

Innerbetriebliche Krisenbewältigung

Individualarbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberin

VANESSA POLCAN/MANUEL STENGEL

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	224
II.	Lohn	224
	A) Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers	225
	B) Die Festsetzung der Lohnhöhe	225
	C) Lohnbestandteile.....	226
	1. Anteile am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR)	227
	2. Provision (Art. 322b OR).....	229
	3. Gratifikation und Bonus (Art. 322d OR)	229
	4. Tantieme	232
	D) Fälligkeit und Verjährung von Lohnansprüchen	232
	1. Fälligkeit von Lohnansprüchen.....	233
	2. Verjährung von Lohnansprüchen.....	234
III.	Handlungsmöglichkeiten in Krisen	235
	A) Rückbehalt von Vergütungen.....	235
	B) Rückforderungsmöglichkeiten bereits ausgerichteter Vergütungen	236
	C) Vertragsänderungen.....	237
	D) Kurzarbeit.....	239
	E) Aufhebungsvertrag	240
	F) Kündigung	240
	1. Kündigung im Allgemeinen.....	241
	2. Massentlassungen.....	242
	3. Änderungskündigung.....	250
IV.	Fazit	253

I. Einleitung

«Auch bei Krisen wiederholt sich die Geschichte»¹. Dies hat uns in jüngster Zeit die zur Zeit aktuelle und seit den 30er Jahren wohl grösste Finanzmarktkrise erneut bewiesen. Mit Auswirkungen auf verschiedene Bereiche, ist auch der Arbeitsmarkt von der Krise nicht verschont geblieben. Nach Lösungen zur Rettung des eigenen Unternehmens suchend werden u.a. der Abbau von Arbeitsstellen sowie die Streichung von «Lohnbestandteilen» in Betracht gezogen. Forderungen, dass so genannte Boni zurückverlangt und deren weiteren Ausrichtungen verweigert werden sollen, beherrscht(en) die Schlagzeilen.

Dieser Beitrag versucht sich dieser Thematik anzunehmen und legt hierfür in einem ersten Teil dar, inwiefern die Arbeitgeberin verpflichtet ist, Löhne zu bezahlen und was unter Lohn sowie insbesondere unter Bonus überhaupt zu verstehen ist. Der zweite Teil des Beitrages widmet sich anschliessend den verschiedenen, ausschliesslich innerbetrieblichen Handlungsmöglichkeiten, welche in Krisen zu deren Bewältigung zur Diskussion stehen. Die Auswahl beschränkt sich dabei auf die Möglichkeiten des Individualarbeitsrechts; beginnend mit der Beantwortung der Fragen, inwiefern es der Arbeitgeberin möglich ist, Lohnbestandteile und Boni zurück zu behalten und zurück zu fordern, über die Prüfung der Option der Vertragsänderung inklusiv ihrer Sonderformen der Kurzarbeit und des Aufhebungsvertrages sowie final der Handlungsmöglichkeit der Kündigung.

II. Lohn

Insbesondere aufgrund der hitzigen Debatten über die Rückforderung und Verweigerung von Boni sollen in diesem Kapitel die Lohnzahlungspflichten der Arbeitgeberin dargelegt, die Begrifflichkeiten des Lohnes, seiner Bestandteile und insbesondere des Bonus definiert werden. Darauf aufbauend wird abschliessend aufgezeigt, ob die Arbeitgeberin Vergütungen an den Arbeitnehmer zurückbehalten oder gar zurückfordern kann.

¹ RICHARD MEIER, ehemaliger Chef der Schweizer Börse SWX, in einem swissinfo-Interview mit Matthew Allen: Auch bei Krisen wiederholt sich die Geschichte, 19. Oktober 2008. Gefunden unter: www.swissinfo.ch/ger/swissinfo.html?siteSect=105&sid=9864023&ty=st.

A) Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers

Die aufgrund des Arbeitsvertrages geschuldete charakteristische Leistung besteht seitens des Arbeitnehmers in der Leistung von Arbeit. Die Arbeitgeberin ihrerseits ist zur Entrichtung eines Lohnes verpflichtet (Art. 319 Abs. 1 OR). Entscheidend dabei ist die Entgeltlichkeit – nicht aber die Art und die Bestimmung des Lohnes^{2,3}.

Von vornherein keinen Lohn i.e.S. stellen Leistungen der Arbeitsgeberin dar, welche nicht im Austausch mit der Arbeitsleistung erbracht werden. Als Beispiele hierfür können Spesenentschädigung und Betriebspensionen genannt werden, die ihre Grundlage im Fürsorgegedanken haben, oder aber auch freiwillige Leistungen, wie sie insbesondere Gratifikationen darstellen^{4,5}.

B) Die Festsetzung der Lohnhöhe

Klassischer Bestandteil der Abrede zwischen den Vertragsparteien ist die Höhe des Lohnes. Dabei äussert sich die Abrede in der Regel darüber, ob Geld- oder Naturallohn sowie Zeit- oder Akkordlohn geschuldet ist. Beim Zeitlohn bemisst sich der Lohn nach gearbeiteten Zeitabschnitten und ohne Rücksicht auf das Arbeitsergebnis, beim Leistungslohn – auch Akkord- und Stücklohn genannt – nach der individuellen Arbeitsleistung^{6,7}. Für Fälle ohne entsprechende Abrede hat der Gesetzgeber festgelegt, dass der durch Gesamtarbeitsvertrag (GAV) oder Normalarbeitsvertrag (NAV) festgesetzte Lohn zu entrichten oder, falls keine solchen vorliegen, der übliche Lohn geschuldet ist.⁸ Der für die betreffende oder eine vergleichbare Tätigkeit übliche Lohn kann sich aus einer Betriebsübung, subsidiär aus einer Branchen-

² Die Lohnzahlungspflicht ist damit stets vermögensrechtlicher Natur, aus Sicht des Arbeitgebers eine Schuld und aus Sicht des Arbeitnehmers eine Forderung.

³ WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2007, Rz. 218.

⁴ Näheres zu den Gratifikationen vgl. Kapitel II. C) 3.

⁵ PORTMANN/STÖCKLI, 2007, Rz. 219.

⁶ Sofern der Lohn ausschliesslich von der Leistung des Arbeitnehmers abhängt, handelt es sich um einen echten Leistungslohn, falls die Leistung des Arbeitnehmers lediglich als einer von mehreren Faktoren in die Bemessungsgrundlage einfließt, wird von unechtem Leistungslohn gesprochen.

⁷ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 322 OR N 2 f.

⁸ Art. 322 Abs. 1 OR.

oder Ortsübung ergeben.⁹ Als «üblich» wird vom Bundesgericht eine Vergütung bezeichnet, die im selben Betrieb, in der gleichen oder einer ähnlichen Branche, am gleichen oder einem ähnlichen Ort unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des einzelnen Falls sowie der persönlichen Verhältnisse der Parteien, namentlich des Ausbildungsstandes und der Fähigkeiten des Arbeitnehmers, für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit zu bezahlen gepflegt wird.¹⁰ Schliesslich ist festzulegen, ob die vereinbarte Lohnhöhe den Brutto- oder Nettolohn betrifft. Falls darüber geschwiegen wird, ist immer vom Bruttolohn auszugehen.¹¹

Grundsätzlich unbekannt sind dem schweizerischen Arbeitsrecht gesetzlich garantierte Mindestlöhne.¹² Ansprüche auf einen Minimallohn können lediglich aufgrund entsprechender Bestimmungen in GAV und NAV geltend gemacht werden.¹³ Ansonsten unterstehen Löhne der Vertragsfreiheit und sind zwischen den Parteien unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebotes resp. Diskriminierungsverbotes zwischen Mann und Frau frei festsetzbar. Die Diskussion, ob ein verfassungsmässiges Recht auf einen Minimallohn im Sinne eines existenzsichernden Lohnes besteht resp. bestehen soll, kann an dieser Stelle offen bleiben.¹⁴

Weil Abmachungen zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer oft unklar und der übereinstimmende Wille nicht nachweisbar ist, ist der vereinbarte Lohn häufig umstritten und muss deshalb durch die objektivierte Auslegung nach dem Vertrauensprinzip eruiert werden.

C) Lohnbestandteile

Neben Grund- und Naturallohn, welche in Art. 322 OR behandelt werden, gibt es einige weitere Leistungen mit Lohncharakter, wie die Anteile am Ge-

⁹ STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 322 OR N 7.

¹⁰ BGer, Urteil vom 23. August 1999, E. 3 in JAR 2000, S. 112.

¹¹ OGer ZH, E.6 in JAR 1988, S. 303; STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 322 OR N 3.

¹² JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319-343 OR, in: Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996, Art. 322 OR N 7.

¹³ PORTMANN/STÖCKLI, 2007, Rz. 222 und 224 f.

¹⁴ Für Ausführungen vgl. THOMAS GEISER, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, FS Hangartner, St.Gallen/Lachen 1998, S. 809-829; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005, S. 86 f.

schäftsergebnis, Provision, Gratifikation sowie Zulagen verschiedener Art^{15, 16}.

Von den sog. Lohnbestandteilen gilt es die Gratifikation zu unterscheiden. Unter erstere fallen all jene Vergütungen, welche von den Vertragsparteien unbedingt festgelegt oder zumindest in bestimmter oder objektiv bestimmbarer Höhe vereinbart wurden. Faktisch verbleibt dem Arbeitgeber dabei natürlich ein gewisser Spielraum bezüglich der tatsächlichen Grundlage der variablen Zahlungen (sog. Tatbestandsermessen), wie beispielsweise bei der Berechnung der Geschäftsergebnisse, nicht aber hinsichtlich der variablen Zahlungen als solchen (sog. Rechtsfolgeermessen). Verfügt der Arbeitgeber demnach über ein Rechtsfolgeermessen, kann nicht mehr von Lohn(bestandteilen)¹⁷ gesprochen werden. In diesem Fall liegen Gratifikationen vor.

Entscheidend für die Qualifikation einer Vergütung als Lohn ist somit, ob ein klar definierter Anspruch in Frage steht. Hingegen spielt es keine Rolle, ob der entsprechende Betrag variabel ist oder nicht. Die Unterscheidung ist zwar weder betriebsrechtlich noch steuer- und sozialversicherungsrechtlich von Belang,¹⁸ jedoch erlangt sie im Bereich der Ferien- und Überstundenentschädigung etc.¹⁹ ebenso an Bedeutung wie hinsichtlich des pro rata-Anspruchs des Arbeitnehmers. Im Gegensatz zum Lohn resp. seinen Bestandteilen, welche ohne gegenteilige Abrede von der Arbeitgeberin auch pro rata geschuldet sind, besteht ein pro rata-Anspruch bei einer Gratifikation nur, wenn dieser verabredet wurde.²⁰

1. Anteile am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR²¹)

Wird von Anteilen am Geschäftsergebnis gesprochen, ist darunter die Beteiligung des Arbeitnehmers am Gesamterfolg des Unternehmens oder eines Un-

¹⁵ Als Zulagen kommen bspw. Schicht-, Schmutz- oder Teuerungszulagen sowie Kinder- und Familienzulagen in Frage. Letztere sind jedoch öffentlich rechtlicher Natur.

¹⁶ STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 322 OR N 9.

¹⁷ Nachfolgend sind unter «Lohn» auch seine Bestandteile zu verstehen.

¹⁸ WILHELM SCHÖNENBERGER/ADRIAN STAEHELIN, Art. 319-330a OR, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht Art. 319-362 OR, Zürich 1996, Art. 322d OR N 2.

¹⁹ Arbeitsgericht Zürich, Entscheide 2004, 12.

²⁰ SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 322d OR N 6 i.V.m. Art. 322 OR N 12.

²¹ Bis auf Abs. 1 ist dieser Artikel relativ zwingender Natur. Das heisst, von den Abs. 2 und 3 darf durch Abrede, NAV oder GAV nur zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (Art. 362 Abs. 1 OR).

ternehmensteiles zu verstehen.²² Das Betriebsrisiko darf durch die Beteiligung allerdings nicht auf den Arbeitnehmer überwältzt werden, indem er im Verlustfall keinen Lohn erhält. Deshalb ist die Entlohnung mit Anteil am Geschäftsergebnis stets mit einer Minimallohngarantie zu verbinden.²³

Das Gesetz unterscheidet drei Formen von Anteilen am Geschäftsergebnis:²⁴ einerseits die Umsatzbeteiligung, welche sich nach dem gesamten Absatz von Waren oder Leistungen des Unternehmens richtet,²⁵ wobei unter Umsatz der Erlös für Lieferungen und Leistungen an Kunden zu verstehen ist;²⁶ andererseits die Gewinnbeteiligung als Prozentsatz des jährlichen Reingewinns.²⁷ Dieser wird oft als Tantieme an leitende Arbeitnehmer bezahlt.²⁸ Als letzte Beteiligungsform gilt es die Prämien zu nennen,²⁹ die eine Belohnung für besonders befriedigende Arbeitsleistungen darstellen.³⁰

Im Zusammenhang mit der Gewinnbeteiligung stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Verlustbeteiligung. Nach STREIFF/VON KAENEL ist eine solche aufgrund der Vertragsfreiheit im Rahmen von Art. 321e OR zulässig, sofern sie bloss Lohnbemessung bleibt und nicht zur Haftung ohne Verschulden wird. Dabei darf die Verlustbeteiligung nicht zu einem weit unter dem für die entsprechende Stellung üblichen Lohn liegen, ansonsten ist die Vereinbarung unzulässig.^{31 32}

²² MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Art. 319-330a OR, Bern 1985, Art. 322a OR N 1.

²³ THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2005, Rz. 276.

²⁴ Alle drei Kategorien sind (variable) Lohnformen (STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 322 OR N 2). Zeitlich ist das Geschäftsjahr und sachlich sind die gesetzlichen Vorschriften und die allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätze massgeblich (WOLFGANG PORTMANN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 322a OR N 1).

²⁵ Im Gegensatz zur Provision, welche sich nach dem Wert *einzelner* Geschäfte richtet (VISCHER, 2005, S. 109).

²⁶ Mangels anderer Absprache wird die Umsatzbeteiligung aufgrund des Nettoerlöses berechnet (PORTMANN, BsK, 2007, Art. 322a OR N 3).

²⁷ Wurde keine andere Vereinbarung getroffen, ist auf den Geschäfts- und nicht den bilanzmässigen Vermögensgewinn abzustellen (BGE 81 II 151). Zur vertraglichen Regelung der Gewinnbeteiligung vgl. STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 322a OR N 4.

²⁸ Zu den Tantiemen vgl. Kapitel II. C) 4.

²⁹ Diese sind von den Prämien mit Leistungslohncharakter zu unterscheiden (PORTMANN, BsK, 2007, Art. 322a OR N 4), welche nicht nach dem Geschäftsergebnis, sondern nach der individuellen Leistung bemessen werden (vgl. dazu Kapitel II. B)).

³⁰ GEISER/MÜLLER, 2005, Rz. 277; REHBINDER, BK, 1985, Art. 322a OR N 2 ff.

³¹ Art. 349a Abs. 2 OR analog.

³² STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 322a OR N 8; a.M.: VISCHER, 2005, S. 108.

2. Provision (Art. 322b OR³³)

Im Gegensatz zum Anteil am Geschäftsgewinn ist die Provision die prozentuale Beteiligung eines einzelnen Arbeitnehmers an dem von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäft³⁴. Der Provisionsanspruch richtet sich nach dem Ergebnis der Arbeit und entsteht im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses, d.h. im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts³⁵. Er unterliegt jedoch einer Resolutivbedingung, welche den Anspruch dahin fallen lässt, wenn der Vertrag durch den Dritten nicht erfüllt oder das Geschäft ohne Verschulden des Arbeitgebers nicht ausgeführt wird.³⁶

3. Gratifikation und Bonus (Art. 322d OR³⁷)

Bonus ist der amerikanische Ausdruck für Gratifikation.³⁸ So wird in der Praxis oft von einem Bonus gesprochen, wenn eine Gratifikation vorliegt.³⁹ Für die Charakterisierung der entsprechenden Vergütung als Bonus resp. Gratifikation kommt es dabei nicht auf die verwendete Bezeichnung, sondern auf deren rechtliche Ausgestaltung an. Daher wird im Folgenden kein Unterschied zwischen den beiden Terminologien gemacht.

Die *Gratifikation* ist eine Sonderzahlung aus bestimmtem Anlass (wie beispielsweise Weihnachten, Abschluss des Geschäftsjahrs, Geschäftsjubiläum), deren Ausrichtung im Ermessen des Arbeitgebers liegt.⁴⁰ Unterschieden werden können zwei Arten von Gratifikationen: einerseits die echte Gratifikation, bei der die Zuwendung voll im Ermessen des Arbeitgebers steht (freiwillige Gratifikation), andererseits die unechte Gratifikation, bei der die Zuwendung als solche zwar vereinbart wurde, dem Arbeitgeber aber bezüglich der Höhe ein Ermessensspielraum zusteht (vereinbarte Gratifikation).⁴¹ Falls die Höhe einer Gratifikation zum Voraus vertraglich festgelegt wurde und sie von keiner Bedingung abhängt, dem Arbeitgeber also kein Ermessensspielraum zu-

³³ Die Abs. 2 und 3 sind relativ zwingender Natur (Art. 362 Abs. 1 OR).

³⁴ Art. 322b Abs. 1 OR.

³⁵ STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 322b OR N 2.

³⁶ Art. 322b Abs. 3 OR.

³⁷ Art. 322d OR ist dispositiver Natur (Art. 361 f. OR e contrario). Das heisst, sie unterliegen vollständig der Autonomie der Parteien.

³⁸ Hier und im Folgenden PORTMANN, BsK, 2007, Art. 322d OR N 2; VISCHER, 2005, S. 108.

³⁹ Vgl. dazu Arbeitsgericht Zürich, Entscheide 2001, S. 3 ff.

⁴⁰ MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002, Rz. 180 f.

⁴¹ STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 322d OR N 2.

steht, liegt gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung keine Gratifikation, sondern Lohn vor.⁴²

Bei umstrittener Regelung einer Vergütung erfolgt die Auslegung bei der Frage, ob Lohn oder Gratifikation vorliegt, oft zu Lasten des Arbeitgebers (in dubio contra stipulatorem), da die ungenaue oder widersprüchliche Formulierung meist von diesem stammt.⁴³ Das heisst, im Zweifelsfall wird Lohn angenommen. Dies wirkt sich für den Arbeitnehmer nicht nur positiv auf die Basis der Berechnung von Überstunden-, Ferienentschädigungen etc. aus,⁴⁴ sondern bringt ihm auch den Vorteil, dass er trotz fehlender Vereinbarung einen pro rata-Anspruch hat.⁴⁵

Eine Sondervergütung wird vom Bundesgericht sodann als Lohnbestandteil betrachtet, wenn sie die einzige Entschädigung für die Arbeitsleistung darstellt oder im Verhältnis zur sonstigen Entschädigung nicht mehr akzessorisch erscheint.⁴⁶ Wird ein kleiner Lohn vereinbart, dafür aber eine grosse Gratifikation ausgerichtet, erweist sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und wird dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn. Da bei einem niedrigen Einkommen – im Gegensatz zu einem hohen – bereits ein kleiner Einkommensunterschied an Bedeutung gewinnt, kann bei einem hohen Einkommen die Gratifikation zum Lohn prozentual grösser sein als bei einem niedrigen. Wo die Grenze zu ziehen ist, erscheint allerdings fraglich. Unseres Erachtens scheint es zwar grundsätzlich sinnvoll, dieser Rechtsprechung zu folgen. Wir erachten es aber als ungenügend, die Sondervergütung allein gestützt auf die Höhe des unbestrittenen Lohnes und den darauf erhobenen prozentualen Vergleich der entsprechenden Vergütung als Lohn oder Gratifikation zu qualifizieren. Deshalb schlagen wir vor, zur Abgrenzung zwischen Lohn und Gratifikation im Streitfall den Lebensstandard des entsprechenden Arbeitnehmers herbeizuziehen. Damit ist zu bestimmen, wo dessen Sparquote zu laufen be-

⁴² BGE 109 II 447, E. 5; 129 III 276, E. 2; kritisch: STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 322d OR N 9 sowie PORTMANN, BsK, 2007, Art. 322d OR N 16. Als durchaus berechtigt scheint uns die angebrachte Kritik, sofern lediglich auf den Wortlaut der Norm abgestellt wird. Wird aber in Betracht gezogen, dass als einziges Kriterium zur Abgrenzung von Lohn und Gratifikation der Ermessensspielraum der Arbeitgeberin bzgl. der (grundsätzlichen und/oder betragsmässigen) Ausrichtung der Sondervergütung zur Verfügung steht, ist u.E. der dargestellten Meinung des BGer zu folgen.

⁴³ SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 322d OR N 6; mit Bsp.: STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 322d OR N 10.

⁴⁴ Arbeitsgericht Zürich, Entscheide 2004, S. 12.

⁴⁵ KGer BL in JAR 2003, S. 231 ff.

⁴⁶ Hier und im Folgenden BGE 129 III 276.

ginnt. *Spätestens* ab dort, wo die Sondervergütung reine Sparquote darstellt, ist schliesslich von einer Gratifikation auszugehen.⁴⁷

Die Charakterisierung der Sondervergütung hängt darüber hinaus auch von der Regelmässigkeit ihrer Ausrichtung ab. Ist sie einmalig und wiederholt sich in dieser Höhe nicht, kann der Charakter als Gratifikation gewahrt werden. Die Gratifikation verliert hingegen ihre Akzessorietät, wenn sie regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn,⁴⁸ während mehreren Jahren vorbehaltlos und in gleichbleibender Höhe ausgerichtet wurde⁴⁹ oder zwar ein Vorbehalt der Freiwilligkeit angebracht wird, dieser jedoch als nicht ernst gemeinte, leere Floskel zu verstehen ist. Von letzterem kann dann ausgegangen werden, wenn die Arbeitgeberin durch ihr ganzes Verhalten zeigt, dass sie sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt, sie die Gratifikation beispielsweise jahrzentlang mit dem Vermerk der Freiwilligkeit ausbezahlt hat und diesen Vorbehalt trotz gegebener Gründe, die Gratifikation nicht auszurichten, nie in Anspruch genommen hat. In solchen Fällen ist von einer konkludenten Vertragsanpassung auszugehen,⁵⁰ wodurch dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Ausrichtung dieser Sondervergütung erwächst.⁵¹

47 Dass Ungleichheiten entstehen, ist uns bewusst – v.a. in hohen Lohnklassen, wo der eine Arbeitnehmer trotz horrender Vergütung einen «durchschnittsbürgerlichen» Lebensstandard beibehält und der andere mit identischer Vergütung in «Saus und Braus» lebt. In einem solchen Fall würde die Sondervergütung beim einen relativ schnell als Gratifikation qualifiziert, nicht aber beim andern. Diese Differenzen lassen sich praktisch aber nicht vermeiden. So kommt es auch bei bereits bestehenden Regelungen zu solchen Ungleichheiten: Angenommen von zwei Arbeitnehmern befindet sich der eine im zehnten Dienstjahr, der andere im ersten ev. zweiten. Die diesjährigen Sondervergütungen fallen aufgrund einer wirtschaftlichen Krise aus. Der langjährige Arbeitnehmer hat in den vergangenen zehn Jahren bereits eine ähnliche Krise miterlebt, die Sondervergütung damals aber trotzdem bekommen. In einem solchen Fall ist die Sondervergütung beim langjährigen Arbeitnehmer als Lohn zu qualifizieren, beim «Neuen» jedoch als Gratifikation, was zur Folge hat, dass ersterer einen Anspruch auf die Sondervergütung hat – nicht aber letzterer.

48 Kritisch bzgl. der Höhe der Sondervergütung als Kriterium, um über deren Lohncharakter zu entscheiden: PORTMANN, BsK, 2007, Art. 322d OR N 19.

49 VISCHER, 2005, S. 104.

50 Selbst wenn vertraglich vereinbart wurde, dass Vertragsanpassungen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedürfen, sind ausnahmsweise stillschweigende Vertragsanpassungen möglich (vgl. dazu Kapitel III. A)).

51 SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 322d OR N 9.

4. Tantieme

Der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle abschliessend kurz die Rechtsnatur der Tantieme sowie deren Verhältnis zum Anteil am Geschäftsergebnis resp. der Gewinnbeteiligung aufgezeigt werden.

Die Tantieme des Verwaltungsrates einer AG stellt eine Form der Vergütung für die Dienstleistungen dar, welche das Verwaltungsratsmitglied im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages für die Gesellschaft erbringt.⁵² Sie bemisst sich nach dem bilanzmässigen Reingewinn, setzt aber Zuwendungen an die gesetzliche Reserve und die Ausrichtung einer Minimaldividende voraus, um ausgerichtet zu werden.⁵³ Damit unterscheidet sich die Tantieme des Verwaltungsrates von der Gewinnbeteiligung nach Art. 322a OR, bei welcher allein der geschäftsmässige Vermögensgewinn massgeblich ist. Hinsichtlich des Lohncharakters lässt sich hingegen kein Gegensatz feststellen. Auch der Verwaltungsrat hat einen Anspruch auf die Tantieme, welcher ex contractu besteht – obwohl er einer statutarischen Grundlage bedarf.⁵⁴

Die Tantieme des Direktors (ohne Sitz im Verwaltungsrat) aber bestimmt sich im Zweifelsfall nicht nach Art. 677 OR, sondern nach der Bestimmung über den Anteil am Geschäftsergebnis resp. der Gewinnbeteiligung.⁵⁵

D) Fälligkeit und Verjährung von Lohnansprüchen

Sowohl die Fälligkeit als auch die Verjährung von Lohnansprüchen sind für deren Durchsetzbarkeit entscheidend. Die Fälligkeit bewirkt einerseits, dass die Erfüllung der Forderung durch die Gläubigerin gefordert⁵⁶ und eingeklagt werden kann. Andererseits beginnt zu diesem Zeitpunkt die Verjährung zu laufen.⁵⁷ Nach deren Zeitablauf hat der Schuldner der Forderung das Recht, der Gläubigerin die vereinbarte Leistung dauerhaft zu verweigern. Die Forde-

⁵² PETER KURER, in: Heinrich Honsell/Peter Nedim Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2. Aufl., Basel/ Genf/München 2002, Art. 677 OR N 4.

⁵³ Art. 677 OR.

⁵⁴ BGE 75 II 25.

⁵⁵ SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 322a OR N 5.

⁵⁶ BGE 129 III 535, E. 3.2.1.

⁵⁷ BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, Rz. 1257; PORTMANN/STÖCKLI, 2007, Rz. 646.

zung der Gläubigerin geht damit zwar nicht unter, jedoch fehlt es ihr an Durchsetzbarkeit.⁵⁸

Der Verfalltag (Fälligkeitstermin) wird in erster Linie durch die Parteivereinbarung oder die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt, subsidiär durch die Sondervorschriften des Besonderen Teils des OR. Wenn auch keine solchen vorliegen, wird vermutet, dass die Schuld sofort fällig ist.⁵⁹ Der genaue Zeitpunkt wird mit Hilfe der Art. 76-80 OR bestimmt.⁶⁰

Nachfolgend soll die Fälligkeit und Verjährung konkret auf Ansprüche aus Lohn resp. seinen Bestandteilen aufgezeigt werden. In einem jeweils zusätzlichen Abschnitt soll trotz grundsätzlich fehlenden Anspruchs auf Gratifikation deren Fälligkeit und Verjährung geklärt werden.

1. Fälligkeit von Lohnansprüchen

Die Fälligkeit von Lohn, Provision und Anteil am Geschäftsergebnis während des Arbeitsverhältnisses ist in Art. 323 OR geregelt.⁶¹ Grundsätzlich gilt, dass Lohnansprüche am Ende jedes Monats fällig werden, sofern nichts anderes vereinbart wurde.⁶² Die Fälligkeit von Provisionen kann jedoch mittels schriftlicher Abrede hinausgeschoben werden, sofern die Durchführung von Geschäften mehr als sechs Monate dauert.⁶³ Bezüglich des Anteils am Geschäftsergebnis gilt, dass dieser auszurichten ist, sobald die Ergebnisse festgestellt sind, spätestens jedoch ein halbes Jahr nach Ablauf des Geschäftsjahres.⁶⁴ Die Tantieme schliesslich wird mit dem Beschluss der GV fällig.⁶⁵ Des

⁵⁸ ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 3. Aufl., Bern 2009, S. 1088 f., Rz. 1; BERGER, 2008, Rz. 1429 f.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Band II, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 3269 ff.

⁵⁹ Art. 75 OR.

⁶⁰ CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 653; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, 2008, Rz. 2186 ff.; KOLLER, 2009, S. 599 ff., Rz. 2 ff.; BERGER, 2008, Rz. 1258.

⁶¹ Als Spezialbestimmung geht Art. 323 OR den Art. 75 ff. OR vor.

⁶² Zu Ungunsten des Arbeitnehmers kann lediglich durch GAV oder NAV abgewichen werden (VISCHER, 2005, S. 117).

⁶³ Art. 323 Abs. 2 OR.

⁶⁴ Art. 323 Abs. 3 OR.

⁶⁵ KURER, BsK, 2002, Art. 677 OR N 13.

Weiteren werden mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis zwingend fällig⁶⁶ – so auch Lohnansprüche.

Bezüglich der Gratifikation könnte die Meinung entstehen, dass sie gar nicht erst fällig werden kann, da auf sie in der Regel kein Anspruch besteht. Unternehmen legen jedoch oft Stichtage fest,⁶⁷ an welchen bekannt gegeben wird, ob und allenfalls in welcher Höhe den einzelnen Arbeitnehmern Gratifikationen ausbezahlt werden. Ab diesem Tag resp. ab jenem, an welchem dem einzelnen Arbeitnehmer bekannt gegeben wird, dass ihm eine Gratifikation in einer bestimmten Höhe zusteht, ist unseres Erachtens die allgemeine Regel nach Art. 323 OR anwendbar, womit die Gratifikation ebenfalls grundsätzlich am Ende des jeweiligen Monats fällig wird.

2. Verjährung von Lohnansprüchen

Aus Art. 341 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 128 Ziff. 3 OR geht hervor, dass Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern mit Ablauf von fünf Jahren verjähren. Darunter sind jedoch nicht sämtliche Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis zu verstehen, sondern lediglich Forderungen *mit Lohncharakter*^{68,69}. Was allerdings unter Forderungen mit Lohncharakter zu verstehen ist, ist umstritten. Uns scheint es aufgrund des Zweckes von Art. 128 OR, die Entgeltforderungen aus Alltagsgeschäften zu beschleunigen,⁷⁰ richtig, darunter nicht nur Lohnforderungen im eigentlichen Sinn zu verstehen, sondern sämtliche entgeltliche Arbeitnehmerentschädigungen, wie beispielsweise Gratifikationen, Ferienlohn, Spesenentschädigung etc.⁷¹

⁶⁶ Art. 339 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 361 OR; bzgl. Provision und Anteil am Geschäftsergebnis vgl. Art. 399 Abs. 2 und 3 OR; REHBINDER, 2002, Rz. 372.

⁶⁷ Selbst wenn keine fixen Termine im Voraus bekannt gegeben werden, muss irgendwann über das «ob» und «wieviel» entschieden und das Ergebnis kommuniziert werden.

⁶⁸ Leistungen *ohne Lohncharakter* verjähren demnach mit Ablauf von zehn Jahren (Art. 341 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 127 OR).

⁶⁹ An Stelle vieler: INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, Rz. 84.06; PORTMANN/STÖCKLI, 2007, Rz. 644.; PORTMANN, BsK, 2007, Art. 341 OR N 8.

⁷⁰ PORTMANN/STÖCKLI, 2007, Rz. 644.

⁷¹ **Gl.M.:** ADRIAN STAEHELIN, Art. 331-355 OR, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 319-362 OR, Zürich 1996, Art. 341 OR N 19; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Art. 331-355 OR, Bern 1992, Art. 341 OR N 30; **a.M.:** ROBERT K. DÄPPEN, in: Heinrich Honseil/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel 2007, Art. 128 OR N 13: «Auch in der heute geltenden

III. Handlungsmöglichkeiten in Krisen

Treten Krisen ein sind Lösungen gefragt. In diesem Teil sollen Varianten vorgestellt werden, welche der Arbeitgeberin im Bereich des Individualarbeitsrechts zur Verfügung stehen. Namentlich gilt es folgende Möglichkeiten genauer zu betrachten: zunächst der Rückbehalt von Vergütungen und die Rückforderung bereits ausgerichteter Vergütungen, des Weiteren die Vertragsänderung, Kurzarbeit sowie der Aufhebungsvertrag, welche jedoch vom Einverständnis des Arbeitnehmers abhängig sind und letztlich die Massenentlassung und Änderungskündigung, welche einseitig ausgesprochen werden können.

A) Rückbehalt von Vergütungen

Ein Teil des Lohnes kann gemäss Art. 323a Abs. 1 OR zurück behalten werden, sofern es verabredet oder üblich oder durch NAV oder GAV bestimmt ist. Jedoch darf der zurückbehaltene Teil nicht mehr als einen Zehntel von dem am einzelnen Zahltag fälligen Lohn und im Maximum einen Wochenlohn betragen.⁷² Der Zweck des Lohnrückbehaltes beschränkt sich grundsätzlich auf die Sicherheit für künftige Forderungen des Arbeitgebers und hat damit die gleiche Funktion wie die Kautions.^{73,74} Als Konventionalstrafe kann der Rückbehalt nur dienen, sofern sie verabredet, üblich oder durch GAV oder NAV bestimmt ist.⁷⁵ Andere Forderungen als solche aus dem Arbeitsverhältnis dürfen durch Lohnrückbehalt nicht gesichert werden, weshalb entsprechende Abreden nichtig sind.⁷⁶

Da die Ausrichtung der Gratifikation im Ermessen der Arbeitgeberin liegt, kann sie selbständig entscheiden, ob Gratifikationen ausbezahlt werden oder nicht.⁷⁷ Sofern entschieden wird, keine Gratifikationen auszurichten, kann

Fassung nach der Revision von 1971 erfasst sie [die Bestimmung von Art. 128 Ziff. 3 OR] nur den **Lohnanspruch**»; KOLLER, 2009, S. 1111, Rz. 57, spricht ebenfalls von «Lohnforderungen»; PORTMANN, BsK, 2007, Art. 322 OR N 35: «Überhaupt **kein Lohn** ist die (echte und unechte) Gratifikation [...]. Auch *Spesenentschädigungen* und *Betriebspensionen* fehlt der Lohncharakter [...].»

⁷² Art. 323a Abs. 2 OR. Ein höherer Lohnrückbehalt kann nur durch GAV oder NAV vorgesehen werden (VISCHER, 2005, S: 116).

⁷³ Art. 330 OR.

⁷⁴ PORTMANN, BsK, 2007, Art. 323a OR N 2.

⁷⁵ Art. 323a Abs. 3 OR.

⁷⁶ VISCHER, 2005, S. 115.

⁷⁷ Vgl. dazu Kapitel II. C) 3.

daher nicht von einem eigentlichen Rückbehalt gesprochen werden. Wird jedoch bekannt gegeben, dass Gratifikationen ausbezahlt werden und wird auch deren Höhe kommuniziert, sind sie geschuldet.⁷⁸

B) Rückforderungsmöglichkeiten bereits ausgerichteter Vergütungen

Rückforderungsmöglichkeiten ergeben sich in Bezug auf den Lohn lediglich dann, wenn dem Arbeitnehmer irrtümlich zu viel Lohn ausbezahlt wurde. Der Arbeitgeberin steht dann gemäss Art. 62 ff. OR die Rückforderung aus Bereicherungsrecht während einer relativen Frist von einem Jahr offen. Sie hat sich allerdings unter gegebenen Umständen vom Arbeitnehmer die Einrede der nicht mehr vorhandenen Bereicherung entgegenhalten zu lassen.⁷⁹ Ebenso wenig wie die Rückforderung des Lohnes durch die Arbeitgeberin ist es seitens des Arbeitnehmers möglich, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf bereits entstandene Lohnforderungen zu verzichten, wenn dadurch die Entgeltlichkeit (als begriffsnotwendiges Element des Arbeitsvertrages⁸⁰) der Arbeitsleistung in Frage gestellt wird.⁸¹

Anders sieht die Lage bei der Gratifikation aus, da diese zum Einen lediglich akzessorisch zum Lohn hinzutritt, deren Ausrichtung zum Anderen im Ermessen der Arbeitgeberin liegt und der Arbeitnehmer keinen Anspruch darauf hat.⁸² So kann sich die Arbeitgeberin in der Regel folgerichtig nicht darauf berufen, der Arbeitnehmer sei ungerechtfertigt bereichert, da es in ihrem Ermessen gelegen hätte, die Gratifikation nicht auszurichten.

Gelegentlich wird die Sondervergütung jedoch mittels einer so genannten Rückzahlungsklausel verbunden. Mit dieser Klausel wird der Arbeitnehmer verpflichtet, für eine gewisse Zeit im Arbeitgeberbetrieb zu verbleiben, ansonsten hat er die Gratifikation zurückzuzahlen. Solche Rückzahlungsklauseln sind jedoch aufgrund der einseitigen Einschränkung der Kündigungsfreiheit, namentlich jener des Arbeitnehmers, nur beschränkt gültig.⁸³ Sie müssen

⁷⁸ Vgl. dazu Kapitel II. D) 1.

⁷⁹ PORTMANN, BsK, 2007, Art. 322 OR N 10 f.

⁸⁰ GEISER/MÜLLER, 2005, Rz. 78 und 95.

⁸¹ PORTMANN, BsK, Art. 341 OR N 4; WYLER erachtet einen Verzicht auf Lohn für bereits geleistete Arbeit als absolut ausgeschlossen (RÉMY WYLER, Droit du travail, Bern 2002, S. 193 ff.); a.M: STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 341 OR N 5.

⁸² vgl. Kapitel II. C) 3.

⁸³ Art. 20 Abs. 1 OR.

klar gefasst sein, dürfen den Arbeitnehmer nicht für mehr als drei Jahre binden⁸⁴ und haben ihm einen bleibenden Vorteil zu verschaffen. Eine vereinbarte Rückzahlungsklausel kommt jedoch nicht zur Geltung, wenn die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat, ohne dass der Arbeitnehmer begründeten Anlass gegeben hat, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten, von der Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass aufgelöst hat oder die Gratifikation ausschliesslich vergangene Leistungen belohnen soll^{85 86}.

C) Vertragsänderungen

Befindet sich ein Unternehmen in einer Krise, so können Vertragsanpassungen als Mittel zu deren Überbrückung hilfreich resp. notwendig sein. Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, können Arbeitsverträge formlos geschlossen werden.⁸⁷ Aus der Formlosigkeit des Vertragsabschlusses folgt, dass auch Vertragsänderungen formlos möglich sein müssen.⁸⁸ Das gilt auch für Verträge, die schriftlich ausgefertigt wurden.⁸⁹ Nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 16 Abs. 1 OR können die Parteien sowohl für den Vertragsschluss als auch für zukünftige Vertragsänderungen eine Form vorsehen.⁹⁰ Ein vertraglich fixierter Formvorbehalt kann allerdings formfrei – also auch konkludent – wieder aufgehoben werden.⁹¹ Setzen sich die Parteien beispielsweise wiederholt über die vereinbarte Form hinweg, so wird die Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR entkräftet.⁹² Eine Vertragsänderung kann somit schriftlich, mündlich oder gar stillschweigend erfolgen. Ob die Vertragsänderung zu Gunsten oder zu Lasten des Arbeitnehmers ausfällt, spielt grundsätzlich keine Rolle. Allerdings ist bei der Annahme einer stillschweigenden Änderung zu Lasten des Arbeitnehmers grosse Zurückhaltung gebo-

⁸⁴ Art. 340a Abs. 1 OR analog.

⁸⁵ Art. 340a Abs. 3 OR analog.

⁸⁶ VISCHER, 2005, S. 107; PORTMANN, BsK, 2007, Art. 322d OR N 25 f.; REHBINDER, BK, 1985, Art. 322d OR N 18.

⁸⁷ Art. 320 Abs. 1 OR.

⁸⁸ GEISER/MÜLLER, 2005, Rz. 176.

⁸⁹ STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 320 OR N 4.

⁹⁰ Sog. gewillkürte Formvorschriften. Gemäss Art. 16 Abs. 1 OR besteht die gesetzliche Vermutung, dass die gewillkürte Formvorschrift Gültigkeitsvoraussetzung ist. Handelt es sich dabei aber lediglich um eine Abrede, den mündlichen Vertrag nachträglich schriftlich abzufassen, dient die Schriftlichkeit nur noch zu Beweis Zwecken (GEISER/MÜLLER, 2005, Rz. 176).

⁹¹ PORTMANN, BsK, 2007, Art. 320 OR N 32.

⁹² BGE 105 II 75 E. 1 m.w.H.

ten, da derjenige, der die bisherige Vereinbarung nicht mehr gelten lassen will, dies unmissverständlich mitteilen muss.⁹³ Art. 341 OR, das Verzichtsverbot, steht der Vertragsänderung nicht entgegen, denn es geht bei der Vertragsänderung nicht um Forderungen, die bereits entstanden sind, sondern um solche, die noch entstehen werden.⁹⁴ Vertragsänderungen haben im Gegensatz zu Kündigungen den Vorteil, dass sie per sofort vorgenommen werden können, sofern sie nicht zu Lasten des Arbeitgebers gehen.⁹⁵ Sie haben auf der anderen Seite jedoch den erheblichen Nachteil, dass sie nur mit der Zustimmung des Arbeitnehmers möglich sind.⁹⁶

Willigt der Arbeitnehmer nicht ein, so steht der Arbeitgeberin allenfalls die Änderungskündigung zur Verfügung.⁹⁷ Da es Verträge grundsätzlich einzuhalten gilt (*pacta sunt servanda*), kann davon nur in Ausnahmefällen abgewichen werden. Eine dieser Ausnahmen stellt die *clausula rebus sic stantibus*⁹⁸ dar. Das Bundesgericht umschreibt die *clausula* wie folgt: «Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB hat der Richter einen Vertrag dann zu ändern oder aufzuheben, wenn durch nachträgliche, nicht voraussehbare Umstände ein derart offenes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eingetreten ist, dass das Beharren einer Partei auf ihrem Anspruch als missbräuchlich erscheint».⁹⁹ Ebenso setzt das Bundesgericht für die *clausula* Veränderungen der äusseren Umstände voraus, von denen alle Vertragsparteien gleichermassen betroffen sind.^{100,101} Entgegen der Auffassung von WIEGAND sind wir aber der Meinung, dass eine Krise – wie beispielsweise die aktuelle Finanzkrise – nicht ausreicht, um die Arbeitgeberin dazu zu berechtigen, aufgrund der *clausula* die Auszahlung von Lohnbestandteilen zu verweigern.¹⁰² Einerseits kann diese Krise nicht als unvorhersehbar bezeichnet werden – es gab durchaus Signale dafür, dass der amerikanische Hypothekenmarkt früher oder später

⁹³ BGE 109 II 327 E.2b; GEISER/MÜLLER, 2005, Rz. 176; STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 320 OR N 4.

⁹⁴ STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 320 OR N 4.

⁹⁵ Ist eine Vertragsänderung für den Arbeitnehmer ungünstig, so tritt sie nicht vor Ablauf der mutmasslichen Kündigungsfrist ein, da dies ein Verzicht auf den Kündigungsschutz des Arbeitnehmers bedeuten würde.

⁹⁶ STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 320 OR N 4.

⁹⁷ Vgl. dazu Kap. III. F) 3.

⁹⁸ Im Folgenden «*clausula*».

⁹⁹ BGE 97 II 390 E. 6 m.w.H.

¹⁰⁰ BGE 128 III 428 E. 3c.

¹⁰¹ Zur Kritik der Lehre an den Voraussetzung vgl. KOLLER, 2009, S. 450, Rz. 40.

¹⁰² WIEGAND geht davon aus, dass die Auszahlung von vertraglich zugesicherten «Boni», unter Berufung auf die *clausula* mit Blick auf die aktuelle Finanzkrise verweigert werden kann (WOLFGANG WIEGAND, Die Finanzmarktkrise und die *clausula rebus sic stantibus* dargestellt am Beispiel der Bonuszahlungen, in: Jusletter 9. Februar 2009).

zusammenbrechen wird. Kritische Stimmen und Signale wollte man nicht hören.¹⁰³ Spätestens seit dem Swissair-Debakel wusste man zudem, dass der schweizerische Markt davon in Mitleidenschaft gezogen werden kann. Andererseits käme eine Anwendung der *clausula* in diesen Fällen einer einseitigen Übertragung des Betriebsrisikos der Arbeitgeberin¹⁰⁴ auf die Arbeitnehmer gleich, was unzulässig ist.¹⁰⁵ Der Lohnanspruch bleibt im Falle von Betriebsstörungen auch dann bestehen, «wenn diese den Unternehmer so schwer treffen, dass die Weiterzahlung des Lohnes die Existenz des Betriebes gefährden würde».¹⁰⁶ Andernfalls würde man die Arbeitnehmer im Falle eines allfälligen Konkurses zu Unrecht benachteiligen.

D) Kurzarbeit

Obwohl die Arbeitgeberin zwingend das Betriebsrisiko zu tragen hat, kann sie sich durch einverständlich eingeführte Kurzarbeit für die Zukunft von der Lohnzahlungspflicht zum Teil befreien.¹⁰⁷ Kurzarbeit ist eine (teilweise) Freistellung des Arbeitnehmers¹⁰⁸ und wird «angeordnet», weil die Auftragslage die volle Arbeitsleistung nicht erlaubt, wobei für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass die Arbeitgeberin die Kurzarbeit mit einer entsprechenden Lohnkürzung verbinden will.¹⁰⁹ Das Ziel der Kurzarbeit ist die Einsparung der Lohnkosten zur Verhinderung von Kündigungen. Wird daher einem Arbeitnehmer, welcher der Kurzarbeit ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat, während oder unmittelbar nach der Kurzarbeit gekündigt, kann er den ganzen durch die Kurzarbeit erlittenen Ausfall nachträglich bei der Arbeitgeberin einfordern.¹¹⁰

¹⁰³ ANDRÉ SCHNEIDER, Generaldirektor des World Economic Forums (WEF), in einem swissinfo-Interview mit Pierre-François Besson: «Gegenüber kritischen Stimmen waren wir taub», 28. Januar 2009. Gefunden unter www.swissinfo.ch/ger/archive.html?siteSect=883&sid=10245439&ty=st; RICHARD MEIER, 2008.

¹⁰⁴ Wirtschaftliche Störungen des Betriebs (Wirtschaftsrisiko) gehen zu Lasten der Arbeitgeberin. Ihre Folgen sind auch von dieser zu tragen, wenn sie diese nicht verschuldet hat (REHBINDER, 2002, Rz. 206; SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 324 OR N 13 f.).

¹⁰⁵ Mit dem gleichen Argument könnten sonst auch sämtliche Hypothekarschuldner hinsichtlich eines sprunghaft gestiegenen Zinsniveaus ihre Zahlungen an die Banken einstellen.

¹⁰⁶ REHBINDER, 2002, Rz. 207.

¹⁰⁷ REHBINDER, 2002, Rz. 209.

¹⁰⁸ GEISER/MÜLLER, 2005, Rz. 360; BRÜHWILER, 1996, Art. 324 OR N 6a.

¹⁰⁹ STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 324 OR N 7.

¹¹⁰ STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 324 OR N 7.

E) Aufhebungsvertrag

Ein Arbeitsverhältnis kann nicht nur durch einseitige Kündigung, sondern jederzeit und formlos, nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auch mittels Aufhebungsvertrag beendet werden.¹¹¹ Als eine Art der Vertragsänderung ist der Aufhebungsvertrag ebenso wie die Kurzarbeit nur im gegenseitigen Einverständnis möglich.¹¹² Die übereinstimmenden Parteiwillen haben sich dabei auf sämtliche wesentliche Punkte zu beziehen und müssen in ihren Zugeständnissen gleichwertig sein, da mit dem Aufhebungsvertrag keine zwingenden Vorschriften zum Schutz des Arbeitnehmers vor Kündigung umgangen werden dürfen.¹¹³ Bei Aufhebungsverträgen bzgl. Arbeitsverhältnissen kann deshalb nur in eindeutigen Fällen des gegenseitigen Entgegenkommens auf Zulässigkeit geschlossen werden,¹¹⁴ da mit dem Aufhebungsvertrag auf den Kündigungsschutz verzichtet wird. Dieses Erfordernis schliesst eine konkludente Verzichtserklärung jedoch nicht aus¹¹⁵.

Da sich der Aufhebungsvertrag auf die gesamte Rechtsbeziehung bezieht, welche Forderungen überhaupt erst entstehen lässt, und damit die Bildung neuer Forderungen verhindert und nicht bereits bestehende, sondern künftige Forderungen betrifft, ist das Verbot von Art. 341 Abs. 1 OR – entgegen der bundesgerichtlichen Praxis¹¹⁶ – auf den Aufhebungsvertrag nicht anwendbar.¹¹⁷

F) Kündigung

Befindet sich ein Unternehmen in der Krise, lassen Umstrukturierungen selten lange auf sich warten. Eine gängige Methode, um dringend benötigte Mittel einzusparen, stellt die Entlassung von Arbeitnehmern dar. Doch die vordergründig einfache Aktion mit offensichtlichen, einschneidenden Folgen für die Arbeitnehmer, kann den Betrieb bei unsorgfältigem oder übereiltem Handeln teuer zu stehen kommen. Es ist daher stets zu untersuchen, ob bei

¹¹¹ RAINER GONZENBACH, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel 2007, Art. 115 OR N 8; Hier und im Folgenden REHBINDER, 1985, Art. 335 N 2 und 15.

¹¹² STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 320 OR N 4.

¹¹³ REHBINDER, BK, 1992, Art. 335 OR N 2.

¹¹⁴ GONZENBACH, BsK, 2007, Art. 115 OR N 5.

¹¹⁵ PORTMANN, BsK, 2007, Art. 341 OR N 5; GONZENBACH, BsK, 2007, Art. 115 OR N 6.

¹¹⁶ BGE 108 II 60 f.; 110 II 170 f.

¹¹⁷ PORTMANN, BsK, 2007, Art. 341 OR N 3 und 6.

der Umstrukturierung durch Entlassungen der Tatbestand von Art. 335d ff. OR erfüllt wird, das heisst, ob es sich dabei um eine Massentlassung handelt. Sollte dies der Fall sein, muss das Unternehmen wegen der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Massentlassung bestimmte Verfahrensvorschriften beachten.

Nachfolgend soll zunächst die Kündigung im Allgemeinen kurz skizziert werden. Danach wird der Anwendungsbereich der Artikel über die Massentlassung und das dazugehörige Verfahren sowie die Folgen, die bei einer allfälligen Nichteinhaltung dieser Vorschrift zu gewärtigen sind, dargestellt. Zudem soll die Änderungskündigung als Schnittmenge zwischen Vertragsänderungen und Kündigungen beleuchtet werden.

1. Kündigung im Allgemeinen

Bei der Kündigung handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft.¹¹⁸ Man unterscheidet dabei zwischen der ordentlichen und der ausserordentlichen Kündigung.¹¹⁹ Eine Kündigung ist des Weiteren eine empfangsbedürftige Willenserklärung und erfasst das gesamte Arbeitsverhältnis, was zur Folge hat, dass – soweit nichts Weiteres abgemacht wurde – keine Kündigung einzelner Vertragsteile vorgenommen werden kann.¹²⁰ Sie ist grundsätzlich an keine besondere Form gebunden¹²¹ und wird mit Zugang beim Gekündigten wirksam.¹²² Weiter muss die Kündigung den Willen des Kündigenden, das Vertragsverhältnis auflösen zu wollen, klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringen.¹²³ Der Rechtsnatur nach ist eine Kündigung ein Gestaltungsrecht und daher grundsätzlich bedingungsfeindlich, was die Nichtigkeit einer solchen bedingten Kündigung zur Folge hätte.¹²⁴ Zulässig sind allerdings sog. Potestativbedingungen.¹²⁵ Eine solche ist gegeben und zulässig, «si la réalisation de cette condition dépend uniquement de la volonté de la personne à qui

¹¹⁸ GEISER/MÜLLER, 2005, Rz. 400.

¹¹⁹ Im Folgenden wird von der ordentlichen Kündigung ausgegangen.

¹²⁰ JEAN-LOUIS DUC/OLIVIER SUBILIA, *Commentaire du contrat individuel de travail*, Lausanne 1998, Art. 335 OR N 11.

¹²¹ GABRIEL AUBERT, in: Luc Thenevoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, Art. 1-529 OR, Genève 2003, Art. 335d OR N 2.

¹²² DUC/SUBILIA, 1998, Art. 335 OR N 3; AUBERT, CR, 2003, Art. 335 OR N 4;

¹²³ PORTMANN, BsK, 2007, Art. 335 OR N 8.

¹²⁴ CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/ROLF A. TOBLER, *Le contrat de travail – code annoté*, 2. & 3. Aufl., Lausanne 2001, Art. 335 OR N 1.1; DUC/SUBILIA, 1998, Art. 335 OR N 9.

¹²⁵ DUC/SUBILIA, 1998, Art. 335 OR N 9.

le congé est signifié».¹²⁶ Der Sinn dieser Bedingungsfeindlichkeit der Kündigung liegt darin, dass die gekündigte Partei sich auf diese verlassen kann.¹²⁷ Ist die Gültigkeit der Kündigung allerdings alleine vom Willen der gekündigten Partei abhängig, so wird dieser Schutz überflüssig.

Grundsätzlich ist die ordentliche Kündigung vom Belieben des Kündigenden abhängig.¹²⁸ Dem Grundsatz nach bedarf die ordentliche Kündigung, im Gegensatz zur ausserordentlichen, nach Frist keiner besonderen Begründung.¹²⁹

2. Massentlassungen

Anwendungsbereich

Unter den *sachlichen Anwendungsbereich* der Bestimmungen über die Massentlassungen fallen nur privatrechtliche Anstellungsverhältnisse, also alle Arbeitsverhältnisse, bei welchen ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen wurde und wo die Arbeit fremdbestimmt verrichtet wird.¹³⁰ Dies folgt daraus, dass die Bestimmungen über die Massentlassungen im Obligationenrecht (Art. 335d ff.) geregelt wurden und damit öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse grundsätzlich ausschliessen.¹³¹ Demgegenüber gelten aber bei den von der öffentlichen Hand privatrechtlich angestellten Personen die Bestimmungen über die Massentlassung.¹³² Es wäre nämlich nicht befriedigend, diesen den Schutz der Art. 335d ff. OR zu versagen und sie gleichzeitig auch vom Schutz auszunehmen, welcher einem Beamten zukommt.^{133,134} Durch das Kriterium der Fremdbestimmung der zu leistenden Arbeit werden

¹²⁶ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, 2001, Art. 335 OR N 1.1.

¹²⁷ Hier und im Folgenden THOMAS GEISER, Die Änderungskündigung im Schweizerischen Arbeitsrecht, in: AJP 1999, S. 63 f.

¹²⁸ Zu beachten ist jedoch der zeitliche und sachliche Kündigungsschutz.

¹²⁹ GEISER/MÜLLER, 2005, Rz. 401.

¹³⁰ ROLAND MÜLLER, Die neuen Bestimmungen über die Massentlassung, in: ArbR 1995, S. 110.

¹³¹ Hier und im folgenden THOMAS GEISER, in: Thomas Geiser/Peter Münch (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung, Basel/Frankfurt 1997, S. 89.

¹³² STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335d OR N 2.

¹³³ MÜLLER, ArbR 1995, S. 109.

¹³⁴ In diesem Fall müssen gemäss GEISER bei der Bestimmung der Anzahl der in der Regel in diesem Betrieb beschäftigten Personen alle Angestellten des öffentlichen Betriebes einbezogen werden. Ebenso sind alle Entlassungen und nicht nur jene der privatrechtlich Angestellten zu berücksichtigen (GEISER, 1997, S. 89).

u.a. selbständige Unternehmer, geschäftsführende Organe oder juristische Personen vom Anwendungsbereich ausgenommen.¹³⁵

Gemäss Art. 335e Abs. 2 OR gelten die Bestimmungen über die Massenentlassungen nicht für Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheidungen. Der im Gesetz verwendete Begriff «gerichtliche Entscheidung» ist allerdings zu eng und sollte daher als «behördliche Verfügung» verstanden werden.¹³⁶ Mit diesem Absatz werden Kündigungen, welche nicht dem freien Willen des Arbeitgebers entspringen, vom Anwendungsbereich ausgenommen.¹³⁷

Die Bestimmungen über die Massenentlassung weisen zum einen individualarbeitsrechtliche Elemente – insbesondere den Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen des einzelnen Arbeitnehmers – und zum anderen Elemente des kollektiven Arbeitsrechts – namentlich die Sicherstellung der behördlichen Mitwirkungsmöglichkeiten – auf, was ihnen eine Doppelnatur verschafft.¹³⁸

Folglich ist auch im *räumlichen Anwendungsbereichs* aufgrund der unterschiedlichen Regelung im schweizerischen IPRG nach diesen beiden Kriterien zu differenzieren.¹³⁹

Grundsätzlich ist gemäss Art. 121 Abs. 1 IPRG im individualarbeitsrechtlichen Bereich für einen Arbeitsvertrag¹⁴⁰ das Recht desjenigen Staates anwendbar, in welchem gewöhnlich die Arbeit verrichtet wird (*lex loci laboris*). Sollten mehrere solche Orte in Frage kommen, so ist gemäss Art. 121 Abs. 2 IPRG an die Niederlassung, den Wohnsitz und den gewöhnlichen Aufenthalt des Arbeitgebers anzuknüpfen.¹⁴¹ Diese drei Anknüpfungen stehen in einem subsidiären Verhältnis zueinander, so dass nach Möglichkeit zuerst an die

¹³⁵ MÜLLER, ArbR 1995, S. 110.

¹³⁶ REHBINDER, 2002, Rz. 345; ebenso THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in Vito Roberto (Hrsg.), Sanierung einer AG – Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. Aufl., Zürich 2003, S. 176.

¹³⁷ GEISER, 1997, S. 89 f.

¹³⁸ MÜLLER, ArbR 1995, S. 108.

¹³⁹ GEISER, 1997, S. 88.

¹⁴⁰ Mit Arbeitsvertrag sind sowohl ausdrücklich vertraglich basierte sowie aber auch faktische Arbeitsverhältnisse erfasst (MAX KELLER/JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, in: Daniel Girsberger/Anton Heini/Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, Art. 121 IPRG N 3).

¹⁴¹ Gemäss SCHWANDER ist dies eine vom Gesetz festgeschriebene Verlegenheitslösung, da es vermutlich häufig durch das (international) zwingende Recht vom jeweiligen Arbeitsort i.S.v. Art. 18 resp. 19 IPRG durchbrochen wird. Besser wären seiner Ansicht nach Anknüpfungen an den gewichtigeren Arbeitsort o.ä. sachgerechter (IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, 2. Aufl., Band 2, St.Gallen/Lachen 1998, S. 256 f.).

Niederlassung und erst danach an den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft werden soll.¹⁴² Gemäss Art. 121 Abs. 3 IPRG können die Parteien aber auch mittels Rechtswahl den Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, unterstellen.

In Bezug auf den räumlichen Anwendungsbereich der Kollektivarbeitsverträge resp. Gesamtarbeitsverträge (GAV) geht die herrschende Lehre davon aus, dass diese nach dem Prinzip der Territorialität nur in dem Land Gültigkeit entfalten, wo diese auch abgeschlossen wurden.^{143,144}

Für den räumlichen Anwendungsbereich der Bestimmungen über die Massenentlassung bedeutet dies nun, dass für jede denkbare Konstellation genau geprüft werden muss, ob schweizerisches Recht anwendbar ist oder nicht. Sollte schweizerisches Recht einmal nicht anwendbar sein, könnten die Art. 335d ff. OR allerdings zu den «international zwingenden»¹⁴⁵ Normen gehören und deshalb i.S.v. Art. 18 IPRG dennoch zur Anwendung gelangen.¹⁴⁶

Voraussetzungen

Damit die Bestimmungen über die Massenentlassung überhaupt angewendet werden können, müssen die folgenden objektiven und subjektiven Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein.¹⁴⁷

Eine erste objektive Voraussetzung verlangt, dass das Arbeitsverhältnis gekündigt wird. Als Kündigung i.S.v. Art. 335d ff. OR zählen nur Kündigun-

¹⁴² BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédéral du 18 décembre 1987, 3. Aufl., Basel 2001, Art. 121 IPRG N 3; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, ZK, 2004, Art. 121 IPRG N 15.

¹⁴³ KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, ZK, 2004, Art. 121 IPRG N 59 f.; DUTOIT, 2001, Art. 121 IPRG N 7; GEISER, 1997, S. 88.

¹⁴⁴ In jüngster Zeit werden demgegenüber vermehrt Stimmen laut, welche Gesamtarbeitsverträge, die in der Schweiz abgeschlossen wurden auch auf Arbeitsverhältnisse anwenden wollen, bei denen die arbeitnehmende Person zwar im Ausland arbeitet, das Anstellungsverhältnis aber dem schweizerischen Recht untersteht. (GEISER, 1997, S. 88; DUTOIT, 2001, Art. 121 IPRG N 7).

¹⁴⁵ FRANK VISCHER, in: Daniel Girsberger/Anton Heini/Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, Art. 18 IPRG N 16.

¹⁴⁶ Es ist weitgehend unbestritten, dass die Art. 335d ff. OR zum relativ zwingenden schweizerischen Privatrecht gehören, obwohl sie nicht in Art. 361 OR aufgeführt sind (MÜLLER, ArbR 1995, S. 108; STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335d OR N 5). Dies heisst allerdings noch lange nicht, dass diese Bestimmungen auch «international zwingendes Recht» darstellen (VISCHER, ZK, 2004, Art. 18 IPRG N 16).

¹⁴⁷ DUC/SUBILIA, 1998, Art. 335d OR N 2.

gen, welche vom Arbeitgeber ausgesprochen wurden.¹⁴⁸ Nicht darunter fallen demnach freiwillige Kündigungen, selbst wenn sie dem Arbeitnehmer nahegelegt wurde,¹⁴⁹ sowie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Fristablauf befristeter Arbeitsverträge zum selben Zeitpunkt. Ebenso nicht zu den Kündigungen in diesem Sinne sind Aufhebungsverträge zu rechnen, sofern keine Umgehung vorliegt, sowie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers oder – ausnahmsweise – des Arbeitgebers.¹⁵⁰ Unwesentlich ist aber, ob die Kündigung ordentlich oder ausserordentlich, gerechtfertigt oder ungerechtfertigt war.¹⁵¹ Zudem ist nur die Kündigung vorausgesetzt, nicht auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund dieser Kündigung.¹⁵²

Ein zweites objektives Kriterium ist die Mindestanzahl von Entlassungen. Diese variiert je nach der Grösse des Betriebes.^{153,154} In einem Betrieb, der gewöhnlich zwischen 20 und 100 Arbeitnehmer beschäftigt, gelten 10 Kündigungen als Massenentlassung. Hingegen wird die Grenze zur Massenentlassung in einem Betrieb, welcher normalerweise zwischen 100 und 300 Arbeitnehmer beschäftigt, erst beim Erreichen von mindestens 10% der gewöhnlich Angestellten überschritten. In jedem Fall aber gelten ab 30 Entlassungen die Art. 335d ff. OR.

Um die erforderliche Anzahl an Kündigungen genau festlegen zu können, muss als drittes Kriterium die Anzahl der gewöhnlich in einem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer bestimmt werden. Ziel dieser Voraussetzung ist es, kurzfristige Schwankungen – beispielsweise aus saisonalen Gründen¹⁵⁵ –

¹⁴⁸ Hier und im Folgenden STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335d OR N 2. Nicht dazu zählen gemäss Art. 335e Abs. 2 OR Kündigungen im Rahmen einer Betriebseinstellung infolge gerichtlicher Entscheidung.

¹⁴⁹ Nach AUBERT sind aber die vom Arbeitgeber «provozierten» Kündigungen zu den für die Massenentlassung relevanten Kündigungen zu zählen (GARIEL AUBERT, Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben, in: AJP 1994, S. 700). GEISER schränkt das Dazuzählen der provozierten Kündigung noch dahingehend ein, dass er eine Drohung seitens des Arbeitgebers fordert, das Arbeitsverhältnis, falls der Arbeitnehmer nicht kündigt, von sich aus zu kündigen (GEISER, 1997, S. 94).

¹⁵⁰ PORTMANN, BsK, 2007, Art. 335d OR N 2.

¹⁵¹ PORTMANN, BsK, 2007, Art. 335d OR N 3.

¹⁵² THOMAS GEISER, Massenentlassungen – Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Verfahren, in: AJP 1995, S. 1417.

¹⁵³ GEISER, 1997, S. 100. Vgl. dazu Art. 335d OR.

¹⁵⁴ Der «Betrieb» definiert sich als auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt.

¹⁵⁵ Saisonbetriebe sind nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen. Allerdings wird die Auflösung der Arbeitsverhältnisse durch Ablauf des Arbeitsvertrages – wie bereits oben dargelegt – nicht als Kündigung gewertet (GEISER, AJP 1995, S. 1417).

auszugleichen.¹⁵⁶ Erfasst wird die Anzahl Kündigungen pro Betrieb.¹⁵⁷ Um die Anwendbarkeit der Art. 335d ff. OR nicht von der natürlichen Personalfuktuation abhängig zu machen, schlägt GEISER vor, auf die durchschnittliche Anzahl Beschäftigte während eines Jahres vor den Kündigungen – mit entsprechenden Kürzungen dieser Frist bei Saisonbetrieben – als objektives Kriterium für die Berechnung der gewöhnlich in einem Betrieb arbeitenden Personen, abzustellen.^{158,159} Dazu gezählt werden auch Arbeitnehmer, welchen bereits vorher gekündigt wurde, deren Arbeitsverhältnis jedoch noch nicht beendet ist.¹⁶⁰

Es werden nur die in der Regel beschäftigten Personen in einem Betrieb erfasst. Beim Verfahren der Massenentlassung soll nach AUBERT dieser Begriff relativ weit gefasst werden, so dass geographisch nahe beieinanderliegende Betriebe als Einheit betrachtet werden können.¹⁶¹ Geographische Nähe bedeutet nach FAVRE/MUNOZ/TOBLER die Zuständigkeit eines Arbeitsamtes für alle Betriebe i.e.S. einer Einheit.¹⁶²

Die relevanten Kündigungen müssen als viertes objektives Kriterium innert 30 Tagen in einem Betrieb ausgesprochen werden.¹⁶³ Für GEISER ist die Absendung der Kündigung entscheidend, da nur dieser Zeitpunkt vom Arbeitgeber genau bestimmt werden kann.¹⁶⁴ Die genaue Bestimmung ist nötig, da der Arbeitgeber im Voraus bestimmen muss, ob es sich um eine Massenentlas-

¹⁵⁶ GEISER, AJP 1995, S. 1417.

¹⁵⁷ AUBERT, AJP 1994, S. 701.

¹⁵⁸ GEISER, AJP 1995, S. 1417. Ebenfalls ein objektives Kriterium fordert AUBERT, der allerdings eine fixe Frist von 6 Monaten vorschlägt (AUBERT, AJP 1994, S. 701). A.M. STAEHELIN, welcher alle Inhaber gewöhnlicher Stellen, egal wie lange das Arbeitsverhältnis dauert, in die Kalkulation miteinbeziehen will (STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335d OR N 4).

¹⁵⁹ In Bezug auf Ersatz- und Aushilfskräfte sowie Teilzeitangestellte sind die Meinungen höchst kontrovers und die Lösungsvorschläge weichen stark voneinander ab. Vgl. dazu WYLER, 2002, S. 350 f.; DUC/SUBILIA, 1998, Art. 335d N 4; STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335d OR N 4.

¹⁶⁰ STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335d OR N 4; DUC/SUBILIA, 1998, Art. 335d OR N 5.

¹⁶¹ AUBERT, AJP 1994, S. 701.

¹⁶² FAVRE/MUNOZ/TOBLER, 2001, Art. 335d N 1.5; GEISER, AJP 1995, S. 1417. A.M. WYLER, 2002, S. 352.

¹⁶³ Es sind Kalendertage und nicht etwa Arbeitstage gemeint (MÜLLER, ArbR 1995, S. 117).

¹⁶⁴ Hier und im Folgenden GEISER, AJP 1995, S. 1417. A.M. ist STAEHELIN, für den der Zeitpunkt massgebend ist, an dem die Kündigungserklärungen den Arbeitnehmern zugeht (STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335d OR N 4); ebenfalls a.M. AUBERT, CR, 2003, Art. 335d OR N 4.

sung handelt oder nicht.¹⁶⁵ Für die Ansicht, dass die Absendung den massgeblichen Zeitpunkt darstellt, spricht auch der Wortlaut des Gesetzes, der den Begriff «Aussprechen» (Art. 335d Abs. 1 OR) enthält. Dabei ist nicht von Bedeutung, auf welchen Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis gekündigt werden soll.¹⁶⁶

Als einziges subjektives Kriterium darf fünftens und letztens die Kündigung nicht mit der Person des Arbeitnehmers zusammenhängen. Nicht mit der Person des Arbeitnehmers zusammenhängend sind beispielsweise Kündigungen, die als Folge einer Restrukturierungs- oder Rationalisierungsmassnahme, Produktionsverlagerungen oder Betriebsschliessung ausgesprochen werden.¹⁶⁷ Demgegenüber sind Kündigungen, die aus disziplinarischen Gründen, wegen mangelhafter Leistungen oder Vertragsverletzungen ausgesprochen werden (unzulässige Streiks), mit der Person des Arbeitnehmers verbunden und werden daher bei der Berechnung der Anzahl Mindestentlassungen nicht mitgezählt.¹⁶⁸ Wird ein Arbeitnehmer aufgrund persönlicher Unzulänglichkeiten entlassen, muss allerdings noch geprüft werden, ob die Unzulänglichkeit durch den Betrieb mitverursacht worden ist, oder ob sie einzig in der Person des Arbeitnehmers liegt. Hat nämlich der Betrieb die Unzulänglichkeit mitverursacht, beispielsweise durch technische Änderungen im Arbeitsablauf, so sollte die Veränderung des Arbeitsplatzes als Kündigungsgrund anerkannt werden mit der Folge, dass sie bei der Berechnung der Mindestanzahl Kündigungen mitgezählt werden muss.¹⁶⁹

Besondere Pflichten und Verfahren

Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Massenentlassung in die Wege zu leiten, so hat er gemäss Art. 335f f. OR vornehmlich die Informations- und Konsultationspflicht und ein gesetzlich fixiertes Verfahren einzuhalten.¹⁷⁰

Eine Massenentlassung «beabsichtigen» heisst, diese konkret ins Auge zu fassen.¹⁷¹ Insbesondere wenn der Arbeitgeber eine Massenentlassung für den Fall projektiert, dass andere Pläne sich nicht verwirklichen lassen würden, sind die zwei Pflichten zu beachten und das Verfahren einzuhalten.¹⁷²

¹⁶⁵ So ist er bspw. verpflichtet die Konsultation einzuleiten, sobald er eine Massenentlassung plant und darf damit nicht warten, bis diese beschlossen worden ist (BGE 123 III 176 E. 4a).

¹⁶⁶ GEISER, AJP 1995, S. 1417.

¹⁶⁷ PORTMANN, BsK, 2007, Art. 335d OR N 12.

¹⁶⁸ AUBERT, AJP 1994, S. 701.

¹⁶⁹ GEISER, 1997, S. 94; AUBERT, AJP 1994, S. 701.

¹⁷⁰ WYLER, 2002, S. 355.

¹⁷¹ STREIFF/VON KAENEL, 2005, Art. 335f OR N 2.

¹⁷² BGE 123 III 176 E.4a.

Die Konsultationspflicht ist zunächst eine Pflicht zur Anhörung.¹⁷³ Angehört werden müssen gemäss Art. 335f Abs. 1 OR die Arbeitnehmervertretung und, falls eine solche nicht besteht, die einzelnen Arbeitnehmer, um ihnen die Möglichkeit zu geben, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (Art. 335f Abs. 2 OR).¹⁷⁴ Der Arbeitgeber ist aber nicht an diese Vorschläge gebunden.^{175,176} Das Bundesgericht hat in BGE 123 III 176 entschieden, dass die Konsultation nicht erst unmittelbar vor den Kündigungen, sondern frühzeitig eingeleitet und auf alle Fälle vor der Kündigung zum Abschluss gebracht werden müsse.¹⁷⁷ Dabei kann der Arbeitgeber den Konsultierten eine angemessene Frist, deren Länge sich im Einzelfall nach Treu und Glauben richtet, ansetzen.¹⁷⁸ Das Bundesgericht hat entschieden, dass eine Frist von 24 Stunden zu kurz und eine solche von vier bis sechs Wochen zu lang sei.¹⁷⁹ Diese Frist muss folglich zwei Anforderungen gerecht werden: Zum einen der Forderung der Konsultierten nach ausreichender Bedenkzeit, um fundierte Vorschläge unterbreiten zu können,¹⁸⁰ zum anderen derjenigen beider Seiten nach rascher Ausarbeitung solcher Vorschläge.¹⁸¹

Die Informationspflicht beinhaltet eine Mitteilungspflicht sowie eine Auskunftspflicht. Damit die Arbeitnehmer oder allenfalls deren Vertretung dem Arbeitgeber sinnvolle Vorschläge unterbreiten können, muss ihnen dieser von sich aus schriftlich¹⁸² gewisse Informationen zukommen lassen. Diese Mitteilungspflicht erstreckt sich gemäss Art. 335f Abs. 3 OR auf die Gründe, die Anzahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer sowie auf den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen. Im Übrigen ist gemäss Art. 335f Abs.

¹⁷³ PORTMANN, BsK, 2007, Art. 335f OR N 10.

¹⁷⁴ Beispiele für Vorschläge, welche unterbreitet werden könnten, sind Lohnkürzungen, Kurzarbeit, vorzeitige Pensionierung, Versetzungen oder die Aufstellung eines Sozialplanes (PORTMANN, BsK, 2007, Art. 335f OR N 10).

¹⁷⁵ AUBERT, CR, 2003, Art. 335f OR N 2; STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335f OR N 3.

¹⁷⁶ Neben der Pflicht zur Anhörung beinhaltet daher die Konsultationspflicht nach PORTMANN auch eine Beratungspflicht und eine Begründungspflicht, falls der Arbeitgeber die von den Konsultierten vorgebrachten Vorschläge ablehnt (PORTMANN, BsK, 2007, Art. 335f OR N 10).

¹⁷⁷ BGE 123 III 176 E. 4a bestätigt in BGE 130 III 102 E.4.2; ebenso MÜLLER, ArbR 1995, S. 126; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, 2001, Art. 335f OR N 1.1; WYLER, 2002, S. 356.

¹⁷⁸ BGE 123 III 176 E. 4b.

¹⁷⁹ BGE 123 III 176 E. 4c; WYLER schlägt eine Konsultationsfrist bei Unternehmen bis 300 Arbeitnehmer von sieben bis zehn Arbeitstagen vor (WYLER, 2002, S. 357).

¹⁸⁰ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, 2001, Art. 335f OR N 2.1.

¹⁸¹ BGE 123 III 176 E. 4b; GEISER, AJP 1995, S. 1419.

¹⁸² STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335f OR N 4.

4 OR dem kantonalen Arbeitsamt eine Kopie dieser Mitteilungen zuzustellen. Die Auskunftspflicht besagt, dass der Arbeitgeber auf Anfrage der Arbeitnehmer resp. deren Vertretung Auskünfte – beispielsweise über die Möglichkeit, vorzeitige Pensionierungen zu realisieren oder Sozialpläne auszuarbeiten – erteilen muss.¹⁸³

Art. 335f. OR stellt relativ zwingendes Recht dar, was es nicht ermöglicht, ihn zu Lasten der Arbeitnehmer abzuändern.¹⁸⁴

Die Marginalie von Art. 335g OR lautet «Verfahren». Dies ist dahingehend missverständlich, als von dieser Bestimmung nur ein Teil des bei einer Massenentlassung zu beachtenden Verfahrens geregelt wird, namentlich das Informieren des kantonalen Arbeitsamtes.¹⁸⁵ Die weiteren Verfahrensteile wurden vorstehend bereits behandelt. Bemerkenswert an den Abs. 1-3 dieser Bestimmung ist ihre öffentlich-rechtliche Natur und damit ihr Fremdkörpercharakter im schweizerischen Arbeitsrecht. Gemäss Art. 335g Abs. 1 OR ist ein Arbeitgeber verpflichtet, jede beabsichtigte Massenentlassung schriftlich dem kantonalen Arbeitsamt anzuzeigen sowie den Arbeitnehmern resp. deren Vertretung eine Kopie davon zuzustellen. Die Anzeige sollte demnach grundsätzlich vor der Kündigung erfolgen¹⁸⁶ und muss die Ergebnisse der Konsultation der Arbeitnehmer oder deren Vertretung und alle zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigten Massenentlassungen enthalten (Art. 335g Abs. 2 OR).

In einem nächsten Schritt sucht das kantonale Arbeitsamt nach Lösungen, auch mittels Vermittlungsverhandlungen,¹⁸⁷ um die von der beabsichtigten Massenentlassung aufgeworfenen Probleme zu lösen, wobei die Arbeitnehmer resp. deren Vertretung Bemerkungen anbringen können (Art. 335g Abs. 3 OR). Diese Bemühungen sollte das kantonale Arbeitsamt aber entgegen dem Wortlaut des Gesetzes nicht erst nach der Konsultation nach Art. 335f Abs. 2 OR, sondern bereits nach Empfang der Kopie der Mitteilung gemäss Art. 335f Abs. 3 OR aufnehmen.¹⁸⁸

In Abs. 4 desselben Artikels ist eine materiellrechtliche Bestimmung enthalten.¹⁸⁹ Diese hält fest, dass die im Rahmen einer Massenentlassung ausgesprochenen Kündigungen erst nach Ablauf von 30 Tagen nach dem Eingang

¹⁸³ PORTMANN, BsK, 2007, Art. 335f OR N 4.

¹⁸⁴ WYLER, 2002, S. 357.

¹⁸⁵ Hier und im Folgenden STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335g OR N 1.

¹⁸⁶ MÜLLER, ArbR 1995, S. 131.

¹⁸⁷ GEISER, 1997, S. 108; STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335g OR N 3.

¹⁸⁸ STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335g OR N 3.

¹⁸⁹ STAEHELIN, ZK, 1996, Art. 335g OR N 1.

der Anzeige beim kantonalen Arbeitsamt der beabsichtigten Massenentlassung ihre Wirkung entfalten und das Arbeitsverhältnis auflösen können.^{190,191}

Rechtsfolgen

Es sind zwei verschiedene Rechtsfolgen für zwei verschiedene Gesetzesverstösse vorgesehen.¹⁹² Bei Verletzung des Verfahrens gegenüber den Arbeitnehmern ist die Kündigung zwar gültig, sie ist aber missbräuchlich und löst Entschädigungsfolgen gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. c OR für den Arbeitgeber in Höhe von maximal zwei Monatslöhnen pro Arbeitnehmer aus.¹⁹³ Demgegenüber sieht das Gesetz bei einer Verletzung des Verfahrens gegenüber dem kantonalen Arbeitsamt eine Aufschiebung des Zeitpunktes der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor.¹⁹⁴ Bei den genannten Verletzungstatbeständen hängen die Sanktionen aber zudem davon ab, ob die Arbeitsverhältnisse nicht durch einen anderen Grund beendet wurden.^{195,196}

3. Änderungskündigung

Arbeitsverhältnisse bestehen nicht für alle Zeiten unverändert fort. Häufig werden diese durch Vertragsänderungen neuen Bedingungen angepasst. Dazu stehen folgende zwei Varianten zur Verfügung:¹⁹⁷

- die einvernehmliche Abänderung der Vertragsbedingungen, welche bereits oben behandelt wurde,¹⁹⁸ und
- die (un-)eigentliche Änderungskündigung.

Die Änderungskündigung kann in die eigentliche und die uneigentliche Änderungskündigung unterteilt werden.¹⁹⁹ Von einer uneigentlichen Ände-

¹⁹⁰ MÜLLER, ArbR 1995, S. 134.

¹⁹¹ Die Bestimmungen von Art. 335g Abs. 1-3 OR stellen absolut zwingendes und Art. 335f Abs. 4 OR relativ zwingendes Recht dar (dies obwohl die Bestimmungen nicht in den Art. 361 resp. Art. 362 OR aufgeführt sind (WYLER, 2002, S. 359)), was bedeutet, dass die 30-tägige Frist verlängert, nicht aber verkürzt werden kann.

¹⁹² GEISER, 1997, S. 110.

¹⁹³ Art. 335g OR; AUBERT, AJP 1994, S. 703; GEISER, 1997, S. 110.

¹⁹⁴ WYLER, 2002, S. 359; GEISER, 1997, S. 110.

¹⁹⁵ GEISER, 1997, S. 110.

¹⁹⁶ Zu diesen beiden Sanktionen können bei Verletzung dieser Bestimmungen auch noch vertragliche Wirkungen und verwaltungsstrafrechtliche Folgen hinzutreten (GEISER, 1997, S. 110).

¹⁹⁷ GEISER, 1997, S. 97.

¹⁹⁸ Kapitel III. A).

¹⁹⁹ GEISER, AJP 1999, S. 61.

rungskündigung spricht man, wenn einer Vertragspartei unter Androhung der Kündigung eine Offerte für einen Änderungsvertrag vorlegt und eine Kündigung ausspricht, wenn diese Offerte von der Gegenpartei nicht angenommen wird.²⁰⁰ Dagegen spricht man von einer eigentlichen Änderungskündigung, wenn eine Partei durch Kündigung des geltenden Arbeitsvertrages mit gleichzeitiger neuer Vertragsofferte die Bedingungen desselben anzupassen versucht.²⁰¹ Von der eigentlichen Änderungskündigung wird im Folgenden ausgegangen. Zu beachten ist, dass mit der Änderungskündigung vornehmlich nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern dessen Weiterführung mit veränderten Rechten und Pflichten beabsichtigt wird.

Wie weiter oben ausgeführt wurde,²⁰² ist eine Kündigung grundsätzlich bedingungsfeindlich. Die Änderungskündigung ist im Prinzip auch eine bedingte Kündigung, gegen die aber, trotz der Druckausübung, grundsätzlich nichts einzuwenden ist, da die Fortführung des Arbeitsverhältnisses alleine bei der Gegenpartei liegt.²⁰³

Das Bundesgericht entschied zudem in BGE 123 III 246, dass Änderungskündigungen auch nicht *a priori* missbräuchlich i.S.v. Art. 336 OR seien, denn eine Anpassung eines Arbeitsvertrages an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Bedürfnisse müsse möglich und zulässig sein.²⁰⁴ Es darf also mit der Kündigungsandrohung ein gewisser Druck ausgeübt werden, solange er nicht dazu ausgenützt wird, eine unbillige²⁰⁵ Vertragsänderung zu ungunsten der Gegenpartei durchzusetzen, welche sachlich nicht gerechtfertigt werden kann.²⁰⁶ Des Weiteren kann die Änderungskündigung auch aufgrund des Vorgehens – beispielsweise bei einer Rache Kündigung oder einer zu kurzen Bedenkfrist – missbräuchlich sein.²⁰⁷ Sind zudem die in Kapitel III. D) 2. aufgeführten Voraussetzungen der Art. 335d ff. OR gegeben, so sind

²⁰⁰ GEISER/MÜLLER, 2005, Rz. 476.

²⁰¹ STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 335 OR N 3; im Folgenden BGE 123 III 246 E. 3; BEAT BARTH, Die Änderungskündigung im Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1990, S. 22.

²⁰² Kapitel III. D) 1.

²⁰³ STREIFF/VON KAENEL, 2006, Art. 335 OR N 3.

²⁰⁴ BGE 123 III 246 E. 3b; An dieser Stelle sei angemerkt, dass Änderungskündigungen selbstverständlich sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer ausgesprochen werden können (PORTMANN, BsK, 2007, Art. 335 OR N 9).

²⁰⁵ Ob eine Anpassung unbillig ist oder nicht, entscheidet sich gemäss GEISER danach, wie gross der Unterschied des neuen zum alten Arbeitsvertrag ist sowie wie bedeutend diese Änderung für die gekündigte Partei ist (GEISER, AJP 1999, S. 64).

²⁰⁶ WYLER, 2002, S. 70. «Sachlich gerechtfertigt» meint durch betriebliche oder marktbedingte Gründe gerechtfertigt, wie bspw. durch eine Kündigung aufgrund einer Umstrukturierung oder einer schlechten Ertragslage (GEISER, AJP 1999, S. 64).

²⁰⁷ GEISER, AJP 1999, S. 65.

auch die Bestimmungen über die Massentlassung und das dazugehörige Verfahren zu beachten.²⁰⁸

Beim Ausspruch einer Änderungskündigung ist die kündigende Partei allerdings, sofern kein Grund für eine fristlose Auflösung vorliegt, wie bei der ordentlichen Kündigung an die Kündigungsfristen gebunden.²⁰⁹ Der alte Vertrag mit den alten Bedingungen gilt bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter. Diese beginnt allerdings bereits mit dem Ausspruch der Kündigung und nicht erst mit dem Eintritt der Bedingung zu laufen.²¹⁰

Welche Wirkung die Änderungskündigung hat, entscheidet sich nach der Wahl, die der Gekündigte trifft und danach, ob die Änderungskündigung grundsätzlich zulässig oder unzulässig ist.²¹¹ Dem Gekündigten stehen dabei die folgenden Alternativen zur Verfügung:

- Annahme der Änderung: Die Kündigung fällt dahin, sofern sie bereits ausgesprochen worden ist, und das Arbeitsverhältnis wird ab dem im Änderungsvertrag bestimmten Zeitpunkt unter den veränderten Bedingungen fortgesetzt;
- Ablehnung der Änderung: Der Arbeitsvertrag gilt bis zum Ablauf der Kündigungsfrist mit den bisherigen Bedingungen weiter;
- Gegenofferte: Nimmt die Arbeitgeberin die neue Offerte an, so gilt das gleiche wie für die Annahme der Änderung. Lehnt die Arbeitgeberin hingegen ab, sind die Folgen von der genauen Ausgestaltung der Gegenofferte abhängig;
- Schweigen: Liegt eine unbedingte Änderungskündigung vor, ist diese wirksam. Bei einer bedingten Änderungskündigung muss zwischen resolutiver und suspensiver Bedingtheit unterschieden werden. Bei ersterer führt das Schweigen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbei, bei letzterer bewirkt das Schweigen, dass die Kündigungsfrist nicht zu laufen beginnt.

Zu beachten ist allerdings, dass bei einer zulässigen Änderungskündigung keine Entschädigung geschuldet ist. Ebenso wenig ist eine Entschädigung geschuldet, wenn die Änderungskündigung zwar unzulässig ist, die Gegenpartei den Änderungen allerdings zugestimmt hat. Denn Art. 336a OR setzt für die Entschädigungspflicht voraus, dass das Arbeitsverhältnis wegen der missbräuchlichen Kündigung tatsächlich beendet worden ist.

²⁰⁸ GEISER, AJP 1999, S. 65.

²⁰⁹ Hier und im Folgenden PORTMANN, BsK, 2007, Art. 335 OR N 9.

²¹⁰ GEISER, AJP 1999, S. 64.

²¹¹ Hier und im Folgenden, dort aber ausführlicher GEISER, AJP 1999, S. 66 ff.

IV. Fazit

Die Arbeitgeberin hat innerhalb der Grenzen der zwingenden Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes verschiedene Möglichkeiten auf Krisen zu reagieren. Diese wurden mit dem vorliegenden Beitrag untersucht und es lassen sich folgende Ergebnisse zusammenfassen:

- Die Arbeitgeberin ist zwar grundsätzlich dazu verpflichtet, ihre Arbeitnehmer zu entlohnen. Trotzdem kann sie ausnahmsweise – unter eng umschriebenen Voraussetzungen – einen Teil des Lohnes zurückbehalten und zurückfordern. Als Massnahme zur Krisenbewältigung stehen ihr jedoch mangels Erfüllung der Voraussetzungen weder der Lohnrückbehalt noch die Lohnrückforderung jemals als Option zur Auswahl.
- Die Arbeitgeberin ist zwar in der Regel nicht zur Auszahlung von Gratifikationen resp. Boni verpflichtet, jedoch können diese, sind sie einmal ausbezahlt, grundsätzlich ebenfalls nicht zurückgefordert werden. Die Rückforderung von Boni ist lediglich möglich sofern die Gratifikation an eine so genannte Rückzahlungsklausel gebunden wurde. Deren Geltung ist allerdings wiederum von bestimmten Voraussetzungen abhängig.
- Der Arbeitgeberin steht weiter die einvernehmliche Vertragsänderung als Möglichkeit zur innerbetrieblichen Krisenbewältigung zur Verfügung. Diese ist in ihrem weiteren Sinn zu verstehen und umfasst als solche auch die Sonderformen der Kurzarbeit und des Aufhebungsvertrages.
- Lässt sich keinen gegenseitigen Parteiwillen zur einvernehmlichen Vertragsänderung herbeiführen, besteht die Möglichkeit der (Änderungs-)Kündigung. Diesbezüglich hat die Arbeitgeberin, sofern mehreren Arbeitnehmern gekündigt werden soll, die Bestimmungen über die Massenentlassung im Auge zu behalten und gegebenenfalls das entsprechende Verfahren einzuhalten.

Alles in Allem kann gesagt werden, dass trotz Verträgen und zwingender gesetzlicher Bestimmungen der Arbeitgeberin eine ganze Palette von zulässigen individualarbeitsrechtlichen Möglichkeiten zur Verfügung steht, um in einer Krise zu (re)agieren. Jegliche Mittel sind bei einer Krisenbekämpfung jedoch nicht zugelassen. Es gilt daher, die grundsätzlich zulässigen Mittel sinnvoll einzusetzen.