

Von Abgangsentschädigung bis Zivilprozess (Teil I)

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen

Die Fachanwältinnen und Fachanwälte SAV Familienrecht und Erbrecht haben im vergangenen Jahr in der Anwaltsrevue verschiedenste Aspekte ihrer Fachgebiete näher beleuchtet. In der vorliegenden und der nächsten Ausgabe der Anwaltsrevue finden Sie nun Beiträge von Fachanwältinnen und Fachanwälten SAV Arbeitsrecht zu ganz unterschiedlichen Themen aus ihrem Fachgebiet, zu Fragen, die sich in der Praxis immer wieder stellen. Da das Arbeitsrecht wie das Familien- und Erbrecht zu den Rechtsgebieten gehören dürfte, mit denen sich ein grosser Teil der Anwaltschaft zumindest gelegentlich zu befassen hat, hoffen wir, dass Ihnen diese Beiträge von Nutzen sein werden. Sollten wir damit Ihr Interesse, sich vertieft mit arbeitsrechtlichen Fragen zu befas-

sen, geweckt haben, umso besser! Der vierte Kurs der Fachanwaltsausbildung im Arbeitsrecht ist in Vorbereitung; er beginnt am 22. August 2012. Informieren Sie sich darüber auf der Website <http://fachanwalt.sav-fsa.ch> des SAV! Die Anmeldefrist läuft noch bis am 29. Februar 2012. Die Fachanwaltschaft SAV Arbeitsrecht würde sich freuen, bald wieder neue Kolleginnen und Kollegen in ihren Kreis aufnehmen zu dürfen. ■

Regula Suter*

* Rechtsanwältin, dipl. Steuerexpertin und Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Fellmann Tschümperlin Lötscher, Luzern. www.fellmann-partner.com

Regula Suter*

Die Besteuerung von Abgangsentschädigungen

Stichworte: Abgangsentschädigung, Kapitalabfindung, Einkommenssteuer, Jahressteuer, Rentensatz

I. Einleitung

Die Abgangsentschädigungen haben ihren Spitzenplatz in der Rangliste der medialen Reizthemen seit einiger Zeit an die Boni und Managerlöhne verloren. Aus der Arbeitswelt sind sie jedoch selbstverständlich nicht verschwunden. Es gibt sie nach wie vor in den unterschiedlichsten Erscheinungsformen und in einer grossen Bandbreite. Zwischen einer Abfindung von einigen wenigen Monatslöhnen im Rahmen eines Sozialplans, der bei einem KMU aufgrund einer Betriebsschliessung zur Anwendung kommt, und einer Abfindung in Millionenhöhe für den erfolglosen CEO eines internationalen Konzerns lässt sich alles in unterschiedlichster Ausgestaltung finden.

Abgangsentschädigungen werden in der Regel bei einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgerichtet, wobei die Gründe dafür vielfältig sind: «Schmerzensgeld» für die Entlassung (golden handshake), Treueprämie für langjährige Dienstverhältnisse, Vorruhestandsregelung, Abgeltung der mit der Entlassung verbundenen Unsicherheit bezüglich beruflicher und persönlicher Zukunft, Entschädigung für geleistete Arbeit usw. Oft spielen mehrere Aspekte hinein, so dass die Zweckbestimmung einer Abgangsentschädigung unklar ist und im Einzelfall abgeklärt werden muss. Eines ist jedoch allen Abgangsentschädigungen gemeinsam: Sie müssen versteuert werden! Die Art und Weise der Besteuerung allerdings ist durchaus verschieden.

* Rechtsanwältin, dipl. Steuerexpertin und Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Fellmann Tschümperlin Lötscher, Luzern. www.fellmann-partner.com

II. Die verschiedenen Besteuerungsformen

1. Vorbemerkung

Im vorliegenden Artikel wird nur auf die Regelung im Bundessteuerrecht eingegangen. Diese findet sich im Gesetz über die direkte Bundessteuer.¹ Das Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden² macht jedoch den Kantonen für deren eigene Gesetzgebung analoge Vorgaben, so dass die Besteuerung von Abgangsentschädigungen auch auf kantonaler Ebene den gleichen Regeln folgt wie beim Bund.

2. Ordentliche Besteuerung

Gemäss Art. 17 Abs. 1 DBG sind alle Einkünfte aus privatrechtlichem oder öffentlichrechtlichem Arbeitsverhältnis mit Einschluss der Nebeneinkünfte wie Entschädigungen für Sonderleistungen, Provisionen, Zulagen, Dienstalters- und Jubiläumsgeschenke, Gratifikationen, Trinkgelder, Tantiemen und andere geldwerte Vorteile steuerbar.

In Ergänzung und Konkretisierung dieser allgemeinen und umfassenden Bestimmung hält Art. 23 DBG fest, dass auch alle anderen Einkünfte, die an die Stelle des Einkommens aus Erwerbstätigkeit treten, sowie die Entschädigungen für die Aufgabe oder Nichtausübung einer Tätigkeit steuerbar sind (lit. a und lit. c).

1 DBG, SR 642.11.
2 StHG, SR 642.14.

Diese gesetzlichen Bestimmungen erfassen alle Abgangsschädigungen, die nicht unter eine der beiden nachstehend dargestellten Sonderregelungen subsumiert werden können. Ohne solche Sonderregelung wird eine Abgangsschädigung ordentlich besteuert; sie ist somit mit dem übrigen im betreffenden Jahr erzielten Einkommen zu versteuern. Aufgrund der in der Regel progressiv ausgestalteten Steuertarife führt dies zu einer nicht unbeträchtlichen Steuerbelastung.

3. Die Besteuerung mit einer Jahressteuer

Als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz von Abs. 1 unterstellt Art. 17 Abs. 2 DBG Kapitalabfindungen aus einer mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Vorsorgeeinrichtung oder gleichartige Kapitalabfindungen des Arbeitgebers der Besteuerung nach Art. 38 DBG. Damit wollte der Gesetzgeber die Steuerprogression mildern und aus sozialen Gründen die berufliche Vorsorge privilegieren.³ Solche Kapitalabfindungen unterliegen also nicht der ordentlichen Besteuerung zusammen mit dem übrigen Einkommen, sondern werden gesondert besteuert. Erhoben wird eine separate Jahressteuer⁴, wobei der Tarif nur einen Fünftel des ordentlichen Steuertarifs beträgt.⁵

4. Die Besteuerung zum Rentensatz

Art. 37 DBG statuiert eine steuerliche Sonderbehandlung für einmalige Einkünfte, die an die Stelle von gewöhnlich über einen längeren Zeitraum erfolgenden Zahlungen treten. Die Sonderbehandlung beschränkt sich auf die Ermittlung des Steuersatzes, indem dafür nicht der gesamte Betrag der Kapitalabfindung massgebend ist, sondern auf denjenigen Betrag abgestellt wird, wenn anstelle der Kapitalabfindung eine jährliche Auszahlung erfolgt wäre. Somit wird zwar eine für wiederkehrende Leistungen ausgerichtete Entschädigung zusammen mit dem übrigen Einkommen der betreffenden Steuerperiode besteuert; die Steuerprogression wird jedoch durch einen reduzierten Steuersatz (sog. Rentensatz) gebrochen, was zu einer mildernden Besteuerung führt. Wegen der progressiven Ausgestaltung der Steuertarife ist es mit dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht vereinbar, solche Kapitalabfindungen bei der Ermittlung des Steuersatzes in vollem Umfang zu berücksichtigen, sind doch die Tarife auf regelmässig fliessende Einkommen ausgerichtet. Mit der Besteuerung zum Rentensatz wird eine Benachteiligung von Kapital- gegenüber Rentenbezügen verhindert.⁶

5. Konsequenzen der verschiedenen Besteuerungsformen

Ob eine Abgangsschädigung zusammen mit dem übrigen Einkommen zum vollen ordentlichen Steuersatz versteuert werden muss, oder ob man von einer privilegierten Besteuerung als Kapitalabfindung mit Vorsorgecharakter bzw. für wiederkehrende Leistungen profitieren kann, hat erhebliche finanzielle Auswirkungen. So beträgt die direkte Bundessteuer für eine Abgangsschädigung von CHF 100 000.00 bei ordentlicher Besteuerung CHF 13 000.00.⁷ Gilt die Abgangsschädigung jedoch als Kapitalabfindung gemäss Art. 17 Abs. 2 DBG, reduziert sich die Steuerbelastung auf gerade einmal CHF 578.10!⁸ Wie eine Abgangsschädigung steuerlich qualifiziert wird, ist somit von grosser finanzieller Bedeutung.

III. Abgangsschädigungen mit Vorsorgecharakter

1. Kapitalzahlungen aus einer Vorsorgeeinrichtung

Art. 17 Abs. 2 DBG unterstellt einmal Kapitalzahlungen aus einer mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Vorsorgeeinrichtung der privilegierten Besteuerung nach Art. 38 DBG. Die Entschädigung wird also in diesem Fall nicht von Seiten des Arbeitgebers, sondern von einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge (2. Säule) ausgerichtet. Insofern liegt keine Abgangsschädigung im eigentlichen Sinne vor; es werden jedoch damit die Leitplanken dafür gesetzt, was als gleichartige Kapitalabfindung des Arbeitgebers, die ebenfalls in den Genuss der privilegierten Besteuerung kommt, zu qualifizieren ist.

2. Gleichartige Kapitalabfindungen des Arbeitgebers

Leistungen aus einer Vorsorgeeinrichtung erfolgen, wenn sich eines der Risiken Alter, Invalidität oder Tod verwirklicht. Eine Kapitalabfindung des Arbeitgebers ist demzufolge dann gleichartig im Sinne von Art. 17 Abs. 2 DBG, wenn sie ebenfalls dazu bestimmt ist, eine durch Alter, Invalidität oder Tod des Arbeitnehmers mögliche künftige Beschränkung der gewohnten Lebenshaltung des Arbeitnehmers bzw. seiner Hinterlassenen zu mildern.⁸

Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) hat in einem Kreisschreiben⁹ die Voraussetzungen festgehalten, unter denen eine solche gleichartige Kapitalabfindung des Arbeitgebers vorliegt. Kumulativ müssen folgende Bedingungen erfüllt sein:

- Der Arbeitnehmer hat im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Unternehmen das 55. Altersjahr vollendet.

3 Botschaft über die Steuerharmonisierung vom 25. Mai 1983 in BBl. III 186.

4 Art. 38 Abs. 1 DBG.

5 Art. 38 Abs. 2 DBG.

6 Ivo P. BAUMGARTNER, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, Art. 37 N 2; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. A. Zürich 2006, § 36 N 19.

7 Bei einem übrigen steuerbaren Einkommen von CHF 250 000.00 und Anwendung des Verheiratetentarifs.

8 LOCHER, Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Therwil/Basel 2001, Art. 17 N 61; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 6), § 37 N 17.

9 Kreisschreiben Nr. 1 der ESTV vom 3. Oktober 2002, publiziert in Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, 71. Band (2002/2003), S. 532 ff., www.estv.admin.ch/bundessteuer/dokumentation/00242/00380/index.html?lang=de

- Die (Haupt-)Erwerbstätigkeit wird definitiv aufgegeben oder muss aufgegeben werden.
- Durch den Austritt aus dem Unternehmen und dessen Vorsorgeeinrichtung entsteht eine Vorsorgelücke. Diese ist durch die Vorsorgeeinrichtung zu berechnen, wobei nur zukünftige Vorsorgelücken berücksichtigt werden dürfen, und zwar im Umfang der ordentlichen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zwischen dem Austritt aus der Vorsorgeeinrichtung bis zum Erreichen des ordentlichen Terminalalters, basierend auf dem bisher versicherten Einkommen. Ein im Zeitpunkt des Ausscheidens bereits bestehender Einkaufsbedarf kann also nicht in die Berechnung der Vorsorgelücke einbezogen werden.

Sind diese Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt, ist jeweils im konkreten Einzelfall zu berechnen, welcher Betrag zur Deckung der Vorsorgelücke im vorstehend definierten Sinn erforderlich ist. Dieser Betrag kommt sodann in den Genuss der privilegierten Besteuerung nach Art. 38 DBG. Je nachdem wird also möglicherweise nur ein Teil der Abgangsentschädigung mit einer Sondersteuer erfasst, während der Rest der ordentlichen Besteuerung unterliegt.

3. Gerichtspraxis

Das Kreisschreiben der ESTV ist als blosse Verwaltungsverordnung weder für die Gerichte noch für die Steuerpflichtigen verbindlich; es ist daher nicht buchstabengetreu anzuwenden und entbindet die Steuerbehörden nicht davon, den Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen.¹⁰ Bereits vor Erlass dieses Kreisschreibens ergingen insbesondere im Kanton Zürich diverse Entscheide zur Frage, wann eine Kapitalabfindung des Arbeitgebers als gleichartig im Sinne von Art. 17 Abs. 2 DBG zu qualifizieren sei.¹¹ Aber auch nach Erlass des Kreisschreibens gab es Urteile, in denen richtigerweise vom Kreisschreiben der ESTV abgewichen wurde. So hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich im Fall eines Swissairpiloten, der bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses 53-jährig war und nach der Frühpensionierung seinen Beruf als Pilot aufgegeben hatte, entschieden, dass im Rahmen der Würdigung der Gesamtumstände auch dann auf den Vorsorgecharakter der Leistung des Arbeitgebers geschlossen werden könne, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Auszahlung das 55. Altersjahr noch nicht vollendet habe.¹² Auch das Bundesgericht hat im bereits zitierten Urteil vom 19. August 2010¹³ entschieden, der Umstand, dass der Steuerpflichtige im Zeitpunkt der Auszahlung der Kapitalabfindung das 55. Altersjahr (knapp) noch nicht erreicht hatte, sei kein Hinderungsgrund für die Anwendung von Art. 17 Abs. 2 DBG; ebenso wenig, dass der Steuerpflichtige seine Erwerbstätigkeit nicht aufgegeben, sondern eine

Anstellung zu wesentlich schlechteren finanziellen Konditionen angetreten hatte. Das Bundesgericht hielt fest, dass ein gekündigter Arbeitnehmer nicht steuerlich dafür bestraft werden dürfe, wenn er bereit sei, eine schlechter entlohnte Arbeit anzunehmen, um im Erwerbsleben verbleiben zu können.

IV. Abgangsentschädigungen als Abgeltung wiederkehrender Leistungen

Auch bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ausgerichtete Abgangsentschädigungen können ganz oder teilweise zur Abgeltung von wiederkehrenden Leistungen bestimmt sein. Zu denken ist an den Ausgleich künftiger Lohnneinbussen an einer neuen Stelle während einer bestimmten Zeit, die Entschädigung für die vorzeitige Auflösung eines auf eine fixe Dauer abgeschlossenen Arbeitsvertrages oder die Entschädigung für ein Konkurrenzverbot¹⁴. Ebenfalls als wiederkehrende Leistung besteuert wurde eine Entschädigung, die ein Arbeitnehmer bei seinem Ausscheiden erhielt, weil ihm während der Dauer des Arbeitsverhältnisses immer wieder Weiterbildungen zugesagt worden waren, er jedoch nie Gelegenheit erhalten hatte, diese zu absolvieren.¹⁵

Damit Art. 37 DBG zur Anwendung kommt, muss allerdings bei Zahlungen für künftige Lohnausfälle tatsächlich eine Lohnneinbusse eintreten und die Zeitspanne, für welche die Entschädigung ausgerichtet wird, definiert sein.¹⁶ Nicht jede Entschädigung, deren Höhe nach der Anzahl der durch den Empfänger geleisteten Dienstjahre bemessen wird, ist eine Kapitalabfindung für wiederkehrende Leistungen, die von der privilegierten Besteuerung zum Rentensatz nach Art. 37 DBG profitieren kann. So wurde z.B. eine Entschädigung in der Höhe von 24 Monatslöhnen nicht als Kapitalabfindung für wiederkehrende Leistungen betrachtet, weil damit im Sinne einer Starthilfe die beruflichen Chancen ausserhalb des Betriebs verbessert werden sollten.¹⁷

V. Möglichkeiten zur Milderung der Steuerbelastung

Ein grosser Teil der bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ausgerichteten Abgangsentschädigungen erfüllt die Voraussetzungen für die Besteuerung mit einer Jahressteuer oder zum Rentensatz nicht, unterliegt also der ordentlichen Besteuerung zusammen mit dem übrigen während des betreffenden Jahres erzielten Einkommen. Bei progressiven Steuersätzen hat dies eine verhältnismässig hohe steuerliche Belastung solcher Entschädigungen zur Folge. Diese kann gemildert werden, indem die Abgangsentschädigung für steuerlich begünstigte Zwecke, insbesondere die Verbesserung der Vorsorge, verwendet wird. So sind gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG Einlagen in die berufliche Vorsorge steuerlich abzugsfähig. Eine Abgangsentschädigung

10 Urteil des Bundesgerichts 2C_538/2009 vom 19. August 2010 E. 4.4, in StE 2011 B 26.13 Nr. 26.

11 Vgl. dazu BLÖCHLIGER, Wann haben Abgangsentschädigungen Vorsorgecharakter?, Steuerrevue 63 (2008), S. 501 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

12 Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 6. Juni 2007 (5B.2007.00028), in StE 2007 B 29.2 Nr. 14.

13 Vgl. Fn. 10.

14 RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 6), § 36 N 19.

15 Urteil des Verwaltungsgerichtes Zürich vom 22. Dezember 1999, in StE 2000 B 29.2 Nr. 6.

16 BAUMGARTNER (Fn. 6), Art. 37 N 12.

17 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Juni 1996, ZStP 1996, S. 216.

kann also beispielsweise zur Schliessung von allenfalls bestehenden Vorsorgelücken verwendet werden. Solche Lücken ergeben sich, wenn das bisher angesparte Vorsorgekapital nicht dem Betrag entspricht, der aufgrund der reglementarischen Bestimmungen der Pensionskasse bis zu diesem Zeitpunkt maximal hätte angespart werden können. Ob die Möglichkeit eines Einkaufs in die Vorsorgeeinrichtung besteht, ist gerade bei einem Stellenwechsel und dem damit verbundenen Wechsel der Pensionskasse zu prüfen. Steuerlich abzugsfähig sind gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e auch Einzahlungen in die Säule 3a; allerdings lässt sich damit aufgrund des für Unselbstständigerwerbende relativ tief festgesetzten Maximalbetrags¹⁸ die steuerliche Belastung einer Abgangsentschädigung nur zu einem kleinen Teil kompensieren. Ist der Empfänger einer Abgangsentschädigung gleichzeitig Eigentümer einer

Liegenschaft, sollte er prüfen, ob bei dieser in absehbarer Zeit grössere Unterhaltsarbeiten anstehen. Ist dies der Fall, kann mit deren Ausführung im Jahr, in dem die Abgangsentschädigung ausbezahlt wird, ebenfalls eine gewisse Steuerentlastung bewirkt werden.¹⁹

VI. Fazit

Erhält ein Arbeitnehmer eine Abgangsentschädigung, führt kein Weg am Fiskus vorbei. Auch wenn die steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten begrenzt sind, hat doch ein Anwalt, der diese kennt, zumindest die Chance, bei den Verhandlungen über die Abgangsentschädigung für seinen Klienten das unter den gegebenen Umständen bestmögliche Ergebnis zu erreichen. ■

18 Für 2012 CHF 6 682.00.

19 Bei der direkten Bundesteuer in jedem Fall; auf kantonaler Ebene zumindest in jenen Kantonen, die wie der Bund die Wechselpauschale kennen.

Martin Farner*

Begründete Klage und Verhandlungsmaxime im vereinfachten Verfahren

Stichworte: Zivilprozess, Arbeitsprozess, vereinfachtes Verfahren, Verhandlungsmaxime

1. Einleitung

Die schweizerische ZPO stellt uns zwei ganz verschiedene prozessuale Welten zur Verfügung. Da ist zunächst das ordentliche Verfahren, welches durch Schriftlichkeit, Kostenvorschusspflicht und eine strenge Eventualmaxime gekennzeichnet ist. Demgegenüber bietet das vereinfachte Verfahren den Vorteil der Mündlichkeit und – je nach Sachgebiet – auch der Kostenfreiheit. Damit bietet das vereinfachte Verfahren weniger Erfolgsbarrieren als das ordentliche und wird daher eine vergleichsweise grosse Bedeutung erhalten.

Die heutige Gesetzeslage wird im Arbeitsgerichtsprozess dazu führen, sich sehr genau zu überlegen, ob eine Klage im vereinfachten Verfahren das Problem auch zu lösen vermag, sei es, indem man nur einzelne strategisch entscheidende Ansprüche einklagt, sei es, indem man eine echte Teilklage in Betracht zieht.

2. Wann ist eine Klage begründet?

Art. 244 Abs. 1 ZPO verlangt vom Kläger u.a. die Bezeichnung des Streitgegenstandes. Darunter ist ein kurzer Hinweis darauf zu verstehen, woraus das Rechtsbegehren hergeleitet wird. In gewissen Fällen ergibt sich der Streitgegenstand schon aus dem Rechtsbegehren. So etwa, wenn ein Zeugnisberichtigungsan-

spruch eingeklagt wird, weil der Kläger hier angeben muss, inwiefern das ausgestellte Zeugnis geändert werden soll. Auch das Begehren um Abrechnung von Provisionsansprüchen (Art. 322c OR) ist wohl aus sich selber klar und nicht weiter zu umschreiben.

Vor allem bei Geldforderungen ergibt sich der Streitgegenstand nicht aus dem Begehren selbst. In solchen Fällen darf ein zusätzlicher Hinweis verlangt werden. Dabei müssen aber kurze Umschreibungen genügen, z.B. Lohn für die Monate x und y, Krankenlohn für eine bestimmte Periode, Schadenersatz zufolge fristloser Entlassung usw. Dabei hat die Bezeichnung des Streitgegenstandes nicht den Sinn, die eingeklagte Forderung in ihrer Identität vollständig zu bestimmen.¹ Es geht vielmehr darum, dass der Beklagte, der ja aus dem Schlichtungsverfahren über genügendes Vorwissen verfügt, informiert ist,² worum es geht.

Als Begründung einer Klage ist das anzusehen, was über die blosser Beschreibung des Streitgegenstandes hinausgeht. Diese

1 Zu weit gehend wohl KUKO-FRAEFEL N 8 zu Art. 244 ZPO. Vgl. auch DOMINIK MILANI, Die Behandlung der konkursrechtlichen Kollokationsklage im vereinfachten Verfahren, Zürich 2011, S. 178, Rz 497, zitiert als Kollokationsklage.

2 Im Klageformular des Bundes wird zum Streitgegenstand folgende Erläuterung gegeben: «Der Streit muss in wenigen Sätzen oder Stichworten umschrieben werden. Die klagende Partei muss insb. angeben, um was für eine Forderung es geht (z.B. Kaufpreis für Kühlschrank). Eine Begründung ist möglich, aber nicht erforderlich.»

* Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht in Zürich.

Unterscheidung kann im Einzelfall schwierig sein, weil die Begründung einer Klage immer auch eine Bestimmung des Streitgegenstandes ist. Das wichtigste Indiz für das Vorliegen einer Begründung dürfte der Umfang der Darlegung sein.

3. Stellungnahme und Klageantwort

Gemäss der bundesrätlichen Botschaft sind die Merkmale des vereinfachten Verfahrens gemilderte Formstrenge, Mündlichkeit und verstärkte Mitwirkung des Gerichts.³ Es versteht sich von selbst, dass diese Milderungen gegenüber dem ordentlichen Verfahren beiden Prozessparteien zugute kommen müssen, nicht bloss dem Kläger.

Der heutige Art. 245 ZPO entspricht Art. 241 des bundesrätlichen Entwurfs und hat somit die parlamentarischen Beratungen unverändert überstanden. Die Botschaft führt dazu aus:⁴

Die genannten Vereinfachungen sind jedoch nur *Optionen* für die **klagende Partei**. Es steht ihr frei, stattdessen eine vollständige und begründete Klageschrift (Art. 218) einzureichen. Dann beginnt das vereinfachte Verfahren gleich wie das ordentliche: Der beklagten Partei wird Frist zur schriftlichen (und substantiierten) **Klageantwort** gesetzt (Art. 241 Abs. 2). Eine vollständige Klageschrift ist in rechtlich oder tatsächlich schwierigen Fällen sinnvoll, die im vereinfachten Verfahren durchaus auftreten können.

Es ist offensichtlich, dass die Redaktoren des Gesetzes gar nicht daran gedacht haben, dass der Beklagte ebenso auf die Hilfe des Gerichts angewiesen sein könnte wie ein unbeholfener Kläger. Wird vom Beklagten bei begründeter Klage eine vollständige Klageantwort verlangt, so werden ihm damit der Vorteile der Mündlichkeit und der verstärkten Fragepflicht des Gerichts entzogen. Eine weitere Unebenheit besteht darin, dass bei diesem Verständnis des Verfahrensverlaufs bei begründeter Klage nicht von schriftlicher Stellungnahme, sondern von Klageantwort hätte gesprochen werden sollen.

Diese Überlegungen sprechen nicht dagegen, überhaupt eine Frist zur Klageantwort anzusetzen, bzw. nach der Sprachregelung des Gesetzes zur Stellungnahme. Entscheidend ist dagegen, wie das Gericht bei Ausbleiben und bei Erstattung einer unvollständigen Klageantwort verfährt. Bei Ausbleiben der Klageantwort ist nach richtigem Verständnis des vereinfachten Verfahrens zur Verhandlung vorzuladen, denn das Schweigen des Beklagten zeigt, dass er mit der Fristansetzung nicht zu Rande gekommen ist.

Die Gegner dieser Auffassung verweisen einerseits auf die oben zitierte Passage der bundesrätlichen Botschaft,⁵ andererseits auf Art. 219 ZPO, welcher die Regeln des ordentlichen Verfahrens überall dort für massgeblich erklärt, wo andere Verfahrensarten nicht davon abweichen. Da die Konsequenz dieser Auffassung eine wesentliche Schlechterstellung des Beklagten gegenüber dem Kläger bedeutet, ist sie abzulehnen. Besonders merkwürdig ist die Stellungnahme MILANIS zu dieser Frage, da er das Problem

durchaus sieht, aber dennoch keine Lösung anbieten will⁶ und offenbar auf Seiten des Beklagten kein Schutzbedürfnis erkennen kann.

Verschärft wird das Problem dann, wenn man den Parteien im vereinfachten Verfahren nur die Wahl zwischen gar keiner Begründung ihrer Schriftsätze und einer vollständigen Begründung der Klage bzw. Beantwortung derselben lassen will.⁷ Wenn das vereinfachte Verfahren laienfreundlich⁸ sein soll, muss auch eine unvollständige Klagebegründung bzw. Klageantwort möglich sein, zumal das Gericht gemäss Art. 247 ZPO eine verstärkte Pflicht zu materieller Prozessleitung hat und überall dort eingreifen muss, wo die Sachdarlegung unvollständig ist.

4. Verhandlungsmaxime im vereinfachten Verfahren

Die Prozessrechtler des 19. Jahrhunderts sahen in der Verhandlungsmaxime das prozessuale Pendant zur Privatautonomie. Daher sollten es die Prozessparteien in der Hand haben, durch Darlegung oder bewusste Nicht-Darlegung von Sachverhalt dem Prozess die erwünschte Richtung zu geben. Dieser Idealvorstellung konnten aber schon zur Zeit ihrer Einführung sehr viele Prozessparteien nicht genügen, was an der Verteidigung der Mündlichkeit in Zivilprozessen ablesbar ist. Vor allem der Kanton Zürich hat stets auf mündliche Verfahren gesetzt.

Die Verhandlungsmaxime wurde nicht darum eingeführt, weil die Parteien den Sachverhalt am besten kennen, sondern weil man die Tätigkeit des Richters im Verfahren möglichst zurückbinden wollte.⁹ Mit der Entwicklung des liberalen Nationalstaats zum sozialen Rechtsstaat hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass eine aktive Rolle des Richters nötig ist, um in einem Zivilprozess nicht nur formal, sondern auch inhaltlich richtige Resultate zu bekommen.

So erklären sich die Milderungen der Verhandlungsmaxime, die in fast jeder modernen Prozessgesetzgebung realisiert worden sind. Man darf daher festhalten, dass der Grundsatz der Fairness auch im Zivilprozess Geltung beansprucht. Das bedeutet für die Parteien, keine ungerechten Prozesse anzuheben; es bedeutet für das Gericht, Prozessparteien nicht ohne vorherige Warnung in ihr Verderben laufen zu lassen.

Es ist erstaunlich, dass die ZPO nicht weniger als vier Ausprägungen¹⁰ der materiellen Prozessleitung kennt. Art. 56 ZPO ist die allgemeine Bestimmung, die in allen Verfahrensarten Geltung beansprucht. Im vereinfachten Verfahren gilt allgemein Art. 247 Abs. 1 ZPO und Art. 247 Abs. 2 ZPO in den Materien, die als besonders sensible eingestuft werden, wozu insbesondere das Arbeitsrecht gehört.

6 DOMINIK MILANI, Die Handhabung der Eventualmaxime im vereinfachten Verfahren unter besonderer Berücksichtigung von Art. 229 Abs. 2 ZPO, Jusletter 16. Mai 2011, Rz 27.

7 Diese These vertritt MILANI, Kollokationsklage, Rz 518 f.

8 Die Botschaft erhebt diesen Anspruch, vgl. S. 7346.

9 Vgl. RUDOLF WASSERMANN, Der soziale Zivilprozess, Neuwied 1978, S. 34 f.; unrichtig DIKE-Komm.-GLASL N 5 zu Art. 55 ZPO.

10 Die familienrechtliche Untersuchungsmaxime, Art. 296 ZPO lasse ich hier weg.

3 Botschaft, S. 7345.

4 Botschaft, S. 7347 f., fette Hervorhebungen von mir.

5 So z.B. PETER HIGI in ZZZ 206, S. 476 f.

Der in Art. 247 Abs. 1 ZPO definierte Standard entspricht dem, was in der ursprünglichen deutschen ZPO von 1877 für sämtliche Verfahren galt.¹¹ Heute ist die materielle Prozessleitung in § 139 DZPO geregelt, welche eine umfassende Erörterungspflicht und eine Fragepflicht hinsichtlich Sachdarstellung, Beweismitteln und Anträgen beinhaltet. Das Verbot von Überraschungsentscheidungen ist ebenfalls positivrechtlich normiert. Auch das ist keine Sondervorschrift für bestimmte Verfahren, sondern allgemeiner prozessualer Standard.

Art. 56 ZPO gab während der parlamentarischen Beratung zu keinen Bemerkungen Anlass; dafür bemühten sich die Räte intensiv um den heutigen Art. 247 ZPO¹². Der Bundesrat wollte für das vereinfachte Verfahren nur eine einzige Prozessmaxime festlegen, die wie folgt lautete:

Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest, indem es darauf hinwirkt, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und vorhandene Beweismittel bezeichnen.

Der Vorteil dieser Formulierung ist, dass genau gesagt wird, was die Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen bedeutet, nämlich geeignete Fragen zu stellen. Der Ständerat hat daraus zwei Bestimmungen gemacht, eine für den Normalfall des vereinfachten Verfahrens und eine für die besonders sensiblen Materien und das Arbeitsrecht, allerdings ohne zu sagen, worin der Unterschied liegen soll. Man begnügte sich im Ständerat mit dem schlichten Hinweis darauf, dass auch im vereinfachten Verfahren die Verhandlungsmaxime dem Grundsatz nach gelten soll.¹³ Im Nationalrat schwang das Argument von Bundesrätin Widmer-

Schlumpf obenaus, die Officialmaxime sei ein Fremdkörper in unserem Prozessrecht.¹⁴ Die Auseinandersetzung um den heutigen Art. 247 ZPO muss im Zusammenhang mit dem Streit um die Eventualmaxime gesehen werden, denn in den Fällen, da das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat, gilt in der ersten Instanz die sonst übliche Eventualmaxime nicht. Das ist m.E. eine sehr wesentliche Differenz zwischen Absatz 1 und Absatz 2 des Art. 247 ZPO.

Oft wird der Unterschied zwischen Absatz 1 und 2 von Art. 247 ZPO darin gesehen, dass das Gericht gemäss Absatz 2 auch Sachverhalte einbeziehen kann, die von keiner Partei geltend gemacht worden sind.¹⁵

Von der Sache her wäre es wohl gescheiter gewesen, dem deutschen Beispiel zu folgen und eine einzige Bestimmung für alle Zivilprozesse vorzusehen, denn es ist nicht einzusehen, wieso dem Kläger bei Streitwerten unter CHF 30 000 geholfen werden soll, demjenigen, der eine höhere Forderung einklagt, aber nicht oder weniger. Und es ist auch nicht einzusehen, wieso dem Arbeitnehmer im vereinfachten Verfahren Noven bis zur Urteilsberatung offenstehen, dem Kläger aus einem Kaufvertrag bei gleichem Streitwert aber nicht. Sollte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur arbeitsrechtlichen Officialmaxime¹⁶ beibehalten, wäre Art. 247 Abs. 2 ZPO ohnehin wirkungslos, weil es dann bei den zu Art. 56 ZPO entwickelten Regeln bliebe. ■

11 WASSERMANN (Fn. 9), S. 97.

12 Art. 243 des bundesrätlichen Entwurfs.

13 Amtl. Bull. SR 2007, S. 532.

14 Amtl. Bull. NR 2008, S. 968.

15 Beispiele bei PATRICIA DIETSCHY, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, Basel 2011, Rz 283; CPC commenté-TAPPY N 23 zu Art. 247 ZPO; KUKO-ZPO-FRAEFEL N 11 zu Art. 247 ZPO.

16 BGE 107 II 233; Kritik bei MAX KUMMER, *die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts*, ZBJV 1983, S. 230 f.

Daniel Mägerle*

Probleme bei der Kürzung von Ferienansprüchen

Stichworte: Ferienanspruch, Kürzung, Arbeitsverhinderung, Schonfrist, Dienstjahr, 329b OR

I. Einleitung

Diskussionen und Auseinandersetzungen über die Dauer und den Bezug von Ferien, deren Entschädigung bei unterbliebenem Bezug in natura sowie Verwirkungsfragen sind im betrieblichen Alltag angesichts der Bedeutung der Ferien für die Arbeitnehmer relativ häufig. Im Gesetz (Art. 329b OR) unklar geregelt werden besondere Fragen im Zusammenhang mit der Kürzung von Fe-

rienansprüchen bei Arbeitsverhinderungen des Arbeitnehmers. Der nachstehende Artikel fasst einige Besonderheiten und Unklarheiten zusammen.

II. Der Anspruch auf Ferien

Der Anspruch auf Ferien besteht aus einem einheitlichen Anspruch auf Gewährung von Freizeit unter Fortzahlung des Lohnes während dieser Zeit (Art. 329a OR i.V.m. Art. 329d Abs. 1 OR). Der Ferienanspruch entsteht pro rata temporis entsprechend der

* Lic. iur., Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Partner bei Streiff Pellegrini & von Kaenel Rechtsanwältinnen, Wetzikon ZH.

Beschäftigungsdauer¹ und ist Ausfluss der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers².

Zu unterscheiden ist zwischen dem Bezug des Ferienanspruchs in natura einerseits und der Abgeltung des Ferienanspruchs durch Geldleistung andererseits. Nach der absolut zwingenden Bestimmung von Art. 329d Abs. 2 OR darf der Ferienanspruch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden (vgl. auch BGE 129 III 493 E. 3.1 S. 495). Eine Abgeltung von Ferienansprüchen durch Geldleistung ist also grundsätzlich nur zulässig, wenn der Bezug von Ferien in natura bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich ist.³

III. Kürzung von Ferienansprüchen

1. Unterscheidung zwischen verschuldeter und unverschuldeter Arbeitsverhinderung (Art. 329b Abs. 1 und Abs. 2 OR)

Absatz 1 von Art. 329b OR regelt die Verhinderung an der Arbeit aus Verschulden des Arbeitnehmers, während Absatz 2 dieser Bestimmung die Kürzung bei unverschuldeter Verhinderung aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, so einschränkt, dass sie erst ab vollendetem zweiten Monat der Verhinderung eintritt.⁴ Überhaupt keine Anwendungsfälle von Art. 329b OR sind diejenigen, bei denen keine Arbeitspflicht besteht (z.B. unbezahlter Urlaub) oder keine Arbeitsverhinderung vorliegt (z.B. «Blaumachen»). An solchen Tagen entsteht mangels Arbeitsleistung und Lohnzahlung gar kein Ferienanspruch, weshalb auch kein Aufschub einer Kürzung erfolgen kann.⁵ Die Kürzung greift also bereits beim ersten Fehltag.⁶

Eine Kürzung des Ferienanspruchs tritt ein, wenn der Arbeitnehmer durch sein Verschulden während eines Dienstjahres um mehr als einen vollen Monat an der Arbeitsleistung verhindert ist (Art. 329b Abs. 1 OR). (Eine ganz andere Grundlage liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis in einem Dienstjahr weniger als 12 Monate dauert.) In diesem Fall wird der anteilmässige Anspruch gestützt auf Art. 329a Abs. 3 OR berechnet. Während im Gesetz auf das Dienstjahr abgestellt wird, wird in der Praxis in der Regel das Kalenderjahr der Berechnung zugrunde gelegt, was durch Parteiabrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag zulässig ist.⁷ Die Unterscheidung zwischen verschuldeter (Art. 329b Abs. 1 OR) und unverschuldeter (Art. 329b Abs. 2 OR) Arbeitsverhinderung wirkt sich zunächst dahingehend aus, dass im ersten Fall die Schonfrist einen Monat umfasst, im zweiten zwei Monate. Ein weiterer Unterscheid besteht darin, dass die Monatsfrist von Absatz 1 lediglich Voraussetzung für die Kürzung ist, so dass der erste Monat mitgerechnet wird, sobald die Arbeitsverhinde-

rung diese Dauer überstiegen hat. Die Frist von Absatz 2 bewirkt demgegenüber insofern eine weiter gehende Schonfrist, als dass die Arbeitsverhinderung für die Dauer des ersten Monats in die Berechnung der Kürzung nie einbezogen wird. Die Schutzwirkung von Absatz 2 ist also eine doppelte: Die Kürzung setzt einerseits voraus, dass zwei volle Monate Absenz vorliegen. Ist dies der Fall, erfolgt andererseits für den ersten Monat noch keine Kürzung. Ist also beispielsweise jemand 10 Wochen unverschuldet krankheitsbedingt verhindert, wird der Jahresferienanspruch nur um 1/12 gekürzt. Wenn die Verhinderung dagegen verschuldet wäre, würde um 2/12 gekürzt.

2. Umfang der Ferienkürzung

Bei der Berechnung von Ferienkürzungen sind die gewöhnlich arbeitsfreien Tage Samstag und Sonntag in die Monatsfrist einzurechnen.⁸ Es wird in der Lehre dafür gehalten, dass der Gesetzgeber von einer möglichst einfachen Berechnungsmethode ausging.⁹ Einzelne Arbeitsverhinderungen in einem Berechnungsjahr (Dienstjahr) werden zusammengezählt,¹⁰ die Kürzung um jeweils einen Zwölftel wird auf den nächsten halben oder ganzen Tag auf- oder abgerundet¹¹. Bei einer Kürzung eines jährlichen Ferienanspruchs von 25 Tagen um 7/12 beträgt die Kürzung gerundet somit beispielsweise 14,5 (und nicht etwa 15) Tage. Nachdem das Gesetz in Art. 329b Abs. 1 und 2 OR das Wort «insgesamt» enthält und mehrere Absenzen in einem Dienstjahr zusammenzuzählen sind, kommt es für den «vollen Monat» der Verhinderung gemäss dem Wortlaut des Gesetzes auch nicht auf einen vollen Monat im Sinne des Kalenders (bspw. März oder Juni) an, sondern auf einen Arbeitsmonat. Die Meinungen darüber, wie sich dieser «Arbeitsmonat» für eine möglichst einfache Berechnungsweise der Ferienkürzung berechnet, gehen auseinander: Während CEROTTINI (Le droit aux vacances, Diss. Lausanne 2001, S. 122 f.) dafür den Durchschnittswert von einem Zwölftel der Arbeitstage im entsprechenden Dienstjahr heranziehen will, geht STAEHELIN von monatlich durchschnittlich 21,5 Arbeitstagen aus (bei Geltung der 5-Tage-Woche¹²). Die Auswirkungen der unterschiedlichen Berechnungsweisen des «vollen Monats» dürften in der Praxis gering sein.

Zur Veranschaulichung sei auf die Berechnung und Begründung einer Ferienkürzung im Urteil des Luzerner Obergerichts vom 14. Januar 1993¹³ hingewiesen, welche im Ergebnis, nicht aber von der Vorgehensweise her, den obigen Ausführungen entspricht: Der Arbeitnehmer war vom 2. September bis und mit 31. Oktober 1992 sowie vom 3. bis 5. Dezember 1992 infolge Krankheit an der Arbeit verhindert. Mit der Kürzung seines Ferienanspruchs um 1/12 war er nicht einverstanden. Das Gericht sprach zwar der Absenz im Oktober 1992 vorerst das Erfordernis des (zweiten) vollen Monats ab, rechnete dann aber die drei Tage

1 Art. 329a Abs. 3 OR, statt vieler: WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar, N 3 zu Art. 329a OR.

2 STREIFF/VON KAENEL, Praxiskommentar, 6. A., N 2 zu Art. 329a OR.

3 Statt vieler BGE 128 III 271 E. 4a/aa S. 280 f.

4 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 2 zu Art. 329b OR.

5 ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. A., N 3 zu Art. 329b OR.

6 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 3 zu Art. 329b OR.

7 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 4 zu Art. 329a OR.

8 REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 329b OR.

9 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 5 zu Art. 329b OR, STAEHELIN (Fn. 5), N 5 zu Art. 329b OR, REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 8), N 3 zu Art. 329b OR.

10 Statt vieler REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 8), N 4 zu Art. 329b OR.

11 STAEHELIN (Fn. 5), N 6 zu Art. 329b OR.

12 STAEHELIN (Fn. 5), N 5 zu Art. 329b OR.

13 SJZ 91/1995, S. 117.

Absenz von Dezember 1992 zur Schonfrist hinzu und sah es damit als gerechtfertigt an, dem Arbeitnehmer den Ferienanspruch für den «vollen Monat Oktober» um einen Zwölftel zu kürzen. Nach den obigen Ausführungen wäre die korrekte Begründung gewesen, dass Absenzen im gleichen Dienstjahr zusammengezählt werden, weshalb die Absenz von nur schon einem Tag im Dezember den zweiten vollen Monat der Arbeitsverhinderung bewirkte, was von Gesetzes wegen zu einer Kürzung des Ferienanspruchs um 1/12 führte. Des Konstrukts eines «vollen Monats Oktober» hätte es dafür gar nicht bedurft.

3. Kürzung bei unvollständigem Dienstjahr

Das Bundesgericht hat entschieden (Entscheid JAR 1999, S. 167), dass die gesetzliche Schonfrist für jedes Dienstjahr neu gutgeschrieben wird. Bei längerer unverschuldeter Arbeitsverhinderung wird damit in jedem Dienstjahr eine bis zu zweimonatige (bei schwangerschaftsbedingten Absenzen sogar bis zu dreimonatige) Schonfrist berücksichtigt. Zudem ist die Schonfrist im Falle eines unvollständigen Dienstjahres nicht proportional zu reduzieren.

Ein nicht selten beobachteter Fehler bei der Berechnung der Dauer der Arbeitsverhinderung (und damit auch der Kürzung von Ferienansprüchen) entsteht dadurch, dass auf das Kalenderjahr statt – wie im Gesetz vorgesehen – auf das Dienstjahr abgestellt wird (vorbehältlich der Vereinbarung des Kalenderjahres als massgebliche Periode, was als zulässig erachtet wird).¹⁴ Ein Berechnungsbeispiel zeigt die praktische Konsequenz dieser Unterscheidung:

Das Dienstverhältnis beginnt am 1. Juli, der jährliche Ferienanspruch beträgt 30 Tage. Der Arbeitnehmer ist infolge Krankheit vom 7. November 2007 bis und mit Januar 2008 zu 100%, von Februar bis und mit November 2008 zu 50% arbeitsunfähig (der Einfachheit halber wird nachstehend beim Begriff des Monats auf den jeweils gleichen Kalendertag eines Monats abgestellt):

Für die Zeit vom 7. November 2007 bis 7. Dezember 2007 erfolgt keine Kürzung (Schonfrist). Vom 8. Dezember 2007 bis 7. Juni 2008 erfolgt eine Kürzung um 6/12 des Jahresferienanspruchs, d.h. um 15 Tage (trotz unterschiedlicher Grade der Arbeitsverhinderung in dieser Periode; die Periode vom 8. Juni bis 30. Juni gibt keinen vollen Monat Absenz mehr und fällt damit ausser Betracht). Vom 1. Juli 2008 bis Ende September 2008 erfolgt wegen Beginn eines neuen Dienstjahres und Berücksichtigung der effektiven Verhinderung bei teilweiser Arbeitsverhinderung für die Berechnung der Schonfrist nach Art. 329b Abs. 2 OR keine Kürzung. Ab 1. Oktober 2008 erfolgt für die vollen Monate Oktober und November 2008 wiederum eine Kürzung um 2/12 des Jahresferienanspruchs, d.h. um 5 Tage. Dass der Arbeitnehmer nur teilweise arbeitsunfähig ist, spielt keine Rolle; er hat bereits von einer Verdoppelung der Schonfrist profitiert (s. dazu unten Ziff. 4). Korrekte Kürzung: total 20 Tage (bei ganzer oder teilweiser Arbeitsverhinderung während 11 Monaten).

Kürzung, wenn bei der Berechnung der Dauer der Verhinderung auf das Kalenderjahr abgestellt würde: keine Kürzung bis

31. Dezember 2007, im Januar 2008 infolge neuen Kalenderjahres neue Schonfrist von einem Monat und damit keine Kürzung, ab 1. Februar bis 30. November 2008 erfolgt eine Kürzung um 10/12 des Jahresferienanspruchs, d.h. um 25 Tage.

4. Kürzung bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit

Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit wird für die Berechnung der für eine Kürzung notwendigen Dauer der Verhinderung nur die effektive Verhinderung berücksichtigt. Ist ein Arbeitnehmer also lediglich zu 50% an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert, so erhöht sich die «Schonfrist» von zwei Monaten nach Art. 329b Abs. 2 OR entsprechend. Mit anderen Worten: Eine Kürzung des Ferienanspruchs um einen Zwölftel erfolgt dann erst ab dem vollendeten vierten Monat (statt nach vollendetem zweitem Monat bei 100% Arbeitsverhinderung; Urteil AGER ZH vom 01.06.1995 in ZR 1998 Nr. 69). Im gleichen Entscheid hielt das Gericht fest, dass sich eine Kürzung des Ferienanspruchs auch bei reduzierter Arbeitsfähigkeit rechtfertigt: So wie der Ferienanspruch mit dem Umfang der geleisteten Arbeit wächst, so müsse auch bei der Kürzung des Ferienanspruchs der Umfang der geleisteten bzw. nicht geleisteten Arbeit im Vordergrund stehen.

Kontrovers behandelt wird die Frage, ob nach der vorerwähnten Erhöhung der Schonfrist die dann einsetzende Kürzung des Ferienanspruchs zusätzlich entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit erfolgen soll. Aus der Begründung des Urteils des AGER ZH vom 1. Juni 1995¹⁵ kann geschlossen werden, dass das Gericht nach der Erhöhung der Schonzeit wohl von einer Reduktion der Ferienanspruchs von 1/12 pro vollen Monat Arbeitsverhinderung ausging, ungeachtet des Grades der Verhinderung. Die Reduktion würde dann also für jeden kürzungsrelevanten vollen Monat um einen Zwölftel des jährlichen Ferienanspruchs erfolgen, und zwar ungeachtet der nur teilweisen Arbeitsverhinderung¹⁶. Mit anderen Worten: Die Kürzung des Ferienanspruchs erfolgt nach dieser Auffassung (so auch CEROTTINI, a.a.O., S. 119) und dem erwähnten Entscheid nicht entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit. Dieser wird nur (aber immerhin) bei der Berechnung der Dauer der Schonfrist berücksichtigt.

IV. Weitere Kürzungstatbestände

Bei Schwangerschaft und Mutterschaft sieht Absatz 3 von Art. 329b OR eine Schonfrist von zwei Monaten vor: Erst wenn eine Absenz wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft drei Monate übersteigt, erfolgt eine Kürzung des Ferienanspruchs um 1/12 (wobei die ersten beiden Monate nicht in die Kürzung einzurechnen sind). Während des maximal 14-wöchigen Mutterschaftsurlaubs darf überhaupt keine Kürzung erfolgen. Das Gesetz knüpft zwar gemäss Wortlaut an den Bezug von Mutterschaftsentschädigung im Sinne des Erwerbssatzgesetzes (EOG) an, die Lehre spricht sich aber dafür aus, dass es sich dabei um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, so dass die Schonfrist

¹⁴ Vgl. STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 9 zu Art. 329b OR.

¹⁵ JAR 1997, S. 145 ff. und JAR 1999, S. 205 ff.

¹⁶ So wohl auch STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 6 zu Art. 329b OR; ZR 1998 Nr. 69 = JAR 1999, S. 205.

auch für Arbeitnehmerinnen gilt, die den Mutterschaftsurlaub antreten, ohne dass sie die Voraussetzungen zum Bezug der Mutterschaftsentschädigung nach EOG erfüllen.¹⁷

17 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 4 zu Art. 329b OR.

Die Karenzfristen nach den Absätzen 2 und 3 von Art. 329b OR können nicht kumuliert werden, vielmehr gilt die längere Frist.¹⁸ ■

18 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 6 zu Art. 329b OR.

André Lerch*

Arbeitsrechtliche Rückzahlungsvorbehalte für Aus- und Weiterbildungskosten

Stichworte: Rückzahlungsvorbehalte für Aus- und Weiterbildungskosten, Kündigungsparität, Gleichbehandlung

Vereinbarungen, mit denen sich Arbeitnehmende verpflichten, vom Arbeitgeber finanzierte Aus- oder Weiterbildungen im Fall einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurückzahlen, sind ein weit verbreitetes Mittel der Mitarbeiterbindung. Da Rückzahlungsvorbehalte die Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers und dadurch die Kündigungsparität beschneiden können, sind sie nur beschränkt zulässig. In der Praxis stellen sich deshalb immer wieder Einzelfragen. Einige davon sollen im Folgenden beleuchtet werden.

Allgemeine Voraussetzungen

Die Zulässigkeit von Rückzahlungsverpflichtungen wird von der Gerichtspraxis bejaht, soweit die entsprechende Aus- oder Weiterbildung dem Arbeitnehmer einen dauerhaften Vorteil auf dem Arbeitsmarkt bietet.¹ Handelt es sich lediglich um eine betriebsnotwendige Ausbildung, ist eine Überwälzung der Kosten auf den Arbeitnehmer nichtig. Solche Auslagen stellen notwendige Auslagen im Sinne von Art. 327a OR dar und sind zwingend vom Arbeitgeber zu tragen.²

Rückzahlungsklauseln verletzen das Gebot gleich langer Kündigungsfristen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 335a Abs. 1 OR), soweit die persönliche Freiheit des Arbeitnehmers dadurch in einem Masse eingeschränkt wird, dass er aus wirtschaftlichen Gründen über Jahre hinweg an der Kündigung gehindert wird.³ Ein Rückzahlungsvorbehalt ist deshalb zeitlich und betragsmässig zu definieren.⁴ In der Praxis wurden in analoger Anwendung von Art. 340a Abs. 1 OR Rückzahlungsverpflichtungen bis zu drei Jahren nach Beendigung der Ausbildung geschützt.⁵

Bemerkenswert ist, dass die Bundespersonalverordnung ursprünglich eine vierjährige Bindungsdauer vorsah, diese aber per 1. Januar 2010 auf zwei Jahre seit Abschluss der Ausbildung reduzierte (Art. 4 Abs. 5 BPV).

Neben dem Zeitraum darf auch die Höhe des Rückzahlungsbeitrages nur in sachgerechter Relation zum Nutzen der Ausbildung für die Parteien ausgestaltet sein. Aus der Überlegung, dass der Arbeitnehmer nach der Ausbildung sein gewonnenes Wissen in die Unternehmung einfließen lässt und damit einen Teil des erlangten Vorteils zurück an den Arbeitgeber trägt, würde ein pauschaler Rückzahlungsbetrag der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung widersprechen.⁶ Daraus wird in der Praxis das Erfordernis abgeleitet, Rückzahlungsverpflichtungen müssten degressiv ausgestaltet sein.⁷ Eine nach Jahren abgestufte Reduktion wurde von der Genfer Justiz als unsachgemäss erachtet und durch eine monatliche Abstufung ersetzt.⁸ Demgegenüber schützte das Arbeitsgericht Zürich einen Vertrag, welcher für zwei Jahre die Kündigung des Arbeitnehmers mit einer Rückzahlungsverpflichtung der gesamten Ausbildungskosten zum Taxichauffeur belegte. Sachgerecht erscheint eine Interessenabwägung im Einzelfall. Wird die Ausbildung ausdrücklich vom Arbeitnehmer gewünscht und liegt sie in dessen überwiegendem Interesse, ist die Gültigkeit einer jährlichen, allenfalls halbjährlichen Abstufung zu befürworten. Eine monatliche Abstufung erscheint auch deshalb nicht von vornherein als zwingend, weil beispielsweise auch jährlich ausbezahlte Gratifikationen vom Erfordernis abhängig gemacht werden können, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Ausrichtung der Gratifikation in ungekündigter Stellung ist.⁹ In beiden Fällen han-

* Lic. iur. LL.M., Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Rechtsanwalt bei Blum&Grob Rechtsanwälte AG, Zürich.

1 AGer ZH ZR 1998 Nr. 75 = JAR 1999, S. 327.

2 BSK OR I-REHBINDER/PORTMANN, Art. 327a N 3; zu den Indizien für eine Ein- arbeitung vgl. AGer ZH JAR 1999, S. 327.

3 STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Paxiskommentar, 6. A. Zürich/Basel/ Genf 2006, N 7 zu Art. 327a.

4 AGer ZH in JAR 2004, S. 594, S. 595.

5 GSGE vom 5.10.2009; AGE vom 15.3.2010; publiziert in JAR 2010, S. 453 ff.

6 V. BLUMENTHAL, Rückzahlungsverpflichtung des Arbeitnehmers für Weiterbildungszuschüsse, Nr. 118 der Reihe Diskussionspapiere des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen, S. 26, unter Verweis auf ALEWELL, die Finanzierung betrieblicher Weiterbildungskosten, Wiesbaden 1997, S. 157.

7 Z.B. GSGE vom 5.10.2009; AGE vom 15.3.2010; publiziert in JAR 2010, S. 453 ff.

8 CA GE in JAR, 1998, S. 249 = SAE 1998, S. 23.

9 BGE 4C.467/2004 vom 1.4.2005 E. 3; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 3), N 4 zu Art. 322d mit weiteren Verweisen.

delt es sich um freiwillige Sonderleistungen des Arbeitgebers, welche mitunter die Treue des Mitarbeiters belohnen sollen.

Verpflichtung zur Weiterbildung

Wenig an den oben ausgeführten Grundsätzen zu ändern vermag die Tatsache, dass der Arbeitgeber eine Aus- oder Weiterbildung ausdrücklich anordnet oder der Arbeitnehmer sich vertraglich dazu verpflichtet. Branchenüblich und von den Gerichten geschützt sind beispielsweise Vereinbarungen mit Piloten über das Absolvieren von «Type Ratings», wobei die Kosten vom Arbeitgeber unter Vorbehalt der Rückzahlung bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses finanziert werden. Soweit die Fortbildung die eigenen (vorab finanziellen) Aufstiegsmöglichkeiten des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt verbessert, ist eine Verpflichtung zur Rückerstattung innerhalb der zuvor beschriebenen Schranken zulässig.¹⁰ Zu berücksichtigen ist m. E. bei der Anordnung bzw. vertraglichen Verpflichtung zur Weiterbildung das in Art. 323b Abs. 3 OR stipulierte «Truck-Verbot», welches Abreden über die Verwendung des Lohnes im Interesse des Arbeitgebers für nichtig erklärt. Ein Rückzahlungsvorbehalt erscheint deshalb unzulässig, soweit die vom Arbeitgeber gewünschte Fortbildung in dessen überwiegendem Interesse liegt.

Selbstverständlich unzulässig sind Rückzahlungsvereinbarungen mit Lehrlingen, stellt doch die Ausbildung des Lehrlings gerade den Hauptinhalt des Lehrvertrages dar (Art. 344a Abs. 6 OR, 344 OR, 354a OR).

Anspruch auf Finanzierung

Interessant ist die Frage, inwieweit ein Arbeitnehmer aus Weiterbildungsvereinbarungen einen Anspruch auf Fortbildungsfinanzierung geltend machen kann. Das Arbeitsgericht Zürich sprach einen Anspruch auf Entschädigung bereits entstandener Ausbildungskosten gestützt auf Art. 156 OR zu, nachdem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ohne triftigen Grund noch während der Probezeit gekündigt hatte und dadurch den vertraglichen Anspruch treuwidrig vereitelte.¹¹ Aber auch auf die Übernahme von noch nicht angefallenen Kosten besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wurde, und zwar gemäss Praxis selbst dann, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis und die Ausbildung kündigt und eine Rückzahlungsverpflichtung entweder nicht vereinbart wurde oder aber aufgrund der Kündigungsumstände nicht greift.¹² Kündigt demzufolge der Arbeitgeber ohne ausreichenden Grund das Arbeitsverhältnis vor Beendigung der Weiterbildung, kann der Arbeitnehmer mangels anderer Vereinbarung Kostenersatz für die Fortsetzung der Weiterbildung verlangen.

Als Bestandteil der Ausbildungskosten gilt neben den effektiven Kurskosten und den Spesen auch die Lohnfortzahlung.¹³ So-

weit die arbeitgeberseitige finanzielle Beteiligung in der Zurverfügungstellung der (bezahlten) Arbeitszeit lag, erscheint es deshalb konsequent, dass der Arbeitnehmer trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Umständen die Lohnfortzahlung im entsprechenden Umfang einfordern kann.

Auslösung der Rückzahlungsverpflichtung

Die Beantwortung der Frage, welche (Kündigungs-)Umstände eine Rückzahlungsverpflichtung überhaupt auslösen können, hängt mitunter von der rechtlichen Qualifizierung einer solchen Vereinbarung ab. In der Literatur und Rechtsprechung findet sich eine breite Palette an Vorschlägen. In Frage kommen namentlich die Annahme eines bedingten Zahlungsanspruches des Arbeitgebers¹⁴, die Wahlobligation¹⁵ oder die Qualifizierung als pauschalisierten Schadenersatz für die durch den vorzeitigen Austritt nicht rentabilisierten Investitionen.¹⁶

In der Praxis hat sich losgelöst von solchen Diskussionen die analoge Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR (Konkurrenzverbot) durchgesetzt.¹⁷ Im Ergebnis sind Rückzahlungsvereinbarungen deshalb so auszugestalten, dass den Arbeitnehmer keine Rückerstattungspflicht trifft, wenn er den Arbeitgeber im Sinne dieser Bestimmung als «Good Leaver» verlässt, wohl aber dann, wenn er als «Bad Leaver» das Arbeitsverhältnis ohne vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass kündigt oder wenn er dem Arbeitgeber einen begründeten Anlass gibt, das Arbeitsverhältnis zu beenden.

Nichtbestehen der Ausbildung und vorzeitige Beendigung

Häufig anzutreffen sind Vertragsklauseln, wonach die gesamten Fortbildungskosten im Falle des Scheiterns, der vorzeitigen Kündigung oder des vorzeitigen Abbruchs sofort durch den Arbeitnehmer zurückzuerstatten sind. Solche Abreden erscheinen unter den üblichen Voraussetzungen zulässig, sofern die vorzeitige Beendigung bzw. das Scheitern nicht vom Arbeitgeber zu verantworten ist, z. B. indem dem Arbeitnehmer zu wenig Zeit für die Prüfungsvorbereitung zur Verfügung gestellt wurde. Ein Stolperstein für den Arbeitgeber kann darin liegen, dass er es gerade unterlässt, die Rückzahlungsverpflichtung auch für den Fall des vorzeitigen Abbruchs, der Kündigung oder des Scheiterns zu regeln, weil dann die Rückzahlungsverpflichtung womöglich nicht greift.¹⁸

10 Z.B. OGer BL in JAR 1991, S. 203, S. 205 f.

11 AGer ZH in JAR 1991, S. 207.

12 Vgl. AGer ZH in JAR 2004, S. 594, welches in casu die Geltendmachung des Anspruchs allerdings als rechtsmissbräuchlich erachtete.

13 OGer BL in JAR 1991, S. 206; AGer ZH in ZR 97 (1998) Nr. 75, S. 185.

14 So insbesondere die deutsche Lehre; HANAU/STOFFELS, Der Betrieb, Beteiligung von Arbeitnehmern an den Kosten der beruflichen Fortbildung, Stuttgart 1992, S. 8; zitiert in v. BLUMENTHAL (Fn. 6), S. 8.

15 SANTORO, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern 2001, S. 101.

16 CA TPH GE in JAR 2004, S. 249.

17 GSGE vom 5.10.2009; AGE vom 15.3.2010; publiziert in JAR 2010, S. 453 ff.

18 Vgl. CA GE vom 30. Januar 1991 (unveröffentlicht), zitiert in STREIFF/VON KAENEL (Fn. 3), N 3 zu Art. 335a.

Unabhängiges Darlehen

Nicht selten versuchen Arbeitgeber, den Problemen im Zusammenhang mit Rückzahlungsvereinbarungen aus dem Weg zu gehen, indem sie ihren Mitarbeitern über eine separate Gesellschaft Darlehen für die Aus- oder Weiterbildung gewähren. Grundsätzlich spricht nichts gegen die Gültigkeit solcher Darlehensverträge, sofern es sich um eine freiwillige Sonderleistung des Arbeitgebers handelt. Die Parteien sind frei, die Rückzahlungsmodalitäten zu vereinbaren. Problematisch wird eine solche Vereinbarung aber dann, wenn die Rückzahlungsregelung die Mitarbeiterbindung zum Zwecke hat und mit der (vorzeitigen) Kündigung des Arbeitsverhältnisses verbunden ist. In einem solchen Fall bleiben die üblichen Voraussetzungen für die Gültigkeit von Rückzahlungsvorbehalten anwendbar.

Anspruch auf Gleichbehandlung

Der arbeitsrechtliche Anspruch auf Gleichbehandlung stützt sich auf Art. 328 OR. Der Arbeitgeber darf nicht einzelne Arbeitneh-

mende ohne sachlichen Grund benachteiligen, wohl aber einzelne besser stellen.¹⁹ Anerkannt ist das Gleichbehandlungsgebot unter anderem bei freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers im Rahmen von Sozialplänen oder bei Gratifikationen.²⁰ Soweit es sich bei der Finanzierung einer Fortbildung um eine freiwillige Sonderleistung des Arbeitgebers handelt, ist ein Recht auf Gleichbehandlung zu bejahen. Dies zumindest im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach durch die Ungleichbehandlung «eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt».²¹ Ein klarer Anspruch auf Finanzierung einer Fortbildung besteht, soweit deren Verweigerung eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt (Art. 3 GIG). ■

19 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 3), N 6 zu Art. 328.

20 Z.B. BGE 129 III 276 E. 3.1 = JAR 2003, S. 221.

21 BGE 129 III 276 E. 3.1 = JAR 2003, S. 221.

Barbara Meyer*

Ausländische Angestellte in der Schweiz – ausgewählte Fragestellungen

Stichworte: Ausländerrecht, Arbeitsbewilligung, Entsendung, Sozialversicherungsrecht, LugÜ-Gerichtsstände, Konkurrenzverbot

Der nachfolgende Artikel befasst sich mit einigen ausgewählten, in der Praxis immer wieder anzutreffenden Fragestellungen im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Ausländern in der Schweiz und weist auf gewisse Tücken und Stolpersteine hin. Eine umfassende Behandlung aller sich stellenden bewilligungs-, sozialversicherungs- und arbeitsrechtlichen Fragestellungen würde den Umfang dieses Artikels sprengen.

I. Arbeitsbewilligungen für Ausländer

Die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein ausländischer Staatsbürger in der Schweiz Arbeitsleistungen erbringen darf, sind sehr unterschiedlich. Nachfolgend werden einige grundlegende Unterschiede bei längerfristig (d.h. einem Jahr oder länger) in der Schweiz tätigen Ausländern dargestellt.

1. EU/EFTA-Bürger mit Schweizer Arbeitsvertrag

Seit 2002 findet das Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA) vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und

ihren Mitgliedstaaten sowie der Schweizerischen Eidgenossenschaft¹ Anwendung. Dieses wurde auch auf die EFTA-Staaten ausgeweitet. Ziel des Abkommens ist der freie Personenverkehr sowie die Möglichkeit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Vertragsgebiet unter Berücksichtigung des Prinzips der Inländerbehandlung, das eine Diskriminierung von EU/EFTA-Bürgern verbietet.²

Gegenwärtig gilt das Abkommen für Staatsangehörige der 17 alten EU-Länder sowie der EFTA-Staaten in vollem Umfang. Für die Bürger der neueren EU-8- und EU-2-Staaten gilt die Personenfreizügigkeit vorerst noch «auf Probe»; die Schweiz hat bis 2014 (EU-8) bzw. 2016 (EU-2) das Recht, die Personenfreizügigkeit zu widerrufen und wieder Kontingente einzuführen.

EU-17 (alte EU-Staaten)	Deutschland, Frankreich, Italien, Spanien, Österreich, England, Portugal, Belgien, Dänemark, Finnland, Griechenland, Irland, Luxemburg, Niederlande, Schweden, Malta und Zypern
-----------------------------------	---

* Rechtsanwältin/Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, VISCHER AG, Zürich.
www.vischer.com

1 FZA, SR 0 142 112.681.

2 Art. 2 FZA.

EU-8 (EU-Osterweiterung)	Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakische Republik, Slowenien, Tschechische Republik und Ungarn
EU-2	Rumänien, Bulgarien
EFTA	Island, Norwegen und Fürstentum Liechtenstein

Aufgrund des Freizügigkeitsabkommens haben EU/EFTA-Bürger, die mit einem Schweizer Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag abschliessen, einen Rechtsanspruch auf eine Arbeitsbewilligung. Sie können unmittelbar nach Unterzeichnung des Arbeitsvertrages ihre Arbeit beim neuen Arbeitgeber aufnehmen. Ihre Familienangehörigen haben im Rahmen des Familiennachzuges das Recht auf eine Aufenthaltsbewilligung. Das Prozedere zum Erhalt eines Ausländerausweises ist sehr einfach: Der EU/EFTA-Bürger muss lediglich bei seiner Wohnsitzgemeinde vorsprechen und seinen Schweizer Arbeitsvertrag vorlegen. Nach Erfassung der Daten erhält er seinen Ausländerausweis.

2. EU/EFTA-Bürger als Entsandter eines ausländischen Arbeitgebers

Wenn EU/EFTA-Bürger auf Rechnung eines ausländischen Arbeitgebers in der Schweiz tätig werden wollen, spricht man von Dienstleistungserbringern oder Entsandten. Der Begriff der Entsendung wird in den gesetzlichen Bestimmungen nicht im Detail definiert. Generell liegt eine Entsendung vor, wenn ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer vorübergehend in einen anderen Staat schickt als denjenigen, in dem der Arbeitgeber seinen Sitz hat und der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet; wenn der Arbeitnehmer dort im Namen seines Arbeitgebers und auf dessen Rechnung eine Arbeitsleistung erbringt und wenn für den entsandten Arbeitnehmer weiterhin sein Arbeitsvertrag gültig bleibt und er immer noch den Sozialversicherungen seines Herkunftsstaates unterstellt ist.³

Auch die EU/EFTA-Entsandten bzw. Dienstleistungserbringer erfahren durch das FZA eine privilegierte Behandlung. Allerdings wurde durch das FZA keine vollständige Freizügigkeit eingeführt, sondern einzig eine zeitlich begrenzte Liberalisierung der individuellen grenzüberschreitenden Dienstleistungen von 90 Tagen im Kalenderjahr.⁴ Spätestens nach Ablauf dieser 90 Tage pro Kalenderjahr unterstehen Entsandte, die ihre Erwerbstätigkeit in der Schweiz weiterhin ausüben möchten, den normalen ausländerrechtlichen Regelungen und müssen das normale Bewilligungsverfahren wie Drittstaatsbürger durchlaufen (vgl. nachfolgende Ziff. 3). Es fehlt ihnen an einem subjektiven Recht auf eine Arbeits- bzw. Aufenthaltsbewilligung.⁵

Dieser Unterscheidung zwischen EU/EFTA-Bürgern mit Schweizer Arbeitsvertrag und Entsandten wird häufig zu wenig Rechnung getragen. Sofern ein EU/EFTA-Bürger längerfristig in

der Schweiz eingesetzt werden soll, muss die Dauer des vorangehenden Bewilligungsverfahrens einkalkuliert werden. Ein Schweizer Arbeitsvertrag berechtigt den EU/EFTA-Bürger, seine Arbeit viel schneller aufzunehmen. Sofern der EU/EFTA-Bürger nicht auf die Vorzüge seines ausländischen Arbeitsvertrages verzichten will, kann dadurch Abhilfe geschaffen werden, dass letzterer ruhend gestellt wird. Gerade in Konzernverhältnissen ist dies bei unseren deutschen Nachbarn ein sich anbietendes Vorgehen. Der ausländische Arbeitnehmer behält damit seine bisherigen Dienstjahre sowie seinen Kündigungsschutz nach ausländischem Recht. Es empfiehlt sich der Beizug eines ausländischen Anwalts.

3. Drittstaatsbürger mit Schweizer Arbeitsvertrag

Sofern ein Arbeitnehmer angestellt werden soll, welcher weder über eine EU- noch eine EFTA-Staatsbürgerschaft verfügt, hat dieser keinen Anspruch auf eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung. Es gelten für diese Kategorie von Ausländern die Vorschriften des Ausländergesetzes⁶, wonach nur hochqualifizierte Arbeitskräfte, welche in der Schweiz sowie in der EU/EFTA nicht rekrutiert werden können, in den Grenzen von jährlich neu festgesetzten Kontingenten eine Bewilligung erhalten⁷. Die Schweiz sowie ihre Sozialwerke sollen auf diese Weise vor Arbeitslosigkeit, starker Belastung und Überfremdung geschützt werden.

Die Tatsache, dass kein Anspruch auf Erhalt einer Arbeitsbewilligung besteht, ist bei der Ausarbeitung des Arbeitsvertrages entsprechend zu berücksichtigen. Es empfiehlt sich, die Gültigkeit bzw. den Beginn des Arbeitsverhältnisses vom Vorliegen aller notwendigen Bewilligungen abhängig zu machen. Die fehlende ausländerrechtliche Bewilligung führt nämlich nicht zur Ungültigkeit des Arbeitsvertrages.⁸ Mehr noch: Da es Aufgabe des Arbeitgebers ist, für die notwendigen Bewilligungen zu sorgen, kann er – sofern ein entsprechender Vorbehalt im Vertrag fehlt – diesen auch nicht ohne weiteres auflösen, sondern muss den Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist entschädigen. Lediglich in Ausnahmefällen liegt ein Grund für eine fristlose Entlassung vor.

II. Sozialversicherungen für Ausländer

Die Sozialversicherungssysteme der verschiedenen Staaten sind unterschiedlich organisiert und in aller Regel auf das jeweilige Inland beschränkt. Beim Wechsel von einem System zu einem anderen kann es zu doppelter Beitragsbelastung oder Versicherungslücken sowie zum Verlust von Ansprüchen kommen. Die nationalen Sozialversicherungssysteme können diese Probleme nicht alleine lösen. Eine Koordinierung der Sozialversicherungssysteme ist daher notwendig. Sie verfolgt das Ziel, Nachteile bei der Ausübung der Freizügigkeit zu vermeiden, doppelte Beitragsbelastung und Überentschädigung sowie Deckungslücken zu verhindern.

3 Bundesamt für Sozialversicherung BSV, Soziale Sicherheit für Entsandte EU/EFTA, Ausgabe Juli 2009, S. 4; FRIEDRIKE V. RUCH, Expatriates – Inpatriates, Handbuch zur Entsendung von Mitarbeitern, Muri/Bern 2002, S. 31.

4 Art. 5 FZA.

5 ROMAN HEIZ, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Zürich 2004, S. 180.

6 Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG), SR 142.20.

7 Art. 18, Art. 20–25 AuG.

8 BGE 114 II 280.

Die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit wird mit dem Abschluss von Sozialversicherungsabkommen erreicht. Die Schweiz hat mit den EU/EFTA-Staaten⁹ sowie mit verschiedenen weiteren Staaten ein solches Abkommen abgeschlossen. Die aktuellen Sozialversicherungsabkommen sind nachfolgender Tabelle zu entnehmen.

Sozialversicherungsabkommen der Schweiz mit:

- EU/EFTA-Staaten
- Kroatien, Mazedonien, Montenegro, Serbien, Bosnien und Herzegowina
- Türkei
- Republik San Marino
- USA, Kanada/Québec
- Chile
- Indien
- Israel
- Philippinen
- Australien
- Japan (unterzeichnet am 22. 10. 2011; noch nicht in Kraft)

In der Praxis wird bei sozialversicherungsrechtlichen Fragen in der Regel danach unterschieden, ob mit dem Ausländer ein Schweizer Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde oder ob dieser im Rahmen einer Entsendung in der Schweiz arbeitet.

Im Fall eines Schweizer Arbeitsvertrages untersteht der Ausländer in der Regel den schweizerischen Sozialversicherungen.¹⁰ Er ist wie jeder andere neue Arbeitnehmer bei den entsprechenden Versicherungen zu melden, und Sozialversicherungsbeiträge sind abzuführen. Empfehlenswert ist bei einem ausländischen Arbeitnehmer der Hinweis auf den Abschluss einer Krankenkassenversicherung. Da in vielen ausländischen Staaten dieser Versicherungsschutz über den Arbeitgeber organisiert und/oder bezahlt wird, ist zu vermeiden, dass es hier zu einer Versicherungslücke kommt.

Im Fall einer Entsendung läuft das sozialversicherungsrechtliche Regime des Entsendestaates weiter. Die Entsendung stellt eine Ausnahme zum Erwerbprinzip dar, d.h. der Entsandte ist während der Dauer der Entsendung grundsätzlich von der Versicherungspflicht in der AHV, der IV, der EO, der Arbeitslosenversicherung sowie der beruflichen Vorsorge befreit. Der ausländische Arbeitgeber hat eine Entsendebescheinigung auszufüllen, welche den Sozialversicherungsträgern in der Schweiz übergeben werden muss, damit diese vom Schweizer Einsatzbetrieb keine Sozialversicherungsbeiträge fordern.¹¹

Komplexe sozialversicherungsrechtliche Fragen können sich insbesondere bei der Rückkehr eines Ausländers in sein Heimatland oder einen Arbeitsort im Ausland stellen. Die meisten Sozialversicherungsabkommen sehen vor, dass AHV-/IV-Beiträge bei der jeweiligen Versicherung in der Schweiz bleiben. Im Versicherungsfall besteht ein Anspruch auf Teilrente von der schweizerischen Versicherung.¹² Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in einem neuen Entscheid festgehalten hat, dass AHV-Renten für im Ausland wohnhafte Rentner in Euro ausbezahlt werden können.¹³ Nicht ins Ausland exportiert werden Ergänzungsleistungen und Hilflosenentschädigungen.¹⁴ Im Bereich des BVG dürfen die Austrittsleistungen der obligatorischen beruflichen Vorsorge nach dem Abkommen mit den EU/EFTA-Staaten nicht bar ausbezahlt werden. Der obligatorische Teil der Austrittsleistung muss auf ein Freizügigkeitskonto oder eine Freizügigkeitspolice nach Wahl der versicherten Person überwiesen werden. Somit bleibt der Vorsorgeschutz erhalten und zu einem späteren Zeitpunkt werden daraus die Vorsorgeleistungen ins Ausland ausgerichtet.¹⁵

Bei Staatsangehörigen eines Drittstaates, mit welchem keine sozialversicherungsrechtlichen Abkommen bestehen, ergibt sich bei der AHV/IV die Besonderheit, dass der Ausländer beim definitiven Verlassen der Schweiz keinen Anspruch mehr hat auf schweizerische AHV-/IV-Renten. Er erhält vielmehr – unter gewissen Voraussetzungen – auf Gesuch hin die AHV-Beiträge des Arbeitgebers und -nehmers zinslos zurückerstattet.¹⁶ Ebenso können solche Ausländer beim Wegzug aus der Schweiz eine Barauszahlung der Austrittsleistung der beruflichen Vorsorge verlangen. Entsprechende Gesuche müssen an die Pensionskasse des letzten Arbeitgebers gerichtet werden.¹⁷ Wurde keine Barauszahlung verlangt, können später die Leistungen der beruflichen Vorsorge auch ins Ausland ausbezahlt werden (von einem Freizügigkeitskonto, einer Freizügigkeitspolice oder der Auffangeinrichtung).¹⁸

III. Arbeitsvertrag mit Ausländern

1. Rechtsstreitigkeiten im LugÜ-Raum

Am 1. Januar 2011 trat für die Schweiz das revidierte «Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen» (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) in Kraft.¹⁹ Das revidierte LugÜ gilt in der Schweiz, in der Europäischen Union, in

9 FZA Anhang II – Verordnung EWG Nr. 1408/71, S. 41.

10 Es wird im Rahmen dieses Artikels nicht auf den Fall eingegangen, dass ein Arbeitnehmer in mehreren Ländern arbeitet. In diesem Fall unterstehen Arbeitnehmer normalerweise nur einem Sozialversicherungssystem, nämlich jenem ihres Wohnsitzstaates. Wohnen sie in keinem der Staaten, in denen sie arbeiten, sind sie dem Versicherungssystem jenes Staates unterstellt, in dem sie die Haupttätigkeit ausüben oder in dem sich der Hauptsitz des Arbeitgebers befindet (Informationsstelle AHV/IV, Soziale Sicherheit in der Schweiz und der EG, 2002, S. 10 f.).

11 Für EU/EFTA-Entsandte handelt es sich hierbei um das Formular E 101 sowie E 102 (Verlängerung der Entsendung).

12 Informationsstelle AHV/IV, Die Schweiz verlassen und in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union (EU) oder der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) ziehen, Januar 2011, S. 15.

13 BGE 9C_777/2010 vom 15. Juni 2011, E. 3.6–3.10.

14 Informationsstelle AHV/IV (Fn. 12), S. 20.

15 Informationsstelle AHV/IV (Fn. 12), S. 27 f.

16 Siehe dazu: Bundesamt für Migration BFM, Sozialversicherungen: Aufenthalt in der Schweiz und Ausreise, Informationen für ausländische Staatsangehörige, S. 14.

17 Informationsstelle AHV/IV, Merkblatt für Arbeitnehmende im Ausland und ihre Angehörigen, Januar 2011, S. 15.

18 Informationsstelle AHV/IV (Fn. 17), S. 11.

19 LugÜ, SR 0 275.12.

Norwegen, Dänemark und Island. Kapitel 5 enthält einige Neuerungen zur Gerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, die sehr beachtenswert sind.

Neu kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur noch vor den Gerichten dessen Wohnsitzstaates verklagen²⁰. Im Vergleich zur bisherigen Regelung²¹ stellt dies eine deutliche Einschränkung der Klagemöglichkeit des Arbeitgebers dar, weil der Gerichtsstand am Arbeitsort dem Arbeitgeber nicht mehr zur Verfügung steht.

Der Arbeitnehmer hingegen kann seinen Arbeitgeber wie bisher entweder am Sitz des Arbeitgebers oder am gewöhnlichen Arbeitsort verklagen.²² Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit in verschiedenen Staaten, so kann die Klage auch vor dem Gericht des Ortes erhoben werden, an dem sich die Niederlassung befindet bzw. befand, die den Arbeitnehmer eingestellt hat.²³

Die beschriebenen Regelungen für Klagen aus Arbeitsverträgen können vertraglich vor Entstehung einer Streitigkeit nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden.²⁴ Arbeitnehmer, die Wohnsitz im Ausland haben (Grenzgänger, Entsandte) oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ins Ausland ziehen, müssen somit vor dem ausländischen Richter verklagt werden. Auch wenn der Vertrag schweizerischem Recht unterstellt wurde, wird der ausländische Richter zwingende Regeln des ausländischen Rechts anwenden, wenn diese günstiger sind als das schweizerische Recht und für den Schutz des Arbeitnehmers als entscheidend eingestuft werden (vgl. insbesondere nachfolgende Ziff. III/2).

Für Arbeitgeber, die Arbeitsverträge abschliessen mit Arbeitnehmern, die im Ausland wohnen, empfiehlt sich unter Umständen eine Vereinbarung, mit welcher Entscheide über Streitigkeiten aus dem Arbeitsvertrag an ein Schiedsgericht übertragen werden, weil das LugÜ auf Schiedsvereinbarungen nicht anwendbar ist.²⁵ Die Schiedsvereinbarung muss allerdings auch von der Rechtsordnung anerkannt werden, in welcher der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz hat. Ob dies der Fall ist, muss im Einzelfall abgeklärt werden.²⁶

2. Durchsetzung eines Schweizer Konkurrenzverbotes im Ausland

Bei Arbeitsverträgen mit Ausländern muss unter Umständen damit gerechnet werden, dass die Durchsetzung von vertraglichen Ansprüchen aus einem Schweizer Arbeitsvertrag im Ausland erfolgen muss. Dies dann, wenn der Arbeitnehmer Grenzgänger ist oder seinen Wohnsitz nach Arbeitsende ins Ausland verlegt (vgl.

auch oben Ziff. III/1). Gerade bei Konkurrenzverboten, welche sich räumlich auch auf Gebiete ausserhalb der Schweiz erstrecken, können sich Überraschungen ergeben. Im Gegensatz zu vielen anderen Staaten kennt die Schweiz keine gesetzlich verankerte Karenzentschädigung. Ein Schweizer Konkurrenzverbot nach Art. 340 ff. OR kann unter Umständen im Ausland dann aber nicht erfolgreich durchgesetzt werden, z.B. in Deutschland.

Gemäss deutschem Recht muss ein Konkurrenzverbot kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllen:²⁷

- berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an einem Konkurrenzverbot
- keine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers
- Höchstdauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes von zwei Jahren
- unbedingte Verpflichtung zur Zahlung einer Karenzentschädigung in einer bestimmten Mindesthöhe.²⁸

Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gemäss deutschem Recht nichtig. Es stellt sich die Frage, wie mit einem nach Schweizer Recht gültigen Konkurrenzverbot, welches die strengereren deutschen Vorschriften nicht zu erfüllen vermag, vor einem deutschen Gericht verfahren wird. Im Mittelpunkt der diesbezüglichen Diskussion steht in Deutschland die Frage, wie die deutschen Gesetzesnormen (§§ 74 ff. HGB) international-privatrechtlich zu qualifizieren sind. Gemäss einem Teil der deutschen Lehre²⁹ handelt es sich um *Ein-griffsnormen* im Sinne von Art. 9 ROM I-VO³⁰. Gemäss Art. 9 ROM I-VO sind zwingende deutsche Vorschriften, deren Einhaltung als entscheidend für die Wahrung des öffentlichen Interesses, insbesondere der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation angesehen werden, auf alle Sachverhalte anzuwenden, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Ein anderer Teil der deutschen Lehre sowie auch gewisse Gerichte vertreten die Auffassung, dass ausländisches Recht, welches nicht mit den §§ 74 ff. HGB übereinstimmt, einen Verstoss gegen den *ordre public* gemäss Art. 21 ROM I-VO darstelle, da es offensichtlich mit der öffentlichen Ordnung unvereinbar sei.³¹

20 Art. 20 Abs. 1 LugÜ.

21 Vgl. Art. 5 Ziff. 1 a LugÜ.

22 Art. 19 Ziff. 1 und Ziff. 2 lit. a LugÜ.

23 Art. 19 Ziff. 2 lit. b LugÜ.

24 Art. 21 LugÜ.

25 Art. 1 Abs. 2 lit. d LugÜ.

26 Für weiterführende Hinweise im Zusammenhang mit Schiedsklauseln im Arbeitsrecht vgl. BGE 4A_71/2010 vom 28. Juni 2010; LUCA BEFFA, Arbitrabilité des conflits individuels de travail, critique de l'arrêt 4A_71/2010 du 28 juin 2010 (et questions ouvertes), AJP 2010, S. 1433 ff.; THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010, AJP 2011, S. 250 f.; ARIANE RITSCHARD, Schiedsklauseln in Einzelarbeitsverträgen, ius.focus 2011, Heft 1; ISABELLE WILDHABER, ALEXANDRA JOHNSON WILCKE, Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnschiedsgerichtsbarkeit, ARV 2010, S. 160 ff.

27 §§ 74 ff. Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (HGB).

28 Diese Mindesthöhe liegt gemäss § 74 Abs. 2 HGB bei der Hälfte der vom Mitarbeiter zuletzt bezogenen vertragsmässigen Leistungen pro Jahr.

29 ROLF BIRK, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1982, Nr. 46, S. 403; HARTMUT OETKER, Münchner Arbeitsrechts-Handbuch, München 2009, § 11, Rz 114.

30 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

31 Landesarbeitsgericht Hessen, Urteil vom 14. 8. 2000, Aktenzeichen 10 Sa 982/99 (Es handelte sich um ein entschädigungsloses, nachvertragliches Wettbewerbsverbot mit einer Dauer von drei Jahren und einer weltweiten Geltung, das vom Gericht als nicht mit dem ordre public vereinbar angesehen wurde.); Münchner Kommentar zu BGB/BG, Art. 30 EGBGB, Rz 103 unter Bezug auf DRIVER-POLKE/MELOT DE BEAUREGARD, Betriebsberater 2004, S. 2350 ff.; BRITTA LAWS/ARMANDO KOZINER/MARIANNE WALDMEIER, Mitarbeiter ins Ausland entsenden, 2007, S. 131 f.; MATTHIAS WEL- LER, Ordre-public-Kontrolle internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen im autonomen Zuständigkeitsrecht, 2005, S. 114 ff.; WINKLER VON MOHRENFELS, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2007, B 3000, Rz 163.

Aufgrund des Risikos, dass ein Schweizer Konkurrenzverbot gegen die Eingriffsnorm von Art. 9 ROM I-VO oder den ordre public gemäss Art. 21 ROM I-VO verstösst und damit nicht durchsetzbar ist, stellen sich verschiedene Anschlussfragen: zum Beispiel, ob die Einhaltung des Konkurrenzverbotes und die Bezahlung einer Karenzentschädigung mit einer Kündigungsfrist gekoppelt werden könnte. Eine entsprechende Klausel könnte wie folgt lauten:

«Der Arbeitgeber kann in einer schriftlich an den Arbeitnehmer gerichteten Verzichtserklärung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von ... Monaten auf das Ende eines beliebigen Monats auf die Einhaltung des Konkurrenzverbotes verzichten. Nach Ablauf dieser Kündigungsfrist entfällt die Verpflichtung zur Leistung der Karenzentschädigung.»

Ob eine solche Klausel den zwingenden deutschen Regelungen genügen würde, ist schwer abzuschätzen; insbesondere auch im Licht von § 75a HGB. Dieser besagt, dass ein Arbeitgeber erst mit Ablauf eines Jahres seit Erklärung des Verzichtes von der Zahlung der Karenzentschädigung frei wird.

Abklärungen bei französischen und italienischen Korrespondenzanwälten haben zu ähnlichen Ergebnissen wie in Deutschland geführt. Auch dort ist das Konkurrenzverbot weniger liberal als in der Schweiz ausgestaltet. Es kann mithin angezeigt sein, dass ein Konkurrenzverbot nicht nur nach Schweizer Recht, sondern zugleich auch in Abstimmung mit deutschem, französischem oder italienischem Recht abgefasst wird, sofern sich dort ein wichtiger Konkurrent des Schweizer Arbeitgebers befindet. ■