

Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung)

Erläuternder Bericht und Vorentwurf

September 2010

Inhaltsverzeichnis

1 Grundzüge der Vorlage	3
1.1 Ausgangslage	3
1.1.1 Der Ruf nach schärferen Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung	3
1.1.1.1 Schutz im Falle der Meldung von Missständen	3
1.1.1.2 Klage des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes bei der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO)	3
1.1.2 Haltung des Bundesrates	5
1.1.3 Geltendes Recht	5
1.1.3.1 Kündigungsschutz	5
1.1.3.2 Schutz der gewerkschaftlichen Tätigkeit und der Arbeitnehmersvertreter vor einer Kündigung	10
1.1.3.3 Gesamtarbeitsverträge	12
1.1.3.4 Normalarbeitsverträge	15
1.1.4 Überprüfung des geltenden Rechts und des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs	15
1.2 Überprüfung der Sanktionen nach geltendem Recht	15
1.2.1 Entschädigung	15
1.2.2 Festsetzung des Betrages durch den Richter	16
1.2.3 Höchstbetrag der Entschädigung	17
1.2.4 Besonderer Schutz für Arbeitnehmersvertreter und Gewerkschaftsdelegierte	20
1.2.5 Parität und absolut zwingender Charakter des Schutzes vor missbräuchlicher Kündigung	22
1.3 Die vorgeschlagenen Änderungen	23
1.4 Rechtfertigung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung	23
1.4.1 Beibehaltung der Prinzipien des positiven Rechtes	23
1.4.2 Besserer Kündigungsschutz	24
1.5 Internationales Recht, Verhältnis zum europäischen Recht und Rechtsvergleich	25
1.5.1 Internationales Recht	25
1.5.2 Verhältnis zum europäischen Recht	28
1.5.3 Rechtsvergleich	29
2 Kommentar	37
3 Folgen	39
4 Verhältnis zur Legislaturplanung und zum Finanzplan	39
5 Rechtliche Aspekte	39
5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	39
5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	39
5.3 Erlassform	40
5.4 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	40
Anhang	41
Obligationenrecht (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung) (Vorentwurf)	

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Der Ruf nach schärferen Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung

1.1.1.1 Schutz im Falle der Meldung von Missständen

Am 22. Juni 2007 überwies das Parlament die Motion Gysin (03.3212) "Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption" vom 7. Mai 2003. Punkt zwei der Motion verlangt, dass die Sanktion gemäss Art. 336a Abs. 2 OR geprüft und im Bedarfsfall eine schärfere Sanktion vorgeschlagen werde. In Erfüllung dieser Motion hat der Bundesrat am 5. Dezember 2008 einen Vorentwurf zu einer Teilrevision des Obligationenrechtes (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz) in die Vernehmlassung geschickt. Eine schärfere Sanktion bei einer Kündigung nach Meldung solcher Missstände wurde geprüft¹. Schliesslich ging der Bundesrat mit seinem Vorschlag aber nicht über das hinaus, was der Gesetzgeber anlässlich der 1988 erfolgten Revision des Kündigungsrechts beschlossen hatte (vgl. Ziff. 1.1.3.1). Entsprechend schlug er vor, als Sanktion bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung die Entschädigung beizubehalten. Er verzichtete auch darauf, zum besseren Schutz des Meldenden einen höheren Maximalbetrag festzusetzen.

Die Vernehmlassung lief am 31. März 2009 ab. Der Bundesrat hat vom Ergebnis am 16. Dezember 2009 Kenntnis genommen. In den Vernehmlassungsantworten kamen diametral entgegengesetzte Standpunkte zum Ausdruck. Ein Teil der Vernehmlassungsteilnehmer ging davon aus, dass das geltende Recht genüge und die vorgeschlagene Revision überflüssig sei. Ein anderer Teil befürwortete eine Revision, hielt die vorgeschlagene aber für nicht ausreichend, um die Arbeitnehmenden, die Missstände melden, wirkungsvoll zu schützen. Besonders hervorgehoben wurde dabei die fehlende Strenge der Sanktion im Fall einer Rache Kündigung. Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer schlugen in diesem Zusammenhang vor, dass eine Kündigung nach einer gerechtfertigten Meldung annullierbar sein müsse. Andere verlangten ferner, die Sanktion auch bei den übrigen Fällen missbräuchlicher Kündigungen zu überprüfen. Die Kritik stammte dabei nicht nur von den Gewerkschaften und ihnen nahestehenden Parteien. Auch etliche Kantone, Organisationen, die sich dem Kampf gegen die Korruption verschrieben haben, und akademische Kreise teilten sie².

1.1.1.2 Klage des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes bei der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO)

Der Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB) hat am 14. Mai 2003 bei der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) eine Klage gegen die Schweiz eingereicht. Die Klage betrifft die Sanktion bei missbräuchlicher Kündigung von Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertretern. Der SGB ist in diesem Zusammenhang

¹ Vorentwurf zur Teilrevision des Obligationenrechtes (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz) vom 5. Dezember 2008, Ziffer 1.2.5

² Vgl. Justiz- und Polizeidepartement, Bericht über die Resultate der Vernehmlassung, Dezember 2009, Ziff. 3.2.1.

der Meinung, dass die schweizerische Gesetzgebung nicht den Anforderungen von Art. 1 des Übereinkommens Nr. 98 der IAO über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen³ genüge. Diese Bestimmung hält fest, dass Arbeitnehmende vor jeder gegen die Vereinigungsfreiheit gerichteten unterschiedlichen Behandlung, die im Zusammenhang mit ihrer Beschäftigung steht, angemessen zu schützen sind (Abs. 1). Insbesondere müssen Arbeitnehmende vor einer Kündigung oder sonstigen Benachteiligung geschützt werden, wenn sie einer Gewerkschaft angehören oder sich ausserhalb der Arbeitszeit oder mit Zustimmung des Arbeitgebers auch während der Arbeitszeit gewerkschaftlich betätigen (Abs. 2 Bst. b).

Im Wesentlichen behauptet der SGB, dass die im schweizerischen Recht vorgesehene Sanktion zu wenig abschreckend sei, um dem Übereinkommen zu genügen. In den meisten Fällen würde von den Gerichten eine Entschädigung in der Höhe von bloss drei Monatslöhnen zugesprochen. Aber auch die Maximalentschädigung von sechs Monaten genüge nicht, um die Arbeitgeber davon abzuhalten, gegen die Gewerkschaftsfreiheit zu verstossen. Gemäss dem SGB müsste die Schweiz, um ihren internationalen Verpflichtungen zu genügen, vorsehen, dass der entlassene Gewerkschaftsdelegierte bei einer missbräuchlichen Kündigung wieder eingestellt werde. Zwar könnten die Gerichte schon heute so verfahren, da das Übereinkommen Nr. 98 direkt anwendbar sei. Weil dies aber umstritten sei, liege es am Gesetzgeber einzuschreiten. Zur Untermauerung seiner Klage verwies der SGB auf diverse Fälle; weitere Fälle brachte er der IAO mit Mitteilung vom 7. April 2006 zur Kenntnis.

Der Bundesrat nahm mit Bericht vom 31. März 2004 zur Klage des SGB Stellung. Die IAO selber behandelte die Klage am 17. November 2004 (Fall Nr. 2265). Der zuständige IAO-Ausschuss für Gewerkschaftsfreiheit gab dabei zu Handen des Bundesrates eine Empfehlung ab, in der sie diesen anhielt, mit den interessierten Parteien Gespräche aufzunehmen, um die Lage in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu prüfen und, falls erforderlich, Massnahmen zu ergreifen, die einen wirksamen Rechtsschutz bieten. Ferner wollte der Ausschuss über den Fortgang des Verfahrens informiert werden.

Der Bundesrat konsultierte in der Folge die Tripartite Kommission für Angelegenheiten der IAO, welche aus Vertretern der Sozialpartner und der Behörden zusammengesetzt ist. Diese hat das Traktandum am 4. März 2005 und 18. August 2005 behandelt und beschlossen, weitere Abklärungen zu treffen. Dabei stellte sich heraus, dass die Standpunkte der Sozialpartner unvereinbar waren. Die Arbeitgeber waren der Meinung, dass das geltende Recht genügenden Schutz biete und es auch darum gehe, Raum zu lassen für vertragliche Lösungen. Die Gewerkschaften hielten umgekehrt dafür, dass neue gesetzliche Regeln nötig seien, und machten entsprechende Vorschläge. Am 16. Juni 2006 hat der Bundesrat den Ausschuss über das Ergebnis dieser Gespräche informiert.

Der Ausschuss hat die Klage am 15. November 2006 erneut behandelt und dem Bundesrat eine neue Empfehlung unterbreitet. Darin regte der Ausschuss insbesondere an, einen Kündigungsschutz nach der Art des Gleichstellungsgesetzes von Frau und Mann mit der Möglichkeit der Wiedereinstellung von Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertretern vorzusehen, wenn diese das Opfer von gewerkschaftsfeindlichen Kündigungen werden.

³ SR 0.822.719.9

Auch über diese Empfehlung und ihre Folgen hat sich die Tripartite Kommission mehrmals unterhalten. Zusätzlich prüften die Dachorganisationen der Sozialpartner mehrere Optionen für eine Änderung des Obligationenrechts, auch sie, ohne einen Konsens für eine Lösung finden zu können. Am 26. September 2008 und am 1. Juli 2009 hat der Bundesrat den Ausschuss darüber informiert.

1.1.2 Haltung des Bundesrates

Der Bundesrat hat am 16. Dezember 2009 von den Ergebnissen der Vernehmlassung zur Teilrevision des Obligationenrechtes (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz) Kenntnis bekommen. Dabei erklärte er sich bereit, die Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung einer nochmaligen Überprüfung zu unterziehen. Überprüft werden sollte dabei nicht nur die Sanktion im Fall einer Kündigung wegen Meldung von Missständen am Arbeitsplatz, da sich die im Vernehmlassungsverfahren geäußerte Kritik ohne weiteres auch auf die übrigen Fälle missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigungen übertragen lässt. Auch erschien es dem Bundesrat nicht ratsam, unterschiedliche Sanktionen und Ausnahmen vorzusehen. Stattdessen sollten die Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung generell überprüft werden. Der Bundesrat hat deshalb das EJPD beauftragt, ihm im Jahr 2010 einen Vorentwurf zu dieser Frage vorzulegen.

Dabei hatte der Bundesrat auch die Klage des SGB wegen missbräuchlicher Kündigung von Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertretern im Auge. Er wollte, dass diesem Problem bei der Überprüfung des Kündigungsschutzes besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird, ohne dabei von seiner Meinung abzurücken, dass das schweizerische Recht im Einklang mit den Anforderungen des Übereinkommens Nr. 98 steht. Er widersetzte sich damit auch der Auffassung, dass die Verpflichtung zur Wiedereinstellung von Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertretern die einzige Möglichkeit ist, einen angemessenen Schutz im Sinne des Übereinkommens zu gewährleisten. Der Bundesrat lehnte es ab, dass die Wiedereinstellung im schweizerischen Recht zur Regel wird.

1.1.3 Geltendes Recht

1.1.3.1 Kündigungsschutz

Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Der allgemeine Teil des Obligationenrechtes (OR) enthält keine Bestimmungen über die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird aber in den Art. 334 ff. OR speziell geregelt. Diese Bestimmungen gewährleisten die Vertragsfreiheit, gestalten diese aus und setzen ihr damit gleichzeitig auch Grenzen. Berücksichtigung finden dabei Prinzipien und Interessen, wie sie auch bei anderen Vertragsverhältnissen zu beachten sind. So kann die Bindung an den einmal geschlossenen Vertrag keine absolute Geltung beanspruchen. Sie wird begrenzt durch das Verbot, sich übermässig zu binden sowie durch den persönlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses und dem daraus abgeleiteten Vertrauensverhältnis. Darauf gründet auch die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis beenden zu können. Zu diesen allgemeinen Prinzipien kommen Erwägungen, die für den Arbeits-

vertrag und den damit verknüpften wirtschaftlichen und sozialen Interessen spezifisch sind. Arbeitnehmende stellen dem Arbeitgeber nicht nur ihre Dienste zur Verfügung, sondern es besteht auch ein Verhältnis der Subordination. Auch bestreiten Arbeitnehmende mit ihrem Lohn den Lebensunterhalt. Sie sind deshalb daran interessiert, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Ihre Stelle darf nicht gefährdet sein, weil sie ihre Rechte wahrnehmen und in einem Subordinationsverhältnis stehen. Je nach den Umständen können sie aber auch den Wunsch haben, den Arbeitsplatz zu wechseln, um beruflich vorwärtszukommen. Der Arbeitgeber seinerseits ist am Erfolg des Unternehmens interessiert, das im wirtschaftlichen Wettbewerb steht. Er hat deshalb ebenfalls ein Interesse daran, Arbeitnehmende während längerer Zeit an seinen Betrieb zu binden. Gleichzeitig ist er daran interessiert, ein Arbeitsverhältnis auch wieder ohne grössere Schwierigkeiten auflösen zu können.

Die Beendigung des Arbeitsvertrags durch Ablauf der festgelegten Frist (Art. 334 Abs. 1 OR) und die Beendigung des Vertrages in gegenseitigem Einverständnis sind unmittelbarer Ausdruck der Vertragsfreiheit. Die Beendigung des Vertrages durch einseitige Willenserklärung - anerkannt für die unbefristeten Verträge (Art. 335 Abs. 1, 337 Abs. 1 OR) und, nach Ablauf von zehn Jahren, für befristete Verträge von mehr als zehn Jahren Dauer (Art. 334 Abs. 3 OR) - verhindert demgegenüber eine übermässige Bindung der Vertragsparteien. Der freie Wille findet seinen Ausdruck dabei auch darin, dass die ordentliche Kündigung nicht eigens zu begründen ist. Die den Vertrag kündigende Partei muss ihren Entschluss nur dann begründen, wenn der Vertragspartner dies verlangt (Art. 335 Abs. 2 OR). Die Verpflichtung zur Begründung bleibt dabei ohne Auswirkung auf die Gültigkeit der Kündigung⁴. Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses wiederum ist nur aus wichtigen Gründen zulässig, entsprechend der Regelung, die für alle befristeten Verträge gilt⁵. Die auch in diesem Fall erwähnte schriftliche Begründung (Art. 337 Abs. 1, 2. Satz OR) ist gleicher Art wie Begründung bei einer ordentlichen Kündigung.

Das Anliegen, die Arbeitnehmenden zu schützen, drückt sich in der minimalen Kündigungsfrist von einem Monat nach der Probezeit aus (Art. 335 Abs. 2 OR). Diese Frist kann nur durch Gesamtarbeitsvertrag und nur für das erste Dienstjahr herabgesetzt werden. Diese Bestimmung nützt aber auch dem Arbeitgeber, der nicht gezwungen ist, eine Arbeitnehmerin oder einen Arbeitnehmer kurzfristig zu ersetzen⁶. Die Festschreibung gleicher Fristen für beide Parteien durch Art. 335a Abs. 1 OR entspringt dem Wunsch, die Vertragsparteien möglichst gleich zu behandeln (Paritätsprinzip)⁷.

Besondere Regeln gelten für Massenentlassungen (Art. 335d ff. OR). Deren Auswirkungen reichen erklärtermassen weiter, als dies bei Beendigung eines einzelnen Arbeitsverhältnisses der Fall ist. Betroffen davon ist die ganze Belegschaft (Art. 335f OR). Ferner ist eine Mitwirkung staatlicher Stellen vorgesehen (Art. 335g OR).

Kündigungsschutz

Die Art. 336 ff. OR regeln den Kündigungsschutz. Verboten sind die missbräuchliche ordentliche Kündigung (Art. 336 bis 336b OR), die ordentliche Kündigung zur

⁴ BGE 121 III 60, Erw. 3b

⁵ Vor kurzem: BGE 133 III 360, Erw. 8.1

⁶ Botschaft zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht vom 9. Mai 1984, BBl 1984 II 551 (hiernach Botschaft 1984)

⁷ AB 1985 N 1118 ff. und Botschaft, Ziff. 612.32

Unzeit (Art. 336c und 336d OR) sowie die ungerechtfertigte fristlose Entlassung (Art. 337c und 337d OR). In seiner heutigen Form geht der Kündigungsschutz zurück auf die mit dem Bundesgesetz vom 18. März 1988 erfolgte Änderung des Obligationenrechts, in Kraft seit dem 1. Januar 1989⁸. Damals wurden der Schutz vor einer Kündigung zur Unzeit und vor ungerechtfertigter fristloser Entlassung verstärkt sowie die missbräuchliche Kündigung generell geregelt.

Im Verlaufe des 20. Jahrhunderts war eine gesetzliche Regelung der missbräuchlichen Kündigung bereits mehrmals verlangt worden; sie wurde aber nie realisiert⁹. So hat man auch bei der Totalrevision des Arbeitsvertrages im Jahre 1971 auf die Einführung einer solchen Regelung verzichtet bzw. sich auf die missbräuchliche Kündigung im Fall von Militärdienst und Zivildienst beschränkt (Art. 336g OR, in Kraft ab 1. Januar 1972¹⁰). Daneben blieb es der Rechtsprechung überlassen, gestützt auf Art. 2 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches (ZGB)¹¹ oder in analoger Anwendung von Art. 336g OR über die Missbräuchlichkeit einer Kündigung zu entscheiden. Ferner konnten die Sozialpartner diesen Punkt in Gesamtarbeitsverträgen regeln¹².

Der heutige Kündigungsschutz setzt der Freiheit, einen Arbeitsvertrag aufzuheben, Schranken, ohne jedoch diese Freiheit grundsätzlich in Frage zu stellen. Art. 336 OR enthält eine Auflistung der als missbräuchlich zu betrachtenden Kündigungsgründe und konkretisiert auf diese Weise das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB)¹³. Die Freiheit, ohne Grund kündigen zu können, bleibt damit die Regel. Nur Missbräuche werden geahndet. Gleichzeitig ist es so, dass auch bei einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung das Arbeitsverhältnis aufgelöst wird. Nur im Zusammenhang mit der Gleichstellung von Mann und Frau wird eine Rache Kündigung für annullierbar erklärt (Art. 10 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann [Gleichstellungsgesetz, GlG]¹⁴). Erweist sich eine Kündigung aus andern Gründen als diskriminierend, kommt nur eine Verbots- oder Unterlassungsklage nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b GlG in Frage, und ist auch im Rahmen des Gleichstellungsgesetzes nur eine Entschädigung geschuldet (Art. 5 Abs. 2 und 4 GlG).

Die Nichtigkeit ist ferner für die Kündigung zur Unzeit vorgesehen (Art. 336c Abs. 2 OR), hat in diesem Fall aber bloss beschränkte Bedeutung. So findet sie auf die fristlose Kündigung keine Anwendung, und auch zeitlich ist dieser Schutz eng begrenzt (Dauer des Militär- oder Zivildienstes, der Schwangerschaft, Mutterschaft, Krankheit oder Unfall). Erfolgt eine ordentliche Kündigung ausserhalb dieser Sperrfristen kann sie zwar aus einem der erwähnten Gründe ebenfalls angefochten werden. Sie bleibt aber trotz möglicher Missbräuchlichkeit gültig, unter Vorbehalt von Art. 10 GlG (Schwangerschaft und Mutterschaft).

⁸ AS 1988 1472; Botschaft 1984, Ziffer. 620.5

⁹ Vgl. eine Zusammenfassung in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), vom 25. August 1967, BBl 1967 II 241, 382-384 (hiernach Botschaft 1967)

¹⁰ AS 1971 1461, 1477

¹¹ SR 210

¹² Botschaft 1967, 384-385

¹³ Vgl. insbesondere: BGE 131 III 535, Erw. 4.2; 132 III 115, Erw. 2.1

¹⁴ SR 151.1

Entschädigung als Sanktion bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung

Die missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung hat ausschliesslich finanzielle Konsequenzen (Art. 336a Abs. 1, 337c Abs. 1 und 3, 337d Abs. 1 OR). Nach Art. 337c Abs. 1 OR haben die Arbeitnehmenden Anspruch auf Ersatz dessen, was sie verdient hätten, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre. Art. 337d Abs. 1 OR gibt dem Arbeitgeber seinerseits das Recht, eine pauschale Entschädigung von einem Viertel des Monatslohnes sowie den Ersatz weiteren Schadens zu verlangen¹⁵.

Im Übrigen sind es die Art. 336a Abs. 1 und 337c Abs. 3 OR, welche die missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung im eigentlichen Sinne ahnden. Diese Bestimmungen sehen eine Entschädigung vor, welche nicht an den erlittenen Schaden geknüpft ist und somit auch als Strafe gilt. Die Festlegung der Entschädigung obliegt unter Würdigung aller Umstände dem Gericht (Art. 336a, Abs. 2, 337c, Abs. 3 OR; Art. 5 Abs. 4 GIG). Das Gesetz schreibt bloss den Maximalbetrag für die Entschädigung vor. Dieser beträgt heute sechs Monatslöhne (Art. 336a Abs. 2, 337c, Abs. 3 OR), ausser bei einer missbräuchlichen Massenentlassung, wo er auf zwei Monatslöhne beschränkt ist (Art. 336a Abs. 3 OR).

Die Festsetzung der Entschädigung nach Art. 336a Abs. 1 und 337c Abs. 3 OR ist Gegenstand einer reichen, gefestigten Rechtsprechung. Sie lässt sich aufgrund eines kürzlich ergangenen Bundesgerichtsurteils wie folgt zusammenfassen¹⁶: Die in Art. 336a Abs. 1 und 337c Abs. 3 OR erwähnte Entschädigung ist gleicher Natur. Es handelt sich in beiden Fällen um eine Entschädigung *sui generis*, die einer Konventionalstrafe ähnlich ist. Sie hat sowohl die Funktion der Wiedergutmachung als auch der Strafe. Sie kann damit auch zugesprochen werden, wenn kein Schaden nachgewiesen ist¹⁷. Die Entschädigung deckt umgekehrt den gesamten Schaden ab, der durch die missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung entstanden ist. Eine zusätzliche Entschädigung ist damit ausgeschlossen. Vorbehalten bleiben ausserordentliche Umstände, in denen eine Entschädigung in Höhe von sechs Monatslöhnen nicht als angemessene Genugtuung gelten kann¹⁸. Ferner kann eine zusätzliche Entschädigung aus einem andern Grund als der missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung geschuldet sein. Zu denken ist dabei an den Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden (Art. 328 OR), der beleidigende oder degradierende Äusserungen oder falsche oder ehrverletzende Auskünfte an Dritte verbietet. Schliesslich sind die Entschädigungen auch nicht kumulierbar¹⁹. Eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung, die ausserdem missbräuchlich ist, gibt deshalb nicht Anspruch auf zwei Entschädigungen. Dem missbräuchlichen und ungerechtfertigten Charakter der Kündigung kann das Gericht aber bei der Bemessung der Entschädigung Rechnung tragen²⁰.

¹⁵ Vgl. BGE 118 II 312, Erw. 2a betreffend die Natur der vorgesehenen Entschädigung.

¹⁶ BGE 135 III 405, Erw. 3.1 und 3.2

¹⁷ Durch BGE 123 III 391, Erw. 3c begründete Rechtsprechung. Für die vorherige Rechtsprechung: BGE 119 II 157, Erw. 2b.

¹⁸ Vgl. auch: Bundesgerichtsentscheid vom 8. Januar 1999, 4C.310/1998, Erw. 4a, SJ 1999, S. 277

¹⁹ BGE 121 III 64, Erw. 2a

²⁰ BGE 121 III 64, Erw. 2b

Art. 337c Abs. 3 OR sieht vor, dass das Gericht den Arbeitgeber verpflichten "kann", der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu zahlen, während Art. 336a Abs. 1 OR vorsieht, dass die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der anderen Partei eine Entschädigung "auszurichten hat". Der Gesetzgeber hat diese Unterscheidung bewusst gemacht²¹. Das Bundesgericht legt Art. 337c Abs. 3 OR dahingehend aus, dass der Entschädigungsanspruch immer besteht, ausser in Ausnahmefällen. Diese müssen im Zusammenhang mit den besonderen Umständen des beurteilten Falls stehen. Dabei wird vorausgesetzt, dass dem Arbeitgeber kein Fehler vorgeworfen werden kann oder dass Gründe vorliegen, für die er nicht verantwortlich ist²².

Die Entschädigung wird vom Gericht "unter Würdigung aller Umstände ..." festgesetzt (Art. 336a Abs. 2, 337c Abs. 3 OR). Dabei ist auch der doppelten Funktion der Entschädigung - als Form der Wiedergutmachung und der Strafe - Rechnung zu tragen²³. Zu den Umständen, die das Gericht zu berücksichtigen hat (Art. 4 ZGB), zählen insbesondere auch die wirtschaftlichen Folgen der Kündigung²⁴. Ferner sind zu berücksichtigen die Schwere des Fehlers des Arbeitgebers, ein allfälliges Mitverschulden der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers, die Art und Weise, wie gekündigt wurde, die Beeinträchtigung der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden, die Dauer und Intensität des Arbeitsverhältnisses, das Alter der Betroffenen, allfällige Schwierigkeiten bei der Suche einer neuen Erwerbstätigkeit sowie die finanzielle Lage der Vertragsparteien²⁵. Zu bewerten sind somit neben der Schwere der Vertragsverletzung auch Elemente, die mit dem Verhältnis der Parteien zueinander sowie mit ihrer wirtschaftlichen und sozialen Situation zu tun haben.

Parität und zwingendes Recht

Die Revision von 1988 hat am Grundsatz eines paritätischen Kündigungsschutzes festgehalten und Ausnahmen nur vorgesehen, wo sich solche aufdrängten²⁶. Die Art. 336 Abs. 1 und 336a OR gelten damit sowohl für die Arbeitnehmenden als auch für den Arbeitgeber. Sie sind absolut zwingender Natur (Art. 361 Abs. 1 OR). Herkömmlicherweise verbietet es der absolut zwingende Charakter einer Norm, sich vertraglich auf einen weitergehenden Schutz zu verständigen (Vorsehen zusätzlicher Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen, schärfere Sanktionen). In der Lehre wird allerdings teilweise eine kulantere Auslegung vertreten. Danach ist es insbe-

²¹ AB 1988 S 58 ff.; AB 1988 N 169

²² BGE 116 II 300, Erw. 5a; 129 III 380, Erw. 4.3 (nicht veröffentlicht); 135 III 405, Erw. 3.1; Bundesgerichtsentscheid vom 16. August 2001, 4C.74/2000, Erw. 5; Bundesgerichtsentscheid vom 12. Januar 2007, 4C.359/2006, Erw. 3.2; Bundesgerichtsentscheid vom 16. Oktober 2007, 4A_157/2007, Erw. 3.2

²³ BGE 123 III 391, Erw. 3c

²⁴ Vgl. auch Bundesgerichtsentscheid vom 8. Januar 1999, 4C.310/1998, Erw. 3c, SJ 1999, S. 277

²⁵ BGE 135 III 405, Erw. 3.1, BGE 123 III 391, Erw. 3c; Bundesgerichtsentscheid vom 16. Juni 2005, 4C.84/2005, Erw. 4; Bundesgerichtsentscheid vom 2. August 2006, 4C.406/2005, Erw. 6.1

²⁶ Botschaft 1984, Ziff. 612.12, 612.32

sondere zulässig, schärfere Sanktionen vorzusehen, wenn diese beide Vertragsparteien in gleicher Weise begünstigen bzw. belasten²⁷.

Nicht paritätisch geregelt sind die Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung. Art. 337c OR findet nur auf die Kündigung durch den Arbeitgeber Anwendung und sieht eine von Art. 337d OR abweichende Sanktion vor. Art. 337c Abs. 1 OR ist relativ zwingender Natur (Art. 362 Abs. 1 OR), während Art. 337c Abs. 3 OR weder in Art. 361 noch in Art. 362 OR erwähnt wird. Dies bedeutet nicht, dass es sich hier um dispositives, durch Vereinbarung abänderliches Recht handelt, da die Auflistung in den Artikeln 361 und 362 OR nicht abschliessend ist²⁸. Im Entwurf des Bundesrates figurierte Artikel 337c Absatz 3 OR noch unter Art. 362²⁹, und eine Absicht des Parlaments, die Bestimmung aus der Liste der relativ zwingenden Bestimmungen zu streichen, ist nicht erkennbar. Das Parlament scheint im Gegenteil davon ausgegangen zu sein, dass diese Bestimmung sich an das Gericht wendet und deshalb zum vornherein der Parteiautonomie entzogen ist³⁰, was allerdings dazu führen müsste, die Vorschrift zu den absolut zwingenden zählen zu müssen. Zweck von Art. 337c OR ist aber der Schutz der Arbeitnehmenden. Dies spricht für den relativ zwingenden Charakter der Bestimmung. Dies wird denn auch heute von verschiedenen Autoren vertreten³¹.

1.1.3.2 Schutz der gewerkschaftlichen Tätigkeit und der Arbeitnehmervertreter vor einer Kündigung

Arbeitnehmervertreter sowie Arbeitnehmende, die sich gewerkschaftlich betätigen, geniessen eine besondere Form des Kündigungsschutzes. Dieser Schutz unterscheidet sich von den übrigen Tatbeständen des Art. 336 Abs. 1 OR einmal dadurch, dass er nur bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber zum Zuge kommt (Art. 336 Abs. 2 OR). Auch hat der Gesetzgeber in diesem Fall die Möglichkeit eines für die Arbeitnehmenden günstigeren vertraglichen Schutzes zugelassen (Art. 362 OR).

Gemäss Art. 336 Abs. 2 Bst. a OR ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil die Arbeitnehmenden einem Arbeitnehmerverband angehören oder nicht angehören oder weil sie eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausüben. Damit konkretisiert das Gesetz die in der Verfassung gewährleistete Koalitionsfreiheit, wie sie heute explizit in Art. 28 der Bundesverfassung vom 18. April 1999³² verankert ist. Dieser Schutz

²⁷ Basler Kommentar-Portmann, N. 1 ad Art. 336 OR; Zürcher Kommentar-Staehelin, N. 39 ad Art. 336 OR und N. 9 ad Art. 336a OR; Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., N. 10 ad Art. 336a OR; Brunner, Christiane/Bühler, Jean-Michel/Waeber, Jean-Bernard/Bruchez, Christian, Commentaire du contrat de travail selon le code des obligations, 3. Aufl., Lausanne 2004, N. 5 ad art. 336a CO; Nordmann, Philippe, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Basel und Frankfurt am Main 1998, S. 225.

²⁸ BGE 124 III 471, Erw. 2a

²⁹ Botschaft 1984, Ziff. 620.183

³⁰ AB 1988 N 169

³¹ Basler Kommentar-Portmann, n. 8 ad Art. 337c OR; Zürcher Kommentar-Staehelin, N. 28 ad Art. 337c OR; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N. 12 ad Art. 337c OR; Nordmann, *op.cit.*, S. 242; von Kaenel, Adrian, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR), Bern 1996, S. 179; Wyler, Rémy, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008, S. 520.

³² SR 101

geht dabei weiter als der gemäss Art. 336 Abs. 1 Bst. b OR vorgesehene Schutz für den Fall der Wahrnehmung verfassungsmässiger Rechte, indem Art. 336 Abs. 2 Bst. a OR keinen Vorbehalt bezüglich der Verletzung oder Beeinträchtigung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis macht.

Gemäss Art. 336 Abs. 2 Bst. b OR ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, während die Arbeitnehmenden gewählte Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung sind und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte. Der Gesetzgeber hat diesen Arbeitnehmenden einen besonderen Schutz gewähren wollen, damit sie ihre spezifischen Aufgaben, die ihnen nicht nur das Gesetz, sondern möglicherweise auch ein Gesamtarbeitsvertrag übertragen hat, erfüllen können³³. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die gewöhnliche Mitgliedschaft im Betriebsausschuss oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung genügt, dass eine Kündigung rechtswidrig ist, sofern der Arbeitgeber für sie keinen begründeten, von ihm zu beweisenden Anlass hat.

Ein Anlass ist begründet, wenn er vernünftigerweise als Kündigungsgrund betrachtet werden kann, ohne dass es sich dabei allerdings um einen wichtigen Grund handeln muss, der zur fristlosen Entlassung berechtigt³⁴. Der begründete Anlass muss aber nicht zwingend dem Arbeitnehmer angelastet werden können. Es kann sich dabei auch um einen objektiven Grund handeln, namentlich die wirtschaftliche Lage. Eine in diesem Zusammenhang vorgenommene Restrukturierung des Unternehmens braucht dabei nicht unbedingt Ausdruck der schlechten wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zu sein³⁵. Immerhin ist verlangt, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Zweck der Restrukturierung nicht einfach dazu dient, den mit der Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter verbundenen Aufwand wegzurationalisieren³⁶.

Keinen besonderen Schutz geniessen die Arbeitnehmervertreter, was die Sanktion bei missbräuchlicher Kündigung betrifft. Hier findet Art. 336a Abs. 1 und 2 OR Anwendung wie bei allen anderen Fällen missbräuchlicher Kündigungen.

Wie die Arbeitnehmervertretung organisiert ist und welche Aufgaben sie hat, ist im Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz)³⁷ geregelt. Art. 3 dieses Gesetzes begründet einen Anspruch auf Vertretung der Arbeitnehmenden in Unternehmen mit mehr als 50 Angestellten. Art. 12 des Gesetzes schützt die Arbeitnehmervertreter. Der Arbeitgeber darf sie an der Ausführung ihres Mandates nicht hindern (Abs. 1) und sie auch nicht wegen dieser Tätigkeit benachteiligen (Abs. 2). Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände können, soweit es um die Anwendung dieses Gesetzes geht, auf Feststellung klagen (Art. 15 Abs 2). Was die Kündigung betrifft, so bleibt diese jedoch in den Art. 336 Abs. 1 Bst. b sowie 336a Abs. 1 und 2 OR geregelt.

³³ Botschaft 1984, Ziff. 620.11; AB 1985 N 1130 ff. und 1133 ff.

³⁴ Botschaft 1984, Ziff. 620.11

³⁵ BGE 133 III 512, Erw. 6.1 und 6.2

³⁶ BGE 133 III 512, Erw. 6.3

³⁷ SR 822.14

1.1.3.3 Gesamtarbeitsverträge

In Gesamtarbeitsverträgen (GAV) kann nicht von den Art. 336 Abs. 1 und 336a OR abgewichen werden (Art. 361 Abs. 1 OR). GAV können hingegen den Schutz der Arbeitnehmenden im Rahmen von Art. 336 Abs. 2 und 337c Abs. 1 OR verbessern (Art. 362 Abs. 1 OR). Dies gilt gemäss verschiedenen Autoren³⁸ auch für Art. 337c Abs. 3 OR. Abmachungen, welche durch das Gesetz verpönte Abweichungen vom zwingenden Recht enthalten, sind nichtig (Art. 361 Abs. 2, 362 Abs. 2 OR). Daran ändert auch eine allfällige Allgemeinverbindlichkeitserklärung nichts (Art. 2 Ziff. 4 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen³⁹).

Der folgende kurze Überblick betrifft nur diejenigen der 615 in der Schweiz geltenden Gesamtarbeitsverträge, die auf mehr als 5'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Anwendung finden⁴⁰. Die GAV der Post und der SBB wurden in diesem Überblick nicht berücksichtigt, denn die Arbeitsverhältnisse dieser beiden Unternehmen unterliegen gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. c des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG)⁴¹ öffentlichem Recht. Die Kündigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses ist deshalb nach Ablauf der Probezeit nur möglich, wenn ein im Gesetz erwähnter Grund vorliegt (Art. 12 Abs. 6 und 7 BPG). Erweist sich die Kündigung als rechtswidrig, besteht ein Anspruch auf die Wiedereinstellung in die bisherige Arbeit oder die Zuweisung einer anderen zumutbaren Arbeit (Art. 14 Abs. 1 bis 3 BPG).

Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Kündigungsschutz

Verschiedene GAV sehen keine besonderen Regeln zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor, oder sie beziehen sich auf die gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes bzw. verweisen darauf⁴². Andere GAV wiederum enthalten entsprechende Regeln, wobei diese inhaltlich unterschiedlich aussehen. So kann die Schriftform oder der eingeschriebene Versand der Kündigung vorgeschrieben sein⁴³ oder auch eine Begründung⁴⁴. Einige GAV sehen ferner die Notwendigkeit einer vorgängigen, an eine Bewährungsfrist gebundene Verwarnung vor oder von Massnahmen zur

38 Vgl. oben, Ziff. 1.1.1.1, Parität und zwingende Wirkung

39 SR 221.215.311

40 Diese Zahlen beruhen auf: Bundesamt für Statistik, Erhebung zu den Gesamtarbeitsverträgen in der Schweiz, Neuenburg 2007. Für die GAV von Unternehmen beruht die Angabe zur Anzahl betroffener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf dem Jahresbericht. Die Vertragsklauseln sind diejenigen, die im Jahr 2010 Gültigkeit haben.

41 SR 172.220.1

42 Zum Beispiel, Bst. G des GAV des Bankpersonals, Art. 9.5 bis 9.9 und 10 Gesamtarbeitsvertrag (GAV) für die kaufmännischen und kaufmännisch-technischen Angestellten und das Verkaufspersonal im Detailhandel, Stadt Zürich; Art. 58 ff. des GAV des Schweizer Elektro- und Telekommunikations- und Installationsgewerbes; Art. 17 et 18 des GAV für das schweizerische Metzgereigewerbe; Art. 15.1 und 15.5 des nationalen Gesamtarbeitsvertrages (NGAV) der Migros-Gruppe.

43 Art. 219 Abs. 2 des GAV der graphischen Industrie; Art. 55.2 des GAV des Schweizer Elektro-, Telekommunikations- und Installationsgewerbes; Art. 59.3 des GAV in der schweizerischen Gebäudetechnikbranche; Art. 15.3 NGAV der Migros-Gruppe; Art. 13.4 des GAV der Coop Kollektivgesellschaft; Art. 3.1 des GAV für den Detailhandel Genf; Art. 16 Abs. 3 des GAV für das schweizerische Metzgereigewerbe; Art. 7.1 des GAV für die private Sicherheitsdienstleistungsbranche (schriftlicher Vertrag).

44 Art. 2.12.3 des GAV Swisscom; Art. 54.2 des GAV der Schweizer Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG SSR)

Verbesserung des andernfalls zur Kündigung führenden Verhaltens vor⁴⁵. Andere GAV sehen vor, dass vor einer Kündigung das Gespräch zu suchen ist⁴⁶. Die Verwarnung oder die Kündigung können auch eine Frist auslösen, während der die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer ein Gesuch um Wiedererwägung des Entscheids stellen kann, mit Anspruch auf Anhörung und Unterstützung⁴⁷. Ein GAV gewährt schliesslich das Recht, bei Entlassung von älteren Arbeitnehmenden aus wirtschaftlichen Gründen zur Unterstützung bei der Arbeitssuche an die paritätische Kommission appellieren zu können⁴⁸.

Verschiedene GAV enthalten Regeln, die den Kündigungsschutz inhaltlich verbessern. So verlängern verschiedene GAV den Schutz vor einer Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR) durch eine Verlängerung der Schutzfrist bei Krankheit und Unfall⁴⁹ oder durch das Verbot einer Kündigung während der Ferien⁵⁰. Die Kündigungsfristen unterliegen ebenfalls besonderen Vorschriften, so einer Verlängerung der Frist um drei Monate bei einer wirtschaftlich bedingten Kündigung ab 60 Jahren und acht Dienstjahren, einer Verdoppelung der Frist bei einer wirtschaftlich bedingten Kündigung ab 10 Dienstjahren oder einer Kündigungsfrist ab Alter 55⁵¹.

Es kommt auch vor, dass der Lohn während einer bestimmten Dauer sichergestellt bleibt oder sonst ein Betrag geschuldet ist: So wird eine Entschädigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen statuiert, wenn es an einer vorgeschriebenen vorgängigen Verwarnung mangelt⁵². Geschuldet sein kann auch eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen oder alternativ dazu die Verlängerung der Kündigungsfrist, wenn von einer wirtschaftlich bedingten Kündigung ab Alter 60 und acht Dienstjahren auszugehen ist⁵³. Geschuldet sein kann auch die Differenz zwischen dem letzten ausbezahlten Lohn und der Arbeitslosenentschädigung für eine Person, die keine neue Arbeit gefunden hat, und zwar für drei Monate ab dem 3. Dienstjahr oder für ein Jahr ab dem 2. Dienstjahr bei einem erzwungenen Abbau der Arbeitsstelle⁵⁴.

Schutz von Arbeitnehmervertretern und Gewerkschaftsdelegierten

Mehrere Verträge sehen einen zusätzlichen Schutz für Arbeitnehmervertreter und Gewerkschaftsdelegierte vor. So schützt Art. 38.5 des GAV der Maschinen- Elektro- und Metallindustrie die Mitglieder von Personalkommissionen oder Stiftungsräten durch besondere Verfahrensvorschriften. So muss der Kündigung eine schriftliche und begründete Mitteilung vorausgehen (Abs. 2), und die betroffene Arbeitnehmerin

⁴⁵ Art. 7.1 GAV für Basler Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen; Anhang 4, Ziff. 123 Abs. 1 des GAV für ausgegliederte Geschäftseinheiten der Schweizer Post.

⁴⁶ Art. 2.12.3 des GAV Swisscom; Art. 54.1 des GAV SRG SSR (ab zehn Dienstjahren)

⁴⁷ Art. 7.2 GAV für Basler Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen; Art. 54.3 des GAV SRG SSR.

⁴⁸ Art. 55.3 des GAV des Schweizer Elektro- und Telekommunikations- Installationsgewerbes.

⁴⁹ Art. 21 Abs. 1 LMV für das Bauhauptgewerbe; Art. 10.1 des GAV des Ausbaugewerbes der Westschweiz; Art. 7.1 des GAV für das Maler- und Gipsergewerbe; Art. 12.2 Abs. 1 des GAV der schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie; Art. 40 Abs. 4 GAV für das Schreinergewerbe (Deutschschweiz und TI).

⁵⁰ Art. 7 Abs. 1 des GAV für das Gastgewerbe.

⁵¹ Siehe Art. 12.1 Abs. 1 des GAV der schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie; Art. 10 Ziff. 5 lit. b des GAV des Ausbaugewerbes der Westschweiz; Art. 6.3 des GAV für Basler Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen.

⁵² Anhang 4, Ziff. 123, Abs. 1 des GAV für ausgegliederte Geschäftseinheiten der Schweizer Post.

⁵³ Art. 12.1 Abs. 1 des GAV der schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie.

⁵⁴ Art. 54.5 und 54.6 des GAV SRG SSR.

oder der betroffene Arbeitnehmer hat eine Frist von fünf Tagen, um ein Gespräch zwischen der Arbeitnehmervertretung und der Direktion zu verlangen (Abs. 3). Die Vertragsparteien können ferner eine Intervention von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen verlangen, um die Sachlage zu prüfen und zu vermitteln. Das Verfahren darf dabei nicht länger als einen Monat dauern. Innerhalb eines Monats ab Ablauf der in Abs. 3 vorgesehenen Frist von fünf Tagen darf keine Kündigung erfolgen (Abs. 4). Ein zusätzlicher Schutz ist bei Restrukturierungen vorgesehen (Abs. 5). Arbeitnehmende, die die vorgängige Mitteilung anfechten, sind während vier Monaten vor einer Kündigung geschützt. Die Direktion muss zudem die Personalkommission informieren und die Arbeitgeberorganisation oder eine durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer zu bestimmende Arbeitnehmerorganisation mit der Prüfung des Falls und einer Vermittlung beauftragen. Vorbehalten bleibt ein allfälliger Verzicht der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers auf dieses Verfahren (Abs. 5 2. Abschnitt). Art. 306 des GAV für die graphische Industrie sieht mit Ausnahme der Restrukturierung ein Verfahren vor, das demjenigen des GAV der Maschinenindustrie entspricht. Der GAV der schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie sieht schliesslich eine vorgängige Aussprache zwischen dem Sekretär des Arbeitgeberverbandes, dem Gewerkschaftssekretär und der Direktion des Unternehmens vor, wenn die Kündigung ein Mitglied der Personalkommission, das gleichzeitig Gewerkschaftsmitglied ist, oder einen Gewerkschaftsdelegierten betrifft (vgl. Art. 4.3.9 Abs. 6 bzw. 4.6 Abs. 9).

Materiellrechtlich haben die erwähnten Verträge zur Folge, dass die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihrer gewerkschaftlichen Tätigkeit nicht entlassen werden können. Art. 17.2. des Rahmen-GAV für den Detailhandel im Kanton Genf sieht ein solches Kündigungsverbot aufgrund der Tätigkeit als Vertreter, Gewerkschaftsdelegierter oder Mitglied der Personalkommission sogar explizit vor⁵⁵. Art. 2.12.3 des GAV der Swisscom sieht eine Kündigungsfrist von sechs Monaten für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor, die in ein Exekutivorgan einer vertragsschliessenden Gewerkschaft gewählt sind und sich als solches zu erkennen gegeben haben. Art. 123 Abs. 3 des Anhangs 4 des GAV für ausgegliederte Geschäftseinheiten der Schweizer Post gewährt eine Entschädigung in der Höhe von maximal zwölf Monatslöhnen, wenn eine Kündigung gegen Art. 336 Abs. 2 Bst. b OR verstösst. Diese Bestimmung wurde auch auf Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ausgedehnt, die in einem mit dem GAV konformen Mitwirkungsorgan sitzen oder als Vertrauensperson einer vertragsschliessenden Gewerkschaft gemeldet sind.

⁵⁵ Die Kammer für kollektive Arbeitsverhältnisse des Kantons Genf (Chambre pour les relations collectives de travail - CRCT) hat neulich bestätigt, dass diese Klausel zur Wiedereinstellung der widerrechtlich entlassenen Arbeitnehmenden führt. Vgl. den Entscheid auf vorsorgliche Massnahme vom 26. Mai 2009, Ziff. 5 der rechtlichen Begründung (Der Entscheid ist abrufbar unter: http://www.cgas.ch/SPIP/IMG/pdf/2009-0526rcr_reintegration_Marisa_Parlong_160043.pdf). Vgl. auch den Bundesgerichtsentscheid vom 30. September 2009, 4A 328/2009, der sich jedoch nicht mit dieser Frage befasst und den Entscheid der CRCT vom 16. März 2010, der die Gewerkschaft nicht für legitimiert erachtet, die Frage der Wiedereinstellung aufzuwerfen, in einem *obiter dictum* aber seine frühere Auslegung des Art. 17.2 des GAV bestätigt (ATS Depesche, 17.3.2010, veröffentlicht durch die Tribune de Genève: www.tdg.ch/print/node/149217). Das Bundesgericht hat diesen Nichteintretensentscheid in seinem Urteil vom 12. Juli 2010, 4A_248/2010, bestätigt (Erw. 4).

1.1.3.4 Normalarbeitsverträge

Drei der sechs vom Bundesrat aufgrund von Art. 359a Abs. 1 OR erlassenen Normalarbeitsverträge äussern sich zur Vertragskündigung. Der Normalarbeitsvertrag vom 16. Januar 1985 für die Erzieher in Heimen und Internaten⁵⁶ sieht so vor, dass die Kündigung schriftlich mitgeteilt werden muss (Art. 4 Abs. 2), mit einer Frist von zwei Wochen für das Ende einer Woche während der Probezeit (Art. 4 Abs. 1 Bst. a) und von drei Monaten für das Ende eines Monats nach Ablauf der Probezeit (Art. 4 Abs. 1 Bst. b). Der Normalarbeitsvertrag vom 21. Dezember 1971 für das Pflegepersonal⁵⁷ sieht in seinem Art. 5 die gleichen Regeln vor, mit Ausnahme der Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit, die hier zwei statt drei Monate beträgt (Art. 5 Abs. 1 Bst. b). Der Normalarbeitsvertrag vom 3. Dezember 1979 für Privatgärtner⁵⁸ sieht eine Kündigungsfrist von sieben Tagen auf das Ende einer Arbeitswoche während der Probezeit (Art. 4 Abs. 1) und nach Ablauf der Probezeit eine Kündigungsfrist von einem Monat auf das Ende eines Monats während dem 1. Dienstjahr, von zwei Monaten vom 2. bis zum 9. Dienstjahr und von drei Monaten ab dem 10. Dienstjahr vor (Art. 4 Abs. 2). Art. 5 regelt die Kündigung zur Unzeit unter Vorbehalt des relativ zwingenden Art. 336c Abs. 1 OR (Art. 362 Abs 1 OR; Art. 361 Abs. 2 und 359 Abs. 3 im Zusammenhang mit Art. 358 OR).

Die Kantone haben für die landwirtschaftlichen Arbeitnehmer und Arbeitnehmer im Hausdienst Normalarbeitsverträge zu erlassen. (Art. 359 Abs. 2 OR). Der Gesetzgeber hat es dabei nicht mehr für nötig erachtet, die Regeln über die Kündigung zum obligatorischen Inhalt eines solchen Normalarbeitsvertrags zu erklären, weil diesbezüglich das zwingende Bundesrecht genügt⁵⁹. Den Kantonen bleibt es aber freigestellt, die Frage im Rahmen der Normalarbeitsverträge trotzdem aufzugreifen.

1.1.4 Überprüfung des geltenden Rechts und des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs

Die Praxis hat gezeigt, dass die Bestimmungen über den Kündigungsschutz hauptsächlich dann zum Zuge kommen, wenn einer Arbeitnehmerin oder einem Arbeitnehmer gekündigt wird. Die nachfolgende Prüfung beschränkt sich deshalb auf diesen Fall. Das Paritätsprinzip wird dadurch nicht in Frage gestellt, kommt aber erst anschliessend zur Sprache (vgl. Ziff. 1.2.5).

1.2 Überprüfung der Sanktionen nach geltendem Recht

1.2.1 Entschädigung

Die Entschädigung als Sanktion bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung ist Ausdruck eines gesetzgeberischen Grundsatzentscheids. Dieser bringt zum Ausdruck, den Wunsch der den Vertrag kündigenden Partei in jedem Fall respektieren zu wollen⁶⁰. Der persönliche Charakter des Arbeitsverhältnisses und die Schwierigkeiten, dieses im Konfliktfall weiterzuführen, sprechen für die vom Ge-

⁵⁶ SR 221.215.324.1

⁵⁷ SR 221.215.328.4

⁵⁸ SR 221.215.329.3

⁵⁹ Botschaft 1967, 421

⁶⁰ Vgl. Botschaft 1984, Ziff. 612.31

setzgeber gewählte Lösung⁶¹. Diese soll hier nicht in Frage gestellt werden. Tatsächlich gibt es keinen Grund, der es rechtfertigen würde, die Entschädigung in Art. 336a OR durch die Nichtigkeit oder Annullierbarkeit der Kündigung zu ersetzen. Die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses ist zum vornherein kaum praktikabel, und eine Entschädigung, die mit einer Strafkomponekte versehen ist, ist durchaus geeignet, eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung effektiv zu ahnden. Höchstens ausnahmsweise kann deshalb die Nichtigkeit oder Annullierbarkeit einer Kündigung in Betracht gezogen werden, wie dies zum Beispiel bei einer Rache Kündigung nach Artikel 10 GIG der Fall ist. Angaben zur Wirksamkeit dieser Bestimmung finden sich in einem Evaluationsbericht des Bundesrates aus dem Jahr 2006⁶². Darin wird die Zweckmässigkeit dieser Sanktion zwar bestätigt, gleichzeitig hat der Bundesrat aber auch festgestellt, dass der mit Artikel 10 GIG verbundene Schutz den Arbeitnehmenden nicht die Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes genommen hat und dass es in den – wenigen – im privaten Sektor eingeleiteten Verfahren nur gerade einmal vorgekommen ist, dass schliesslich am Arbeitsverhältnis festgehalten wurde⁶³.

1.2.2 Festsetzung des Betrages durch den Richter

Die Revision des Kündigungsschutzes im Jahr 1988 hat dem Gericht einen grossen Ermessensspielraum eingeräumt, sowohl in der Beurteilung des missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Charakters der Kündigung als auch bei der Bemessung der Sanktion⁶⁴. Damit ist es dem Gericht möglich, eine Entschädigung festzulegen, die den Umständen des konkreten Falls Rechnung trägt. Tatsächlich präsentiert sich jeder Fall wieder anders. So kann es sich beim Arbeitgeber um ein kleines oder grosses Unternehmen handeln. Die Arbeitnehmenden können aufgrund ihrer Beziehung zum Arbeitgeber sowie aufgrund ihrer wirtschaftlichen und sozialen Lage eine mehr oder minder schwere Beeinträchtigung erleiden. Auch kann der missbräuchliche oder ungerechtfertigte Charakter der Kündigung unterschiedlich gravierend sein. Aufgabe des Gerichts ist es, die Sanktion aufgrund all dieser Elemente zu bestimmen.

Das Bundesgericht hat bestätigt, dass das richterliche Ermessen nur durch den vom Gesetzgeber festgelegten Maximalbetrag beschränkt wird. Entsprechend hat es die Idee verworfen, dass die Entschädigung gegen das Maximum tendieren müsse, damit sie ihre abschreckende Wirkung richtig entfalten könne⁶⁵. Diese Rechtsprechung entspricht dem Willen des Gesetzgebers und kann heute als gefestigt gelten. Deutlich wird damit aber auch das Spannungsverhältnis zwischen diesem Maximalbetrag und dem Wunsch nach vorbeugender, abschreckender Wirkung. Zu geringe Entschädigungen können die Sanktion um ihre vorbeugende Wirkung bringen. Dieser Einwand ist in dem Mass begründet, als man das Schwergewicht auf die präventive Wirkung der Sanktion legt. Umgekehrt geht es aber auch darum, eine Sanktion aussprechen zu können, die differenziert und dem konkreten Fall angemessen

⁶¹ In diesem Sinne, AB 1985 N 1126 ff.

⁶² Bericht vom 15. Februar 2006 über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes in Erfüllung der Motion Vreni Hubmann 02.3142, die der Nationalrat am 21. Juni 2002 als Postulat überwiesen hatte, BBl 2006 3161

⁶³ Bericht, Ziff. 8.2.1

⁶⁴ Botschaft 1984, Ziff. 612.33

⁶⁵ BGE 119 II 157, Erw. 2a

sen ist. Entsprechend würde man dem Gericht die Möglichkeit nehmen, eine angepasste Entschädigung festzulegen, wenn man zum Zweck der Prävention eine Mindestentschädigung vorsehen würde. Ein solcher Eingriff des Gesetzgebers ist nicht ratsam. Wenn systematisch hohe Entschädigungen günstig beurteilt werden, so beruht dies auf der Annahme, dass der heutige Maximalbetrag für eine wirkungsvolle Sanktion zu niedrig ist⁶⁶.

Die Notwendigkeit, die Entschädigung jedem konkreten Fall anpassen zu können, wird durch die Gerichtspraxis zum Kündigungsschutz bestätigt. So können zum Beispiel hinter einer fristlosen Entlassung achtenswerte, aber eben nicht wichtige Gründe im Sinne des Gesetzes stehen; hier kann es sinnvoll sein, keine Sanktion im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR verhängen zu müssen⁶⁷. Auch ist es möglich, dass der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer ein Mitverschulden vorzuwerfen ist⁶⁸, oder die Kündigung kann auf nachvollziehbaren Gründen beruhen, die aber im konkreten Fall nicht genügen⁶⁹. Eine Kündigung kann schliesslich auch wegen der Form, in der sie ausgesprochen wird, missbräuchlich sein, ohne dass dem Arbeitgeber der Grund der Kündigung zum Vorwurf gemacht werden könnte⁷⁰. Umgekehrt kann eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung eine schwere Zuwiderhandlung sein, die auch eine entsprechende scharfe Sanktion rechtfertigt⁷¹. Die vom Bundesgericht bestätigte⁷² Abstufung einer Kündigung, je nachdem wie einschneidend sie ist, und die Pflicht des Gerichts, alle relevanten Umstände zu würdigen, erfordern einen weiten Ermessensspielraum.

1.2.3 Höchstbetrag der Entschädigung

Der Höchstbetrag der Entschädigung, wie er heute in Art. 336a Abs. 2 OR vorgesehen ist, ist das Ergebnis eines politischen Kompromisses anlässlich der Revision des Kündigungsschutzes im Jahr 1988. Der Bundesrat schlug damals einen Höchstbetrag von 12 Monatslöhnen vor⁷³. Das Parlament kürzte diesen Betrag auf 6 Monatslöhne. Es hat dabei die Wirksamkeit der Entschädigung (Wiedergutmachung, Strafe und Prävention) gegen die Belastung abgewogen, welche daraus für den Arbeitgeber resultiert, vor allem in kleineren und mittleren Unternehmen⁷⁴. Eine solche Interessenabwägung ist auch heute nötig.

⁶⁶ Vgl.: Kantonsgericht Tessin, Entscheid vom 16. September 1998, JAR 1999, 256, Erw. 3

⁶⁷ Z.B. BGE 120 II 243, Kündigung infolge einer sehr heftigen Auseinandersetzung zwischen einem Maschinisten und seinem Vorarbeiter; Bundesgerichtsentscheid vom 16. August 2001, 4C.74/2000, Erw. 5, Entlassung eines des Raubes angeschuldigten Wärters.

⁶⁸ Z.B. Bundesgerichtsentscheid vom 2. Juni 2004, 4C.135/2004, Erw. 3.2.2: missbräuchliche Kündigung trotz vorhandener Absicht, aus Protestgründen und ohne Vorwarnung des Arbeitgebers die für Ostermontag geplante Arbeit nicht auszuführen.

⁶⁹ Bundesgerichtsentscheid vom 6. März 2001, 4P.205/2000, Erw. 3

⁷⁰ Z.B. BGE 123 III 247, Erw. 6b: Änderungskündigung, die eine Herabsetzung des Lohnes aufgrund verminderter Arbeitsleistung des kranken Arbeitnehmers zum Zweck hat.

⁷¹ Die maximale Entschädigung wurde so zugesprochen als Sanktion für die missbräuchliche Entlassung eines älteren Arbeitnehmers nach langem Arbeitsverhältnis, wenige Monate vor dem Pensionsalter (BGE 132 III 115), die Kündigung als Vergeltungsmassnahme gegen einen stellvertretenden Direktor, der sich über das schädigende Verhalten des Direktors beschwert hatte, welches die Angestellten während mehrerer Monate ohne Einschreiten der Geschäftsleitung zu erdulden hatten (Bundesgerichtsentscheid vom 16. Juni 2005, 4C.84/2005)

⁷² BGE 123 III 391, Erw. 3c

⁷³ Botschaft 1984, Ziff. 620.6

⁷⁴ AB 1985 N 1128 ff.; AB 1987 S 346 ff.

Die Rechtsprechung hat die Revision von 1988 umgesetzt. Dies gilt insbesondere mit Blick darauf, dass die verschiedenen Entschädigungen nicht kumulierbar sind und dass sie die Doppelfunktion als Bestrafung und Wiedergutmachung vereinen. Daraus resultiert, dass die Entschädigung abschliessenden Charakter hat, so dass mit ihr die mit einer Kündigung verbundenen wirtschaftlichen Konsequenzen vollumfänglich abgegolten werden. Der Vorbehalt im 2. Satz von Art. 336a Abs. 2 OR betrifft demzufolge einen Schaden, der eine andere Ursache als die Kündigung hat. Die Gerichte haben auch darauf verzichtet, systematisch hohe Entschädigungen festzulegen, um auf diese Weise die vorbeugende Wirkung der Sanktion besser gewährleisten zu können. Vor diesem Hintergrund und mit Blick darauf, dass das Gericht auch in Zukunft über einen weiten Ermessensspielraum verfügen soll, bleibt deshalb zu prüfen, ob es der heutige gesetzliche Höchstbetrag weiterhin erlaubt, den verschiedenen Funktionen der Entschädigung und allen Situationen voll Rechnung zu tragen. Zu berücksichtigen ist dabei immer auch die Lage des Arbeitgebers. Die Wirkung der gleichen Entschädigung ist bei einem kleinen oder mittleren Unternehmen nicht die gleiche wie bei einem Grossunternehmen. Massgebliches Kriterium ist letztlich die Finanzkraft des Arbeitgebers.

Die Entschädigung hat die Funktion der Wiedergutmachung, auch wenn es dabei nicht um Schadenersatz geht und entsprechend auch kein Schaden nachzuweisen ist. Die Wiedergutmachung betrifft die Beeinträchtigung, welche die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer erlitten haben. Diese wiederum hängt vor allem von der Dauer des Arbeitsverhältnisses, vom Alter der Arbeitnehmenden, von ihrer sozialen Lage und von den durch die Kündigung erlittenen wirtschaftlichen Nachteilen ab. Diese Kriterien haben dazu geführt, dass die Entschädigung beim Höchstbetrag oder in seiner Nähe liegt, wenn der Arbeitnehmer bei der Kündigung nach 44 Dienstjahren kurz vor seiner Pensionierung stand⁷⁵, wenn er mehr als 15 Dienstjahre hinter sich hatte und nach der Kündigung arbeitslos und stark depressiv wurde⁷⁶ oder wenn er mehr als 30 Dienstjahre hinter sich hatte, dauerhaft erkrankte und ihn der Arbeitgeber zusätzlich am beruflichen Fortkommen gehindert hatte⁷⁷. Ähnlich ist die Rechtslage in Mobbingfällen, die eine dauerhafte Arbeitsunfähigkeit nach sich gezogen haben⁷⁸, oder im Fall der anschliessenden Arbeitslosigkeit bei einer Kündigung nach sieben Dienstjahren⁷⁹. Eine Kürzung der Entschädigung ist möglich, wenn das Arbeitsverhältnis nur kurz gedauert und der Entlassene schnell wieder eine neue Stelle gefunden hat⁸⁰, auch wenn er im Zeitpunkt der Kündigung bereits 57 Jahre alt war⁸¹.

Die Entschädigung verfolgt auch einen Strafzweck. Sie ist deshalb auch Ausdruck der Schwere des Vorwurfs, den man dem Arbeitgeber im Zusammenhang mit einer Kündigung macht. Auch diesbezüglich sind Fälle bekannt geworden, die eine hohe Entschädigung rechtfertigten (vgl. Ziff. 1.2.2). Das Verhalten des Arbeitgebers kann zur Beeinträchtigung hinzutreten, die der Arbeitnehmer mit der Kündigung erleidet.

⁷⁵ BGE 132 III 115

⁷⁶ Bundesgerichtsentscheid vom 28. März 2002, 4C.86/2001, Erw. 1e

⁷⁷ Bundesgerichtsentscheid vom 26. Mai 2009, 4A_564/2008, Erw. 2

⁷⁸ BGE 126 III 395 = Bundesgerichtsentscheid vom 4. Juli 2000, 4C.463/1999, Erw. 9c (nicht veröffentlicht); Bundesgerichtsentscheid vom 19. Dezember 2006, 4P.214/2006

⁷⁹ Bundesgerichtsentscheid vom 25. Mai 2006, 4C.60/2006, Erw. 8.3

⁸⁰ Bundesgerichtsentscheid vom 19. Januar 2001, 4C.238/2000, Erw. 3;

⁸¹ Bundesgerichtsentscheid vom 12. September 2008, 4A_279/2008, Erw. 4.2

Sie kann auch Arbeitnehmende treffen, die sich vorbildlich und anstandslos verhalten haben⁸², oder solche, die seit langem für das Unternehmen tätig waren⁸³.

Schliesslich ist auch die Finanzkraft des Arbeitgebers zu berücksichtigen, damit die Wirksamkeit der Sanktion gewährleistet ist, insbesondere wenn der Arbeitgeber finanzstark ist⁸⁴. Dieses Kriterium kann aber auch eine weniger strenge Sanktion zur Folge haben.

Mit Blick auf die geschilderte Praxis und die verschiedenen Funktionen, die die Entschädigung hat, kann deren Limitierung auf sechs Monatslöhne mit guten Gründen in Frage gestellt werden. Die Bandbreite, in der das Gericht die Entschädigung festlegen muss, ist zu schmal. Wie gezeigt kann die Missbräuchlichkeit einer Kündigung krass sein und für die Betroffenen schwerwiegende Folgen haben, während der Arbeitgeber zusätzlich finanziell stark ist. Es ist schwierig, mit einem Höchstbetrag von sechs Monatslöhnen die strafende Funktion der Entschädigung zu gewährleisten, wenn ein Teil der Entschädigung bereits für die Wiedergutmachung der erlittenen Beeinträchtigung verwendet werden muss. Das Bundesgericht hat deshalb in gewissen Fällen zusätzlich eine Genugtuung zugesprochen, und auf diese Weise anerkannt, dass eine Beeinträchtigung derart schwerwiegend sein kann, dass eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen nicht ausreicht, um den entstandenen Schaden zu decken⁸⁵. Das grundsätzliche Anliegen muss es sein, beim Arbeitgeber nicht den Eindruck entstehen zu lassen, eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung aus der Portokasse finanzieren zu können⁸⁶. Schaut man die gerichtlich beurteilten Fälle an, so sind Zweifel am Platz, ob der Gesetzgeber dieses Ziel in jedem Fall erreicht hat. Dies gilt insbesondere für den Arbeitnehmer, dem vier Monate vor der Pensionierung nach 44 Dienstjahren gekündigt worden ist, weil er sich mit einem Dienstchef schlecht verstand und es gewagte hatte, zweifelhafte Weisungen zu kritisieren. Zu denken ist in diesem Zusammenhang aber auch an jene Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die sich über sexuelle Belästigung und Mobbing beschwert haben, oder an jenen Kaderangestellten, dem man nichts vorwerfen konnte, der aber trotzdem entlassen wurde, um den Ruf des Arbeitgebers zu schützen. Schliesslich fällt in diese Kategorie auch jener seriöse Mitarbeiter, der Unterschlagungen eines Vorgesetzten gemeldet hatte, um dann aufgrund einer eben diesem Vorgesetzten anvertrauten internen Untersuchung entlassen zu werden⁸⁷.

Solche Kündigungen müssen mit hohen Sanktionen belegt werden können, damit die Wirkung der Sanktion strafend und abschreckend bleibt. Diese Sanktion muss sich deutlich abheben von Fällen, in denen sich der Arbeitgeber möglicherweise nichts zuschulden kommen liess, die Kündigung für die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer keine gravierenden Folgen hat oder die schwache Finanzkraft des Arbeitgebers eine tiefere Entschädigung nahelegt. Mit Blick auf die verschiedenen der Sanktion zukommenden Funktionen steht heute fest, dass der Höchstbetrag von sechs

⁸² Mobbing-Fall: Bundesgerichtsentscheid vom 16. Juni 2005, 4C.84/2005, Erw. 4.2; Einsatz während langer Zeit für die Einhaltung der Rechte der Arbeitnehmenden: Bundesgerichtsentscheid vom 28. März 2002, 4C.86/2001, Erw. 1e

⁸³ Bundesgerichtsentscheid vom 26. Mai 2009, 4A_564/2008, Erw. 2

⁸⁴ Bundesgerichtsentscheid vom 28. März 2002, 4C.86/2001, Erw. 1e (beträchtliche Finanzkraft); Bundesgerichtsentscheid vom 27. Februar 2007, 4C.370/2006, Erw. 3.2 (Unternehmen mit mehr als 40 Angestellten); Entscheid 4C.310/1998 vom 8. Januar 1999, Praxis 1999, Nr. 112 = SJ 1999, 277, Erw. 3d (Erwähnung dieses Kriteriums).

⁸⁵ Entscheid 4C.310/1998, Praxis 1999, Nr. 112 = SJ 1999, 277, Erw. 4a

⁸⁶ Botschaft 1984, Ziff. 620.6

⁸⁷ Siehe BGE 131 III 535; Entscheid 4A_2/2008 vom 8. Juli 2008

Monatslöhnen nicht mehr genügt, um in schwerwiegenden Fällen eine genug hohe Entschädigung festlegen zu können, die sich klar von der Sanktion in weniger gravierenden Fällen abhebt oder in Fällen, wo es Gründe für eine Herabsetzung der Entschädigung gibt.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass bei der Festlegung der Entschädigung die finanzielle Situation des Arbeitgebers berücksichtigt wird. Deshalb ist es nicht nötig, den diesbezüglichen Ermessensspielraum der Gerichte in allen Fällen einzuschränken, damit der Lage kleinerer und mittlerer Unternehmen Rechnung getragen werden kann. Eine derart differenzierende Lösung wäre mit keinen echten Vorteilen verbunden; sie verhinderte bloss, schwerwiegende Fälle, in denen der Arbeitgeber finanziell gut dasteht, gebührend ahnden zu können. Der Gesetzgeber muss auch keinen tieferen Maximalbetrag für kleine und mittlere Unternehmen festsetzen, da das Gericht im Rahmen der Festlegung der Entschädigung auch diesbezüglich die Situation des Arbeitgebers berücksichtigen kann. Für die Bemessung der Entschädigung scheint das Kriterium der Finanzkraft sowieso besser geeignet als die Grösse eines Unternehmens.

1.2.4 Besonderer Schutz für Arbeitnehmervertreter und Gewerkschaftsdelegierte

Sanktion bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung

Wie oben ausgeführt (vgl. Ziff. 1.1.1.2 und 1.1.2) betrifft die Klage bei der IAO die Sanktion bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung von Gewerkschaftsvertretern oder -delegierten. In seinen Stellungnahmen zur Klage des SGB konnte der Bundesrat bereits die diesbezügliche Gerichtspraxis darlegen⁸⁸. Ebenfalls hat der Bundesrat über die tripartiten Gespräche berichtet, die in diesem Zusammenhang stattgefunden haben. Er hat sich auch schon zur Vereinbarkeit des schweizerischen Rechts mit dem IAO-Übereinkommen (Nr. 98) und zur Auslegung dieses Abkommens seitens des Ausschusses für Gewerkschaftsfreiheit geäußert. Der Bundesrat vertritt nach wie vor die Meinung, dass der Klage keine Folge zu geben ist.

Es besteht keine Notwendigkeit, die Wiedereinstellung als gesetzliche Sanktion vorzusehen, wenn Arbeitnehmende das Opfer einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Entlassung werden. Dies gilt auch für den Fall der Kündigung wegen Gewerkschaftsangehörigkeit oder -nichtangehörigkeit oder wegen einer gewerkschaftlichen Tätigkeit (Art. 336 Abs. 2 Bst. a OR) oder wenn ein Arbeitnehmervertreter entlassen wird (Art. 336 Abs. 2 Bst. b OR). Schon der Entwurf des Bundesrats zur Revision des Kündigungsschutzes von 1988 - er ging weiter als der vom Parlament schliesslich angenommene Text - sah keine Wiedereinstellung vor⁸⁹. Vielmehr sollte auch hier die gleiche Sanktion wie in den andern Fällen missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigungen gelten. Das Parlament hat dann explizit einen Antrag verworfen, der es dem Gericht erlauben wollte, die Wiedereinstellung der zu Unrecht entlassenen Arbeitnehmenden zu verfügen⁹⁰. An dieser Entscheidung ist

⁸⁸ Zusätzliche Bemerkungen des Bundesrates vom 16. Juni 2006; Bemerkungen des schweizerischen Bundesrates zu den Folgen der Empfehlung des Komitees vom 15. November 2006, vom 26. September 2008

⁸⁹ Botschaft 1984, Art. 336e des Entwurfs

⁹⁰ AB 1985 N 1130-1133

aus den bereits erwähnten Gründen (vgl. Ziff. 1.2.1) festzuhalten. Die Wiedereinstellung ist in Konfliktsituationen nur schwer realisierbar, erst recht wenn sich das Verfahren zur Klärung der Rechtslage in die Länge zieht.

Zweck dieses Vorentwurfs ist und bleibt es aber, für eine wirksame Sanktion bei missbräuchlicher und ungerechtfertigter Kündigung zu sorgen. Die vorgeschlagene Erhöhung der Entschädigung, die auch bei einer Kündigung nach Art. 336 Abs. 2 Bst. a und b OR zur Anwendung gelangt, trägt diesem Anliegen Rechnung. Der damit erzielte Schutz ist wirkungsvoll genug. Es erübrigt sich daher, für die Tatbestände des Art. 336 Abs. 1 Bst. a und b OR eine noch schärfere Sanktion vorzusehen. Vertragliche Lösungen, wie sie schon heute in einigen GAV vorgesehen sind (vgl. Ziff. 1.1.3.3.), sollen aber auch in Zukunft möglich bleiben. Dabei ist sicherzustellen, dass das Gesetz den Sozialpartnern keine Hindernisse in den Weg legt, wenn sie sich für diese Lösung entscheiden (vgl. Ziff. 1.2.5).

Begründeter Anlass

Der erweiterte Kündigungsschutz gewählter Arbeitnehmervertreter gemäss Art. 336 Abs. 2 Bst. b OR ist unbestrittenermassen fester Bestandteil des geltenden Rechts. Gerade deshalb muss darüber diskutiert werden, ob der hier verwendete Begriff des begründeten Anlasses auch objektive und damit insbesondere auch wirtschaftliche Gründe erfasst. Der Bundesrat hat den Begriff des begründeten Anlasses in Anlehnung an Art. 340c Abs. 2 OR verwendet⁹¹. Danach muss der begründete Anlass in der Person der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers liegen, das heisst er muss mit dieser Person im Zusammenhang stehen⁹². Gleichzeitig hat das Bundesgericht entschieden, dass bei Art. 336 Abs. 2 Bst. b OR grundsätzlich auch wirtschaftliche Gründe in Betracht zu ziehen sind⁹³. Nur wenn die geltend gemachten wirtschaftlichen Gründe im Zusammenhang mit der Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter stehen, wird der begründete Anlass verneint.

Richtig ist der Hinweis darauf, dass das Kriterium des begründeten Anlasses im Zusammenhang mit der missbräuchlichen Kündigung und nicht mit der Kündigung zur Unzeit erwähnt wird⁹⁴. Das Parlament wollte sich mit dieser Systematik aber nicht vom Entwurf des Bundesrates distanzieren und diesen Tatbestand missbräuchlicher Kündigung gleich wie alle andern behandeln⁹⁵. Der Gesetzgeber wollte im Gegenteil für diesen Fall einen erweiterten Kündigungsschutz vorsehen. Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass der Arbeitgeber beweisen muss, dass er für die Kündigung einen begründeten Anlass hat. Ein solcher Anlass muss zwar nicht so schwerwiegend sein wie ein wichtiger Grund, aber doch eine besondere Tragweite haben. Es stellt sich ernsthaft die Frage, ob die Art und Weise, wie das Bundesgericht den Begriff des begründeten Anlasses ausgelegt hat, diesem Begriff einen Grossteil seiner Wirkung entzogen hat. Es ist auch kaum sinnvoll zu verlangen, dass der in der Person des Arbeitnehmers liegende Grund eine gewisse Qualität haben muss, damit die Kündigung gerechtfertigt ist, wenn gleichzeitig davon auszugehen ist, dass jeder wirtschaftliche Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigt, ohne dass auch hier eine gewisse Qualifikation verlangt würde.

⁹¹ Botschaft 1984, Ziff. 620.11; AB 1985 N 1131-1132

⁹² BGE 130 III 353, Erw. 2.2.1

⁹³ BGE 135 III 512, Erw. 6.2

⁹⁴ BGE 135 III 512, Erw. 6.1

⁹⁵ AB 1985 N 1134-1135

Das Argument, dass der Arbeitgeber frei über jene Massnahmen entscheiden können müsse, die wirtschaftlich am sinnvollsten und sozial am erträglichsten sind und dass die anderen Arbeitnehmenden nicht unter dem Schutz ihrer Vertreter leiden dürften, ist zweifellos ernst zu nehmen.⁹⁶ Das darf aber wiederum nicht dazu führen, dass der erweiterte, vom Gesetzgeber gewollte Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter auf der Strecke bleibt.

Der erweiterte Schutz von Art. 336 Abs. 2 Bst. b OR und sein Bezug zu den wirtschaftlichen Gründen bedarf auch deshalb der Überprüfung, weil der Gesetzgeber seit der Revision von 1988 die Verpflichtung eingeführt hat, die Arbeitnehmervertreter über die Auswirkungen des Geschäftsganges auf die Arbeit und das Personal zu informieren (Art. 9 Abs. 2 des Mitwirkungsgesetzes). Die Arbeitnehmervertretung muss ferner auch bei einer Massenentlassung - ihre Begründung steht definitionsgemäss in keinem Bezug zum einzelnen Arbeitsverhältnis - konsultiert werden (Art. 335d OR) sowie bei der Verlegung des Unternehmens oder eines Teiles davon (Art. 333a OR)⁹⁷. Die Konsultationspflicht nach Art. 333a OR gilt gemäss dem Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG)⁹⁸ auch für die Fusion und Spaltung von Unternehmen (siehe Art. 27 Abs. 1 und 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 und 50 Abs. 1 FuG), die Vermögensübertragung (Art. 76 Abs. 1 und 77 Abs. 1 FusG), die Fusion oder Vermögensübertragung von Stiftungen (Art. 85 Abs. 3 FusG) und die Fusion oder Vermögensübertragung von Vorsorgeeinrichtungen (Art. 96 Abs. 5 und 98 Abs. 2 FusG). Somit ist die Arbeitnehmervertretung heute durch gesetzliche Vorschrift dazu berufen, gerade in Fällen, wo das Unternehmen aus wirtschaftlichen Gründen neu organisiert wird, Gesprächspartner des Arbeitgebers zu sein.

1.2.5 Parität und absolut zwingender Charakter des Schutzes vor missbräuchlicher Kündigung

Der Schutzgedanke der Bestimmungen über die Kündigung wirft verschiedene Fragen auf. So rechtfertigt es das Paritätsprinzip beispielsweise nicht, absolut zwingende Vorschriften zu erlassen, wie dies bei Art. 336 Abs. 1 und 336a OR aber geschehen ist. Es genügt, dass der von den Parteien vereinbarte zusätzliche Schutz beiden gleichermassen nützt. Zudem hat sich in der Praxis gezeigt, dass die Bestimmungen über den Kündigungsschutz - trotz Paritätsprinzip, das dem Arbeitgeber grundsätzlich den gleichen Schutz wie den Arbeitnehmenden in Aussicht stellt - hauptsächlich dazu dienen, die Arbeitnehmenden zu schützen. Aus diesem Grund und weil nichts gegen Lösungen spricht, die für den Arbeitnehmer günstiger sind, wenn beide Vertragsparteien damit einverstanden sind, erscheint der absolut zwingende Charakter der Bestimmungen über den Kündigungsschutz nicht gerechtfertigt zu sein. Dazu kommt, dass ein erweiterter Kündigungsschutz bereits heute möglich ist, soweit es um die Gründe der ungerechtfertigten Kündigung nach Art. 336 Abs. 2 OR geht, nicht aber in Bezug auf die Sanktion. In diesem Sinn bedarf schliesslich auch Art. 337c Abs. 3 OR der Klärung.

⁹⁶ BGE 135 III 512, cons. 6.2

⁹⁷ Der Bundesrat will sicherstellen, dass Art. 333a OR auch dann Anwendung findet, wenn ein Unternehmen infolge Zahlungsunfähigkeit übertragen wird. Vgl. dazu die Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht)

⁹⁸ SR 221.301

1.3 Die vorgeschlagenen Änderungen

Der Höchstbetrag der Entschädigung wird erhöht (Art. 336a Abs. 2 und 337c Abs. 3 VE-OR)

Die an der Sanktion bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung geübte Kritik und die Überprüfung der heutigen Lage führen dazu, eine Verschärfung der im geltenden Recht vorgesehenen Sanktion vorzuschlagen. Diese Verschärfung besteht darin, den Höchstbetrag der Entschädigung, die zurzeit sechs Monatslöhnen entspricht, auf zwölf Monatslöhne zu erhöhen. Diese Erhöhung gilt für alle missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigungen. Sie beschränkt sich damit nicht auf einzelne Kündigungsgründe. Das Gericht verfügt im Übrigen über den gleichen Ermessensspielraum für die Festsetzung der Entschädigung wie heute.

Die Kündigung von Arbeitnehmervertretern aus wirtschaftlichen Gründen ist missbräuchlich (Art. 336 Abs. 2 Bst. b VE-OR)

Der Vorentwurf schlägt vor, den Tatbestand des begründeten Anlasses bei Kündigung von Arbeitnehmervertretern auf Gründe zu beschränken, die mit der Person der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers zusammenhängen. Damit wird die Anwendung des begründeten Anlasses im Falle der Kündigung aus einem objektiven, besonders einem wirtschaftlichen Grund, geklärt. Die Arbeitnehmervertreter dürfen darauf zählen, dass sie in einer Situation, in der sie das Gespräch mit dem Arbeitgeber suchen müssen, nicht entlassen werden.

Vertragliche Regelungen, welche für beide Parteien oder für den Arbeitnehmer günstiger sind, werden ermöglicht (Art. 336 Abs. 3, 336a Abs. 3, 361 und 362, VE-OR)

Der Vorentwurf schlägt vor, die Ausweitung des Kündigungsschutzes vertraglich zuzulassen, wenn das Vereinbarte für beide Parteien gleichermassen oder nur für die Arbeitnehmenden günstiger ist. Der Kündigungsschutz bleibt auf diese Weise dem Paritätsprinzip verpflichtet. Ein durch die Parteien gewollter erweiterter Schutz wird so möglich. Gleichzeitig berücksichtigt der Vorschlag, dass der Schutz in der Praxis vor allem den Arbeitnehmenden dient.

1.4 Rechtfertigung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung

1.4.1 Beibehaltung der Prinzipien des positiven Rechtes

Gültigkeit der Kündigung

Der Vorentwurf schlägt vor, die Sanktion bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung zu verschärfen. Die Gültigkeit der Kündigung selbst wird dabei aber nicht in Frage gestellt. Einerseits ist es realitätsfremd, das Arbeitsverhältnis gegen den Willen einer Partei aufrecht erhalten zu wollen. Andererseits kann auch eine Entschädigung, wenn sie genug hoch ist, die ihr zukommende abschreckende Wirkung entfalten.

Art der Entschädigung

Die besondere Art der Entschädigung mit ihrer Funktion als Strafe und Wiedergutmachung, wie sie seit BGE 123 III 391 definiert ist, bleibt ebenfalls unangetastet. Ein höherer Maximalbetrag wird es erlauben, dieser Doppelfunktion der Entschädigung besser Rechnung zu tragen, ohne ihren abschliessenden Charakter oder die Tatsache, dass sie keinem nachgewiesenen Schaden entsprechen muss, in Frage zu stellen.

Festlegung des Betrages durch das Gericht

Angesichts der sehr unterschiedlichen Fälle missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigungen soll dem Gericht auch in Zukunft ein weiter Ermessensspielraum erhalten bleiben. Eine differenzierte und auf jeden Fall zugeschnittene Lösung kann nicht abstrakt durch den Gesetzgeber erfolgen, sondern muss den Gerichten überlassen bleiben. Die Erhöhung des Maximalbetrages wird es diesen erlauben, schärfere Sanktionen zu verhängen, ohne sie in ihrem Ermessen zu behindern.

1.4.2 Besserer Kündigungsschutz

Wirksame Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung

Die Anhebung des Maximalbetrages von sechs auf zwölf Monate macht es möglich, schärfere Sanktionen auszusprechen. Sie lässt dem Gericht genug Spielraum, um alle Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen, namentlich die Schwere der Missbräuchlichkeit, die mit der missbräuchlichen Kündigung verbundene Beeinträchtigung und die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers. Wenn dieser finanzkräftig ist, kann die Sanktion schärfer ausfallen. Wenn seine finanziellen Möglichkeiten beschränkt sind, kann das Gericht im Gegenzug den Betrag der Entschädigung nach unten korrigieren.

Insgesamt ergibt sich darauf eine Verstärkung der abschreckenden Wirkung der Sanktion. Die Aussicht auf eine einschneidende Sanktion wird dazu führen, dass Kündigungen nicht voreilig erfolgen und auch die Suche nach alternativen Lösungen nicht voreilig eingestellt wird.

Der vorliegende Vorschlag geht nicht so weit wie der Entwurf des Bundesrates von 1984, welcher die Möglichkeit einräumte, die Entschädigungen zu kumulieren, wenn die Kündigung nicht nur missbräuchlich, sondern gleichzeitig auch ungerechtfertigt war oder einen Arbeitnehmervertreter betraf. Daraus konnte ein Betrag von bis zu 36 Monatslöhnen resultieren.

Verbesserter Schutz der Arbeitnehmervertreter

Der vorgeschlagene Höchstbetrag wird es schliesslich erlauben, die im Sinn von Art. 336 Abs. 2 Bst. a und b OR missbräuchliche Kündigung von Arbeitnehmervertretern oder Gewerkschaftsdelegierten wirksam zu ahnden. Die Sozialpartner oder die Parteien verfügen zudem über die Möglichkeit, schärfere Sanktionen zu vereinbaren. Es besteht kein Anlass, die Annullierung einer Kündigung mit nachfolgender Wiedereinstellung des Arbeitnehmers zu verhindern, wenn diese Wirkung von den Parteien so gewollt ist.

Die Beschränkung des begründeten Anlasses für eine rechtmässige Kündigung nach Art. 336 Abs. 2 Bst. b OR auf Gründe, die mit der Person der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers in Zusammenhang stehen, wird es erlauben, die Arbeitnehmervertreter besser zu schützen. Damit wird gewährleistet, dass Arbeitnehmervertreter für ihre Tätigkeit auch dann gute Bedingungen vorfinden, wenn sie in besonderer Weise zum Handeln aufgefordert sind. Der Schutz vor missbräuchlicher oder un gerechtfertigter Kündigung wird so in Einklang mit der Rolle gebracht, die der Gesetzgeber für die Arbeitnehmervertreter vorgesehen hat. Der Handlungsspielraum des Arbeitgebers bei Restrukturierungen wird dabei nicht unverhältnismässig eingeschränkt. Der Kreis der durch diesen Schutz begünstigten Personen ist klar umschrieben und wird nur wenige Arbeitnehmenden von einem allfälligen, wirtschaftlich bedingten Stellenabbau ausschliessen. Daneben können Restrukturierungen auch andere Massnahmen als die Kündigung zur Folge haben wie zum Beispiel die Zuweisung einer anderen Arbeit. Falls man nicht um den Abbau der Arbeitsstelle des Arbeitnehmervertreters herumkommt, bleibt schliesslich immer auch noch die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen aufzulösen.

1.5 Internationales Recht, Verhältnis zum europäischen Recht und Rechtsvergleich

1.5.1 Internationales Recht

Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁹⁹ garantiert das Recht auf Arbeit (Art. 6), das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen (Art. 7), das Recht, eine Gewerkschaft zu bilden oder einer Gewerkschaft eigener Wahl beizutreten (Art. 8 Abs. 1 Bst. a), sowie das Recht, sich als Gewerkschafter frei zu betätigen (Art. 8 Abs. 1 Bst. c). Diese Bestimmungen äussern sich nicht spezifisch zum Schutz vor Kündigungen. Trotzdem kann Artikel 336 Absatz 2 Buchstaben a und b OR als Konkretisierung von Artikel 8 des Pakts gelesen werden.¹⁰⁰ Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte war es denn auch, der der Schweiz empfohlen hatte, das IAO-Übereinkommen Nr. 98 zu ratifizieren¹⁰¹, was sie am 17. August 1999 auch tat.

⁹⁹ SR 0.103.1. Die Schweiz ist dem Pakt am 18. Juni 1992 beigetreten. Er ist für sie am 18. September 1992 in Kraft getreten.

¹⁰⁰ Weil die Gewerkschaftsfreiheit Teil der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit ist, wird sie auch durch Artikel 22 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2) und durch Artikel 11 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101) garantiert.

¹⁰¹ Abschliessende Bemerkungen des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 7. Dezember 1998: Schweiz. E/C.12/1/Add.30., Ziff. 30

Europäische Sozialcharta

Die am 3. Mai 1996 revidierte Europäische Sozialcharta - die Schweiz hat sie nicht ratifiziert¹⁰² - befasst sich ausdrücklich mit dem Kündigungsschutz. Die Ausgestaltung des in Artikel 24 geregelten Kündigungsschutzes entspricht den Anforderungen des IAO-Übereinkommens Nr. 158 (vgl. unten). Danach müssen die Vertragsstaaten vorsehen, dass einem Arbeitnehmer nicht ohne triftigen Grund gekündigt wird, wobei der triftige Grund mit den Fähigkeiten oder dem Verhalten des Arbeitnehmers oder mit den Erfordernissen der Tätigkeit des Unternehmens, des Betriebs oder des Dienstes zusammenhängen muss (Abs. 1 Bst. a). Ferner hat der Arbeitnehmer, dem zu Unrecht gekündigt worden ist, Anspruch auf eine angemessene Entschädigung oder einen anderen zweckmässigen Ausgleich (Abs. 1 Bst. b). Der Arbeitnehmer muss dabei die Möglichkeit haben, die Kündigung bei einer unparteiischen Stelle anzufechten (Abs. 2). Im Anhang (Art. 24 Ziff. 3) werden jene Gründe aufgeführt, die nicht als triftige Gründe gelten, wie namentlich die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft oder gewerkschaftliche Aktivitäten (Bst. a), ferner die Tatsache, dass sich jemand um das Amt eines Arbeitnehmervertreters bewirbt oder ein solches Amt ausübt (Bst. b). Artikel 28 der Charta verpflichtet die Vertragsparteien ferner, Arbeitnehmervertreter wirksam vor Benachteiligungen - dazu zählen auch Kündigungen - zu schützen, soweit diese auf ihre Eigenschaft oder Betätigung als Arbeitnehmervertreter zurückgehen. (Bst. a). Artikel 29 sieht schliesslich das Recht auf Unterrichtung und Anhörung bei Massenentlassungen vor.

Internationale Arbeitsorganisation (IAO)

Am 22. Juni 1982 verabschiedete die Internationale Arbeitskonferenz der IAO das Übereinkommen (Nr. 158) und die Empfehlung (Nr. 166) über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber (Konvention und Empfehlung betreffend Kündigung). Der Bundesrat hat diese Texte in seinem Bericht vom 4. Mai 1983 über die 68. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz¹⁰³ und anschliessend auch in der Botschaft von 1984 zur Revision des Kündigungsschutzes¹⁰⁴ näher vorgestellt. Hingewiesen sei deshalb an dieser Stelle bloss noch einmal auf Artikel 4, der für jede Kündigung einen triftigen Grund verlangt. Dieser muss im Zusammenhang mit der Fähigkeit oder dem Verhalten des Arbeitnehmers oder mit den Erfordernissen der Tätigkeit des Unternehmens, des Betriebs oder des Dienstes stehen. Die Artikel 5 und 6 zählen Gründe auf, die nicht als triftig gelten, wie namentlich gewerkschaftliche Aktivitäten (Art. 5 Bst. a) oder die Tatsache, dass sich jemand um die Funktion eines Arbeitnehmervertreters bewirbt oder eine solche Funktion ausübt (Art. 5 Bst. b). Artikel 10 sieht vor, dass eine zu Unrecht erfolgte Kündigung mit einer angemessenen Entschädigung sanktioniert wird oder zu einem anderen als zweckmässig angesehenen Ausgleich führt, sofern die Rechtsordnung und Praxis der Vertragsstaaten keine Annullierung der Kündigung bzw. Wiedereinstellung des Arbeitnehmers vorsehen oder die zuständigen Stellen zur Auffassung gelangen, dass eine solche im

¹⁰² Der Bundesrat hat am 6. Mai 1996 die Charta in ihrer ursprünglichen Fassung unterzeichnet. Am 17. Dezember 2004 hat dann aber der Nationalrat die Pa.Iv. der Sozialdemokratischen Fraktion (91.419) "Genehmigung der Europäischen Sozialcharta" vom 19. Juni 1961 abgeschrieben. In der Zwischenzeit wiederum wurde ein Postulat Seydoux (10.3304) "Vereinbarkeit der revidierten Europäischen Sozialcharta mit der schweizerischen Rechtsordnung" vom 12. Januar 2010 vom Bundesrat am 24. Januar 2010 und vom Ständerat am 8. März 2010 angenommen.

¹⁰³ BBl 1983 II 1102

¹⁰⁴ Botschaft 1984, Ziff. 333

konkreten Fall nicht angezeigt ist. Artikel 12 stellt dem entlassenen Arbeitnehmer schliesslich eine Abfindung oder Leistungen der Arbeitslosen- oder einer anderen Sozialversicherung in Aussicht.

Der Bundesrat hat die Vereinbarkeit dieser Bestimmungen mit dem schweizerischen Recht in seinem Bericht vom 4. Mai 1983 geprüft¹⁰⁵. Unter Hinweis auf die damalige Rechtslage stellte er fest, dass das Übereinkommen nicht im Einklang mit dem Übereinkommen stehe, weshalb er darauf verzichtete, dieses dem Parlament zur Genehmigung zu unterbreiten. In der Botschaft von 1984 (vgl. Ziff. 333) stellte er fest, dass das Gleiche auch für die vorgeschlagene Revision des Kündigungsschutzes galt. Der Entwurf des Bundesrates wurde vom Parlament nicht verschärft. Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch die 1988 verabschiedeten Bestimmungen über den Kündigungsschutz weniger weit gehen als vom Übereinkommen verlangt. Davon ist der Bundesrat bis heute ausgegangen¹⁰⁶. Die entscheidende Differenz betrifft die Rechtmässigkeit der Kündigung, die nach dem Übereinkommen Nr. 158 nur gegeben ist, wenn dafür ein triftiger Grund besteht, während nach schweizerischem Recht eine Kündigung auch ohne triftigen Grund gültig ist und nur insofern anfechtbar ist, als sie missbräuchlich ist.

Zu den Übereinkommen, die die Kündigung im Allgemeinen behandeln, gesellen sich jene, die besondere Aspekte des Kündigungsschutzes aufgreifen. Der Bundesrat hat sie in seiner Botschaft von 1984 zum Kündigungsschutz aufgelistet (vgl. Ziff. 333). Zu erwähnen ist dabei an erster Stelle das Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (vgl. Ziff. 1.1.1.2), das die Schweiz am 17. August 1999 ratifiziert hat und das am 17. August 2000 in Kraft getreten ist¹⁰⁷. Dieses Übereinkommen verlangt namentlich einen angemessenen Schutz im Fall von diskriminierenden Massnahmen, die gegen die Vereinigungsfreiheit gerichtet sind und im Zusammenhang mit der Beschäftigung stehen (Art. 1 Abs. 1). Ausdrücklich erwähnt wird dabei insbesondere die Entlassung eines Arbeitnehmers, weil er einer Gewerkschaft angehört oder weil er sich ausserhalb der Arbeitszeit oder mit Zustimmung des Arbeitgebers auch während der Arbeitszeit gewerkschaftlich betätigt (Art. 1 Abs. 2 Bst. b).

Hingewiesen sei ferner auf das Übereinkommen Nr. 135 über Schutz und Erleichterungen für Arbeitnehmervertreter im Betrieb, das die Internationale Arbeitskonferenz der IAO am 23. Juni 1971 verabschiedet hat (Übereinkommen über die Vertretung der Arbeitnehmer)¹⁰⁸. Das Übereinkommen zielt darauf, das Übereinkommen Nr. 98 zu ergänzen¹⁰⁹. Artikel 1 verlangt, dass Gewerkschaftsvertreter im Betrieb wirkungsvoll gegen jede Benachteiligung einschliesslich Kündigung geschützt werden, die den Grund in ihrer Stellung oder Betätigung als Arbeitnehmervertreter haben oder die deshalb erfolgen, weil der Arbeitnehmer einer Gewerkschaft angehört, sofern sich der Arbeitnehmer im Übrigen an die bestehenden Gesetze oder Gesamtarbeitsverträge oder die anderen gemeinsam vereinbarten Regeln gehalten hat. Artikel 3 präzisiert, dass es sich bei den Arbeitnehmervertretern um Personen

¹⁰⁵ Ziff. 33 et 34

¹⁰⁶ So hat der Nationalrat am 13. Dezember 2000 beschlossen, der Pa. Iv. Thanei (99.459) "Arbeitsrecht. Kündigungsschutz" keine Folge zu geben. Sie hatte verlangt, das schweizerische Recht in Einklang mit dem IAO-Übereinkommen Nr. 158 und der Europäischen Sozialcharta zu bringen.

¹⁰⁷ SR 0.822.719.9

¹⁰⁸ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 23. August 1972 über die 56. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz, BBl 1972 II 389, Anhang 1

¹⁰⁹ Erwägungen 1 und 2 der Präambel.

handelt, die die innerstaatliche Gesetzgebung oder Praxis als solche anerkennt, unabhängig davon, ob es sich bei ihnen um Gewerkschafter handelt (Bst. a), oder um Personen, die von den Arbeitnehmern gewählt worden sind (Bst. b). Die Schweiz hat das Übereinkommen Nr. 135 nicht ratifiziert¹¹⁰.

1.5.2 Verhältnis zum europäischen Recht

Die Europäische Union hat die nationalen Bestimmungen über den Schutz vor Kündigungen nicht harmonisiert. Immerhin sieht Artikel 30 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vor, dass jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung hat. Im Fall einer Massenentlassung wurde die Richtlinie 75/129/EWG durch die Richtlinie 98/59/EG¹¹¹ ersetzt. Die neue Richtlinie hat gegenüber der alten keine wesentlichen Änderungen gebracht, so auch nicht bei der bisherigen Sanktion, falls eine Massenentlassung unter Missachtung der von der Richtlinie eingeräumten Verfahrensrechte erfolgt. Bei einem Betriebsübergang gilt ferner Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 2001/23/EG¹¹². Danach darf der Übergang eines Unternehmens für sich allein kein Grund sein, dass der Veräusserer oder der Erwerber eine Kündigung ausspricht. Eine Kündigung bleibt aber erlaubt, wenn sie aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung zur Folge haben, erfolgt¹¹³. Die Richtlinien betreffend Gleichbehandlung von Mann und Frau in Fragen von Beschäftigung und Beruf (Richtlinie 2006/54/EG und Richtlinie 2000/78/EG) sowie die Richtlinie gegen Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Richtlinie 2000/43/EG) überlassen es den Mitgliedstaaten zu regeln, wie Verletzungen des nationalen Rechts sanktioniert werden, das im Rahmen der Umsetzung dieser Richtlinien erlassen worden ist. Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen, müssen allerdings wirk-

¹¹⁰ In seinem Bericht von 1972 (Ziff. III, 2) äusserte sich der Bundesrat mit Blick auf das damals geltende Recht und einen bereits hängigen parlamentarischen Vorstoss nicht zur Frage der Ratifikation. Die Motion Levrat (06.3569) "Ratifizierung des Übereinkommens Nr. 135 der IAO" wurde am 20. März 2009 abgeschrieben, nachdem der Nationalrat am 18. September 2008 bereits entschieden hatte, der Pa.Iv. Levrat (07.474) "Besserer Schutz der Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter" keine Folge zu geben (AB 2008 N 1182).

¹¹¹ Vgl. Richtlinie 75/129/EWG des Rates vom 17. Februar 1975 und Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. L 48 vom 22.2.1975, S. 29 f., und ABl. L 225 vom 12.8.1998, S. 16 ff..

¹¹² Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. L 82 vom 22.3.2001, S. 82 ff.. Diese Richtlinie ersetzt die Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977, ABl. L 61 vom 5.3.1977, S. 26 ff., in der Fassung der Richtlinie 98/50/EG des Rates 29. Juni 1998, ABl. L 201 vom 17.7.1998, S. 88 ff..

¹¹³ Zur Tragweite dieser Bestimmung vgl. das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 11. Juni 2009, Rechtssache C-561/07, Kommission gegen Italien, Rdz. 35; Urteil vom 12. März 1998, Rechtssache C-319/94, Dethier Equipement, Rdz. 35

sam, verhältnismässig und abschreckend sein¹¹⁴. Im Übrigen beziehen sich die Richtlinien bloss darauf, die Voraussetzungen einer rechtmässigen Kündigung zu umschreiben. Schliesslich verlangen die Richtlinien einen besonderen Schutz im Fall von Retorsionsmassnahmen seitens des Arbeitgebers¹¹⁵.

Mehrere europäische Richtlinien handeln schliesslich von der Mitwirkung der Arbeitnehmer. Nach Artikel 7 der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft¹¹⁶ haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass die Arbeitnehmervertreter bei der Ausübung ihrer Funktion einen ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten geniessen, damit sie die ihnen übertragenen Aufgaben in angemessener Weise wahrnehmen können. In einer weiteren Richtlinie ist die Einrichtung eines Europäischen Betriebsrats vorgesehen bzw. ein anderweitiges Verfahren der Unterrichtung und Anhörung bei Unternehmen und Unternehmensgruppen, die gemeinschaftsweit operieren. Artikel 10 Absatz 3 der Richtlinie 2009/38/EG¹¹⁷ verlangt dabei, dass die Arbeitnehmer, die als Arbeitnehmervertreter tätig sind, von einem ähnlichen Schutz und ähnlichen Garantien profitieren, wie sie die nationale Gesetzgebung oder die nationalen Gepflogenheiten auch für die eigenen Arbeitnehmervertreter kennen.

Diese Vorlage, die auf eine Verbesserung des Kündigungsschutzes zielt, ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

1.5.3 Rechtsvergleich

Frankreich

Die Auflösung des unbefristeten Vertrags ist in Art. L 1231 ff. des *code du travail* geregelt. Diese Bestimmungen sind nach Ablauf der Probezeit anwendbar. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer zu einem vorgängigen Gespräch einladen (Art.

- ¹¹⁴ Artikel 25 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. L 204 vom 26.7.2006, S. 23 ff.; Artikel 17 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 vom 2.12.2000, S. 16 ff.; Artikel 15 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Angleichung des Gleichstellungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180 vom 19.7.2000, S. 22 ff.
- ¹¹⁵ Vgl. Art. 14 Abs. 1 Bst. c und 24 der Richtlinie über die Gleichstellung von Mann und Frau; Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Artikel 11 der Richtlinie über die Chancengleichheit in Arbeits- und Geschäftsbedingungen sowie Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Art. 9 der Richtlinie über die Gleichbehandlung ohne Unterschiede der Rasse oder der ethnischen Herkunft.
- ¹¹⁶ Richtlinie 2002/14/EG des Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. L 80 vom 23.3.2002, S. 29 ff.
- ¹¹⁷ Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. L 122 vom 16.5.2009, S. 28 ff. Ferner: Artikel 10 der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (ABl. L 294 vom 10.11.2001, S. 22 ff.) und Artikel 12 der Richtlinie 2003/72/EG des Rates vom 22. Juli 2003 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (ABl. L 207 vom 28.8.2003, S. 25 ff.).

L 1232-2) und dann gegebenenfalls die Kündigung per eingeschriebenem Brief aussprechen (Art. L 1232-6). Die Kündigung aus wirtschaftlichem Grund ist in Art. L 1233-1 ff. geregelt und muss ebenfalls auf einem tatsächlichen und ernsthaften Grund beruhen (Art. L 1233-2).

Die ordentliche Kündigung (und auch die fristlose), die sich nicht auf einem tatsächlichen und ernsthaften Grund stützt, ist als rechtmisbräuchlich zu qualifizieren. Der Richter kann in diesem Fall die Wiedereinstellung des Arbeitnehmers in den Betrieb vorschlagen (Art. L 1235-3). Wenn eine der Parteien dies ablehnt, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Entschädigung in der Höhe von mindestens sechs (letzten) Monatslöhnen (*ibid*). Diese Regelung ist nicht anwendbar auf Arbeitnehmer, die weniger als zwei Dienstjahre aufweisen und auf diejenigen Betriebe, die in der Regel weniger als elf Mitarbeiter beschäftigen (Art. L 1235-5, Kap. 2). In diesen Fällen kann lediglich Schadenersatz gefordert werden. Die fristlose Kündigung, die ohne Vorliegen eines schweren Verschuldens ausgesprochen wurde, gibt Anspruch auf eine Entschädigung. Jede Kündigung, die ohne Vorliegen eines schweren Verschuldens und nach zwei Dienstjahren ausgesprochen wird, gibt Anspruch auf eine Kündigungsentschädigung (Art. L 1234-9). Die Folgen einer Kündigung aus wirtschaftlichem Grund sind in Art. 1235-7 ff. geregelt.

In bestimmten Fällen sieht das französische Recht vor, dass eine Kündigung von Gesetzes wegen nichtig ist. So in den Fällen einer diskriminierenden Kündigung (Art. L 1132-1- 1132-4), einer Kündigung wegen einer Diskriminierungsklage des Arbeitnehmers (Art. 1134-4 und 1144-3) sowie bei Kündigung im Fall sexueller Belästigung (Art. 1153-1 - 1153-3) oder von Mobbing (Art. 1152-1 bis 1152-3). Kündigungen wegen Anzeige von Diskriminierung, sexueller Belästigung oder Mobbing (Art. L 1132-3, 1152-2 und 1153-3) sowie gutgläubiger Meldung von Korruptionsfällen, von denen der Arbeitnehmer in Ausübung seiner dienstlichen Obliegenheiten Kenntnis erhalten hat (Art. 1161-1), an den Arbeitgeber oder an Justizbehörden seitens des Arbeitnehmers, sind ebenfalls eingeschlossen. Die Kündigung wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit gehört zur Kategorie der diskriminierenden Kündigungen (Art. L 1132-1).

Der zweite Teil des *code du travail* behandelt die kollektiven Arbeitsverhältnisse. Das vierte Buch „Les salariés protégés“ regelt den Schutz der Arbeitnehmer mit Arbeitnehmervertreterbefugnissen und umfasst vier Kapitel. Das erste Kapitel behandelt den Schutz im Fall der Kündigung, das zweite Kapitel den Schutz im Fall der Auflösung eines befristeten Arbeitsvertrages. Unter den 17 Arten von Vertretern, die den Kündigungsschutz genießen, befinden sich der Gewerkschafts- und der Personalvertreter, das gewählte Mitglied des Betriebsrates und der Gewerkschaftsvertreter im Betriebsrat (Art. L 2411-1). Die Gewerkschafts- sowie die Personalvertreter und die Mitglieder des Betriebsrates, die durch Konvention oder kollektive Arbeitsvereinbarung gewählt wurden, sind ebenfalls geschützt (Art. L 2411-2). Die Kündigung dieser Vertreter bedarf der vorgängigen Bewilligung des Arbeitsinspektors (Art. L 2411-3, L 2411-5 und L 2411-8). Der Schutz besteht noch während 12 Monaten nach Beendigung der Tätigkeit als Gewerkschaftsvertreter, wenn diese mindestens ein Jahr gedauert hat. Der gleiche Schutz besteht bis zu sechs Monate nach Beendigung des Mandats des Personalvertreters, des gewählten Mitgliedes oder des Gewerkschaftsvertreters im Betriebsrat, der zwei Jahre zuvor ernannt wurde (*ibid*). Die Arbeitnehmer, die die Organisation der Wahl der Personalvertreter oder in den Betriebsrat verlangen, sowie die Kandidaten an diese Wahlen sind ebenfalls geschützt (Art. L 2411-6, L 2411-7, L 2411-9 und L 2411-10). Der Antrag

auf Bewilligung der Kündigung eines Gewerkschaftsvertreters ist direkt an den Arbeitsinspektor zu adressieren (Art. L 2421-4), während diejenige eines Personalvertreters, eines gewählten Betriebsratsmitgliedes oder eines Gewerkschaftsvertreters im Betriebsrat – wenn die Einrichtung über einen solchen verfügt – zuerst dem Betriebsrat zu unterbreiten ist (Art. L 2421-3). Der Entscheid des Arbeitsinspektors, der die Kündigung bewilligt, kann beim zuständigen Minister und dann beim Verwaltungsgericht angefochten werden (Art. L 2422-1). Wenn diese den Entscheid aufheben, kann der Arbeitnehmer verlangen, dass er in die frühere oder in eine gleichwertige Stelle wiedereingesetzt wird. Dieser hat ebenfalls Anspruch auf eine Entschädigung in der Höhe des Schadens, der ihm zwischen seiner Kündigung und seiner Wiedereinstellung entstanden ist (Art. L 2422-4). Die Nichtbefolgung des Verwaltungsverfahrens kann mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe und 2750 Euro Busse bestraft werden (Art. L 2431-1, L 2432-1 und L 2433-1). Das Kündigungsverfahren (vorgängiges Gespräch sowie Mitteilung) ist auch in diesen Fällen anwendbar.

Deutschland

Der Kündigungsschutz ist hauptsächlich im Kündigungsschutzgesetz (KSchG)¹¹⁸ und im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)¹¹⁹ geregelt. Das KSchG ist nicht anwendbar während den ersten sechs Monaten einer Anstellung (Art. 1 Abs. 1 KSchG). Vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind im Übrigen Betriebe, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden, sowie Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31. Dezember 2003 begonnen hat, wenn der Betrieb zwischen fünf und zehn Arbeitnehmer beschäftigt (Art. 23 Abs. 1 KSchG). Ferner vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind Mitglieder von Organen juristischer Personen, Personen, die zur Vertretung einer Personengesamtheit berufen sind und leitende Angestellte, soweit diese zur selbständigen Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind (Art. 14 KSchG). Ein minimaler Schutz gegen die Kündigung ausserhalb der KSchG besteht gestützt auf Art. 138 BGB (gute Sitten) und auf Art. 242 BGB (Treu und Glauben).

Eine ordentliche Kündigung muss im Sinne von Art. 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein. Eine unbegründete Kündigung ist nicht gültig (Art. 1 Abs. 1 KSchG). Eine fristlose Kündigung, die ohne wichtigen Grund ausgesprochen wird, ist ebenfalls ungültig (Art. 626 des Bürgerlichen Gesetzbuches; BGB)¹²⁰. In jedem Betrieb, der über einen Betriebsrat im Sinne von Art. 1 Abs. 1 BetrVG verfügt – dies ist in der Regel der Fall, wenn dieser mindestens fünf Arbeitnehmer beschäftigt – hat der Arbeitgeber vor jeder Kündigung den Betriebsrat anzuhören und ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen; ansonsten ist die Kündigung ungültig (Art. 102 Abs. 1 BetrVG). Der Betriebsrat muss seine Bedenken spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitteilen (Art. 102 Abs. 2 BetrVG). Er kann unter anderem geltend machen, dass der zu kündigende Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann (Art. 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG). Der Arbeitnehmer muss innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung handeln (Art. 4 KSchG). Vorbehalten bleiben die Ausnahmen in Art. 5 und 6 KSchG. Im gegenteiligen Fall gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam (Art. 7 KSchG).

¹¹⁸ Gemäss Bekanntmachung vom 25. August 1969, BGBl. I 1317.

¹¹⁹ Gemäss Bekanntmachung vom 25. September 2001, BGBl. I 2518.

¹²⁰ Gemäss Publikation vom 2. Januar 2002, BGBl. I 42, 2909; 2003 I 738.

Ist dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, so hat das Gericht auf Antrag des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen. Die gleiche Entscheidung hat das Gericht auf Antrag des Arbeitgebers zu treffen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen (Art. 9 Abs. 1 KSchG). Als Abfindung ist ein Betrag von bis zu zwölf Monatsverdiensten festzusetzen (Art. 10 Abs. 1 KSchG) oder sogar 15 (Arbeitnehmer hat das 50. Lebensjahr vollendet und das Arbeitsverhältnis hat mindestens 15 Jahre bestanden) oder 18 (55 Jahre und das Arbeitsverhältnis hat mindestens 20 Jahre bestanden).

Die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses während des Prozesses wird nicht vor dem Entscheid in erster Instanz ausgesprochen, ausser wenn die Kündigung offensichtlich unbegründet ist¹²¹. Nach der ersten Instanz wird die Wiedereinstellung ausgesprochen, wenn der Entscheid für den Arbeitnehmer vorteilhaft ist. Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäss widersprochen, und hat der Arbeitnehmer Klage erhoben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen gemäss Art. 102 Abs. 5 BetrVG weiterbeschäftigen. Auf Antrag des Arbeitgebers kann das Gericht ihn nämlich von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung nur entbinden, wenn die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint oder die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde oder der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war.

Die Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrats oder der Personalvertretung ist während der Dauer ihrer Amtszeit und bis ein Jahr nach Beendigung nur aus wichtigen Gründen möglich (Art. 15 Abs. 1 und 2 KSchG). Den gleichen Schutz geniessen die Mitglieder eines Wahlvorstands und die Wahlbewerber bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses und während den darauffolgenden sechs Monaten (Art. 15 Abs. 3 KSchG). Die ausserordentliche Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrats, des Wahlvorstands sowie von Wahlbewerbern bedarf der Zustimmung des Betriebsrats (Art. 103 Abs. 1 BetrVG). Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so kann das Arbeitsgericht sie auf Antrag des Arbeitgebers ersetzen (Art. 103 Abs. 2 BetrVG).

Italien

Der Kündigungsschutz ist hauptsächlich in der *Legge 15 luglio 1996, n. 604 „Norme sui licenziamenti individuali“* (Gesetz über die Kündigung) und in der *Legge 20 maggio 1970, n. 300 „Statuto dei lavoratori“* (Gesetz über die Arbeitnehmer) geregelt. Die Kündigung des Arbeitnehmers ist nur möglich aus wichtigen Gründen im Sinne von Art. 2119 des *Codice civile* (fristlos) oder aus einem gerechtfertigten Grund (Art. 1 des Gesetzes über die Kündigung). Die Kündigung und deren Gründe - wenn der Arbeitnehmer dies innert 15 Tagen verlangt - müssen schriftlich ausgesprochen bzw. mitgeteilt werden (Art. 2 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über die Kündigung). Aus der Verletzung dieser formellen Voraussetzungen folgt die Nichtigkeit der Kündigung (Art. 2 Abs. 3 des Gesetzes über die Kündigung). Die Kündigung

¹²¹ BAG, Entscheid vom 27.2.1985, GS 1/84.

kann innert einer Frist von 60 Tagen angefochten werden (Art. 6 des Gesetzes über die Kündigung). Die Folgen einer Kündigung, die ohne wichtigen oder gerechtfertigten Grund ausgesprochen wurde, hängen von der Grösse des Betriebs ab. Wenn der Arbeitgeber mehr als 60 Arbeitnehmer in Italien oder mehr als 15 Arbeitnehmer in einem Betrieb in einer Gemeinde (mehr als fünf in der Landwirtschaft) beschäftigt, muss er den Arbeitnehmer wieder einstellen, ausser wenn der Arbeitnehmer auf die Wiedereinstellung verzichtet und eine Entschädigung verlangt, die maximal 15 Monatslöhne betragen kann (Art. 18 Abs. 1 und 5 des Gesetzes über die Arbeitnehmer). Wenn der Arbeitgeber 60 oder weniger Arbeitnehmer in Italien oder 15 oder weniger (fünf oder weniger in der Landwirtschaft) in einem einzigen Betrieb in einer Gemeinde beschäftigt, kann er den Arbeitnehmer mit einem neuen Vertrag einstellen oder ihm eine Entschädigung zahlen. Die Höhe der Entschädigung kann zwischen zweieinhalb und sechs Monatslöhnen betragen, in Betrieben, die mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigen, bis zu zehn Monatslöhnen ab dem 10. Dienstjahr bzw. bis zu 14 Monatslöhnen ab dem 20. Dienstjahr (Art. 8 über das Gesetz über die Kündigung).

Die Kündigung, die wegen politischen oder religiösen Gründen oder aufgrund der Angehörigkeit zu einer Gewerkschaft oder wegen einer Gewerkschaftstätigkeit ausgesprochen wurde, ist unabhängig von ihrer Begründung nichtig (Art. 4 des Gesetzes über die Kündigung). Dasselbe gilt für eine Kündigung, die aufgrund der Teilnahme an einem Streik oder die gestützt auf eine Diskriminierung wegen politischen Ansichten, Religion, Rasse, Sprache oder Geschlecht ausgesprochen wurde (Art. 15 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 des Gesetzes über die Arbeitnehmer).

Das italienische Recht sieht ebenfalls eine Abgangsentschädigung im Fall der Kündigung vor.

Österreich

Der Kündigungsschutz ist hauptsächlich im Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG)¹²² geregelt. Nicht anwendbar ist dieses auf die Betriebe der Land- und Forstwirtschaft, auf die privaten Haushalte (Art. 33 Abs. 2 Ziff. 1 und 5 ArbVG) sowie für Mitglieder eines Organs einer juristischen Person, die zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen sind, und leitende Angestellte, denen massgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht (Art. 36 Abs. 2 Ziff. 1 und 3 ArbVG). In jedem Betrieb, in dem dauernd mindestens fünf stimmberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden, sind von der Arbeitnehmerschaft Organe zu bilden (Art. 40 Abs. 1 ArbVG). Der Betriebsinhaber hat vor jeder Kündigung eines Arbeitnehmers den Betriebsrat zu verständigen, der innerhalb von fünf Arbeitstagen hiezu Stellung nehmen kann (Art. 105 Abs. 1 ArbVG). Der Betriebsinhaber hat auf Verlangen des Betriebsrates mit diesem über die Kündigung zu beraten (Art. 105 Abs. 2). Eine vor Ablauf dieser Frist ausgesprochene Kündigung ist rechtsunwirksam, es sei denn, der Betriebsrat habe bereits eine Stellungnahme abgegeben (Art. 105 Abs. 2 zweiter Satz). Wenn sich der Betriebsrat der Kündigung widersetzt hat, kann er diese anfechten. Wenn dies nicht der Fall ist, oder wenn er keine Stellungnahme über die Kündigung abgegeben hat, dann kann der Arbeitnehmer selber handeln. Die ordentliche Kündigung kann gestützt auf die ungerechtfertigten Gründe angefochten werden, die im Gesetz aufgelistet werden, namentlich die Mitgliedschaft oder die Tätigkeit in Gewerkschaften (Art. 105 Abs. 3 Ziff. 1 lit. a und b), die Teilnahme an Wahlen im Betrieb,

¹²² Stammfassung BGBl. Nr. 22/1974.

die Bewerbung um eine Mitgliedschaft oder eine frühere Tätigkeit im Betriebsrat (Art. 105 Abs. 3 Ziff. 1 lit. d e und f). Die ordentliche Kündigung kann auch angefochten werden, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Sozial ungerechtfertigt ist eine Kündigung, die wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt, es sei denn, der Betriebsinhaber erbringt den Nachweis, dass die Kündigung wegen Umständen, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind oder Gründen, die den Interessen des Betriebes entgegenstehen, gerechtfertigt ist (Art. 105 Abs. 3 Ziff. 2 lit. a und b). Eine sozial ungerechtfertigte Kündigung ist nichtig (Art. 105 Abs. 7). Das österreichische Recht sieht ebenfalls eine Abgangsentschädigung im Fall der Kündigung vor.

Eine fristlose Kündigung ist aus wichtigen Gründen möglich (Art. 1162 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, ABGB). Wenn wichtige Gründe fehlen, kann die Kündigung gestützt auf Art. 105 Abs. 3 ArbVG angefochten werden (Art. 106 Abs. 2 ArbVG). Der Betriebsinhaber hat den Betriebsrat über jede Entlassung eines Arbeitnehmers unverzüglich zu benachrichtigen und innerhalb von drei Tagen nach erfolgter Benachrichtigung auf Verlangen des Betriebsrates mit diesem die Entlassung zu beraten (Art. 106 Abs. 1 ArbVG).

Mitglieder des Betriebsrates genießen einen verstärkten Schutz gegen die Kündigung. Mitglieder des Betriebsrates dürfen nur nach vorheriger Zustimmung des Gerichts gekündigt oder entlassen werden (Art. 120 Abs. 1 ArbVG). Das Gericht darf einer Kündigung nur zustimmen, wenn das Betriebsratsmitglied die ihm auf Grund des Arbeitsverhältnisses obliegenden Pflichten beharrlich verletzt und dem Betriebsinhaber die Weiterbeschäftigung aus Gründen der Arbeitsdisziplin nicht zugemutet werden kann (Art. 121 Ziff. 3). Im Übrigen darf es nur zustimmen, wenn das Betriebsratsmitglied dauerhaft unfähig wird, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten und dem Betriebsinhaber die Weiterbeschäftigung oder die Erbringung einer anderen Arbeitsleistung durch das Betriebsratsmitglied, zu deren Verrichtung sich dieses bereit erklärt hat, nicht zugemutet werden kann (Art. 121 Ziff. 2). Weiter darf das Gericht nur zustimmen, wenn der Betriebsinhaber im Falle einer dauernden Einstellung oder Einschränkung des Betriebes oder der Stilllegung einzelner Betriebsabteilungen das betroffene Betriebsratsmitglied trotz dessen Verlangens an einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigen kann (Art. 121 Ziff. 1). Der fristlosen Kündigung kann nur gestützt auf die vom Gesetz aufgelisteten Gründe zugestimmt werden (Art. 122 Abs. 1 Ziff. 1-5) und nur wenn für den Betriebsinhaber die Weiterbeschäftigung des Betriebsratsmitgliedes nicht zumutbar ist (Art. 122 Abs. 2). In den Fällen von Ziff. 2 bis 5 kann die Entlassung des Betriebsratsmitgliedes gegen nachträgliche Einholung der Zustimmung des Gerichts ausgesprochen werden (Art. 122 Abs. 3).

Vereinigte Staaten

Das US-amerikanische Recht kennt keine spezielle Gesetzgebung, die sich mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen oder dem Schutz von Arbeitnehmern vor ungerechtfertigter Entlassung befasst, mit Ausnahme des Bundesstaates Montana, welcher im Jahr 1987 den *Wrongful Discharge from Employment Act* eingeführt hat, und dem Bundesstaat Arizona, welcher im Jahr 1996 den *Employment Protection Act* erliess. Die Beendigung des Arbeitsvertrages wird von der *at will doctrine* bzw. der Freiheit, den Vertrag ohne Grund aufzulösen, beherrscht. Diese Freiheit untersteht allerdings bestimmten Ausnahmen. Als Erstes schützen die Gesetze, welche

Diskriminierungen verbieten, in gleicher Weise auch vor Entlassungen. So ist es untersagt, eine Entlassung wegen Rasse, Hautfarbe, Nationalität, Geschlecht, Religion, Alter oder Behinderung auszusprechen¹²³. Die gleichen Gesetze verbieten es auch, eine Entlassung auszusprechen als Vergeltungsmassnahme gegen eine Beschwerde des Arbeitnehmers wegen Diskriminierung. Die Arbeitnehmer, welche unzulässige Handlungen anzeigen, profitieren zudem vom Schutz gegen Vergeltungsmassnahmen in den verschiedenen für bestimmte Bereiche erlassenen Spezialgesetzen, wovon das wichtigste der *Sarbanes-Oxley Act* aus dem Jahr 2002 ist¹²⁴. Der Arbeitnehmer, der im Sinne dieser Gesetze unrechtmässig entlassen worden ist, kann wieder eingestellt werden und erhält Lohnnachzahlungen für die Zeit seit der Entlassung¹²⁵.

Im Weiteren haben die Gerichte eine Reihe von Ausnahmen zum Grundsatz entwickelt, wonach das Arbeitsverhältnis ohne Grund aufgelöst werden kann. Die wichtigsten Ausnahmen lassen sich in drei Kategorien einteilen¹²⁶. Die Ausnahme aufgrund öffentlicher Interessen (*public policy*) erlaubt es, die Rechtmässigkeit einer Entlassung im Lichte ausdrücklich festgehaltener öffentlicher oder Kollektivinteressen zu überprüfen, wobei sich die meisten Bundesstaaten auf Grundsätze der Verfassung, des Gesetzes sowie von Normen, die von den Verwaltungsbehörden erlassen wurden, beschränken. Diese Ausnahme gilt in der Mehrzahl der US-amerikanischen Bundesstaaten. Die zweite Ausnahme beruht auf der Annahme einer impliziten Vertragsabrede, welche festhält, dass die Kündigung nur aus gerechtfertigten Gründen erfolgen darf. Diese Ausnahme behält die Vertragsfreiheit der Parteien vor, da der Arbeitgeber frei ist, eine Vertragsklausel vorzuschlagen, die explizit ein Kündigungsrecht ohne Grund vorsieht. Auch diese Ausnahme findet in den meisten Bundesstaaten Anwendung. Die dritte Ausnahme, die nur in einer Minderheit der Bundesstaaten gilt, besteht in der Annahme einer ungeschriebenen Verpflichtung, das eigene Verhalten nach Treu und Glauben und am allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken (*fair dealing*) auszurichten. Entsprechend der Auslegung, wie sie von den Gerichten vorgenommen wird, kann dieser Grundsatz zur Folge haben, dass ein zulässiges Motiv für die Entlassung erforderlich ist oder dass Entlassungen aus bösem Willen oder mit Schädigungsabsicht unzulässig sind. Diese Ausnahmen, sofern sie zugelassen werden, führen zu einem Anspruch auf Wiedergutmachung, der darin bestehen kann, dass der Arbeitnehmer wieder an seinem Arbeitsplatz eingestellt werden muss, dass ihm Lohnnachzahlungen geleistet werden müssen und dass ihm Schadenszinsen oder eine Genugtuungszahlung oder auch ein Strafschadenersatzanspruch zusteht, sofern ein Vorsatz nachgewiesen werden kann¹²⁷.

Eine Regelung der Gewerkschaftsrechte und der Kollektivverhandlungsrechte findet sich im *National Labor Relations Act* von 1935¹²⁸. Kein Arbeitgeber darf die Ein-

¹²³ *Civil Rights Act* von 1964 (42 USC (USC) Kapitel 21); *Age Discrimination in Employment Act* von 1967 (29 USC Kapitel 14); *Americans with Disabilities Act* von 1990 (42 USC Kapitel 126).

¹²⁴ Zu diesem letzten Punkt vgl. den Begleitbericht zum Vorentwurf zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz)), Kapitel 1.6.3

¹²⁵ Beispielsweise *Civil Rights Act* von 1964, 42 USC 2000e-5, lit. g, Kap. 1; *Sarbanes-Oxley Act*, 18 USC 1504, c, 2, A et B

¹²⁶ Vgl. zu diesen Ausnahmen: Charles J. Muhl, The employment-at-will doctrine: three major exceptions, *Monthly Labor Review*, Januar 2001, 3 ff.

¹²⁷ ILO, Profiles of National Legislation, UNited States of America, <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/countries/usa.htm>

¹²⁸ 29 USC, Kapitel 7, Unterkapitel II

stellung von Mitarbeitern oder die Weiteranstellung im Betrieb von der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer Gewerkschaft abhängig machen, und er darf sie nicht entlassen oder auf andere Weise diskriminieren, wenn sie gestützt auf dieses Gesetz vorgehen¹²⁹. Sofern das diskriminierende Verhalten darin besteht, dass der Arbeitnehmer entlassen wurde, kann dieser die Wiedereinstellung in die frühere Position und eine Lohnnachzahlung verlangen¹³⁰.

Grossbritannien

Abschnitt 10 des *Employment Rights Act 1996* regelt die Voraussetzungen und die Konsequenzen einer ungerechtfertigten Entlassung eines Arbeitnehmers (*unfair dismissal*). Die betreffenden Normen sind anwendbar auf die ordentliche als auch auf die fristlose Kündigung (Art. 95 Abs. 1 Bst. a). Das Recht, nicht missbräuchlich entlassen zu werden, wie es in Artikel 94 vorgesehen ist, kommt freilich nur dann zur Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis bis zu dessen Beendigung mindestens zwei Jahre gedauert hat (Art. 108 Abs. 1). Dabei sind aber Ausnahmen vorgesehen, namentlich wenn es um die Kündigung von Arbeitnehmervertretern geht (Art. 108 Abs. 3 Bst. c und f) oder wenn es sich um den *trustee* einer Pensionskasse handelt (Art. 108 Abs. 3 lit. e).

Die Artikel 98 bis 107 definieren den Begriff der missbräuchlichen Kündigung. Artikel 98 enthält eine Generalklausel und die Artikel 99 ff. nennen besondere Gründe, die vom Gesetz als missbräuchlich angesehen werden. So ist die Entlassung missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer seine Aufgabe als Vertreter der Arbeitnehmer für Sicherheit und Gesundheitsschutz oder als Mitglied eines Ausschusses für Sicherheit wahrgenommen hat (Art. 100 Abs. 1 Bst. b). Das Gleiche gilt für die Tätigkeit als *trustee* einer Pensionskasse (Art. 102) und als Vertreter der Arbeitnehmer oder Bewerber für die Vertretung der Arbeitnehmer im Rahmen eines Konsultationsverfahrens gemäss Teil IV, Kapitel II des *Trade Union and Labor Relations Act* von 1992 oder nach den *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* von 1981 (Art. 103). Darüber hinaus qualifiziert Artikel 152 des *Trade Union and Labor Relations Act* von 1992 eine Entlassung dann als missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird wegen Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft oder gewerkschaftlicher Aktivitäten. Die in der Regel für die Anwendbarkeit der Kündigungsschutzbestimmungen erforderliche Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses kommt in diesen Fällen nicht zur Anwendung (Artikel 154).

Sofern die Entlassung als missbräuchlich qualifiziert wird, hat das Gericht die Möglichkeit, die Wiedereinsetzung in den gleichen oder einen anderen Arbeitsplatz anzuordnen (Art. 112 Abs. 1-3, 113). Ist dies nicht möglich, ordnet es die Zahlung von Schadenersatz an (Art. 112 Abs. 4). Mit der Wiedereinsetzung wird der Arbeitnehmer in der Position eingesetzt, die er hätte, wenn er nicht entlassen worden wäre, und es steht ihm zudem ein Anspruch auf Bezahlung desjenigen Betrages zu, den er während der Zeit zwischen der Entlassung und der Wiedereinsetzung normalerweise verdient hätte (Art. 114 Abs. 1 und 2 Bst. a). Soll er an einem anderen Arbeitsplatz eingesetzt werden, muss dieser mit dem bisherigen Arbeitsplatz vergleichbar oder angemessen sein (Art. 115 Abs. 1). Das Gericht prüft zuerst die Wiedereinsetzung und berücksichtigt dabei die Wünsche des Arbeitnehmers sowie die Durchführbarkeit einer solchen Massnahme für den Arbeitnehmer sowie ein allfälliges Mitver-

¹²⁹ 29 USC 158, a, 3 und 4

¹³⁰ 29 USC 160, c

schulden des Arbeitnehmers (Art. 116 Abs. 1). Es untersucht anschliessend die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz anhand der gleichen Kriterien (Art. 116 Abs. 2 und 3). Es berücksichtigt zudem den Umstand, dass bereits ein neuer Mitarbeiter für die betroffene Stelle angestellt wurde, wobei der Arbeitgeber nachzuweisen hat, dass dies notwendig gewesen ist (Art. 116 Abs. 4 und 5). Der Anspruch auf Wiedereinsetzung oder auf Einstellung an einem neuen Arbeitsplatz können allerdings nicht real vollstreckt werden. Hält sich der Arbeitgeber nicht an die betreffende Anordnung, muss er Schadenersatz in der Höhe bezahlen, die er zu leisten hätte, wenn eine Wiedereinsetzung bzw. eine Einstellung an einer neuen Stelle nicht ausgesprochen worden wäre. Hinzu kommt in diesem Fall ausserdem eine zusätzliche Entschädigung (Art. 117 Abs. 1-4).

Vorsorgliche Massnahmen sind anwendbar im Falle der missbräuchlichen Entlassung von Arbeitnehmern und *trustees* im Sinne der dargestellten Art. 100, 102 und 103 (Art. 128 Abs. 1 Bst. b) sowie im Fall der Entlassung wegen Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft oder gewerkschaftlicher Aktivitäten (Art. 161 *Trade Union and Labor relations Act*). Es handelt sich dabei um ein vorsorgliches Massnahmeverfahren, das auf einer Betrachtung *prima facie* des Falles beruht. Das Gericht kann, soweit angebracht, die Wiedereinsetzung, die Einstellung an einem vergleichbaren Arbeitsplatz oder die Weiterführung des Arbeitsvertrages bis zur Beendigung des Verfahrens anordnen. Diese Weiterführung des Arbeitsvertrages beschränkt sich allerdings auf die Lohnfortzahlung. Das englische Recht kennt keine Realvollstreckung von Nichtgeldleistungsansprüchen. Dabei handelt es sich um ein allgemeines Prinzip des *common law*. Das Gericht kann deshalb die Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer nicht erzwingen, da die Beziehung zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages als höchstpersönlich angesehen wird¹³¹.

2 **Kommentar**

Art. 336 Abs 2 Bst. b und Abs. 4

Gemäss *Abs. 2 Bst. b* sind nur Gründe als berechtigter Anlass zur Kündigung anzusehen, die mit der Person des Arbeitnehmenden im Zusammenhang stehen. Diese Formulierung muss zusammen mit Art. 335d OR gelesen werden, der Massenentlassungen als Kündigungen definiert, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmenden stehen. Arbeitnehmervertreter kommen so auch im Fall einer Massenentlassung im Sinn von Art. 335d OR in den Genuss des Kündigungsschutzes. Gerade in diesem Fall geht es ganz besonders um wirtschaftliche Gründe.

Abs. 4 erlaubt, den unter Art. 336 Abs. 1 bis 3 vorgesehenen Schutz durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag zu verbessern. Diese Verbesserung kann für beide Parteien gleichermassen nützlich sein, so dass ein besserer paritätischer Schutz erzielt wird. Ein besserer Schutz kann aber auch nur zu Gunsten des Arbeitnehmers ausfallen. Diese zweite Möglichkeit entspricht der Regel von Art. 362 OR.

¹³¹ Siehe zu dieser Frage Lang, Anna-Naomi, Arbeitsrechtliche Kündigungsschutzsysteme und ihre Sanktionen - Ein Vergleich des englischen, deutschen und schweizerischen Rechts, Diss. Basel 2004, S. 178-179

Art. 336a Abs. 2 und Abs. 4

Abs. 2 schlägt vor, den Höchstbetrag der Entschädigung auf zwölf Monatslöhne zu erhöhen. Im Übrigen bleibt die unter dem geltenden Recht entwickelte Rechtsprechung einschlägig. Die Gerichte haben ihre Praxis deshalb nicht zu ändern. Das Gericht bleibt frei, die Entschädigung unter Würdigung aller Umstände des zur Beurteilung anstehenden Falls zu bemessen. So können weiterhin schwerwiegende Fälle durch Entschädigungen geahndet werden, die nahe beim Höchstbetrag liegen oder diesem entsprechen. Sie trägt damit dem Anliegen Rechnung, den Kündigungsschutz zu verbessern und die strafende und wiedergutmachende Funktion der Entschädigung auszuschöpfen. Umgekehrt kann bei einem höheren Maximalbetrag auch Gesichtspunkten wie der schwachen Finanzkraft des Arbeitgebers besser Rechnung getragen werden.

Abs. 4 entspricht Art. 336 Abs. 4 VE-OR. Er erlaubt den Parteien oder den Sozialpartnern, für beide Parteien oder nur für den Arbeitnehmer günstigere Lösungen zu vereinbaren.

Art. 337c Abs. 3

Wie in Art. 336a Abs. 2 VE-OR wird der Höchstbetrag der Entschädigung bei einer Kündigung ohne wichtigen Grund auf zwölf Monatslöhne erhöht. Auch hier bleibt die Rechtsprechung zum geltenden Recht einschlägig, und die Entschädigung ist nach freiem Ermessen des Gerichts im Rahmen des gesetzlichen Höchstbetrages festzulegen.

Art. 361 und 362

Der Vorentwurf schlägt vor, auf den absolut zwingenden Charakter der Art. 336 und 336a OR zu verzichten. Damit werden für beide Parteien oder nur für die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer günstigere vertragliche Lösungen möglich (Art. 336 Abs. 4 und 336a Abs. 4 VE-OR).

Der Vorentwurf schlägt ebenfalls vor, Art. 337c Abs. 3 OR in die Liste von Art. 362 OR aufzunehmen. Damit wird der relativ zwingende Charakter dieser Bestimmung, der heute anerkannt ist, explizit bestätigt.

Art. 5 Abs. 4 GIG

Der Höchstbetrag der Entschädigung bei diskriminierender Kündigung oder sexueller Belästigung wird von sechs auf zwölf Monate erhöht. Diese Entschädigung wurde bereits früher in Anlehnung an Art. 336a Abs. 1 und 2 OR festgelegt.

Der Höchstbetrag von drei Monatslöhnen wegen Diskriminierung bei Ablehnung einer Anstellung wird nicht geändert. Bei der Annahme des Gleichstellungsgesetzes hat der Gesetzgeber bewusst zwischen diesen Fällen und der Diskriminierung im Fall der Kündigung oder bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz unterschieden, weil bei der Anstellung noch kein Vertragsverhältnis vorliegt¹³².

¹³² AB 1985 N 194 ff.; AB 1985 S 318

3 Folgen

Die vorgesehenen Änderungen des OR betreffen vor allem die Privatwirtschaft. Es sind keine Folgen für Bund, Kantone und Gemeinden zu erwarten. Die Arbeitnehmenden dieser Gemeinwesen unterliegen dem Personalrecht des Bundes und der betroffenen Kantone und Gemeinden.

Die wirtschaftlichen Folgen können nicht genau beziffert werden. Die Erhöhung des Maximalbetrages sollte von missbräuchlichen und ungerechtfertigten Kündigungen abhalten, was den Gesamtbetrag der hierfür zu zahlenden Entschädigungen vermindern sollte. Die einzelnen Entschädigungen können indes höher ausfallen.

Eine schärfere Sanktion lässt erwarten, dass sich die Wirtschaftsakteure wieder verstärkt an den Regeln über den Kündigungsschutz orientieren. Damit wird verhindert, dass sich weniger gewissenhafte Arbeitgeber ungerechtfertigte Vorteile gegenüber gewissenhaften Arbeitgebern verschaffen.

Das Verbot, Arbeitnehmervertretern aus wirtschaftlichen Gründen kündigen zu können, dürfte die Fähigkeit der Unternehmen, sich der Marktlage anzupassen, kaum beeinträchtigen, weil dieser erweiterte Kündigungsschutz nur für wenige Personen gilt, weil sich diese Personen anderweitig beschäftigen lassen oder weil das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst werden kann.

Die den Sozialpartnern und den Parteien eingeräumte Möglichkeit, den Kündigungsschutz zu erweitern, macht den Weg für beidseitig annehmbare Lösungen frei, was sich positiv auswirken sollte.

4 Verhältnis zur Legislaturplanung und zum Finanzplan

Der Bundesrat hat sich zur Ausarbeitung dieses Vorentwurfs entschieden, als er von den Ergebnissen der Vernehmlassung zum Vorentwurf der Teilrevision des Obligationenrechtes (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz) Kenntnis genommen hat. Ein entsprechendes Vorhaben ist in der Legislaturplanung 2007 bis 2011 nicht vorgesehen.

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Gemäss Art. 122 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts Sache des Bundes.

5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Der Bundesrat vertritt die Ansicht, dass das schweizerische Recht mit den Erfordernissen des Übereinkommens Nr. 98 der IAO vereinbar ist (vgl. Ziff. 1.1.2). Ausserdem entspricht dieser Vorentwurf den Empfehlungen des IAO-Ausschusses für Gewerkschaftsfreiheit. Im Übrigen widerspricht der Vorentwurf keinen internationalen Verpflichtungen, die die Schweiz eingegangen ist.

5.3 Erlassform

Die vorliegende Änderung des Obligationenrechtes bedarf des Erlasses eines Bundesgesetzes.

5.4 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Es ist keine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vorgesehen.

Anhang

Obligationenrecht (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung)

Änderung vom ...

*Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom ...¹³³,
beschliesst:*

Das Obligationenrecht¹³⁴ wird wie folgt geändert:

Art. 336 Abs. 2 Bst. b und Abs. 4 (neu)

² Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist im Weiteren missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird:

- b. während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist, und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten, in der Person des Arbeitnehmers liegenden Anlass zur Kündigung hatte.

⁴ Von den Absätzen 1–3 kann durch Gesamtarbeitsvertrag, Normalarbeitsvertrag oder Abrede abgewichen werden, wenn die Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers erfolgt oder sie für diesen und den Arbeitgeber in gleicher Weise günstiger ist.

Art. 336a Abs. 2, erster Satz, und Abs. 4 (neu)

² Die Entschädigung wird vom Gericht unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für zwölf Monate entspricht.

⁴ Von den Absätzen 1–3 kann durch Gesamtarbeitsvertrag, Normalarbeitsvertrag oder Abrede abgewichen werden, wenn die Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers erfolgt oder sie für diesen und den Arbeitgeber in gleicher Weise günstiger ist.

SR

133 BBl ...

134 SR 220

Art. 337c Abs. 3

³ Das Gericht kann den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für zwölf Monate nicht übersteigen. Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel bleiben vorbehalten.

Art. 361 Abs. 1

Zeile zu Art. 336 und Zeile zu Art. 336a streichen

Art. 362 Abs. 1

Zeile zu Art. 337c ersetzen durch:

Artikel 337c Absätze 1 und 3 (Folgen bei ungerechtfertigter Entlassung)

II

Änderung bisherigen Rechts

Das Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995¹³⁵ wird wie folgt geändert:

Art. 5 Abs. 4 dritter Satz

⁴ Die Entschädigung bei Diskriminierung in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses nach Absatz 2 und bei Diskriminierung durch sexuelle Belästigung nach Absatz 3 darf den Betrag nicht übersteigen, der zwölf Monatslöhnen entspricht.

III

¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

² Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.