

KURT MEIER

”Das beste Gesetz, das wir haben”

Die Unterentwicklung des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts zu Beginn des 21. Jahrhunderts

An der 40. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins in Sarnen 1902 hielt ein bemerkenswerter Jurist ein bemerkenswertes Referat. Der Berner Universitätsprofessor Dr. Philipp Lotmar sprach zum «Dienstvertrag im künftigen schweizerischen Zivilrecht». Der heute in Vergessenheit geratene Professor war eine herausragende Persönlichkeit, ein hervorragender Jurist und kann als Begründer des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts bezeichnet werden.

Lotmar stammte aus Deutschland. Er studierte in Berlin und München und widmete seine Dissertation und Habilitation dem römischen Recht. Sein soziales Gewissen und Engagement führten ihn aber bald hin zum Arbeitsrecht. Nach verschiedenen arbeitsrechtlichen Abhandlungen verfasste er 1902 ein Gewaltswerk von fast 2000 Seiten zum «Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches», welches als epochemachende Pionierarbeit der Rechtswissenschaft gewürdigt wurde.

Das Bekenntnis von Lotmar zur sozialdemokratischen Partei und sein Engagement in der sozialen Frage verhinderten eine akademische Karriere in Deutschland und

fürten ihn mit der Berufung auf den Lehrstuhl für römisches Recht an die Universität Bern, wo er bis zu seinem Tode im Jahre 1922 lehrte. Obwohl oder vielleicht gerade weil er ein Römisch-Rechtler war, erkannte Lotmar, dass die Orientierung des gemeinrechtlichen Einzelarbeitsvertrages an der römisch-rechtlichen Dienstmiete («*locatio conductio operarum*») als reinem Austauschvertrag analog zur Miete einer Sache wesentlich zur Ausbeutung und Verelendung der Arbeiterschaft beitrug. Als so genannter «Kathedersozialist» war er getragen von der Überzeugung, dass die notwendige Sozialreform durch eine Rechtsreform zu verwirklichen sei. In diesem Sinne kämpfte er für die Abkehr des Einzelarbeitsvertrages vom reinen Austauschvertrag hin zu einem Schutzvertrag.

Kehren wir zurück ins Jahr 1902 und dort an die Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins in Sarnen. Es ist die Zeit der Vorarbeiten zur Anpassung des Obligationenrechts an das zukünftige Zivilgesetzbuch. Eine Revision, die 1911 abgeschlossen wurde. Die bestehende Regelung des Dienstvertragsrechts im Obligationenrecht von 1881 war sehr dürftig und umfasste nur 12 Artikel. Begründung, Inhalt und Beendigung des Dienstverhältnisses waren grundsätzlich der freien Vereinbarung der Parteien überlassen. Nur wenige Artikel, vor allem diejenigen über die Lohnzahlung des Arbeitgebers bei Krankheit und Militärdienst des Dienstpflichtigen und über die Pflicht zur Fürsorge des Arbeitgebers für den in die Hausgemeinschaft aufgenommenen erkrankten Arbeitnehmer enthielten zwingende Bestimmungen. Sondervorschriften für die einzelnen Arten von Dienstverhältnissen fehlten.

Es war nahe liegend aber nicht selbstverständlich, dass der Juristenverein Philipp Lotmar als Hauptreferenten zur

Revision des Dienstvertragsrechts einlud. Lotmar veröffentlichte in diesem Jahr den ersten Band seines deutschen Arbeitsvertragsrechts und galt auch als profunder Kenner des schweizerischen Dienstvertragsrechts. Auf der anderen Seite war sein soziales Engagement zugunsten eines stark verbesserten Schutzes der Arbeitnehmerschaft bekannt und nicht unbestritten.

Lotmar hielt dann auch ein «vollsaftiges» Referat, wie die NZZ anerkennend festhielt. Die Zeitung hielt dem Professor allerdings entgegen, er bleibe mit seinen Vorschlägen zur Revision des Dienstvertrages in der Theorie stecken und verkenne die schweizerische Praxis und die Rechtswirklichkeit von Tausenden von Arbeitgebern unter den Handwerkern, Gewerbetreibenden, Kleinindustriellen und Kleinbauern, die sich nur mit Mühe und Not am Betrieb und auf der Scholle halten könnten. «Sie nennen Theorie, was sie nicht widerlegen, und Praxis, was sie nicht beweisen können», erwiderte Lotmar diese Kritik beinahe staatsmännisch.

Aber auch die anwesenden Juristen staunten ob der Reformvorschläge von Lotmar zum Dienstvertragsrecht. Bei aller Berechtigung der Kritik am bestehenden Recht gehe Lotmar mit seinen Vorschlägen viel zu weit, hielt Koreferent Dr. Gabriel de Weiss aus Lausanne gemäss Tagungsprotokoll den Ausführungen entgegen, und letztlich müsse man auch festhalten, «*que rien mieux que le travail n'entretient la santé du corps et celle de l'esprit et que les excès du travail sont généralement moins funestes que ceux de la paresse et de l'oisiveté*». Und der Aargauer Obergerichtspräsident Dr. Heuberger meinte, man solle das bestehende Obligationenrecht nicht zu sehr angreifen, denn es sei doch das beste Gesetz, das wir haben.

Wende zum Arbeitsvertrag als Schutzvertrag

Es erstaunt und stellt dem damaligen Gesetzgeber ein gutes Zeugnis aus, dass trotz der vielen Einwände gegen die Forderungen von Professor Lotmar nicht wenige seiner Vorschläge mit der Revision 1911 in das Obligationenrecht übernommen wurden. Die Wende zum Arbeitsvertrag als Schutzvertrag wurde vollzogen. Wichtige Grundsätze eines modernen Arbeitsvertragsrechts, wie die Überwälzung des Betriebsrisikos auf den Arbeitgeber und dessen Fürsorgepflicht wurden in den Ansätzen übernommen. Als historische Leistung von besonderer Bedeutung ist der von Lotmar geforderte, europaweit erstmalige Einbezug des Gesamtarbeitsvertrages mit normativer, das heisst zwingender Gesetzeswirkung in das Obligationenrecht zu würdigen. In dieser Beziehung ging das schweizerische Arbeitsvertragsrecht im letzten Jahrhundert der europäischen Entwicklung das erste, leider aber auch das letzte Mal beispielgebend voraus.

In anderer Hinsicht erstaunt, dass viele konkrete Forderungen, die Lotmar in seinem Referat bereits im Jahre 1902 an den Gesetzgeber richtete, bis heute unerfüllt geblieben sind. Vor allem in drei Gebieten (Fürsorgepflicht, Lohnzahlungspflicht und willentliche Endigung des Dienstverhältnisses) forderte Lotmar eine einlässliche Regelung mit einer Berücksichtigung der Interessen der Arbeitnehmer. Einzelne konkrete Forderungen von Lotmar sind noch heute brandaktuell, insbesondere hinsichtlich des Kündigungsschutzes, der Bestimmbarkeit der Dauer der Lohnzahlung bei Krankheit und dem Entgelt des Konkurrenzverbotes.

Nachfolgend soll nun die Rückständigkeit des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts in den wichtigsten Berei-

chen beispielhaft aufgezeigt werden, um anschliessend der Frage nachzugehen, weshalb im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht berechnigte Forderungen zum Schutz der Arbeitnehmer seit 100 Jahren darauf warten, vom Gesetzgeber in positives Recht umgesetzt zu werden.

1 Fehlender Kündigungsschutz

Ein *ceterum censeo* seit Jahren im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht ist der fehlende sachliche Kündigungsschutz. Bereits Lotmar forderte die Erschwerung der Kündigung für den Arbeitgeber hinsichtlich Befristung und Begründung, um einer echten und gerechten Parität zwischen den Dienstvertragsparteien näher zu kommen. Der zweite Vater des schweizerischen Arbeitsrechts, Walther Hug, hat der Kündigung und dem Kündigungsschutz 1926/27 zwei eindrückliche Bände gewidmet. Auch später ist die Forderung nach einem effektiven Kündigungsschutz von Arbeitnehmerseite bis heute so regelmässig wie erfolglos erhoben worden. Die heutige Regelung darf als bekannt vorausgesetzt werden. Das Arbeitsvertragsrecht ist beherrscht von der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers. Diese Freiheit führt dazu, dass alle Schutznormen des Arbeitsvertragsrechts effektiv nur so viel wert sind, wie die ordentliche Kündigungsfrist lang ist, und diese Frist ist in der Regel sehr kurz (1 bis 3 Monate). Es ist deshalb kaum übertrieben, wenn man festhält, dass in der Schweiz als letztem europäischen Land im Arbeitsvertragsrecht faktisch noch das 2000 Jahre alte Institut der römisch-rechtlichen Dienstmiete gilt.

Der vom Gesetzgeber 1988 eingeführte Schutz gegen missbräuchliche Kündigungen (Artikel 336 OR) ist das Papier kaum wert auf dem er steht. Die Missbrauchstatbe-

stände sind nach dieser Regelung massiv eingeschränkt, und dem Arbeitnehmer wird der kaum zu erbringende Beweis der Missbräuchlichkeit auferlegt, gleichsam in Anlehnung an den Code napoléon, der gegen die Aussage des Arbeitgebers keine Gegenbeweismittel zulies. Eine Wiedereinstellungspflicht zugunsten des missbräuchlich Entlassenen gibt es nicht. Eine allfällige Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung ist nicht klar vorgegeben. Sie beträgt bis zu 6 Monatslöhne und ist dem Ermessen des Richters anheim gestellt. Dies führt dazu, dass ein Arbeitnehmer beim Einklagen seiner Ansprüche eigentlich nur Fehler machen kann.

Klagt er 6 Monatslöhne ein, droht ihm die Gefahr des Überklagens. Ein allfälliger Prozessgewinn kann er dann gleich dem Gericht und den Anwälten abliefern. Klagt er vorsichtigerweise wenig ein, wird der Richter bestimmt unter Würdigung aller Umstände das Wenige noch dermassen kürzen, dass es dem Arbeitnehmer gerade noch knapp zu einem Kaffee am Automaten im gerichtlichen Wartezimmer reicht. Kündigungsschutzprozesse enden daher für den Arbeitnehmer in der Regel mit der Feststellungsklage: Ausser Spesen nichts gewesen! Ausnahmen – wenn eine Rechtsschutzversicherung oder eine Gewerkschaft die Kosten übernehmen – bestätigen nur die Regel.

Es ist nicht anzunehmen, dass mit einem sachlichen Kündigungsschutz die Arbeitsmarktlage verbessert und die allgemeine Arbeitslosigkeit verringert werden kann. Es geht bei der Forderung nach einem verbesserten Kündigungsschutz um andere Werte. Eine sachlich unbegründete Kündigung ist für den betroffenen Arbeitnehmer regelmässig sehr verletzend und entwürdigend. Es kommt vor, dass einem jahre- oder sogar arbeitslebenslangen Einsatz

eines Angestellten für «seinen» Betrieb unbegründet durch eine ordentliche Entlassung innert weniger Monate ein Ende gesetzt wird. Vor allem ältere, über 50-jährige Arbeitnehmer verkraften derart demütigende Kündigungen immer weniger und reagieren darauf häufig mit Krankheit oder gar Invalidität.

Dies wiederum hat zur Folge, dass der zeitliche Kündigungsschutz (Artikel 336c OR) immer häufiger zum Aufgangstatbestand für den fehlenden sachlichen Kündigungsschutz wird. Abgesehen davon, dass der zeitliche Kündigungsschutz dazu eigentlich nicht geschaffen wurde, ist auch diese Stütze schwach. Der Gesetzgeber hat es bis heute nicht geschafft, die Zeitdauer der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit genau zu bestimmen und das Recht der Krankentaggeldversicherung transparent zu regeln. Auch von einer Übereinstimmung der Dauer der Lohnzahlungspflicht mit der Dauer der Kündigungsfrist ist das Arbeitsvertragsrecht weit entfernt.

2 Massentlassung und Sozialplan

Mit der so genannten Swisslex-Reform 1993 hat die Schweiz ihr Arbeitsrecht minimal europakompatibel gestaltet. Geschaffen wurden dabei auch die Bestimmungen zur Massentlassung (Artikel 335a OR). Die Regelung beschränkt sich allerdings im Wesentlichen auf eine Informations- und Konsultationspflicht, was vielleicht einige Stellen in der Verwaltung sichert, den entlassenen Arbeitnehmern aber erfahrungsgemäss nichts nützt. Eine inhaltliche Überprüfung des Entscheides zu einer Massentlassung ist nicht vorgesehen und insbesondere fehlt auch jede Verpflichtung zum Erlass eines Sozialplanes. Wie schmerzhaft diese Lücke sein kann, haben in jüngster Zeit

viele von einer Massentlassung in der Schweiz betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erfahren müssen, wenn sie feststellen konnten, dass ihre bei der gleichen Firma im Ausland beschäftigten Kollegen dank Kündigungsschutz und Sozialplanpflicht weit besser behandelt wurden. Vielleicht liegt hier ein Ansatzpunkt für ein Umdenken, welches die Schweiz vom Entwicklungsland des Arbeitsvertragsrechts wenigstens in den Kreis der Schwellenländer aufsteigen liesse.

3 Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Schon Lotmar hat die Ausgestaltung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Kernpunkt eines sozialen Arbeitsvertragsrechts bezeichnet, da der Arbeitnehmer nicht irgendein Gut hergebe, sondern gewissermassen sich selbst. Teilweise wurde seither der Inhalt der Fürsorgepflicht in gesetzlichen Bestimmungen ausformuliert, wie zum Beispiel bei den Ferien und dem Datenschutz. Der Kernpunkt, der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers, ist jedoch in einer Generalklausel in Artikel 328 OR festgehalten. Diese Generalklausel ist im schweizerischen Arbeitsrecht praktisch toter Buchstabe geblieben. Es überrascht deshalb auch nicht, wenn kürzlich ein Student in einer Prüfung die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer bei der Entlassung auf die Leistungen der öffentlichen Fürsorge hinzuweisen, definiert haben soll.

Wegweisende höchstrichterliche Urteile zur Fürsorgepflicht fehlen vollständig. Angesichts der schütterten Praxis des Bundesgerichts zur Genugtuung und insbesondere Genugtuungshöhe bleibt die Verletzung der Fürsorgepflicht für den Arbeitgeber denn auch praktisch ohne nachteilige

Folgen. Jede Klage eines Arbeitnehmers wegen Verletzung der Fürsorgepflicht ist reine Selbsterstörung, endet mit Sicherheit mit dem Verlust des Arbeitsplatzes, bestenfalls mit einer Genugtuungsleistung von wenigen 100 Franken und dafür grossen Kosten.

Dabei wäre eine wegweisende höchstrichterliche Praxis zu Mobbing, sexueller Belästigung, Rauchen am Arbeitsplatz und Ähnlichem mit einschneidenden Sanktionen dringend notwendig. Allerdings hat bereits Lotmar feststellen müssen, dass es besser sei, ein neues Gesetz zu machen, als sich auf die Spruchpraxis durch einen guten Richter zu verlassen. Diese Beobachtung bestätigt sich leider auch 100 Jahre später, ist doch die Spruchpraxis des Bundesgerichts zum Arbeitsvertragsrecht ausserordentlich zaghaft und fantasielos.

4 Kostenlosigkeit des Konkurrenzverbots

Es ist aufgrund der Anzahl von Rechtsstreitigkeiten sicher nicht das dringendste Problem des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts, dass es nach geltendem Recht immer noch möglich ist, ein Konkurrenzverbot kostenlos zu vereinbaren. Hingegen ist dieser Umstand für die Entwicklung oder eben Nichtentwicklung des schweizerischen Arbeitsrechts charakteristisch, hat doch Lotmar in seinem Referat 1902 dazu wörtlich ausgeführt, dass der Arbeitgeber den Vorteil, den ihm die geschäftliche Zurückhaltung seines Angestellten verschaffe, anständigerweise nicht umsonst verlangen könne. Anstand ist noch heute nicht die Stärke der Regelung des Konkurrenzverbots. Artikel 340 OR geht immer noch von der Unentgeltlichkeit aus und ist im Übrigen voller risikobeladener «Gummibestimmungen», so dass der mit einem Konkurrenzverbot belegte Arbeitneh-

mer in der Regel resigniert das Berufsverbot akzeptiert. Damit steht fest, die Regelung des schweizerischen Konkurrenzverbots ist mit ihren vielen Verweisen auf unberechenbare Ermessensentscheide nicht nur sozialstaatswidrig, sondern zusammen mit der Kostenlosigkeit nach wie vor unanständig.

Vom Pionier zum arbeitsrechtlichen Schlusslicht

Die Schweiz hat mit Pionierleistungen zur internationalen Entwicklung beigetragen, wie der dritte Vater des schweizerischen Arbeitsrechts, Professor Hans Peter Tschudi, richtig festgehalten hat: Im 19. Jahrhundert zum Beispiel mit der ersten Begrenzung der Arbeitszeit für erwachsene Arbeiter (1846, Kanton Glarus), dem umfassenden Fabrikarbeiterschutz im eidgenössischen Fabrikgesetz von 1877, mit Vorstössen für eine internationale Regelung des Arbeitsschutzes und mit der gesetzlichen Verankerung der normativen Wirkung des Gesamtarbeitsvertrages zu Beginn des letzten Jahrhunderts. In der Folge hat sich die Schweiz in den letzten 100 Jahren vom Pionier zum arbeitsrechtlichen Schlusslicht zurückentwickelt.

Wie in der Weltwirtschaft sind hinsichtlich der Gründe dieser Unterentwicklung des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts verschiedenste Ursachen denkbar. Eine nicht unbedeutende Rolle spielt sicher die das vergangene Jahrhundert prägende Ideologie des politischen und wirtschaftlichen Sonderfalles der Schweiz. Regelmässig wurde, wie beispielhaft die eingangs zitierte Besprechung der Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins 1902 in der NZZ belegt, auf die besondere Bergbauern- und Kleinunternehmerkultur in der Schweiz hingewiesen, bei der eben alles anders sei als anderswo und für die ein sozi-

ales Arbeitsrecht den Untergang bedeuten würde. Verbindliche gesetzliche Arbeiterschutzregelungen waren diesem patronalen Reduitdenken in der kleinräumigen Schweiz zu gefährlich und suspekt. Wörtlich heisst es im zitierten Artikel der NZZ: «Nicht das Gesetz kann hier die unzählig verschiedenen Fälle gerecht berücksichtigen, es kann nur die Grundsätze festlegen, im Vertrauen darauf, dass der Gerechtigkeitssinn des Richters das Gesetz richtig handhaben werde.» Und dass von den Richtern nichts zu befürchten ist, darauf können wir vertrauen, möchte man aus heutiger Sicht hinzufügen. Die ablehnende, sich isolierende Haltung kommt auch im aktuellen Verhältnis der Schweiz zur Entwicklung in Europa zum Ausdruck. Wie seinerzeit der Aargauer Obergerichtspräsident Dr. Heuberger vertraut man lieber auf das eigene Alte und ist skeptisch gegenüber dem Neuen und Fremden.

Offensichtlich scheint ausserdem, dass die wirtschaftlich komfortable Situation in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts der Entwicklung des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts nicht förderlich war. Das Recht ist nicht der alleinige Faktor für das Wohlergehen der Arbeitnehmer, die wirtschaftliche Entwicklung ist mindestens so bestimmend. In Zeiten der Hochkonjunktur mit geringer Arbeitslosigkeit wird auch von Arbeitnehmerseite der Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts in der Regel keine massgebende Bedeutung zugemessen, da die Arbeitgeber in solchen Zeiten zu freiwilligen Zugeständnissen für die grosse Mehrheit der Arbeitnehmer bereit sind. Die benachteiligten ausländischen Arbeitskräfte, die von der Hochkonjunktur weniger profitieren konnten, verfügten als unterste soziale Schicht weder über die notwendige Macht noch über das Stimmrecht, um etwas zu bewegen.

Auf diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, weshalb in einer Zeit der Hochkonjunktur mit der grossen Arbeitsvertragsrechtsrevision 1971 und mit der Revision des Kündigungsschutzes 1988 sozialpolitisch keine grossen Stricke zerrissen wurden. Eine wichtige Rolle spielt in diesem Zusammenhang sicher auch der Umstand, dass das Netz der Sozialversicherung für den schweizerischen Arbeitnehmer im internationalen Vergleich eng geknüpft ist und ihn gegenüber Arbeitsplatzverlust verhältnismässig gut absichert.

Mit dem Beginn dieses Jahrhunderts scheint sich die wirtschaftliche Situation auch in der Schweiz entscheidend zu ändern. Der Zustand der schweizerischen Wirtschaft und der Konjunktur nähert sich immer mehr dem europäischen Durchschnitt an. Grosse Konkurse und Firmenschliessungen verunsichern die Arbeitnehmer. Die Globalisierung beeinflusst auch das Arbeitsrecht. In dieser Beziehung ist es für die schweizerische Arbeitnehmerschaft zunehmend ärgerlich, wenn in vergleichbaren Ländern bei denselben Sachverhalten ein wesentlich besserer arbeitsrechtlicher Schutz besteht.

Im Gegensatz zur Schweiz können Entlassungen anderswo verhindert werden, für Persönlichkeitsverletzungen müssen substantielle Entschädigungen bezahlt werden, Sozialpläne bei Betriebsschliessungen sind zwingend. Wenn in der Folge Betriebsschliessungen zuerst in der Schweiz erfolgen, weil sie hier am einfachsten und billigsten zu bewerkstelligen sind, kann das zu einem Umdenken führen. Eine schlechte Konjunktur allein führt allerdings kaum automatisch zu einem besseren Arbeitnehmerschutzrecht. Im Gegenteil – häufig wird in schlechten wirtschaftlichen Zeiten erst recht der Ruf nach Deregulierung und einem

Abbau der Schutzbestimmungen laut, weil diese angeblich einem Aufschwung hinderlich sein sollen. Vielleicht wäre dies aber auch der Zeitpunkt für einen überzeugten Kathedersozialisten wie dereinst Philipp Lotmar, der es sich nach seinen Worten zur Aufgabe machte, das Beste zu postulieren und nicht das, was die meiste Aussicht auf Annahme durch das Volk hat. Nur dank dieser Einstellung gelang der Schweiz vor 100 Jahren die letzte Pionierleistung im Arbeitsrecht.

Literatur

Lotmar Philipp, Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Forderungen an den Gesetzgeber, Gesammelte Schriften, herausgegeben von Manfred Rehbinder, Bern 1991.

Gasser, Catherine A., Philipp Lotmar und das schweizerische Arbeitsrecht, in: Forschungsband Philipp Lotmar (1850–1922), Colloquium zum 150. Geburtstag, Bern 15./16. Juni 2000, herausgegeben von Pio Caroni, Frankfurt am Main 2003.

Tschudi Hans Peter, Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, Basel 1987.

Hug Walther, Das Kündigungsrecht nach schweizerischem und unter Berücksichtigungen des deutschen und österreichischen Arbeitsrechts, 2 Bände, Aarau 1926/27.