

•Neue Literatur zum Recht•Nouvelle littérature juridique•

Patrick Joerin

Die arbeitsrechtliche Änderungskündigung und deren rechtliche Zulässigkeit

HELBING & LICHTENHAHN

Basel · Genf · München

2006

•Nuova letteratura nel campo del diritto•Neue Literatur zum Recht•

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	1
§ 2	Problemstellung	3
I.	Ausgangslage	3
II.	Die Arbeitsbedingungen	3
1.	Begriffsbestimmung	3
2.	Die Quellen der Arbeitsbedingungen	4
III.	Vertragsänderung und Vertragseinhaltung	5
§ 3	Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen gemäss schweizerischem Obligationenrecht	6
I.	Begriff und Wesen der Kündigung	6
II.	Die Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung	6
III.	Die Form der Kündigung	7
IV.	Die Erfordernisse von Klarheit und Bestimmtheit	7
V.	Begründung der Kündigung	8
VI.	Die Erscheinungsformen der Kündigung	8
1.	Die ordentliche Kündigung	9
2.	Der Kündigungsschutz	9
a.	Der sachliche Kündigungsschutz	9
b.	Die zeitlichen Kündigungsbeschränkungen	10
3.	Die ausserordentliche Kündigung	11
§ 4	Begriff und Wesen der Änderungskündigung	13
I.	Begriff der Änderungskündigung	13
II.	Die Rechtsnatur der Änderungskündigung	13
§ 5	Die einzelnen Bestandteile der Änderungskündigung	15
I.	Die Kündigung und der Erklärungswille	15
II.	Der Kündigungswille	15
III.	Das Änderungsangebot	16

§ 6	Abgrenzung der Änderungskündigung zu anderen Beendigungs- und Änderungstatbeständen	18
I.	Der Aufhebungsvertrag	18
II.	Der Änderungsvertrag	20
III.	Das befristete Arbeitsverhältnis	21
IV.	Der Tod des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers	22
V.	Das Direktionsrecht (Weisungsrecht)	22
VI.	Die Teilkündigung	24
VII.	Der Widerruf	26
VIII.	Das Recht zur einseitigen Änderung der Arbeitsbedingungen	26
IX.	Die vorsorgliche Kündigung	27
X.	Der Wegfall der Geschäftsgrundlage	28
XI.	Die Beendigung durch Pensionierung	30
§ 7	Die vier Hauptarten der Änderungskündigung	31
I.	Die ordentliche Änderungskündigung	31
II.	Die ausserordentliche Änderungskündigung	31
III.	Die Individualänderungskündigung	33
IV.	Die Gruppen- und Massenänderungskündigung	33
§ 8	Die Unterarten der Änderungskündigung	36
I.	Die unbedingte Änderungskündigung	36
1.	Die einfache unbedingte Änderungskündigung	36
2.	Die unbedingte Änderungskündigung mit Rücknahmeangebot	37
II.	Die bedingte Änderungskündigung	38
1.	Die aufschiebend bedingte Änderungskündigung	38
2.	Die auflösend bedingte Änderungskündigung	40
III.	Abgrenzungsproblematik	41
§ 9	Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers auf eine Änderungskündigung	42
A.	Die Annahme des Änderungsangebots	42
I.	Ausgangslage	42

II.	Die Rechtswirkung einer Annahme	42
1.	Rechtswirkung der Annahme einer einfachen unbedingten Änderungskündigung	43
2.	Rechtswirkung der Annahme einer unbedingten Änderungskündigung mit Rücknahmeangebot	44
3.	Rechtswirkung der Annahme einer aufschiebend bedingten Änderungskündigung	44
4.	Rechtswirkung der Annahme einer auflösend bedingten Änderungskündigung	44
III.	Rechtsschutz nach Annahme des Änderungsangebots	45
B.	Die Ablehnung des Änderungsangebots	45
I.	Die Rechtswirkung einer Ablehnung	45
1.	Rechtswirkung der Ablehnung einer einfachen unbedingten Änderungskündigung	45
2.	Rechtswirkung der Ablehnung einer unbedingten Änderungskündigung mit Rücknahmeangebot	46
3.	Rechtswirkung der Ablehnung einer aufschiebend bedingten Änderungskündigung	46
4.	Rechtswirkung der Ablehnung einer auflösend bedingten Änderungskündigung	46
II.	Rechtsschutz nach Ablehnung des Änderungsangebots	46
III.	Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ungeachtet einer Ablehnung des Änderungsangebots	47
C.	Das Fehlen einer ausdrücklichen Stellungnahme von Seiten des Erklärungsempfängers	47
I.	Ausgangslage	47
II.	Die rechtliche Bedeutung des Schweigens	48
III.	Die stillschweigende Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu den neuen Arbeitsbedingungen	48
IV.	Die stillschweigende Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu den alten Arbeitsbedingungen	49
V.	Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses infolge Nichtreaktion des Gekündigten	50
1.	Rechtswirkung auf die einfache unbedingte Änderungskündigung	50
2.	Rechtswirkung auf die unbedingte Änderungskündigung mit Rücknahmeangebot	50

3.	Rechtswirkung auf die aufschiebend bedingte Änderungskündigung	51
4.	Rechtswirkung auf die auflösend bedingte Änderungskündigung	51
§ 10	Zulässigkeit einer bedingten Kündigung	52
I.	Die Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft	52
II.	Die Kündigung als Gestaltungsrecht	52
III.	Die Verknüpfung von Gestaltungsrechten mit einer Bedingung	53
IV.	Die grundsätzliche Bedingungsfeindlichkeit einer Kündigung	54
V.	Die relative Bedingungsfeindlichkeit der Kündigung	55
VI.	Schlussfolgerungen	57
§ 11	Der Einfluss der Kündigungsfrist auf das Inkrafttreten der neuen Arbeitsbedingungen	59
I.	Einfluss der Kündigungsfrist bei einer ordentlichen Änderungskündigung	59
II.	Einfluss der Kündigungsfrist bei einer ausserordentlichen Änderungskündigung	60
III.	Inkrafttreten neuer Arbeitsbedingungen bei einer Einvernehmlichen Vertragsänderung	60
§ 12	Der Kündigungsschutz gemäss schweizerischem Obligationenrecht	62
I.	Einleitende Bemerkungen	62
A.	Der sachliche Kündigungsschutz gemäss schweizerischem Obligationenrecht	63
1.	Einleitung	63
II.	Anwendungsbereich des sachlichen Kündigungsschutzes	63
III.	Das missbräuchliche Kündigungsmotiv	64
IV.	Die gesetzlichen Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer	65
1.	Kündigung wegen persönlicher Eigenschaften (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR)	65
2.	Kündigung wegen Ausübung von verfassungsmässigen Rechten (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR)	67

3.	Kündigung zur Vereitelung der Entstehung arbeitsrechtlicher Ansprüche (Art. 336 Abs. 1 lit. c OR)	68
4.	Kündigung wegen Geltendmachung arbeitsrechtlicher Ansprüche, sog. Racheündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)	69
5.	Kündigung wegen Dienstleistungen im Landesinteresse (Art. 336 Abs. 1 lit. e OR)	69
V.	Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen durch den Arbeitgeber	70
1.	Kündigung infolge Gewerkschaftszugehörigkeit (Art. 336 Abs. 2 lit. a OR)	70
2.	Kündigung eines gewählten Arbeitnehmervertreters (Art. 336 Abs. 2 lit. b OR)	71
3.	Massenentlassung ohne Konsultation der Arbeitnehmer (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR)	73
VI.	Die Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Kündigung	74
VII.	Ansprüche aus anderen Rechtstiteln	75
VIII.	Das Verfahren gemäss Artikel 336b OR	75
B.	Der zeitliche Kündigungsschutz des schweizerischen Obligationenrechts	77
I.	Einleitung	77
II.	Die einzelnen Tatbestände des zeitlichen Kündigungsschutzes	77
1.	Dienstleistung im Landesinteresse (Art. 336c Abs. 1 lit. a OR)	78
2.	Arbeitsverhinderung durch Krankheit oder Unfall (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR)	78
3.	Schwangerschaft und Niederkunft (Art. 336c Abs. 1 lit. c OR)	78
4.	Hilfsaktionen im Ausland (Art. 336c Abs. 1 lit. d OR)	79
III.	Die Rechtsfolgen einer Kündigung zur Unzeit	79
1.	Die Kündigung während einer Sperrfrist	79
2.	Die Kündigung vor einer Sperrfrist	80
IV.	Das Verfahren zur Geltendmachung des zeitlichen Kündigungsschutzes	80
C.	Der Schutz vor ungerechtfertigter fristloser Kündigung gemäss schweizerischem Obligationenrecht	80
I.	Einleitung	80
II.	Der wichtige Grund und das zerstörte Vertrauen	81
1.	Der wichtige Grund	81

2.	Das zerstörte gegenseitige Vertrauen	81
3.	Die Berufung auf den wichtigen Grund	82
4.	Zwischenergebnis und Folgerungen	83
III.	Die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung	83
1.	Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch rechtswidrige ausserordentliche Kündigung des Arbeitgebers	84
a.	Hypothetischer Lohn bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses	84
b.	Entschädigung wegen Rechtswidrigkeit der Kündigung	85
2.	Ungerechtfertigte fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer	86
a.	Pauschalentschädigung	86
b.	Ersatz weiteren Schadens	87
c.	Herabsetzung der Pauschalentschädigung unter einen Monatsviertel	87
IV.	Das Verfahren zur Geltendmachung der Ansprüche	88
1.	Klageantrag und Fristen für den ungerechtfertigt Entlassenen	88
2.	Verwirkung der Pauschalentschädigung nach Artikel 337d OR	88
3.	Verjährung der weiteren Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers	89
§ 13	Die Zulässigkeit der Änderungskündigung unter besonderer Berücksichtigung des sachlichen Kündigungsschutzes	90
I.	Anwendbarkeit des sachlichen Kündigungsschutzes auf die Änderungskündigung	90
II.	Missbräuchlichkeit einer Änderungskündigung im allgemeinen	90
III.	Missbräuchlichkeit einer Änderungskündigung im Zusammenhang mit dem sachlichen Kündigungsschutz	91
A.	Änderungskündigung i.V.m. Artikel 336 Abs. 1 lit. c Vereitelungskündigung) und lit. d (Rachekündigung) OR	92
I.	Die kantonale Rechtsprechung	92
1.	Änderungskündigung grundsätzlich missbräuchlich	92
2.	Änderungskündigung tendenziell nicht missbräuchlich	93
II.	Die bundesgerichtliche Rechtsprechung	95
1.	BGE 118 II 157	95
2.	Der Grundsatzentscheid in BGE 123 III 246	96
III.	Die sachliche Rechtfertigung einer Änderungskündigung	97
1.	Belastende Vertragsänderung für die Gegenpartei	97

2.	Unbilligkeit der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen	98
3.	Fehlen von betrieblichen und marktbedingten Gründen	98
a.	Die betrieblichen Gründe	98
b.	Die marktbedingten Gründe	99
c.	Auswirkungen der betrieblichen und marktbedingten Gründe	99
d.	Die personenbedingten Gründe	99
IV.	Motive für die Forderung nach einem sachlichen Grund	100
V.	Überprüfung der Kriterien durch das Gericht	101
VI.	Kündigungsschutz und Kündigungsfreiheit	101
1.	Aufhebungsfreiheit als Bestandteil der Vertragsfreiheit	102
2.	Aufhebungsfreiheit und Kündigungsfreiheit	102
3.	Historisches zur Einschränkung der Kündigungsfreiheit	103
4.	Materielles zur Kündigungsfreiheit und zu Artikel 336 OR	103
5.	Rechtsfolgen bei einem gesetzlich nicht geregelten Anwendungsfall	104
6.	Übermäßige Einschränkung der Kündigungsfreiheit durch das Bundesgericht?	105
VII.	Die allgemeine Verteilung der Beweislast	105
1.	Einführende Bemerkungen	106
2.	Begriffsbestimmung von Beweis und Tatsachen	106
3.	Hauptbeweis und Gegenbeweis	107
4.	Allgemeine Beweislastverteilung von Artikel 8 ZGB	107
5.	Die Beweismittel	108
6.	Der negative Beweis und das Fehlen von Beweismitteln	108
7.	Die Behauptungslast	108
VIII.	Die Beweislast im Prozess um eine streitige Änderungskündigung	109
1.	BGE 123 III 246 als Anwendungsfall von Artikel 336 OR	109
2.	Beweislast bei einer missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 OR	110
3.	Beweislast bei einer missbräuchlichen Änderungskündigung	111
4.	Missbräuchliche Kündigung nach Artikel 336 OR und die Schwierigkeiten bei der Beweisführung	111
a.	Der Indizienbeweis im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens	112
b.	Parlamentarische Bestrebungen zur Milderung des Beweisnotstandes	112
5.	Beweisführung bei einer missbräuchlichen Änderungskündigung	113
a.	Beweis der Kündigung als Druckmittel und der Kausalzusammenhang	114
b.	Beweis der unbilligen Vertragsänderung	114
c.	Beweis der fehlenden betrieblichen oder marktbedingten Gründe	115

d.	Folgen der Beweislosigkeit im Prozess um eine streitige Änderungskündigung	116
IX.	Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	116
B.	Änderungskündigung i.V.m. Artikel 336 Abs. 2 lit. a OR (Koalitionsfreiheit)	117
I.	Schutzobjekt von Artikel 336 Abs. 2 lit. a OR	117
II.	Schutzvoraussetzungen	117
III.	Koalitionsfreiheit und Änderungskündigung	117
IV.	Rechtsfolgen	118
1.	Ablehnung des Änderungsangebots	118
2.	Annahme des Änderungsangebots	118
3.	Konsequenzen	119
C.	Änderungskündigung i.V.m. Artikel 336 Abs. 2 lit. b OR (Arbeitnehmersvertreter)	119
I.	Einleitende Bemerkungen zu Artikel 336 Abs. 2 lit. b OR i.V.m. einer Änderungskündigung	120
II.	Einzeländerungskündigung	121
III.	Massenänderungskündigung	122
D.	Änderungskündigung i.V.m. Artikel 336 Abs. 2 lit. c OR (Massenentlassung)	122
I.	Anwendbarkeit der Vorschriften über die Massenentlassung auf die Massenänderungskündigung	122
II.	Das einzuhaltende Verfahren bei einer Massenänderungskündigung	124
III.	Konsequenzen und Sanktionen bei Nichtbeachtung	124
IV.	Rechtliche Zulässigkeit von Massenänderungskündigungen	125
1.	Massenänderungskündigung durch den Arbeitgeber	125
2.	Massenänderungskündigung durch die Arbeitnehmer	125
E.	Die vorgeschobene Änderungskündigung	127
§ 14	Die Zulässigkeit der Änderungskündigung unter besonderer Berücksichtigung des zeitlichen Kündigungsschutzes	129
I.	Der zeitliche Kündigungsschutz	129
II.	Anwendbarkeit des zeitlichen Kündigungsschutzes auf die Änderungskündigung	129

III.	Änderungskündigung vor einer Sperrfrist	130
1.	Einfach unbedingte Änderungskündigung	130
2.	Unbedingte Änderungskündigung mit Rücknahmeangebot	130
3.	Aufschiebend bedingte Änderungskündigung	131
4.	Auflösend bedingte Änderungskündigung	132
IV.	Änderungskündigung während einer Sperrfrist	132
V.	Änderungskündigung nach einer Sperrfrist	133
§ 15	Die Zulässigkeit der ausserordentlichen Änderungskündigung	134
I.	Wesen der ausserordentlichen Änderungskündigung	134
II.	Die Zulässigkeit gemäss schweizerischem Recht	134
1.	Qualifikation als echte Kündigung	134
2.	Fristlose Kündigung und fristlose Änderungskündigung	134
3.	Fristlose Änderungskündigung: Widersprüchliches Verhalten des Kündigenden?	135
4.	Gebot der schonenden Rechtsausübung und fristlose Kündigung als Ultima ratio	136
5.	Unzumutbarkeit für den Gekündigten als weiteres Argument	139
6.	Missbräuchlichkeit einer fristlosen Änderungskündigung	140
III.	Wirkung der fristlosen Änderungskündigung	140
IV.	Verhältnis der Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung zu derjenigen aus ungerechtfertigter Entlassung	141
1.	Der Wille des Gesetzgebers	141
2.	Der Standpunkt des Bundesgerichts	142
3.	Andere Ansichten	143
4.	Fazit	144
V.	Schlussfolgerungen	145
§ 16	Der zeitliche Zusammenhang zwischen Kündigung und Änderungsangebot	147
A.	Zulässigkeit der bedingten Kündigung im Hinblick auf das zeitliche Verhältnis von Kündigung und Änderungsangebot	147
I.	Einleitung und Problemstellung	147
II.	Der Kündigende erklärt die Kündigung und das Änderungsangebot gleichzeitig	148

III.	Der Kündigende unterbreitet der Gegenpartei zunächst ein Änderungsangebot und reicht die Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt nach	149
IV.	Der Kündigende eröffnet zunächst nur die Kündigung, unterbreitet aber noch während der Kündigungsfrist ein Änderungsangebot	150
B.	Zulässigkeit der unbedingten Kündigung im Hinblick auf das zeitliche Verhältnis von Kündigung und Änderungsangebot	152
I.	Einleitung	152
II.	Die einfache unbedingte Änderungskündigung und der zeitliche Zusammenhang zwischen unbedingter Kündigung und Änderungsangebot	152
1.	Kontra: Die unbedingte Kündigung und das Änderungsangebot haben nicht zeitgleich zu erfolgen	152
2.	Pro: Die unbedingte Kündigung und das Änderungsangebot haben zeitgleich zu erfolgen	153
3.	Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Kündigung und den Lauf der Kündigungsfrist	155
a.	Der Kündigende zeigt im Zeitpunkt der Kündigung Bereitschaft zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses	155
b.	Der Kündigende zeigt im Zeitpunkt der Kündigung keinerlei Bereitschaft zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses	156
III.	Die unbedingte Änderungskündigung mit Rücknahmeangebot und der zeitliche Zusammenhang zwischen unbedingter Kündigung und Rücknahmeangebot	159
IV.	Schlussfolgerungen	160
§ 17	Exkurs: Die Handhabung der arbeitsrechtlichen Kündigung in der deutschen Rechtsordnung	161
A.	Allgemeiner Kündigungsschutz im deutschen Recht	161
I.	Die ordentliche Kündigung	161
II.	Die ausserordentliche Kündigung	161
III.	Der Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG)	162
IV.	Subsidiarität der Beendigungskündigung	163
V.	Die soziale Rechtfertigung einer Kündigung	163
1.	Die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung	163
2.	Die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung	164

VI.	Anhörung des Betriebsrates	164
VII.	Die Kündigungsschutzklage	165
1.	Anrufung des Arbeitsgerichts	165
2.	Entscheid des Arbeitsgerichts	166
a.	Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Abfindung	166
b.	Wiederherstellung der früheren Arbeitsbedingungen	167
B.	Kündigungsschutz bei der Änderungskündigung	167
I.	Historisches zur Änderungskündigung im deutschen Recht	167
II.	Der Kündigungsschutz im Rahmen einer ordentlichen Änderungskündigung	168
1.	Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers	168
2.	Die soziale Rechtfertigung bei einer Änderungskündigung	168
3.	Die Kündigungsschutzklage	169
III.	Der Kündigungsschutz im Rahmen einer ausserordentlichen Änderungskündigung	170
1.	Ableiten der Zulässigkeit einer ausserordentlichen Änderungskündigung	170
2.	Die Kündigungsschutzklage	171
§ 18	Parlamentarische Vorstösse	173
1.	Parlamentarische Initiative vom 30. September 1998: Schutz bei missbräuchlicher Änderungskündigung	173
a.	Inhalt der Initiative und Begründung	173
b.	Auffassung der Kommission für Rechtsfragen	173
c.	Abstimmungsresultat	174
2.	Parlamentarische Initiative vom 15. Dezember 1999: Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz	174
a.	Inhalt der Initiative und Begründung	174
b.	Debatte im Parlament	175
c.	Auffassung der Kommission für Rechtsfragen	175
d.	Abstimmungsresultat	176
§ 19	Wichtigste Ergebnisse in Kürze	177
I.	Zulässigkeit einer bedingten Kündigung	177
II.	Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Arbeitsbedingungen	177

1.	Zeitpunkt bei einer ordentlichen Änderungskündigung	177
2.	Zeitpunkt bei einer ausserordentlichen Änderungskündigung	178
3.	Zeitpunkt bei einer einvernehmlichen Vertragsänderung	178
III.	Der sachliche Kündigungsschutz	178
IV.	Der zeitliche Kündigungsschutz	179
V.	Der Schutz vor ungerechtfertigter fristloser Kündigung	179
VI.	Der sachliche Kündigungsschutz und die Änderungskündigung	180
1.	Missbräuchlichkeit der Änderungskündigung im Allgemeinen	180
2.	Änderungskündigung i.V.m. Artikel 336 Abs. 1 lit. c und d OR	181
3.	Änderungskündigung i.V.m. Artikel 336 Abs. 2 lit. a OR (Koalitionsfreiheit)	182
4.	Änderungskündigung i.V.m. Artikel 336 Abs. 2 lit. b OR (Arbeitnehmervertreter)	182
5.	Änderungskündigung i.V.m. Artikel 336 Abs. 2 lit. c OR (Massenentlassung)	183
6.	Die vorgeschobene Änderungskündigung	183
VII.	Der zeitliche Kündigungsschutz und die Änderungskündigung	184
1.	Änderungskündigung vor einer Sperrfrist	184
2.	Änderungskündigung während einer Sperrfrist	184
VIII.	Die Zulässigkeit der ausserordentlichen Änderungskündigung	185
IX.	Der zeitliche Zusammenhang zwischen Kündigung und Änderungsangebot	185
	Literaturverzeichnis	187
	Abkürzungsverzeichnis	198
	Verzeichnis der Materialien	202