

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung) Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse

Oktober 2012

1 Einleitung

Der Vorentwurf wurde vom Bundesrat am 1. Oktober 2010 in die Vernehmlassung geschickt. Die Vernehmlassung lief bis 14. Januar 2011. Zu einer Stellungnahme eingeladen wurden die Kantone, die in der Bundesversammlung vertretenen Parteien und 27 Organisationen. Es gingen Antworten von 25 Kantonen, 6 Parteien und 15 Organisationen ein. Der Schweizerische Städteverband hat auf eine Stellungnahme verzichtet. 24 Organisationen und 1 Einzelperson, die in der Vernehmlassung nicht offiziell begrüsst worden waren, haben sich spontan geäussert.

2 Vernehmlassungsteilnehmer

2.1 Begrüsste Teilnehmer, die eine Stellungnahme eingereicht haben

Kantone

AG	Aargau / Argovie / Argovia
AI	Appenzell Innerrhoden / Appenzell Rhodes-Intérieures / Appenzello Interno
AR	Appenzell Ausserrhoden / Appenzell Rhodes-Extérieures / Appenzello Esterno
BE	Bern / Berne / Berna
BL	Basel-Landschaft / Bâle-Campagne / Basilea-Campagna
BS	Basel-Stadt / Bâle-Ville / Basilea-Città
FR	Freiburg / Fribourg / Friburgo
GE	Genf / Genève / Ginevra
GL	Glarus / Glaris / Glarona
GR	Graubünden / Grisons / Grigioni
JU	Jura
LU	Luzern / Lucerne / Lucerna
NE	Neuenburg / Neuchâtel
NW	Nidwalden / Nidwald / Nidvaldo
OW	Obwalden / Obwald / Obvaldo
SG	St. Gallen / Saint-Gall / San Gallo
SH	Schaffhausen / Schaffhouse / Sciaffusa
SO	Solothurn / Soleure / Soletta
SZ	Schwyz / Svitto
TG	Thurgau / Thurgovie / Turgovia
TI	Tessin / Ticino
UR	Uri
VS	Wallis / Valais / Vallese
ZG	Zug / Zoug / Zugo
ZH	Zürich / Zurich / Zurigo

Politische Parteien

CSP	Christlich-soziale Partei der Schweiz / Parti chrétien-social Suisse / Partito cristiano sociale svizzero
CVP	Christlichdemokratische Volkspartei der Schweiz / Parti Démocrate-Chrétien suisse / Partito Popolare Democratico svizzero
FDP	Freisinnig-Liberale Partei der Schweiz / Parti libéral-radical suisse / Partito liberale-radicale svizzero
GPS	Grüne Partei der Schweiz / Parti écologiste suisse / Partito ecologista svizzero
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz / Parti Socialiste Suisse / Partito Socialista svizzero
SVP	Schweizerische Volkspartei / Union Démocratique du Centre / Unione Democratica di Centro

Organisationen

CP	Centre patronal
DJS	Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz / Juristes Démocrates de Suisse / Giuristi e Giuriste Democratici Svizzeri
FER	Fédération des Entreprises Romandes
IVA	Interkantonaler Verband für Arbeitnehmerschutz / Association intercantonale pour la protection des travailleurs / Associazione intercantonale per la protezione dei lavoratori
KV Schweiz	Kaufmännischer Verband Schweiz / Société des employés de commerce Suisse
SAGV	Schweizerischer Arbeitgeberverband / Union patronale suisse / Unione svizzera degli imprenditori
SBV	Schweizerischer Bauernverband / Union suisse des paysans / Unione Svizzera dei Contadini
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund / Union syndicale suisse / Unione sindacale svizzera
SGV	Schweizerischer Gewerbeverband / Union suisse des arts et métiers / Unione svizzera delle arti e mestieri
SVV	Schweizerischer Versicherungsverband / Association Suisse d'Assurances / Associazione Svizzera d'Assicurazioni

Travail.Suisse Travail.Suisse

UNIL	Universität Lausanne
UNILU	Universität Luzern
UNINE	Universität Neuenburg
UNISG	Universität St. Gallen

2.2 Nicht begrüßte Teilnehmer

AGV-Rheintal Arbeitgeberverband des Rheintals

AI Amnesty International

AIHK	Aargauische Industrie- und Handelskammer
Baumeisterverband	Schweizerischer Baumeisterverband / Société Suisse des Entrepreneurs / Società Svizzera degli Impresari-Costruttori
CCTI	Camera di commercio, dell'industria, dell'artigianato e dei servizi del Cantone Ticino
H+	Schweizer Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen / Hôpitaux, cliniques et instituts de soins suisses / Gli ospedali, le cliniche e gli istituti di cura svizzeri
IHK	Industrie- und Handelskammer St. Gallen-Appenzell
IVS	Industrie- und Wirtschafts-Vereinigung Schaffhausen
KGS	Kantonaler Gewerbeverband Schaffhausen
Lausanne	Stadt Lausanne
Merkl	Georg Merkl
Migros	Migros-Genossenschafts-Bund / Fédération des coopératives Migros / Federazione delle cooperative Migros
SBLV	Schweizerischer Bäuerinnen- und Landfrauenverband / Union Suisse des Paysannes et des Femmes Rurales / Unione Svizzera delle Donne Contadine et Rurale
senesuisse	Private Alters- und Pflegeeinrichtungen Schweiz / Etablissements suisses médicalisés privés pour personnes âgées
SFF	Schweizer Fleisch-Fachverband / Union Professionnelle Suisse de la Viande / Unione Professionale Svizzera della Carne
SHV	Schweizer Hotelier-Verein / Société suisse des hôteliers / Società Svizzera degli Albergatori
SKG	Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten / Conférence Suisse des Délégué.e.s à l'Égalité entre Femmes et Hommes / Conferenza Svizzera delle Delegate alla Parità fra Donne e Uomini
SMU	Arbeitgeberverband Schweizerische Metall-Union / Union patronale Union Suisse du Métal / Associazione padronale Unione Svizzera del Metallo
SwissRetail	Vereinigung der Mittel- und Grossbetriebe des schweizerischen Detailhandels / Association suisse des moyennes et grandes entreprises du commerce de détail / Federazione delle medie e grandi imprese del commercio al dettaglio svizzero
transfair	Personalverband transfair
TInt	Transparency International
VDK	Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren / Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique / Conferenza dei direttori cantionali dell'economia pubblica
VELEDES	Schweizerischer Verband der Lebensmittel-Detaillisten / Association suisse des détaillants en alimentation / Associazione svizzera dei dettaglianti in alimentari
VSEI	Verband Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen / Union suisse des installateurs-électriciens
zhaw	Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften

3 Zusammenfassung der eingegangenen Stellungnahmen¹

3.1 Allgemeine Bemerkungen

3.1.1 Regelungsbedarf

AI, AR, BE, BS, FR, GL, GR, NW, OW, SG, SH, SO, TI, UR, VS und ZH, GPS, CSP, und SP, IVA, DJS, KV Schweiz, Travail.Suisse, UNIL, UNILU, UNINE, UNISG und SGB anerkennen, dass ein Regelungsbedarf besteht. Einige dieser Teilnehmer heissen jedoch nur einen Teil der vorgeschlagenen Änderungen gut. NW sieht lediglich im Zusammenhang mit Kündigungen bei Meldung von Missständen einen Regelungsbedarf, ohne sich jedoch gegen die Möglichkeit günstigerer vertraglicher Lösungen (Art. 336 Abs. 4, 336a Abs. 4, 361 und 362 VE-OR) auszusprechen. UNIL äussert ernsthafte Zweifel daran, ob der Höchstbetrag der Entschädigung bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung (Art. 336a Abs. 2, 337c Abs. 3 VE-OR) erhöht werden muss. AI, GR, JU, NW, SO und VS lehnen die Änderung von Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe b VE-OR ab, wonach die Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmervertreter missbräuchlich ist, wenn nicht in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe Anlass dazu gegeben haben. GR lehnt die Möglichkeit günstigerer vertraglicher Lösungen ab.

AG, BL, GE, SZ, TG und ZG, CVP, FDP und SVP, CP, FER, SAGV, SBV, SGV und SVV sprechen sich gegen jegliche Verbesserung des Kündigungsschutzes aus. GE und CP begrünnen hingegen die Möglichkeit günstigerer vertraglicher Lösungen so wie auch der SBLV mit dem betreffenden Vorschlag einverstanden wäre, falls die Vorlage beibehalten werden sollte.

Von den nicht begrüsstten Vernehmlassungsteilnehmern anerkennen Amnesty, H+, Lausanne, Merkl, SKG, Tint, transfair und zhaw einen Regelungsbedarf. H+ und zhaw lehnen die Änderung von Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe b VE-OR ab. AGV-Rheintal, AIHK, Baumeisterverband, CCTI, IHK, IVS, KGS, Migros, SBLV, senesuisse, SFF, SHV, SMU, SwissRetail, VSEI und VELEDES lehnen die Ausweitung des Kündigungsschutzes ab. Die AIHK hingegen ist grundsätzlich nicht gegen die Verstärkung des Schutzes nach Artikel 336b Absatz 2 Buchstabe b OR und senesuisse sowie der SBLV begrünnen die Möglichkeit günstigerer vertraglicher Lösungen.

Die Vernehmlassungsteilnehmer, die einen Regelungsbedarf anerkennen, heissen die Begründungen des Vorentwurfs gut: Angesichts der Funktion der Wiedergutmachung als auch der Strafe biete der heute vorgesehene Höchstbetrag der Entschädigung dem Gericht nicht den erforderlichen Ermessensspielraum und gewährleiste keine ausreichende präventive Wirkung. Zudem fielen die zu zahlenden Entschädigungen tief aus und deren Geltendmachung stosse auf prozessuale Hindernisse (DJS). Gemäss dem IVA geht es darum, ein missbräuchliches und somit widerrechtliches Verhalten des Arbeitgebers zu ahnden. Ein ausreichender Schutz biete den Arbeitgebern, die sich an die Regeln halten, die Gewähr, dadurch keinen Wettbewerbsnachteil zu erleiden (ZH). In Bezug auf die Arbeitnehmervertreter und die gewerkschaftlichen Tätigkeiten im Allgemeinen wird hervorgehoben, dass die Koalitionsfreiheit eine grundlegende Norm des schweizerischen und internationalen Arbeitsrechts darstellt (SGB, SP). Auch auf die Bedeutung der Sozialpartnerschaft, für

¹ Im Bericht werden die Ansichten der nicht begrüsstten Teilnehmer zum Regelungsbedarf sowie jene ihrer Meinungen aufgeführt, die nicht bereits von den offiziellen Vernehmlassungsadressaten geäussert wurden.

die engagierte Vertreterinnen und Vertreter nötig sind, wird hingewiesen (DJS, KV Schweiz, IVA, SGB, UNILU) sowie auf die mit dieser Funktion verbundenen Risiken wie Arbeitsverlust und die Schwierigkeit, eine neue Stelle zu finden (DJS, IVA). Die Zunahme der antigewerkschaftlichen Kündigungen wird ebenfalls hervorgehoben und mit aktuellen Beispielen unterlegt (GPS, SGB, SP).

Die Teilnehmer, die den Vorentwurf ablehnen, unterstreichen den liberalen und flexiblen Charakter des schweizerischen Arbeitsrechts und dessen Bedeutung für den Wirtschaftsstandort Schweiz (AG, BL, GE, TG, ZG, CVP, FDP, FER, SAGV, SBV, SGV, SVV). Die vorgeschlagenen Änderungen würden sich negativ auf das Stellenangebot auswirken (Verzicht auf Anstellung von Mitarbeitenden oder Anstieg der Anzahl prekärer Arbeitsverhältnisse) und den komparativen Vorteil einer weniger einschränkenden Gesetzgebung aufheben. Allgemein wird hervorgehoben, dass der Schutz durch das geltende Recht genügt. Bezüglich Höchstbetrags der Entschädigung wird an den 1988 im Parlament erzielten Kompromiss erinnert. Er behalte auch heute noch seine Gültigkeit (ZG, FDP, SVV). Die Erhöhung des Höchstbetrags sei insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) nicht erforderlich; diese stellten die Mehrheit der Arbeitgeber in der Schweiz dar und würden darunter stark leiden.

3.1.2 Ausweitung des Kündigungsschutzes

3.1.2.1 Gültigkeit der Kündigung; Wiedereinstellung des Arbeitnehmers

Mehrere Vernehmlassungsteilnehmer unterstützen es ausdrücklich, dass mit der Vorlage die Gültigkeit einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung nicht in Frage gestellt werden soll (GE, GR, JU, SO, ZG, UNILU, UNINE, UNISG, SAGV).

Für einen Teil der Teilnehmer hingegen, die einen Regelungsbedarf sehen, geht der Vorentwurf in diesem Punkt zu wenig weit (LU, NE, CSP, GPS, SP, DJS, KV Schweiz, IVA, SGB, Travail.Suisse). Die Wiedereinstellung von Arbeitnehmenden, die von einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung betroffen sind, sollte in bestimmten Fällen oder allgemein eingeführt werden. Dabei wird Artikel 10 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG) als Modell herangezogen. Als Alternative zur Weiterführung der Arbeit an der gleichen Stelle wird auch eine Wiederanstellung in eine gleichwertige Stelle vorgeschlagen (LU, NE, CSP, GPS, SP, KV Schweiz, SGB, Travail.Suisse).

So regen die DJS und der IVA an, dass missbräuchliche Kündigungen annullierbar sein sollten; gemäss LU sowie SP sollte diese Möglichkeit vertieft geprüft werden. Die CSP bringt eine Wiedereinstellung in Fällen mit schweren wirtschaftlichen und sozialen Folgen vor (z. B. Alter oder langes Arbeitsverhältnis). NE, GPS, SP, DJS, KV Schweiz, IVA, SGB und Travail.Suisse verlangen die Wiedereinstellung für Arbeitnehmervertreter. Die DJS und der IVA schlagen eine Wiederanstellung für jegliche missbräuchliche Kündigungen vor, betonen aber auch, wie besonders wichtig der Schutz für die Arbeitnehmervertreter sei. NE, GPS, SP, SGB und Travail.Suisse beantragen ebenfalls eine Wiederanstellung bei missbräuchlichen Kündigungen aufgrund gewerkschaftlicher Tätigkeit oder Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft (Art. 336 Abs. 2 Bst. a OR). Die DJS erachten es als unverzichtbar, die Verfahrensregeln zur Geltendmachung der Entschädigung zu verbessern, falls die Wiedereinstellung

nicht vorgeschlagen werden sollte (Argumente und Vorschläge siehe unter Ziff. 3.2.2 und 3.3.2 unten).

Auch einige nicht begrüßte Teilnehmer treten für die Wiedereinstellung von entlassenen Arbeitnehmenden ein. Amnesty und transfair plädieren für die Wiedereinstellung von Arbeitnehmenden, denen wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit gekündigt wurde, und Lausanne für die Wiederanstellung von Arbeitnehmervertretern; für Tint drängt sich diese Sanktion in Bezug auf Arbeitnehmende auf, die Missstände am Arbeitsplatz gemeldet haben.

Zur Rechtfertigung dieses Vorschlags werden verschiedene Argumente vorgebracht. GPS, SP, DJS, IVA, KV Schweiz, SGB und Travail.Suisse sind der Meinung, dass die Sanktion ihre präventive Wirkung nur dann genügend entfalten kann, wenn sie mit einer Wiedereinstellung verbunden ist, insbesondere bei Ausübung einer gewerkschaftlichen Tätigkeit oder im Zusammenhang mit der Sozialpartnerschaft. Es wird auch in Erinnerung gerufen, dass der Zweck der Sanktion darin besteht, ein Verhalten zu ahnden, das vom Gesetz nicht geschützt wird (IVA). Die Wiedereinstellung sei auch eine praktikable Lösung (SP, DJS, IVA, SGB). Sie sei in einigen Fällen bereits zur Anwendung gekommen und es könne ein Verfahren für die provisorische Wiedereinstellung eingeführt werden (DJS, IVA). Der Arbeitnehmer müsse den missbräuchlichen Kündigungsgrund auch nachweisen, womit die Kündigungen nicht systematisch ausgesetzt würden (IVA). Und selbst wenn die Kündigung schliesslich nicht ausgesprochen werde, sei die Verhandlungsposition des Arbeitnehmers durch die Sanktion gestärkt, was eine stärkere präventive Wirkung habe (DJS). Im Übrigen könne der Arbeitnehmer seine Rechte ausschliesslich aufgrund dieser Massnahme während des Arbeitsverhältnisses geltend machen (IVA). Das Verfahren nach Artikel 336b OR und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Absatz 2 seien in der Praxis nicht zur Anwendung gekommen (DJS, IVA). Die zhaw weist darauf hin, dass die Annullierung einer Kündigung – im GIG oder im Bundespersonalrecht bei Kündigung zur Unzeit vorgesehen – dem schweizerischen System des Kündigungsschutzes nicht fremd sei.

Spezifisch in Bezug auf die Kündigung wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit oder gegenüber Arbeitnehmervertretern stützen sich GPS, SP, DJS, KV Schweiz, SGB und Travail.Suisse auf das Übereinkommen Nr. 98 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über das Vereinigungsrecht und das Recht zu Kollektivverhandlungen. Sie vertreten die Meinung, dass das Schweizer Recht das Übereinkommen nicht respektiert. Gemäss GPS, SP, KV Schweiz und SGB ist die gewerkschaftliche Tätigkeit ebenso wie die Gleichstellung von Frau und Mann verfassungsrechtlich geschützt. In Artikel 10 GIG sei die Annullierbarkeit einer Kündigung indes bereits vorgesehen. Dieselben Teilnehmer als auch die DJS weisen zudem darauf hin, dass auch die Gesetzgebung anderer Länder die Wiedereinstellung kenne.

3.1.2.2. Weitere Vorschläge

Es wurden weitere Vorschläge zur Verbesserung des Kündigungsschutzes unterbreitet. Sie werden im Folgenden unter den Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln (Ziff. 3.2) oder unter den weiteren Vorschlägen (Ziff. 3.3) genannt.

3.2 Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln

3.2.1 Art. 336 Abs. 2 Bst. b

Je nachdem, ob ein Regelungsbedarf anerkannt wurde oder nicht, wurde dieser Bestimmung zugestimmt oder wurde sie abgelehnt. Die Ausnahme bilden einige wenige Vernehmlassungsteilnehmer, die oben genannt werden (Ziff. 3.1.1).

Das Verbot, Arbeitnehmervetretern aus objektiven Gründen zu kündigen, wird mit verschiedenen Argumenten abgelehnt. Abgesehen davon, dass der durch geltendes Recht gewährte Schutz als ausreichend erachtet wird, wird die Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen bei Betriebsschliessungen oder wirtschaftlichen Problemen als unverzichtbar angesehen (AI, BL, BS, GR, JU, TG, CP, FER, UNIL, UNISG, SAGV, SGV, SVV). Auch die im Bericht genannten Alternativen zur Kündigung werden als wenig realistisch beurteilt (AI, CP, FER, UNIL). Vielmehr wird die Bedeutung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit herausgestrichen – die Unternehmer müssen für die Reorganisation ihrer Unternehmen weiterhin die am besten geeigneten Massnahmen treffen können (BS, SO, SAGV). Die Arbeitnehmervetreter nicht entlassen zu können, führe andererseits zu einer Ungleichbehandlung der Arbeitnehmenden (AI, BS, GR, SO, FDP, SVP, FER, SAGV), die wiederum der Akzeptanz der Vertreter durch die anderen Arbeitnehmenden schaden würde (SAGV). Auch der Anreiz zur Schaffung von Personalkommissionen ginge dadurch verloren (GR). Die Ausweitung des Kündigungsschutzes muss auf die Gesamtarbeitsverträge beschränkt bleiben (SAGV). Der SFF weist auf das Missbrauchspotenzial hin: Personen könnten sich wählen lassen, um eine aus anderen Gründen drohende Kündigung zu vermeiden. Gemäss H+ verträgt sich eine solche Ausweitung des Begriffs der missbräuchlichen Kündigung nicht mit einer so strengen Sanktion wie jene nach Artikel 336a Absatz 2 VE-OR.

Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer schlagen vor, das Verbot der Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen einzuschränken. Nach Ansicht von OW sollte das Verbot ausschliesslich bei Massenentlassungen gelten. Die UNIL schlägt vor, die Möglichkeit der Kündigung beizubehalten für den Fall, dass sich ein Arbeitgeber mit wirtschaftlichen Problemen aus objektiven Gründen in Zusammenhang mit dem Wert der Arbeit oder mit der Arbeitsstelle dafür entscheidet. Der VSEI und die AIHK fordern ebenfalls eine Beschränkung des Kündigungsschutzes auf Massenentlassungen. Die AIHK unterbreitet den Vorschlag, das Kündigungsverbot auf den Zeitraum zu beschränken, während dessen die Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte erforderlich ist; der VSEI möchte es auf die Zeit bis zum Abschluss der Restrukturierung des Unternehmens beschränken.

Anstelle der unterbreiteten Änderung schlägt die UNILU eine Generalklausel vor, wonach der Arbeitgeber beweisen kann, dass die Kündigung nicht der Hinderung der rechtmässigen Ausübung der Funktionen des Arbeitnehmervetreters diene oder Folge davon war. Die UNISG regt an, den Schutz durch eine längere Kündigungsfrist zu gewährleisten, etwa eine Frist von zwölf Monaten.

Mehrere Vorschläge zielen auch in Richtung einer Erweiterung des Schutzes. Gemäss NE, GPS, SP, KV Schweiz, SGB und Travail.Suisse sollte der Schutz auf die Zeiträume vor und nach der Ausübung der Funktion ausgeweitet werden. Es wird eine Koordinierung mit Artikel 12 Absatz 2 des Bundesgesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verlangt, gemäss welchem die Arbeitnehmenden während der Ausübung ihres Mandats und nach dessen Been-

digung geschützt sind. Die Teilnehmer empfehlen, den Kündigungsschutz auf ein Jahr nach Beendigung des Mandats auszuweiten. Der Schutz könnte auch die Wahlphase umfassen (KV Schweiz), zum Zeitpunkt der Einreichung der Kandidatur beginnen und ab dann ein Jahr lang bestehen (NE, SP, SGB) oder ein Jahr vor Einreichung der Kandidatur einsetzen (GPS, Travail.Suisse).

3.2.2 Art. 336a Abs. 2 und 337c Abs. 3

Die Ansichten der Vernehmlassungsteilnehmer zur Erhöhung des Höchstbetrags für die Entschädigung entsprechen, mit einigen Ausnahmen (vgl. Ziff. 3.1.1. oben), jeweils ihrer Haltung gegenüber dem Regelungsbedarf.

Verschiedene Argumente werden gegen diese Änderung vorgebracht. So wird das geltende Recht als ausreichend erachtet (TG, FDP, SVP, CP, FER, SAGV, SVV). Das Gericht verfüge über einen recht weiten Ermessensspielraum, es müsse nur selten das Maximum verhängen (SAGV, SVV). Über den Betrag der Entschädigung hinaus entstünden auch hohe Kosten wie Verfahrenskosten und Reputationsschäden, die vor allem für die KMU schwer wögen (FER, SAGV, SGB). Die UNISG, grundsätzlich für die Änderung, hebt hervor, dass der Arbeitgeber auch in jenen häufigen Fällen höhere Kosten tragen müsste, in denen ein Vergleich abgeschlossen werde, da seine Verhandlungsposition geschwächt sein würde. Entgegen den Aussagen im erläuternden Bericht würden die festgelegten Entschädigungen generell erhöht (SAGV, SBV). Auch eine verstärkte Abschreckungswirkung sei nicht nötig, denn die Arbeitgeber sprächen die Kündigung nach Treu und Glauben aus und nicht mit Blick auf eine mehr oder weniger hohe anfallende Entschädigung (SAGV). Auch für grosse Unternehmen bestehe ein genügender Anreiz zur Zurückhaltung, denn sie verfügten über Rechtsabteilungen, die von eventuell widerrechtlichen Kündigungen abrieten, und Reputationsschäden hätten für sie schwere Auswirkungen (SAGV). Den Höchstbetrag auf zwölf Monate zu erhöhen hätte ohnehin nicht die gewünschte abschreckende Wirkung auf sie (SwissRetail). Der Begriff der missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung sei weit gefasst und rechtfertige eine so strenge Sanktion nicht (SVP, FER). Ebenso befürchten einige Vernehmlassungsteilnehmer, dass die fristlose Kündigung nicht mehr ausgesprochen würde, selbst wenn sie sich aufdrängt, denn sie würde zu grosse finanzielle Risiken bergen (BL, BS, TG, SAGV, SVV). H+ begrüsst die vorgeschlagene Erhöhung des Höchstbetrags, ist aber der Ansicht, dass der Begriff der missbräuchlichen Kündigung weiterhin eng gefasst werden muss.

Es werden verschiedene Vorschläge zur Beschränkung der Entschädigungen unterbreitet, die sonst recht hoch ausfallen könnten, wenn der Höchstbetrag auf zwölf Monatslöhne erhöht wird. So könnte der Betrag plafoniert oder an einen Durchschnittslohn gekoppelt werden (UNIL, UNISG). Anstelle des Lohnes als Masseinheit könnte auch ein Höchstbetrag festgelegt werden (UNIL).

Ferner wurden auch Vorschläge zur Ausweitung des Kündigungsschutzes unterbreitet. Im Gegensatz zu den Feststellungen im erläuternden Bericht sollte die Erhöhung des Höchstbetrags die Gerichte dazu bewegen, höhere Entschädigungen festzulegen (GPS, SP, SGB). Die Kündigung wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit sollte in jedem Fall mit dem Höchstbetrag sanktioniert werden (UNILU). Oder die zwölf Monatslöhne sollten in der Regel den Höchstbetrag darstellen, in Ausnahmefällen aber auch überschritten werden können. Für die Entschädigung könnte eine Mindestgrenze festgelegt werden (UNILU). Transfair schlägt ein Minimum von sechs und ein Maximum von achtzehn Monatslöhnen vor, Tint möchte das Maximum bei Meldung von

Misständen auf 36 Monate erhöhen. Merkl fordert im Zusammenhang mit der Meldung von Misständen die Verankerung von Sanktionen im Verwaltungsrecht und im Strafrecht. FR schliesslich regt an, die Entschädigung bei Massenentlassungen zu erhöhen (Art. 336a Abs. 3 OR) und TI beantragt eine Verdoppelung in diesen Fällen.

Auf die durch die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) nicht gelösten Verfahrenshindernisse wird ebenfalls verwiesen. So verleitet die Streitwertgrenze von 30 000 Franken für ein kostenloses Verfahren die Arbeitnehmenden dazu, ihre Forderungen auf diese Grenze zu beschränken und auf einen Teil der Entschädigung zu verzichten (BS, TI, DJS). Die Teilklage (Art. 86 ZPO) sei zwar möglich, sie habe jedoch andere prozessuale Nachteile (TI). Die neuen Regeln der ZPO wie das vereinfachte Verfahren bis zu 30 000 Franken oder die Teilklage werden andererseits auch als vorteilhaft betrachtet (CCTI). Aufgrund der Möglichkeit der unbezifferten Forderungsklage (Art. 85 ZPO) werde das Bundesgericht seine betreffende Praxis voraussichtlich lockern und es den Arbeitnehmenden so ermöglichen, den Höchstbetrag einzuklagen (AIHK). Bevor eine Verdoppelung des Höchstbetrags beschlossen werde, sollte zumindest abgewartet werden, wie die neue Bestimmung angewendet wird.

3.2.3 Art. 336 Abs. 4 und 336a Abs. 4; Art. 361 und 362

Mit den unter Ziff. 3.1.1 genannten Ausnahmen deckt sich die Haltung der Vernehmlassungsteilnehmer gegenüber diesen Änderungen mit jener gegenüber dem Regelungsbedarf.

Die Teilnehmer, die diese Änderungen ablehnen, wollen vom Paritätsgrundsatz nicht abweichen und halten fest, dass der Ausbau des Kündigungsschutzes in Gesamtarbeitsverträgen (GAV) nicht in Frage gestellt wird (SAGV). Für Arbeitnehmende und Arbeitgeber gleichermassen günstige Lösungen seien im Übrigen unvorstellbar (FER, SGV). Die einem GAV unterstehenden Personen würden ihre Zustimmung für solche Lösungen nicht geben, wenn der GAV als allgemein verbindlich erklärt würde, was das flexible Arbeitsrecht aushöhle und den unternehmerischen Spielraum schwäche (FDP). Die wichtige Regel nach Artikel 336 Absatz 3 OR zur Dauer des Mandats der Arbeitnehmervertreter bei Firmenübernahmen würde ausgehebelt, wenn durch vertragliche Vereinbarungen davon abgewichen werden könnte (SAGV).

Andererseits könnte auch nur die Erhöhung des Betrags der Entschädigung vertraglich geregelt werden, jedoch nicht die Nichtigkeit einer Kündigung (CP). Oder vertragliche Abweichungen könnten nur in den GAV oder in Normalarbeitsverträgen zugelassen werden (NW) oder lediglich die Entschädigung bei fristloser Entlassung nach Artikel 337c Absatz 3 OR (GR) betreffen.

JU schlägt vor, den Paritätsgrundsatz fallen zu lassen und die Artikel 336 und 336a OR nur als relativ zwingende Bestimmungen aufzunehmen.

3.2.4 Art. 5 Abs. 4 GIG

Die Ansichten zur vorgeschlagenen Änderung entsprechen jenen zur Erhöhung des Höchstbetrags der Entschädigung (Ziff. 3.2.2). FR und ZH regen an, den Höchstbetrag der Entschädigung bei diskriminierender Ablehnung der Anstellung zu verdoppeln und die bestehende Obergrenze für Fälle, in denen mehrere Personen eine Entschädigung fordern, aufzuheben (auch von der SKG beantragt).

3.3 Weitere Bemerkungen und Vorschläge

3.3.1 Bemerkungen

GR und ZH halten fest, dass die Vorlage im Gegensatz zu den Feststellungen im erläuternden Bericht für die Kantone und Gemeinden, die die kündigungsrechtlichen Bestimmungen des OR auf ihr Personal anwenden, sehr wohl Folgen hat.

JU und SO machen auf ihr eigenes Personalrecht aufmerksam, das eine Entschädigung zwischen sechs und zwölf Monatslöhnen vorsieht. Die Anwendung dieser Sanktion habe zu keinen besonderen Problemen geführt. Lausanne andererseits hebt hervor, dass sein Personalrecht die Wiedereinstellung kennt.

3.3.2 Vorschläge

Es werden weitere Verbesserungen für den Kündigungsschutz vorgeschlagen.

Die SP beantragt, dass für jede Kündigung ein gerechtfertigter Grund vorliegen muss. Die UNILU schlägt vor, bei den Gründen nach Artikel 336 Absatz 2 OR Missbräuchlichkeit zu vermuten oder dass die Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmerfunktionär ohne Aufforderung schriftlich begründet werden muss. Gemäss Merkl und der zhaw sollte der Arbeitnehmer lediglich glaubhaft machen müssen, dass ihm aus einem missbräuchlichen Grund gekündigt wurde; für Merkl gilt dies im Falle der Meldung von Missständen, für die zhaw allgemein oder subsidiär unter Beschränkung auf die Gründe im Zusammenhang mit dem Schutz der Persönlichkeit oder der Ausübung verfassungsmässiger Rechte (Art. 336 Abs. 1 Bst. a und b OR). Merkl regt auch an, Arbeitnehmende, die Missstände melden, vor dem Risiko eines mangelhaften oder verzögert ausgestellten Zeugnisses zu schützen.

Gefordert werden auch Anpassungen der neuen Zivilprozessordnung (ZPO) (siehe Kritikpunkte unter Ziff. 3.2.2 oben). BS und die SP verlangen eine Erhöhung der Streitwertgrenze für das kostenlose Verfahren; die Obergrenze sollte mindestens 50 000 Franken betragen (SP). Artikel 107 ZPO sollte die Gerichte auch zwingen, bei der Verteilung nach Ermessen die grundsätzliche Guttheissung der Klage zu berücksichtigen (DJS). Gegenwärtig verteilen die Gerichte die Kosten bei einer Verteilung nach Ermessen allzu oft im Verhältnis dazu, inwiefern sie die Klage gutheissen, was die Arbeitnehmenden davon abhalte, eine hohe Forderung zu stellen. Das Risiko für das Inkasso der Kosten sollte auch nicht zulasten der klagenden Partei gehen, wie dies in Artikel 111 ZPO vorgesehen ist (DJS). Denn entsprechend dieser Bestimmung trägt der Arbeitnehmer das Risiko bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers.

Die SP schlägt vor, Artikel 336b OR zu streichen.

Im Gegensatz dazu wird der Kündigungsschutz auch als zu weit angesehen. Der Begriff der missbräuchlichen Kündigung sollte auf die Fälle beschränkt werden, in denen der Kündigungsgrund selbst missbräuchlich sei; davon ausgeschlossen bleiben sollten insbesondere die Art und Weise, wie die Kündigung ausgesprochen wurde, und das Bestehen eines klaren Missverhältnisses zwischen den vorliegenden Interessen (CP). Die Unterbrechung der Kündigungsfrist bei Krankheit oder Unfall (Art. 336c Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 OR) sollte zur Vermeidung von Missbräuchen ausschliesslich ab dem fünften Tag der Verhinderung gelten (FER, SGV). Zwar werde in der Rechtsprechung das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs bei sehr kurzer Arbeitsunfähigkeit bejaht, es sei bisher aber nur sehr selten anerkannt worden.