

# ARBEITSRECHT NEWSLETTER 05

SEPTEMBER 2015

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



## Liebe Leserin, lieber Leser

Die Zuwanderung von Deutschen in die Schweiz wurde in den Medien bis zum Überdruß thematisiert. Im Fokus der Debatte standen kulturelle Unterschiede, doch auch in juristischer Hinsicht unterscheiden sich die beiden Länder stark. Wir zeigen Ihnen die **arbeitsrechtlichen Unterschiede** zwischen **Deutschland** und der **Schweiz** auf.

**Nachvertragliche Konkurrenzverbote** werden in der Rechtspraxis häufig für ungültig erklärt, da sie oft unsachgemäß umgesetzt werden. Lesen Sie, was Arbeitgeber beim Verfassen von Konkurrenzklauseln beachten müssen. Zudem finden Sie in dieser Ausgabe knifflige Praxisfälle im Umgang mit **Schwangerschaft** und **Mutterschaft** sowie drei **topaktuelle Bundesgerichtsentscheide**.

Herzlichst Ihr

Ralph Hofbauer, Redaktor

### IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema: Arbeitsrecht Schweiz vs. Deutschland Seite 1
- Gerichtsentscheid: Missbräuchliche Kündigung Seite 4
- Gerichtsentscheid: Höhere leitende Tätigkeit Seite 5
- Praxisfälle: Schwangerschaft und Mutterschaft Seite 6
- Top-Thema: Nachvertragliches Konkurrenzverbot Seite 8
- Gerichtsentscheid: Verletzung der Fürsorgepflichten Seite 11
- Arbeitshilfe: Aufhebungsvereinbarung bei Mutterschaft Seite 12

## Entscheidende Unterschiede

Zwischen Deutschland und der Schweiz gibt es grosse arbeitsrechtliche Unterschiede. Ein Vergleich der Rahmenbedingungen.

■ Von Maria Dimartino und Yves Gogniat

Der Anteil deutscher Arbeitnehmer hat in den letzten Jahren stetig zugenommen und Schweizer Firmen sind vermehrt in Deutschland tätig. Deshalb ist es wichtig, die arbeitsrechtlichen Unterschiede zwischen den beiden Ländern zu kennen. Arbeitsrechtliche Probleme können für Arbeitnehmer schnell existenzielle Folgen haben und bei Arbeitgebern zu ungewollten Kosten führen. Mit Grundkenntnissen der anderen Rechtsordnung lassen sich bereits viele Fehler vermeiden.

### 1. Stellenausschreibung

In Deutschland ist bei der Stellenausschreibung insbesondere darauf zu achten, dass diese keine Indizien für eine Diskriminierung enthält. Dies ist im allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geregelt. Dieses dient der Umsetzung von EU-Richtlinien und wurde 2006 erlassen. Das AGG verbietet sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Diskriminierung. Diskriminierungsmerkmale nach § 1 AGG sind Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Reli-

gion und Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität. Eine fehlerhafte Ausschreibung führt zu rechtlichen Risiken: Denn liegt ein Indiz für eine Diskriminierung vor – wurde beispielsweise die Stelle nicht (m/w) ausgeschrieben –, so wird eine Diskriminierung zunächst vermutet, wenn ein Bewerber klagt, und der Arbeitgeber muss penibel nachweisen, dass er den Bewerber nicht diskriminiert hat. Es drohen dann Zahlungen wegen Schadensersatz und Entschädigungen (vgl. § 15 AGG).

Im Gegensatz zu Deutschland kennt das Schweizer Arbeitsrecht keine besonderen Regelungen bei der Stellenausschreibung. Grundsätzlich ist der Arbeitgeber bei der Ausgestaltung der Ausschreibung frei. Bei der Stellenvergabe gilt es aber das Gleichstellungsgesetz (GIG) zu beachten. Um nicht



den Eindruck der Diskriminierung eines Geschlechts zu erwecken, ist es empfehlenswert, das Inserat geschlechtsneutral oder für beide Geschlechter zu verfassen (m/w). Im Gegensatz zu Deutschland umfasst das GIG in der Schweiz nur die Gleichstellung von Mann und Frau. Eine Altersdiskriminierung ist dagegen durch das GIG nicht geschützt. Ebenfalls besteht in der Schweiz keine Gefahr, wegen eines Stelleninserats abgemahnt oder zu Schadensersatz verurteilt zu werden. Schreibt man als Schweizer Unternehmen in der EU aus bzw. wendet man sich auch an Personen mit Wohnsitz in der EU, sollte u. E. die Stellenausschreibung nach EU-Recht erstellt werden, damit keine Schadensersatz- bzw. Entschädigungsforderung riskiert wird.

## 2. Probezeit

Eine Probezeit gilt in Deutschland nicht automatisch, sondern muss zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden. Eine arbeitsvertragliche Probezeit darf grundsätzlich die Dauer von sechs Monaten nicht überschreiten, vgl. § 622 Abs. 3 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Während der Probezeit kann ohne Angaben von Gründen mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Abzugrenzen ist dies von einem Arbeitsverhältnis zur Probe, welches einen zulässigen Befristungsgrund darstellt und auch beispielsweise für ein Jahr abgeschlossen werden kann.

Wird nichts Spezielles vereinbart, gilt bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen in der Schweiz eine Probezeit von einem Monat. Durch schriftliche Abrede kann die Probezeit ganz gestrichen oder auf maximal drei Monate ausgedehnt werden. Während der Probezeit ist das Arbeitsverhältnis jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen kündbar (Art. 335b OR). Ein Arbeitsverhältnis zur Probe ist in der Schweiz ebenfalls möglich, indem der Arbeitsvertrag zeitlich begrenzt wird. Wird ein befristetestes Arbeitsverhältnis nach Ablauf der vereinbarten Dauer aber fortgesetzt, so gilt es als unbefristetes (Art. 334 Abs. 2 OR). So genannte Kettenverträge sind nicht zulässig.

## 3. Form einer Kündigung

In Deutschland bedarf eine Kündigung der Schriftform. Dies ergibt sich aus §§ 623, 126 BGB. D.h., die Kündigung muss schriftlich erteilt werden und vom Kündigungsberechtig-



Deutschland und die Schweiz unterscheiden sich in arbeitsrechtlicher Hinsicht stark.

ten unterschrieben worden sein (z.B. Arbeitgeber, Personalleiter etc.). Die elektronische Form ist ausgeschlossen. Eine Kündigung per E-Mail – auch mit digitaler Signatur – ist bereits formunwirksam.

Das Schweizer Arbeitsrecht ist nicht so streng und lässt sogar eine mündliche Kündigung zu. Die Kündigung muss aber schriftlich begründet werden, wenn dies von einer Partei verlangt wird (Art. 335 OR). Dies gilt sowohl für die ordentliche wie auch für die ausserordentliche (fristlose) Kündigung (vgl. Art. 337 OR). Aus Beweisgründen wird in der Schweiz ebenfalls überwiegend schriftlich gekündigt oder zumindest die mündliche Kündigung nachträglich schriftlich bestätigt und festgehalten.

## 4. Kündigungsgrund

In Deutschland bedarf eine Kündigung, soweit die Regelung für Kleinbetriebe nicht eingreift, einer sozialen Rechtfertigung. Das bedeutet, eine Kündigung muss personenbedingt, verhaltensbedingt oder betriebsbedingt erfolgen. Vgl. § 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Dies gilt für Arbeitgeber, die in ihrem Betrieb in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigen. Für Arbeitnehmer mit alten Arbeitsverträgen (bis zum 31.12.2003) genügen mehr als fünf «Alt-Arbeitnehmer», vgl. § 23 KSchG.

Die Schweiz kennt keinen so weiten Kündigungsschutz. Grundsätzlich gilt die Kündigungsfreiheit. Es wird nicht zwischen Klein- und Grossbetrieben unterschieden. Für eine fristlose Kündigung müssen aber wichtige Gründe vorliegen (Art. 337 OR). Liegen keine wichtigen Gründe vor, so ist eine Kündigung missbräuchlich, aber nicht ungültig.

Das Schweizer Arbeitsrecht unterscheidet zwischen einer missbräuchlichen Kündigung (Art. 336 ff. OR/Sachlicher Kündigungsschutz) und einer Kündigung zur Unzeit (Art. 336c ff. OR/Zeitlicher Kündigungsschutz). Eine Kündigung zur Unzeit ist nichtig. Eine missbräuchliche Kündigung hat dagegen nicht ihre Nichtigkeit zur Folge, sondern führt zu einer Entschädigungspflicht.

## 5. Sonderkündigungsschutz

In Deutschland gibt es eine Reihe von Personengruppen, die einen besonderen Kündigungsschutz geniessen, Sonderkündigungsschutz haben oder für deren Kündigung eine vorherige Zustimmung einer Behörde erforderlich ist. Diese Arbeitnehmer können nicht oder nur aus wichtigem Grund (ausserordentlich) gekündigt werden. Dazu gehören: Auszubildende, Schwerbehinderte, Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung, (werdende) Mütter, Arbeitnehmer, die sich in Elternzeit, Pflegezeit oder Familienpflegezeit befinden, Betriebsratsmitglieder und Datenschutzbeauftragte.

Diese Personengruppen geniessen in der Schweiz teilweise einen besonderen Schutz. Behinderte geniessen jedoch keinen speziellen Schutz. Wie bereits erwähnt, ist eine Kündigung zur Unzeit nichtig. Das Gesetz führt vier Gründe auf, wann eine Kündigung ungültig ist:

- Leistung von Militär-, Schutz- oder Zivildienst;
- Dienste für behördliche Hilfsaktion im Ausland;
- Unverschuldete Arbeitsverhinderung durch Krankheit oder Unfall;



- Während der Schwangerschaft und 16 Wochen nach der Niederkunft.

Wurde die Kündigung ausgesprochen, bevor einer dieser Gründe eintrat, so wird die Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. Bei Unfall und Krankheit ist eine Kündigung zudem nur während einer begrenzten Zeit ungültig.

In Art. 336 OR werden verschiedene Gründe einer missbräuchlichen Kündigung aufgeführt, wobei die Liste nicht abschliessend ist. Obwohl die meisten Fälle in der Praxis eine missbräuchliche Kündigung durch den Arbeitgeber betreffen, kann auch eine Kündigung durch den Arbeitnehmer missbräuchlich sein. Die wesentlichen Gründe einer missbräuchlichen Kündigung durch den Arbeitgeber sind eine Verletzung der Persönlichkeit, Kündigung aufgrund der Ausübung seiner verfassungsmässigen Rechte (z.B. Gewerkschafter), um nach Treu und Glauben zustehende Ansprüche zu vereiteln, oder eine Rache Kündigung.

Um eine missbräuchliche Kündigung geltend zu machen, muss während der Kündigungsfrist schriftlich Einsprache erhoben werden

### Betriebsräte

In Deutschland kann ab einer Betriebsgrösse von fünf wahlberechtigten Mitarbeitern ein Betriebsrat gebildet werden. Die Einzelheiten bezüglich der Bildung und der Rechte und Pflichten des Betriebsrates sind im Betriebsverfassungsgesetz geregelt (BetrVG). Der Betriebsrat hat die Funktion der Arbeitnehmervertretung im Betrieb. Er soll über die Rechte der Arbeitnehmer wachen und diese bei Nichtbeachtung durchsetzen (z.B. durch Einigungsstelle, Klage vor dem Arbeitsgericht). Der Betriebsrat schliesst in der Regel eine Betriebsvereinbarung («Gesetz des Betriebes») mit dem Arbeitgeber ab. Dabei gibt es Tatbestände, bei denen der Betriebsrat obligatorisch zu beteiligen ist.

In der Schweiz hat der Betriebsrat keine starke Stellung und auch keine sehr grosse Bedeutung. Die Interessen der Arbeitnehmer werden vielmehr durch Gewerkschaften auf Branchenebene oder Berufsgattungsebene vertreten. Für viele Bereiche wurden mittlerweile sogenannte Gesamtarbeitsverträge (GAV) mit Arbeitgeberverbänden ausgehandelt. Dies ist vergleichbar mit den Tarifverträgen in Deutschland. Den Arbeitnehmern steht je nach Unternehmensgrösse gemäss Mitwirkungs-gesetz (MitwG) ein Mitspracherecht, aber kein Mitbestimmungsrecht zu. Besondere Mitspracherechte bestehen im Bereich des Arbeits- und Gesundheitsschutzes, bei der beruflichen Vorsorge, bei Betriebsübernahmen und bei Massenentlassungen.

(Art. 336b OR) und innerhalb von 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingeklagt werden. Eine missbräuchliche Kündigung hat nicht ihre Ungültigkeit zur Folge, das Arbeitsverhältnis endet auf jeden Fall. Dem missbräuchlich Gekündigten steht aber eine Entschädigung zu.

### 7. Kündigungsfristen

Die Kündigungsfristen für eine ordentliche Kündigung sind in Deutschland in § 622 BGB geregelt. Diese dürfen grundsätzlich nicht unterschritten werden.

Ist nichts anderes schriftlich vereinbart worden, gelten in der Schweiz nach Ablauf der Probezeit die gesetzlichen Kündigungsfristen. Wird von den gesetzlichen Fristen abgewichen, muss die Kündigungsfrist für beide Parteien gleich lang sein (Art. 335a OR). Das Arbeitsverhältnis kann im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat, im zweiten bis und mit dem neunten Dienstjahr mit einer Frist von zwei Monaten und nachher mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden (Art. 335c OR).

Das deutsche Recht nimmt hier eine detaillierte Abstufung vor und regelt die Kündigungsfristen bis ins hohe Dienstalter. Was dazu führen kann, dass im Vergleich zur Schweiz die gesetzlich minimale Kündigungsfrist bei einem langjährigen Mitarbeiter bis mehr als doppelt so lang wird.

### 8. Gerichtsprozess

Erhält ein Arbeitnehmer in Deutschland eine Kündigung und will er sich dagegen wenden, so muss er gegen diese Kündigung innerhalb von drei Wochen eine sogenannte Kündigungsschutzklage vor dem örtlich zuständigen Arbeitsgericht erheben. Stellt sich heraus, dass die Kündigung rechtswidrig war, so hat der Arbeitnehmer einen Weiterbeschäftigungsanspruch. War die Kündigung dagegen rechtmässig, endet das Arbeitsverhältnis. Die Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland besteht aus drei Instanzen: Arbeitsgericht, Landesarbeitsgericht und Bundesarbeitsgericht. In erster Instanz ist grundsätzlich das örtliche Arbeitsgericht zuständig. In erster Instanz hat jede Partei unabhängig vom Obsiegen oder Unterliegen ihre eigenen Kosten zu tragen, es besteht jedoch kein

### Neues Mindestlohngesetz in Deutschland

In Deutschland gibt es seit dem 1. Januar 2015 ein sogenanntes Mindestlohngesetz. Dieses gilt grundsätzlich für alle Beschäftigten in Deutschland. Abweichungen sind teilweise in Tarifverträgen und dem Arbeitnehmerüberlassung bzw. Arbeitnehmerentsendegesetz geregelt. Zusammenfassend lässt sich sagen, soweit keine Ausnahme bzw. Übergangsregelung greift, ist ein Arbeitgeber verpflichtet den Arbeitnehmern 8.50 Euro (brutto) je Zeitzunde zu zahlen. Abweichungen nach oben sind jederzeit möglich. Einen gesetzlichen Mindestlohn kennt die Schweiz nicht. Für diverse Berufe ist aber ein Mindestlohn via GAV verankert worden.

Rechtsanwaltszwang. Ein Arbeitnehmer kann selbst eine Kündigungsschutzklage erheben. Ohne Rechtsanwalt fallen nur, soweit eine Entscheidung in der Sache getroffen wird, Gerichtsgebühren anteilig an. Vor einer streitigen Verhandlung ist zwingend eine Güteverhandlung durchzuführen. Der Streitwert einer Kündigungsschutzklage beträgt ein Viertel des Bruttojahresgehalts.

Eine Weiterbeschäftigung kann in der Schweiz grundsätzlich nicht eingeklagt werden. Nur wenn eine Kündigung zur Unzeit festgestellt wird, besteht ein Arbeitsverhältnis weiter. Selbst dann wird man sich aber meist auf eine Auflösung einigen. Es geht somit in arbeitsrechtlichen Prozessen in der Schweiz meist nur darum, die finanziellen Belange einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses und die vertraglichen Nebenpflichten (Arbeitszeugnis, Konkurrenzverbot, etc.) zu regeln. Für Verfahren in Arbeitsrechtsangelegenheiten werden in der Schweiz bis zu einem Streitwert von CHF 30 000.– den Parteien keine Gerichtskosten auferlegt. Damit soll auch wenig finanzkräftigen Parteien ein Klagen ermöglicht werden. Zudem geht einem Gerichtsverfahren zwingend eine Schlichtungsverhandlung voraus. Ein Rechtsanwaltszwang besteht ebenfalls nicht.



#### AUTOREN

**Maria Dimartino** ist selbstständige Rechtsanwältin in Deutschland mit den Interessenschwerpunkten Individual- und Kollektivarbeitsrecht, Neue Medien und Beschäftigtendatenschutz.



**Yves Gogniat** ist als Rechtsanwalt bei Die Advokatur Sury AG in Luzern tätig. Die Schwerpunkte liegen im IT-, Datenschutz- und Vertragsrecht.