

Julia Gschwend
 Rechtsanwältin, LL.M.
 REBER
 CH-8034 Zürich
 T +41 44 245 44 44
 julia.gschwend@reberlaw.ch
 www.reberlaw.ch

ARBEITSRECHTLICHE UNTERSCHIEDE ZWISCHEN DER SCHWEIZ UND DEUTSCHLAND



Julia Gschwend

Für die optimale Standortwahl eines in Deutschland und der Schweiz tätigen Unternehmens kann das anwendbare Arbeitsrecht ein nicht zu vernachlässigender Faktor sein. Nachfolgend werden die wichtigsten Unterschiede aufgezeigt.

Stellenausschreibung

Bereits bei der Stellenausschreibung zeigen sich Unterschiede. Im schweizerischen Arbeitsrecht gibt es keine besonderen Bestimmungen bei der Stellenausschreibung; die Arbeitgeber sind hier frei. Bei der Stellenvergabe ist das Gleichstellungsgesetz (GlG) zu beachten, welches die Gleichstellung zwischen Mann und Frau regelt. In der Praxis werden Inserate geschlechtsneutral oder für beide Geschlechter formuliert, um nicht gegen die Bestimmungen des GlG zu verstossen. Für Arbeitgeber besteht in der Praxis kaum ein Risiko abgemahnt und zu Schadenersatzzahlungen verurteilt zu werden bei einer fehlerhaften Stellenausschreibung. Es gibt auch keine Beweislastumkehr wie in Deutschland (vgl. unten). Schweizer Arbeitgeber, welche Arbeitnehmer mit Wohnsitz in der EU rekrutieren sind hier aber gut beraten, die Stellenanzeige den Erfordernissen des EU Rechts anzu-

passen um Schadenersatzforderungen zu verhindern.

In Deutschland hat der Arbeitgeber bei der Ausschreibung einer Stelle die Bestimmungen des allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zu beachten. Gemäss § 1 AGG sollen Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindert oder beseitigt werden. Eine fehlerhafte Ausschreibung kann für den Arbeitgeber zu Schadenersatz- und Entschädigungszahlungen führen, wobei die Beweislast beim Arbeitgeber liegt und eine Diskriminierung grundsätzlich vermutet wird, der Arbeitgeber muss den Beweis erbringen, dass er nicht diskriminiert hat.

Probezeit

Sofern die Parteien nichts vereinbaren, gilt bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen in der Schweiz eine Probezeit von einem Monat (Art. 335b Obligationenrecht, OR). Durch schriftliche Vereinbarung ist eine maximale Verlängerung der Probezeit auf insgesamt drei Monate möglich. Während der Probezeit können sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen (Art. 335b OR).

In Deutschland gilt nicht automatisch eine Probezeit. Diese muss zwischen den Parteien vereinbart werden. Die Maximaldauer beträgt sechs Monate (§ 622 Abs. 3 Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). Während der vereinbarten Probezeit kann das Arbeitsverhältnis ohne Angaben von Gründen mit einer zwei-wöchigen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt gekündigt werden.

Ferienanspruch

In der Schweiz gilt gemäss Art. 329a OR ein Mindestferienanspruch von vier Wochen

pro Jahr. Arbeitnehmer bis zum vollendeten zwanzigsten Lebensjahr haben einen Mindestferienanspruch von fünf Wochen pro Jahr.

In Deutschland gelten hier ähnliche Bestimmungen. Nach § 3 des Bundesurlaubsgesetzes steht dem Arbeitnehmer bei einer sechs-Tage-Woche ein gesetzlicher Mindesturlaub von 24 Tagen zu, bei einer fünf-Tage-Woche beträgt der Mindestanspruch 20 Tage.

Form der Kündigung

Das schweizerische Arbeitsrecht ist liberal und lässt auch eine mündliche Kündigung zu. Aus Beweisgründen werden in der Praxis jedoch meistens schriftliche Kündigungen ausgesprochen. Der Kündigende hat auf Verlangen der anderen Partei die Kündigung schriftlich zu begründen (Art. 335, Art. 337 OR).

In Deutschland hat eine Kündigung schriftlich zu erfolgen und muss von der zuständigen Person unterzeichnet werden (§§ 623, 126 BGB). Eine elektronische Kündigung (per SMS oder E-Mail) wird durch das Gesetz (§ 623 BGB) explizit ausgeschlossen und ist demnach formunwirksam.

Kündigungsgrund

In der Schweiz gilt die Kündigungsfreiheit und grundsätzlich können sowohl Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der Kündigungsfristen und -termine ohne Grund auflösen. Zum Schutz der Arbeitnehmer gibt es jedoch folgende Ausnahmen:

– **Fristlose Kündigung:** Für eine fristlose Kündigung setzt das Schweizer Arbeitsrecht wichtige Gründe voraus (Art. 337 OR), welche in der Praxis nur selten vorliegen (z. B. Verbrechen oder Vergehen gegen den Arbeitgeber). Liegen keine wichtigen Gründe vor, so ist die fristlose Kündigung zu Unrecht erfolgt, aber nicht ungültig. In diesem Fall erhält der zu Un-

recht fristlos gekündigte Arbeitnehmer Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt worden wäre und (nach gerichtlichem Ermessen) zusätzlich eine Entschädigung im Umfang von maximal sechs Monatslöhnen (Art. 337c OR). Eine fristlose Kündigung ist auch während einer Sperrfrist (vgl. unten) zulässig, sofern wichtige Gründe vorliegen.

- Kündigung zur Unzeit: Eine Kündigung erfolgt zu Unzeit, wenn sie während einer Sperrfrist erfolgt. Solche Sperrfristen gelten bei Krankheit, Schwangerschaft und Militärdienst. Spricht der Arbeitgeber eine Kündigung während einer Sperrfrist aus, ist diese nichtig (Art. 336c OR) und entfaltet keine Rechtswirkung. Ist die Kündigung vor Beginn der Sperrfrist erfolgt, aber die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen, wird der Ablauf der Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt.
- Missbräuchliche Kündigung: Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie beispielsweise wegen einer persönlichen Eigenschaft ausspricht oder weil ein Arbeitnehmer Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Eine missbräuchliche Kündigung ist gültig, kann aber zu einer Entschädigungspflicht des Arbeitgebers führen (Art. 336a OR).

In Deutschland bedarf eine Kündigung grundsätzlich einer sozialen Rechtfertigung (sie muss personenbedingt, verhaltensbedingt oder betriebsbedingt erfolgen (§ 1 Kündigungsschutzgesetz, KSchG)). Dies gilt für Arbeitgeber, welche mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigen. Weiter gibt es eine Reihe von Personen, die einen besonderen Kündigungsschutz

geniessen oder für deren Kündigung die vorgängige Zustimmung einer Behörde erforderlich ist. Diese Personen können nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Dazu gehören: Auszubildende, Schwangere, Schwerbehinderte, Arbeitnehmer, die sich in Elternzeit, Pflegezeit oder Familienpflegezeit befinden, Betriebsratmitglieder und Datenschutzbeauftragte.

Kündigungsfristen

Ist nichts anderes vereinbart worden, gelten nach schweizerischem Arbeitsrecht die gesetzlichen Kündigungsfristen nach Ablauf der Probezeit. Im ersten Dienstjahr gilt eine Kündigungsfrist von einem Monat, im zweiten bis und mit neuntem Dienstjahr eine Frist von zwei Monaten und ab dem zehnten Dienstjahr eine Frist von drei Monaten (Art. 335c OR). Diese Fristen dürfen durch schriftliche Abrede verkürzt oder verlängert werden; für Arbeitnehmer und Arbeitgeber müssen jedoch gleich lange Kündigungsfristen vereinbart werden.

Das deutsche BGB schreibt für die Kündigungsfristen eine detailliertere Abstufung vor (§ 622 BGB), so beträgt die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber bei einem Arbeitsverhältnis ab zwei Jahren einen Monat, ab fünf Jahren zwei Monate, ab acht Jahren drei Monate, ab zehn Jahren vier Monate, ab zwölf Jahren fünf Monate, ab fünfzehn Jahren sechs Monate und ab zwanzig Jahren sieben Monate. In den ersten zwei Anstellungsjahren gilt eine einheitliche gesetzliche Mindestkündigungsfrist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats. Die verlängerten Kündigungsfristen gelten nur für den Arbeitgeber, so dass für die Kündigung durch den Arbeitnehmer immer die Grundkündigungsfrist von vier Wochen gilt. Eine Verlängerung der Kündigungsfristen ist auch hier möglich.

Gerichtsverfahren bei Kündigung

Eine Weiterbeschäftigung kann nach schweizerischem Arbeitsrecht auch bei einer erwiesenermassen ungerechtfertigten Kündigung nicht eingeklagt werden. Nur wenn eine Kündigung zur Unzeit erfolgt ist, besteht das Arbeitsverhältnis weiter, da die Kündigung als nichtig qualifiziert wird (Art. 336c OR). Der Arbeitgeber muss dann nach Ablauf der Sperrfrist die Kündigung wiederholen. Vor Arbeitsgericht in der Schweiz geht es meistens lediglich um die Frage der Entschädigung und die vertraglichen Nebenpflichten (Einhaltung Konkurrenzverbot, Ausstellung Arbeitszeugnis). Bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 sind arbeitsrechtliche Verfahren in der Schweiz kostenlos, d.h. es werden den Parteien keine Gerichtskosten auferlegt (Art. 113 Zivilprozessordnung).

In Deutschland muss sich ein Arbeitnehmer innert drei Wochen mit einer Kündigungsschutzklage gegen eine Kündigung wehren. Erweist sich die Kündigung als rechtswidrig, hat der Arbeitnehmer einen Weiterbeschäftigungsanspruch, erweist sich die Kündigung als rechtmässig, endet das Arbeitsverhältnis. Das Verfahren ist nicht kostenlos. In erster Instanz hat jede Partei – unabhängig vom Verfahrensausgang – ihre Kosten zu tragen. Der Streitwert einer Kündigungsschutzklage beträgt ein Viertel eines Jahresbruttogehalts.

Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass insbesondere bei den Kündigungsmodalitäten grosse Unterschiede im schweizerischen und deutschen Arbeitsrecht bestehen und der (schweizerische) Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus Arbeitgebersicht vorteilhaft ist.