jetzt bestellen

Festschrift für Wolfgang Portmann

Herausgegeben von

Roland A. Müller
Roger Rudolph
Anton K. Schnyder
Adrian von Kaenel
Bernd Waas

Schulthess §

Festschrift für Wolfgang Portmann

Herausgegeben von

Roland A. Müller
Roger Rudolph
Anton K. Schnyder
Adrian von Kaenel
Bernd Waas

Schulthess § 2020

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020

ISBN 978-3-7255-8103-0

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank V

Autorenverzeichnis VII

ADRIAN VON KAENEL
Wolfgang Portmann – Ein Leben für zwei Künste 1

JOSÉ JOÃO ABRANTES
Collective Labour Rights and the Autonomy of Labour Law (The Portuguese Example) 5

JEREMIAS ADAMS-PRASSL
Workplace Regulation beyond Employment Law: Exploring the role of Data Protection 17

EDOARDO ALES
'Worker' (and) 'Mobility' in the Case Law of the Court of Justice EU on Free Movement: A Critical Appraisal 31

GABRIEL AUBERT
Réflexions sur les bonus (art. 322d CO) 51

ROLAND BACHMANN
Einblick in den Kundenkreis als Voraussetzung für das nachvertragliche Konkurrenzverbot 67

KADRIYE BAKIRCI
The Vicarious Liability of Employers in Turkish Law 83

SAMUEL BAUMGARTNER / SARA LUSTENBERGER
Zur Zulässigkeit der alternativen objektiven Teilklagenhäufung 95

RALUCA DIMITRIU

Work Discipline in the Workplace, with a Special Focus on the Duty of Fidelity: The Case of Romanian Law 113

JEAN-PHILIPPE DUNAND

La Suisse et la « liste noire » de l'Organisation internationale du travail (OIT) 125

WOLFGANG ERNST

Beschlussfassung durch den Betriebsrat – Abstimmungsregelungen im BetrVG und ihre Probleme 147

THOMAS GÄCHTER / PETRA KOLLER

Arbeitsunfähigkeit und Invalidität im Arbeitsverhältnis – Pflichten Arbeitgebender im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 159

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA / IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO / DIEGO ÁLVAREZ ALONSO

Digital Technology in the Employment Relationship: An Approach in the light of the Spanish Legislation on 'Digital Rights' at the Workplace 177

THOMAS GEISER

Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Ein Gespenst im Arbeitsvertragsrecht 191

IVANA GRGUREV

Divorce and Remarriage as (Un)Just Causes of Dismissal 203

PASCAL GROLIMUND

Vom Gerichtsstand in Arbeitssachen 221

ULRICH HAAS / CHRISTOPH METTLER

Schiedsgerichtliche Streitigkeiten an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Vereinsrecht 237

HELMUT HEISS / RHEA SPECOGNA

Die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Direktklage 255

ANGELA HENSCH

Neues Verjährungsrecht: Auswirkungen auf die Arbeitsrechtspraxis 273

ROGER HISCHIER
Fristlose Kündigung von Kaderangestellten internationaler Konzerne ... 293

DENIS G. HUMBERT
Sorgenkind vorgetäuschte Krankheit ... 309

PETR HŮRKA
Autonomy of Will vs. Employee Protection ... 329

PETER R. ISLER / MIRJAM VÖGELI
Die VegüV in Kollision mit ausländischem Arbeitsrecht ... 339

SENAD JAŠAREVIĆ
Serbian Labour Law and its Future ... 357

TODOR KALAMATIEV / ALEKSANDAR RISTOVSKI
Temporary Work and Forms of Work Outside of the Employment Relationship in North Macedonia – de lege lata vs. de lege ferenda ... 369

ANDREAS KELLERHALS / WESSELINA UEBE
Europakompatibilität im Schweizer Arbeitsrecht ... 389

GYÖRGY KISS
Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Berufung auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitgebers: die Lösung des ungarischen Arbeitsrechts ... 403

THOMAS KOLLER
«Recht auf Arbeit» oder bloss «Recht auf Lohn»? – Aspekte eines (allfälligen) schuldrechtlichen Anspruchs des Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitgeberin auf Beschäftigung nach schweizerischem Recht ... 421

JOACHIM LEGE
Die arbeits- und beamtenrechtliche Konkurrentenklage in Deutschland ... 439

LEANDER D. LOACKER
Pacta non semper servanda sunt: Überlegungen zu gesetzlichen Widerrufsrechten am Beispiel des Versicherungsvertrages ... 457

MATTHIAS MAHLMANN
Schiller und das Recht der Republik ... 479

ISAAK MEIER
Arbeitsgerichte als Forschungsgegenstand ... 491

LESZEK MITRUS
The Right to Holiday Leave under the EU Charter of Fundamental Rights ... 515

ROLAND A. MÜLLER / CHRISTIAN MADUZ / OLIVER SCHMID
Beitritts- und Verhandlungsanspruch von Arbeitsverbänden im Gesamtarbeitsvertragsrecht ... 529

PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF
«Unmittelbare Drittwirkung» von Bestimmungen der EU-Grundrechtecharta? ... 543

RAHEL AINA NEDI / ANDREAS HOLENSTEIN
Rechtswahl im Arbeitsrecht ... 555

HARRY F. NÖTZLI
Deferred Bonus ... 569

COSTAS PAPADIMITRIOU
The Settlement of Collective Labour Disputes in Greece ... 581

KURT PÄRLI / LUCA VECCHI
Der Tendenzbetrieb: Herkunft, Bedeutung und Zukunft eines Begriffs ... 601

MANFRED REHBINDER
Eugen Ehrlich über die sogenannte stillschweigende Willenserklärung ... 621

HANS MICHAEL RIEMER / GABRIELA RIEMER-KAFKA
Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber mit Information von Drittpersonen oder der Öffentlichkeit ... 627

ROGER RUDOLPH
Schutz vor Alterskündigung: Bestandsaufnahme und einige kritische Gedanken ... 637

URS SCHERRER
Atypizitäten im Berufssport ... 649

ANTON K. SCHNYDER
Ausgewählte Exponenten des Internationalen Privatrechts an der Universität Zürich ... 663

JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB
Quand les algorithmes embauchent et licencient ... 677

KRASSIMIRA SREDKOVA
The European Social Charter and Bulgaria ... 699

JEAN-FRITZ STÖCKLI
Funktionierender Wettbewerb bei Spitzenlöhnen ... 713

GAABRIEL TAVITS
Collective Labour Relations in the Digital Economy: The Case of Estonia ... 731

BERND WAAS
Tarifverträge für Solo-Selbständige? ... 743

ISABELLE WILDHABER / GABRIEL KASPER
Quantifizierte Arbeitnehmer: Empirische Daten zu People Analytics in der Schweiz ... 755

Verzeichnis der Publikationen von Wolfgang Portmann ... 773

Rechtswahl im Arbeitsrecht

RAHEL AINA NEDI / ANDREAS HOLENSTEIN*

Inhaltsverzeichnis

I. Rechtswahl bei Binnensachverhalten 556
II. Rechtswahl in der EU 558
III. Rechtswahl bei Arbeitsverträgen nach IPRG 559
A. Begriff des Arbeitsvertrags im IPRG 559
B. Ausdrückliche oder stillschweigende Rechtswahl 559
C. Wahlmöglichkeiten nach Art. 121 Abs. 3 IPRG 559
1. Gewöhnlicher Aufenthalt des Arbeitnehmers 560
2. Niederlassung des Arbeitgebers 560
3. Wohnsitz des Arbeitgebers 560
4. Gewöhnlicher Aufenthalt des Arbeitgebers 560
D. Einschränkungen durch zwingende Bestimmungen 561
1. Grundsatz der Einheitlichkeit 561
2. Zwingende Bestimmungen im Arbeitsrecht bei Rechtswahl im Allgemeinen 561
E. Spezialfall der Rechtswahl für Mitarbeiterbeteiligungen 562
F. Wenige Urteile 563
1. BGE 136 III 392: Anwendung einer zwingenden Bestimmung aus Panama? 563
a) Aus dem Sachverhalt 563
b) Aus den Erwägungen 564
c) Würdigung 565
2. BGE 139 III 411: Schweizerisches Arbeitsgesetz in Afghanistan? 565
a) Aus dem Sachverhalt 565
b) Aus den Erwägungen 566
c) Würdigung 567
IV. Schlussbemerkungen 568

* Die Autoren danken Frau MLaw VANESSA BERNHEIM für die geschätzte Unterstützung bei der Ausarbeitung dieses Beitrags.

Als Assistierende durften wir während dreier Jahre zeitüberschneidend für WOLFGANG PORTMANN arbeiten. Es war eine lehrreiche und schöne Zeit, die mit einem Wimpernschlag vorbei schien. Vom 19. bis 20. Mai 2016 hatten wir die Freude, den Jubilar an die Tagung «RemarkLab Final Conference: New Foundations of Labour Law in the globalised Market Economy?» in Stockholm, Schweden zu begleiten. Weiter reisten wir gemeinsam vom 13. bis 14. Juli 2017 an den «International Congress of Labour 2030 – Rethinking the future of work» in Porto, Portugal. An dieser Konferenz lernten wir JEREMIAS PRASSL kennen. Dieser kam ein Jahr später für einen Festvortrag an die durch die Assistierenden der Lehrstühle von WOLFGANG PORTMANN und THOMAS GÄCHTER organisierte Tagung zu neuen Arbeitsformen und ihren Herausforderungen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht vom 26. Juli 2018 bis zum 28. Juli 2018 nach Zürich. Als ausgebildeter Konzertpianist zauberte der Jubilar farbenfrohe und unvergessliche Klangwelten in den Raum, die wir als im privaten Rahmen gehaltene klassische Klavierkonzerte wiederholt geniessen durften. Wir hatten das Glück, von der hervorragenden internationalen Vernetzung des Jubilars direkt profitieren zu können. Passend dazu hoffen wir, ihm mit einem Beitrag mit internationalem Bezug eine Freude zu bereiten.

I. Rechtswahl bei Binnensachverhalten

Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, dass es für eine Rechtswahl nach IPRG[1] grundsätzlich eines internationalen Schuldvertrags bedarf.[2] Bei rein internen Vertragsverhältnissen, d.h. bei Binnensachverhalten, findet das IPRG keine Beachtung. Vielmehr gelten dann abschliessend die Regelungen des schweizerischen Sach- und Verfahrensrechts.[3] Gleichwohl dürften im Einklang mit internationalen Tendenzen (z.B. Art. 3 Abs. 3 ROM I-Verordnung[4]) die Parteien im Rahmen der zwingenden Normen der schweizerischen Rechtsordnung frei bleiben, ihr Rechtsverhältnis zu gestalten.[5] Die Rechtswahl zugunsten einer ausländischen Rechtsordnung wäre demnach nicht als *kollisionsrechtliche* Rechtswahl zu qualifizieren. Vielmehr ist von einer *materiellrechtlichen* Rechtswahl auszugehen.[6] Die Rechtswahl als kollisionsrechtliche Verweisung hat zur Folge, dass sowohl die dispositiven als auch die zwingenden Normen der gewählten Rechtsordnung zur Anwendung gelangen und die Bestimmungen des objektiv anwendbaren Vertragsstatuts ersetzen. Demgegenüber

1 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291.

2 So etwa: FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Kap. 7 Rz. 79; KREN KOSTKIEWICZ, Art. 116 N 4, in: OFK Orell Füssli Kommentar, IPRG/LugÜ, 2. Aufl., Zürich 2019 (nachfolgend: OFK IPRG-BEARBEITER/-IN); SCHNYDER/LIATOWITSCH, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, N 721.

3 SCHNYDER/GROLIMUND, Art. 1 N 1, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (nachfolgend: BSK IPRG-BEARBEITER/-IN).

4 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 177/6 vom 04.07.2008.

5 MÜLLER-CHEN, Art. 1 N 14, in: Müller-Chen/Widmer Lüchinger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Band I & II, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, (nachfolgend: ZK IPRG-BEARBEITER/-IN).

6 ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 116 N 28; SCHNYDER/LIATOWITSCH (FN 2), N 722.

entfalten bei einer materiellrechtlichen Verweisung nur die dispositiven Normen der gewählten Rechtsordnung Wirkung, während die zwingenden Bestimmungen des Vertragsstatuts Geltung erlangen.[7]

Werden die vorstehenden Grundsätze auf Arbeitsverträge übertragen, so könnten ein Zürcher Coiffeur-Unternehmen und ein Zürcher Arbeitnehmer eine materiellrechtliche Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts treffen. Sämtliche zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Arbeitsrechts – wie etwa Bestimmungen des Kündigungsschutzes – blieben jedoch anwendbar. Vor diesem Hintergrund scheint eine materiellrechtliche Rechtswahl bei Arbeitsverträgen ohne Auslandberührung in der Schweiz nur wenig sinnvoll, weil eine solche Wahl die Gefahr eines rechtlich unübersichtlichen Patchworks in sich birgt.

Hier zu erwähnen gilt es noch, dass die Parteien bei Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen von Art. 381 Abs. 1 ZPO[8], der die Marginalie «Anwendbares Recht» trägt, das anwendbare Recht frei wählen oder gar eine Beurteilung nach Billigkeit vereinbaren könnten. Allerdings müssen sie nach Art. 354 ZPO über die Ansprüche frei verfügen können. Art. 341 OR[9] enthält die Regelung, wonach der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Forderungen nicht verzichten kann, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags ergeben. Folglich ist eine Schiedsvereinbarung in Arbeitsverhältnissen aufgrund von Art. 354 ZPO i.V.m. Art. 341 OR nur in einem begrenzten Rahmen möglich. Mitunter können sich bei der Gefahr der Aufspaltung der Zuständigkeit zwischen dem staatlichen Gericht und dem Schiedsgericht Fragen des hypothetischen Parteiwillens stellen.[10] Nach Art. 353 Abs. 2 ZPO können die Parteien die Bestimmungen von Art. 353 ff. ZPO durch ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Übereinkunft ausschliessen und die Anwendung der Bestimmungen des zwölften Kapitels des IPRG vereinbaren. Dies ist insofern interessant, weil die Schiedsfähigkeit nach Art. 177 Abs. 1 IPRG weiter gefasst ist als diejenige nach Art. 354 ZPO, da nach ersterer Bestimmung jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein kann. Allerdings hat das Bundesgericht festgehalten, dass im Bereich der internen Schiedsgerichtsbarkeit der Schutz des Arbeitnehmers durch Art. 354 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 341 Abs. 1 OR nicht durch die Unterstellung unter die Regeln der Schiedsge-

7 BGE 132 III 285 E. 1.1; BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG, Art. 116 N 11.

8 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272.

9 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.

10 Das Bundesgericht äussert sich zur möglichen Aufspaltung der Zuständigkeit in BGE 144 III 235 E. 2.3.4. folgendermassen: «Sieht der Arbeitsvertrag die Schiedsgerichtsbarkeit allgemein vor und erweist sich die Schiedsklausel hinsichtlich einzelner Forderungen als nichtig (Art. 20 Abs. 2 OR; vgl. BGE 138 III 29 E. 2.3.2 S. 37 f.), wird in der Regel kaum anzunehmen sein, die Parteien hätten diese Klausel in Kenntnis einer problembehafteten Spaltung der Zuständigkeit dennoch vereinbart (...)».

richtsbarkeit nach dem IPRG (sog. Opting-out nach Art. 353 Abs. 2 ZPO) umgangen werden könne.[11] Damit fällt die Ausweitung der Schiedsfähigkeit bei «rein schweizerischen Arbeitsverhältnissen» ausser Betracht.[12] Nach Art. 187 Abs. 1 IPRG mit der Marginalie «Anwendbares Recht» hätten die Parteien andernfalls auch im Bereich des Art. 341 Abs. 1 OR frei das anwendbare Recht wählen oder sich nach Art. 187 Abs. 2 IPRG gar einem Entscheid nach Billigkeit unterwerfen können. Es ist aber auch hier davon auszugehen, dass die Parteien die durch die Rechtsprechung bedingte Aufspaltung der Zuständigkeit durch Art. 341 Abs. 1 OR zwischen dem staatlichen Gericht (das für die nicht schiedsfähigen Ansprüche zuständig bliebe) und dem Schiedsgericht eher vermeiden wollen. Bei internationalem Sachverhalt sind Schiedsverfahren über arbeitsrechtliche Streitigkeiten demgegenüber grundsätzlich ohne weiteres zulässig.[13]

II. Rechtswahl in der EU

Im Recht der Europäischen Union ist die Rechtswahl in der Rom I-Verordnung[14] geregelt. Grundsätzlich unterliegen Individualarbeitsverträge nach Art. 8 Abs. 1 der Rom I-Verordnung dem von den Parteien nach Art. 3 der Rom I-Verordnung gewählten Recht. Die Rechtswahl der Parteien darf aber nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf, das nach den Absätzen 2, 3 und 4 des Art. 8 der Rom I-Verordnung mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre. Als Prinzip sind die Parteien nach Art. 8 der Rom I-Verordnung in der Rechtswahl nicht eingeschränkt, sofern der Arbeitnehmerschutz des objektiv anwendbaren Rechts gewahrt bleibt.[15]

[11] BGE 144 III 235 E. 2.3.3. Kritik zu diesem Entscheid bei PORTMANN/HOLENSTEIN, Aktuelle Entwicklungen in der verfahrensrechtlichen Rechtsprechung mit Bedeutung für das Arbeitsrecht, in: Kahil-Wolff Hummer/Wyler (Hrsg.), Piliers dur droit social, FS für Jacques-André Schneider, Bern 2019, S. 245 f.

[12] BGE 144 III 235 E. 2.3.3.; Bemerkungen zum vermeidbaren Interpretationsspielraum, was genau «rein schweizerische Arbeitsverhältnisse» sein sollen bei RUDOLPH, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018 – Arbeitsrecht, ZBJV 2019, S. 817 ff.; siehe ferner BGE 145 III 266 E. 1.3.3.

[13] CASEY-OBRIST, Individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren, Diss., Basel 2016, N 503; HISCHIER (FN 20), N 217.

[14] Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. Juni 2008 (FN 4).

[15] MARTIN ANTIPAS, Droit suisse impératif du contrat de travail international, in: Wyler (Hrsg.), Panorama III en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens, Bern 2017, S. 727 f.; BSK IPRG-BRUNNER, Art. 121 N 46 ; ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 121 N 39.

III. Rechtswahl bei Arbeitsverträgen nach IPRG

A. Begriff des Arbeitsvertrags im IPRG

Ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist nach der *lex fori* zu beantworten.[16] Nach schweizerischem Recht ist auf Art. 319 Abs. 1 OR abzustellen. Auch faktische Arbeitsverhältnisse fallen unter den Verweisungsbegriff, sofern die prägenden Merkmale des Arbeitsverhältnisses gegeben sind.[17]

B. Ausdrückliche oder stillschweigende Rechtswahl

Im Allgemeinen ist für die Rechtswahl Art. 116 IPRG anwendbar.[18] Nach Art. 116 Abs. 2 IPRG muss die Rechtswahl nicht ausdrücklich erfolgen. Es reicht, wenn sie sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergibt.[19] Ebenso kann sie nach Art. 116 Abs. 3 IPRG jederzeit getroffen oder geändert werden und wirkt sodann auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück. Die Rechte Dritter sind nach Art. 116 Abs. 3 IPRG aber vorbehalten. Eine stillschweigende Rechtswahl kann sich aus Indizien wie dem späteren Prozessverhalten, der Bezugnahme auf Rechtsinstitute einer bestimmten Rechtsordnung, der Währung für die Lohnzahlung, der Verweisung auf einen Gesamtarbeitsvertrag und weiteren ergeben.[20] Eine Teilrechtswahl ist zulässig.[21]

C. Wahlmöglichkeiten nach Art. 121 Abs. 3 IPRG

Im Gegensatz zu Art. 116 Abs. 1 IPRG enthält Art. 121 Abs. 3 IPRG eine Beschränkung der wählbaren anwendbaren Rechtsordnungen bei Arbeitsverträgen. Zwar bietet diese Einschränkung dem Arbeitnehmer einen gewissen Schutz.[22] Kritisiert wird aber die fehlende Möglichkeit, bei leitenden Angestellten eines international tätigen Konzerns bei Einstellung durch eine inländische Tochtergesellschaft und Einsatz in verschiedenen ausländischen Filialen, das Recht der Muttergesellschaft zu wählen. Diese Rechtswahl würde den

---

16 ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 121 N 5.

17 MÖKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 121 N 1 f., in: Furrer/Girsberger/Müller-Chen (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, Art. 1–200 IPRG, 3. Aufl., Zürich 2016, (nachfolgend: CHK-IPRG-BEARBEITER/-IN).

18 CHK IPRG-MÖKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 121 N 13.

19 Siehe dazu auch BGer., Urteil v. 28.7.2009, 4A_227/2009, E. 2, nichtamtliche Regeste in ARV 2009, S. 302.

20 HISCHIER, Internationaler Mitarbeitereinsatz, Praxishandbuch zum internationalen Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, N 293 m.w.H.

21 BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG, Art. 116 N 13; HISCHIER (FN 20), N 302 ff.

22 Bei Verträgen mit Konsumenten ist eine Rechtswahl nach Art. 120 Abs. 2 IPRG sogar gänzlich ausgeschlossen.

Arbeitnehmer weder überraschen noch seinen Schutz beeinträchtigen.[23] Es wird die Meinung vertreten, dass es sich um eine unechte Lücke handle, die durch teleologische Extension der Regel über die Rechtswahl beim Arbeitsvertrag zu füllen sei.[24]

1. Gewöhnlicher Aufenthalt des Arbeitnehmers

Der Anknüpfungsbegriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist in Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG konkretisiert. Eine natürliche Person hat demnach ihren gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat, in welchem sie während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit von vornherein befristet ist. Abgestellt wird auf den äusseren Schein und nicht auf den Verbleibenswillen wie beim Wohnsitz.[25] Für die Rechtswahl können damit nur die momentanen und nicht die zukünftigen oder vergangenen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Rechtswahl herangezogen werden.[26]

2. Niederlassung des Arbeitgebers

Art. 21 Abs. 1 lit. c IPRG statuiert, dass eine natürliche Person die Niederlassung in dem Staat hat, in dem sich der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Tätigkeit befindet. Eine Gesellschaft hat die Niederlassung nach Art. 21 Abs. 4 IPRG in dem Staat, in dem der Sitz liegt, oder in einem der Staaten, in dem sich eine Zweigniederlassung befindet. Es sind aber nicht mehrere Rechtsordnungen der verschiedenen Niederlassungen wählbar, massgebend ist nur die einstellende Niederlassung des Arbeitgebers.[27]

3. Wohnsitz des Arbeitgebers

Für den Wohnsitz in Bezug auf Gesellschaften enthält die Regelung keine Neuerung, weil der Sitz der Gesellschaften als Wohnsitz gilt.[28] Bei natürlichen Personen richtet sich der Wohnsitz nach Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG.[29]

4. Gewöhnlicher Aufenthalt des Arbeitgebers

Der gewöhnliche Aufenthalt einer natürlichen Person bestimmt sich nach Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG. HISCHIER weist auf die praktisch sehr geringe Bedeutung dieser Bestimmung hin, weil juristische Personen keinen gewöhnlichen Aufenthalt haben können.[30]

---

[23] ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 121 N 42; CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 121 N 12.
[24] VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Bern 2000, N 794.
[25] HISCHIER/PORTMANN/WILLYANTO, Internationales Privat- und Zivilprozessrecht, in: Portmann/von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2018, N 21.70 f.
[26] HISCHIER (FN 20), N 315.
[27] HISCHIER/PORTMANN/WILLYANTO (FN 25), N 21.80.
[28] HISCHIER (FN 20), N 329.
[29] ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 20 N 1 ff.
[30] HISCHIER (FN 20), N 333 f.

D. Einschränkungen durch zwingende Bestimmungen

1. Grundsatz der Einheitlichkeit

Als ungeschriebenes international anerkanntes Prinzip gilt, dass grundsätzlich auf möglichst alle Fragen im Zusammenhang mit einem Schuldverhältnis ein einheitliches Recht zur Anwendung kommen soll.[31] Im materiellen Arbeitsrecht spielen aber zwingende Vorschriften eine herausragende Rolle. Viele dieser national zwingenden Normen wollen auch im internationalen Verhältnis beachtet werden.[32] Im Folgenden wird auf ausgewählte Fallgruppen eingegangen, bei welchen der Grundsatz der Einheitlichkeit unter Umständen durchbrochen wird.

2. Zwingende Bestimmungen im Arbeitsrecht bei Rechtswahl im Allgemeinen

Im schweizerischen Arbeitsrecht finden sich zahlreiche Bestimmungen sowohl privatrechtlicher als auch öffentlich-rechtlicher Natur, die den Arbeitnehmer schützen. Die Art. 361 OR und Art. 362 OR enthalten eine Auflistung der einseitig und zweiseitig zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts im OR. Abschliessend sind sie nicht.[33] Nach Art. 18 IPRG wird das schweizerische Gericht dazu veranlasst, beispielsweise Vorschriften über die Arbeitsmarktregulierung mittels Kontingenten und Arbeitsbewilligungen als auch das öffentliche Arbeitsschutzrecht in seinen zivilrechtlichen Wirkungen zu beachten.[34] Weiter können nach Art. 19 IPRG auch die zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts eines Drittstaates Beachtung finden, unabhängig davon, ob es sich um privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Vorschriften handelt.[35] In diesem Zusammenhang ist Art. 342 Abs. 2 OR zu nennen, wonach einem Arbeitnehmer ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Arbeitnehmers oder Arbeitgebers betreffend die Arbeit oder die Berufsbildung zusteht, wenn die Verpflichtung auch Inhalt des Einzelarbeitsvertrags sein könnte.[36] Ebenso hält Art. 13 IPRG fest, dass die Verweisung des IPRG auf ein ausländisches Recht alle Bestimmungen umfasst, die nach diesem Recht auf den Sachverhalt anwendbar sind. Die Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts ist nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass ihr ein öffentlich-rechtlicher Charakter zugeschrieben wird. Nach Art. 17 IPRG ist die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts aber ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, welches mit dem schweizerischen Ordre Public unvereinbar ist. Art. 15 IPRG als Ausnahmeklausel ist

---

[31] ZK IPRG-GIRSBERGER/FURRER, vor Art. 123–126 N 1 m.w.H.

[32] HISCHIER (FN 20), N 399.

[33] STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Der Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 361 N 3 und Art. 362 N 6.

[34] ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 121 N 56.

[35] ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 121 N 57.

[36] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich bei Art. 342 Abs. 2 OR um eine unmittelbar anwendbare Bestimmung im Sinne von Art. 18 IPRG, die das von den Parteien gewählte ausländische Recht gegenüber dem anwendbaren schweizerischen Recht zurücktreten liess, siehe BGE 138 III 750 E. 2.5.

nach Art. 15 Abs. 2 IPRG bei Rechtswahl nicht anwendbar. Diese Korrekturmöglichkeit der Heranziehung des Rechts, das mit dem Sachverhalt in viel engerem Zusammenhang steht, besteht damit nicht.

E. Spezialfall der Rechtswahl für Mitarbeiterbeteiligungen

In der Praxis sind nicht selten Verträge anzutreffen, in denen die Parteien eines Arbeitsvertrags mehrere Vereinbarungen miteinander abschliessen und einzelne davon, etwa in Bezug auf die Mitarbeiterbeteiligung, einer anderen Rechtsordnung als derjenigen des Arbeitsvertrags unterstellen. Dies ist häufig im Konzernumfeld der Fall: Der Arbeitsvertrag wird z.B. in den Grundzügen zwischen dem Arbeitnehmer und der Genfer Tochtergesellschaft geschlossen, ein Phantom Stock Plan[37] wird hingegen zwischen dem Arbeitnehmer und der Muttergesellschaft im Silicon Valley nach U.S-amerikanischen bzw. kalifornischem Recht geschlossen.

Im Licht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Stimmen in der Lehre ist es unter Umständen zulässig, dass Vergütungsanteile innerhalb eines Konzerns von verschiedenen Gesellschaften geschuldet sind und der freien Rechtswahl nach Art. 116 f. IPRG unterliegen.[38] Dies bedingt, dass die entsprechende Mitarbeiterbeteiligungsvereinbarung als vom Arbeitsverhältnis losgelöstes Vertragsverhältnis betrachtet werden kann. Allgemein angenommen wird dies bei Mitarbeiterbeteiligungen, wenn der Arbeitnehmer ähnlich einem Investor agiert, der das mit der Anlage verbundene Risiko in der Erwartung eines hohen Kapitalgewinns aus freien Stücken akzeptiert. Diesfalls gelten die Bestimmungen der Beteiligungsvereinbarung ohne Rücksicht auf zwingende Vorschriften des Arbeitsrechts. Ob das Beteiligungsrecht Lohnbestandteil bildet, ist zwar wesentliches Indiz für ein Handeln als Arbeitnehmer, doch schliesst die Zuwendung als Lohn oder Bonus und damit als Gegenleistung für die Arbeit bei hoch dotierten Angestellten nicht aus, dass der Investorenstatus bestätigt wird.[39] Wann die Beteiligung Bestandteil des Arbeitsvertrags ist oder als vom Arbeitsvertrag losgelöste Investition betrachtet werden kann, ist stets aufgrund der Verhältnisse des Einzelfalls zu beurteilen.[40] Wird nun im Kontext des IPRG – ungeachtet der vertraglich ausgegliederten Mitarbeiterbeteiligungsvereinbarung mit der Muttergesellschaft –

[37] Bei *Phantomaktien* erhalten Mitarbeiter keine Aktien, sondern fiktive Beteiligungspapiere. Entsprechend erhalten sie also nur imaginäre Anteile an einer Gesellschaft und haben keine Aktionärsstellung. Stimmrechte werden dem Phantomaktionär nicht verliehen. Als Grundlage für die Bewertung der Phantomaktien dient der Wert der tatsächlichen Aktien. Die Phantomaktie begründet lediglich einen Anspruch auf Bargeldabfindung. Vgl. Kreisschreiben Nr. 37 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 22. Juli 2013, S. 5; https://www.lexfutura.ch/was-uns-gerade-beschaeftigt/artikel/mitarbeitermotivation-durch-phantomaktien/, Stand 20.2.2020.

[38] BGer., Urteil v. 18.7.2014, 4A_175/2014; HIRSIGER, Arbeitsrechtlicher Prozess – ausgewählte prozessuale und materiell-rechtliche Fallstricke, in: ArbR, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, 2014, 2015, Bern, S. 52 f.; MARTIN ANTIPAS (FN 15), S. 735.

[39] Vgl. BGE 130 III 495 E. 4.2.2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 33), Art. 322 N 22.

[40] BGE 130 III 495 E. 4.2.2.

von einem einheitlichen Arbeitsverhältnis ausgegangen, greift auch für die Mitarbeiterbeteiligungsvereinbarung die Rechtswahlbeschränkung von Art. 121 IPRG.[41]

Kritischen Stimmen zufolge sollte aus Gründen der Rechtssicherheit und des Arbeitnehmerschutzes auf Beteiligungsvereinbarungen stets das gleiche Recht wie auf den Arbeitsvertrag zur Anwendung gelangen. Dieser Grundsatz solle mindestens dann konsequent gelten, wenn es sich bei der Vergütung um einen Lohnbestandteil i.S.v. Art. 322 OR und nicht um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt.[42]

Nach der hier vertretenen Ansicht haben bei Mitarbeiterbeteiligungen die Voraussetzungen für die Annahme eines losgelösten Vertragsverhältnisses jenseits des Arbeitsrechts vs. einheitliches Vertragsverhältnisses innerhalb des Arbeitsrechts, wenig greifbare Konturen. Sowohl für den Konzern als auch für den Arbeitnehmer ist dies gerade im internationalen Kontext mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden. Soweit übertragbar, wäre eine Annäherung an die bundesgerichtliche Bonusrechtsprechung[43] daher begrüssenswert. Die Rechtswahlbeschränkung nach Art. 121 IPRG sollte daher nur dann entfallen, wenn es sich bei der Beteiligung um eine freiwillige Leistung handelt.

F. Wenige Urteile

1. BGE 136 III 392: Anwendung einer zwingenden Bestimmung aus Panama?

a) Aus dem Sachverhalt

Der spanische Staatsangehörige A. arbeitete seit dem 20. September 1989 als Schweisser für das Schweizer Unternehmen Y. AG, das im Bau von Unterwasserpipelines tätig ist. Am 1. Januar 1996 unterzeichneten die Parteien einen Arbeitsvertrag. Die Parteien trafen eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts. Ab dem 1. Mai 2000 wurde das Arbeitsverhältnis vom Schweizer Unternehmen X. SA übernommen, dessen Zweck es ist, Personal für die Unternehmen der Gruppe Y. bereitzustellen. A. arbeitete auf dem Schiff «MV Z.», das der Gruppe Y. angehört und unter panamaischer Flagge fährt. Am 23. Dezember 2004 kündigte die X. SA den Arbeitsvertrag per 31. März 2005.

Mit Klage vom 26. April 2006 gegen die X. AG beantragte A. einen Betrag in der Höhe von sechs Monatsgehältern, d.h. EUR 31 045.50 bzw. CHF 50 240.– zuzüglich Zinsen. Dabei berief sich A. auf das panamaische Gesetz Nr. 8 vom 26. Februar 1998 über die Arbeit auf dem Meer und auf schiffbaren Wegen, das nach dessen Art. 56 Abs. 1 lit. f einem Arbeitnehmer, der mehr als 60 Monate auf einem Schiff gearbeitet hat, eine Entschädigung in der Höhe von 600% seines Monatsgehalts zuspricht. Die in diesem Artikel vorgesehene Entschädigung erreicht nach fünf Jahren ihren höchsten Stand von 600% des Monatslohns.

[41] HIRSIGER (FN 38), S. 52 f.; MARTIN ANTIPAS (FN 15), S. 735.
[42] MARTIN ANTIPAS (FN 15), S. 735 f.
[43] Übersicht: BGer., Urteil v. 4.5.2018, 4A_463/2017, E. 3.

Dabei führte A. aus, dass diese Bestimmung der öffentlichen Ordnung zuzuordnen sei und nach Art. 19 IPRG auch in der Schweiz berücksichtigt werden müsse. Die X. SA beantragte die Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei. Mit Entscheid vom 7. November 2008 wies das erstinstanzliche Gericht die Klage des A. ab und erwog, dass ausschliesslich Schweizer Recht anwendbar sei. Am 16. November 2009 hiess das Appellationsgericht des Kantons Fribourg die dagegen erhobene Beschwerde des A. gut und verurteilte die X. SA zur Zahlung von CHF 50 240.– zuzüglich Zinsen. Es erwog, das panamaische Gesetz Nr. 8 bezwecke den Schutz des Arbeitnehmers. Auch das Schweizer Recht kenne indirekt im AHVG und BVG und auch bei langjährigen Arbeitsverhältnissen Schutzbestimmungen. Weil A. keinem Sozialversicherungssystem unterstellt sei, bejahte es die Anwendbarkeit des panamaischen Rechts über Art. 19 IPRG. Die von der X. SA dagegen erhobene Beschwerde in Zivilsachen hiess das Bundesgericht gut und hob den vorinstanzlichen Entscheid auf.

b) Aus den Erwägungen

Das Bundesgericht stellt fest, dass die Parteien den Arbeitsvertrag dem Schweizer Recht unterworfen haben und dies nach Art. 121 Abs. 3 IPRG eine zulässige Rechtswahl ist. Danach folgen allgemeine Ausführungen zu den Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Art. 19 IPRG.[44] Zur ersten Voraussetzung, ob die in Frage stehende Norm zwingend angewandt sein will, führt es aus, dass die Vorinstanz bindend festgestellt habe, dass die Regelung von Art. 56 des panamaischen Gesetzes Nr. 8 dem *Ordre public* in Panama zuzurechnen sei.[45] Ob ein enger Zusammenhang zwischen dem zu beurteilenden Sachverhalt und der zwingenden drittstaatlichen Norm besteht, lässt das Bundesgericht offen, weist aber auf die Problematik von sog. «Billigflaggen» hin, bei der oft lediglich eine administrative Bindung des Schiffes an den entsprechenden Staat besteht.[46] Für die Prüfung der dritten Voraussetzung, ob nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei vorliegen, vergleicht das Bundesgericht die französische, italienische und deutsche Fassung des Art. 19 IPRG. Weil der französische Text nicht nur von den Interessen «einer Partei», sondern von «intérêts légitimes» spricht, hat er zwar einen grösseren Anwendungsbereich, schliesst aber die Berücksichtigung der Interessen einer Partei nicht aus. Nicht erforderlich ist, dass die schweizerische Rechtsordnung ähnliche zwingende Normen kennt, genügend ist bereits, wenn der von der ausländischen Bestimmung verfolgte Zweck der schweizerischen Rechtsauffassung entspricht.[47] So analysiert das Bundesgericht die Regelung von Art. 56 des panamaischen Gesetzes Nr. 8 und führt aus, dass die Höhe der Entschädigung alleine von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängt. Es handelt sich nach den Ausführungen des Bundesgerichts deshalb nicht um eine

[44] BGE 136 III 392 E. 2.2.; Urteil übersetzt in Pra 100 (2011) Nr. 42.
[45] BGE 136 III 392 E. 2.3.1.
[46] BGE 136 III 392 E. 2.3.2.
[47] BGE 136 III 392 E. 2.3.3.1.

mit der in Art. 337c OR statuierten Entschädigung für eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung vergleichbare Regelung. Auch ist gemäss Bundesgericht nicht von einer Treueprämie auszugehen, da die Entschädigung bereits nach einem Monat Dienstzeit fällig werden kann. Die Regelung verlange auch nicht, dass der Entlassene ein bestimmtes Alter erreicht hat oder lange im Dienst des Arbeitgebers stand. Damit entfällt auch die Vergleichbarkeit mit der Regelung nach Art. 339b OR. Schliesslich stellt das Bundesgericht fest, dass die panamaische Abfindung kein soziales Ziel verfolge und verneint das nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und überwiegende Arbeitnehmerinteresse.[48]

c) Würdigung

Der Entscheid wurde von einem Teil der Lehre begrüsst,[49] von einem anderen Teil der Lehre jedoch abgelehnt.[50] Dem Entscheid ist insofern zuzustimmen, dass der Rückgriff auf Art. 19 IPRG eine Ausnahme bleiben soll und es sich im Unterschied zu Art. 18 IPRG um eine Kann-Vorschrift handelt, die ein Werturteil des schweizerischen Richters verlangt.[51] Vor dem Hintergrund, dass im schweizerischen Recht keine ähnliche zwingende Norm existieren muss, sondern nur der von der ausländischen Bestimmung verfolgte Zweck der schweizerischen Rechtsauffassung entsprechen muss, wären umfassendere Ausführungen zum verneinten sozialen Ziel des Art. 56 des panamaischen Gesetzes Nr. 8 aber wünschenswert gewesen.

2. BGE 139 III 411: Schweizerisches Arbeitsgesetz in Afghanistan?

a) Aus dem Sachverhalt

Die X. GmbH (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin) mit Sitz in der Schweiz hat sich darauf spezialisiert, in Krisengebieten die Verpflegung von militärischen und anderen Organisationen sicherzustellen. Seit 2005 betreibt sie an der Peripherie von Kabul in Afghanistan eine Bäckerei und beliefert vor Ort Truppen mit Brot- und Konditoreiwaren. A. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdegegner) ist Bäcker und hat Wohnsitz in Deutschland.

---

[48] BGE 136 III 392 E. 2.3.3.2; HISCHIER/PORTMANN/WILLYANTO (FN 25), N 21.131.

[49] Zustimmend PORTMANN, Ein Überblick über die Entwicklungen des schweizerischen Arbeitsrechts in den Jahren 2009 und 2010, EuZA 2011, S. 424, der darauf hinweist, dass sich zum Schutz der Privatautonomie eine besondere Zurückhaltung bei der Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen aufdränge, wenn eine Rechtswahl getroffen worden ist. Dem Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers trage bereits die Beschränkung der Rechtswahl nach schweizerischem Kollisionsrecht Rechnung. Die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen rechtfertige sich bei zwingenden Schutzbestimmungen über Höchstarbeitszeiten, Nacht- und Sonntagsarbeit oder Gesundheitsvorsorge, die vom Staat erlassen wurden, in dem sich der Arbeitsort befindet. Die panamaische Norm sei damit nicht vergleichbar.

[50] Ablehnend SCHWANDER, Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in Arbeitsrechtsfällen, Zum Umgang mit den Artikeln 13, 15, 18, 19 IPRG im Kontext mit Art. 121 IPRG, in: Müller/Pärli/Wildhaber (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht, FS Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, S. 425 f., der u.a. ausführt, dass der Regelung im panamaischen Recht ein soziales Ziel nicht nur deshalb abgesprochen werden dürfe, weil diese Regelung auch junge und nicht nur langjährige Arbeitnehmer schützt.

[51] OFK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 19 N 1 und N 3.

Am 1. April 2005 schlossen die Parteien einen Arbeitsvertrag. Darin verpflichtete sich der Arbeitnehmer, in der Bäckerei der Arbeitgeberin in Kabul zu arbeiten. Gemäss Vertrag sollte die wöchentliche Arbeitszeit bei einer Sechstagewoche im Durchschnitt 54 Stunden nicht übersteigen. Allfällige Mehrstunden sollten mit dem Monatslohn abgegolten sein. Als Ausgleich hatte der Arbeitnehmer gemäss Vertrag jährlich 63 Ferientage. Die Parteien unterstellten den Vertrag schweizerischem Recht und vereinbarten Glarus als Gerichtsstand.

Mit Klage vom 15. Januar 2009 beim Kantonsgericht Glarus beantragte der Arbeitnehmer, die Arbeitgeberin sei zur Zahlung von EUR 120 401.– nebst Zins zu verurteilen, mitunter als Entschädigung für Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeit. Der Arbeitnehmer stützte seine Ansprüche auf das Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel («ArG»). Mit Entscheid vom 10. August 2010 wies das Kantonsgericht Glarus die Klage ab. Es verneinte die Anwendbarkeit des ArG und damit auch das Bestehen einer Anspruchsgrundlage. Dagegen erhob der Arbeitnehmer Berufung beim Obergericht des Kantons Glarus. Er beschränkte seine Klage auf den Betrag von EUR 118 178.– als Entschädigung für Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeit. Mit Entscheid vom 18. Januar 2013 hiess das Obergericht des Kantons Glarus die Berufung gut und bejahte die Anwendbarkeit des ArG. Gegen diesen Entscheid gelangte die X. GmbH mit Beschwerde an das Bundesgericht und beantragte sinngemäss, es seien der Entscheid des Obergerichts des Kantons Glarus aufzuheben und die Klage des Arbeitnehmers abzuweisen.

b) Aus den Erwägungen

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass die Rechtswahl der Parteien, mit welcher sie Schweizer Recht für anwendbar erklärt haben, im Licht von Art. 121 Abs. 3 IPRG zulässig ist. Zu den anwendbaren Bestimmungen des Schweizer Rechts gehören grundsätzlich auch solche öffentlich-rechtlicher Natur. Das Bundesgericht präzisiert ferner, dass öffentlich-rechtliche Normen jedoch nur zur Anwendung gelangen, wenn der persönliche, sachliche und örtliche Geltungsbereich eröffnet ist. Zumal das ArG eine Anwendung auf im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer nicht vorsieht, kommt dessen direkte Anwendung mit einer Rechtswahl zugunsten schweizerischen Rechts nicht in Betracht.[52]

Sodann befasst sich das Bundesgericht mit der sogenannten *Rezeptionsklausel* nach Art. 342 Abs. 2 OR. Diese lautet wie folgt: «Wird durch Vorschriften des Bundes oder der Kantone über die Arbeit und die Berufsbildung dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt, so steht der andern Vertragspartei ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung zu, wenn die Verpflichtung Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein könnte.»

[52] BGE 139 III 411 E. 2.3 f.

Ob die Anwendbarkeit des ArG indirekt mittels der sogenannten Rezeptionsklausel in Art. 342 Abs. 2 OR hergestellt werden kann, beantwortet das Bundesgericht nach Auslegung der genannten Bestimmung dahingehend, dass der Arbeitnehmer – als die andere Vertragspartei i.S.v. Art 342 Abs. 2 OR – nur dann Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers auf zivilrechtlichem Weg geltend machen kann, wenn die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers auch tatsächlich besteht.[53] In diesem Zusammenhang weist das Bundesgericht auf einen früheren Entscheid hin, wonach die Schutzvorschriften des ArG nicht über die Rezeptionsklausel angewendet werden können, solange dessen Geltungsbereich nicht eröffnet ist und damit das Arbeitsverhältnis nicht dem ArG untersteht.[54] Somit kommt das Bundesgericht vorliegend zum Schluss, dass es weder Sinn noch Zweck von Art. 342 Abs. 2 OR sei, den Geltungsbereich des ArG auf ausländische Arbeitsverhältnisse auszudehnen und damit den vom ArG vorgeschriebenen örtlichen Geltungsbereich zu umgehen. Es weist jedoch auf die Möglichkeit hin, dass die im ArG enthaltenen Verpflichtungen durch die Parteien direkt in den Arbeitsvertrag übernommen werden können.[55] Sofern folglich eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung nicht auf das Arbeitsverhältnis anwendbar ist, kann auch durch die Rechtswahl zugunsten schweizerischen Rechts kein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung dieser entstehen.[56]

c) Würdigung

Die Lehre hat den Entscheid gemischt aufgenommen.[57] Eine ausführliche Auseinandersetzung der verschiedenen Lehrmeinungen würde jedoch den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen. Nach der hier vertretenen Meinung ist der Entscheid des Bundesgerichts insoweit zu begrüssen, als es allfällige Unklarheiten im Zusammenhang mit dem räumlichen Anwendungsbereich des ArG aus dem Weg räumt: Der räumliche Anwendungsbereich des ArG ist auf die Schweiz beschränkt. Konsequenterweise wird dem Arbeitgeber in Kabul auch nicht mittels Rezeptionsklausel nach Art. 342 Abs. 2 OR die Pflicht auferlegt, sich an die Vorschriften des ArG zu halten.

Hingegen ist fraglich, ob sich die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Problematik rund um die Anwendung des ArG überhaupt bewusst waren. Angesichts der ausdrücklichen Rechtswahl zugunsten des Schweizer Rechts wäre es auch naheliegend, dass die Parteien das Schweizer Recht integral zum Bestandteil ihres Arbeitsvertrags erklären wollten und damit auch die Pflichten des ArG in ihren Arbeitsvertrag übernommen haben. In diesem Zusammenhang lässt das Urteil Elemente der Vertragsauslegung vermissen, weshalb Schlussfolgerungen spekulativ wären. Gestützt auf den allgemeinen Grundsatz dürfte

[53] BGE 139 III 411 E. 2.5.2.
[54] BGE 132 III 257 E. 5.4.
[55] BGE 139 III 411 E. 2.5.4. und 2.5.5.
[56] BGE 139 III 411 E.2.5.6.
[57] Begrüssend etwa: PORTMANN, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, ZBJV 152/2016, S. 142 ff.; kritisch demgegenüber: GEISER, Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2013, AJP 2014, S. 119.

zumindest davon ausgegangen werden, dass der Arbeitsvertrag *in dubio contra stipulatorem* auszulegen ist.

IV. Schlussbemerkungen

In reinen Binnensachverhalten ist die Rechtswahl durch die zwingenden Bestimmungen im Arbeitsrecht eingeschränkt. Die zwingenden Bestimmungen sind auch bei der Unterstellung des Arbeitsvertrags unter die Schiedsgerichtsbarkeit nach Art. 353 ff. ZPO oder bei einem Opting-out nach Art. 353 Abs. 2 ZPO im Verfahren nach Art. 176 ff. IPRG zu beachten. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung findet nämlich bei interner Schiedsgerichtsbarkeit keine Erweiterung der Schiedsfähigkeit bei Unterstellung des Arbeitsvertrags unter die Regeln des IPRG statt. Bei einem internationalen Sachverhalt richtet sich die Rechtswahl nach den Bestimmungen des IPRG. Dieses enthält in Art. 121 Abs. 3 IPRG einen abschliessenden Katalog wählbarer Rechtsordnungen. Dabei sind zwingende Bestimmungen über Art. 18 IPRG oder über Art. 19 IPRG zu beachten, sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind. Demgegenüber lässt Art. 8 der Rom I-Verordnung den Parteien in der EU die freie Wahl der anwendbaren Rechtsordnung, solange der Arbeitnehmerschutz des objektiv anwendbaren Rechts gewahrt bleibt. Es besteht anders als im IPRG kein Katalog wählbarer Rechtsordnungen. Bei Mitarbeiterbeteiligungsvereinbarungen gilt die kollisionsrechtliche Parteiautonomie nach Art. 116 Abs. 1 IPRG, sofern die Beteiligungsvereinbarung vom Arbeitsvertrag trennbar ist. Dies sollte nach der vorliegenden Auffassung zumindest dann nicht der Fall sein, wenn es sich bei der Mitarbeiterbeteiligung um einen Lohnbestandteil i.S.v. Art. 322 OR handelt.