

Die missbräuchliche Kündigung im Arbeitsrecht

Abschlussarbeit Nachdiplomkurs Paralegal

Andrea Huwyler, Schlossgasse 14, 8003 Zürich

10. Januar 2003

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Abkürzungsverzeichnis | III |
| Literaturverzeichnis | IV |
| 1. Einleitung | 1 |
| 2. Die Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen für Arbeitgeber wie für Arbeitnehmer (Art. 336 Abs. 1 OR) | 2 |
| 2.1 Kündigung wegen einer Eigenschaft der Persönlichkeit | 2 |
| 2.2 Kündigung wegen Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts | 4 |
| 2.3 Kündigung wegen Vereitelung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis | 6 |
| 2.4 Kündigung wegen Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis | 7 |
| 2.5 Kündigung wegen Leistung gesetzlicher Pflichten (z.B. Militär- oder Schutzdienst, Zivildienst) | 8 |
| 3. Die Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen durch den Arbeitgeber (Art. 336 Abs. 2 OR) | 9 |
| 3.1 Kündigung wegen Gewerkschaftsmitgliedschaft und -aktivität | 9 |
| 3.2 Kündigung eines gewählten betrieblichen Arbeitnehmervertreters | 10 |
| 3.3 Kündigung im Rahmen einer Massenentlassung ohne Anhörung | 11 |
| 4. Kündigung aus zwei oder mehreren Gründen, von denen nur einer missbräuchlich ist | 13 |
| 5. Kündigung unter Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB | 13 |
| 6. Beweislast | 14 |
| 7. Die Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Kündigung | 14 |
| 7.1 Rechtsverletzungsbusse (Entschädigung) | 15 |
| 7.2 Schadenersatz und Genugtuung | 15 |
| 7.3 Geltendmachung der Entschädigung | 16 |
| 8. Der sachliche Kündigungsschutz nach dem Gleichstellungsgesetz | 17 |
| 9. Schlusswort | 18 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------|---|
| Abs. | Absatz |
| AG | Arbeitsgericht |
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis |
| Art. | Artikel |
| BBl | Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft |
| BG | Bundesgesetz |
| BGE | Bundesgerichtsentscheid |
| bzw. | beziehungsweise |
| d.h. | das heisst |
| EMRK | Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950 |
| f. | folgende (Seite) |
| ff. | fortfolgende (Seiten) |
| GIG | Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 |
| JAR | Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts |
| N | Note, Randnote |
| Nr. | Nummer |
| NZZ | Neue Zürcher Zeitung |
| OGer | Obergericht |
| OR | Schweizerisches Obligationenrecht |
| S. | Seite |
| SJZ | Schweizerische Juristenzeitung |
| vgl. | vergleiche |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch |

Literaturverzeichnis

- Brühwiler Jürg Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2., vollständig überarbeitete Auflage, Bern, Stuttgart, Wien 1996
- Gremper Philipp Handbücher für die Anwaltspraxis, II Stellenwechsel und Entlassung, Basel und Frankfurt am Main 1997
- Humbert Denis Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Winterthur 1991
- Rehbinder Manfred Berner Kommentar, Bern 1992
- Rehbinder Manfred Schweizerisches Arbeitsrecht, 15., neu bearbeitete Auflage, Bern 2002
- Tarnutzer-Münch Andrea Handbücher für die Anwaltspraxis, II Stellenwechsel und Entlassung, Basel und Frankfurt am Main 1997
- Vallender Klaus A. Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, Zürich, Basel, Genf 2002

1. Einleitung

Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht hält am Prinzip der Kündigungsfreiheit fest. Dieses besagt, dass es keiner besonderen Gründe bedarf, um ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu kündigen.¹ Das Recht, ein Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen, wird aber durch eine Anzahl von Vorschriften sachlich und zeitlich eingeschränkt.² Dadurch wird dem Arbeitsvertrag als Dauerschuldverhältnis ein gewisser Bestandesschutz gewährt.³

Unter dem sachlichen Kündigungsschutz versteht man den Schutz des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers vor einer aus einem missbräuchlichen Grund ausgesprochenen Kündigung im Sinne von Art. 336 OR und Art. 2 Abs. 2 ZGB.^{4, 5} Zentraler Ansatzpunkt ist das Motiv zur Kündigung. Ist dieses verwerflich, so ist die Kündigung missbräuchlich.⁶

Diese Arbeit befasst sich mit der missbräuchlichen Kündigung und stellt die gesetzliche Regelung anhand von Praxisbeispielen und einschlägiger Lehre dar. Nach dieser Einleitung werden die Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen für Arbeitgeber wie für Arbeitnehmer dargestellt (Kapitel 2), an welche sich die Präsentation der Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen durch den Arbeitgeber anschliesst (Kapitel 3), anschliessend wird die Kündigung durch zwei oder mehrere Gründe, von denen nur einer missbräuchlich ist, behandelt (Kapitel 4) sowie die Kündigung unter Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB (Kapitel 5). Nach Abhandlung der Generalklausel folgt die Beweislast (Kapitel 6), danach werden die Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Kündigung erläutert (Kapitel 7). Im Anschluss daran wird der sachliche Kündigungsschutz nach dem Gleichstellungsgesetz behandelt (Kapitel 8) und abschliessend folgt das Schlusswort (Kapitel 9).

¹ Siehe Brühwiler, Art. 336, 329.

² Im schweizerischen Arbeitsrecht ist der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz im Obligationenrecht (OR) geregelt. Art. 335 Abs. 2 OR regelt die Begründungspflicht der Kündigung, in Art. 336 OR wird der sachliche (Art. 336 - 336b) wie auch zeitliche (Art. 336c und d) Kündigungsschutz geregelt und Art. 361 f. OR beinhaltet die relativ zwingenden Kündigungsschutzbestimmungen (vgl. dazu Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 22).

³ Vgl. dazu Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 156.

⁴ Art. 2 Abs. 2 ZGB: "*Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz*".

⁵ Vgl. dazu Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 63.

⁶ Brühwiler, Art. 336, 329.

2. Die Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen für Arbeitgeber wie für Arbeitnehmer (Art. 336 Abs. 1 OR)

Art. 336 OR gliedert sich in 7 Fallgruppen, welche die einzelnen Missbrauchstatbestände umschreiben. Es ist festzuhalten, dass die Aufzählung der Tatbestände in Art. 336 OR nicht abschliessend ist, sondern nur das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB konkretisiert und dieses mit geeigneten Rechtsfolgen für den Arbeitsvertrag ausgestaltet.⁷ Es gilt zu beachten, dass Art. 336 Abs. 1 OR paritätisch ausgestaltet ist, d.h. sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer kann missbräuchlich kündigen. Art. 336 Abs. 2 OR hingegen ist nur auf den Arbeitgeber zugeschnitten.⁸

Nachfolgend eine Übersicht über die in Art. 336 OR aufgezählten Tatbestände jeweils mit Beispielen aus der Gerichtspraxis.

Formal gelten die folgenden gesetzlich geregelten Tatbestände einer missbräuchlichen Kündigung paritätisch für Kündigungen des Arbeitgebers wie auch für Kündigungen des Arbeitnehmers. Praktisch kommen sie aber fast ausschliesslich nur bei Kündigungen seitens des Arbeitgebers vor.⁹

2.1 Kündigung wegen einer Eigenschaft der Persönlichkeit

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn sie eine Partei ausspricht, *"wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb"*.

⁷ Vgl. dazu Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 63.

⁸ Vgl. dazu Tarnutzer-Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, 65; Brühwiler, N 1 zu Art. 336 OR.

⁹ Siehe Rehbindler, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 336 OR.

Der Gesetzgeber definiert die Eigenschaft, die der gekündigten Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, nicht näher. Gemäss Botschaft zu dieser Bestimmung fallen aber folgende Eigenschaften unter diesen Kündigungstatbestand:

- Geschlecht,
- Familienstand,
- Herkunft,
- Rasse,
- Bürgerrecht (Nationalität),
- Homosexualität,
- Alter,
- Vorstrafen.¹⁰

Beispiel aus der Praxis: Kündigung aufgrund des Alters

Ein Arbeitnehmer hat seine Kündigung als missbräuchlich erachtet, weil ihm seiner Ansicht nach nur aufgrund seines fortgeschrittenen Alters gekündigt wurde. Der Arbeitgeber konnte aber nachweisen, dass dem Arbeitnehmer nicht nur wegen seines Alters sondern vielmehr wegen Umstrukturierung der Produktion gekündigt wurde.

Die Kündigung wäre nur dann missbräuchlich, wenn sie tatsächlich nur wegen des fortgeschrittenen Alters des Arbeitnehmers ausgesprochen worden wäre und kein anderer Kündigungsgrund vorgelegen hätte. Da aber im geschilderten Fall ein anderer Kündigungsgrund vorhanden und auch ausschlaggebend für die Kündigung war, hatte der Arbeitgeber das Recht, dem Arbeitnehmer zu kündigen und einem jüngeren Mitarbeiter den Vorrang zu geben. Die Kündigung ist somit als nicht missbräuchlich zu betrachten.¹¹

¹⁰ Siehe BBI 1984 II, 599.

¹¹ Siehe Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 18.6.1992 in Entscheidungen 1991 und 1992 Nr. 12, zitiert von Schürer, Arbeitsrecht in der Gerichtspraxis, 1 ff.

Kündigungen aus rassistischen Motiven

Eine missbräuchliche Kündigung aus rassistischen Motiven könnte dann vorliegen, wenn z.B. einem Arbeitnehmer, der aufgrund seiner Hautfarbe des Diebstahls verdächtigt wird, unter dem Vorwand wirtschaftlicher Gründe gekündigt wird.¹²

2.2 Kündigung wegen Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR ist eine Kündigung dann missbräuchlich, wenn sie eine Partei ausspricht, *"weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb"*.

Unter Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts fallen politische Rechte (Unterstützung von Initiativen, Referenden, Petitionen, Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer politischen Partei, Ausübung des Stimm- und Wahlrechts) sowie die Ausübung von Freiheitsrechten (Meinungsausserungsfreiheit, Koalitionsfreiheit, Glauben- und Gewissensfreiheit, Vereinsfreiheit, Niederlassungsfreiheit, Ehefreiheit, Religionsfreiheit usw.). Darunter fallen nicht nur die Rechte aus der Bundesverfassung, sondern auch Rechte aus den Kantonsverfassungen und der EMRK, soweit sie über die Rechte der Bundesverfassung hinausgehen.¹³

Es ist zu beachten, dass die Missbräuchlichkeit dann entfällt, wenn die Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts die Zusammenarbeit im Betrieb oder das Betriebsklima wesentlich beeinträchtigt.¹⁴ Eine Kündigung ist also nur dann missbräuchlich, wenn kein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen der Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts und der Kündigung besteht.

¹² Siehe Bundesgericht, Urteil vom 11. November 1993, zitiert von Rehbindler in JAR 1994, 198.

¹³ Siehe Brühwiler, N 3 zu Art. 336 OR.

¹⁴ Vgl. dazu Tarnutzer-Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, 67.

Beispiel aus der Praxis: Missbräuchliche Kündigung weil Partner zur Konkurrenz wechselt

Einer Arbeitnehmerin wurde fristgerecht gekündigt, nachdem ihr Freund und Lebenspartner, welcher in der selben Firm tätig war, die Firma verliess und zur Konkurrenz ging. Der Arbeitgeber begründet die Kündigung damit, dass infolge Übertritt des Freundes zur Konkurrenz, vertrauliche Informationen ausgetauscht werden könnten.

Das Arbeitsgericht Zürich hat in diesem Fall entschieden, dass die Kündigung missbräuchlich ist, da das blosse Risiko einer möglichen künftigen Pflichtverletzung (Sicherheitsrisiko) hier nicht ausreicht. Eine konkrete Verletzung einer arbeitsvertraglichen Pflicht müsste bereits gegeben sein oder die konkrete und naheliegende Gefahr einer solchen Verletzung durch die Arbeitnehmerin vorliegen.¹⁵

Beispiel aus der Praxis: Kopftuchfall

Einer mohammedanischen Montagearbeiterin wurde gekündigt, weil sie seit einiger Zeit bei der Arbeit ein Kopftuch trug. Es galt abzuklären, ob das Tragen eines Kopftuches durch eine mohammedanische Frau unter die Religionsfreiheit falle. Dies wurde bejaht.

Das Gericht kam zum Entschluss, dass die Arbeitnehmerin durch das Tragen eines Kopftuches weder eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt hat noch wurde dadurch die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Die Kündigung wurde als missbräuchlich erachtet.¹⁶

¹⁵ Siehe Arbeitsgericht Zürich, AN010428 vom 4.10.2001, zitiert in Entscheide 2001, 17 ff.

¹⁶ Siehe Bezirksgericht Arbon, Urteil vom 17.12.1990, zitiert von Schürer, Arbeitsrecht in der Gerichtspraxis, 6. ff.

2.3 Kündigung wegen Vereitelung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. c OR ist eine Kündigung dann missbräuchlich, wenn sie eine Partei ausspricht, "*ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln*".

Hierbei geht es um die Vereitelung von Ansprüchen von z.B. Sondervergütungen wie Gratifikation zum Jahresende, Abgangsentschädigung, Teuerungsnachzahlung, Lohnzahlung an Saisoniers während der Karenzfrist und "vorsorgliche" Kündigung in Erwartung baldiger Schwangerschaft.¹⁷ Diese Ansprüche würden unmittelbar nach dem Zeitpunkt der Entlassung entstehen, wenn das Arbeitsverhältnis weiterbestünde. Dadurch sollten Ansprüche, die in ferner Zukunft liegen, ausgegrenzt werden.¹⁸

Die Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. c OR ist nur missbräuchlich, wenn sie "ausschliesslich" erfolgt, um die Entstehung von Ansprüchen zu vereiteln.¹⁹ Das Ausmass des Wortes "ausschliesslich" ist aber unklar und in der Lehre umstritten.²⁰

Beispiel aus der Praxis: Gratifikationsvereinbarung mit zulässigem Vorbehalt

Einem Verkaufsleiter wurde eine Erfolgsbeteiligung als Gratifikation zugesichert, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass er nicht in gekündigter Stellung ist. Vor Ablauf des Geschäftsjahres kündigte jedoch der Arbeitgeber dem Verkaufsleiter und verweigerte die Zahlung der Gratifikation. Im bundesgerichtlichen Urteil heisst es, dass die gesetzliche Regelung der Gratifikation so viel Spielraum zu lasse, dass sie von beliebigen Bedingungen und somit auch vom Vorbehalt des ungekündigten Vertragsverhältnisses abhängig gemacht werden dürfe. Der Arbeitnehmer hat somit nur einen Pro-rata-Anspruch auf die Gratifikation, wenn dies im Vertrag ausdrücklich so vorgesehen ist. Dies zeigt klar, dass der Fortdauer des Arbeitsverhältnisses in diesem Zusammenhang grosse Bedeutung zukommt.

¹⁷ Siehe Rehbindler, Berner Kommentar, N 5 zu Art. 336 OR.

¹⁸ Vgl. dazu Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 85 f.

¹⁹ Vgl. dazu Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 86.

²⁰ Vgl. dazu Tarnutzer-Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, 67.

Im konkreten Fall wurde die Kündigung nicht deswegen ausgesprochen, damit die Gratifikation nicht bezahlen werden muss. Die Kündigung ist daher nicht missbräuchlich, da kein "ausschliesslicher Grund" im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR vorliegt.²¹

2.4 Kündigung wegen Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung dann missbräuchlich, wenn sie eine Partei ausspricht, *"weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht"*.

Dieser Tatbestand wird auch als Rache Kündigung bezeichnet. Der Gekündigte macht nach Treu und Glauben seine bereits bestehenden Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend. Dieser Tatbestand ist von demjenigen der Vereitelungskündigung zu unterscheiden, bei welchem es um die Vereitelung künftiger Ansprüche geht. Der geltend gemachte Anspruch kann gesetzlich oder vertraglich begründet werden. Es ist erforderlich, dass der Anspruch nach Treu und Glauben geltend gemacht wird. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer in guten Treuen annehmen darf, dass ihm die geltend gemachten Ansprüche zustehen. Die geltend gemachten Ansprüche müssen also nicht zwingend von Rechts wegen bestehen.²² Macht hingegen der Gekündigte seine bestehenden Ansprüche ohne vernünftige Gründe, leichtfertig oder gar wider besseres Wissens geltend, so ist als Reaktion darauf eine Gegenkündigung nicht missbräuchlich.²³

²¹ Siehe unveröffentlichter BGE vom 11. Oktober 1994 (4C.47/1994), zitiert in NZZ-1994-I-275-16.

²² Vgl. dazu Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 88 f.; Rehbinder, Berner Kommentar, N 6 zu Art. 336 OR.

²³ Vgl. dazu Tarnutzer-Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, 68.

Beispiel aus der Praxis: Geltendmachung eines Anspruches in guten Treuen

Einer Telefonistin wurde gekündigt, weil sie angenommen hatte, sie habe Anspruch auf vier Monate Schwangerschaftsurlaub. Diese Annahme war zwar falsch, doch hatte sie in guten Treuen angenommen, dass dies so sei.

In diesem Fall hat das Bundesgericht die Kündigung als missbräuchlich erachtet, da die Arbeitnehmerin in guten Treuen angenommen hatte, dieser Anspruch stünde ihr dazu.²⁴

2.5 Kündigung wegen Leistung gesetzlicher Pflichten (z.B. Militär- oder Schutzdienst, Zivildienst)

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. e OR ist eine Kündigung dann missbräuchlich, wenn sie eine Partei ausspricht, *"weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt"*.

Als nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflichten gelten schweizerische obligatorische Militärdienste, militärische Frauen- oder Rotkreuzdienste, Zivilschutzdienste, Dienste im Katastrophenhilfskorps und in gewissen Gemeinden und Kantonen Ämter in der Schulpflege und im Gemeinderat.²⁵ Weitere nicht freiwillig übernommene Pflichten sind z. B. die Tätigkeiten als Geschworener, Amtsvormund, Feuerwehrmann, Stimmzähler und Zeuge. In der Lehre wird allerdings die Begrenzung der zwangsweisen übernommenen Pflichten zum Teil als nicht logisch bezeichnet.²⁶

²⁴ Siehe unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid, zitiert von Münch in AJP 9/1996, 1098.

²⁵ Vgl. dazu Tarnutzer-Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, 68.

²⁶ Siehe Rehbinders, Berner Kommentar, N 7 zu Art. 336 OR.

3. Die Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen durch den Arbeitgeber (Art. 336 Abs. 2 OR)

In Art. 336 Abs. 2 OR sind diejenigen Missbrauchstatbestände aufgelistet, die allein die Kündigung durch den Arbeitgeber, die Entlassung, betreffen können.

3.1 Kündigung wegen Gewerkschaftsmitgliedschaft und -aktivität

Nach Art. 336 Abs. 2 lit. a OR ist eine Kündigung dann missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber sie ausspricht, *"weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt"*.

Mit diesem Tatbestand wird die positive und negative Koalitionsfreiheit gegenüber der Kündigung geschützt. Dieser Kündigungsschutz ist aber nur gegeben, wenn die gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausgeübt wird und dadurch die Pflicht aus dem Arbeitsvertrag nicht verletzt wird.²⁷ Da die Koalitionsfreiheit ein verfassungsmässiges Recht ist, wäre sie schon durch Art. 336 Abs. 1 lit. b abgedeckt. Der Klarheit halber hat aber der Gesetzgeber dieses Grundrecht in einer separaten Bestimmung aufgeführt.²⁸

Als gewerkschaftliche Tätigkeit zählen Massnahmen und Bestrebungen zur Beibehaltung oder Verbesserungen der Arbeitsbedingungen. Dazu zählen die erlaubten Arbeitskämpfmassnahmen (Streik oder Boykott), das Aussprechen von Drohungen mit einem Kampf, die Teilnahme an Tarifverhandlungen, Anwerbung von Gewerkschaftsmitgliedern, Geltendmachung von Forderungen, Verteilen der Gewerkschaftszeitung oder die Ausübung von Mitwirkungsrechten.²⁹ Nimmt der Arbeitnehmer an einem Streik teil, so hat er die kollektivrechtlichen Regeln der Streikfreiheit zu respektieren. Wenn also ein Arbeitnehmer an einem wilden Streik teilnimmt oder durch Streikaktionen die gesamtarbeitsvertragliche Friedenspflicht verletzt oder bei gewerkschaftlichen Manifestationen Straftaten begeht, so wäre eine Kündigung nicht

²⁷ Siehe Rehbindler, Berner Kommentar, N 8 zu Art. 336 OR.

²⁸ Vgl. dazu Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 97.

²⁹ Vgl. dazu Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 99.

missbräuchlich.³⁰

Erläuterung zu Kündigungen wegen Teilnahme an einem Streik

Das geltende Recht enthält weder auf Verfassungs- noch auf Gesetzesstufe eine ausdrückliche Regelung des Streikrechts. Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung die Frage offengelassen, ob ein ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht auf Streik bestehe. Da es keine ausdrückliche Regelung gibt, wird der Lehre und Rechtsprechung vorangegangener Fälle gefolgt. Die Lehre befürwortet aber übereinstimmend *"einen verfassungsrechtlichen Schutz des Streiks bzw. der Streikfreiheit, verstanden als Verpflichtung des Staates, den Arbeitskampf zuzulassen und diesen nicht durch Zwangsschlichtung, durch straf- oder zivilrechtliche Normen funktionsunfähig zu machen"*.³¹

Verfassungsrechtlich wäre es demzufolge unzulässig, wenn der Privatrechtsgesetzgeber es dem Arbeitgeber erlauben würde, Arbeitnehmern aufgrund einer Beteiligung an einem zulässigen Streik zu kündigen, da eine solche privatrechtliche Bestimmung der Koordinationsfunktion des Streikrechts zuwiderliefe.³²

3.2 Kündigung eines gewählten betrieblichen Arbeitnehmervertreters

Nach Art. 336 Abs. 2 lit. b OR ist eine Kündigung dann missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber sie ausspricht, *"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"*.

Dieser Tatbestand stellt ein Sonderfall einer missbräuchlichen Kündigung dar. Er gewährt den Arbeitnehmervertretern einen besonderen Schutz, damit diese ihre Aufgabe ungehindert ausüben können. Zu den betrieblichen Arbeitnehmervertretungen zählen beispielsweise Betriebs-

³⁰ Siehe Brühwiler, N 7 zu Art. 336 OR.

³¹ BGE 125 III 277.

³² Siehe Vallender, N 23 zu Art. 28 BV.

räte, Betriebs-, Personal-, Angestellten- oder Arbeiterkommissionen.³³ Dieser Kündigungsschutz beinhaltet Elemente des zeitlichen und sachlichen Kündigungsschutzes³⁴ und läuft vom Zeitpunkt der Wahl bis zur Beendigung des Amtes.³⁵

Bei diesem Missbrauchstatbestand kommt die Umkehr der Beweislast zu tragen. Das missbräuchliche Kündigungsmotiv ist also nicht durch den Arbeitnehmer zu beweisen, es wird vielmehr vom Gesetz bereits als gegeben vorausgesetzt und es liegt beim Arbeitgeber zu beweisen, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte.³⁶ Als begründeter Anlass genügt jeder Grund, der bei vernünftiger Betrachtungsweise Anlass zur Kündigung geben kann.³⁷

Beispiel aus der Praxis: Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen

In einem Entscheid vom 17. November 1994 hält das Bundesgericht fest, dass als begründeter Anlass nicht nur eine Vertragsverletzung des Arbeitnehmers in Frage kommt, sondern die Kündigung kann zulässigerweise auch wirtschaftlich begründet werden. Wie bereits erwähnt, muss in einem solchen Fall der Arbeitgeber beweisen, dass tatsächlich ein begründeter Anlass zur Kündigung bestanden hat.³⁸

3.3 Kündigung im Rahmen einer Massentlassung ohne Anhörung

Nach Art. 336 Abs. 2 lit. c OR ist eine Kündigung dann missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber sie *"im Rahmen einer Massentlassung, ohne dass die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer, konsultiert worden sind (Art. 335f)"*, ausspricht.

³³ Vgl. dazu Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 99 ff.

³⁴ Siehe Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 99 ff.

³⁵ Siehe Rehbindler, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 336 OR.

³⁶ Vgl. dazu Tarnutzer-Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, 69.

³⁷ Siehe Brühwiler, N8 zu Art. 336 OR.

³⁸ Siehe dazu Geiser, Entwicklungen im Arbeitsrecht, zitiert in SJZ-91-272.

Gemäss Art. 335d OR gelten Kündigungen als Massentlassungen, wenn sie *"der Arbeitgeber innert 30 Tagen in einem Betrieb aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen"*. Die Anzahl gekündigter Arbeitnehmer, welche massgebend ist, um eine Massentlassung aussprechen zu können, ist nach Grösse des Betriebes abgestuft.³⁹ Massentlassungen werden dann ausgesprochen, wenn zwingende betrieblich Gründe dies erfordern, diese können wirtschaftlicher, technischer oder organisatorischer Natur sein.⁴⁰ Bei diesem Missbrauchstatbestand ist nicht das Motiv des Arbeitgebers zur Kündigung massgebend, sondern die Kündigung ist dann missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber es unterlassen hat, das Konsultationsverfahren durchzuführen, und zwar bevor er die Kündigung ausspricht.⁴¹ Durch das Konsultationsverfahren wird der Arbeitnehmervertretung bzw. Arbeitnehmerschaft die Möglichkeit gegeben, Vorschläge zur Vermeidung oder Beschränkung der Kündigungen sowie zur Milderung ihrer Folgen zu unterbreiten.⁴²

Beispiel aus der Praxis: Verletzung der Konsultationspflicht

Eine Unternehmung sollte aufgrund finanzieller Schwierigkeiten von einer anderen in derselben Branche tätigen Firma übernommen werden. Nachdem die Übernahmeverhandlungen gescheitert waren, ersuchte die Unternehmung um Nachlassstundung. Gleichzeitig informierte sie die Arbeitnehmervertretung über die drohenden Kündigungen und forderte diese auf, bis 12 Uhr des folgenden Tages Vorschläge zur Vermeidung der vorgesehenen Kündigungen oder zu deren Beschränkung sowie zur Milderung ihrer Folgen zu unterbreiten. Ein Vorschlag wurde von der Arbeitnehmervertretung fristgerecht eingereicht, darauf wurde aber nicht eingegangen und es wurde allen Mitarbeitern noch am selben Tag gekündigt. Die Arbeitnehmervertretung reichte dagegen Klage ein, welche vom Appellationshof abgewiesen wurde. Die Berufung an das Bundesgericht wurde gutgeheissen.

Das Bundesgericht begründet die Gutheissung dadurch, dass eine Konsultation der Arbeitnehmervertretung stattfinden muss, bevor der Arbeitgeber den definitiven Entschluss gefasst

³⁹ Vgl. dazu Art. 335d Abs. 1 und 2 OR.

⁴⁰ Siehe Brühwiler, Vorbemerkungen zu Art. 335d- 335g OR und N 1 zu Art. 335d und e OR.

⁴¹ Siehe Brühwiler, N 9 zu Art. 336 OR.

⁴² Siehe Brühwiler, N 2 zu Art. 335f OR.

hat, eine Massenentlassung vorzunehmen, also bereits dann, sobald er eine Massenentlassung beabsichtigt. Dies war im vorliegenden Fall nicht geschehen. Des weiteren wurde die Frist von bloss 24 Stunden zur Unterbreitung von Vorschlägen als zu kurz angesehen. Durch diese kurze Frist war es nicht möglich, die notwendigen Abklärungen zu treffen, um konstruktive Vorschläge vorbringen zu können.⁴³

4. Kündigung aus zwei oder mehreren Gründen, von denen nur einer missbräuchlich ist

Im Geschäftsleben kommt es des öfteren vor, dass Kündigungen nicht nur aus einem, sondern aus mehreren Gründen ausgesprochen worden. Daraus kann die Situation entstehen, dass nur einer dieser Gründe den Tatbestand der Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 336 OR erfüllt. In einem solchen Fall ist ausschlaggebend, welches Kündigungsmotiv entscheidend bzw. überwiegend zur Kündigung geführt hat. Sollte ein missbräuchlicher Tatbestand überwiegend oder entscheidend für die Kündigung sein, ist die Kündigung als missbräuchlich zu erachten. Wäre aber ohnehin aus anderen Gründen gekündigt worden, ist keine Missbräuchlichkeit gegeben.⁴⁴

5. Kündigung unter Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB

Wie bereits oben erwähnt, ist die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB durch Art. 336 OR nicht ausgeschlossen.⁴⁵ Da die Aufzählung missbräuchlicher Tatbestände in Art. 336 OR nicht abschliessend ist, wird für missbräuchliche Kündigungen, welche in Art. 336 OR nicht ausdrücklich erwähnt werden, Art. 2 Abs. 2 ZGB anwendbar. Liegt eine rechtsmissbräuchliche Kündigung nach Art. 2 Abs. 2 ZGB vor, so kommt als Sanktion nur die analoge Anwendung von Art. 336a f. OR in Frage.^{46, 47}

⁴³ Siehe BGE 123 III 176.

⁴⁴ Vgl. dazu Tarnutzer-Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, 70.

⁴⁵ Siehe oben Kapitel 2.

⁴⁶ Vgl. dazu Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 116.

⁴⁷ Siehe nachstehend Kapitel 7.

6. Beweislast

Grundsätzlich gilt, dass der Gekündigte den Beweis zu erbringen hat, dass ihm aufgrund eines verwerflichen Motivs gekündigt wurde. Der Gekündigte muss darlegen können, weshalb es sich um einen missbräuchlichen Kündigungsgrund handelt und er muss auch die Kausalität für die Kündigung, d.h. das Motiv der Kündigung und damit eine innere Tatsache beweisen.⁴⁸ Da die Beweisführung häufig schwierig ist, *"lässt die Gerichtspraxis für den Nachweis einer missbräuchlichen Kündigung Indizien ausreichen, welche die Missbräuchlichkeit der Kündigung als in hohem Grade wahrscheinlich erscheinen lässt"*⁴⁹. Dies hat zur Folge, dass der Kündigende gezwungen wird, am Beweisverfahren mitzuwirken. Er hat nämlich dadurch seinerseits Beweise zu erbringen, weshalb die Kündigung gerechtfertigt und somit nicht missbräuchlich ist.⁵⁰

Als Lösungsansatz zur Behebung des Beweisnotstandes des Gekündigten wäre folgende Vorschrift denkbar: *"Gibt die kündigende Partei den Kündigungsgrund nicht oder nicht innert angemessener Frist an, schiebt sie im Prozess weitere Gründe nach oder erscheint der angegebene Grund unglaubwürdig, wird vermutet, es sei aus einem missbräuchlichen Grund gekündigt worden"*.⁵¹

7. Die Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Kündigung

Eine missbräuchliche Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis trotz ihrer Missbräuchlichkeit. D.h. sie ist weder nichtig, anfechtbar noch kann das Arbeitsverhältnis erstreckt werden.⁵² Vielmehr hat gemäss Art. 336a OR diejenige Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der anderen Partei eine Entschädigung, auch Privatbusse genannt, auszurichten.

⁴⁸ Siehe Rebinder, Berner Kommentar, N 11 zu Art. 336 OR; Tarnutzer-Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, 70.

⁴⁹ Gemäss Tarnutzer-Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, 70: "So ausdrücklich das OGer AG in JAR 1991, 231".

⁵⁰ Vgl. dazu Tarnutzer-Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, 70.

⁵¹ Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 125 f.

⁵² Vgl. dazu Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 107.

7.1 Rechtsverletzungsbusse (Entschädigung)

Diese Entschädigung, welche durch den Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt wird, darf den Betrag, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht, nicht übersteigen. Diese Vorschrift ist zwingend und von ihr darf weder zuungunsten des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers abgewichen werden.⁵³ Die Entschädigung hat eine pönale und präventive Funktion und ist somit weder Lohn noch Schadenersatz. Sie soll auch durch ihre Höhe abschreckend wirken, missbräuchliche Kündigungen auszusprechen.⁵⁴

Zur Bemessung der Höhe der Entschädigung fallen folgende Kriterien in Betracht:

- die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Gekündigten;
- die Dauer und Enge des Arbeitsverhältnisses;
- die Art, wie das Arbeitsverhältnis gekündigt wurde;
- die Leistungskraft des Pflichtigen;
- liegt ein Mitverschulden des Gekündigten vor, so kann dies zu einer Kürzung der Entschädigung führen.⁵⁵

Es gilt zu beachten, dass die Entschädigung infolge missbräuchlicher Kündigung im Rahmen einer Massenentlassung (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR) nicht mehr als den Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate betragen darf.

7.2 Schadenersatz und Genugtuung

Art. 336a Abs. 2 Satz 2 OR behält neben der Entschädigung auch Schadenersatzansprüche aus anderen Rechtstiteln vor. Darunter versteht man Ansprüche, die aus der Verletzung anderer Rechte des Gekündigten entstanden sind, insbesondere Ansprüche aus Persönlichkeitsverlet-

⁵³ Siehe Art. 361 OR.

⁵⁴ Vgl. dazu Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 108.

⁵⁵ Vgl. dazu Brühwiler, N 2 zu Art. 336a OR.

zung⁵⁶, wenn im konkreten Fall die Kündigung nicht nur missbräuchlich war, sondern auch die Persönlichkeit des Gekündigten davon massiv betroffen war. Es ist zu beachten, dass aufgrund der Missbräuchlichkeit einer Kündigung der Gekündigte grundsätzlich keinen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangen kann. Der gekündigte Arbeitnehmer kann also vom Arbeitgeber den entgangenen Lohn nicht verlangen, wenn er nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine neue Stelle mehr findet.⁵⁷

Bei einer Kündigung mit ehrverletzenden Äusserungen⁵⁸ könnte grundsätzlich neben der Entschädigung auch eine Genugtuung geltend gemacht werden. Da diese Genugtuung aber in der Regel bereits mit der Rechtsverletzungsbusse (Entschädigung) abgegolten ist, ist der zusätzliche Anspruch auf Genugtuung eher zu verneinen.⁵⁹

7.3 Geltendmachung der Entschädigung

Das Verfahren zur Geltendmachung der Entschädigung ist in Art. 336b OR geregelt, welcher wie folgt lautet: *"Wer gestützt auf Artikel 336 und 336a eine Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben"*.

Erfolgt die Einsprache nicht frist- und formgerecht, so ist der Anspruch auf Entschädigung verwirkt und der Gekündigte hat seine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Kündigung zu beschränken. Es ist insbesondere zu beachten, dass die Frist dann gewahrt ist, wenn die Einsprache am letzten Tag der laufenden Frist bei der Gegenpartei eintrifft. Hier ist also nicht der Poststempel massgebend.⁶⁰

In Art. 336b Abs. 2 OR heisst es weiter: *"Ist die Einsprache gültig erfolgt und einigen sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so kann die Partei, der gekündigt worden ist, ihren Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Wird nicht innert 180*

⁵⁶ Siehe Art. 28 ff. ZGB.

⁵⁷ Siehe Brühwiler, N 3 zu Art. 336a OR.

⁵⁸ Siehe Art. 49 OR.

⁵⁹ Siehe Brühwiler, N 3 zu Art. 336a OR.

⁶⁰ Siehe Rehbindler, Berner Kommentar, N 2 zu Art. 336b OR; Brühwiler, N 1 zu Art. 336 OR.

Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht, ist der Anspruch verwirkt". Zur Wahrung dieser Frist genügt der Poststempel des letzten Tages der laufenden Frist.⁶¹

Zusammengefasst heisst dies, dass der Gekündigte die Entschädigung nur unter Einhaltung dieser zwei unabdingbaren Voraussetzungen einfordern kann. Diese Verfahrenshürden wurden vom Gesetzgeber mit der Absicht aufgestellt, dass sich die Parteien dadurch eher gütlich einigen würden und in absehbarer Zeit Klarheit über die geltend gemachten Ansprüche geschaffen würde.⁶²

8. Der sachliche Kündigungsschutz nach dem Gleichstellungsgesetz

Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) bezweckt die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann. Insbesondere behandelt es das Diskriminierungsverbot. Gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden. Dabei wird insbesondere der Zivilstand, die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, die Schwangerschaft erwähnt. Diese Aufzählung ist allerdings nicht abschliessend.

Von einer direkt diskriminierenden Entlassung ist dann die Rede, wenn sich die Kündigung ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium, welches nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann (z.B. Schwangerschaft), bezieht.

Bei einer indirekt diskriminierender Entlassung lässt sich das diskriminierende Kriterium auf beide Geschlechter anwenden, wirkt sich aber faktisch vorwiegend auf ein bestimmtes Geschlecht aus.⁶³

In Art. 4 GIG wird die Diskriminierung durch sexuelle Belästigung behandelt. Diskriminierend ist demnach *"jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten*

⁶¹ Siehe Rehbindler, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 336b OR.

⁶² Siehe Rehbindler, Berner Kommentar, N 1 zu Art. 336b OR.

⁶³ Siehe Gremper, Handbücher für die Anwaltspraxis, 213 ff.

aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt. Darunter fallen insbesondere Drohungen, das Versprechen von Vorteilen, das Auferlegen von Zwang und das Ausüben von Druck zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art".

Liegt eine Kündigung seitens des Arbeitgebers aufgrund einer dieser oben genannten Gründe (Art. 3 oder 4 GIG) vor, so ist das Arbeitsverhältnis wie im Falle der missbräuchlichen Kündigung beendet. Der gekündigte Arbeitnehmer hat Anspruch auf Entschädigung (Rechtsverletzungsbusse) in der Höhe von höchstens sechs Monatslöhnen. Allfällige Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung aus besonderen Gründen sind vorbehalten. Für den Beweis einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechts oder einer sexuellen Belästigung genügt gemäss Art. 6 GIG die Glaubhaftmachung.⁶⁴

Ein Sonderfall ist in Art. 10 GIG geregelt. Demnach ist eine Kündigung anfechtbar, wenn *"sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer folgt"*. Dieser Tatbestand stellt ein Kündigungsschutz gegen die sogenannte Rache Kündigung dar (Art. 336 Abs. 1 lit. d).^{65; 66}

9. Schlusswort

Mit Art. 336 OR besteht ein gesetzlicher Artikel, welcher die Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen auflistet (nicht abschliessend) sowie die entsprechenden Sanktionen und das Verfahren zu deren Geltendmachung regelt. Diese gesetzliche Regelung stellt einen Schutz sowohl für den Arbeitnehmer als auch den Arbeitgeber gegen missbräuchliche Kündigungen dar. Die Begriffe in Art. 336 OR sind offen formuliert und lassen deshalb einen grossen Ermessensspielraum zu.

⁶⁴ Siehe Reh binder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 160.

⁶⁵ Vgl. oben 2.4.

⁶⁶ Vgl. dazu Gremper, Handbücher für die Anwaltspraxis, 221.

Da die Beweislast einer missbräuchlichen Kündigung beim Gekündigten liegt, kommt es im Berufsleben häufig vor, dass der Gekündigte (oftmals der Arbeitnehmer) nicht genügend Beweise erbringen kann, dass ihm missbräuchlich gekündigt wurde. Dieser Beweisnotstand könnte man vermindern, indem der Kündigende die Kündigung ohne Aufforderung begründen müsste.

Es ist verständlich, dass eine missbräuchliche Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet. Schliesslich kann beiden Parteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden. Allerdings ist meiner Meinung nach die Entschädigung in der Höhe von maximal sechs Monaten nicht sehr hoch.

Zürich, 10. Januar 2003

Andrea Huwyler