

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 O 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; FRIEDERIKE 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 O 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 strengeren 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 Gesetzenormen (§§ 74 ff. HGB) international-privatrechtlich zu qualifizieren sind. Gemäss einem Teil der deutschen Lehre²⁹ handelt es sich um *Eingriffsnormen* 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 Binnenschiedsgerichtsbarkeit*, 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, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1982, Nr. 46, S. 403; HARTMUT OETKER, *Münchener 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.); *Münchener Kommentar zu BGB/BG, Art. 30 EGBGB, Rz 103* unter Bezug auf DRIVER-POLKE/MELOT DE BEAUREGARD, *Betriebsberater* 2004, S. 2350ff.; BRITTA LAWS/ARMANDO KOZINER/MARIANNE WALDMEIER, *Mitarbeiter ins Ausland entsenden*, 2007, S. 131f.; MATTHIAS WELTER, *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.

Jacques Bühler*

Die Informatik des Bundesgerichts – nützlich für die Anwältinnen und Anwälte?

Stichworte: Bundesgericht, Informatik, Rechtsprechungsdatenbank, Open-Source, OpenJustitia

Die Informatik des Bundesgerichts ist auf die Bedürfnisse der Richter und Gerichtsschreiber ausgerichtet. Die Rechtsprechungsdatenbanken sind aber auch für die Anwaltschaft von Interesse.

Das Bundesgericht hat den gesetzlichen Auftrag, die Öffentlichkeit über seine Rechtsprechung zu informieren;¹ es erfüllt diese Pflicht, indem es diese unter anderem auf seinem Internetauftritt² publiziert. Wir werden daher in einem ersten Teil dieses Beitrags die Expertensuche in den Bundesgerichtsentscheiden auf Internet behandeln. Diese Online-Applikation erlaubt spezifische, treffsichere und umfassende Suchen in der Rechtsprechung.

Zudem ist das Bundesgericht verpflichtet, seine Mittel wirksam und wirtschaftlich einzusetzen;³ es erfüllt dieses Ziel im Informatikbereich, indem es konsequent auf eine Open-Source-Strategie setzt. Gemäss dieser Strategie hat es den Quellcode seiner Open-Source-Applikation OpenJustitia publiziert. Diese Software, die für Gerichte konzipiert worden ist, könnte auch für verwandte Bereiche nützlich sein. Die Nutzungsbedingungen und die Module von OpenJustitia werden im zweiten Teil dieses Beitrags beschrieben.

Die Expertensuche in den BGE auf Internet

Die Anwälte sollten die in der Amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) publizierte Rechtsprechung kennen.⁴ Die Expertensuche in den BGE auf Internet erlaubt dies. Seit 2011 ist in jedem Abonnement der gedruckten Ausgabe auch ein Zugang zur Expertensuche in den BGE auf Internet enthalten. Dank diesem Zugang können Recherchen in der publizierten Rechtsprechung des Bundesgerichts

- nach Artikeln des Bundesrechts (Normen und BGE Register online) und/oder
- nach Schlagworten (Deskriptoren)

durchgeführt werden; diese Beschlagwortung nach Normen und Deskriptoren erfolgt intellektuell durch die Juristen des Dokumentations- und Publikationsdienstes des Bundesgerichts. Recherchen mit Metadaten (Normen, Deskriptoren, BGE Register) führen zu einem umfassenden Resultat, das auch die neuste Rechtsprechung mit einer grossen Treffsicherheit enthält, und dies unabhängig von der Sprache, in welcher das Urteil gefällt worden ist. Zudem wird die Anzahl der nicht zutreffenden Urteile im Suchergebnis wesentlich verkleinert. Schliesslich findet man auch noch die Referenzen von Übersetzungen oder Kommentaren

* Dr. iur., stellvertretender Generalsekretär des Bundesgerichts.

1 Art. 27 Abs. 1 BGG.

2 www.bger.ch, Rubrik «Rechtsprechung».

3 Art. 12 Abs. 4 Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzaushalt (FHG).

4 BGE 134 III 534.