



Aargauische Industrie- und  
Handelskammer

Entfelderstrasse 11, Postfach  
CH-5001 Aarau

Schweizerischer Arbeitgeberverband  
Frau Ruth Derrer Balladore  
Hegibachstrasse 47  
8032 Zürich

**per E-Mail an: [derrer@arbeitgeber.ch](mailto:derrer@arbeitgeber.ch)**

Ort, Datum  
Aarau, 25. November 2010  
F:\10\_POLITIK\Vernehmlassungen\2010\Sanktionen.doc

Ansprechperson  
Philip Schneider

Telefon direkt  
062 837 18 04

E-Mail  
[philip.schneider@aihk.ch](mailto:philip.schneider@aihk.ch)

## **Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung)**

### **Stellungnahme zum Vorentwurf**

Sehr geehrte Frau Derrer Balladore, liebe Ruth

Wir danken Ihnen für die uns mit Schreiben vom 15. Oktober 2010 eingeräumte Möglichkeit zur Stellungnahme zur oben genannten Vorlage.

Gerne nehmen wir zur geplanten Teilrevision des OR Stellung.

#### **1. Erhöhung der Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung – Art. 336a Abs. 2 erster Satz OR, Art. 5 Abs. 4 dritter Satz GIG und Art. 337c Abs. 3 OR (neu)**

##### **A) Die Erhöhung träfe die Falschen**

Das geltende Recht sieht in Art. 336a OR und in Art. 5 Abs. 4 dritter Satz GIG sowie in Art. 337c Abs. 3 OR als Rechtsfolge für den Fall einer missbräuchlichen Kündigung bzw. ungerechtfertigten fristlosen Entlassung eine Entschädigung in Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen vor. Die Entschädigung dient der Wiedergutmachung des vom Arbeitnehmer erlittenen Unrechts und der Bestrafung der Arbeitgeberin. Die Bestrafung der Arbeitgeberin soll ihrerseits namentlich präventive (abschreckende) Wirkung haben.

Nach Ansicht des Bundesrats gibt es Fälle, in denen eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen zu tief ist. So habe das Bundesgericht mehrere Fälle beurteilen müssen, in denen die Kündigung, welche die Arbeitgeberin ausgesprochen hatte, in grober Weise missbräuchlich sei. Namentlich erwähnt wird vom Bundesrat der Fall eines Arbeitnehmers, der nach 44 Dienstjahren wenige Monate vor Erreichen des AHV-Rentenalters entlassen wurde, nachdem sich der Arbeitnehmer, der eine überdurchschnittlich hohe Anzahl unproduktiver Arbeitsstunden aufgewiesen hatte, – möglicherweise zu Recht – gegen Rationalisierungsmassnahmen gewehrt hatte (BGE 132 III 115).

Angesichts der vom Bundesgericht beurteilten Fälle vermutet der Bundesrat, dass gewisse Arbeitgeberinnen das Urteil, eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung bezahlen zu müssen, unabhängig von der Höhe der Entschädigung bewusst in Kauf nehmen. Gewisse Arbeitgeberinnen könnten eine Entschädigung in Höhe von sechs Monatslöhnen offenbar «aus der Portokasse» bezahlen.

Die Vermutung des Bundesrats steht auf eher tönernen Füßen; denn eine Arbeitgeberin, die eine Entschädigung in Höhe von sechs Monatslöhnen bewusst in Kauf nimmt, wird einen Fall kaum über mehrere Instanzen bis vor Bundesgericht ziehen. Hat die Vermutung des Bundesrats eine unsichere Grundlage, so zieht der Bundesrat aus seiner Vermutung aber auch die falschen Schlüsse:

Gerade um auf Kündigungen, die in grober Weise missbräuchlich sind, angemessen reagieren zu können, hat das Bundesgericht die Praxis entwickelt, dass in krassen Fällen zusätzlich zur Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR (bzw. Art. 5 Abs. 3 GIG) eine Genugtuung im Sinne von Art. 47 oder 49 OR geschuldet ist (BGer 4C.50/2005; BGer 4C.177/2003; BGer JAR 2000, 276; BGer JAR 1998, 199). Die Höhe der Genugtuung ist gesetzlich nicht begrenzt. Für die krassen Fälle, auf welche die Vorlage des Bundesrats zielt, sieht daher bereits das geltende Recht angemessene Rechtsfolgen vor. Entgegen den Ausführungen des Bundesrats im Erläuternden Bericht zur Vorlage kann eine Entschädigung in Höhe von sechs Monatslöhnen übrigens nicht bereits deshalb zu tief sein, weil es «schwierig [ist], 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». Die Entschädigung lässt sich nämlich nicht in einen wieder gut machenden Teil und in einen bestrafenden Teil aufspalten. Die *ganze* Entschädigung dient vielmehr *gleichzeitig* der Wiedergutmachung des vom Arbeitnehmer erlittenen Unrechts und der Bestrafung der Arbeitgeberin. Mit *einer* Entschädigung werden schlicht *mehrere* Zwecke verfolgt.

Da für krasse Fälle bereits das geltende Recht angemessene Rechtsfolgen vorsieht, kann der Erhöhung des Höchstbetrags der Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zwar nicht die vom Bundesrat beabsichtigte Wirkung zukommen. Sie hätte aber – was der Bundesrat übersieht – unweigerlich zur Folge, dass namentlich mittelschwere Fälle, welche die Vorlage gar nicht im Auge hat, erheblich schärfer sanktioniert werden: Beträgt der Höchstbetrag der Entschädigung sechs Monatslöhne, so ist in einem mittelschweren Fall – wenn man beispielsweise der Praxis der Basler Gerichte folgt (z.B. AppGer Basel-Stadt, JAR 2004, 436) – eine Entschädigung von drei Monatslöhnen angemessen, sofern keine besonderen Fallumstände nach einer höheren oder tieferen Entschädigung verlangen. Beträgt der Höchstbetrag der Entschädigung hingegen zwölf Monatslöhne, so kann konsequenterweise bloss eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen angemessen sein.

Es gibt viele KMU, die eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung – wie hoch sie auch immer sein mag – nicht «aus der Portokasse» bezahlen können. Aber nur wenige KMU verfügen über eine aufgeblähte Rechtsabteilung, die das Risiko, dass sich eine Kündigung als missbräuchlich erweist, einigermassen zuverlässig abzuschätzen vermag.

## B) Die Erhöhung käme zur falschen Zeit

Es mag Fälle geben, in denen die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung, die dem Arbeitnehmer von einem Gericht zugesprochen wird, eher (zu) tief ausfällt. Bei einer genauen Analyse der Rechtslage muss jedoch berücksichtigt werden, dass die Entschädigungen deshalb so tief ausfallen, weil die Arbeitnehmer erfahrungsgemäss nur selten den Höchstbetrag von sechs Monatslöhnen einklagen: Das Bundesgericht verlangt die Bezifferung des Rechtsbegehrens auch in Fällen, in denen um die Missbräuchlichkeit einer Kündigung gestritten wird (BGE 131 III 243). Um ihr Prozessrisiko zu minimieren, klagen Arbeitnehmer daher oft bloss zwei bis drei Monatslöhne ein. Auf Grund der Dispositionsmaxime bleibt den Gerichten dann nichts anderes übrig, als den Arbeitnehmern höchstens zwei oder drei Monatslöhne zuzusprechen.

Mit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) am 1. Januar 2011 dürfte sich die Rechtslage ändern. Angesichts von Art. 85 ZPO ist jedenfalls absehbar, dass das Bundesgericht seine Praxis zur Bezifferung des Rechtsbegehrens überdenken wird. Ob es in Zukunft noch Fälle geben wird, in denen die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung, die dem Arbeitnehmer von einem Gericht zugesprochen wird, eher (zu) tief ausfällt, bleibt daher abzuwarten. Die Vermutung, dass sich die beabsichtigte Erhöhung der Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung als überflüssig erweisen wird, steht jedenfalls im Raum. Die AIHK schlägt deshalb vor, auf jeden Fall zunächst die ersten Erfahrungen mit Art. 85 ZPO abzuwarten und sodann die Rechtslage neu zu beurteilen, bevor eine Erhöhung des Höchstbetrags der Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung beschlossen wird.

## C) Fazit

Die AIHK lehnt die beabsichtigte Erhöhung der Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung ab. Das Gleiche gilt für die beabsichtigte Erhöhung der Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Denn inwieweit das geltende Recht es verunmöglicht, Arbeitnehmern angemessene Entschädigungen wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung zuzusprechen, wird im Erläuternden Bericht des Bundesrates zur Vorlage in keiner Weise dargetan.

## **2. Verschärfung des Kündigungsschutzes von Arbeitnehmervertretern – Art. 336 Abs. 2 Bst. b OR (neu)**

Die AIHK steht den Überlegungen des Bundesrats, die der geplanten Verschärfung des Kündigungsschutzes von Arbeitnehmervertretern zugrunde liegen, nicht von vornherein skeptisch gegenüber. Dass Arbeitnehmervertreter im Falle von Massenentlassungen das sinkende Schiff als letzte verlassen sollten, ist durchaus nachvollziehbar. Die AIHK lehnt die geplante Verschärfung des Kündigungsschutzes von Arbeitnehmervertretern aber dennoch ab. Wir möchten insbesondere Zweifel daran anmelden, ob die geplante Verschärfung des Kündigungsschutzes von Arbeitnehmervertretern die beabsichtigte Wirkung haben würde: Anlass für die Verschärfung bildet BGE 133 III 512. In dieser Entscheidung hat das Bundesgericht zu Gunsten der Arbeitgeberin angenommen, dass die Arbeitgeberin mit dem entlassenen Arbeitnehmervertreter den unproduktivsten Arbeitnehmer – «aus wirtschaftlichen Gründen» und damit nicht zu Unrecht – entlassen hat. Aus unserer Sicht hätte der Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern, wie er dem Bundesrat vorschwebt, nicht zur Folge gehabt, dass die Kündi-

gung des Arbeitsvertrags mit dem betreffenden Arbeitnehmervertreter missbräuchlich gewesen wäre. Dass der Arbeitnehmervertreter der unproduktivste Arbeitnehmer war, ist nämlich ein Grund, der «in der Person des Arbeitnehmers» liegt, welcher Grund nach Ansicht des Bundesrats auch in Zukunft einen zulässigen Grund für die Entlassung eines Arbeitnehmervertreters bilden soll.

Auf jeden Fall regen wir an, die geplante Verschärfung des Kündigungsschutzes von Arbeitnehmervertretern auf Kündigungen im Rahmen von *Massenentlassungen* zu beschränken. Eventualiter schlagen wir deshalb folgende Formulierung von Art. 336 Abs. 3 lit. b OR vor:

«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 Anlass zur Kündigung hatte; im Rahmen einer Massenentlassung muss der Arbeitgeber beweisen können, dass er einen begründeten, in der Person des Arbeitnehmers liegenden Anlass zur Kündigung hatte;»

In Ergänzung dazu schlagen wir folgende Änderung des Mitwirkungsgesetzes vor:

Art. 8a (neu):

«Geht der Betrieb oder Betriebsteil, in dem der Arbeitnehmervertreter beschäftigt ist, unter, so bleibt der Arbeitnehmervertreter so lange im Amt, wie es zur Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer, die im betreffenden Betrieb oder Betriebsteil beschäftigt sind, erforderlich ist.»

### **3. Rechtsnatur des Kündigungsschutzes – Art. 336 Abs. 4, Art. 336a Abs. 4, Art. 361 Abs. 1 und Art. 362 Abs. 1 OR (neu)**

Die AIHK lehnt die vom Bundesrat beabsichtigten Änderungen der Rechtsnatur des Kündigungsschutzes ab. Die Sozialpartner haben – trotz der absolut zwingenden Natur etwa von Art. 336 Abs. 1 OR – Mittel und Wege gefunden, den Kündigungsschutz in Gesamtarbeitsverträgen auszubauen. Die Rechtmässigkeit dieses Ausbaus wird von keiner Seite in Frage gestellt. Die beabsichtigten Änderungen der Rechtsnatur des Kündigungsschutzes erweisen sich deshalb als überflüssig.

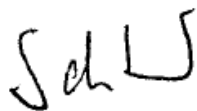
Für die Berücksichtigung unserer Anliegen bedanken wir uns im Voraus.

Freundliche Grüsse

AARGAUISCHE INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMER  
Geschäftsstelle



Peter Lüscher  
Geschäftsleiter



Philip Schneiter  
lic. iur., Rechtsanwalt