

Sara Licci / Prof. Dr. Kurt Pärli

Kündigungsschutz im Wandel – quo vadis?

Der Bundesrat hat Ende des Jahres 2010 eine Teilrevision des Obligationenrechts in die Vernehmlassung geschickt. Vorgesehen sind vereinzelte Änderungen der Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung und der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung. Im Zentrum der Änderungsvorschläge steht die Erhöhung des Sanktionsrahmens bei missbräuchlicher Kündigung von heute sechs auf neu zwölf Monate. Im Beitrag werden die Hintergründe und die Inhalte der anstehenden Revision des Kündigungsrechts dargelegt. Die beabsichtigten Änderungen werden kritisch beleuchtet und es werden Ergänzungs- oder Anpassungsvorschläge präsentiert.

Rechtsgebiet(e): Arbeitsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Sara Licci / Kurt Pärli, Kündigungsschutz im Wandel – quo vadis?, in: Jusletter 20. Juni 2011

Inhaltsübersicht

1. Einleitende Bemerkungen
2. Geltende gesetzliche Bestimmungen
3. Hintergrund der vorgesehenen Teilrevision des Obligationenrechts
4. Inhalt der vorgesehenen Änderungen
5. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen
 - 5.1. Wiedereinstellung
 - 5.2. Beweislast erleichterung und -umkehr
6. Aktueller Stand der Teilrevision und Ausblick

1. Einleitende Bemerkungen

[Rz 1] Der Bundesrat hat am 1. Oktober 2010 die Teilrevision des Obligationenrechts in die Vernehmlassung geschickt¹. Kernpunkt der vorgesehenen Änderungen ist die Anhebung der Höhe der Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung im Sinne von Art. 336a OR und derjenigen bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung im Sinne von Art. 337c OR². Überdies soll der Kündigungsschutz von Mitgliedern der Arbeitnehmervertretung klarer definiert sowie der zwingende Charakter einzelner Normen aufgehoben werden³.

[Rz 2] Im vorliegenden Beitrag wird der Hintergrund der vorgesehenen Revision dargelegt. Überdies werden die beabsichtigten Änderungen einzeln beleuchtet und kommentiert, wobei auch die Gelegenheit genutzt wird, allfällige Ergänzungs- oder Änderungsvorschläge und Grundsatzüberlegungen zu präsentieren⁴.

2. Geltende gesetzliche Bestimmungen

[Rz 3] Art. 336 OR listet in Abs. 1 lit. a–e und in Abs. 2 lit. a–c Fälle von missbräuchlicher Kündigung auf⁵. In der Lehre wird

die Regelung zur missbräuchlichen Kündigung als Konkretisierung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB oder allgemeiner als Konkretisierung des Gebots des Handelns nach Treu und Glauben bezeichnet⁶. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR betrachtet Kündigungen als missbräuchlich, die wegen einer Eigenschaft ausgesprochen werden, die einer Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht. Gerechtfertigt und daher nicht missbräuchlich ist die Kündigung jedoch, wenn sie aus betrieblichen Gründen oder Gründen, die mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen, ausgesprochen wird⁷. Zur Sanktionierung von sogenannten Rachekündigungen wird Art. 336 Abs. 1 lit. d OR herangezogen, welcher Kündigungen verpönt, die ausschliesslich ausgesprochen werden, um die Entstehung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln⁸. Die Liste der Missbrauchstatbestände ist nicht abschliessend⁹. Nicht ausdrücklich erwähnt ist in der aktuellen Fassung des OR der Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung infolge Meldungen von Korruption und anderen Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz.

[Rz 4] Art. 336 Abs. 2 lit. a OR statuiert, dass die Kündigung missbräuchlich ist, wenn sie ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin einer Gewerkschaft angehört oder nicht angehört oder eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt. Eine Kündigung gegen diese Personen aus wirtschaftlichen Gründen ist jedoch zulässig und deshalb nicht missbräuchlich¹⁰. Weiter missbräuchlich ist nach Art. 336 Abs. 2 lit. b OR eine Kündigung, die in der Zeit ausgesprochen wird, in der die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gewählte Mitglieder der Arbeitnehmervertretung sind, sofern der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin nicht einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte. Was als begründeter Anlass zu verstehen ist, erwähnt das Gesetz nicht. Nach den Materialien muss der begründete Anlass jeweils

¹ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Besserer Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen, Bundesrat schickt Teilrevision des Obligationenrechts in die Vernehmlassung, Medienmitteilungen EJPD, 1. Oktober 2010, http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2010/ref_2010-10-01.html, (zit. Medienmitteilung EJPD, Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen), besucht am 11. April 2011.

² Art. 336a Abs. 2 und 337c Abs. 3 E-OR.

³ Art. 336 Abs. 2 lit. b E-OR; Art. 361 Abs. 1 E-OR; Art. 336 Abs. 4; Art. 336a Abs. 4 E-OR, Art. 362 Abs. 1 E-OR; Schreiben des EJPD an die politischen Parteien, die Dachverbände der Gemeinden, Städte und Berggebiete, die Dachverbände der Wirtschaft, die interessierten Kreise, Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung): Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens (zit. Schreiben EJPD), S. 1 u. 2.

⁴ Seitens des Zentrums für Sozialrecht der ZHAW, an welchem die Autorin und der Autor beschäftigt sind, wurden im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf einzelne Ergänzungen vorgeschlagen.

⁵ Die Kündigungsgründe des Art. 336 Abs. 1 lit. a-e OR sind paritätisch ausgestaltet und gelten für Arbeitnehmende und Arbeitgebende gleichermaßen. Art. 336 Abs. 2 lit. a-c OR sieht Missbräuchlichkeit lediglich vor, wenn die Kündigung durch die Arbeitgebenden ausgesprochen wird. Die Teilrevision des OR hat jedoch vor allem Fälle von Kündigungen, die von Arbeitgebendenseite ausgesprochen werden im Auge (siehe Medienmitteilung EJPD, Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen), weshalb im

vorliegenden Aufsatz hauptsächlich von dieser Optik aus geschrieben wird.

⁶ Vgl. FRANK, VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel, Genf, München, 2005, S. 237; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2006, N 2 zu Art. 336, mit Hinweisen auf die Botschaft in BBl 1984 II 558 f.; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, N 624; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2007, N 698; siehe ferner zur Frage, ob das Verbot missbräuchlicher Kündigung nicht Ausdruck einer Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots sei, sondern vielmehr ein an die stärkere Partei gerichtetes Verbot, ihre Macht zu missbrauchen: KURT PÄRLI, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, AJP 6/2010, S. 719 (zit. PÄRLI, Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität); GEISER/MÜLLER, 193ff.

⁷ Art. 336 Abs. 1 lit. a zweiter und dritter Satzteil OR; PÄRLI, Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, 719.

⁸ STREIFF/VON KAENEL, N 7 zu Art. 336.

⁹ STREIFF/VON KAENEL, N 3 zu Art. 336; PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O.

¹⁰ Art. 336 Abs. 2 lit. a OR e contrario.

in der Person der Beschäftigten liegen¹¹. Das Bundesgericht liess indes auch schon wirtschaftliche Gründe genügen¹².

[Rz 5] Für sämtliche in Art. 336 OR erwähnte Tatbestände sieht Art. 336a OR als einzige Sanktion die Entrichtung einer Entschädigung in der Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen vor¹³, wobei Schadenersatzansprüche aus anderen Rechtstiteln vorbehalten bleiben¹⁴. In der Praxis wird dieser Rahmen sehr selten ausgeschöpft; üblich sind Entschädigungen in der Höhe von einem bis zu drei Monatslöhnen¹⁵. Ein Weiter- oder Wiederbeschäftigungsanspruch ist in den Fällen von Art. 336 OR nicht vorgesehen¹⁶. Art. 337c OR sieht bei ungerechtfertigten fristlosen Kündigungen ebenfalls eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen vor, nebst dem Ersatz des Lohnes, der hätte bezahlt werden müssen, wenn die Kündigungsfrist beachtet worden wäre.

[Rz 6] Die in Art. 336a OR und Art. 337c OR gewährte Entschädigung ist eine Entschädigung sui generis, die sowohl die Funktion der Wiedergutmachung als auch der Strafe in sich birgt¹⁷.

3. Hintergrund der vorgesehenen Teilrevision des Obligationenrechts

[Rz 7] Die vorgesehene Teilrevision des Obligationenrechts zu Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter fristloser Kündigung trägt den Ergebnissen der Vernehmlassung zur Teilrevision des Obligationenrechts zum Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz Rechnung. Letztere Vernehmlassung wurde gestützt auf die Motion «Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption» vom 7. Mai 2003 durchgeführt, welche einen erhöhten Schutz für Personen zum Ziel hat, die Korruption und andere

Unregelmässigkeiten an ihrem Arbeitsplatz intern melden oder an die Öffentlichkeit tragen (sog. «Whistleblowers»)¹⁸. Dieses Ziel soll für den Fall, in dem Beschäftigten wegen ihren Meldungen oder weil sie an die Öffentlichkeit gehen, gekündigt wird, unter anderem durch die Verschärfung der in Art. 336a Abs. 2 OR erwähnten Sanktion bei missbräuchlicher Kündigung und die Einführung eines Spezialtatbestands der missbräuchlichen Kündigung erreicht werden¹⁹.

[Rz 8] Die Vernehmlassung zum Erläuternden Bericht und Vorentwurf zu Meldung von Missständen zeigte jedoch, dass teilweise eine generell kritische Haltung gegenüber dem geltenden Kündigungsrecht herrscht. Insbesondere wurde von einzelnen Teilnehmenden zum Ausdruck gebracht, dass der Schutz von Personen, die Korruption und andere Unregelmässigkeiten an ihrem Arbeitsplatz intern melden, durch eine generelle Anpassung der Sanktionen bei missbräuchlichen oder ungerechtfertigten fristlosen Kündigungen stärker gewährleistet wäre, als durch die blosser Beschränkung auf die Meldung von Korruption und Missständen am Arbeitsplatz²⁰.

[Rz 9] Der Vorentwurf zur Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung)²¹ setzt somit die aus der ersten Vernehmlassung resultierende Erkenntnis um, dass die Sanktionen für missbräuchliche Kündigungen generell und nicht nur themenspezifisch angepasst werden müssen²².

[Rz 10] Neben den obigen Überlegungen liegt zumindest einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs²³ eine der Empfehlungen des Internationalen Arbeitsorganisation²⁴-Ausschusses für Gewerkschaftsfreiheit zu Grunde, welche infolge der Klage erteilt wurde, die der Schweizerische Gewerkschaftsbund am 14. Mai 2003 gegen die Schweiz angeheben hatte²⁵. Die Klage wurde damit begründet²⁶, dass das

¹¹ Botschaft 1984, Ziff. 620.11.

¹² BGE 133 III 512, Erw. 6.3; zur ganzen Thematik: Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), Erläuternder Bericht und Vorentwurf (zit. Erläuternder Bericht zu Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung), S. 21.

¹³ Als Ausnahme hiervon sieht Art. 336a Abs. 3 OR in Fällen von missbräuchlichen Kündigungen im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen vor. Einzig in Art. 10 GIG ist die richterliche Anordnung der Wiedereinstellung vorgesehen, siehe dazu: GABRIELA RIEMER-KAFKA/JAKOB ÜBERSCHLAG, Kommentar zu Art. 10 GIG, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. A., Basel 2009, 305 ff.

¹⁴ Art. 336a Abs. 2 OR.

¹⁵ WOLFGANG PORTMANN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 4. A., Basel 2007, N 4 zu Art. 336a OR.

¹⁶ GEISER/MÜLLER, N 630; Zu den Ausnahmen siehe nachfolgend 5.1; Dies im Gegensatz zur Kündigung zur Unzeit im Sinne von Art. 336c OR während den Sperrfristen, welche zur Nichtigkeit der Kündigung und somit zum Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses führt (Art. 336c Abs. 2 OR).

¹⁷ BGE 135 III 405, Erw. 3.1 und 3.2; WOLFGANG PORTMANN, Zur Schadenersatzbemessung im Arbeitsvertragsrecht, in Festschrift für Heinz Rey, 2003, S. 491.

¹⁸ 03.3212-Motion, siehe insbes. Abschnitt «Begründung»; auch als Motion Gysin bezeichnet.

¹⁹ Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz), Erläuternder Bericht zum Vorentwurf (zit. Vorentwurf und erläuternder Bericht zu Meldung von Missständen), S. 42.

²⁰ Schreiben EJPD, S. 1.

²¹ Nachfolgend: Vorentwurf und E-OR.

²² Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz), Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse, Dezember 2009 (zit. Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse, Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz), S. 5ff.

²³ Art. 336 Abs. 2 Bst. b und Abs. 4 E-OR.

²⁴ Nachfolgend: IAO.

²⁵ Staatssekretariat für Wirtschaft, Internationale Arbeitsorganisation (IAO), <http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=en&msg-id=9480>, besucht am 10.04.2010 (zit. Internetseite SECO, IAO); Erläuternder Bericht zu Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung, S. 4; PÄRLI, Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, 716ff., mit weiteren Verweisen; THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010, AJP 2011, 243.

²⁶ Dabei stützte sich der Schweizerische Gewerkschaftsbund auf Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b des Übereinkommens Nr. 98 der IAO.

Schweizerische Obligationenrecht im Fall missbräuchlicher Kündigungen von Mitgliedern der Arbeitnehmervertretung keine genügend abschreckende Sanktionen enthalte²⁷. Die Empfehlung des IAO-Ausschusses für Gewerkschaftsfreiheit hielt fest, dass der Bundesrat einen dem Gleichstellungsgesetz nachgebildeten Kündigungsschutz einzuführen habe, welcher die Wiedereinstellung der Gewerkschaftsmitglieder vorsehe. Über diesen Punkt konnten sich die Parteien – wie bereits über frühere Empfehlungen des IAO-Ausschusses für Gewerkschaftsfreiheit – nicht einigen. Um dem Problem der Überprüfung des Kündigungsschutzes der Gewerkschaftsmitglieder besondere Aufmerksamkeit zu schenken, ohne eine zwingende Wiedereinstellung einzuführen, wurde zu dieser umstrittenen Frage ebenfalls ein Artikel in den Vorentwurf aufgenommen²⁸.

4. Inhalt der vorgesehenen Änderungen

[Rz 11] Art. 336 Abs. 2 lit. b E-OR sieht vor, dass eine Kündigung missbräuchlich ist, wenn sie ausgesprochen wird, während die Beschäftigten gewählte Mitglieder der Arbeitnehmervertretung sind und der Arbeitgeber, bzw. die Arbeitgeberin nicht beweisen kann, dass ein begründeter in der Person des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin liegender Anlass zur Kündigung vorhanden war. Damit soll Klarheit darüber geschaffen werden, was mit «begründetem Anlass» gemeint ist²⁹. Dies bedeutet, dass explizit erwähnt wird, dass die Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen missbräuchlich ist, bzw. bleibt³⁰.

[Rz 12] Wie bereits einleitend erwähnt, ist im Rahmen der Teilrevision des OR die Anhebung der Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung und ungerechtfertigter fristloser Entlassung vorgesehen. Die Erhöhung des Maximalbetrags erfolgt von sechs auf zwölf Monatslöhne³¹.

[Rz 13] Art. 336 Abs. 4 bzw. Art. 336a Abs. 4 E-OR führt ein, dass von den Absätzen 1–3 desselben Artikels abgewichen werden kann, wenn die Abweichung zugunsten der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen erfolgt oder diese für beide Parteien in gleicher Weise günstiger ist. Der absolut zwingende Charakter von Art. 336 und Art. 336a OR soll somit aufgehoben werden³².

²⁷ Internetseite SECO, IAO, besucht am 10. April 2010.

²⁸ Erläuternder Bericht zu Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung, S. 5.

²⁹ Zur Problematik siehe oben, Abschnitt 2.

³⁰ Erläuternder Bericht zu Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung, S. 21.

³¹ Art. 336a Abs. 2 und Art. 337c Abs. 3 E-OR; siehe ferner auch Art. 5 Abs. 4 dritter Satz E-GIG.

³² Art. 361 Abs. 1 E-OR.

5. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

[Rz 14] Die steten Veränderungen der Umstände auf dem Arbeitsmarkt vor dem Hintergrund einer sehr dynamischen Wirtschaftslage erfordern zeitgemässe gesetzliche Grundlagen, die den Rechtsunterworfenen und den rechtsanwendenden Behörden ein richtiges und gerechtes Vorgehen ermöglichen. Deshalb ist die Auseinandersetzung mit den Bestimmungen über den Kündigungsschutz, die grösstenteils schon seit dem 1. Januar 1989 bestehen³³, zu begrüssen. Insbesondere wird durch die Erhöhung der Entschädigung bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung auf zwölf Monatslöhne unter Berücksichtigung der Finanzkraft der Arbeitgebenden ein erhöhter Schutz der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in tieferen Lohnsegmenten herbeigeführt. Gleichzeitig dient die Höhe als Abschreckung vor unzulässiger Vorgehensweise.

[Rz 15] Nachfolgend wird der vorgeschlagene Text für ein revidiertes OR analysiert und auf seine Plausibilität hin überprüft.

[Rz 16] Die Erhöhung der Entschädigung für eine missbräuchliche Kündigung, wie sie in Art. 336a Abs. 2, erster Satz, und Abs. 4 (neu) E-OR sowie Art. 5 Abs. 4 E-GIG vorgesehen ist, ist positiv zu bewerten, da insbesondere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit tieferen Löhnen mit der bisherigen Regelung schlecht geschützt sind. Darüber hinaus wird zur Konkretisierung der Norm die Einführung eines frankenmässigen Mindest- sowie eines Höchstbetrags vorgeschlagen. Die Festsetzung eines Mindestbetrags ist für die Arbeitgeberseite eine spürbare Sanktion und stellt eine minimale Gleichbehandlung von Beschäftigten in den tieferen Lohnsegmenten sicher. Die gleichzeitige Einführung einer Obergrenze führt für die Arbeitgebenden zu einer Sicherheit darüber, dass auch die Konsequenzen von Klagen höher gestellter Arbeitnehmenden abschätzbar und kalkulierbar sind. Für die Umsetzung dieser Überlegungen kann als Mindestbetrag der Höchstbetrag der monatlichen Altersrente³⁴, zurzeit CHF 2'320, eingeführt werden. Die obere Beschränkung ist beim Höchstbetrag des versicherten Verdienstes gemäss UVG von CHF 126'000 abzusetzen³⁵, d.h. CHF 10'500 pro Monat. Diese sozialversicherungsrechtlichen Grenzwerte sind in der Bevölkerung bekannt und geniessen deshalb Akzeptanz.

[Rz 17] Falls die Einführung einer Minimumentschädigung in Franken keinen Anklang findet, drängt sich anstatt eines Frankenbetrages die Aufnahme eines Minimums in Monatslöhnen in den Gesetzestext als Alternative auf.

[Rz 18] Ferner wird folgender Gesetzeswortlaut von Art. 336a

³³ AS 1988 1472 1479; BBI 1984 II 551.

³⁴ Art. 34 Abs. 3 AHVG.

³⁵ Art. 22 Abs. 1 UVV.

Abs. 2 E-OR vorgeschlagen, sollte weder die Einführung von Maximal- noch diejenige von Minimalentschädigung gewünscht sein:

«Die Entschädigung wird vom Gericht unter Würdigung aller Umstände festgesetzt. *Sie muss wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein*, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für 12 Monate entspricht.»

[Rz 19] Die Einführung der Wendung »... Entschädigung, die wirksam, verhältnismässig und abschreckend ist« vermittelt den Gerichten einerseits klare Leitlinien, andererseits aber einen weiten Spielraum, auf den sie ihre Entscheide stützen können³⁶.

[Rz 20] Wie bereits dargelegt, soll die Entschädigung einerseits als Sanktion, also Strafzahlung dienen, andererseits eine Wiedergutmachung für die erfolgte missbräuchliche Kündigung darstellen³⁷. Dies wird so auch im Erläuternden Bericht zu Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung festgehalten³⁸. Damit werden zwei verschiedene Zwecke in der Entschädigung vermengt. Deshalb regen wir die Verwendung der Begriffe Strafe und Wiedergutmachung an. Auch hier sind Unter- und Obergrenzen frankenmässig festzusetzen.

[Rz 21] Der Satz «Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel bleiben vorbehalten» wird im Entwurf aus Art. 336a Abs. 2 OR gelöscht. Gleichzeitig wird in Art. 337c Abs. 3 E-OR im letzten Satz neu erwähnt, dass «Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel» vorbehalten bleiben. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die beiden Tatbestände missbräuchliche ordentliche Kündigung und ungerichtfertigte ausserordentliche Kündigung in Bezug auf die Entschädigung unterschiedlich behandelt werden müssen. Deshalb ist zu fordern, dass der Satz «Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel bleiben vorbehalten» in Art. 336a Abs. 2 E-OR beibehalten wird.

[Rz 22] Die in Art. 336a Abs. 4 E-OR festgehaltene Regelung, wonach in Gesamtarbeitsverträgen, Normalarbeitsverträgen oder Abreden zu Gunsten der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen von den Abs. 1–3 abgewichen werden kann, ist zu begrüssen.

[Rz 23] Auch in Bezug auf Art. 337c Abs. 3 E-OR ist die Einführung von Höchst- und Mindestgrenzen wünschenswert. Dazu verweisen wir auf die vorhergehenden Ausführungen

zu Art. 336a Abs. 2, erster Satz, und Abs. 4 (neu) E-OR. Die Überlegungen zur Divergenz bezüglich letztem Satz in Art. 337c Abs. 3 E-OR betreffend «Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel» können ebenfalls aus den vorhergehenden Ausführungen übernommen werden.

[Rz 24] Im geltenden Recht sieht Art. 336 Abs. 2 lit. b OR eine Beweislastumkehr zugunsten der Arbeitnehmervertretung vor. Der Arbeitgeber, die Arbeitgeberin muss beweisen, dass ein begründeter Anlass zur Kündigung bestand. Es wird empfohlen, in Art. 336 Abs. 2 lit. b und Abs. 4 (neu) E-OR den Satz mit dieser Wendung **beizubehalten**, da der neu eingeführte Passus «... und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten, in der Person des Arbeitnehmers liegenden Anlass zur Kündigung hatte», den durch die Beweislastumkehr herbeigeführten erweiterten Schutz der Arbeitnehmervertretung einschränkt. Überdies weckt die Wendung den unkorrekten Anschein, dass eine Kündigung, die in der Person der Arbeitnehmerin, des Arbeitnehmers liegt, immer zulässig ist.

5.1. Wiedereinstellung

[Rz 25] Der Revisionsentwurf sieht keine Wiedereinstellung bei Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung vor. Im Erläuternden Bericht zu Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung wird festgehalten, eine Verschärfung der Sanktion bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung sei vorzusehen, die Gültigkeit der Kündigung an sich soll dabei nicht in Frage gestellt werden³⁹. Die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nach erfolgter Kündigung sei nicht «praktikabel» und «realitätsfremd»⁴⁰.

[Rz 26] Die vielzitierte Schweizer Kündigungsfreiheit erfährt bereits heute diverse Einschränkungen, nicht zuletzt auch bei den Folgen der Kündigung zur Unzeit und den Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung. Deshalb ist es sinnvoll, zulässig und nicht systemwidrig, über einen Bestandesschutz zu diskutieren.

[Rz 27] Besonders ausgeprägt ist die Notwendigkeit eines Bestandesschutzes für die gewählten Arbeitnehmervertreter und -vertreterinnen. Wie schon in der Botschaft bei der letzten Revision des Kündigungsrechts erwähnt wurde⁴¹, soll das Kündigungsrecht den Mandatsinhabenden den erforderlichen Schutz gewähren, um die Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen effektiv vertreten zu können. Der Kündigungsschutz für gewählte Mitglieder der Arbeitnehmervertretung flankiert den Schutz nach Art. 12 Abs. 2 MwG, wonach diese Personen während des Mandats und nach dessen Beendigung nicht wegen ihrer Tätigkeit benachteiligt

³⁶ Der Terminus «wirksam, verhältnismässig und abschreckend» orientiert sich an den Anti-Diskriminierungsrichtlinien der Europäischen Union, die von den Mitgliedstaaten eine entsprechende nationale Gesetzgebung fordern. Siehe dazu ausführlich: KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009, Rz 1085-1089; 1240

³⁷ Siehe 2., letzter Abschnitt.

³⁸ Erläuternder Bericht zu Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung, S. 18.

³⁹ Erläuternder Bericht zu Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung, S. 16.

⁴⁰ Erläuternder Bericht zu Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung, S. 16 und 23.

⁴¹ BBl 1984 II 609.

werden sollen. Ein Bestandesschutz drängt sich hier aus systematischen und teleologischen Gründen auf, die gesetzlich gewährten Mitwirkungsrechte sollen nicht durch eine missbräuchliche Kündigung des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin vereitelt werden können.

[Rz 28] Aus unserer Sicht ist es nicht realitätsfremd, ein Arbeitsverhältnis auf Begehren der Beschäftigten aufrecht erhalten zu wollen. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass das GlG in Art. 10 Abs. 3 die provisorische Wiedereinstellung durch ein Gericht vorsieht und diese Bestimmung in der Praxis auch umgesetzt wird. In Art. 14 Abs. 3 BPG ist bei Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung deren Aufhebung und die Wiedereinstellung vorgesehen. Deshalb kann gesagt werden, dass auch in der Schweizer Rechtsrealität der Anspruch auf Wiedereinstellung bei missbräuchlicher Kündigung bereits bekannt ist. Es ist überdies nicht einzusehen, weshalb die gesetzgebenden Organe bei ihren eigenen Angestellten das Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes höher gewichten als sie dies den privatrechtlichen Arbeitnehmenden gönnen wollen.

[Rz 29] Aus diesen Gründen können analoge Bestimmungen für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gemäss OR postuliert werden. Dieselbe Meinung wird gemäss Erläuterndem Bericht zu Sanktionen missbräuchlicher Kündigung von weiteren Kreisen vertreten⁴².

[Rz 30] Zur Formulierung eines allfälligen Wiedereinstellungsanspruchs schlagen wir eine Anlehnung ans BPG und GlG vor:

« Art. 336 Abs. 5 (neu)

Der Arbeitgeber bietet der betroffenen Person während des gerichtlichen Verfahrens und wenn er oder das Gericht die Kündigung wegen Missbräuchlichkeit aufgehoben hat, die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an.

Der Arbeitnehmer kann auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses verzichten und stattdessen eine Entschädigung nach Art. 336a Abs. 2 E-OR verlangen.»

5.2. Beweislast erleichterung und -umkehr

[Rz 31] In Konkretisierung des bereits bestehenden und weitgehend anerkannten Schutzes der Persönlichkeit⁴³ und der verfassungsmässigen Rechte im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR, schlagen wir die Aufnahme einer Beweiserleichterung vor, die zu tragen kommt, wenn die Kündigung aufgrund der Ausübung, bzw. Geltendmachung der Menschenrechte ausgesprochen wird. In Anlehnung an Art. 6

GlG soll die Glaubhaftmachung genügen. Dies führt zu einer Sensibilisierung der Arbeitgebenden und zwingt sie bei der Vorbereitung einer Kündigung zur Vorsicht.

[Rz 32] Die Rechtsstatsachenforschung⁴⁴ zeigt die Bedeutung der Beweislast erleichterung für die Verwirklichung des Schutzes vor Diskriminierung im Arbeitsleben. In Art. 6 GlG ist eine Beweislast erleichterung u.a. bei geschlechtsdiskriminierenden Kündigungen vorgesehen. Im Bereich von diskriminierenden Kündigungen aus anderen Gründen als dem Geschlecht findet sich eine Beweislast erleichterung weder im bestehenden Gesetz noch in den vorliegenden Revisionsvorschlägen. Ein wirksamer Schutz vor Diskriminierung einschliesslich Schutz vor diskriminierender Kündigung aus weiteren Gründen wie namentlich der Rasse oder Herkunft, des Alters, der sexuellen Orientierung, einer Behinderung usw. ist auch mit Blick auf verfassungs- und menschenrechtliche Verpflichtungen unabdingbar. Deshalb drängt es sich auf, in der jetzigen Revision eine Bestimmung aufzunehmen, die insbesondere bei den Missbrauchsgründen nach Art. 336 Abs. 1 lit. a (Persönlichkeitsschutz) und Art. 336 Abs. 1 lit. b OR eine Glaubhaftmachung der Missbräuchlichkeit der Kündigung genügen lässt. Konkret wird folgende neue Bestimmung vorgeschlagen:

«c. Verfahren

Art. 336 b E-OR

1(neu) *Eine Kündigung erfolgt aus missbräuchlichen Gründen, wenn diese vom gekündigten Arbeitnehmer glaubhaft gemacht werden.»*

[Rz 33] Aus den bisherigen Absätzen 1 (Einsprache) und 2 (Frist für die Einreichung einer Beschwerde) werden neu die Absätze 2 und 3.

[Rz 34] Falls der obige Vorschlag nicht umgesetzt werden kann, wird folgende Ausweichmöglichkeit präsentiert:

«c. Verfahren

Art. 336 b E-OR

1(neu) *Eine Kündigung erfolgt aus missbräuchlichen Gründen nach Art. 336 Abs. 1 lit. a oder lit. b OR, wenn die Missbrauchsgründe vom gekündigten Arbeitnehmer glaubhaft gemacht werden.»*

[Rz 35] Aus den bisherigen Absätzen 1 (Einsprache) und 2 (Frist für die Einreichung einer Beschwerde) werden ebenfalls neu die Absätze 2 und 3.

⁴² Erläuternder Bericht zu Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung, S. 3.

⁴³ Art. 328 OR.

⁴⁴ GESINE FUCHS/SANDRA KONSTATZK/DORIS LIEBSCHER/SABINE BERGHANN, Rechtsmobilisierung für Lohngleichheit: Der Einfluss rechtlicher und diskursiver Bedingungen in der Schweiz, Deutschland und Österreich im Vergleich (Kritische Justiz 3 (2009), 253 – 270.

6. Aktueller Stand der Teilrevision und Ausblick

[Rz 36] Die Vernehmlassungsfrist zum Vorentwurf ist am 14. Januar 2011 abgelaufen⁴⁵. Bisher hat sich der Bundesrat zu den Vernehmlassungsbeiträgen nicht geäußert, weshalb noch keine Ergebnisse vorliegen. Die Vernehmlassungsergebnisse zum Vorentwurf und erläuternden Bericht zu Meldung von Missständen lassen darauf schliessen, dass auch im vorliegenden Fall die gesamte Meinungspalette von Beibehaltung des status quo bis Anpassung der Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung und Wiedereinstellung von gewerkschaftlich tätigen Mitarbeitenden vertreten waren⁴⁶.

[Rz 37] Der Bundesrat wird voraussichtlich noch vor dem Sommer 2011 einen Grundsatzentscheid über das weitere Vorgehen fällen. Die Debatte über den Kündigungsschutz hat somit bereits einige Etappen durchlaufen. Ob und in welche Richtung sich diese entwickeln wird, ist jedoch im jetzigen Zeitpunkt und mit Blick auf die Ergebnisse aus dem Verfahren vor IAO noch ungewiss.

Sara Licci, RA lic.iur., Wissenschaftliche Mitarbeiterin der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften, Winterthur.

Kurt Pärli, Prof. Dr.iur., Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften, Winterthur, Privatdozent der Universität St. Gallen

* * *

⁴⁵ Medienmitteilung EJPD, Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen, besucht am 11. April 2011.

⁴⁶ Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse, Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz, S. 5ff.