

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 12. Januar 2011 HSC

Vernehmlassung zur Teilrevision des Obligationenrechts: Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, uns zu dieser Vorlage äussern zu können. Wir nehmen dazu wie folgt Stellung.

Grundsätzliche Überlegungen

Interessenvertretung und Whistleblowing benötigen erhöhten Schutz

Ein ausreichender Kündigungsschutz und insbesondere wirksame Sanktionen bei missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigungen sind für Arbeitnehmende von grosser Bedeutung. Im Bereich der Arbeitsverhältnisse gilt nach wie vor, dass die Spiesse zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden letztlich ungleich lang sind, was einen höheren Schutz der schwächeren Partei, d.h. der Arbeitnehmenden, rechtfertigt. Im Zentrum der Vorlage stehen zwei spezifische Fragestellungen, nämlich einerseits die „Whistleblowing“-Thematik bzw. der Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz¹ und andererseits der Schutz für Arbeitnehmervertreterinnen und Vertreter.

¹ In seiner Stellungnahme vom 28.3.2009 zur Vernehmlassung des EJPD zu dieser Problematik hat sich der KV Schweiz klar für eine Verstärkung des Schutzes für die Arbeitnehmenden ausgesprochen.

Bestehendes Schutzniveau reicht nicht aus

Zwar ist in den von unserem Verband abgedeckten Wirkungsbereichen in jüngster Zeit keine zunehmende Anzahl von Kündigungen im Zusammenhang mit angestelltenpolitischen Tätigkeiten festgestellt worden. Gesamtschweizerisch hat sich jedoch gleichwohl die Zahl problematischer Einzelfälle erhöht. Wir verweisen hier auf die etwa vom SGB veröffentlichten Dokumentationen. Das **bestehende Kündigungsschutzniveau** erachten wir sowohl betreffend **Whistleblowing** als auch bezüglich der **Vertretung von Arbeitnehmerinteressen** als **unzureichend**. Die höchstmögliche Sanktion, die maximale Entschädigung im Fall einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung von sechs Monatslöhnen gem. Art. 336a OR, genügt nicht mehr. Eine abschreckende Wirkung geht von dieser Regelung kaum mehr aus, ist diese Summe für viele Arbeitgebende doch kein wirkliches Hemmnis mehr, sich von einem/r unliebsamen Arbeitnehmenden zu trennen. Der Schutz muss **verbessert** werden.

Sozialpartnerschaft verlangt engagierte Arbeitnehmervertreterinnen und –vertreter

Dem Institut der **Sozialpartnerschaft** kommt nicht nur aus **sozialpolitischen**, sondern auch aus **ökonomischen** Überlegungen ein sehr hoher Stellenwert zu. Gegenseitig vereinbarte Spielregeln beugen Unsicherheiten und Konflikten vor; sie enthalten damit immer auch ein erhebliches Kostenspar- bzw. Kostenvermeidungspotential. Gute sozialpartnerschaftliche Vereinbarungen unterstützen aber auch die Adaption an technologischen Wandel, da die Auswirkungen von Neuerungen berechenbarer werden. **Sozialpartnerschaft in den Betrieben** ist aber **auf engagierte Vertreter und Vertreterinnen von Arbeitnehmerseite angewiesen**. Die Personalvertretung hat in den letzten Jahren durch verschiedene Neuerungen an Bedeutung gewonnen. Zu erwähnen sind das Mitwirkungsgesetz (SR 822.14), die Regelungen zur Massenentlassung (Art. 335d ff OR), das Fusionsgesetz (SR 221.301), aber auch die Errichtung tripartiter Kommissionen im Rahmen der flankierenden Massnahmen zum Personenfreizügigkeitsabkommen. Diese Einflussmöglichkeiten stehen aber nur zur Verfügung, wenn der Wirkungskreis der involvierten Personen akzeptiert, respektiert und ein **ausreichender Schutz gewährleistet** wird. Die **Kündigungsregelung** hat mit dieser neueren Entwicklung **nicht Schritt gehalten**, wie dies z.B. anhand des Mitwirkungsgesetzes deutlich wird. Art. 12 besagt, dass Mitglieder der Arbeitnehmervertretung „während des Mandats und nach dessen Beendigung wegen Ausübung dieser Tätigkeit nicht benachteiligt werden“ dürfen. Art. 336 Abs. 2 b OR gewährt diesen Schutz aber nur während der Dauer eines Amtes, nicht auch darüber hinaus. Solche **Diskrepanzen** müssen geklärt und beseitigt werden.

Änderungen im OR nötig

Eine Verbesserung dieses Schutzes via GAV ist heute schwierig, da die für diese Fragestellungen relevanten Bestimmungen im OR zwingender Natur sind². Nötig sind daher Änderungen im OR selbst. Der **Weg zu einem höheren Schutzniveau** führt für uns über die beiden Elemente „**höherer Schadenersatz**“ und „**Möglichkeit der Wiedereinstellung**“. Die Möglichkeit der Wiedereinstellung ist dabei auch im ILO-Akommen Nr. 98 vorgesehen. Die genannten Verschärfungen sind Mittel zum Zweck: Der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin soll durch diese Sanktionsmöglichkeiten zum genauen Nachdenken gebracht werden, *bevor* eine Kündigung ausgesprochen wird. Dabei gehen wir selbstverständlich davon aus, dass sich auch Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmerseite korrekt, d.h. gemäss den üblichen *Gepflogenheiten im geschäftlichen Umgang, verhalten*. Verstösse werden durch den Schutz nicht legitimiert. Tätigkeit und Vorgehen der Arbeitnehmervertreter müssen zudem durch ihr Mandat des Personals bzw. der Personalkommission gestützt und legitimiert sein.

Massnahme 1: Höhere maximale Entschädigung bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung

Wir unterstützen den Vorschlag, die **maximale Entschädigung** im Fall einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung **von heute sechs auf zwölf Monate zu erhöhen**. Wir sind dabei mit der Weiterführung der bisherigen Konzeption, dass die Entschädigung eine Doppelfunktion als Bestrafung und als Wiedergutmachung erfüllt, einverstanden. Nicht einsichtig ist allerdings die Begründung, dass dabei „Wirksamkeit (Wiedergutmachung, Strafe und Prävention)“ gegen die „Belastung abgewogen werden muss, welche daraus für den Arbeitgeber resultiert, vor allem in kleineren und mittleren Unternehmen“. Zur Debatte steht doch ein – gerichtlich zu beurteilendes – Fehlverhalten, welches dadurch, dass die Sanktion finanziell spürbar wird, nicht hinfällig wird. Für die Würdigung der konkreten Umstände bleibt auch in der neuen Regelung ausreichend Platz, wird doch dem Gericht weiterhin ein sehr grosser Ermessensspielraum zugewiesen.

Massnahme 2: Neue Sanktion nötig in Form der Möglichkeit der Wiedereinstellung

Der KV Schweiz spricht sich auch für die **Verankerung der Möglichkeit der Wiedereinstellung** aus, und dies in Analogie zu der im Gleichstellungsgesetz für den Fall der Rache Kündigung getroffenen Regelung (Art. 10 GIG). Die Nichtigkeit oder Annullierbarkeit einer Kündigung soll dann in Betracht gezogen werden können, wenn es darum geht, Personen zu schützen, die sich für ein Verfassungsrecht, nämlich jenes der Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV), einsetzen. Diese Position stützt sich auf die Meinung des Bundesrates, wie sie dieser in der Botschaft zum Gleichstellungsgesetz (GIG) vertreten hat.

² Vgl. Entscheid des Genfer Arbeitsgerichtes (Chambre genevoise des relations collectives de travail, CRCT) vom 16. März 2010 (Unia/ Marisa Pralong versus Manor) klar: Nach Auslegung durch die CRCT sind die Art. 336ff OR zwingend, und

Wir weisen an dieser Stelle auch auf den in Ihrer Unterlage enthaltenen Rechtsvergleich der Gesetzgebung in verschiedenen Ländern hin. Daraus geht hervor, dass selbst in Staaten wie den USA oder Grossbritannien – also in Ländern, die ein überaus „flexibles“ Arbeitsrecht kennen – die Möglichkeit der Wiedereinstellung vorgesehen wird. Wir sind uns dabei durchaus bewusst, dass eine Wiedereinstellung in etlichen Fällen problematische Konstellationen, wie sie *nach* erfolgter Kündigung eintreten werden, kaum verhindern. Im Vordergrund steht aber die präventive Wirkung dieser Massnahme: Lösungen sollen gesucht werden, bevor Arbeitnehmende, die einem speziellen Schutz unterstellt sind, entlassen werden.

- Wir **beantragen**, den **OR-Entwurf wie folgt zu ergänzen**:

Eine **Kündigung** eines **gewählten Personalvertreters oder einer gewählten Personalvertreterin** ohne berechtigten Grund gem. Art. 336 Abs. 2 Bst. b OR muss analog zur Regelung von Art. 10 GLG **anfechtbar** sein.

Die gekündigte Person muss – sofern ihre Klage gutgeheissen wird – wieder in der **gleichen Stelle** oder – wenn dies nicht möglich ist – an einer gleichwertigen Stelle eingestellt werden. Verzichtet die missbräuchlich gekündigte Person auf eine Wiedereinstellung, hat sie Anspruch auf eine Entschädigung.

Bemerkungen zu den Einzelbestimmungen

Art. 336a Abs.2 erster Satz und Abs. 4 (neu)

Wir verweisen auf den oben erwähnten **Antrag auf Ergänzung der OR-Revision durch die Möglichkeit der Wiedereinstellung** bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung einer Arbeitnehmervertreterin bzw. eines Arbeitnehmervertreters.

Art. 336 Abs. 2 Bst. b und Abs. 4 (neu)

Wir **begrüssen** diesen Vorschlag. Die heute vom Bundesgericht gestützte weite Auslegung³, eine Kündigung auch aus wirtschaftlichen Gründen zuzulassen, selbst wenn es nur um eine strukturelle Restrukturierung geht, muss eingeschränkt werden. Es geht nicht an, dass unliebsamen Personalvertretern unter fadenscheinigen wirtschaftlichen Vorwänden gekündigt werden kann. Die nunmehr in der Vorlage enthaltene **Einschränkung des Kündigungsgrunds** auf „*einen begründeten, in der Person des Arbeitnehmers liegenden Anlass*“, den zudem der Arbeitgeber *beweisen* muss, ist **wichtig**, auch wenn die tatsächliche Umsetzung weiterhin schwierig bleiben dürfte.

³ BGE 133 III 512

- Der **Schutz** muss zudem **auch nach Aufgabe des Vertretungsmandates** andauern. Konkret schlagen wir hier **ein Jahr** vor. Ebenso muss der Schutz in der Wahlphase der Arbeitnehmervertretung gelten.
- Weiter muss die Bestimmung auch auf jene Arbeitnehmenden angewandt werden, die ihr Recht auf Gewerkschaftsfreiheit im Sinne von Art. 336 Abs. 2 Bst. a OR konform ausüben. Der Schutz von Arbeitnehmenden, die einer Arbeitnehmerorganisation angehören und aus diesem Grunde gekündigt werden, muss ebenfalls verbessert werden. Wir schlagen folgende **Änderung in Abs. 2 Bst. b** vor: „...in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist **oder eine Funktion in einer Arbeitnehmerorganisation wahrnimmt...**“.

Art. 337c Abs. 3 (neu)

Wir unterstützen die Ausdehnung des Spielraumes für **Entschädigungen von heute sechs auf zwölf Monate**.

Art. 361 und 362 (neu)

Wir begrüssen, dass eine **Ausweitungen des Kündigungsschutzes vertraglich möglich** ist. Die Sozialpartner *müssen* bessere Bestimmungen für die Arbeitnehmenden vereinbaren können.

Änderung im Gleichstellungsgesetz

Art. 5 Abs. 4 dritter Satz GLG (neu)

Wir begrüssen diese Änderung, mit welcher die Erhöhung des Höchstbetrags der Entschädigung im Gleichstellungsgesetz nachvollzogen wird.

Wir danken Ihnen für die Aufmerksamkeit, die Sie unseren Ausführungen schenken.

Freundliche Grüsse

Kaufmännischer Verband Schweiz

lic. iur. Peter Kyburz
Generalsekretär

lic. iur. Barbara Gisi
Leiterin Angestelltenpolitik