

ARBEITSRECHT

MÄRZ 2021
NEWSLETTER 03

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

Im Verlauf eines Arbeitsverhältnisses kann das Bedürfnis bestehen, die arbeitsvertraglichen Bestimmungen anzupassen. Sofern die vom Arbeitgeber gewünschte Änderung zum Nachteil des Mitarbeitenden ist, muss dazu in der Regel eine sog. **Änderungskündigung** ausgesprochen werden. Was dabei beachtet werden muss, wird in unserem ersten Top-Thema erklärt.

Aus- und Weiterbildungen sind im Berufsleben heutzutage von grosser Relevanz. Im zweiten Top-Thema wird erläutert, was insbesondere beim Abschluss sog. **Aus- und Weiterbildungsvereinbarungen** während des Arbeitsverhältnisses zu beachten ist.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Änderungskündigung Seite 1
- Praxisfälle:
FAQ Änderungskündigung Seite 4
- Gerichtsentscheid:
Nachtarbeits- und
Sonntagsarbeitsverbot Seite 5
- Top-Thema:
Aus- und Weiterbildungs-
vereinbarungen Seite 7
- Gerichtsentscheid:
Anspruch auf Tageslicht
am Arbeitsplatz Seite 10

Änderungskündigung – das müssen Sie beachten

Häufig besteht im Arbeitsverhältnis das Bedürfnis, einen Arbeitsvertrag anzupassen, sei es im Zusammenhang mit Lohnreduktionen oder Arbeitszeiten/Funktionsänderungen etc. Besteht zwischen den Parteien Einigkeit, kann jederzeit eine Anpassung erfolgen. Wenn jedoch eine Lohnkürzung oder Degradierung im Raum steht, ist mit Widerstand zu rechnen. In einem solchen Fall könnte der Arbeitgeber eine Änderungskündigung aussprechen, wobei auf nachfolgende Punkte zu achten ist.

■ Von Leena Kriegers-Tejura

Möglichkeiten zur Vertragsanpassung

Einseitige Weisung: Dem Arbeitgeber steht gemäss Art. 321d OR ein Weisungsrecht ge-

genüber seinen Arbeitnehmenden zu. Wenn es z.B. um die Art und Weise der Ausführung einer Tätigkeit geht (fachliche Anweisungen)

oder um organisatorische Massnahmen, kann der Arbeitgeber diese einseitig erteilen. Weisungen sind nach Treu und Glauben zu befolgen. Solange die Weisungen zumutbar und nicht schikanös sind, hat der Arbeitnehmer diese demnach zu befolgen.

Vertragliche Änderung: Haben die Parteien im Arbeitsvertrag gewisse Punkte geregelt wie z.B. Arbeitsort oder fixe Arbeitszeiten, kann der Arbeitgeber dies nicht einseitig mittels Weisung ändern. Hierzu bedarf es der Zustimmung des Arbeitnehmers. Liegt diese vor, kann der Vertrag jederzeit angepasst werden, ohne dabei Kündigungsfristen zu beachten. Die Parteien sollten solche Anpassungen schriftlich festhalten, auch wenn im Grundsatz die Schriftlichkeit nicht erforderlich ist. Werden die Arbeitsbedingungen zugunsten



des Arbeitnehmers geändert, ist eine Anpassung unproblematisch und kann auch sofort in Kraft gesetzt werden. Die Vereinbarung der neuen Konditionen dürfte in einem solchen Fall bloss eine Formsache sein.

Änderungskündigung: Kommen die ersten zwei Varianten nicht zum Tragen, steht dem Arbeitgeber die Möglichkeit offen, nachteilige Regelungen für den Arbeitnehmer mittels Änderungskündigung durchzusetzen. Die Änderungskündigung wird als solche nicht im Obligationenrecht behandelt. Vielmehr sind die Bestimmungen über die Kündigung heranzuziehen und zu beachten.

Ziel der Änderungskündigung/ Vorgehensweise

Bei einer Änderungskündigung kündigt der Arbeitgeber den bestehenden Arbeitsvertrag und überreicht dem Arbeitnehmer gleichzeitig eine Offerte mit verändertem Inhalt. Regelmässig beinhaltet die neue Offerte Verschlechterungen im Vergleich zum aktuellen Vertrag. Dies ist auch der Grund, warum der Arbeitgeber solche Änderungen erst mit Ablauf der Kündigungsfrist durchsetzen kann. Ziel des Arbeitgebers ist daher nicht in erster Linie die Aufhebung des Vertrags, sondern die Fortführung des Vertrags mit veränderten Arbeitsbedingungen.

Dem Arbeitnehmer steht es frei, diese Offerte anzunehmen oder nicht. Das Wahlrecht steht letztlich beim Arbeitnehmer. Nimmt er den neuen Vertrag an, gelten die neuen Bedingungen nach Ablauf der Kündigungsfrist. Lehnt er die neue Offerte ab, wird das Arbeitsverhältnis auf Ende der Kündigungsfrist aufgelöst. Bis zur Auflösung des Arbeitsvertrags gelten die bisherigen Bestimmungen des Arbeitsvertrags weiter.

Möglich ist auch, dass dem Arbeitnehmer eine Offerte mit veränderten Vertragsbedingungen unterbreitet wird. Falls der Arbeitnehmer die Offerte nicht annimmt, erfolgt eine Kündigung. Die Kündigung erfolgt damit erst im Nachhinein und nicht gleich mit der Offerte zusammen.

Sind Formvorschriften zu beachten?

Grundsätzlich ist ein Arbeitsvertrag nach Obligationenrecht formlos gültig. Gewisse Regelungen bedürfen der Schriftform, wie



die Änderung der Überstundenvergütung (vgl. Art. 321a Abs. 3 OR) oder die Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots (vgl. Art. 340 ff. OR). Für die Änderungskündigung gilt daher auch grundsätzlich Formfreiheit. Diese kann schriftlich (empfohlen), mündlich oder auch stillschweigend erfolgen. Wenn der Arbeitnehmer über eine längere Zeit einen reduzierten Lohn akzeptiert, ohne sich zu beschweren, kann dies als Anerkennung einer Lohnreduktion angesehen werden. So hatte das Bundesgericht in einem Fall, bei dem eine Arbeitnehmerin über 15 Monate auf eine Lohnreduktion nicht reagierte, geurteilt, es sei eine stillschweigende Lohnkürzung erfolgt.

Mögliche Anwendungsfälle der Änderungskündigung

Die Änderungskündigung kann in folgenden Fällen von Bedeutung sein:

- Lohnkürzung
- Pensumsreduktion
- Anpassung der Funktion (z.B. Rückstufung von Vorgesetztenstellung zu einer Stellung mit «bloss» Fachverantwortung)
- Anpassung der Arbeitszeiten
- Anpassung der Überstundenentschädigung
- Verschlechterung von Arbeitsbedingungen
- Einführung/Änderung eines Personalreglementes
- etc.

Einigen sich die Parteien, kann eine solche Änderung jederzeit und ohne Einhaltung von Fristen eingeführt werden.

Legales Mittel oder doch missbräuchlich?

Obwohl mit der Änderungskündigung ein gewisser Druck auf den Arbeitnehmer ausgeübt wird, um Vertragsbedingungen anzupassen, wird dieses Institut in der Praxis anerkannt.



Es muss dem Arbeitgeber möglich sein, Anpassungen einzuführen, um den Vertrag an veränderte Verhältnisse anzupassen. Gerade die momentane wirtschaftliche Lage infolge COVID-19 bringt viele Unternehmen an ihre finanziellen Grenzen. Es muss erlaubt sein, dass Arbeitgeber in einer solchen Situation einen Arbeitsvertrag unter veränderten Bedingungen fortführen können. Eine Änderungskündigung ist somit ein grundsätzlich zulässiges Mittel, um Arbeitsbedingungen anzupassen.

Missbräuchlich ist die Änderungskündigung jedoch dann, wenn Arbeitgebende versuchen, vertragliche Regeln zu missachten. Dies trifft zu, wenn der Arbeitgeber versucht, schlechtere Arbeitsbedingungen ohne Einhaltung der Kündigungsvorschriften einzuführen oder versucht, Arbeitsbedingungen durchzusetzen, für die es keine stichhaltigen Gründe gibt

(BGE 4A_555/2011, E. 2.3.). Versucht der Arbeitgeber unbillige Änderungen der Lohn- und Arbeitsbedingungen durchzusetzen, für die weder marktbedingte noch betriebliche Gründe bestehen, und die Kündigung als Druckmittel verwendet wird, um den Arbeitnehmer zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen, liegt Missbräuchlichkeit vor (BGE 123 III 246 E. 3b). Dieser Ansatz ist nicht ganz unproblematisch, da sich die Richter über betriebliche Gründe oder marktgerechte Bedingungen äussern. Auch wenn dies Fragen aufwirft, muss damit gerechnet werden, dass eine marktbedingte oder betriebliche Beurteilung durch die Richter zu einem anderen Schluss führen und eine Kündigung letztlich als missbräuchlich angesehen wird. Entsprechend sollten bei Änderungskündigungen die Änderungen gut begründet sein, sodass im Streitfall auch die Richter überzeugt werden können, dass diese Änderungen sachgerecht waren.

Missbräuchlichkeit kann auch vorliegen, wenn dem Arbeitnehmer zu wenig Bedenkzeit gewährt wird oder wenn der Arbeitnehmer Bedingungen ablehnt, die einem Gesamtarbeitsvertrag widersprechen. Keine Missbräuchlichkeit liegt hingegen bei Änderungskündigung infolge finanzieller Schwierigkeiten vor oder bei Änderungen, welche durch das Verhalten des Arbeitnehmers veranlasst wurden.

Wird eine Missbräuchlichkeit festgestellt, bleibt die Kündigung trotzdem gültig. Der Richter kann im Prozess den Arbeitgeber jedoch verpflichten, eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen zu bezahlen. Die Missbräuchlichkeit ist dabei vom Arbeitnehmer zu beweisen.

Änderungskündigung bei einer Vielzahl von Mitarbeitern

Sollte der Arbeitgeber planen, mehreren Arbeitnehmenden gleichzeitig eine Änderungskündigung auszusprechen, wäre zu prüfen, ob nicht die Vorschriften über die Massenentlassung (Art. 335d ff. OR) zur Anwendung gelangen. Wird im Verhältnis zu den angestellten Personen einer bestimmten Anzahl Personen gekündigt, müssen diverse Informations- und Konsultationsprozesse beachtet werden. Ansonsten könnte diese Kündigung missbräuchlich sein, wobei die Entschädigung in diesem Fall auf zwei Monate beschränkt ist.

Fazit

Die Änderungskündigung wird als legitimes Druckmittel anerkannt, solange die Druckausübung nicht das zulässige Mass überschreitet. Wenn eine solche Kündigung ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund erfolgt, besteht allerdings die Gefahr, dass diese als missbräuchlich eingestuft wird.

Um Klarheit über die veränderten Bedingungen zu erlangen, wird empfohlen, die neuen Bedingungen festzuhalten und klarzustellen, dass im Übrigen die bisherigen Vertragsbedingungen weiterhin Geltung haben.



AUTORIN

Leena Kriegers-Tejura ist selbstständige Rechtsanwältin und Partnerin bei Morad, Bürgi & Partner. Sie ist Fachanwältin SAV Arbeitsrecht und Dozentin/Expertin bei verschiedenen Fachhochschulen, Höheren Fachschulen und Erwachsenenbildungsinstituten.