

Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich

Sitzung vom 12. Januar 2011

32. Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung des Arbeitsvertrags), Vernehmlassung

Mit Schreiben vom 5. Oktober 2010 eröffnete das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) das Vernehmlassungsverfahren für eine Teilrevision des Obligationenrechts (OR; SR 220). Dem Schreiben beigelegt war der Erläuternde Bericht und Vorentwurf des EJPD (nachfolgend Vorentwurf) vom September 2010.

Gegenstand der vorliegenden Teilrevision des Obligationenrechts ist die Regelung der Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung des Arbeitsvertrags. Der Kündigungsschutz wird heute in den Artikeln 336 ff. OR geregelt. Der Vorentwurf des EJPD sieht drei Änderungen gegenüber dem geltenden Recht vor. Die höchstens geschuldete Entschädigung bei einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung wird von sechs auf zwölf Monatslöhne erhöht (Art. 336a Abs. 2 und 337c Abs. 3 VE-OR). Diese Erhöhung auf eine Höchstentschädigung von zwölf Monatslöhnen führt auch zur Änderung von Art. 5 Abs. 4 dritter Satz des Gleichstellungsgesetzes vom 24. März 1995 (GlG; SR 151.1) bei diskriminierender Kündigung oder sexueller Belästigung. Ferner wird festgeschrieben, dass einem gewählten Arbeitnehmervertreter nur aus einem in seiner Person liegenden Grund gekündigt werden darf; eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen scheidet damit aus (Art. 336 Abs. 2 Bst. b VE-OR). Schliesslich verzichtet der Vorentwurf auf den absolut zwingenden Charakter der Artikel 336 und 336a OR (Art. 361 Abs. 1 VE-OR) und erlaubt damit vertragliche Abmachungen, die beide Vertragsparteien oder auch nur die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer besserstellen (Art. 336 Abs. 4 und 336a Abs. 4 VE-OR). Ausdrücklich festgehalten wird auch der relativ zwingende Charakter von Artikel 337c Abs. 3 OR (Art. 362 Abs. 1 VE-OR).

Die Feststellung des Vorentwurfs unter Ziffer 3, Seite 39 oben, dass keine Folgen für Bund, Kantone und Gemeinden zu erwarten sind, trifft in dieser allgemeinen Form nicht zu. Die Verweise in § 18 Abs. 3 und § 22 Abs. 4 PG sehen ausdrücklich vor, dass sich die Entschädigungen für die verpönten Kündigungen nach den Bestimmungen des Obligationenrechts bemessen. Auch wenn die Arbeitnehmenden des Kantons Zürich dem öffentlich-rechtlichen Personalrecht und nicht dem privat-

rechtlichen Obligationenrecht unterstehen, haben die vorgesehenen Änderungen des OR folglich einen direkten Einfluss auf die Bemessung der Entschädigung. Es ist daher zu prüfen, ob der kantonale Gesetzgeber die §§ 18 und 22 PG bei Annahme der geplanten Teilrevision in der Hinsicht abändern soll, die Verweisung auf das OR mit der Ausnahme bezüglich der Höhe der Entschädigungszahlung zu versehen.

Auf Antrag der Direktion der Justiz und des Innern

beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Zustelladresse: Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Privatrecht, Bundesrain 20, 3003 Bern):

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme zur Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung) und äussern uns dazu wie folgt:

1. Allgemeines

Grundsätzlich begrüssen wir die Absicht des Bundesrates, die Sanktionen im Fall missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigungen einer Überprüfung zu unterziehen. Insbesondere teilen wir die Einschätzung, dass die höchstens geschuldete Entschädigung bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung erhöht werden soll. Damit wird auch verhindert, dass Arbeitgeber, die sich an den Regeln des Kündigungsschutzes orientieren, gegenüber weniger gewissenhaften Arbeitgebern einen Wettbewerbsnachteil erfahren. Auch die weiteren vorgeschlagenen Änderungen (verbesserter Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter und vertragliche Ausweitung des Kündigungsschutzes, Anpassungen im Gleichstellungsgesetz) werden grundsätzlich begrüsst.

Die Feststellung im Vorentwurf, dass durch die Revision keine Folgen für Bund, Kantone und Gemeinden zu erwarten sind (Ziffer 3, Seite 39 oben), trifft in dieser allgemeinen Form wohl nicht zu. So verweist beispielsweise der Kanton Zürich in seinem Personalgesetz hinsichtlich Tatbestand und Rechtsfolgen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung ausdrücklich auf die Bestimmungen des Obligationenrechts. Bei einer Annahme der geplanten Teilrevision ist daher zu prüfen, ob und wie diese Verweisungen anzupassen sind.

2. Zur Beibehaltung der Prinzipien des positiven Rechtes

a) Gültigkeit der Kündigung

Die Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung sollen verschärft werden, ohne dass dabei die Gültigkeit der Kündigung selbst infrage gestellt wird. Die Höhe der möglichen Entschädigung soll genug hoch sein, damit sie die ihr zukommende abschreckende Wirkung entfalten kann. Das Arbeitsverhältnis jedoch soll nicht gegen den Willen einer Partei aufrechterhalten werden, zumal dies nicht praktikabel sein dürfte.

Wir teilen diese Einschätzung, zumal ein Arbeitsverhältnis immer auch ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis voraussetzt. Deshalb soll grundsätzlich auch eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung Bestand haben. Sofern die beiden Parteien nach einer solchen Kündigung trotzdem die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vereinbaren, so ist der Arbeitskonflikt im Sinne einer «abredeweisen Besserstellung» (vgl. Art. 336a Abs. 4 VE-OR) gelöst und die Frage nach der Entschädigung stellt sich nicht mehr.

b) Art der Entschädigung

Es erscheint uns richtig, dass die vom Bundesgericht definierte, besondere Art der Entschädigung mit ihrer Funktion als Strafe und Wiedergutmachung unangetastet bleibt. Der angepasste Höchstbetrag soll es aber erlauben, dieser Doppelfunktion wieder besser Rechnung zu tragen.

c) Festlegung des Betrages durch das Gericht

Aufgrund der sehr unterschiedlichen Fälle missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigungen soll den Gerichten auch in Zukunft ein weiter Ermessensspielraum erhalten bleiben. Wir begrüßen daher, dass auf eine Untergrenze der Sanktion verzichtet und der Höchstbetrag erhöht wird. Dies wird es den Gerichten erlauben, schärfere Sanktionen zu verhängen, ohne sie in ihrem Ermessen einzuschränken.

3. Zu den vorgeschlagenen Änderungen im Einzelnen

a) Erhöhung des Höchstbetrages der Entschädigung (Art. 336a Abs. 2 und 337c Abs. 3 VE-OR)

In den Vernehmlassungsunterlagen ist nachvollziehbar aufgezeigt, dass die heutige Sanktionsmöglichkeit bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung von höchstens sechs Monatslöhnen nicht mehr zeitgemäss ist. Denn es ist schwierig, die strafende Funktion der

Entschädigung zu gewährleisten, wenn ein Teil der Entschädigung bereits für die Wiedergutmachung der erlittenen Beeinträchtigung verwendet werden muss.

Die Höhe der Wiedergutmachung 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. Dies führt dazu, dass insbesondere bei langjährigen Arbeitsverhältnissen allein die Entschädigung für die Wiedergutmachung beim Höchstbetrag oder in seiner Nähe liegt. Der strafenden Funktion, d.h. der Berücksichtigung der Schwere des Vorwurfs, den man dem Arbeitgeber im Zusammenhang mit einer Kündigung macht, kann man in solchen Fällen nicht oder nur sehr geringfügig gerecht werden. Die vorgeschlagene Erhöhung auf zwölf Monatslöhne scheint uns daher ausgewiesen.

b) Verbesserter Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter (Art. 336 Abs. 2 lit. b VE-OR)

Wir sind ebenfalls der Auffassung, dass der Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertreterinnen und -vertretern zu verbessern ist. Die in den Vernehmlassungsunterlagen erwähnte Möglichkeit der Wiedereinstellung erachten wir aus den bereits erwähnten Gründen (vgl. Ziff. 2a) als nicht realistisch.

Mit dem vorgeschlagenen, verbesserten Kündigungsschutz wird die in der Bundesverfassung gewährleistete Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV) konkretisiert. Der bessere Kündigungsschutz erstreckt sich nur auf wenige Personen, nämlich die gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter. Diesen soll nur dann gekündigt werden können, wenn der Arbeitgeber beweist, dass er einen begründeten, in der Person der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers liegenden Anlass zur Kündigung hatte. Diese an Art. 340c Abs. 2 OR angelehnte Formulierung scheint uns zweckmässig und zielführend. Damit wird gewährleistet, dass die gewählte Arbeitnehmervertreterin oder der gewählte Arbeitnehmer ihre bzw. seine Funktion, wie sie im Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) geregelt ist, tatsächlich ausüben kann, ohne mit einer missbräuchlichen Kündigung rechnen zu müssen.

Bei Restrukturierungen und Schliessungen von Betrieben oder Betriebsteilen, in denen gewählte Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter tätig sind, sollte ausnahmsweise eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen möglich bleiben. Art. 336 Abs. 2 Bst. b VE-OR wäre

dahingehend zu ändern, dass in begründeten Fällen auch gewählte Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter aus wirtschaftlichen Gründen entlassen werden können.

c) Parität und absolut sowie relativ zwingender Charakter des Schutzes vor missbräuchlicher Kündigung (Art. 336 Abs. 3, 336a Abs. 3, 337c Abs. 3, 361 und 362 VE-OR)

Die Praxis hat 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. Daher ist der absolut zwingende Charakter der Bestimmungen über den Kündigungsschutz nicht gerechtfertigt, wenn Vereinbarungen getroffen werden, die für beide Parteien gleichermassen oder für die Arbeitnehmenden günstiger sind. Wir begrüßen deshalb die vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen. Diese Überlegungen gelten auch für die Einführung des relativ zwingenden Charakters von Art. 337c Abs. 3 OR, da eine Erhöhung der Entschädigung zugunsten der Arbeitnehmenden zulässig sein soll.

d) Änderungen im Gleichstellungsgesetz (GIG)

Wir begrüßen, dass der Höchstbetrag der Entschädigung bei diskriminierender Kündigung oder sexueller Belästigung von sechs auf zwölf Monate erhöht wird (Art. 5 Abs. 4 GIG). Hingegen bedauern wir, dass die Entschädigung bei der Anstellungsdiskriminierung nicht revidiert und konform mit dem Europäischen Recht ausgestaltet wird (vgl. BGE 131 II 370 Erw. 4.5 mit Hinweisen). Wie das Bundesgericht im erwähnten Entscheid festhält, kann die Entschädigung bei diskriminierender Nichtanstellung sehr klein sein, weil sie unter Umständen auf eine Vielzahl von Personen aufgeteilt werden muss (Art. 5 Abs. 4 Satz 2 GIG). Im Lichte der Anforderungen des auch für die Schweiz geltenden internationalen Rechts, das verlangt, dass Wiedergutmachungen angemessen, wirksam und prompt sowie im Verhältnis zur Schwere des Rechtsverletzung und der erlittenen Nachteile stehen müssen, erscheint die schweizerische Regelung der Entschädigung bei Antidiskriminierung als ungenügend. Wir regen an, dass die Entschädigung auf sechs Monatslöhne erhöht und auf die Regelung, dass bei mehreren diskriminierten Personen dieser Höchstbetrag nicht überschritten wird, verzichtet wird.

II. Mitteilung an die Geschäftsleitung des Kantonsrates, die Mitglieder des Regierungsrates und die Direktion der Justiz und des Innern.



Vor dem Regierungsrat
Der Staatsschreiber:

Husi