
Sonderdruck

Festschrift

**Zur Emeritierung von
Jean-Fritz Stöckli**

Herausgegeben von
Eva-Maria Bäni und Angela Obrist



Dike Verlag AG, Zürich / St. Gallen 2014
ISBN 978-3-03751-630-0

Die Anpassung von Arbeitsverträgen mit und ohne Änderungskündigungen

Möglichkeiten für die Implementierung geänderter Arbeitsbedingungen

CONRADIN CRAMER¹

Inhaltsübersicht

I.	Ausgangslage	129
II.	Die Änderungskündigung	131
	1. Grundsatz und Zulässigkeit	131
	2. Missbräuchlichkeit	132
	3. Annahme der Änderungsofferte durch die Arbeitnehmer	135
III.	Massenänderungskündigung als Massenentlassung?	136
	1. Lehre und Rechtsprechung	136
	2. Würdigung	137
	3. Schwellenwerte	140
	4. Rechtsfolgen	141
	5. Schlussfolgerung	141
IV.	Alternativen zur Änderungskündigung	142
	1. Ausdrückliche Vereinbarung	142
	2. Konkludente Vertragsänderung	143
	3. Einseitige Vertragsänderung durch die Arbeitgeberin	146
	4. Vorbehalt der einseitigen Abänderung im Arbeitsvertrag	146
V.	Zusammenfassung	148

I. Ausgangslage

Es gibt viele Gründe, warum eine Arbeitgeberin eine grosse Zahl von Arbeitsverträgen abändern will: Nach einer Fusion sind unterschiedliche Arbeitsbedingungen anzugleichen. Ein Beteiligungsprogramm soll für sämtliche Arbeitnehmer geöffnet werden. Den Arbeitnehmern soll eine zusätzliche

¹ Der Verfasser promovierte im Jahr 2006 beim Jubilaren im Arbeitsvertragsrecht und ist heute als Advokat und Notar in Basel tätig. Der Verfasser dankt MLaw DENNIS ROY SCHWANINGER für die Unterstützung bei der Literaturbeschaffung.

Ferienwoche eingeräumt werden, aber die Jahresarbeitszeit soll unverändert bleiben.

Die Beispiele haben gemeinsam, dass sie sämtliche oder doch eine grosse Zahl von Arbeitnehmern eines Betriebs betreffen. Die von der Arbeitgeberin gewünschten Anpassungen verändern Leistungen aus dem Arbeitsvertrag und können wie jede Vertragsänderung nur mit dem Einverständnis beider Parteien umgesetzt werden.² Das schweizerische Recht kennt keine Sonderregeln für Vertragsanpassungen im Rahmen betrieblicher Strukturveränderungen.³ Allerdings steht der Vereinheitlichungswunsch der Arbeitgeberin eigentlichen Vertragsverhandlungen mit jedem einzelnen Arbeitnehmer meist entgegen. Dem Arbeitnehmer sollen die Vertragsänderungen – seien es Verschlechterungen oder ein Mischprodukt aus Verbesserungen und Verschlechterungen – nach der Prämisse «take it or leave» oktroyiert werden. Ein naheliegendes und verbreitetes Druckmittel der Arbeitgeberin, um neue Bestimmungen Vertragsinhalt werden zu lassen, ist in der Praxis die sogenannte Änderungskündigung, also die Verbindung der Änderungsangebote mit einer Kündigung des Arbeitsvertrags für den Fall der Nichtannahme der Angebote.

Die Änderungskündigung ist kein elegantes, sondern ein brachiales und gleichzeitig tückisches Gestaltungsmittel: Sie lässt den als Mitarbeiter betitelten Arbeitnehmer seine Schwäche als Vertragspartner spüren und sie kann auch in kommunikative Watte gehüllt ihren Charakter als Kündigung nicht verbergen. Darüber hinaus bringt die Änderungskündigung rechtliche Unsicherheiten mit sich: Jede einzelne Änderungskündigung darf für sich genommen nicht missbräuchlich sein und viele Änderungskündigungen können als Massenentlassungen aufgefasst werden, die ein Konsultationsverfahren und den Einbezug einer staatlichen Stelle mit sich bringen.

Die rechtlichen Hürden für Änderungskündigungen werden im Folgenden in geraffter Form dargestellt (Teile II und III). Weiter wird der Frage nachgegangen, ob es gleichwertige, schonendere und praktikable Alternativen zur Änderungskündigung gibt (Teil IV).

² Zur Abgrenzung von Konkretisierungen des bestehenden Arbeitsvertrags durch die Arbeitgeberin im Rahmen ihres Weisungsrechts, vgl. WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., St. Gallen 2013, N 561 ff.

³ JEAN-FRITZ STÖCKLI, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, ArbR 2007, S. 191 ff., 192 f.

II. Die Änderungskündigung

1. Grundsatz und Zulässigkeit

Die Arbeitgeberin kann dem Arbeitnehmer eine Vertragsänderung insofern aufzwingen, als sie ihre Offerte mit einer bedingten Kündigung verbindet. Der Arbeitnehmer steht dann vor der Wahl, nach Ablauf der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist zu den veränderten Bedingungen weiterzuarbeiten oder das Arbeitsverhältnis zu beenden.⁴ Nimmt der Arbeitnehmer die Vertragsänderungsangebote nicht an, so endet das Arbeitsverhältnis auf den nächsten vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungstermin bzw. auf den in der Änderungskündigung genannten späteren Zeitpunkt. Im weiteren Sinn liegt eine Änderungskündigung auch dann vor, wenn die Arbeitgeberin vorerst nur eine Änderung offeriert und nur bei der Nichtannahme dieser Offerte nachträglich die Kündigung ausspricht.⁵

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Änderungskündigung ist anerkannt.⁶ Angesichts der weit gehenden Kündigungsfreiheit im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht wäre es geradezu widersinnig, wenn die Arbeitgeberin nur die Wahl hätte zwischen einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu Bedingungen, die dem Unternehmensinteresse entgegenstehen.⁷ Selbstverständlich gibt es in Politik und Lehre zahlreiche Stimmen, welche die im internationalen Vergleich noch immer weit gehende Kündigungsfreiheit in der Schweiz im Allgemeinen und in der

⁴ Die Änderungskündigung ist zulässig, da Gestaltungsrechte dann nicht bedingungsfeindlich sind, wenn der Eintritt der Bedingung vom Willen des Erklärungsgegners abhängt; vgl. BGE 123 III 246, Erw. 3; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 312.

⁵ BGE 123 III 246, Erw. 3; für diese Konstellation wird gelegentlich der ungeleneke Begriff «uneigentliche Änderungskündigung» verwendet.

⁶ BGE 123 III 246, Erw. 3.a); ZK-STAEHELIN, N 6 zu Art. 335 OR; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 3 zu Art. 335 OR; ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich 2011, S. 265; umfassend neustens MARCO KAMBER, Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, Diss. Basel, Bern 2014; kollektivrechtlich verletzen Änderungskündigungen die Friedenspflicht nicht, wenn die Arbeitgeberin damit die Herabsetzung übertariflicher Regelungen bezweckt; ZK-ALBRECHT/VISCHER, N 42 zu Art. 357a OR.

⁷ A.M. TAP TI vom 10. Oktober 1991, JAR, 1992, S. 245 ff., verworfen in BGE 123 III 246, Erw. 3.b); wie hier DENIS G. HUMBERT, Die Änderungskündigung im Lichte der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, recht 1998, S. 79.

Folge auch die Möglichkeiten für Änderungskündigungen de lege ferenda einschränken wollen.⁸

2. Missbräuchlichkeit

Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre erachten eine Änderungskündigung als missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, um dem Arbeitnehmer betrieblich und wirtschaftlich nicht notwendige schlechte Arbeitsbedingungen aufzunötigen.⁹ Nach dem Bundesgericht erfüllt eine Änderungskündigung einen in Art. 336 OR nicht ausdrücklich erwähnten Missbrauchstatbestand, wenn sie *«als Druckmittel dient, um eine für die Gegenseite belastende Vertragsänderung herbeizuführen, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt.»*¹⁰

Trotz der vom Bundesgericht eingeführten Rechtfertigungspflicht¹¹ schränkt der Missbrauchstatbestand die Zulässigkeit von Änderungskündigungen, die viele Arbeitnehmer im Betrieb betreffen, kaum ein. So lässt sich eine Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen wohl immer sachlich rechtfertigen und wird meist auch von einem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden gedeckt sein. Gerade für Lohnsenkungen, die alle Arbeitnehmer oder bestimmte Funktionen betreffen, finden sich sachliche betriebliche Gründe. Auch eine ohne Änderungsangebote verbundene Kündigung ist nicht missbräuchlich, wenn sie die Arbeitgeberin aus dem einzigen Grund ausspricht, dass ihr ein Arbeitnehmer zu teuer geworden ist.¹² Nach schweizerischem Rechtsverständnis ist es nicht die Aufgabe des Gerichts, personalpolitische Entscheide der Arbeitgeberin auf ihren betriebswirtschaftlichen Sinn hin zu untersuchen und ihr etwa vorzuschreiben, sie hätte eine Kostensenkung auf anderem Weg

⁸ Vgl. etwa KURT PÄRLI, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, AJP 2010, S. 715 ff.; WERNER GLOOR, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, ARV 2008, S. 249 ff., 267 f.; vgl. dagegen zu den «Fehlentwicklungen in Nachbarländern» STÖCKLI (FN 3), S. 193 ff.

⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 6), N 3 zu Art. 335 OR; a.A. BSK-PORTMANN, N 30b zu Art. 336 OR.

¹⁰ BGE 123 III 246, Erw. 3.b), bestätigt zuletzt in BGE 130 III 19, Erw. 3.1.2.2; vgl. weiter BGE 125 III 70, Erw. 2.a) und Urteil des BGer. 4C.385/1999 vom 6. März 2000, Erw. 4; vgl. auch KGer SZ vom 20. Januar 2001, JAR, 2003, 290 ff., 297 und 299; vgl. zur Kritik FRANK VISCHER, Das schweizerische Arbeitsrecht: Rechtspolitische Weichenstellung, AJP 2013, S. 349 ff., 350 f.; WILDHABER (FN 6), S. 266 f.

¹¹ STÖCKLI (FN 3), S. 199.

¹² Vgl. aber BGE 132 III 115 zur Lohnsenkung bei einem einzelnen älteren Arbeitnehmer.

zu vollziehen.¹³ Angesichts der klaren gesetzlichen Wertentscheidung kann die Korrelation einer Lohnsenkung mit einer Änderungskündigung auch nicht als unbilliger Druck verstanden werden. Andernfalls hätte die Arbeitgeberin einen Anreiz, dem Arbeitnehmer zu kündigen, ohne ihm die Vertragsänderung zu offerieren, und mit einem anderen Arbeitnehmer einen neuen Vertrag zu den veränderten Bedingungen abzuschliessen.¹⁴ Das dürfte kaum dem intendierten Sozialschutz entsprechen. Die Rechtsprechung dürfte sich des Risikos unerwünschter Anreize bewusst sein. Jedenfalls hat sich in der Folge von BGE 123 III 246 die Büchse der Pandora nicht weiter geöffnet und das vom Jubilar 2007 festgestellte Rechtsunsicherheitspotential nicht weiter entfaltet.¹⁵

Eine missbräuchliche Änderungskündigung kann hingegen vorliegen, wenn die betrieblichen Ursachen nur vorgeschoben sind und andere verpönte Beweggründe überwiegen. Bei betriebsweiten Änderungskündigungen dürften die auf individuelle Eigenschaften und Handlungen abstellenden Missbrauchstatbestände gemäss dem Katalog von Art. 336 OR und der darüber hinaus gehenden reichen Kasuistik aber kaum je erfüllt sein. Auch bei Änderungskündigungen gegenüber einer objektiv abgrenzbaren Gruppe von Arbeitnehmern dürfte sich ein Verdacht auf verpönte Motive regelmässig nicht objektiv begründen lassen. Selbst wenn beispielsweise eine Zurückstufung für die Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft nach erfolgter Fusion von den Betroffenen als äusserst ungerecht empfunden wird, kann sie gerade eine Voraussetzung sein, dass ein allein nicht mehr konkurrenzfähiger Betrieb als Teil der übernehmenden Gesellschaft weiter bestehen kann.

Missbräuchlich sollen nach einer neueren kantonalen Rechtsprechung allerdings Änderungskündigungen sein, die eine Lohnkürzung auf im Ausland wohnende Arbeitnehmer (Grenzgänger) beschränken, um deren aufgrund von Währungsschwankungen massgeblich erhöhte Kaufkraft an die Kaufkraft

¹³ Ein solcher Dirigismus könnte vor Art. 27 BV nicht standhalten. Kritisch auch THOMAS KOLLER, Wann ist eine Änderungskündigung im Arbeitsrecht rechtsmissbräuchlich?, AJP 1997, S. 1567 f.; HUMBERT (FN 7), S. 79.

¹⁴ BSK-PORTMANN, N 30b zu Art. 336 OR; KOLLER (FN 13), S. 1567.

¹⁵ STÖCKLI (FN 3), S. 200 (vgl. aber S. 205); vgl. auch BGE 133 III 512, Erw. 6.3.

der in der Schweiz wohnenden Arbeitnehmer anzugleichen.¹⁶ Ob die Gerichte auch eine Änderungskündigung, welche die Arbeitgeberin im Hinblick auf eine Zahlung des Lohnes in Euro statt in Franken ausspricht, als rechtsmissbräuchlich beurteilen würden, bleibt offen.¹⁷

Die Rechtsprechung berücksichtigt für die Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung das Alter des Arbeitnehmers und die Dauer des Arbeitsverhältnisses;¹⁸ das gilt auch für Änderungskündigungen.¹⁹ Gegenüber älteren Arbeitnehmern trifft die Arbeitgeberin eine erhöhte Fürsorgepflicht, die gegen die betrieblichen Gründe für die Kündigung abzuwägen ist. Diese Rechtsprechung erscheint sozialpolitisch problematisch, da sie vorsorgliche Kündigungen von älter werdenden Personen oder die Nichtanstellung älterer Personen als unternehmerisch klug erscheinen lässt. Ein neueres Urteil des Zürcher Arbeitsgerichts verschärft die Situation: Paradoxerweise soll gerade eine Änderungskündigung zum Zweck einer eher moderaten Lohnreduktion von 10% missbräuchlich sein, da sie für die Arbeitgeberin nur ein «*bescheidenes Sparpotential*» bringe.²⁰ Eine solche Rechtsprechung setzt Anreize, Arbeitgeberinnen zu radikaleren Änderungskündigungen zu verleiten, deren betrieblicher Nutzen anschliessend leichter zu begründen ist. Zwar dürften betriebsweite Änderungskündigungen, die zwar auch ältere Arbeitnehmer betreffen, aber nicht spezifisch auf das Alter eines Arbeitnehmers oder das Dienstalter abstellen, von der Rechtsprechung nicht betroffen sein. Bei Änderungskündigungen, mit denen beispielsweise eine sechste Ferienwoche ab dem sechzigsten Altersjahr oder massgebliche Dienstaltersgeschenke abgeschafft werden sollen, ist angesichts der Rechtsprechung jedoch Vorsicht geboten. Auch für das erwähnte Urteil des Zürcher Arbeitsgerichts gilt, was der Jubilar zu BGE 132 III 115 diplomatisch aber unzweideutig ausführte: *Längerfristig könnte sich diese Rechtsprechung, «so gut dieses Urteil auch gemeint und einzelfallbezogen nachvollziehbar ist, als nicht nachhaltig erweisen.»*²¹

¹⁶ KGer BL vom 17. Dezember 2012, JAR, 2013, S. 422 ff.; a.A. JEAN-FRITZ STÖCKLI, Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen, ARV online 2012 Nr. 262, N 5 m.w.N.

¹⁷ PHILIPP GREMPER, Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro, Anwaltsrevue 2012, S. 73 ff., 80; vgl. zu den Varianten der Lohnzahlung in Euro STÖCKLI (FN 16), S. 3 f.

¹⁸ BGE 132 III 115.

¹⁹ ArbG ZH vom 25. Januar 2011, JAR, 2012, S. 574 ff., vgl. schon STÖCKLI (FN 3), S. 205 f. und seine Kritik S. 202 ff.

²⁰ ArbG ZH vom 25. Januar 2011, JAR, 2012, S. 574 ff., 576.

²¹ STÖCKLI (FN 3), S. 205.

3. Annahme der Änderungsangebote durch die Arbeitnehmer

Neben der ausdrücklichen Annahme der Änderungsangebote (vgl. Ziffer IV.1) soll nach der Lehre und der Rechtsprechung die Annahme einer Angebote zur Änderung der Arbeitsbedingungen durch Stillschweigen gemäss Art. 6 OR möglich sein.²² Dafür müssen die Umstände derart sein, dass der Offerent für den Fall des Nichteinverständnisses des Erklärungsgegners mit einer Ablehnungserklärung rechnen darf. Das Bundesgericht stellte fest, dass das Schweigen des Arbeitnehmers zu einer Lohnkürzung nur Erklärungswirkung hat, wenn nach Treu und Glauben ein ausdrücklicher Widerstand des Arbeitnehmers erwartet werden darf.²³ Nach Rechtsprechung und Lehre liegt ein besonderer Umstand bereits darin, dass die Arbeitgeberin bei einer Nichtannahme der Vertragsänderung kündigen würde und dem Arbeitnehmer dies bewusst sein musste.²⁴

Den Arbeitnehmer trifft aber keine Pflicht, zu erforschen, ob die Arbeitgeberin eine Änderungskündigung aussprechen wollte bzw. eine Kündigung für den Fall der Nichtannahme in Aussicht stellte. Nur wenn dem Arbeitnehmer klar sein musste, dass seine Ablehnung die Kündigung zur Folge haben würde, kann sein Schweigen während der Kündigungsfrist als Zustimmung gedeutet werden. Entscheidend ist dabei aber nicht das Schweigen des Arbeitnehmers, sondern sein protestloses Weiterarbeiten über den Kündigungsstermin hinaus. Dieses Weiterarbeiten ist eine Willenserklärung durch aktives konkludentes Verhalten, nicht durch passives Schweigen (vgl. Ziffer IV.2).²⁵

²² BGE 109 II 327, Erw. 2.b); CAP GE vom 20. Januar 1997, JAR, 1998, 134 f.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 19 zu Art. 322 OR.

²³ BGE 109 II 327, Erw. 2.b); eingehender CAP GE vom 20. Januar 1997, JAR, 1998, 134 f.; a.M. noch JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, N 3c zu Art. 322 OR.

²⁴ Urteil des BGer. 4A_223/2010 vom 12. Juli 2010, Erw. 2.1.2; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 19 zu Art. 322 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 6), N 15 zu Art. 322 OR m.w.N.

²⁵ HUMBERT (FN 7), S. 78; der dogmatische Unterschied zwischen «stillschweigend» und «konkludent» ist wesentlich, da der Arbeitnehmer gemäss Art. 6 OR seine Ablehnung «binnen angemessener Frist» zu äussern hätte. Diese Frist wäre gemäss Art. 4 und 5 OR zu bestimmen, was Überlegungsfristen von wenigen Tagen zur Folge hätte. Diese Rechtsfolge wäre stossend und wird auch von der zwischen «stillschweigend» und «konkludent» kaum differenzierenden Rechtsprechung nicht gefordert, vgl. Urteil des BGer. 4A_223/2010 vom 12. Juli 2010, Erw. 2.1.2.

Im Normalfall liegt eine konkludente Annahme der mit einer Änderungskündigung verbundenen Offerte durch widerspruchsloses Weiterarbeiten über den Tag des Kündigungstermins der suspensiv bedingten Kündigung hinaus vor. Sofern die Arbeitgeberin ihre Änderungskündigung mit der Aufforderung verbindet, das Nichtakzeptieren der Offerte binnen einer Frist anzuzeigen, kann sie bei passivem Verhalten des Arbeitnehmers die Änderung nicht als akzeptiert betrachten. Der Offerent kann den Erklärungsempfänger nicht einseitig zur stillschweigenden Annahme veranlassen.²⁶

Die Arbeitgeberin hat die Möglichkeit, die unsichere Phase des bedingt gekündigten Arbeitsverhältnisses zu verkürzen, indem sie zuerst die Änderungs-offerte mit einer Annahmefrist versieht, um nach Ablauf dieser Frist eine unbedingte Kündigung auszusprechen. Die so gewonnene frühere Sicherheit über die Annahme oder Ablehnung einer Änderungs-offerte bringt für die Arbeitgeberin allerdings höhere Lohnkosten mit sich, sofern einzelne Arbeitnehmer die Offerte tatsächlich ablehnen, da die Kündigungsfrist nicht bereits mit der Änderungs-offerte, sondern erst mit der nach Ablehnung der Offerte erfolgenden Kündigung zu laufen beginnt.

III. Massenänderungskündigung als Massenentlassung?

1. Lehre und Rechtsprechung

Nach der nahezu einhelligen Lehre sollen Änderungskündigungen wie ordentliche Kündigungen ohne Änderungs-offerte den Vorschriften über Massenentlassungen gemäss Art. 335d ff. OR unterstehen.²⁷ Dies würde bedeuten,

²⁶ Vgl. BK-SCHMIDLIN, N 46 ff. zu Art. 6 OR.

²⁷ ZKSTAEHELIN, N 5 zu Art. 335d OR; BSK-PORTMANN, N 3 zu Art. 335d OR; CHK-EMMEL, N 1 zu Art. 335d/335e OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 6), N 5 zu Art. 335d OR; RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2. Aufl., Bern 2008, S. 442; WILDHABER (FN 6), S. 269; PATRICK JOERIN, *Die arbeitsrechtliche Änderungskündigung und deren rechtliche Zulässigkeit*, Diss. Basel 2006, S. 123; KÜBRA DOĞAN YENISEY, *La modification du contrat de travail*, Diss. Zürich 2005, S. 273 ff.; LIENHARD MEYER, *Die Massenentlassung*, Diss. Basel 1999, S. 102 ff. m.w.N.; THOMAS GEISER, *Massenentlassung*, in: Markus Metz/Peter Münch (Hrsg.), *Stellenwechsel und Entlassung*, Basel 2012, Ziff. 3.41; GLOOR (FN 8), S. 255 f.; CHRISTOPH SENTI, *Reglemente als Ergänzung zum Arbeitsvertrag*, AJP 2004, S. 1083 ff., 1086; KAMBER (FN 6), S. 327 ff.; a.A. CONRADIN CRAMER, *Der Bonus im Arbeitsvertrag*, Basler Diss., Bern 2007, N 646 ff.

dass in Betrieben mit mehr als zwanzig Arbeitnehmern bei einer mit Änderungskündigungen verbundenen Anpassung von nicht individuell ausgehandelten Arbeitsbestimmungen regelmässig das umständliche Prozedere der Massenentlassung zu bewältigen wäre.²⁸ Die Materialien äussern sich nicht zu dieser Frage. Zurückhaltender als die klar herrschende Lehre ist der Jubilar, der die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Massenentlassung nur bei grundlegenden Änderungen der Arbeitsverträge bejaht.²⁹ Nicht haltbar ist die vereinzelt vertretene vermittelnde Position, wonach die Regeln von Art. 335d ff. OR je nach Anzahl der tatsächlich beendeten Arbeitsverhältnisse anzuwenden sind.³⁰ Diese Zahl ist zum Zeitpunkt des Aussprechens der Änderungskündigungen nicht bekannt und das schweizerische Recht zur Massenentlassung stellt klarerweise auf die Kündigung, nicht auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab.³¹

Das Bundesgericht hat zur Frage der Anwendbarkeit der Bestimmungen der Massenentlassung auf Massenänderungskündigungen noch nicht Stellung nehmen müssen. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt bestätigte diese Anwendbarkeit implizit.³²

2. Würdigung

Beabsichtigt die Arbeitgeberin eine Massenentlassung, muss sie gemäss Art. 335f Abs. 1 OR die Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmervertretung

²⁸ Gemäss Art. 335d OR gelten als Massenentlassung Kündigungen innert 30 Tagen von mindestens 10 Arbeitnehmern in Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmern, von mindestens 10% der Arbeitnehmer in Betrieben mit mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmern sowie von mindestens 30 Arbeitnehmern in Betrieben, die in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen.

²⁹ BK-STÖCKLI, N 53 zu Art. 357a OR; vgl. auch FRANK VISCHER, Fragen aus dem Kollektivarbeitsrecht, AJP 1995, S. 547 ff., 554 f.

³⁰ ROLAND A. MÜLLER, Die neuen Bestimmungen über Massenentlassungen, ArbR 1995, S. 110 ff., 114.

³¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 6), N 5 zu Art. 335d OR; WILDHABER (FN 6), S. 266 f.; vgl. auch BSK-PORTMANN, N 11 zu Art. 335d OR.

³² Vgl. Urteil des GSGer. BS vom 23. September 1996, BJM 1998, S. 304, bestätigt im Urteil des AppGer. BS vom 25. Oktober 1996, JAR, 1998, S. 247 f.; den Hinweis auf die Entscheide verdankt der Autor MARCO KAMBER, dessen vom Jubilar betreute Dissertation zur Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht nach Redaktionsschluss erschienen ist (FN 6).

vorgängig konsultieren.³³ Bereits diese *Konsultationspflicht* erscheint für Änderungskündigungen, die nur eine wenig einschneidende Vereinheitlichung verschiedener Arbeitsverträge in einem Betrieb bezwecken, als Überregulierung.³⁴ Sollen mit Änderungskündigungen allerdings flächendeckend schlechtere Arbeitsbedingungen durchgesetzt werden, erscheint eine Konsultationspflicht angesichts der Wertungen des Gesetzgebers und seiner bewussten Angleichung an den europäischen Standard³⁵ als angemessen. Ihrem Inhalt nach steht die Konsultation bei Massenänderungskündigungen derjenigen bei einem Betriebsübergang gemäss Art. 333a Abs. 2 OR näher als derjenigen bei der Massentlassung, da das Ziel der Massenänderungskündigung gerade nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist. Bei Anpassungen der Arbeitsverträge nach einem Betriebsübergang, insbesondere nach einer Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung, genügt die zwingende Konsultation vor dem Betriebsübergang gemäss Art. 333a Abs. 2 OR.³⁶ Im Rahmen dieses dem Strukturänderungsbeschluss vorgeschalteten Verfahrens sind die Arbeitnehmer über alle sie betreffenden beabsichtigten Massnahmen zu informieren und zu konsultieren. Es wäre übertrieben, wenn bei der Umsetzung genau dieser Massnahmen mit Änderungskündigungen gestützt auf die Bestimmungen zur Massentlassung erneut ein Konsultationsverfahren durchgeführt werden müsste.

Immer unangemessen erscheint bei der Massenänderungskündigung die *Anzeige an das kantonale Arbeitsamt*.³⁷ Der Einbezug einer staatlichen Stelle für die Änderung von Arbeitsverträgen wäre im Ergebnis eine aufwändige und leere Formalität. Die Vorschriften über die Massentlassung sind für Änderungskündigungen, deren Ziel gerade nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist, weder aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes noch im Sinn eines geordneten Ablaufs regionaler Strukturbereinigungen passend.³⁸ Die Praxis

³³ Vgl. zum Ablauf einer Massentlassung, OGer. ZH vom 2. April 2003, ZR 2004, Nr. 5. Die Arbeitnehmer sind bereits zu Beginn des Planungsprozesses einzubeziehen. Allenfalls eingegangene Vorschläge der Arbeitnehmer sind zur Kenntnis zu nehmen und ernsthaft zu prüfen.

³⁴ Vgl. BK-STÖCKLI, N 53 zu Art. 357a OR.

³⁵ Zur Entstehungsgeschichte vgl. JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht und europäische Integration, ZSR 1993, S. 1 ff., 84 ff.

³⁶ Art. 28, 50 und 77 FusG.

³⁷ Die Merkblätter der zuständigen kantonalen Ämter gehen soweit ersichtlich nirgends auf die Änderungskündigung ein.

³⁸ A.A. GEISER (FN 27), Ziff. 3.41; JOERIN (FN 27), S. 123, mit der apodiktischen Feststellung, dass es sich bei Änderungskündigungen «regelmässig um einen Sozialabbau handelt, welcher

zu Änderungskündigungen zeigt, dass es nur selten tatsächlich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt. Je nach Blickwinkel fehlt – etwas salopp gesagt – immer die Entlassung oder die Masse. Selbst wer de lege ferenda aus Gründen des Sozialschutzes eine vorgängige behördliche Inhaltskontrolle und Missbrauchsprüfung für Änderungskündigungen fördern möchte, findet in Art. 335g OR für solche behördlichen Interventionen keine Grundlage.

Klarerweise nicht auf Änderungskündigungen ausgerichtet ist auch die seit 1. Januar 2014 geltende *Sozialplanpflicht* gemäss Art. 335h ff. OR.³⁹ Gemäss der neuen Regelung müssen Arbeitgeberinnen, die üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigen, einen Sozialplan aushandeln, soweit sie mindestens 30 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Tagen entlassen (Art. 335i Abs. 1 OR). Es erschiene gänzlich unangemessen, wenn im Zeitpunkt der Massenänderungskündigung, in dem noch nicht klar ist, ob überhaupt ein einziges Arbeitsverhältnis beendet wird, ein Sozialplan ausgearbeitet werden müsste. Weder die Botschaft⁴⁰ noch die Lehre thematisieren die offensichtlich fehlende Kompatibilität der neuen Sozialplanpflicht mit Massenänderungskündigungen. Das Schweigen zum Offenkundigen darf mit Fug so gedeutet werden, dass die nunmehr ergänzten Bestimmungen zur Massenentlassung nicht oder mindestens nicht vollumfänglich auf Änderungskündigungen anwendbar sein sollen.

Die Anwendung der Vorschriften über die Massenentlassung auf die Änderungskündigung steht nach der hier vertretenen Auffassung den Absichten des Gesetzgebers und dem Sinn der gesetzlichen Regelung entgegen. Zu konzedieren ist lediglich, dass in Fällen der massgeblichen Abänderung von Arbeitsverträgen zu Lasten der Arbeitnehmer ohne vorherige Konsultation wegen eines Betriebsübergangs eine Konsultationspflicht sinnvoll sein kann.⁴¹ Auszugehen ist deshalb von der grundsätzlichen Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen über die Massenentlassung für Änderungskündigung. Bei Erreichen

Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt hat und bei dem somit auch ein Handeln der Behörden gefordert sein kann».

³⁹ Vgl. zu den Schwächen der neuen Regelung JEAN-FRITZ STÖCKLI, Sozialplanpflicht mit Zwangsschiedsgerichtsbarkeit, ArbR 2010, S. 99.

⁴⁰ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, S. 6455 ff.

⁴¹ In diesem Sinn schon VISCHER (FN 29), S. 554 f.

der Schwellenwerte von Art. 335d OR ist eine Konsultationspflicht analog zu den Bestimmungen über die Massentlassung zu befürworten, sofern zu den vorgesehenen Änderungen nicht bereits eine Konsultation gestützt auf Art. 333a OR stattfand. Im Sinn der Rechtssicherheit ist auf eine Differenzierung zwischen einschneidenden und weniger einschneidenden Massenänderungskündigungen zu verzichten und ein Konsultationsverfahren bei Massenänderungskündigungen immer durchzuführen.

3. Schwellenwerte

Gemäss Art. 335d OR gelten als Massentlassung Kündigungen innert 30 Tagen von mindestens 10 Arbeitnehmern in Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmern, von mindestens 10% der Arbeitnehmer in Betrieben mit mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmern sowie von mindestens 30 Arbeitnehmern in Betrieben, die in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen. Unabhängig davon, ob entsprechend der herrschenden Lehre die Bestimmungen über die Massentlassung für Änderungskündigungen anzuwenden sind oder lediglich eine analoge Anwendung des Konsultationsverfahrens gemäss Art. 335f OR verlangt wird, ist für die Schwellenwerte Folgendes zu beachten: Es liegt keine Umgehung von Art. 335d OR vor, wenn einige Arbeitnehmer sich vorgängig mit den Änderungen der Arbeitsverträge einverstanden erklären und deshalb die Mindestanzahl Arbeitnehmer gemäss Art. 335d OR nicht erreicht wird.⁴² Diesfalls ist die Anzahl der auszusprechenden Änderungskündigungen tatsächlich kleiner. Auch gestaffelte Änderungskündigungen sind nicht als Massentlassungen im Sinn von Art. 335d OR zu qualifizieren, sofern sie sich über längere Zeit hinziehen und während der Frist von 30 Tagen nie die relevante Mindestanzahl erreichen. Dies kann allerdings dann nicht gelten, wenn der Entscheid, einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern zu kündigen, von Anfang an feststeht, und die Kündigungen nur deshalb teilweise aufgeschoben werden, um die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Massentlassungen zu vermeiden.⁴³

⁴² WYLER (FN 27), S. 442.

⁴³ Vgl. MEYER (FN 27), S. 148 ff. m.w.N.

4. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen der Nichtbefolgung der Vorschriften über die Massenentlassung sind einerseits relevant, wenn ein Arbeitsverhältnis beendet wird, weil ein Arbeitnehmer die mit der Kündigung verbundene Änderungs-offerte nicht annimmt. Die Kündigung wäre missbräuchlich gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. c. OR, wobei die Entschädigung zu Gunsten des Arbeitnehmers gemäss Art. 336a Abs. 3 OR auf zwei Monatslöhne beschränkt ist und nicht wie bei anderen missbräuchlichen Kündigungen bis zu sechs Monatslöhne betragen kann.

Da es bei Massenänderungskündigung häufig gar nicht zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen kommt, interessieren vor allem die Rechtsfolgen einer Verletzung der Vorschriften über die Massenentlassung, wenn der Arbeitnehmer die Änderungs-offerte annimmt. Diesfalls kann der Arbeitnehmer keine Entschädigung wegen Verletzung der Bestimmungen über die Massenentlassung verlangen.⁴⁴ Nach der Lehre soll er sich jedoch auf Art. 335g Abs. 4 OR berufen können, wonach die Kündigung des bisherigen Arbeitsvertrages frühestens 30 Tage nach der Mitteilung an das Arbeitsamt ihre Wirkung entfaltet.⁴⁵ Bis zu diesem Zeitpunkt gilt der bisherige Vertrag mit den besseren Bedingungen weiter. Sofern nicht nur die Mitteilung an das Arbeitsamt unterblieben ist – was nach der hier vertretenen Auffassung unproblematisch wäre –, sondern auch kein Konsultationsverfahren stattfand, ist dieses nachzuholen. Da das Konsultationsverfahren vor der Massenentlassung durchzuführen ist, sind die Vertragsänderungen unwirksam und die Arbeitgeberin kann erst nach Abschluss des Konsultationsverfahrens gültige neue Änderungskündigungen aussprechen.

5. Schlussfolgerung

Die Argumente gegen eine Anwendung der Vorschriften zur Massenentlassung für Änderungskündigungen überwiegen die von der herrschenden Lehre meist ohne vertiefte Auseinandersetzung mit der Problematik postulierte einheitliche Anwendung von Art. 335d ff. OR auf alle Arten von Kün-

⁴⁴ GEISER (FN 27), Ziff. 3.42 mit Verweis auf BGE 121 III 64, Erw. 2.a).

⁴⁵ JOERIN (FN 27), S. 124; GEISER (FN 27), Ziff. 3.42.

digungen (Ziffer III.2). Bis ein Gericht oder – was kaum zu erwarten ist – der Gesetzgeber die Frage geklärt hat, bleiben die Risiken für eine Arbeitgeberin, die auf die Involvierung des Arbeitsamtes verzichtet, beträchtlich: Ein einzelner Arbeitnehmer kann – möglicherweise auch lange nach der Änderungskündigung – eine Verfahrenslawine auslösen und die Arbeitgeberin dazu bringen, die abgeschafften bzw. abgeänderten Vertragsbestimmungen rückwirkend weiter anzuwenden. Die Arbeitgeberin hat angesichts der geltenden Rechtslage nur die Möglichkeit, dieses Risiko einzugehen, das Verfahren der Massenentlassung vollumfänglich zu durchlaufen oder eine Alternative zur Änderungskündigung in Betracht zu ziehen.

IV. Alternativen zur Änderungskündigung

1. Ausdrückliche Vereinbarung

Eine ausdrückliche Vereinbarung der von der Arbeitgeberin gewünschten Vertragsänderungen erscheint aus arbeitspsychologischen Erwägungen wünschenswert: Der Arbeitnehmer darf sich als Vertragspartner ernst genommen fühlen. In der Praxis werden denn auch häufig Änderungsunterlagen im persönlichen Gespräch unterbreitet und dem Arbeitnehmer ein neuer Arbeitsvertrag nicht nur zugestellt, sondern zur Gegenzeichnung unterbreitet. Allerdings dürfte es dem Arbeitnehmer häufig nicht anders gehen, als demjenigen, der mit seiner Unterschrift unter Allgemeine Geschäftsbedingungen diese ausdrücklich annimmt: Verhandelbar ist nichts. Selbst wenn die Arbeitgeberin die von ihr gewünschten Vertragsänderungen dem Arbeitnehmer in einem neutralen Schreiben kommuniziert und ihn bittet, seine Zustimmung oder seine Vorbehalte mitzuteilen, liegt darin aus der Sicht des Arbeitnehmers kaum je etwas anderes als die Vorstufe zu einer Änderungskündigung. Gerade wenn es der Arbeitgeberin um eine Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen geht, bietet eine ausdrückliche Vereinbarung keine zusätzliche Mitsprache für den Arbeitnehmer. In solchen Konstellationen ist die in der Praxis verbreitete Verbindung der Änderungskündigung mit der Aufforderung zur Unterzeichnung des neuen Arbeitsvertrags die offenere und kommunikativ

klarere Methode;⁴⁶ allerdings kann sie gemäss der herrschenden Lehre zur Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Massenentlassung führen (Ziffer III.1).

Sofern die Arbeitgeberin in gewissen Punkten flexibel ist – namentlich natürlich beim Lohn, aber auch etwa bei Arbeitszeitmodellen – und dem Arbeitnehmer eine echte Möglichkeit einräumt, den Vertrag mitzugestalten, erscheint die individuelle Vereinbarung gegenüber einer Änderungskündigung grundsätzlich vorteilhafter. Sollten die Vertragsverhandlungen nicht erfolgreich verlaufen, bleibt der Arbeitgeberin die Möglichkeit, eine Anpassung mit einer Änderungskündigung zu versuchen oder das Arbeitsverhältnis ohne weitere Änderungsangebote zu kündigen. Allerdings dürfte die Gefahr, dass ein Gericht eine Kündigung als missbräuchlich einstuft, bei vereinzelt ausgesprochenen nachträglichen Kündigungen unwilliger und unliebsamer Arbeitnehmer höher sein, als wenn die Arbeitgeberin gegenüber allen betroffenen Arbeitnehmern direkt eine Änderungskündigung ausspricht (vgl. Ziffer II.2).

Soll der Arbeitsvertrag rückwirkend einvernehmlich geändert werden, sind die Grenzen von Art. 341 Abs. 1 OR zu beachten.⁴⁷

2. Konkludente Vertragsänderung

Denkbar ist, dass die Arbeitgeberin ihre Leistungen anpasst, ohne die faktische Änderung von Vertragsbedingungen mit einer Änderungskündigung zu verbinden. Fehlt eine Änderungskündigung – oder eine entsprechende, ihr wohl gleichzustellende ausdrückliche Mitteilung der Arbeitgeberin über eine Vertragsänderung –, so ist zunächst zu fragen, ob überhaupt eine Änderungsangebote der Arbeitgeberin vorliegt. Erbringt die Arbeitgeberin lediglich eine vertraglich vereinbarte Leistung nicht mehr, wird das Vorliegen einer Änderungsangebote in der Lehre bezweifelt. So gebe die Arbeitgeberin etwa mit der Vornahme einer Lohnkürzung zu erkennen, dass sie sich um das Einverständnis des Arbeitnehmers überhaupt nicht bemühe.⁴⁸ Diese Auffassung verkennt,

⁴⁶ GLOOR (FN 8), S. 262.

⁴⁷ Vgl. dazu PORTMANN/STÖCKLI (FN 2), N 636 ff.

⁴⁸ PORTMANN, Erklärungen ohne Worte im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, ArbR 1998, S. 59 ff., S. 66.

dass es für das Vorliegen einer Realofferte reicht, wenn aus dem Verhalten der Wille zum Vertragsschluss bzw. zur Vertragsänderung zum Ausdruck kommt⁴⁹. Allerdings drückt die Nichterfüllung einer Verpflichtung allein noch nicht den Willen aus, diese Verpflichtung durch Erlassvertrag zu ändern oder eine Dauerverpflichtung für die Zukunft nicht mehr gelten zu lassen⁵⁰. Richtigerweise ist sie nicht als Offerte zur Vertragsänderung zu qualifizieren.⁵¹ Damit das faktische Verhalten der Arbeitgeberin Rechtswirkungen entfalten kann, muss es mit einem weiteren Erklärungsverhalten verbunden sein. In Frage kommt vor allem ein ausdrücklicher Hinweis. Dieser Hinweis kann gemäss einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2006 auch in einem eindeutigen Verhalten zum Ausdruck kommen. So kann etwa eine ausserordentlich grosse Erhöhung des Festlohns verbunden mit einer Änderung des Aufgabenkreises des Arbeitnehmers einen Antrag auf Aufhebung des in einem früheren Vertrag vorgesehenen zusätzlichen Bonusanspruchs beinhalten, sofern in der modifizierten Vertragsofferte vom Bonus keine Rede mehr ist.⁵² Dies soll selbst dann gelten, wenn die Änderungs-offerte im Übrigen ausdrücklich die Weitergeltung bisheriger Vereinbarungen stipuliert (*«les autres clauses du contrat [...] demeurent inchangées»*).⁵³ Ob es methodisch sinnvoll ist, die Auslegung einer Offerte nach dem Vertrauensprinzip hauptsächlich vom Ausmass einer Lohnerhöhung abhängig zu machen, erscheint allerdings fraglich.

Entscheidend ist, unter welchen Voraussetzungen man von einer Annahme der Änderungs-offerte durch den Arbeitnehmer ausgehen darf. Erklärt sich der Arbeitnehmer ausdrücklich, ist die Rechtslage klar. Schwierigkeiten bereitet die Situation, wenn der Arbeitnehmer keine Reaktion auf die geänderte Vertragserfüllung der Arbeitgeberin zeigt. Möglich ist eine Annahme durch konkludentes Verhalten (vgl. zur Annahme der Offerte bei der Änderungskündigung Ziffer II.3). Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre

⁴⁹ PETER GAUCH/HEINZ REY/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl., Zürich 2003, N 384. Nach dem Vertrauensprinzip kann ein Antrag sogar dann vorliegen, wenn der Antragsteller gar nicht offerieren wollte.

⁵⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 19 zu Art. 322 OR.

⁵¹ Will man bezüglich des Offertencharakters weniger streng sein, dürfte dies im Ergebnis keine Konsequenzen haben, da nicht mit einer Annahme des Arbeitnehmers zu rechnen ist.

⁵² Urteil des BGer. 4C.112/2006 vom 4. August 2006, Erw. 4.3.

⁵³ Vgl. die Sachverhaltsdarstellung in Urteil des BGer. 4C.112/2006 vom 4. August 2006. Das Bundesgericht stützt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip.

stellen bei einer faktischen Lohnkürzung – ähnlich wie beim Entstehen eines Bonusanspruchs bei fehlendem Freiwilligkeitsvorbehalt – auf die dreimalige widerspruchslose Entgegennahme des gekürzten Lohnes ab.⁵⁴ Danach soll eine Zustimmung des Arbeitnehmers zur Lohnkürzung vorliegen. Wird allerdings auf ein konkludentes Erklärungsverhalten des Arbeitnehmers abgestellt, kann das zeitliche Kriterium nicht mehr und nicht weniger als ein Indiz für eine konkludente Willenserklärung sein.⁵⁵ Andere Indizien sind Vorteile, die der Arbeitnehmer zur Kompensation der Lohnkürzung erhält, beispielsweise eine höhere Chance auf eine variable Vergütung, eine zusätzliche Ferienwoche oder kürzere Arbeitszeiten. Das konkludente Verhalten ist im widerspruchslosen Erbringen der Arbeitsleistung unter Annahme der reduzierten Gegenleistung zu sehen.⁵⁶

Ein Teil der Lehre verneint die Möglichkeit einer konkludenten Annahme mit dem Argument, dass dem Arbeitnehmer ein *ausdrücklicher Protest* nicht leichthin zuzumuten sei, da er regelmässig eine Kündigung oder eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen zu befürchten habe.⁵⁷ Der Einwand geht nach der hier vertretenen Auffassung fehl. Gerade dort, wo der Arbeitnehmer derartige Konsequenzen voraussehen konnte und die Leistungsänderung der Arbeitgeberin als mit einer Änderungskündigung verbunden betrachtet hat, kommt die Zustimmung durch konkludentes Handeln zustande. Die Motive, die den Arbeitnehmer zu einer bestimmten Willenserklärung bewegen, sind für die Frage, ob eine Willenserklärung vorliegt, unbeachtlich. Allenfalls ist zu untersuchen, ob die Willensbildung nicht frei erfolgen konnte und namentlich eine Übervorteilung oder Persönlichkeitsverletzung vorliegt.

⁵⁴ Differenziert: Urteil des BGer. 4C.475/2004 vom 30. Mai 2005, Erw. 4.2; gemäss OGer. ZH vom 4. Februar 1998, JAR, 1999, S. 135 ff. kann sogar eine widerspruchslose Entgegennahme nach einmaligem Protest die Vertragsänderung begründen, S. 136; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 6), N 15 zu Art. 322 OR m.w.N.; ZK-STAEHELIN, Art. 319–330a OR, N 33 zu Art. 322 OR – a.A. BK-REHBINDER/Stöckli, N 19 zu Art. 322 OR; CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, N 11 zu Art. 320 OR.

⁵⁵ CRAMER (FN 27), N 347 m.w.N.

⁵⁶ A.A. BK-REHBINDER/Stöckli, N 19 zu Art. 322 OR.

⁵⁷ PORTMANN/Stöckli (FN 2), N 226; GLOOR (FN 8), S. 252 f.

3. Einseitige Vertragsänderung durch die Arbeitgeberin

Verschlechtern sich die Vertragsbedingungen nicht, so ist im Ergebnis eine «einseitige» Vertragsänderung möglich. Die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Vertragsänderung ist gemäss Art. 6 OR als stillschweigend erfolgt zu betrachten, sofern sie ihm nur Vorteile bringt.⁵⁸ Eine Aufrechnung von Vor- und Nachteilen im Rahmen eines «Gesamtpakets» kann nicht angehen: Die Annahme gemäss Art. 6 OR richtet sich nur auf die offerierten Vorteile.⁵⁹ Die Vertragsänderung ohne aktive Zustimmung des Arbeitnehmers ist also nur möglich, wenn die neue Vertragsregelung dem Arbeitnehmer ausschliesslich Vorteile gewährt.⁶⁰ Ist der Arbeitnehmer mit der Vertragsänderung, obwohl sie ihm objektiv gesehen nur Vorteile bringt, aus irgendwelchen Gründen nicht einverstanden, muss er seine Ablehnung gemäss Art. 6 OR binnen angemessener Frist erklären. Diese Frist richtet sich nicht nach der Kündigungsfrist, sondern entspricht der Annahmefrist gemäss Art. 4 f. OR.

4. Vorbehalt der einseitigen Abänderung im Arbeitsvertrag

Grundsätzlich ist es zulässig, dass die Arbeitgeberin eine bestimmte Leistung unter einen einseitigen Änderungsvorbehalt stellt. Eine vertraglich vorgesehene einseitige Kündbarkeit einzelner Vertragsteile ist deshalb möglich.⁶¹ Solche Änderungsvorbehalte der Arbeitgeberin beziehen sich vor allem auf Lohnbestandteile und sind insbesondere bei Mitarbeiterbeteiligungsplänen durchaus üblich.⁶² Nicht verbreitet, aber denkbar, sind Vorbehalte bei über das gesetzliche Minimum hinausgehenden Ferienansprüchen, Überstundenent-

⁵⁸ GAUCH/REY/SCHLUEP/SCHMID, (FN 48), N 456.

⁵⁹ BGE 124 III 67, Erw. 3.a); ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGL, N 28 zu Art. 6 OR; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 28.38.

⁶⁰ Urteil des BGer. 4C.244/2004 vom 25. Oktober 2004, Erw. 3.1. – Ausnahmsweise können «besondere Umstände» gemäss Art. 6 OR vorliegen, wenn die Arbeitgeberin die Offerte mit einer Änderungskündigung verbindet. Die Änderungskündigung dürfte aber nur bei einer Änderung zum Nachteil des Arbeitnehmers eine Rolle spielen.

⁶¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 6), N 3 a.E. zu Art. 335 OR sowie N 15 zu Art. 322 OR; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 19 zu Art. 322 OR; vgl. zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Lohnkürzungsklauseln das Urteil des BGer. 4A_608/2009 vom 25. Februar 2010, Erw. 3.1; zur Einbeziehung von Änderungs- und Widerrufsvorbehalten in den Arbeitsvertrag vgl. JEAN-FRITZ STÖCKLI, Allgemeine Arbeitsbedingungen, Bern 1979, S. 176.

⁶² DOMINIQUE PORTMANN, Mitarbeiterbeteiligung, Basler Diss., Bern 2005, N 168.

schädigungen u.a.m. Wird die vertraglich als freiwillig vorbehaltene Leistung nicht mehr geleistet, liegt darin keine Vertragsänderung, sondern eine Ausübung des vertraglich eingeräumten Ermessens der Arbeitgeberin. Dieses Ermessen darf allerdings nicht so weit gehen, dass die Arbeitgeberin einen massgeblichen Teil des Lohnes uneingeschränkt einseitig bestimmen kann.⁶³ Die Abänderungsklausel darf den in Art. 324 OR enthaltenen und gemäss Art. 362 Abs. 1 OR zwingenden Grundsatz, dass die Arbeitgeberin das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu tragen hat, nicht umkehren⁶⁴ und der Arbeitgeberin ermöglichen, «das Vertragsverhältnis damit seines Gerechtigkeitsgehalts zu entleeren».⁶⁵ Generelle und ihrem Wortlaut nach ganz oder nahezu unbeschränkte Änderungsvorbehalte in Arbeitsverträgen verstossen gegen zwingendes Arbeitsvertragsrecht.

Auch bei zurückhaltenden Klauseln steht der Arbeitgeberin kein unbeschränktes Änderungsrecht zu. Die einseitige Leistungsbestimmung darf generell als unüblich bezeichnet werden. Im Arbeitsvertragsrecht, das die strukturell schwächere Partei in einem existentiell wichtigen Vertragsverhältnis schützt, erscheint sie von Vornherein verdächtig und missbrauchs anfällig. Die Arbeitgeberin ist aufgrund ihrer arbeitsvertragsrechtlichen Fürsorgepflicht und bereits nach dem aus Art. 2 ZGB fliessenden allgemeinen Grundsatz für die einseitige Leistungsbestimmung verpflichtet, eine Abänderung des Arbeitsvertrags zu Lasten des Arbeitnehmers nur nach billigem Ermessen vorzunehmen.⁶⁶ Die (richterliche) Inhaltskontrolle zur Billigkeit einseitiger Vertragsänderung gestützt auf Änderungsklauseln wird deshalb strengere Massstäbe ansetzen als bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Änderungskündigung. Je weniger konkret ein Änderungsvorbehalt ist und je stärker er den Arbeitnehmer (bereits während der Kündigungsfrist) einschränken kann, desto eher dürfte sich der Vorbehalt selbst oder doch dessen Anwendung durch die Arbeitgeberin als unzulässig erweisen. Als standardisierte Vorkehrung, um zu einem späteren Zeitpunkt beim Vertragsschluss

⁶³ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 19 zu Art. 322 OR, fordern gar, dass die Lohnhöhe «aufgrund objektiver Kriterien bestimmbar» ist.

⁶⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 6), N 5 zu Art. 324 OR; CRAMER (FN 27), N 238 ff.

⁶⁵ STÖCKLI (FN 60), S. 176.

⁶⁶ Vgl. BGE 118 II 157; spezifischer verdeutlicht § 315 Abs. 1 BGB diesen auch für die Schweiz geltenden allgemeinen Grundsatz: «Soll die Leistung durch einen der Vertragsschliessenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.»

noch unbekannte weit gehende Änderungen des Arbeitsvertrags ohne Zustimmung des Arbeitnehmers vornehmen zu können, taugen einseitige Änderungsvorbehalte nicht.

V. Zusammenfassung

Die Änderungskündigung ist eine etablierte und im Grundsatz als zulässig anerkannte Möglichkeit, Arbeitnehmer zur Annahme geänderter Vertragsbedingungen zu bewegen. Die rechtlichen Unsicherheiten bleiben bei Änderungskündigungen, die alle oder eine grosse objektiv abgrenzbare Gruppe von Arbeitnehmern betreffen, überschaubar, da eine Missbräuchlichkeit trotz einer irrlichternden Rechtsprechung kaum je vorliegen dürfte (Ziffer II.2).

Die von der Lehre fast einhellig befürwortete Anwendbarkeit der nicht auf die Änderungskündigung ausgerichteten Bestimmungen über die Massenentlassung bringt für die Arbeitgeberin unnötige Belastungen, ohne dass diese den Arbeitnehmern oder der Öffentlichkeit etwas brächten. Es ist deshalb de lege lata zu fordern, dass für Änderungskündigungen, die meist nicht oder nur vereinzelt überhaupt zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen führen, die Bestimmungen von Art. 335d ff. OR nicht anwendbar sind. Das bei massgeblichen Änderungen der Arbeitsverträge sinnvolle Konsultationsverfahren ist bei Massenänderungskündigungen nicht selten schon erfolgt, da sie die Folge einer Strukturanpassungen gemäss dem FusG oder eines anderweitigen Betriebsübergangs gemäss Art. 333a OR sind. Für Vertragsänderungen, die nicht bereits Gegenstand eines Konsultationsverfahrens gemäss Art. 333a OR waren, und flankiert mit Änderungskündigungen implementiert werden sollen, ist das Konsultationsverfahren gemäss Art. 335f OR analog anzuwenden (Ziffer III.2).

Angesichts der Erschwernisse bei Massenänderungskündigungen und möglicherweise auch aus arbeitspsychologischen Erwägungen werden Arbeitgeberinnen nach Möglichkeit zu weniger drastischen Alternativen zur Änderungskündigung greifen. Gerade die ausdrückliche Vereinbarung eines geänderten Arbeitsvertrags ist allerdings häufig nicht ohne das Damoklesschwert einer Änderungskündigung möglich, wenn die Arbeitgeberin eine grössere Zahl von Arbeitsverträgen einheitlich abändern will. In Fällen, in denen die Ar-

beitgeberin keine Flexibilität zeigen will, reduzieren sich die Alternativen auf Aspekte der Kommunikation: Rechtlich wird die Änderungsofferte mit einer bedingten Kündigung verbunden (Ziffer IV.1). Keine taugliche Alternative ist die schlichte faktische Umsetzung einer Vertragsänderung ohne formelle Anpassung des Vertrages bzw. ohne die Schaffung eines klaren Konsensnachweises (Ziffer IV.3). Einseitige Vertragsänderungsvorbehalte «auf Vorrat» mögen bei nur partiellen, im Voraus klar zu umschreibenden Vertragsänderungen eine Möglichkeit sein, die Änderungskündigung zu vermeiden. Für weit gehende oder beim Vertragsschluss noch nicht antizipierte Änderungen scheitern sie an der zwingenden Risikoverteilung gemäss Art. 324 OR und den Einschränkungen für eine einseitige Leistungsbestimmung (Ziffer IV.4). Trotz ihrer Sperrigkeit bleibt die Änderungskündigung auch in einem kooperativen Arbeitsumfeld für die Umsetzung von Modifikationen einer grösseren Zahl von Arbeitsverträgen unverzichtbar.

