

Übertragung neuer Aufgaben und Zuweisung eines neuen Arbeitsortes ohne Änderung des Arbeitsvertrages



Dr. iur. ROLAND MÜLLER,
Rechtsanwalt, Staad SG

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
 - 1. Problemstellung
 - 2. Gesetzliche Regelungen
 - 2.1. Überblick
 - 2.2. Konkrete gesetzliche Regelungen
- II. Arbeitsverträge ohne besondere Klauseln
 - 1. Vertragsauslegung im Allgemeinen
 - 2. Arbeitsort
 - 2.1. Definition
 - 2.2. Änderungsmöglichkeiten
 - 3. Aufgaben
 - 3.1. Definition
 - 3.2. Änderungsmöglichkeiten
 - 4. Grenzen des Weisungsrechts
 - 4.1. Nichtige Weisungen
 - 4.2. Persönlichkeitsschutz
 - 4.3. Arbeitsschutzbestimmungen
- III. Arbeitsverträge mit besonderen Klauseln
 - 1. Formvorschriften
 - 2. Vertragsfreiheit
 - 2.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen
 - 2.1.1. Problematik der Gültigkeit
 - 2.1.2. Geltungskontrolle
 - 2.1.3. Auslegungskontrolle
 - 2.1.4. Inhaltskontrolle
 - 2.1.5. Einschränkung des Weisungsrechts
 - 2.2. Einzelne Klauseln
- IV. Beispiele aus der Gerichtspraxis
 - 1. Versetzung an einen anderen Arbeitsort
 - 2. Rückruf von einem Auslandseinsatz
 - 3. Fristlose Entlassung infolge Arbeitsverweigerung wegen geänderten Aufgaben
- V. Rechtsfolgen unzulässiger Vertragsänderungen
 - 1. Recht auf Arbeitsverweigerung
 - 2. Kündigungsschutz
- VI. Zusammenfassung und Ausblick

I. Einleitung

1. Problemstellung

Die Übertragung neuer Aufgaben oder die Zuweisung eines neuen Arbeitsortes erscheinen auf den ersten Blick als Vertragsänderungen und der Titel daher widersprüchlich.

Doch aus einem gültig geschlossenen Arbeitsvertrag resultieren nicht nur verschiedene Hauptpflichten, sondern auch wesentliche Nebenpflichten¹ (Treuepflicht, Sorgfaltspflicht usw.).

Im Folgenden soll nun untersucht werden, inwiefern es zulässig ist, innerhalb eines bestehenden Arbeitsverhältnisses und unter Berufung auf die daraus resultierenden Nebenpflichten, dem Arbeitnehmer neue Aufgaben zu übertragen oder ihn an einen neuen Arbeitsort zu verweisen, ohne den Arbeitsvertrag ändern zu müssen. Welche Rechtsfolgen dabei ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers mit sich bringen kann, soll ebenfalls erörtert werden.

Zunächst ist zu prüfen, inwieweit ein einfacher Arbeitsvertrag, d.h. ein Vertrag ohne besondere Klauseln oder Vorbehalte ausdrücklich oder stillschweigend bezüglich Ort, Zeit und Art der Arbeit vom Arbeitgeber angepasst werden kann bzw. darf und wo allenfalls Schranken solcher Modifikationen liegen.

In einem nächsten Schritt ist die Zulässigkeit von Änderungen wesentlicher Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber zu prüfen, wenn vertraglich besondere Klauseln im Hinblick auf solche Änderungen vorbehalten wurden.

Die Möglichkeit, die Arbeitsbedingungen den veränderten Verhältnissen mittels der sog. Änderungskündigung anzupassen, wird hier nicht weiter erläutert².

2. Gesetzliche Regelung

2.1. Überblick

Im schweizerischen Arbeitsrecht findet sich keine Norm, welche explizit Aufschluss über die Rechtslage bei Vertragsänderungen gibt. Vielmehr waren und sind immer noch Lehre und Rechtsprechung angehalten, aufgrund der im Zivilrecht vorherrschenden Grundsätze³, Zulässigkeit und Schranken von Vertragsanpassungen zu konzipieren.

2.2. Konkrete gesetzliche Regelung

Zu den Pflichten des Arbeitnehmers⁴ zählt neben der persönlichen Arbeitspflicht (Art. 321 OR) auch die Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a OR), wonach der Arbeitneh-

¹ "Die Leistungspflichten zeichnen sich von den vertraglichen Nebenpflichten dadurch aus, dass sie mit Hilfe von Erfüllungsansprüchen, also mit Hilfe von Leistungs- und Unterlassungsklagen 'selbständig' verfolgt werden können, während bei Nichtbeachtung von blossen Nebenpflichten lediglich Schadenersatzansprüche entstehen" (ERNST KRAMER, Berner Kommentar VI/1/1, Art. 1-18 OR, Bern 1986. 52 f.).

² Vgl. zu dieser Möglichkeit den Aufsatz von THOMAS GEISER, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, in: AJP/PJA 1999 60 ff.

³ Treu und Glauben. Vertrauensprinzip. Zumutbarkeit usw.

⁴ Vgl. Art. 321 ff. OR.

mer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren hat. Unter dem gleichen Titel gewährt der Gesetzgeber in Art. 321d OR dem Arbeitgeber eine Weisungsbefugnis und reziprok hierzu eine diesbezügliche Befolungspflicht der Arbeitnehmer. Diese Nebenpflichten dienen damit nicht zuletzt der Förderung des von den Parteien angestrebten Vertragszwecks.

II. Arbeitsverträge ohne besondere Klauseln

1. Vertragsauslegung im allgemeinen

An sich gilt der Grundsatz "pacta sunt servanda", was bedeutet, dass der Umfang der Arbeitsleistung grundsätzlich nicht über das Vereinbarte hinausgehen dürfte und eine Änderung des einmal Vereinbarten ausgeschlossen bleiben müsste, ausser die Parteien wollen die Änderung gemeinsam⁵. Aber auch im Arbeitsvertragsrecht gilt dieser Grundsatz nicht absolut. Der Grund hierfür liegt in den Nebenpflichten des Arbeitsverhältnisses, insbesondere dem Weisungsrecht des Arbeitgebers und dem Korrelat der Befolungspflicht des Arbeitnehmers. Die Nebenpflichten des Arbeitsverhältnisses durchbrechen demnach das Prinzip der Unveränderbarkeit von Verträgen. Der Arbeitgeber hat somit grundsätzlich die Befugnis, den Inhalt der Arbeitspflicht und der Treuepflicht näher zu bestimmen und im Rahmen des Vereinbarten oder Üblichen die zu leistende Arbeit nach seinem Belieben anzupassen. Grenzen bilden dabei unbestrittenermassen⁶:

- a) die Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer,
- b) das Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB),
- c) der Schutz der Persönlichkeit vor einer übermässigen vertraglichen Bindung sowie vor einer Bindung, die gegen das Recht oder die Sittlichkeit verstösst (Art. 27 ff. ZGB),
- d) der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art. 328 OR⁷).

Was dem Arbeitnehmer noch zumutbar ist, kann nicht allgemeingültig gesagt werden. Die Zumutbarkeit bestimmt sich nach dem konkreten Arbeitsverhältnis und den konkreten Umständen; daneben muss zudem eine Abwägung zwischen den Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfolgen⁸.

Aufgrund besonderer, ausserordentlicher und nicht vorhersehbarer Umstände, wie namentlich Personalausfälle, Maschineneunterbrüche, Lieferantenausfälle, etc., kann aus der

Treuepflicht u.a. resultieren, dass der Arbeitnehmer vorübergehend auch andere als die vereinbarte Arbeit verrichten muss -- bei Dringlichkeit sogar ohne entsprechende Weisung des Arbeitgebers⁹. Als Faustregel gilt: Je weniger die Umstände vorhersehbar waren und um so kürzer die Dauer der Störung, desto eher ist es dem Arbeitnehmer zuzumuten, eine andere Arbeit zu verrichten¹⁰.

Wenn davon ausgegangen wird, dass dem Arbeitnehmer Leistungsinhaltsänderungen zuzumuten sind, stellt sich gleichzeitig die Frage, inwieweit er sich nicht allenfalls auf einen Grundlagenirrtum i.S.v. Art. 24 OR berufen könnte¹¹. Das Bundesgericht umschreibt den Grundlagenirrtum wie folgt¹²:

"Nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist an den Vertrag nicht gebunden, wer sich bei seinem Abschluss über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, der ihm notwendige Grundlage des Vertrages war und bei objektiver Betrachtung, nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, sein durfte."

Daraus ergeben sich die folgenden Anforderungen an die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums¹³.

- a) Irrtum über einen klar bestimmbar Sachverhalt,
- b) Irrtum objektiv und subjektiv wesentlich,
- c) Erkennbarkeit der Wesentlichkeit des Sachverhaltes für beide Parteien.

Umstritten ist nach wie vor, ob sich der Irrtum auch auf sog. zukünftige Sachverhalte beziehen kann. Die neuere Rechtsprechung und wohl herrschende Auffassung der Literatur geht dahin, dass auch zukünftige Sachverhalte Berücksichtigung finden können¹⁴. Diese Auffassung ist deshalb zutreffend, weil es sich bei Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR in der Sache eigentlich gar nicht um einen Irrtum handelt, sondern um eine Fehlvorstellung bei der Willensbildung, die dazu führt, dass man einen Vertrag schliesst, den man in richtiger Beurteilung der Verhältnisse überhaupt nicht oder jedenfalls nicht so abgeschlossen hätte. Als weiteres Kriterium beim Irrtum über zukünftige Sachverhalte ist die Vorhersehbarkeit heranzuziehen: Die Parteien müssen die Tatsache der gleichbleibenden Verhältnisse der Arbeitspflichten bei Abschluss des Vertrages als sicher angenommen haben¹⁵.

Ausgehend von der Problemstellung der Unternehmensumstrukturierung stellt sich somit die Frage, inwieweit in einem Arbeitsverhältnis überhaupt davon ausgegangen werden kann, dass "alles so bleibt, wie es einmal war".

⁵ PETER HIGI, Die Vertragsänderung und Art. 269d OR, in: AJP/PJA 1998 767 ff.

⁶ Statt vieler: JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, OR Art. 319-343, 2. A., Bern/Stuttgart/Wien 1996, N 3 zu Art. 321d OR.

⁷ Art. 328 OR ist eine Spezialnorm zu Art. 28 ff. ZGB über den Persönlichkeitsschutz (J. BRÜHWILER (FN6), 189).

⁸ Vgl. MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 13. A., Bern 1997, 56 und ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar V/2c, Art. 319-362 OR, 3. A., Zürich 1996, N 15 f. zu Art. 321d OR.

⁹ A. STAEHELIN (FN 8), N 11 zu Art. 321a OR.

¹⁰ TH. GEISER, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern 1983, 294.

¹¹ Es ist hier nicht der Ort, die konzeptionierten Grundlagen im Einzelnen darzulegen.

¹² BGE 97 II 43 ff.

¹³ BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar VI/2/1b, Art. 23-31 OR, Bern 1995, N 50 zu Art. 23/24 OR.

¹⁴ B. SCHMIDLIN (FN 13), N 192 ff. zu Art. 23/24 OR.

¹⁵ INGEBORG SCHWENZER, Basler Kommentar I, Art. 1-529 OR, 2. A., Basel/Frankfurt am Main 1996, N 18 zu Art. 24 mit Verweis auf BGE 109 II 105 ff.

Oder umgekehrt: Muss nicht in der heutigen Arbeitswelt davon ausgegangen werden, dass Veränderungen (Umstrukturierungen) üblich und somit geradezu Prämisse für ein funktionierendes Arbeitsverhältnis sind? Dies würde dazu führen, dass der Weg über die Berufung auf einen Grundlagenirrtum infolge Veränderung der Arbeitsverhältnisse im Rahmen der oben beschriebenen Grenzen von Beginn weg verwehrt wäre.

Obwohl die Kriterien für einen Grundlagenirrtum stets individuell und konkret zu prüfen sind, wird eine Berufung auf die Ungültigkeit eines Arbeitsvertrages wegen eines Grundlagenirrtums hinsichtlich der Befolgungspflicht des Arbeitnehmers kaum Aussicht auf Erfolg haben¹⁶.

Ändern sich bereits bestehende Vertragsverhältnisse, so wendet das BGer z.T. -- wenn auch sehr restriktiv -- die "clausula rebus sic stantibus" an, wodurch das Prinzip der Unveränderbarkeit ebenfalls durchbrochen wird. Als typisch kann folgende Formulierung des BGer gelten: "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"¹⁷. Daraus kann abgeleitet werden, dass diese Regelung erst dann Platz greift, wenn eine massive Äquivalenzstörung¹⁸ eingetreten ist, also dann, wenn die Anpassung nicht mehr mit der üblichen Weisungsbefugnis des Arbeitgebers erfolgen kann.

2. Arbeitsort

2.1. Definition

Ort der Arbeitsleistung ist die gesamte Reichweite der Arbeitsorganisation, in die der Arbeitnehmer eingegliedert ist, selbstverständlich unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit¹⁹.

Für einen Arbeitnehmer mit Kundenkontakt definiert sich sein Arbeitsort demnach nach dem üblichen Gebiet des Kundenkreises des Unternehmens. (Für einen Handwerker mit üblicher Kundenarbeit beispielsweise entsprechend enger als für einen angestellten Monteur eines überregionalen Liftherstellers).

2.2. Änderungsmöglichkeiten

Als Ausfluss des Weisungsrechtes des Arbeitgebers ist es zulässig, den Arbeitnehmer auch ohne seine Zustimmung im Rahmen des bisherigen Tätigkeitsbereiches an einen anderen Arbeitsplatz desselben Betriebes zu versetzen, sofern damit keine Lohnkürzung verbunden ist. Hingegen

ist die Versetzung in einen anderen Betrieb desselben Arbeitgebers gegen den Willen des Arbeitnehmers nur gestattet, soweit sie ihm zumutbar ist. Dasselbe gilt für die Frage der Betriebsverlegung an einen anderen Ort. Bezüglich des neuen Arbeitsweges ist wiederum von der Zumutbarkeit auszugehen: Vom Arbeitnehmer kann beispielsweise eine endgültige Übersiedlung an einen anderen Ort und damit die Aufgabe seines bisherigen Lebensmittelpunktes gegen seinen Willen nicht verlangt werden. Weiter sind die mit der Verlängerung des Arbeitsweges verbundenen Mehraufwendungen für Verpflegung und Fahrt sowie der Verlust an Freizeit zu berücksichtigen. Legte der Arbeitnehmer bei der Einstellung massgeblichen Wert auf den kurzen Arbeitsweg, so sind ihm selbst Fahrtzeiten von üblicher Dauer nicht zuzumuten. Hat sich nun der Arbeitgeber Versetzungen oder Betriebsverlegungen nicht vorbehalten, so braucht der Arbeitnehmer unter diesen Umständen seine Tätigkeit nicht fortzusetzen, und der Arbeitgeber hat keine Möglichkeit, im Rahmen seines Weisungsrechtes eine Veränderung einseitig zu erzwingen²⁰. Solche subjektiven Entscheidungsgrundlagen sind regelmässig den Protokollen von Einstellungsgesprächen oder der Korrespondenz vor Vertragsunterzeichnung zu entnehmen.

3. Aufgaben

3.1. Definition

Nach herrschender Lehre²¹ und Rechtsprechung werden Art und Umfang einer Arbeitsleistung danach bestimmt, inwieweit Arbeiten üblicherweise von Arbeitnehmern der gleichen Art übernommen werden, sofern nichts anderes vereinbart ist. Das heisst, dass im Zweifel gilt, was in Branche, Beruf, Betrieb und am Ort desselben üblich ist.

3.2. Änderungsmöglichkeiten

Eine Verkäuferin ist somit im Zweifel zum Staubwischen, der Lastwagenfahrer zu kleineren Reparaturen verpflichtet, nicht dagegen der gewerbliche Arbeitnehmer zur Arbeit im Haushalt des "Patrons"²². Daneben wird durch Auslegung des konkreten Vertrages ermittelt, welche Arbeit vertraglich übernommen wurde²³.

4. Grenzen des Weisungsrechtes

4.1. Nichtigte Weisungen

Rechts- und sittenwidrige Weisungen sind im Sinne von Art. 20 OR nichtig und müssen nicht befolgt werden. Eine Pflicht, sich solchen Weisungen zu widersetzen, besteht nach h.L. nicht, zumal eine Nichtbefolgung von Weisungen

¹⁶ Trotz intensiver Recherche konnten keine Urteile zu dieser Problematik gefunden werden.

¹⁷ BGE 97 II 398 ff.

¹⁸ WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar I. Art. 1-529 OR, A., Bern/Frankfurt am Main 1996, N 95 und N 104 zu Art. 18 OR.

¹⁹ J. BRÜHWILER (FN 6), N 2c zu Art. 321 OR.

²⁰ M. REHBINDER, Berner Kommentar VI/2/2/1. Art. 319-330a OR, Bern 1985, N 11 zu Art. 321 OR.

²¹ Statt vieler: M. REHBINDER (FN 20), N 5 ff. zu Art. 321 OR.

²² Vgl. nachstehend Ziff. III. 2.1.

²³ Zum Ganzen ausführlich: ROLAND MÜLLER, Betriebliches Disziplinarwesen, SSA 21, Bern 1983, 53 f.; M. REHBINDER (FN 20), N 47 f. zu Art. 321d OR.

für den Arbeitnehmer oft sehr problematisch sein kann. In Fällen nichtiger Weisungen haftet der Arbeitnehmer im Innenverhältnis grundsätzlich nicht; sei es, dass der Arbeitgeber selbst zu Schaden kommt, sei es, dass Dritte geschädigt werden²⁴.

4.2. Persönlichkeitsschutz

Gemäss Art. 328 OR hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen (Art. 27/28 ZGB). Der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers werden durch diese Bestimmung klare Schranken gesetzt. Der Katalog geschützter Rechte umfasst nebst dem Recht auf körperliche Integrität auch das Recht auf Privatsphäre²⁵. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers endet somit spätestens mit der Gefahr, dass er in seiner Persönlichkeit geschädigt werden könnte.

4.3. Arbeitsschutzbestimmungen

Das Weisungsrecht wird auch durch öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzbestimmungen (so z.B. Höchstarbeitszeiten, kantonale Ladenschlusszeiten usw.) eingeschränkt.

Für ganz bestimmte Veränderungen eines Unternehmens bleiben die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer vorbehalten²⁶. Durch die Beteiligung der Arbeitnehmer an Entscheidungen des Arbeitgebers wird dessen Recht, einseitig Weisungen zu erteilen, ebenfalls eingeschränkt. Abhängig von der Intensität der Beteiligung unterscheidet man zwischen Rechten auf Information, auf Mitsprache und auf Mitentscheidung.

Der Arbeitgeber, der beispielsweise gemäss Art. 333 OR seinen Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt, muss die Arbeitnehmervertretung oder -- bei deren Fehlen -- die Arbeitnehmer rechtzeitig vor dem Vollzug des Übergangs informieren und den Grund des Übergangs sowie über dessen rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen für die Arbeitnehmer darlegen²⁷. Obwohl gemäss Art. 333 OR das Arbeitsverhältnis grundsätzlich mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber übergeht, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt, ist eine solche Übernahme meistens mit einer Änderung des Leistungsinhaltes des Arbeitsverhältnisses verbunden. Solche Änderungen sind grundsätzlich ebenfalls ohne Vertragsänderung hinzunehmen; auch dies ist ein Ausfluss der Treuepflicht des Arbeitnehmers; selbstverständlich sind bei solchen Änderungen ebenfalls die oben dargelegten Grenzen zu berücksichtigen.

III. Arbeitsverträge mit besonderen Klauseln

1. Formvorschriften

Aus der Formlosigkeit des Vertragsschlusses ergibt sich, dass auch die Änderungen laufender Arbeitsverträge formlos gültig sind. Dies gilt auch für schriftliche Verträge, welche sogar stillschweigend geändert werden können²⁸. Vorbehalten bleibt selbstverständlich der Fall, wo im Arbeitsvertrag ausdrücklich vorbehalten wurde, dass Änderungen oder Ergänzungen zu ihrer Gültigkeit einer besonderen Form bedürfen.

2. Vertragsfreiheit

2.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen

2.1.1. Problematik der Gültigkeit

Bei einseitig vorformulierten Vertragsklauseln ist vielfach die "Vertragsgerechtigkeit" problematisch. Gerade in Zeiten mangelnder offener Stellen ist der Arbeitssuchende oft gezwungen, auch sehr einseitig formulierte Vertragsbedingungen akzeptieren zu müssen, wodurch ein faktischer Zwang zum Vertragsschluss entsteht. Daher hat der Gesetzgeber insbesondere im Mietrecht explizit vorgesehen (Art. 256 Abs. 2 OR), die schwächere Partei zu schützen. Einseitig belastende Vereinbarungen, welche in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eines Mietvertrages enthalten sind, erlangen deshalb u.U. gar keine Gültigkeit und sind nichtig. Auch für Bereiche, in welchen eine solche gesetzliche Regelung fehlt, hat das Bundesgericht eine AGB-Kontrolle entwickelt. Gelegentlich werden bewusst solche Klauseln in einen Vertrag aufgenommen²⁹, die inhaltlich nur der einen Partei bekannt sind und von der anderen erst dann gelesen werden, wenn sich während der Vertragserfüllung Unstimmigkeiten und Differenzen anbahnen. Grundsätzlich ist jedoch festzuhalten, dass auch ungelesene Vertragsbestimmungen zum gültigen Vertragsinhalt werden, wenn sie bei Vertragsschluss beigelegt werden. Nicht selten werden auch in standardisierten Arbeitsverträgen allgemeine vorformulierte Klauseln oder Verweise auf eine Fülle von Reglementen (Arbeitszeit-, Überstunden, Spesenreglement, uvm.) verwendet. Auch diese Regelungen werden von der vom BGER entwickelten AGB-Kontrolle erfasst.

Obschon in der Praxis häufig anzutreffen, zählt die herrschende Lehre nachgeschobene Klauseln nicht mehr zum ursprünglich vereinbarten Vertragsinhalt. Gemäss BGER

²⁴ Zum Ganzen ausführlich: ROLAND MÜLLER, Betriebliches Disziplinarwesen, SSA 21, Bern 1983, 53 f.; M. REHBINDER (FN 20), N 47 f. zu Art. 321d OR.

²⁵ FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, Basel 1994, 59. Vgl. auch die Auflistung bei M. REHBINDER (FN 20), N 4 zu Art. 328.

²⁶ Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (SR 822.14).

²⁷ F. VISCHER (FN 25), 65.

²⁸ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Der Arbeitsvertrag OR 319-362 mit Kommentaren für Lehre und Praxis, 5. A., Zürich 1992, N 4 zu Art. 320 OR.

²⁹ Sog. Globalübernahme.

gelten bezüglich AGB die nachstehend konkretisierten Auslegungshilfen³⁰.

2.1.2. Geltungskontrolle

Der Geltungsbereich lässt sich in erster Linie mit Hilfe des Vertrauensprinzips ermitteln, aus welchem auch die Ungewöhnlichkeitsregel entwickelt wurde. Im Sinne dieser Regel wird untersucht, ob der nicht gelesene bzw. nicht verstandene Inhalt so aus dem zu erwartenden Rahmen fällt, dass nach Treu und Glauben nicht damit gerechnet werden musste. Möchte die AGB unterbreitende Partei, dass Ungewöhnliches trotzdem Gültigkeit erlangt, muss sie diese Stellen hervorheben (z.B. mit fatter Schrift). Diese Regel kommt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die AGB unterzeichnende Partei muss schwach oder unerfahren sein.
- Die AGB-Klausel muss sowohl subjektiv als auch objektiv ungewöhnlich sein. Was objektiv ungewöhnlich ist, bestimmt der Richter und nicht die Usancen.

Der Verwender der AGB muss sich fragen, ob der Vertragspartner mit einer derartigen Bestimmung rechnen konnte oder musste. Dabei ist die Geschäftserfahrenheit zu berücksichtigen und darüber hinaus darauf abzustellen, inwieweit die getroffene Regelung von der gesetzlichen Konzeption abweicht.

2.1.3. Auslegungskontrolle

Erst wenn die AGB einer Geltungskontrolle standhielten und dadurch zum konsensgetragenen Inhalt wurden, kann in einem zweiten Schritt eine Auslegung stattfinden. Auch hier wendet das BGer³¹ folgendes, z.T. bekanntes Schema an:

- Was haben die Parteien subjektiv gewollt?
- Vertrauensprinzip, normativer Konsens: Was durfte man objektiv darunter verstehen?
- Unklarheitenregel ("in dubio contra stipulatorem"). Danach wird ein mehrdeutiger Text zulasten des Verfassers (i.d.R. der Arbeitgeber) ausgelegt. Soweit die Regel Platz greift, ist dem Vertragsverfasser der Einwand, die mehrdeutige Klausel sei wegen Dissens unbeachtlich, abgeschnitten.

2.1.4. Inhaltskontrolle

In einem letzten Schritt sollte an sich eine Inhaltskontrolle stattfinden. Das schweizerische Zivilrecht stellt dazu aber nur sehr wenige Normen zur Verfügung. Als erstes kommt Art. 8 UWG³² in Betracht. Danach handelt unlauter, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Ver-

tragspartei von der anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen. Obwohl diese Bestimmung in die richtige Richtung weist, wurde dem Art. 8 UWG durch Einbezug des Tatbestandsmerkmals der Irreführung die "Zähne gezogen", denn die Irreführung ist nur in sehr wenigen Einzelfällen vorhanden und nachweisbar. Im Übrigen sind AGB unter dem Gesichtspunkt der Unzulässigkeit gemäss Art. 19 und 20 OR sowie Art. 27 ZGB zu überprüfen.

2.1.5. Einschränkung des Weisungsrechts

Aus dem bisher Gesagten kann geschlossen werden, dass sich der Arbeitgeber bei der Wahl allfälliger komplizierter Vertragsklauseln stets vor Augen halten muss, dass ein Gericht diese Klauseln nicht beachten oder zumindest anders auslegen kann. Weiter kann festgehalten werden, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers keinen Raum findet, wo Einzelheiten der Arbeitsleistung und des Verhaltens des Arbeitnehmers konkret vertraglich festgelegt sind³³. Vorformulierte Klauseln dienen sicherlich der Steigerung der Rechtssicherheit: dennoch ist es, wie oben dargelegt, weder nötig noch sinnvoll, bei der vertraglichen Umschreibung der geschuldeten Arbeitsleistung Vollständigkeit anzustreben, denn dadurch verliert der Arbeitgeber an Flexibilität, sich möglichst rasch Veränderungen anpassen zu können. Gewisse Klauseln wiederum bieten erst dann eine Lösung, wenn eine krasse Störung im Vertragsverhältnis eingetreten ist, so dass sie zur Flexibilität bezüglich der Möglichkeiten innerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses nur wenig beitragen.

2.2. Einzelne Klauseln

Die Weisungskompetenz des Arbeitgebers gestaltet sich abhängig von den konkreten Verhältnissen sehr verschieden. Aus diesem Grunde empfiehlt BRÜHWILER³⁴, durch folgende Klausel das Vertragsverhältnis näher festzulegen:

"Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, unter besonderen Voraussetzungen (Dringlichkeit, Ausfälle wegen Krankheit, Ferien usw.) zusätzliche nach den Umständen erforderliche Arbeiten zu verrichten."

Um auf allfällige Veränderungen effizient reagieren zu können, erweisen sich weitere Klauseln als hilfreich: Als vertraglich legitimer Inhalt wird beispielsweise auch die sog. Rufbereitschaft³⁵ erachtet. Die Frage, ob für die Rufbereitschaft ein zusätzliches Entgelt geschuldet sei, hat das BGer erst kürzlich entschieden, indem es die Frage bejah

³⁰ Ähnlich: THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, 111.

³¹ BGE 115 II 264 ff.

³² BG über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dez. 1986 (SR 241).

³³ Aus den Berichten 1987 und 1988 des Gewerblichen Schiedsgerichtes Basel-Stadt, in: BJM 1990, 116.

³⁴ J. BRÜHWILER (FN 6), N 2 zu Art. 321 OR.

³⁵ Bei der sog. Rufbereitschaft steht der Arbeitnehmer zusätzlich zur normalen Arbeitszeit ausserhalb des Betriebes ohne konkreten Einsatz auf Abruf zur Verfügung.

te³⁶. Weiter trifft man neben dem weitbekannten und verbreiteten System der gleitenden Arbeitszeit auch die kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit (KAPOVAZ) an³⁷. Durch letztere Klausel kann sich der Arbeitgeber vertraglich vorbehalten, die Arbeitskraft des Arbeitnehmers je nach Arbeitsanfall in Anspruch zu nehmen. Solche Klauseln dürften sich wohl gerade noch an der Grenze des Zulässigen liegen.

In neueren Verträgen finden sich zunehmend sog. Loyalitätsklauseln. Die Parteien vereinbaren, dass eventuelle Vertragslücken zu schliessen sind und veränderten Verhältnissen durch neue Bestimmungen Rechnung zu tragen ist³⁸. Der Inhalt einer solchen Klausel könnte wie folgt lauten: "Sollten einzelne Bestimmungen des vorliegenden Vertrages Lücken aufweisen, so sind diese durch die gesetzlich zulässigen Bestimmungen zu ergänzen, die dem Sinn und Geist sowie dem rechtlichen und wirtschaftlichen Zwecke dieses Vertrages am nächsten kommen." Wie bei der "clausula rebus sic stantibus" gilt auch hier, dass solche Loyalitätsklauseln erst dann zur Anwendung gelangen, wenn die Veränderungen so massiv sind, dass sie den Rahmen der Weisungsbefugnis sprengen.

IV. Beispiele aus der Gerichtspraxis

1. Versetzung an einen anderen Arbeitsort

Im Urteil vom 7. April 1989 (JAR 1991, 114 ff.) entschied das Bundesgericht, dass eine Regelung, welche es dem Arbeitgeber erlaubt, den Arbeitnehmer an eine beliebige Zweigstelle zu versetzen, nichtig ist, wenn vertraglich ein fester Arbeitsort vereinbart ist.

2. Rückruf von einem Auslandeinsatz

In BGE 116 II 145 ff. bejahte das BGer die Zulässigkeit eines vertraglichen Rückrufrechts von einem befristeten Auslandeinsatz. In Anwendung von Art. 336 Abs. 2 aOR führte es des Weiteren aus, dass die feste Vertragsdauer trotz der Geltendmachung des Rückrufes weiterhin Gültigkeit habe, da der Arbeitgeber ansonsten die Möglichkeit hätte, durch eigenen Willensentschluss eine Kündigungsfrist herbeizuführen, während dem Arbeitnehmer diese Möglichkeit nicht offen stünde. Das BGer verneinte jedoch den Anspruch des Arbeitnehmers auf Zusatzleistungen, die nur für die Dauer des Auslandeinsatzes vereinbart gewesen waren.

3. Fristlose Entlassung infolge Arbeitsverweigerung wegen geänderten Aufgaben

Der Zivilgerichtspräsident des Kantons Glarus entschied in einem einzelgerichtlichen Urteil vom 19. Juni 1979 (SAE 1981, 26 ff.), dass es durchaus zumutbar sei, einem Arbeitnehmer vorübergehend andere Arbeiten zuzuweisen, wenn sich der Arbeitgeber in einer Notsituation befindet und ansonsten nur die Möglichkeit des entschädigungslosen Aussetzens oder der Entlassung offenbliebe.

V. Rechtsfolgen unzulässiger Vertragsänderungen

1. Recht auf Arbeitsverweigerung

Wird die Weisungsbefugnis durch den Arbeitgeber massiv überschritten bzw. sind die Weisungen schikanös, so kann sich der Arbeitnehmer solchen Direktiven widersetzen, ohne gegen seine vertraglichen Pflichten zu verstossen. Oft wird es jedoch für den Weisungsempfänger schwer feststellbar sein, ob die Weisung rechtmässig ist. In Grenzfällen ist der Arbeitnehmer angehalten, sich über die Rechtslage zu erkundigen, soweit dies zumutbar und realisierbar ist. Soll unverzüglich gehandelt werden, so muss es genügen, wenn der Arbeitnehmer seine Bedenken darlegt. Eine Missachtung von zweifelhaften Weisungen sollte nicht als Vertragsverletzung betrachtet werden, auch dann nicht, wenn sich später herausstellen sollte, dass die Weisung zu Unrecht missachtet wurde³⁹.

Erfolgte hingegen die Arbeitsverweigerung offensichtlich zu Unrecht, resultieren daraus Treupflichtverletzungen seitens des Arbeitnehmers, welche dem Arbeitgeber folgende Möglichkeiten einräumen⁴⁰.

- Klage auf Unterlassung des treuwidrigen Verhaltens (Art. 28a ZGB), bei Verschulden Klage auf Schadenersatz (Art. 97, 321e OR),
- Kürzung oder gänzlicher Entzug freiwilliger Leistungen, wie z.B. Gratifikationszahlungen,
- ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 335 OR),
- bei schwerwiegenden Treupflichtverletzungen fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 337 OR).

Eine Lohnkürzung ist hingegen ausgeschlossen, denn der Lohn ist als festgesetzte Gegenleistung für das Erbringen der Arbeitsleistung in der abgemachten Arbeitszeit vereinbart worden.

2. Kündigungsschutz

War die aufgrund der Arbeitsverweigerung ausgesprochene Kündigung i.S.v. Art. 336 ff. OR missbräuchlich, so ent

³⁶ BGE 124 III 249. Siehe dazu auch den Entscheid des Arbeitsgerichtes Interlaken-Oberhasli (Urteilsbesprechung in: CASH 1998, Nr. 48, 2), welches als erstes Gericht einen Entschädigungssatz festgelegt hat.

³⁷ TH. GEISER, Neue Arbeitsformen, flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, in: AJP/PJA 1995 557 ff.

³⁸ W. WIEGAND (FN 18), N 120 zu Art. 18 OR.

³⁹ M. REHBINDER (FN 20), N 46 zu Art. 321d OR.

⁴⁰ CLAUDIA CAMASTRAL, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 1996, 80; J. BRÜHWILER (FN 6), 60.

stehen Ansprüche auf Entschädigung und allenfalls Schadenersatz aus anderen Rechtstiteln.

Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer gemäss Art. 337c OR fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf das positive Interesse unter Berücksichtigung der Vorteilsanrechnung und der Schadenminderungspflicht⁴¹.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Infolge der aus dem Arbeitsverhältnis hervorgehenden Treuepflicht des Arbeitnehmers und der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers wird die ursprüngliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers wesentlich ergänzt. Dies auch dann, wenn keine speziellen Nebenpflichten und -leistungen vereinbart wurden.

Dennoch ist es sinnvoll und ratsam, allgemeine Weisungsklauseln im Zusammenhang mit den Arbeitsaufgaben und dem Arbeitsort in den Vertrag einzubauen, um die Rechtssicherheit zu steigern und den Arbeitsfrieden besser wahren zu können. Auch wenn sich die Lehre und Rechtsprechung bei der Auslegung von Arbeitsvertragsinhalten meistens einig sind, so besteht doch stets die Gefahr⁴², dass Verträge verschieden ausgelegt werden und dabei Differenzen entstehen, was nicht zuletzt dem ganzen Unternehmen schaden kann⁴³.

Es ist jedoch nicht empfehlenswert, bei der Umschreibung der Arbeitsleistung Vollständigkeit anzustreben, denn dadurch verliert der Arbeitgeber an Flexibilität. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Grenzen des Weisungsrechts durch den vertraglich festgelegten Rahmen gesetzt werden. Je genauer die Arbeitsleistungen vertraglich umschrieben werden, desto kleiner wird demnach der Bereich der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers.

Le contrat de travail fait naître divers obligations accessoires, notamment le droit de l'employeur à donner des instructions et l'obligation du travailleur de les suivre. Ces obligations accessoires s'écartent du principe que les contrats ne peuvent pas être modifiés unilatéralement. Ainsi, l'employeur a le droit de définir, voire modifier, unilatéralement le contenu de l'obligation de travailler, donc les devoirs du travailleur ainsi que le lieu de travail.

Les contrats de travail ne contenant pas de clauses particulières permettent que les devoirs du travailleur ainsi que le lieu de travail soit défini et modifié unilatéralement par l'employeur. Ce droit de l'employeur est toutefois limité par l'acceptabilité pour le travailleur. La règle approximative pour l'assignation de nouvelles tâches peut être résumée comme suit: Si les circonstances n'étaient pas prévisibles et si la durée du dérangement est courte, l'employeur est en droit d'exiger du travailleur l'exécution d'un travail différent. Une limitation analogue est applicable lors d'un changement du lieu de travail. Ce sont les procès-verbaux des discussions d'embauche ainsi que la correspondance avant l'engagement du travailleur qui servent souvent comme indice si les changements litigieux sont effectivement exigibles.

Les contrats de travail munis de clauses particulières ne permettent des changements ou modifications seulement si une telle possibilité est expressément prévue. Des dispositions contractuelles trop précises et concrètes limitent la marge de manoeuvre de l'employeur. Des clauses de caractère générale sont à recommander, clauses qui permettent à l'employeur d'exiger du travailleur, sous réserve des circonstances particulières et l'exigibilité, l'accomplissement de nouvelles tâches et un autre lieu de travail.

(Flurin von Planta)

⁴¹ M. REHBINDER, Berner Kommentar VI/2/2/2, Art. 331-355 OR, Bern 1992, Art. 337c. Vgl. zum Kündigungsschutz bei der Änderungskündigung auch TH. GEISER (FN 2), 62 ff.

⁴² Man sehe nur die in der Praxis vorkommenden häufigen Interpretationsschwierigkeiten.

⁴³ Klare Arbeitsverträge dienen nicht nur dem Arbeitsfrieden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern fördern auch die Teamfähigkeit der Angestellten, indem durch klare Bestimmungen eine gerechtere Situation entsteht.