

Bern, den 10. Januar 2011

EJPD
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3001 Bern

Vernehmlassung zur Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktion bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung) – Vernehmlassungsfrist 14. Januar 2011

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 5. Oktober 2010 und danken Ihnen, dass Sie uns die Möglichkeit einräumen, zur geplanten Gesetzesrevision Stellung zu nehmen.

I. Grundsätzlich positive Beurteilung des Vorentwurfs durch die DJS

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz DJS begrüssen die Absicht des Bundesrates, den Kündigungsschutz effektiver zu gestalten. Sie teilen insbesondere die Ansicht, dass eine Verschärfung der Sanktionen im Falle von missbräuchlichen Kündigungen notwendig ist.

Der erläuternde Bericht des Bundesrats drückt die Erwartung aus, dass mit der Gesetzesrevision die abschreckende Wirkung der Strafzahlung bei missbräuchlichen Kündigungen verstärkt wird, indem die Aussicht auf eine einschneidende Sanktion dazu führe, dass Kündigungen nicht voreilig erfolgten und auch die Suche nach alternativen Lösungen nicht voreilig eingestellt würde (erläuternder Bericht S. 24).

II. Die Erhöhung des Höchstbetrags der Entschädigung

1. Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit der Gesetzesrevision in der Praxis

Aus der Sicht der DJS stellt sich hier jedoch die Frage, ob insbesondere die wichtigste der vorgesehenen Gesetzesänderungen, die Erhöhung der maximalen Entschädigung bei missbräuchlichen Kündigungen, genügend wirksam ist, um das angestrebte Ziel auch tatsächlich zu erreichen.

Im Grundsatz ist es sicherlich so, dass die Erhöhung des Höchstbetrages der Entschädigung eine gewisse präventive Wirkung haben kann, weil das Risiko steigt, im Falle einer missbräuchlichen Kündigung eine spürbare Entschädigung leisten zu müssen. Aus verschiedenen Gründen ist jedoch zu befürchten, dass diese Wirkung eher bescheiden bleiben wird. Das Spannungsverhältnis besteht nicht nur (und nicht

einmal in erster Linie) zwischen dem Maximalbetrag der Entschädigung und dem Wunsch nach vorbeugender, abschreckender Wirkung, wie im erläuternden Bericht (S. 16) festgehalten wird. Entscheidend als der Maximalbetrag ist die Höhe der von den Gerichten in ihrer täglichen Praxis tatsächlich zugesprochenen Entschädigungen, d.h. die "Regelentschädigung".

2.1. Erstes Hindernis für eine verstärkte präventive Wirkung der Entschädigung: Die "Regelentschädigung" wird in der Praxis der Gerichte niedrig bleiben.

Einigkeit herrscht darüber, dass die Entschädigung nach Art. 336a Abs. 1 und 337c Abs. 3 OR sowohl die Funktion der Wiedergutmachung als auch der Strafe hat. Wenn es im erläuternden Bericht heisst, die Festsetzung der Entschädigung sei Gegenstand einer reichen, gefestigten Rechtsprechung (erläuternder Bericht S. 8), so gilt dies nur für die allgemeinen Grundsätze und kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die in gleichen oder ähnlichen Fällen von den Gerichten tatsächlich zugesprochenen Entschädigungen schweizweit extrem unterschiedlich ausfallen. Dies lässt sich nicht allein mit dem (unabdingbaren) richterlichen Ermessen erklären, sondern ist die Folge der Tatsache, dass die Höhe der Entschädigung ein reiner Wertungsentscheid ist, welcher nur in einem sehr losen Zusammenhang zu den abstrakten bundesgerichtlichen Kriterien, wie die Entschädigung zu bemessen ist, steht. Ganz offensichtlich wird dem Kündigungsschutz in der französischen Schweiz ein viel höherer Stellenwert beigemessen als in der deutschen Schweiz. In der deutschen Schweiz sind regelmässig sehr viel höhere Hürden zu überwinden, bis das Gericht den Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung bejaht, und die zugesprochenen Entschädigungen fallen deutlich tiefer aus. Vielerorts wurde die "Regelentschädigung" auf zwei Monatslöhne angesetzt, was nicht einmal dem rechnerischen Durchschnittswert der heutigen gesetzlichen Regelung entspricht. Nur in besonders schweren Fällen lässt diese Rechtsprechung höhere Entschädigungen zu.

Wenn allein das Maximum der Entschädigung heraufgesetzt wird, heisst das noch längst nicht, dass sich die Praxis der Gerichte ändert und auch die "Regelentschädigungen" für die durchschnittlichen Fälle von missbräuchlichen Kündigungen höher angesetzt werden. Fälle wie derjenige, der auch im erläuternden Bericht Erwähnung findet (S. 18 und 19), wo ein Arbeitnehmer nach 44 Dienstjahren kurz vor der Pensionierung entlassen wurde, weil er es wagte, zweifelhafte Weisungen zu kritisieren, sind seltene Einzelfälle und haben entsprechend in der täglichen Rechtspraxis einen kleinen Stellenwert. Wenn hohe Entschädigungen für derartige seltene Ausnahmefälle vorbehalten bleiben, wird sich mit dem revidierten Recht praktisch kaum etwas ändern. Insbesondere wird die Entschädigung nach Art. 336a Abs. 1 und 337c Abs. 3 OR weiterhin keine abschreckende und präventive Wirkung haben.

2.2. Zweites Hindernis für eine verstärkte präventive Wirkung der Entschädigung: Das Prozessrecht behindert die Durchsetzung des Kündigungsschutzes

Prozessuale Hindernisse wirken einem griffigen Kündigungsschutz entgegen. Diese werden mit dem Inkrafttreten der Eidgenössischen Zivilprozessordnung teilweise noch verstärkt.

Dies soll an dieser Stelle anhand eines praktischen Beispiels illustriert werden: Ein Arbeitnehmer mit einem Einkommen von 6000 Franken¹ wird nach 10jähriger Dauer des Arbeitsverhältnisses missbräuchlich gekündigt. Nehmen wir an, dass dieser Arbeitnehmer (nach der Gesetzesrevision) 10 Monatslöhne als Entschädigung nach Art. 336a Abs. 1 OR bei einem Arbeitsgericht im Kanton Zürich einklagt. Nehmen wir weiter an, dass das Gericht nach durchgeführtem Beweisverfahren zum Urteil kommt, dass die Kündigung tatsächlich missbräuchlich war und es dem Kläger eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen zu-

¹ statistischer Durchschnittslohn gemäss Lohnstrukturerhebung des Bundes

spricht, beispielsweise mit dem Argument, das Arbeitsverhältnis habe mit 10 Jahren zwar lang, aber nicht besonders lang gedauert, und der Arbeitgeber sei finanziell nicht überdurchschnittlich stark. Dies ist ein reiner Wertungsentscheid des Gerichts. Weil der Arbeitnehmer indessen den Prozess trotz grundsätzlicher Gutheissung der Klage überwiegend verliert, riskiert er gut 16'000 Franken Prozesskosten bezahlen müssen² d.h. per Saldo draufzulegen.

Um dieses stossende Resultat zu vermeiden, üben sich die Arbeitnehmer in Selbstbeschränkung, d.h. sie klagen eine zu tiefe Entschädigung ein. Dies ist heute gängige Praxis und wird sich auch mit der Gesetzesrevision kaum ändern. Im Gegenteil: Sollte der Arbeitgeber kein sicherer Schuldner sein, ist der Arbeitnehmer gut beraten, die Klage auf unter 30'000 Franken zu reduzieren, weil er sonst in Anwendung von Art. 111 ZPO selbst bei vollständigem Obsiegen im Prozess für die Gerichtskosten aufkommen muss.

Weil die Erhöhung der Entschädigungen nach Art. 336a Abs. 1 und 337c Abs. 3 OR viel öfter zu Klagen mit Streitwerten von über 30'000 Franken führen könnten, kommt diesen prozessualen Hindernissen eine noch stärkere Bedeutung zu, als dies bereits heute der Fall ist. Wer den höheren Entschädigungsrahmen ausschöpfen will, kann dies bei vernünftigem Abwägen der Risiken ohne Rechtsschutzversicherung kaum tun. Die Folge wird sein, dass die praktische Wirkung der Revision auch aus diesen prozessualen und finanziellen Gründen bescheiden sein wird.

3. Die DJS befürworten eine wirkungsvollere Sanktion als die blosse Heraufsetzung des Maximalbetrags der Entschädigung

Viel wirkungsvoller als mit einer blossen Entschädigungspflicht wäre der Kündigungsschutz, wenn er durch einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung ergänzt würde. Es ist kein Zufall, dass alle umliegenden Länder in der einen oder andern Form einen solchen Anspruch kennen (vgl. erläuternder Bericht, S. 29ff.). Die Erfahrung zeigt, dass kaum je nach "alternativen Lösungen" (vgl. erläuternder Bericht S. 24) gesucht wird, wenn ein Rechtsanspruch auf Weiterbeschäftigung im Fall einer missbräuchlich erfolgten Kündigung nicht besteht. Die Einsprache nach Art. 336b Abs. 1 OR ist ohne positiven Einfluss auf den Rechtsalltag und zu einem blossen formellen Klagehindernis geworden.

Im erläuternden Bericht wird ein Weiterbeschäftigungsanspruch dezidiert abgelehnt. Will man dennoch die präventive Wirkung der Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung verstärken, müssten mit der Revision des Kündigungsschutzrechts zumindest folgende flankierende Massnahmen ergriffen werden:

Änderung von Art.107 ZPO in der Weise, dass die grundsätzliche Gutheissung der Klage bei der Auferlegung von Gerichtskosten und Prozessentschädigung berücksichtigt werden muss. Die Gerichtspraxis ist vielerorts die, dass die Verlegung der Kosten rein nach arithmetischem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen erfolgt und somit der Prozess wegen „Überklagens“ auch dann verloren werden kann, wenn das

² Die Zahlen basieren auf dem Zürcherischen Tarif für die Gerichtskosten und die Parteientschädigungen und berücksichtigen die Zuschläge für das Beweisverfahren. Das Gericht wird vom Kläger als erstes gestützt auf Art. 98 ZPO einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten von gut 6000 Franken verlangen (auf Grund des Streitwerts von 60'000 Franken). Da der klagende Arbeitnehmer den Prozess im Verhältnis 1 : 5 verliert, verpflichtet ihn das Gericht schlimmstenfalls, 4/5 der Gerichtskosten (ca. 6'700 Franken) zu bezahlen, und dem Arbeitgeber eine auf 3/5 reduzierte Prozessentschädigung (ca. 9'500 Franken) zu entrichten. Die Rechnung beläuft sich dann auf 16'200 Franken. Wenn das Gericht nach Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO vom numerischen Obsiegen/Unterliegen abweicht und die Prozesskosten nach Ermessen verteilt, zum Beispiel je hälftig, werden noch immer die beiden zugesprochenen Monatslöhne durch die Prozesskosten aufgebraucht.

Gericht die Klage im Grundsatz schützt, d.h. die Missbräuchlichkeit der Kündigung bejaht. Es ist zu befürchten, dass die Gerichte ihre bisherige Praxis wegen der unverbindlichen Formulierung von Art. 107 ZPO beibehalten werden.

Änderung von Art. 111 ZPO. Diese extrem klägerfeindliche Bestimmung verhindert einen effektiven Kündigungsschutz, sobald ein Arbeitgeber nicht 100% Gewähr bietet, eine allfällig auferlegte Gerichtsgebühr auch tatsächlich zu bezahlen. Es zeigt sich gerade im Arbeitsrecht, dass die Bestimmungen von SchKG und StGB keinen wirksamen Schutz vor unlauteren Machenschaften bei Zahlungsunfähigkeit bieten.

Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass die Reintegration der missbräuchlich gekündigten Arbeitnehmerin nach durchgeführtem Prozess unter Umständen nur schwer zu bewerkstelligen ist. Dieser Schwierigkeit kann wirksam begegnet werden, wenn das Gericht eine vorläufige Weiterbeschäftigung mittels einer vorsorglichen Massnahme verfügen kann, falls die Missbräuchlichkeit der Kündigung glaubhaft gemacht wird (analog zu Art. 10 Gleichstellungsgesetz). Und selbst wenn am Schluss des Prozesses die Reintegration faktisch nicht mehr möglich ist, wäre die Rechts- und Verhandlungsposition der Arbeitnehmerin bei einem Anspruch auf Weiterbeschäftigung viel stärker als bei einem blossen Anspruch auf Entschädigung nach freiem Ermessen des Gerichts. Entsprechend wäre die präventive Wirkung viel höher. Aus diesem Grund greift auch der im erläuternden Bericht (S. 16) erhobene Einwand im Zusammenhang mit Art. 10 GIG zu kurz, in den wenigen im privaten Sektor eingeleiteten Kündigungsschutzverfahren sei es nur gerade einmal vorgekommen, dass schliesslich am Arbeitsverhältnis festgehalten wurde.

III. Der besondere Schutz für Arbeitnehmervertreter und Gewerkschaftsdelegierte

1. Engere Definition des begründeten Anlasses

Zunächst ist die im Entwurf vorgesehene Präzisierung, dass die Kündigung nur aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen, nicht aber aus wirtschaftlichen Gründen zulässig ist, zu begrüssen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat die Intention des Gesetzgebers bei der Revision von 1989 durchkreuzt, indem es fast beliebige wirtschaftliche Gründe als Anlass für Kündigungen gegenüber Arbeitnehmervertretern zulies (vgl. erläuternder Bericht, S. 21).

2. Die DJS befürworten ein Recht auf Weiterbeschäftigung insbesondere im Fall von missbräuchlichen Kündigungen gewählter Arbeitnehmervertreter

Dass der Kündigungsschutz wirkungsvoller ist, wenn der Missbrauch nicht bloss mit einer Entschädigung sanktioniert wird, sondern wenn ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht, gilt allgemein. In ganz besonderem Mass trifft dies jedoch im Falle von Kündigungen gegenüber gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und –Vertretern zu.

Die DJS befürworten vor allem im Falle von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Nur mit einem solchen Anspruch kann den Empfehlungen der ILO nachgelebt werden (vgl. erläuternder Bericht, S. 4 unten). Es ist bemerkenswert, dass selbst die im übrigen bezüglich der Kündigungsfreiheit sehr liberalen angelsächsischen Staaten einen Anspruch auf Wiedereinstellung im Fall von missbräuchlich entlassenen Gewerkschaftern und Arbeitnehmervertretern vorsehen (erläuternder Bericht, S. 34 und 36).

Es darf nicht sein, dass ein Unternehmen gewählte ArbeitnehmervertreterInnen während den Verhandlungen über einen Sozialplan entlassen kann, und dieser Missbrauch dann lediglich zu einer Entschädigungszahlung führt, das Arbeitsverhältnis jedoch beendet wird und der/die betroffene ArbeitnehmervertreterIn deshalb auch nicht mehr VerhandlungspartnerIn sein kann. Damit wird das Ziel verfehlt, denjenigen

Arbeitnehmenden einen besonderen Schutz angedeihen zu lassen, welche die ihnen vom Gesetz oder von einem Gesamtarbeitsvertrag übertragene Aufgabe übernehmen, die Interessen der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber wirkungsvoll zu vertreten und sich dadurch besonders exponieren müssen (vgl. dazu erläuternder Bericht, S. 11). Geeignete Kandidatinnen und Kandidaten ziehen es vor, auf ein solches Amt zu verzichten, wenn ihnen kein genügender Schutz zuteil wird. Die Entschädigung, selbst wenn sie mit der Revision erhöht würde, kann den Verlust des Arbeitsplatzes nicht aufwiegen. Wer seine Stelle im Zusammenhang mit der Ausübung des Amtes als Arbeitnehmersvertreter verloren hat, riskiert zudem, bei der Suche einer neuen Stelle benachteiligt zu werden.

Ohne Weiterbeschäftigungsanspruch werden die Anforderungen des Übereinkommens Nr. 98 der ILO nicht erfüllt.

Gerade in solchen Fällen spricht nichts dagegen, das Verfahren analog zu Art. 10 Gleichstellungsgesetz auszugestalten. Da es sich beim Kündigungsschutz für gewählte Arbeitnehmersvertreter um eine besondere Form des Kündigungsschutzes handelt, wie auch im erläuternden Bericht ausgeführt wird (S. 10), wäre es ohne weiteres möglich, den Anspruch auf Weiterbeschäftigung auf diese Fälle missbräuchlicher Kündigungen zu beschränken.

IV. Parität und absolut zwingender Charakter des Schutzes vor missbräuchlicher Kündigung

Wie im erläuternden Bericht völlig zu Recht ausgeführt wird, besteht keinerlei praktisches Bedürfnis, die Kündigungsschutzbestimmungen weiterhin paritätisch auszugestalten (erläuternder Bericht S. 22). Die Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz befürworten deshalb die Neufassung von art. 336 Abs. 4 und 336a Abs. 4 OR. Diese Änderung erleichtert insbesondere auch eine Verstärkung des Kündigungsschutzes auf dem Weg sozialpartnerschaftlicher Verhandlungen.

V. Zusammenfassung

Die DJS befürworten die vom Bundesrat angestrebte Verstärkung des Kündigungsschutzes, besonders auch des Schutzes der Arbeitnehmersvertreterinnen und –Vertreter. Sie befürworten die Erhöhung der maximalen Entschädigung auf 12 Monatslöhne, die Erweiterung der Möglichkeit, den Kündigungsschutz durch Gesamt- oder Einzelarbeitsvertrag zu gestalten, sowie die engere Definition des „begründeten Anlasses“ bei der Kündigung von Arbeitnehmersvertretern.

Die DJS sind jedoch der Überzeugung, dass die vorgeschlagenen Massnahmen in der Praxis zu wenig wirksam sind, um das angestrebte Ziel zu erreichen.

Mindestens im Fall von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR (Kündigung von gewählten Arbeitnehmersvertretern) befürworten die DJS einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung analog zu Art. 10 Gleichstellungsgesetz.

In den andern Fällen von missbräuchlichen Kündigungen müssten zumindest begleitende prozessuale Vorkehrungen getroffen werden, damit der erweiterte Rahmen bei den Entschädigungen nach Art. 336a Abs. 1 und 337c Abs. 3 OR im Rechtsalltag auch umgesetzt werden kann.

Wir hoffen daher, dass unsere Überlegungen bei der künftigen Gesetzesberatung berücksichtigt werden können und verbleiben mit freundlichen Grüssen

Catherine Weber
Geschäftsführerin DJS