

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 7. Januar 2011 RDB/sm

Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Im Oktober 2010 haben Sie uns zur Stellungnahme zur Teilrevision des Obligationenrechts eingeladen. Wir danken Ihnen für die uns eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme.

1. Zusammenfassung der Position des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes (SAV)

Wir lehnen die vorgeschlagene Teilrevision des Obligationenrechts entschieden ab. Unsere Position zu den einzelnen Punkten lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Die Erhöhung des Höchstbetrages der Entschädigung für eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung von sechs auf zwölf Monatslöhne lehnen wir entschieden ab.
- Die Erweiterung des Schutzes der Arbeitnehmervertreter bei Kündigungen durch den Arbeitgeber lehnen wir entschieden ab. Die geltende Regelung, dass eine Entlassung des Arbeitnehmervertreters nur aus begründetem Anlass erfolgen darf, bietet für die Funktion der Arbeitnehmervertretung ausreichenden Schutz.
- Die Abweichung vom Paritätsgrundsatz, den Verzicht auf den absolut zwingenden Charakter der Art. 336 und 336a sowie die Aufnahme von Art. 337c Abs.3 OR in die Liste der relativ zwingenden Bestimmungen lehnen wir ab.

2. Grundsätzliche Bemerkungen

Der Schweizerische Arbeitgeberverband lehnt die vorgeschlagene Teilrevision des Obligationenrechts ab. Gegenüber dem geltenden Recht sind drei Änderungen vorgesehen:

Die maximale Entschädigung im Fall einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung soll von heute sechs auf zwölf Monatslöhne erhöht werden (Art. 336a Abs. 2 und Art. 337c Abs. 3 revOR). Weiter soll einem gewählten Arbeitnehmervertreter nur aus einem in seiner Person liegenden Grund

gekündigt werden dürfen; eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen soll somit in Zukunft unmöglich sein (Art. 336 Abs. 2 lit. b revOR). Schliesslich verzichtet der Vorentwurf auf den absolut zwingenden Charakter der Art. 336 und 336a OR und gibt damit die Möglichkeit zu vertraglichen Vereinbarungen, die (paritätisch) beide Vertragsparteien oder auch nur den Arbeitnehmer besser stellen (Art. 336 Abs. 4 und Art. 336a Abs. 4 revOR).

Die zur Vernehmlassung vorgelegte Teilrevision sieht eine Verschärfung der Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung vor. Wir begrüssen es sehr, dass der Bundesrat bei seiner Haltung geblieben ist, dass die Wiedereinstellung von zu Unrecht entlassenen Arbeitnehmenden kein gangbarer Weg ist. An der Beurteilung, dass eine Wiedereinstellung in Konfliktsituationen, nach einem allenfalls mehrstufigen Gerichtsverfahren, nicht praktikabel wäre, hat sich nichts geändert. Diese Haltung wird auch dadurch bestätigt, dass das Gleichstellungsgesetz in Bezug auf die Möglichkeit der Wiedereinstellung totus Buchstabe geblieben ist.

Wenn der Bundesrat als Folge von BEG 135 III 521 E. 6.2. eine Gesetzesänderung in Betracht zieht, ist dies einigermaßen erstaunlich. Er stellt sich damit auf den Standpunkt, die Auslegung des Bundesgerichtes entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers. «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». Hier scheint eine Vermischung der Kompetenzen statt zu finden. Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb der Bundesrat nach der Feststellung, dass der erweiterte, vom Gesetzgeber gewollte Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter auf der Strecke bleiben könne, wenn jeder wirtschaftliche Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtere, die Schlussfolgerung zieht, dass damit jegliche Auflösung aus wirtschaftlichen Gründen zu verbieten sei, statt andere Lösungen in Betracht zu ziehen.

Der Bericht bietet weiter keine Erklärung für die Frage, inwieweit die aktuellen Sanktionen ungenügend sein sollen. Im Gegenteil wird der Eindruck erweckt, die vorgeschlagenen Änderungen seien eine Reaktion auf gewerkschaftlichen Druck, welcher durch die Klage der Gewerkschaften bei der internationalen Arbeitsorganisation verstärkt wurde. Der Vergleich mit europäischen Ländern zeigt, was längst bekannt ist: Die Schweiz hat einen weniger stark ausgeprägten Schutz vor Entlassung als die meisten der europäischen Nachbarn. Andere Vergleiche zeigen aber, dass die Schweiz weltweit zu den, für Unternehmen attraktivsten Ländern gehört und eine der tiefsten Arbeitslosenquoten kennt. Dies ist die Folge eines flexiblen Arbeitsrechts, welches die Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen in der Schweiz fördert. Unter diesem Aspekt geht das Revisionsprojekt in die falsche Richtung, wenn es die Verhältnisse in der Schweiz den europäischen Nachbarn angleichen will. Wenn eine Angleichung an europäisches Recht in einzelnen Bereichen wünschenswert sein mag, ist dies nicht der Fall, wenn damit ein klarer Wettbewerbsvorteil, der letztlich auch den Arbeitnehmenden zu gute kommt, verloren geht. Eine Verschärfung der Sanktionen wäre nur dann gerechtfertigt, wenn sich Mängel im heutigen System gezeigt hätten, was aber nicht der Fall ist.

3. Zu den einzelnen Anträgen

3.1. Höchstbetrag der Entschädigung

Die Vorlage schlägt eine Erhöhung des Höchstbetrages der Entschädigung für eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung seitens des Arbeitgebers auf zwölf Monatslöhne vor. Diese Forderung stand bereits im Jahre 1988 im Raum und wurde damals vom Parlament auf sechs Monatslöhne gekürzt. Der erläuternde Bericht zum nun vorgelegten Entwurf stellt nun infrage, ob der heutige gesetzliche Höchstbetrag genügend sei, um gleichzeitig der Funktion der Wiedergutmachung zugunsten des missbräuchlich Entlassenen und der Funktion der Sanktion gegen den entlassenden Arbeitgeber gerecht zu werden. Dabei erwähnt der Bericht diverse Einzelfälle, in welchen das Bundesgericht annähernd den Höchstbetrag der Entschädigung verfügt hat. Er folgert aus diesen Fällen sowie aus dem



doppelten Zweck der Entschädigung, dass die Limitierung der möglichen Entschädigung auf sechs Monatslöhne zu tief sei, um allen Funktionen der Entschädigung in jedem Fall gerecht zu werden.

Die Überprüfung der im geltenden Recht vorgesehenen Sanktionen für alle Fälle missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigungen durch das EJPD hat ergeben, dass sich der seit 1989 geltende Kündigungsschutz grundsätzlich bewährt hat. Auch die Überprüfung der Gerichtspraxis zu den Fällen missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigungen in der Vergangenheit zeigt deutlich auf, dass von den Gerichten im Rahmen des richterlichen Ermessens im Einzelfall nur sehr selten auf eine maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen erkannt wurde. Mehr als 90% aller Fälle bewegt sich im Bereich von 1 – 3 Monatslöhnen. Es erscheint als evident, dass die Gerichte im Einzelfall unter dem geltenden Recht den notwendigen Ermessensspielraum haben, um unter Würdigung aller Umstände eine angemessene Entschädigungszahlung zu verfallen. Offensichtlich wird der unter dem geltenden Recht der zur Verfügung stehende Spielraum als ausreichend betrachtet, ansonsten wären die Entschädigungszahlungen regelmässig am oberen Ende der geltenden Sechs-Monate-Skala angesiedelt. Gerade dies ist jedoch in der bisherigen Gerichtspraxis nicht der Fall.

Die erwähnten Einzelfälle, in welchen zumindest annähernd der Höchstbetrag der Entschädigung ausgesprochen wurde, können unseres Erachtens eine Erweiterung des gesetzlichen Rahmens der Entschädigung nicht rechtfertigen. Die Doppelfunktion der Entschädigung als Wiedergutmachung und Sanktion kann mit einem Höchstbetrag von sechs Monatslöhnen durchaus erfüllt werden. Es ist ausserdem bei Härtefällen möglich, dem Arbeitnehmer eine gesonderte Entschädigung zuzusprechen, sofern dieser beispielsweise in seinen Persönlichkeitsrechten oder seiner Gesundheit verletzt ist (vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 8. Januar 1999, 4C.310/1998). Nachdem es den Gerichten schon heute möglich ist, bei schwerwiegenden Fällen dem Arbeitnehmer eine höhere Entschädigung zuzusprechen, erübrigt sich eine Erhöhung zum Schutz des Arbeitnehmers.

Gerade für Klein- und Mittelbetriebe sind sechs Monatslöhne eine beachtliche Summe, weshalb die Straffunktion der Entschädigung klar gegeben ist. Die Äusserung im erläuternden Bericht, mit dem vorgesehenen Höchstbetrag von zwölf Monatslöhnen werde verhindert, dass die Entschädigung aus der Portokasse bezahlt werden könne, mag für sehr grosse Betriebe und in Bezug auf einen relativ bescheidenen Lohn des gekündigten Mitarbeiters zutreffen. Für Klein- und Mittelbetriebe hingegen, welche in der Schweiz den grössten Teil der Unternehmen darstellen, würde eine Erhöhung der Höchstentschädigung gravierende finanzielle Folgen haben. Die Bezahlung eines Jahreslohnes ohne entsprechende Arbeitsleistung ist für jedes kleine Unternehmen eine massive Einbusse, die in sehr vielen Fällen existenzbedrohend sein kann. Es ist zu erwarten, dass eine Erhöhung der Sanktion zu grösserer Zurückhaltung bei der Einstellung von Mitarbeitenden mit inhärenten Konfliktrisiken führen würde, was den Bemühungen zur Integration von Arbeitnehmenden mit schlechter Arbeitsmarktfähigkeit zuwider laufen würde.

Die Erhöhung des Höchstbetrages der Entschädigung und damit die Erweiterung des «Strafrahmens», in welchem sich die Gerichte bei der Festlegung der Entschädigung bewegen können, bewirkt zudem eine generelle Erhöhung der Entschädigungen, da das Wiedergutmachungs- und Sanktionsbedürfnis eines konkreten Einzelfalles am vorhandenen Rahmen, in welchem die Entschädigung festgelegt werden kann, gemessen wird. Bisher mit zwei Monatslöhnen geahndete missbräuchliche oder ungerechtfertigte Entlassungen würden in Zukunft eine Entschädigung von vier Monatslöhnen auslösen, nur um dem Verhältnis des neuen Entschädigungsrahmens gerecht zu werden.

In den meisten Fällen einer gerichtlich festgestellten missbräuchlichen oder ungerechtfertigten firstlosen Entlassung ist der Arbeitgeber der Meinung, er habe richtig gehandelt. Es kann also nicht davon ausgegangen werden, er hätte in Kauf genommen, eine Entschädigung bezahlen zu müssen. Ist sich der Arbeitgeber seiner Sache nicht sicher, wird er eine normale Entlassung, allenfalls mit Freistellung bevorzugen. Auch für den Arbeitgeber ist der Ausgang des Prozesses nicht absehbar, sonst würden

die Arbeitsprozesse in erster Instanz erledigt. Jeder arbeitsrechtliche Prozess ist aufwändig und belastend – für Arbeitgeber wie für Arbeitnehmer – und wird deshalb nicht leichtfertig in Kauf genommen.

Die Erhöhung der Entschädigung führt zu einer nochmals erhöhten Hemmschwelle bei den Arbeitgebern eine fristlose Kündigung auszusprechen, welche aufgrund der hohen Beweislastanforderungen ohnehin schon relativ hoch ist. Da die Frage, wie ein Gericht im Nachhinein über eine fristlose Entlassung entscheiden wird, nicht im Voraus beantwortet werden kann, würden wohl im Hinblick auf das erhöhte finanzielle Risiko auch in begründeten Fällen keine fristlose Kündigung mehr ausgesprochen. Die heutige Höchstentschädigung von sechs Monatslöhnen hat bei kleinen und mittelständischen Unternehmen eine ausreichende Abschreckungswirkung. Grosse Unternehmen verfügen über professionelle Personalabteilungen, welche bei unklaren Situationen eine neutralere Haltung einnehmen und vor unnötigen Prozessen abraten können, was zu einem grösseren Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen beiträgt. Zudem besteht auch aus Reputationsgründen ein grosses Interesse sich gegenüber den Arbeitnehmern korrekt zu verhalten. Die Höhe des Betrages der Sanktion ist in diesen Fällen kein Entscheidkriterium.

Fazit: Wir lehnen die Erhöhung des Höchstbetrages der Entschädigung entschieden ab.

3.2. Besonderer Schutz für Arbeitnehmervertreter

Der nach geltendem Recht ausgestaltete erweiterte Kündigungsschutz, wonach die Kündigung eines Arbeitnehmers missbräuchlich ist, wenn sie im Zusammenhang mit seinem Mandat in einer Arbeitnehmervertretung steht, ist unbestritten. Die Vorlage sieht nun jedoch vor, dass Arbeitnehmervertreter nur entlassen werden dürfen, wenn dafür ein begründeter Anlass gegeben ist, der in der Person des Arbeitnehmervertreters liegt. Diese Erweiterung des bisherigen Tatbestands von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR bewirkt, dass eine Entlassung von Arbeitnehmervertretern aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr möglich wird. Der erläuternde Bericht begründet diese Erweiterung des Schutzes damit, dass die Arbeitnehmervertretung bei einer Massenentlassung aufgrund gesetzlicher Bestimmungen Gesprächspartnerin des Arbeitgebers sein muss und deshalb eine Entlassung der Mitglieder der Arbeitnehmervertretung die Wahrnehmung dieser Pflichten vereitelt.

Dieser massive und systemwidrige Eingriff in die unternehmerische Freiheit wird strikte abgelehnt. Gerade in für ein Unternehmen wirtschaftlich schwierigen Zeiten würden notwendige betriebsbedingte organisatorische Massnahmen (bspw. Kündigungen) teilweise verunmöglicht.

Ein vollständiges Kündigungsverbot der Arbeitnehmervertretung aus wirtschaftlichen Gründen geht zu weit und ist unverhältnismässig. Der geltende Kündigungsschutz sichert in Fällen von Restrukturierungen die Aufgabenerfüllung der Arbeitnehmervertreter, indem eine Kündigung aufgrund Leistungsabfalls wegen der Zusatzbelastung des Arbeitnehmervertreters missbräuchlich ist. Eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen muss aber auch gegenüber dem Arbeitnehmervertreter möglich sein, denn er kann auch im gekündigten Arbeitsverhältnis seine Pflichten weiterhin wahrnehmen, bspw. in einer Sozialplankommission. Dies zeigt sich in der täglichen Praxis regelmässig. Es ist deshalb nicht ersichtlich weshalb im erläuternden Bericht befürchtet wird, der vom Gesetzgeber gewollte Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter bleibe auf der Strecke.

Die Unkündbarkeit der Arbeitnehmervertreter aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Arbeitgebers ist zudem eine Ungerechtigkeit gegenüber den anderen Mitarbeitern: Arbeitnehmervertreter, deren Entlassung aufgrund der Restrukturierung notwendig würde, könnten auf Kosten anderer Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz behalten. Damit würde es verunmöglicht, die notwendige Restrukturierung so sozialverträglich wie möglich zu gestalten. Die mit der beantragten Neuregelung einhergehende Ungerechtigkeit würde zudem die Akzeptanz der Arbeitnehmervertretung bei der gesamten Arbeitnehmerschaft gefährden.

Der Vorentwurf führt auch dazu, dass unsinnigerweise einem Arbeitnehmervertreter nicht gekündigt werden kann, obwohl das Unternehmen liquidiert wird. Dies ist mit objektiven Gründen nicht erklärbar.

Das Bundesgericht hat in der Vergangenheit zu dieser Fragestellung richtig entschieden, dass auch eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen möglich sein kann. Es führte dazu aus, dass ein Arbeitgeber entscheiden können müsse, welche Massnahmen wirtschaftlich sinnvoll und möglichst sozialverträglich sind.

Einzelne Gesamtarbeitsverträge haben spezielle Lösungen getroffen. So sieht beispielsweise der GAV der MEM-Branche vor, dass Arbeitnehmervertreter im Zuge einer Restrukturierung frühestens vier Monate nach der Ankündigung ihrer Entlassung gekündigt werden dürfen. Diese Regelung stellt die ordentliche Wahrnehmung der Aufgaben der Arbeitnehmervertretung sicher und erlaubt gleichzeitig dem Arbeitgeber, Arbeitnehmervertreter zu entlassen und damit die erforderliche Restrukturierung so sozialverträglich wie möglich zu gestalten. Der GAV der MEM-Branche ist ein Beispiel für erfolgreiche Sozialpartnerschaft. Eine allfällige Erweiterung des Kündigungsschutzes sollte deshalb nicht gesetzlich festgelegt, sondern den Sozialpartnern zur Regelung überlassen werden.

Fazit: Aus all diesen Gründen lehnen wir diese unsinnige Erweiterung des Kündigungsschutzes für Arbeitnehmervertreter ab.

3.3. Zwingender Charakter der Bestimmungen zum Kündigungsschutz

Das Schweizerische Arbeitsrecht ist geprägt vom Paritätsgrundsatz, wonach für Arbeitnehmer und Arbeitgeber die gleichen Kündigungsfristen und der gleiche Kündigungsschutz gelten sollen. Die vorgeschlagene Regelung, dass vertragliche Vereinbarungen nur möglich sind, soweit sie zugunsten beider Vertragsparteien oder nur zugunsten des Arbeitnehmers sind, stellt eine unbegründete Abweichung vom Paritätsgrundsatz dar. Hiermit soll durch vertragliche Vereinbarungen der Arbeitnehmer besser gestellt werden können und der Paritätsgrundsatz aufgeweicht werden. Der Verzicht auf den absolut zwingenden Charakter der Art. 336 und 336a OR erscheint damit aus ordnungspolitischer Sicht und mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung als unnötig und wird abgelehnt.

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.

Art. 336 Abs. 3 OR hat insbesondere im Nachlassverfahren und bei Firmenübernahmen eine grosse rechtspolitische und praktische Bedeutung, indem er die Rechtssicherheit für ein übernehmendes Unternehmen gewährleistet. Mit der vorgeschlagenen Änderung im Vorentwurf würde diese in der Praxis wichtige Bestimmung ausgehebelt.

Die vorgesehene Aufnahme von Art. 337c Abs. 3 OR in die Liste der relativ zwingenden Bestimmungen (gem. Art. 362 Abs. 1 revOR) hebt die in diesem Artikel enthaltene Obergrenze für (Straf-) Zahlungen durch die Hintertüre aus und beseitigt die dieser Bestimmung innewohnende Rechtsicherheit für die Zukunft.

Fazit: Wir lehnen den Verzicht auf den absolut zwingenden Charakter der Art. 336 und 336a (gem. Vorentwurf Art. 361 Abs. revOR) sowie die Aufnahme von Art. 337c Abs.3 OR in die Liste der relativ zwingenden Bestimmungen (gem. Vorentwurf Art. 362 Abs. 1 revOR) ab.

4. Zusammenfassung

Die Vernehmlassung hat bei unseren Mitgliedern ein sehr grosses Echo ausgelöst. Die Ablehnung der vorgeschlagenen Verschärfung der Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung war einhellig.

Wir lehnen deshalb die uns unterbreitete Teilrevision des Obligationenrechts in allen Teilen ab.

Wir danken Ihnen für die Aufmerksamkeit, welche Sie unseren Bemerkungen entgegenbringen und bitten Sie, unsere Anträge, welche die Vernehmlassungen unserer Mitglieder zusammenfassen, zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüssen

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND

Thomas Daum
Direktor

Ruth Derrer Balladore
Mitglied der Geschäftsleitung

auch per E-Mail an emanuella.gramegna@bj.admin.ch