmerseite her wird immer wieder bemängelt, dass das Gesetz keine Verpflichtung zu einem Sozialplan vorsieht. Entsprechende parlamentarische Vorstösse sind bis jetzt am Finanzierungsproblem gescheitert. Zu beachten ist allerdings, dass teilweise auf Ebene der Gesamtarbeitsverträge entsprechende Verpflichtungen vorgesehen sind.

⁴⁷ <http://www.oit.org.pe/sindi/english/casos/sui/sui200401.html> .

⁴⁸ ZK-STAEHELIN, 1996, N. 1 zu Art. 335d OR; BBl 1993 I 805 ff.

⁴⁹ Art. 335d ff. OR.

⁵⁰ Art. 335f OR.

⁵¹ Art. 335g OR.

⁵² BGE 132 III 406; Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht vom 27. Mai 1992, BBl 1993 I 412; THOMAS GEISER, Massenentlassung, AJP 1995, S. 1411 f.; VISCHER, Arbeitsvertrag (Fn. 12), S. 152.

⁵³ Art. 336 Abs. 2 lit. c OR.

⁵⁴ Art. 336a Abs. 3 OR.

⁵⁵ Art. 335g Abs. 4 OR.

⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag (Fn. 44), N. 9 zu Art. 335g OR; THOMAS GEISER, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999, S. 66; LIENHARD MEYER, Die Massenentlassung, Diss. Basel 1999, S. 238; RÉMY WYLER, Droit du travail, Bern 2002, S. 359; JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., 1996, N. 3 zu Art. 335g OR.

⁵⁷ BGE 132 III 406 ff.

⁵⁸ Vgl. dazu BGE 123 III 176; 130 III 110.

b) Besonderheiten im Bereich des Arbeitszeugnisses

Die Qualität eines Wirtschaftsstandortes hängt u.a. auch von der Qualität der Arbeitnehmer ab. Eine entsprechende Qualitätsbeurteilung ist nicht nur auf Grund von Unternehmensbefragungen und Messung der Fluktuationsrate, sondern auch auf Grund der ausgestellten Arbeitszeugnisse möglich. In diesem Punkt ist eine weitere Besonderheit des schweizerischen Arbeitsrechts festzustellen: In der Schweiz haftet der Aussteller eines Arbeitszeugnisses für die Vollständigkeit und Richtigkeit der im Zeugnis gemachten Angaben⁵⁹. Damit wird die Qualitätsbeurteilung der Arbeitnehmer wesentlich vereinfacht, gleichzeitig entsteht jedoch ein grosser administrativer Aufwand für die Unternehmen und Gerichte. Nachstehend wird aufgezeigt, wie gross dieser Aufwand tatsächlich ist und wie er im Vergleich mit unseren Nachbarländern zu beurteilen ist.

Nach Art. 330a OR kann jeder Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Arbeitszeugnis verlangen⁶⁰; es werden deshalb in der Praxis Zwischenzeugnisse und Schlusszeugnisse unterschieden⁶¹. Dies führt zu einer enorm hohen Anzahl an jährlich auszustellenden Zeugnissen. In der Schweiz wurden im 1. Quartal 2007 durchschnittlich 3'707'900 Beschäftigte gezählt⁶². Die Fluktuationsrate beträgt durchschnittlich rund 10 % pro Jahr⁶³. Erhält jeder Arbeitnehmer bei Beendigung seines Arbeitsverhältnisses ordnungsgemäss ein Arbeitszeugnis, so führt dies bereits zu rund 370'000 Zeugnissen pro Jahr⁶⁴. Nun wird jedoch zusätzlich von rund 15 % aller Ar-

⁵⁹ Berühmt geworden ist der Fall eines Unternehmens, das seinem Arbeitnehmer trotz Unterschlagung ein ausgezeichnetes Arbeitszeugnis ausstellte und deshalb in der Folge vom Bundesgericht zu CHF 150'000 Schadenersatz an den neuen Arbeitgeber verurteilt wurde, bei dem der Arbeitnehmer eine noch grössere Unterschlagung begangen hatte (vgl. BGE 101 II 69 und STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag (Fn. 56), N. 7 zu Art. 330a OR).

⁶⁰ Dies gilt auch während der Probezeit. Dabei kann der Arbeitnehmer wählen, ob er ein qualifiziertes Vollzeugnis oder nur eine einfache Arbeitsbestätigung will.

⁶¹ LUKAS FAESCH, Das Arbeitszeugnis im Schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Diss. Basel 1984, S. 37 ff.

⁶² Gemäss Beschäftigungsstatistik des BFS publiziert unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/02/blank/key/beschaefigte> (verifiziert am 14.8.2007).

⁶³ FRED HENNEBERGER/ALFONSO SOUSA-POZA, Arbeitsplatzstabilität und Arbeitsplatzwechsel in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2007, S. 118 (gemäss Tab. 5.12 betrug die Stellenwechselrate in den Jahren 1996 bis 2005 zwischen 9.6 und 12.7 %).

⁶⁴ Gemäss EDI CLASS/SABINE BISCHOFBERGER, Das Arbeitszeugnis und seine Geheimcodes, 5. Aufl., Zürich 2000, S. 9, betrachten 77,4 % aller Arbeitgeber das Zeugnis als wichtige und rund 20 % sogar als sehr wichtige Entscheidungsgrundlage für die Stellenbesetzung; es ist deshalb verständlich, dass praktisch alle Arbeitnehmer zur Stellensuche ein Arbeitszeugnis von ihrem letzten Arbeitgeber verlangen.

beitnehmer pro Jahr ein Zwischenzeugnis verlangt⁶⁵. Somit dürften in der Schweiz jährlich über 900'000 Arbeitszeugnisse ausgestellt werden!

In der *Schweiz* muss ein Arbeitszeugnis wahrheitsgemäss und vollständig sein, wobei die Wahrheit stets Vorrang vor dem Wohlwollen hat. Dem Arbeitnehmer steht ein Berichtigungsanspruch zu, den er notfalls auf dem Klageweg durchsetzen kann⁶⁶. Auch wenn ein grosser Teil dieser Klagen vergleichsweise erledigt wird, ist der damit verbundene Aufwand dennoch massiv. Im Zeitraum vom 1. Januar 2003 bis zum 2. Dezember 2005 wurden allein beim Arbeitsgericht Zürich 3483 Klagen im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis anhängig gemacht⁶⁷. Davon waren zwar nur 227 ausschliessliche Berichtigungsklagen im Zusammenhang mit Arbeitszeugnissen; doch bei 1225 Forderungsklagen wurde gleichzeitig auch ein Rechtsbegehren im Zusammenhang mit dem Arbeitszeugnis gestellt. Damit betreffen rund 42 % aller arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ausschliesslich oder teilweise das Arbeitszeugnis!

In *Italien* werden heute gar keine Arbeitszeugnisse mehr ausgestellt. Gab es früher noch das «Libretto di lavoro», in welchem alle Arbeitsstellen eingetragen und mit kurzen Qualifikationen bestätigt wurden, wird heute nur noch das Formular «Scheda professionale»⁶⁸ im Sinne einer Arbeitsbestätigung des Arbeitgebers verwendet. Konsequenterweise gibt es in Italien überhaupt keine Streitigkeiten wegen Arbeitszeugnissen. Eine ähnliche Situation besteht in *Frankreich*. Auch dort werden nur Arbeitsbestätigungen⁶⁹ ohne Qualifikationen ausgestellt. Auch in Frankreich gibt es deshalb keine Prozesse im Zusammenhang mit Arbeitszeugnissen.

In *Österreich* hat jeder Dienstnehmer gemäss § 1163 Ziff. 1 ABGB Anspruch auf ein schriftliches Zeugnis bei Beendigung des Dienstverhältnisses⁷⁰. Allerdings besteht nur ein Anspruch auf ein sogenannt einfaches Zeugnis⁷¹. Die Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses liegt ausschliesslich im Ermessen des Dienstgebers. Verlangt ein Dienstnehmer ein Zwischenzeugnis während der Dauer des Dienstverhältnisses, so hat er die daraus resultierenden Kosten selbst zu tragen. Für Angestellte⁷² gelten die

⁶⁵ Diese Zahl basiert auf einer eigenen Erhebung bei 50 repräsentativ ausgewählten Personalchefs. In den vergangenen 10 Jahren dürfte sich diese Prozentzahl nach Angaben der Befragten praktisch verdoppelt haben.

⁶⁶ STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag (Fn. 12), N. 5 zu Art. 330a OR; vgl. BGE 129 III 177 Erw. 3.3; der Arbeitnehmer muss jedoch selbst den Text für die Ergänzung oder die Korrektur beantragen.

⁶⁷ Gemäss mündlicher Auskunft des Arbeitsgerichtes Zürich.

⁶⁸ Vgl. das Beispiel von Mailand unter http://sintesi.provincia.milano.it/portalemilano/pdf/scheda_prof.pdf (verifiziert am 14.8.2007).

⁶⁹ Sogenannte «attestation de travail» während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und «certificat de travail» nach der Beendigung.

⁷⁰ Beschäftigte ohne persönliche Abhängigkeit, wie z.B. Heimarbeiter, gelten dabei nicht als Dienstnehmer und haben keinen Anspruch auf ein Dienstzeugnis (vgl. PATRICIA SCHÖNINGER, Arbeitsrecht in Österreich, in: Henssler/Braun (Hrsg.), Arbeitsrecht in Europa, Köln 2003, Rz. 222).

⁷¹ Angabe zur Art und Dauer des Dienstverhältnisses ohne weitere Qualifikation.

⁷² Dazu gehören insbesondere alle Büromitarbeiter und leitenden Arbeitnehmer.

analogen Bestimmungen des Angestelltengesetzes. Hier bestimmt Art. 39 Abs. 1 AngG zusätzlich: «Eintragungen und Anmerkungen im Zeugnis, durch die dem Angestellten die Erlangung einer neuen Stelle erschwert wird, sind unzulässig.» In einem österreichischen Arbeitszeugnis eines Angestellten werden demnach niemals negative Feststellungen zu finden sein; das sollte sich ein interessierter Schweizer Arbeitgeber bewusst sein. Es erstaunt daher auch nicht, dass es in Österreich nur sehr wenige Prozesse im Zusammenhang mit Arbeitszeugnissen gibt.

In *Deutschland* hat das Arbeitszeugnis – ähnlich wie in der Schweiz – einen hohen Stellenwert. Auch hier erhöht ein gutes Zeugnis die Chancen am Arbeitsmarkt massiv. Nach der für alle Arbeitnehmer verbindlichen Gewerbeordnung (§ 109 GewO)⁷³ besteht bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein unabdingbarer Anspruch auf ein einfaches Arbeitszeugnis⁷⁴. Nur auf Verlangen des Arbeitnehmers werden im Zeugnis auch Angaben über Leistungen und Verhalten gemacht. Gemäss § 109 Abs. 2 GewO muss das Zeugnis klar und verständlich formuliert sein: «Es darf keine Merkmale oder Formulierungen enthalten, die den Zweck haben, eine andere als aus der äusseren Form oder aus dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer zu treffen.» Der deutsche Bundesgerichtshof hat deshalb wiederholt entschieden, dass ein Arbeitszeugnis zwar wahrheitsgemäss erstellt werden müsse, aber gleichzeitig «von verständigem Wohlwollen für den Arbeitnehmer getragen sein und ihm sein weiteres Fortkommen nicht unnötig erschweren soll»⁷⁵. In der Praxis wird deshalb davon ausgegangen, dass dem Wohlwollen Vorrang vor der Wahrheit zukommen sollte⁷⁶. Auch in Deutschland gibt es deshalb häufig Prozesse im Zusammenhang mit Arbeitszeugnissen.

Zusammenfassend ist zu diesem Punkt festzustellen, dass die Schweiz im Vergleich zu den Nachbarländern die strengsten Regelungen im Zusammenhang mit Arbeitszeugnissen aufweist. Diese lassen hier grundsätzlich einen direkten Schluss auf die Leistungen des entsprechenden Arbeitnehmers zu. Bei Ausstellung eines Zeugnisses mit falschen Angaben haftet der Arbeitgeber u.U. sogar für den daraus resultierenden Schaden. Dies spricht durchaus für eine hohe Qualität des Wirtschaftsstandorts Schweiz.

⁷³ Für die übrigen Diensverpflichteten ergibt sich ein Zeugnisanspruch aus § 630 BGB.

⁷⁴ Ein Zwischenzeugnis kann nur bei Vorliegen von triftigen Gründen verlangt werden (vgl. HEIN SCHLESSMANN, *Das Arbeitszeugnis*, 17. Aufl., Heidelberg 2004, S. 50).

⁷⁵ Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.11.1963, VI ZR 221/62.

⁷⁶ In der Lehre wird jedoch mehrheitlich die Meinung vertreten, dass die Wahrheitspflicht vorgehe (vgl. CLAUS COELIUS, *Arbeitszeugnisse im Klartext*, Hamburg 2005, S. 12 und SCHLESSMANN, *Arbeitszeugnis* (Fn. 74), S. 99).

4. Bedeutung des kollektiven Arbeitsrechts

In der Schweiz ist der Organisationsgrad der Arbeitnehmer im internationalen Vergleich traditionell relativ tief. Nach Berechnungen des Bundesamts für Statistik sind von Kollektivverträgen zwischen 35 und 40 % der Arbeitsverhältnisse im sekundären und im tertiären Sektor erfasst⁷⁷. Dennoch kommt der Sozialpartnerschaft eine hohe Bedeutung zu. Eigentliche Arbeitskonflikte (Streik und Aussperrung) sind relativ selten. Dadurch wird die Produktion in der Schweiz sehr zuverlässig.

Die Bedeutung der Sozialpartnerschaft geht weit über den Organisationsgrad der Arbeitnehmer und Arbeitgeber hinaus. Wohl gelten Gesamtarbeitsverträge grundsätzlich nur zwischen Mitgliedern des entsprechenden Arbeitgeberverbandes und den Mitgliedern der beteiligten Gewerkschaften⁷⁸. Den einzelnen Arbeitgebern und den einzelnen Arbeitnehmern steht es aber offen, sich auch ohne Verbandsmitgliedschaft dem GAV anzuschliessen⁷⁹. Die Verbände können von jenen Personen, die von diesem Recht Gebrauch machen, Beiträge an die Kosten des GAV verlangen⁸⁰. Eine Ausdehnung auf alle Arbeitsverhältnisse in der entsprechenden Branche erfolgt überdies durch die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages⁸¹. Schliesslich sieht die Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer⁸² vor, dass eine Arbeitsbewilligung einem ausländischen Arbeitnehmer nur erteilt werden darf, wenn der Arbeitgeber dem Ausländer dieselben orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen bietet wie einem Schweizer⁸³. Dabei bestimmen sich die orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen insbesondere nach einschlägigen Gesamtarbeitsverträgen, auch wenn diese nicht allgemeinverbindlich erklärt sind und deshalb für den fraglichen Betrieb nicht gelten⁸⁴. Namentlich in Branchen mit einem relativ hohen Ausländeranteil führte diese Bestimmung jahrelang zu einer bedeutenden Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Gesamtarbeitsverträge. Mit der Personenfreizügigkeit im Zusammenhang mit den bilateralen Verträgen hat nun aber die BVO entscheidend an Bedeutung verloren. Die Regelung widerspricht nämlich den bilateralen Verträgen. Nach diesen dürfen europäischen Ausländern bezüglich Arbeitsbedingungen nur jene Auflagen gemacht werden, welche auch für entsprechende schweizerische Arbeitnehmer gelten. Damit hat nun aber die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV's eine Renaissance erfahren. Nur dadurch ist es möglich, zu ver-

⁷⁷ Bundesamt für Statistik, Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse 2006, S. 22.

⁷⁸ Art. 357 OR.

⁷⁹ Art. 356b Abs. 1 OR.

⁸⁰ Art. 356b Abs. 2 und 3 OR.

⁸¹ Vgl. dazu das Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311).

⁸² Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, SR 823.21).

⁸³ Art. 9 Abs. 1 BVO.

⁸⁴ Art. 9 Abs. 2 BVO.

hindern, dass ausländische Unternehmen mit schlechteren Arbeitsbedingungen im Heimatstaat, namentlich einem tieferen Lohnniveau, gegenüber ansässigen Unternehmen auf dem schweizerischen Markt einen Konkurrenzvorteil haben.

Gesamtarbeitsverträge können nur zu Stande kommen, wenn sich beide Seiten flexibel und kompromissbereit zeigen. Die schweizerische Konkordanzkultur hat dies bis jetzt in hohem Masse ermöglicht. Wie sich das politische Klima diesbezüglich in Zukunft entwickeln wird, kann kaum vorausgesehen werden. Das Verhalten auf beiden Seiten lässt zur Zeit keinen eindeutigen Trend erkennen.⁸⁵

5. Regeln bei Umstrukturierungen

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit besteht auch im Zusammenhang mit Umstrukturierungen. Arbeitsverträge können grundsätzlich ohne Problem im gegenseitigen Einverständnis an veränderte Verhältnisse angepasst werden, selbst wenn damit eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen verbunden ist. Selbstverständlich darf der abgeänderte Vertrag, wie der bisherige, nicht gegen zwingendes Recht verstossen. Überdies darf mit der Abänderung *nicht auf bereits erworbene Ansprüche aus zwingenden Bestimmungen verzichtet* werden⁸⁶. Die Abgrenzung zwischen künftigen und bereits erworbenen Ansprüchen ist dabei nicht immer einfach⁸⁷. Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen sollten deshalb immer erst nach Ablauf der Kündigungsfrist wirksam werden.

Es liegt auf der Hand, dass Arbeitnehmer nicht ohne weiteres bereit sein werden, die Offerte zur Abänderung des Arbeitsvertrages anzunehmen, wenn damit eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen verbunden ist. Diesfalls steht Arbeitgebern das Druckmittel einer *Änderungskündigung* zur Verfügung. Dabei wird entweder die Kündigung unter der Bedingung ausgesprochen, dass der abgeänderte Vertrag nicht angenommen wird oder es wird jedenfalls die Kündigung für diesen Fall in Aussicht gestellt⁸⁸. Das Bundesgericht hat dieses Vorgehen als grundsätzlich gesetzeskonform bezeichnet⁸⁹. Es hat die Zulässigkeit allerdings an die Voraussetzung geknüpft, dass sich die Änderung aus betrieblichen oder marktmässigen Gründen rechtfertigt⁹⁰. Das

⁸⁵ Streiks in der Schweiz: 1990: Anzahl 2, verlorene Arbeitstage 4090; 1995: Anzahl 2, verlorene Arbeitstage 351; 2000: Anzahl 8, verlorene Arbeitstage 4757; 2002: Anzahl 4, verlorene Arbeitstage 21447; 2004: Anzahl 8, verlorene Arbeitstage 38915 (Die Volkswirtschaft, 11-2005, S. 51 ff.) sowie für 2006: Anzahl 3, verlorene Arbeitstage 7870.

⁸⁶ Gemäss Art. 341 OR während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses und während einem Monat nach dessen Beendigung.

⁸⁷ Vgl. BGE 112 II 57 ff.; 115 V 437; 118 II 60 ff.; 119 II 450 ff.; 124 III 469 ff.; 124 II 437 ff.

⁸⁸ Vgl. im Einzelnen THOMAS GEISER, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999, S. 60 ff.

⁸⁹ BGE 123 III 246 ff.; insbesondere ist damit keine unzulässige Drohung verbunden.

⁹⁰ BGE 123 II 256; 125 III 72.

erscheint indessen kaum systemkonform, weil das Gesetz für eine Kündigung gerade keine innere Rechtfertigung verlangt. Es ist nicht zu sehen, warum dies bei einer Änderungskündigung anders sein soll. Zudem ist es nicht sinnvoll, wenn das Gericht unternehmerische Entscheide nachzuprüfen hat. Dazu ist es kaum in der Lage. Der Entscheid ist in der Lehre denn auch auf Kritik gestossen⁹¹.

Sind von der Änderungskündigung eine Vielzahl von Arbeitnehmern betroffen, so können die Voraussetzungen für eine Massenänderungskündigung gegeben sein und das *Verfahren betreffend Massenentlassungen*⁹² ist einzuhalten⁹³.

Für Umstrukturierungen wichtig ist auch die *Regelung bezüglich der Betriebsübernahme*⁹⁴. Im Zuge der Anpassung des Schweizerischen Rechts an die europäischen Normen wurde das OR dahingehend geändert, dass der Betriebsübergang den Übergang der Arbeitsverhältnisse ex lege als Rechtsfolge nach sich zieht. Der Erwerber des Betriebes unterliegt insofern einem Übernahmepflicht⁹⁵. Im Einzelfall kann die Frage, ob eine Betriebsübernahme vorliegt, streitig sein und überdies ist sich die Lehre darüber uneinig, ob die Bestimmung auch in Sanierungsverfahren zur Anwendung gelangt⁹⁶.

6. Mitwirkungsrechte

Auch das schweizerische Recht kennt Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer. Die entsprechenden Bestimmungen finden sich etwas zerstreut in verschiedenen Gesetzen, insbesondere im Arbeitsvertragsrecht, im Mitwirkungsgesetz⁹⁷, im Arbeitsgesetz⁹⁸ und im BVG⁹⁹. Zu unterscheiden ist zwischen der Mitwirkung auf der betrieblichen und der Mitbestimmung auf der unternehmerischen Ebene. Das schweizerische Recht

⁹¹ VISCHER, Arbeitsvertrag (Fn. 12), S. 231 f.

⁹² Art. 335d ff. OR.

⁹³ GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht (Fn. 28), Rz. 477.

⁹⁴ Art. 333 f. OR.

⁹⁵ VISCHER, Arbeitsvertrag (Fn. 12), S. 217.

⁹⁶ Vgl. THOMAS GEISER, Betriebsübernahmen und Massenentlassungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Hasenböhler/Schnyder, Kolloquium zu Ehren von Prof. Adrian Staehelin, Zürich 1997, S. 101 ff.; RICO A. CAMPONOVO, Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, in: Schweizer Treuhänder, 1998, S. 1419 ff.; HANS HOFSTETTER, Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, in AJP 1998, S. 926 ff.; FRANCO LORANDI, Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR, FS 75 Jahre SchKG-Konferenz, Basel/Genf/München 2000, S. 95 ff.

⁹⁷ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz, SR 822.14).

⁹⁸ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, SR 822.11).

⁹⁹ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40).

zeichnet sich aber dadurch aus, dass auf betrieblicher Ebene die Mitwirkungsrechte sehr gering sind und sich meistens nur auf einen Informationsanspruch, gegebenenfalls auf ein Recht auf Anhörung beschränken. Auf unternehmerischer Ebene bestehen praktisch gar keine Mitbestimmungsrechte. Eine wesentliche Ausnahme von diesem Grundsatz ist im BVG verankert. Dieses sieht nämlich vor, dass die Wahl der Pensionskasse der Arbeitgeber nur zusammen mit den Arbeitnehmern treffen kann¹⁰⁰. Überdies haben letztere paritätisch im höchsten Organ der Vorsorgeeinrichtung Einsitz¹⁰¹.

Demgegenüber gibt es im *Unternehmen selber keine solchen Vertretungsrechte*. Insoweit gibt es nur Informations- und gegebenenfalls Ansprüche auf Konsultationen. Sie sind insbesondere – wie dargestellt – im Zusammenhang mit Massenentlassungen und Betriebsübernahmen vorgesehen. Neu sieht nun das Fusionsgesetz vor¹⁰², dass im Zusammenhang mit Fusionen¹⁰³ und Spaltungen¹⁰⁴ ebenfalls ein Anspruch auf Konsultationen besteht. Die Verletzung dieser Normen wurde mit der zusätzlichen Sanktion versehen, dass der Eintrag im Handelsregister gestoppt werden kann.

IV. Bewertung

Für jedes Unternehmen ist in erster Linie die *Rechtssicherheit* von zentraler Bedeutung. Es muss sich auch bei den Anstellungsverhältnissen darauf verlassen können, dass seriös erarbeitete Vereinbarungen durchgesetzt werden können, die Ergebnisse bei Rechtsstreitigkeiten mehr oder weniger voraussehbar sind und Verfahren innert nützlicher Frist abgeschlossen werden können. Die in aller Regel in der Schweiz zuverlässig und speditiv funktionierende Gerichtsbarkeit genügt diesen Anforderungen weitgehend¹⁰⁵. Die Vereinheitlichung des Prozessrechts wird hier die Rechtssicherheit und -klarheit steigern und somit zum Wirtschaftsstandort Schweiz beitragen.

Wirtschaftsfreundlich wirkt sich auch der hohe Stellenwert aus, welche die Vertragsfreiheit geniesst. Sie ermöglicht es in hohem Ausmass, die Arbeitsbedingungen den betrieblichen Verhältnissen anzupassen. Soweit allerdings das Arbeitsgesetz auf das fragliche Arbeitsverhältnis anwendbar ist, sind neben den zwingenden Bestimmungen des Vertragsrechts auch die Arbeitszeitvorschriften des öffentlichen Arbeitnehmerschutzrechts zu beachten. Auch diese weisen eine hohe Flexibilität auf. Um

¹⁰⁰ Art. 11 Abs. 2 und 3^{bis} BVG.

¹⁰¹ Art. 51 BVG.

¹⁰² Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301).

¹⁰³ Art. 28 FusG.

¹⁰⁴ Art. 50 FusG.

¹⁰⁵ Einzelne Unzulänglichkeiten wie z.B. die Rechtsunsicherheit während der Prozessdauer bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit einem Konkurrenzverbot sind wohl unvermeidlich.

aber Missbräuche zu verhindern, sind die Schranken komplex gestaltet und verlangen eine sehr genaue Planung der Arbeitseinsätze über das ganze Jahr, wenn von allen Möglichkeiten Gebrauch gemacht werden soll.

Grosse Bedeutung bei der Wahl des Wirtschaftsstandortes Schweiz kommt sicher auch dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit zu. Ein Unternehmen wird eher bereit sein, an einem Ort Arbeitsplätze zu schaffen, wenn diese relativ einfach auch wieder aufgehoben werden können. Andererseits führt diese Kündigungsfreiheit aber zu einem Standortnachteil, wenn ein international tätiger Konzern Stellen abbauen muss. Es besteht dann nämlich die Gefahr, dass die Stellen zuerst dort abgebaut werden, wo dies rechtlich am einfachsten möglich ist. Dies trifft dann meistens die Schweiz, unabhängig von der Ertragsstruktur der entsprechenden Filiale, weil die Kündigungsfreiheit ohne grosse Schwierigkeiten auch Massentlassungen zulässt.

Die Qualität der schweizerischen Arbeitskräfte kann auf Grund der entsprechenden Arbeitszeugnisse direkt und zuverlässig beurteilt werden, da Vollzeugnisse wahrheitsgemäss und vollständig sein müssen. Bei Ausstellung eines Zeugnisses mit falschen Angaben haftet der Arbeitgeber u.U. sogar für den daraus resultierenden Schaden. Damit reduzieren sich die Kosten für aufwendige Selektionsverfahren. Gleichzeitig steigt aber der administrative Aufwand für die Arbeitgeber und die Arbeitsgerichte.

Die gute Sozialpartnerschaft dürfte sich regelmässig auch für das Unternehmen als Vorteil auswirken. Sie wird aber von den Unternehmen meist erst erkannt, wenn diese sie bereits hier ge- und erlebt haben und damit erst nach der Standortwahl.

Für die Standortwahl als Vorteil dürfte sich auch erweisen, dass die Schweiz praktisch keine Mitbestimmungsrechte auf unternehmerischer Ebene kennt. Aber auch hier kann sich dies in einen Nachteil umwandeln, wenn sich im Rahmen einer Umstrukturierung einen Personalabbau aufdrängt und dieser hier wegen der fehlenden Mitbestimmung einfacher möglich ist, als im Ausland.

