

ARBEITSRECHT

OKTOBER 2023
NEWSLETTER 09

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

In der Schweiz bewegt sich der Trend von starren Arbeitszeiten immer mehr in Richtung flexibles Arbeiten. Welche **flexiblen Arbeitszeitmodelle** gibt es? Unser erstes Top-Thema gibt Ihnen einen Überblick dazu.

Eine Änderung des Arbeitsvertrags kann grundsätzlich auch stillschweigend erfolgen. Welche Aspekte gilt es bei **stillschweigenden Vertragsänderungen** zu berücksichtigen? In unserem zweiten Top-Thema

werden Ihnen diese aufgezeigt.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Arbeitszeitmodelle Seite 1
- FAQ:
Arbeitszeitmodelle Seite 4
- Gerichtsentscheid:
Fristlose Kündigung Seite 5
- Top-Thema:
Stillschweigende
Vertragsänderungen Seite 8
- Gerichtsentscheid:
Verletzung der Treuepflicht Seite 10

Flexible Arbeitszeitmodelle

Die Zeiten starrer Arbeitszeiten sind in zahlreichen Betrieben vorbei. Viele Arbeitnehmende haben heutzutage im Rahmen flexibler Arbeitszeitmodelle die Möglichkeit, ihre Arbeitszeit selbst zu gestalten. Dies bringt für Arbeitgebende nebst Vorteilen auch neue Risiken mit sich.

■ Von Anna Neukom Chaney und Julien Boulter

Breiter Individualisierungsspielraum

Das Gesetz bietet keine Auswahl an zugelassenen Arbeitszeitmodellen an, sondern setzt Vorgaben, innerhalb derer ein Arbeitszeitmodell nach den individuellen betrieblichen Bedürfnissen massgeschneidert werden kann. Zwingend zu beachten sind dabei die Grenzen des Arbeitsgesetzes (insb. Ruhezeiten und Pausen). Daneben sollten Arbeitgebende auch das mit

der Leistung von Mehrstunden (allfällig) verbundene Kostenrisiko beachten; denn dieses kann mit einer klugen Gestaltung des gewünschten Arbeitszeitmodells minimiert werden.

Paradebeispiel Gleitzeitarbeit

Die sogenannte Gleitzeitarbeit ist das am vielseitigsten einsetzbare und daher das in der Praxis am häufigsten anzutreffende Mo-

dell. *Das* Gleitzeitmodell gibt es zwar nicht, die verschiedenen Formen beinhalten jedoch dieselben Elemente (siehe Info-Box) in unterschiedlichen Ausprägungen.

Elemente eines Gleitzeitmodells

- Die Arbeitgeberin überträgt den Arbeitnehmenden grundsätzlich die Befugnis, ihre tägliche Arbeitszeit selbst festzulegen (sog. Zeitsouveränität oder Zeitautonomie als Kernelement).
- Die Arbeitgeberin setzt der Zeitsouveränität der Arbeitnehmenden gewisse, auf die Situation des Betriebs zugeschnittene Schranken.
- Die Arbeitgeberin bestimmt eine Zeitperiode (Gleitzeitperiode; beispielsweise ein Kalendermonat), an deren Ende die Arbeitnehmenden jeweils ihre Sollarbeitszeit ganz oder bis zu einem gewissen Grad erfüllt haben sollten.

Die Zeitsouveränität der Arbeitnehmenden ist der Kern jedes Gleitzeitmodells. Es genügt



(Stillschweigende) Vertragsänderungen

Stellt die wiederholte Auszahlung eines höheren oder niedrigeren Lohns als im Arbeitsvertrag vereinbart eine (stillschweigende) Vertragsänderung dar? Die Antwort ist: unter Umständen ja. Denn Vertragsänderungen entstehen nicht nur mündlich oder schriftlich, sondern können auch implizit erfolgen. Allerdings gibt es im Zusammenhang mit Vertragsänderungen noch zahlreiche weitere Aspekte, die es zu berücksichtigen gilt. Wir zeigen Ihnen, welche.

■ Von Irène Suter-Sieber und Angelina Pellegrini

1. Mündliche und schriftliche Einigung über eine Vertragsänderung

Obwohl der Arbeitsvertrag und Änderungen zum Arbeitsvertrag grundsätzlich mündlich abgeschlossen werden können, schreiben die Parteien häufig eine Änderung zum Arbeitsvertrag schwarz auf weiss nieder. Das ist aus Beweisgründen auch zu empfehlen. Bei mündlichen Vereinbarungen ist das Risiko typischerweise gross, dass eine Partei eine Vereinbarung anders verstanden hat oder anders verstanden haben will und infolgedessen Uneinigigkeiten entstehen.

Da sich Arbeitgeberin und Arbeitnehmende Rechtssicherheit wünschen und die sich ändernden Konditionen des Arbeitsvertrags dokumentiert sein sollen, ist oftmals am Ende von Arbeitsverträgen die Regelung zu finden, wonach Änderungen und Ergänzungen zum Arbeitsvertrag *schriftlich* (auf Englisch: «*in writing*» oder «*written*») vereinbart werden müssen (sog. gewillkürte Schriftform).

Wenn die Parteien aber nicht nachweislich gemeint haben, dass die Änderung nur dokumentiert sein soll (beispielsweise per E-Mail), ist mit «Schriftlichkeit» gemäss Schweizer Vertragslehre gemeint, dass die Vereinbarung die eigenhändigen *Unterschriften* aller Personen tragen muss, die durch sie verpflichtet werden sollen.

Das Gesetz bietet aber auch eine Alternative: die qualifizierte elektronische Signatur (QES) gemäss Bundesgesetz über die elektronische Signatur (ZertES) – nicht zu verwechseln mit den im Markt verbreiteten einfachen elektronischen Signaturen wie z. B. von den Anbietern Adobe Sign oder DocuSign.

Wenn eine Vertragsänderung nur «schriftlich» erfolgen kann, sind die Parteien grundsätzlich gehalten, die Änderung zum Arbeitsvertrag handschriftlich oder mit einer qualifizierten elektronischen Unterschrift zu unterzeichnen.

2. Stillschweigende Änderungen des Arbeitsvertrags

a) Was ist stillschweigendes resp. konkludentes Verhalten?

Eine Vertragsänderung kann grundsätzlich auch ohne Worte erfolgen, d. h. indem die Parteien die Änderung des Arbeitsvertrags tatsächlich praktizieren, ohne dass sie hierzu eine explizite Vereinbarung (schriftlich oder mündlich) getroffen haben. Das veränderte vertragliche Verhalten einer Vertragspartei wird von der anderen Vertragspartei nicht abgelehnt, sondern eben stillschweigend oder konkludent akzeptiert. Soweit die mit der Änderung konfrontierte Partei nicht nach Treu und Glauben innert angemessener Frist gegen die Änderung opponiert (z. B. durch Aufforderung zu vertragsgemässer Zahlung, Verweigerung der Gegenleistung), kann dies in der Regel als Zustimmung zur Änderungs-offerte verstanden werden.

b) Welches sind die Praxisfälle von stillschweigenden Vertragsänderungen?

Wenn die Arbeitgeberin eine Änderung zum Arbeitsvertrag kundtut, welche nur zugunsten des Arbeitnehmenden ist, wird die stillschweigende Annahme der Änderungs-offerte sogar vermutet, da keine Ablehnung zu erwarten ist. Typisch sind die Fälle der Lohnerhöhung: Eine höhere Lohnzahlung kann eine konkludente Vertragsanpassung bewirken, womit ein Anspruch des Arbeitnehmenden auf den höheren Lohn entsteht.

Eine konkludente Vertragsanpassung kann aber auch zuungunsten des Arbeitnehmenden erfolgen. So kann nach Lehre und Rechtsprechung bei vorbehaltloser und protestloser Annahme des gekürzten Lohns durch den Arbeitnehmenden während **dreier Monate** die Vermutung für eine stillschweigende Zustimmung zur Lohnkürzung entstehen.^{1,2} Der Arbeitnehmende kann diese Vermutung aber wieder umstossen: Er muss aber in der Lage sein, besondere Umstände darzulegen, welche aufzeigen, dass das lange Schweigen nicht als Zustimmung gewertet werden darf. Je länger die protestlose Annahme des gekürzten Lohns andauert, desto schwieriger wird es für den Arbeitnehmenden, die stillschweigende Vertragsanpassung anzufechten. So unterlag ein Arbeitnehmer in einem anderen Entscheid mit seiner Klage auf Provisionsnachforderung, weil er 34-mal protestlos die gekürzte Provision entgegengenommen hatte und das Bundesgericht daraus schloss, dass eine implizite Vertragsänderung zustande gekommen war. Der Arbeitnehmer hätte nach Treu und Glauben früher bekunden müssen, dass er mit der Provisionskürzung nicht einverstanden war.

Was im Bereich des Lohns möglich ist, kann sich aber auch auf andere Inhalte des Arbeitsvertrags beziehen. So sind stillschweigende Vertragsänderungen auch bei der Änderung der Funktion oder des Stellenprofils nicht selten. Wenn der Arbeitnehmende auf Aufforderung der Arbeitgeberin protestlos eine andere Funktion als die im Arbeitsvertrag vereinbarte wahrnimmt, könnte es sich hierbei wiederum um eine stillschweigende Vertragsänderung handeln. Während bei Beförderungen die Annahme durch den Arbeitnehmenden vermutet wird, darf bei Herabstufungen/Versetzungen erst nach längerer Dauer angenommen werden, dass eine stillschweigende Vertragsanpassung erfolgte.

Viel häufiger stellt sich aber die Frage, ob überhaupt eine zustimmungspflichtige Vertragsanpassung notwendig ist: Denn Anpassungen des Funktions- und Aufgabengebiets können auch durch das sog. Weisungsrecht der Arbeitgeberin geregelt werden. Das Weisungsrecht beinhaltet die Befugnis der Arbeitgeberin, einseitig und damit ohne Zustimmung des Arbeitnehmenden über die Ausführung der



Arbeit Anordnungen zu erlassen, und konkretisiert damit die Pflichten der Arbeitnehmenden im Arbeitsverhältnis. Dem Weisungsrecht sind indes Grenzen gesetzt: Wer gemäss Vertrag für die Ausübung eines bestimmten Berufs angestellt ist, muss die Weisung nicht dulden, künftig einen anderen Beruf auszuüben. Die Arbeitgeberin kann jedoch im Rahmen des Weisungsrechts grundsätzlich anordnen, dass bestimmte Aufgaben innerhalb des Berufs wegfallen oder hinzutreten, wobei der Beruf in charakteristischen Merkmalen erhalten bleiben muss. Das heisst, dass nicht jede (vermeintliche) Änderung der arbeitsvertraglichen Verpflichtungen der Zustimmung des Arbeitnehmenden bedarf, sondern eine Änderung unter Umständen auch durch eine einseitige Weisung herbeigeführt werden kann.

c) Gibt es Möglichkeiten, stillschweigende Änderungen zu vermeiden?

Die Parteien können vorsehen, dass Änderungen des Arbeitsvertrags der Schriftform bedürfen (gewillkürte Schriftform, siehe oben). Aber auch dieser gewillkürte Schriftlichkeitsvorbehalt für Änderungen am Arbeitsvertrag kann mündlich oder sogar konkludent wegbedungen werden, d. h., die Parteien können sich über die vorgesehene Schriftlichkeit hinwegsetzen und somit mündlich oder konkludent eine Vertragsanpassung bewirken. Um dieses Risiko zu minimieren, können die Parteien vereinbaren, dass auch die Schriftform nur schriftlich wegbedungen werden kann. So eine Klausel könnte wie folgt lauten:

«Änderungen oder Ergänzungen dieses Arbeitsvertrags bedürfen der Schriftform und müssen von beiden Parteien unterzeichnet werden. Die Schriftform kann nur schriftlich wegbedungen werden.»

Aber auch solche Formulierungen schützen nicht in jedem Fall vor stillschweigenden Vertragsänderungen. Vereinbarte Formvorbehalte können unter Umständen trotzdem formlos durchbrochen werden, wenn beispielsweise eine Vertragsänderung zum Arbeitsvertrag nachweislich dem tatsächlichen Willen der Parteien entsprochen hatte und sich die eine Vertragspartei nur auf den Formmangel beruft, um sich in rechtsmissbräuchlicher Weise den vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen (wenn beispielsweise die Arbeitgeberin während Jahren einen höhe-

ren Lohn bezahlt hat, wird sie sich nachträglich nicht auf den Formvorbehalt berufen können, um dies rückgängig zu machen).

3. Einschränkungen der vertraglichen Vereinbarungen durch zwingendes Recht

Auch wenn stillschweigende Vertragsänderungen möglich sind, können diese nicht grenzenlos erfolgen: Denn der Vertragsfreiheit der Parteien sind im Arbeitsrecht aufgrund sozialpolitischer Überlegungen und (hauptsächlich) zum Schutz der Arbeitnehmenden Schranken gesetzt. Aus diesem Grund gibt es sogenannte zwingende und teilzwingende Gesetzesbestimmungen.³ Bei den zwingenden Regelungen können die Vertragsparteien keine von der gesetzlichen Bestimmung abweichende Regelung vereinbaren, bei den teilzwingenden nur Vereinbarungen, welche zugunsten der Arbeitnehmenden sind. Beispielsweise können die Parteien nicht rechtsgültig vereinbaren, dass der Arbeitnehmende bei einem Pensum von 100% nur drei Wochen pro Jahr unbezahlte und keine bezahlten Ferien erhält. Die Arbeitnehmenden haben einen unabdingbaren Anspruch auf mindestens vier Wochen bezahlte Ferien.

4. Zwingende Formvorschriften

Obwohl im Arbeitsrecht der Grundsatz der Formfreiheit gilt, gibt es gewisse Regelungsinhalte, welche (wiederum vorwiegend zum Schutz der Arbeitnehmenden) von Gesetzes wegen der schriftlichen Form bedürfen, wenn die Parteien von der gesetzlichen Standardlösung abweichen wollen. Werden solche Abreden nicht schriftlich getroffen, sind sie nicht durchsetzbar, und es kommt stattdessen die gesetzliche Standardlösung zur Anwendung. Es handelt sich insbesondere um die folgenden Regelungsinhalte:⁴

- Abrede über die vom Gesetz abweichende Abgeltung/Kompensation von Überstunden (Art. 321c Abs. 3 OR)
- Ersatzlösung für die gesetzliche Lohnfortzahlung (z. B. Krankentaggeldversicherung) (Art. 324a Abs. 4 OR)
- Vereinbarung über den Erwerb von sog. Gelegenheitserfindungen durch die Arbeitgeberin (Art. 332 Abs. 3 OR)
- Anpassungen der Dauer der Probezeit (Art. 335b Abs. 2 OR)
- Anpassung der gesetzlichen Kündigungsfristen (Art. 335c OR)

5. Umsetzung und Implementierung von (für den Arbeitnehmenden) nachteiligen Vertragsänderungen

a) Einvernehmliche Vertragsanpassung und Änderungskündigung

Es steht den Vertragsparteien grundsätzlich jederzeit frei, den Arbeitsvertrag zu ändern. Unproblematisch sind jeweils Vertragsänderungen, welche auf Wunsch des Arbeitnehmenden erfolgen (z. B. Reduktion Pensum, neue Funktion usw.). Soweit dies betrieblich umsetzbar ist, können solche Änderungen auch per sofort oder gar rückwirkend in Kraft treten. Wichtig ist in der Praxis jedoch, dass der Wunsch des Arbeitnehmenden auch dokumentiert ist (z. B. E-Mail des Mitarbeitenden, das Pensum zu reduzieren, oder entsprechende Präambel in der Vertragsanpassung).

Ist nicht schon von einer stillschweigenden Vertragsänderung (siehe oben Ziff. 2) auszugehen, oder hat der Arbeitnehmende gegen die Änderung opponiert, sind bei Änderungen des Arbeitsvertrags, welche von der Arbeitgeberin ausgehen und die Rechtsposition des Arbeitnehmenden verschlechtern (z. B. Reduktion Lohn, Zuweisung andere Funktion, Reduktion von Pauschalen usw.), zusätzliche Aspekte zu beachten. Denn der Arbeitnehmende hat Anspruch auf Einhaltung der Kündigungsfrist gemäss geltendem Arbeitsvertrag, d. h., die vereinbarten Konditionen müssen grundsätzlich während der Kündigungsfrist weitergelten. Dies kann entweder durch eine einvernehmliche Vertragsanpassung erfolgen, welche nach Ablauf der Kündigungsfrist in Kraft tritt, oder die Arbeitgeberin erreicht die Vertragsänderung durch eine Änderungskündigung (Kündigung des aktuellen Vertrags unter Vorlage einer Änderungs-offerte, welche bei Annahme der Offerte nach Ablauf der Kündigungsfrist gilt – andernfalls das Vertragsverhältnis gekündigt ist).

b) Bedenkfrist sowie sachlicher Grund bei Änderungskündigungen und einvernehmlicher Vertragsanpassung

Bei der Änderungskündigung und bei der einvernehmlichen Vertragsanpassung sollte dem Arbeitnehmenden ausserdem eine genügend lange Bedenkfrist eingeräumt werden. Das heisst, der Arbeitnehmende darf nicht «genötigt» werden, sofort seine Unterschrift zu



leisten, sondern je nach Komplexität und Art der Änderung ist eine Bedenkfrist von mehreren Tagen bis zu zwei Wochen einzuräumen. Andernfalls besteht das Risiko, dass die Vertragsanpassung als unwirksam angesehen wird.

Zuletzt darf nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Änderungskündigung und einvernehmlichen Vertragsanpassung keine für den Arbeitnehmenden unbillige Verschlechterung der Vertragssituation herbeigeführt werden, für die weder betriebliche noch marktbedingte Gründe bestehen (z.B. wirtschaftliche Gründe, Harmonisierung von Arbeitsbedingungen für alle Mitarbeitenden usw.). In solchen Fällen besteht ein Risiko der Missbräuchlichkeit der Kündigung.

c) Risiken bei Kündigungen nach einer Vertragsanpassung ohne Wahrung der Kündigungsfrist

Unterbreitet die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmenden eine einvernehmliche Vertragsanpassung mit verschlechterten Konditionen, die per sofort in Kraft tritt, und kündigt sie nach Ablehnung der Vertragsanpassung das Arbeitsverhältnis, besteht das Risiko, dass die Änderungskündigung als missbräuchlich angesehen wird. Grund ist, dass sie dem Arbeitnehmenden die Kündigung ausgesprochen hat, nachdem er sich zu Recht weigerte, auf seine Rechte im Arbeitsverhältnis (Kündigungsfrist) zu verzichten.

FUSSNOTEN

1 Z.B. Urteil vom 12. April 2011 des gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt.

- 2 Siehe auch BGer 4A_223/2010 vom 12. Juli 2010, E. 2.1.2.
- 3 Danebst enthalten Gesamt- und Normalarbeitsverträge zwingende Vorschriften.
- 4 Bei der dargestellten Aufzählung handelt es sich um eine *nicht* abschliessende Zusammenfassung der wichtigsten Vereinbarungen, welche von Gesetzes wegen der Schriftform bedürfen.

AUTORINNEN



Dr. Irène Suter-Sieber, Rechtsanwältin, ist Partnerin für Arbeitsrecht und Geschäftsleutungsmitglied der Wirtschaftskanzlei Walder Wyss AG in Zürich.



Angelina Pellegrini, MLaw, ist Rechtsanwältin bei Walder Wyss AG in Zürich. Sie berät Unternehmen und Privatpersonen in sämtlichen Fragen des Arbeitsrechts und ist auch prozessierend tätig.

Verletzung der Treuepflicht durch unbewilligte Nebentätigkeit

Ein Arbeitnehmer generierte erhebliche Honorare über eine von ihm kontrollierte Gesellschaft, ohne diese Einnahmen mit seinem Arbeitgeber zu teilen. Das Bundesgericht musste sich im Urteil 4A_115/2022 vom 28. Juni 2022 der Frage widmen, ob das Ausüben einer unbewilligten Nebentätigkeit eine Verletzung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht und damit einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung darstellt.

■ Von Dr. iur. David Schneeberger, Rechtsanwalt, M.A. HSG

Sachverhalt/Hintergrund

A war ab 1. März 1996 bei der Anwaltskanzlei B respektive deren Rechtsvorgängerin als Rechtsanwalt angestellt. Mit Arbeitsvertrag vom 1. Dezember 2003 wurde ein Salär von CHF 12500.– brutto pro Monat nebst Akquisitionentschädigungen und Boni vereinbart. Die Allgemeinen Anstellungsbedingungen enthielten folgende Klausel: «Die Angestellten widmen ihre volle Arbeitskraft der Firma. Bezahlte Nebenbeschäftigungen dürfen sie nur mit schriftlicher Zustimmung der Firma ausüben.» Mit Schreiben vom 21. Oktober 2014 kündigte B das Arbeitsverhältnis gestützt auf Art. 337 OR fristlos.

Am 31. August 2015 reichte A beim Arbeitsgericht Zürich eine Klage ein. Er machte gel-

tend, ohne wichtigen Grund fristlos entlassen worden zu sein. B warf daraufhin A mehrere Verletzungen von vertraglichen Pflichten vor, darunter namentlich die Ausübung nicht bewilligter konkurrenzierender Nebentätigkeiten. Sie erklärte gegenüber allen möglichen offenen Ansprüchen von A die Verrechnung mit den eigenen Schadenersatzansprüchen. Damit seien die Forderungen von A getilgt und die Klage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht gelangte mit Urteil vom 23. Juni 2020 zum Ergebnis, dass die fristlose Entlassung aus wichtigem Grund erfolgt sei. A stünden aus dem Arbeitsverhältnis noch CHF 100 243.55 netto nebst Zins zu (für ausstehenden Lohn und noch nicht bezahlte Boni; insbesondere aber keine Entschädigungsan-

sprüche gemäss Art. 337c OR, da gerechtfertigte Entlassung). Indes sei B ein darüber hinausgehender Schaden (nämlich in Höhe von CHF 343 382.04) entstanden. Das Arbeitsgericht erklärte die Forderung von A als durch Verrechnung getilgt und wies die Klage ab.

A focht dieses Urteil mit Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich an. Dieses wies die Berufung mit Urteil vom 3. Februar 2022 «in der Hauptsache» ab. Nach Durchlaufen der gerichtlichen Instanzen reichte A eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ein. Dieses entschied mit Urteil vom 28. Juni 2022 (BGer-Urteil 4A_115/2022).

Wichtige gesetzliche Bestimmungen

Art. 321a Abs. 1 OR

Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.

Art. 321a Abs. 3 OR

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert.

Art. 321b OR

Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber über alles, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit