

Teil 1: Missbräuchliche Kündigung

Voraussetzungen, Sanktionen, Verfahren

Freie Erfa-Gruppe Personal Ostschweiz

Donnerstag 14. Februar 2019

Pfalzkeller St. Gallen

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro
Frei Steger Grosser Senti
Kriessernstr. 40
9450 Altstätten SG
www.9450.ch

IRP-HSG, Institut für Rechts-
wissenschaft und Rechtspraxis
Bodanstr. 4
9000 St. Gallen
www.irp.unisg.ch



ADVOKATURBÜRO

FREI • STEGER • SENTI

Grundsätze im Arbeitsvertrags- und Prozessrecht

- Grundprinzip der Kündigungsfreiheit.
- «Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.» (Art. 8 ZGB).
=> Betrifft alle Tatbestandsvoraussetzungen.
- Katalog der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR ist nicht abschliessend.

Art. 336 Abs. 1 lit. a OR (I)

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht:

- a. 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;
- Persönliche Eigenschaften: Geschlecht, Familienstand, Schwangerschaft, Herkunft, Rasse, Nationalität, Alter, körperliche Merkmale, Krankheiten, Religion,
- Vermutlich auch: individuelle Verhaltensmuster und Charakterzüge: Verschlossenheit, Erregbarkeit, Pedanterie, Tätowierungen,

Art. 336 Abs. 1 lit. a OR (II)

- Persönliche Eigenschaften sind weit zu fassen. Einschränkung des Tatbestandes erfolgt nicht über die persönlichen Eigenschaften, sondern über den Vorbehalt in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR, 2. Teilsatz.
- Es genügt auch indirekte Kausalität: SJ 1995 S. 798: «parce qu'il est noir ou parce qu'il le soupçonne de vol parce qu'il es noir.»
- «Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis»: Jede Art von sachlicher Verbindung von Eigenschaft und Arbeitsverhältnis; Bsp.:
 - Kündigung wegen Krankheit nach Ablauf der Sperrfrist;
 - Schwierige Persönlichkeit, die das Arbeitsverhältnis belastet;
 - Weigerung zur Zusammenarbeit wegen persönlicher Differenzen;
 - Verhaftung mit 12 Tage U-Haft wegen Todesdrohung und Körperverletzung gegen Ehefrau;
 - Kündigung wegen altersbedingter Leistungseinbusse.

Art. 336 Abs. 1 lit. a OR (III)

- Beachte: Geschlechtsspezifische Eigenschaften werden zudem durch das Gleichstellungsgesetz (GIG) abgedeckt, bzw. geschützt.
- Kündigung wegen Alter: Im Grundsatz nicht missbräuchlich, vgl. nachfolgend.

Art. 336 Abs. 1 lit. b OR (I)

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht:

- a. ...
 - b. 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;
- «Verfassungsmässige Rechte»: Grundrechte und weitere Rechte gemäss Kantons- Bundesverfassung oder EMRK: Glaubens- / Gewissensfreiheit, Meinungs- / Informationsfreiheit, Vereinigungs- / Koalitionsfreiheit, politische Rechte (passives Wahlrecht), Schutz der Privatsphäre, ...
 - «ausüben» : Liebesverhältnis einer ANehmerin mit dem Direktor ist kein «Ausüben» eines Grundrechts, obwohl durch BV geschützt.

Art. 336 Abs. 1 lit. b OR (II)

- «Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis»: Ausübung des Grundrechts führt zu Verletzung vertraglich vereinbarter oder gesetzlicher Pflichten.
- Meinungsfreiheit ist zwar Grundrecht (auch gegenüber der Öffentlichkeit), darf aber Treuepflicht nicht verletzen (Kader, Tendenzbetriebe).
- «Wesentliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit im Betrieb»: Vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR (gleicher Wortlaut).

Art. 336 Abs. 1 lit. c OR (I)

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht:

...

c. ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln;

- «Vereitelungskündigung»: Durch Kündigung soll Entstehen eines Anspruches verhindert werden: Dienstaltersgeschenke, Gratifikationen, Lohnfortzahlungspflicht wegen Operation, Unterstellung BVG,
- Kündigung muss «ausschliesslich» aus diesem Grund erfolgen. Beweislast liegt beim ANehmer.

Art. 336 Abs. 1 lit. d OR (I)

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht:

...

d. weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht;

- «Rachekündigung»: Kündigung wegen Geltendmachung von Ansprüchen.
- «Geltendmachung» = Versuch der Durchsetzung von Ansprüchen, Protest genügt nicht.
- «Anspruch» muss nicht zwingend monetär sein (Abwesenheitsrecht, Einhalten Gesundheitsschutz, etc.).
- Kausalität!

Art. 336 Abs. 1 lit. d OR (II)

- Whistleblower: Kündigung Missbräuchlich, falls AGeber zur Meldung von Missständen ermuntert und Schutz des Meldenden proklamiert.
- «nach Treu und Glauben» Doppelte Wirkung:
 - Beschränkt den Anspruch auf legitime Rechte und gewährt keinen Schutz bei vorsorglich geltend gemachten Ansprüchen zur Verhinderung einer erwarteten Kündigung;
 - Es genügt, wenn Geltendmachung für ANehmer legitim war, Anspruch muss nicht zwingend bestehen (bspw. bei Abweisung einer Klage).
- Überschneidung mit GIG möglich: Bsp.: Kündigung als Reaktion auf Beschwerden wegen sexueller Belästigung oder geschlechtsspezifischer Diskriminierung.

Art. 336 Abs. 1 lit. e OR (I)

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht:

...

e. weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt;

➤ Militär- / Schutzdienste:

- Greift auch, wenn Eintritt ursprünglich freiwillig war (Frau);
- Gilt auch für («freiwillig») geleistete Beförderungsdienste;
- Gilt nicht für Wehrsport und andere freiwillige Dienste;
- Gilt auch für Militärdienste von EU-Ausländern (Ungleichbehandlungsverbot gemäss bilateralen Verträgen).

Art. 336 Abs. 1 lit. e OR (I)

- Nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht:
 - Alle Ämter mit Amtszwang: pol. Ämter; Zeugenpflicht, Stimmzähler, z.T. Feuerwehr, Beistand, z.T. Gemeinderat, etc.;
 - NICHT: Selbstgewählte politische Ämter: Kantonsrat, Schulrat, etc.
Beachte: ≠ Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung;
 - Gilt auch für zivilrechtliche (gesetzliche) Pflichten: Pflege des kranken Kindes oder Ehegatten.

- Kausalität!

Art. 336 Abs. 2 lit. a OR (I)

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist im Weiteren missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird:

- a. weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt;
- Negative / positive Koalitionsfreiheit: (fehlende) Angehörigkeit zu einem Arbeitnehmerverband.
- «Rechtmässige» gewerkschaftliche Tätigkeit:
 - Spielregeln des GAV und Arbeitsvertrages sind einzuhalten;
 - Nicht rechtmässig: Wilde Streiks, Verletzung Arbeitspflicht, Sachbeschädigung etc.
- Teilnahme an rechtmässigem Streik: Falls nicht Verbandsmitglied: Art. 336 Abs. 1 lit. a OR.

Art. 336 Abs. 2 lit. b OR (I)

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist im Weiteren missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird:

- a. ...
- b. 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;

➤ «Gewählter Arbeitnehmervertreter»:

- Betriebskommission, Stiftungsrat Vorsorgeeinrichtung, Personalkommission BVG, Paritätische Kommission Firmen-GAV, Mitglieder Arbeitnehmervertretung nach MwG;
- Nicht: Abgesandte in Gewerkschaftsgremien (fehlender Bezug zum Betrieb, allerdings Abs. 2 lit. a), ad-hoc Projektgruppe.

Art. 336 Abs. 2 lit. b OR (II)

- Fehlender «begründeter Anlass» für Kündigung:
 - Kein absoluter Bestandesschutz, schützt nur vor Kündigung wegen entsprechender Tätigkeit (BGE 133 III 512);
 - Sowohl persönliche als auch betriebliche Gründe können als «begründeter Anlass» gelten;
 - Nicht genügend: geringfügige Vertragsverletzung: einmalige unentschuldigte Absenz, Teilnahme an 1. Mai-Feier trotz Krankheit.
- Beachte: Umkehr der Beweislast in Bezug auf:
 - Kündigungsgrund;
 - Kausalität zwischen Kündigungsgrund und Kündigung.

Art. 336 Abs. 2 lit. c OR (I)

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist im Weiteren missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird:

...

c. im Rahmen einer Massentlassung, ohne dass die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer, konsultiert worden sind (Art. 335f).

- «ohne dass (...) konsultiert worden sind»:
 - Greift nur, wenn Fehler den Zweck der Konsultation vereitelt, nicht schon bei jedem (kleineren) Formfehler:
 - ja: Unterschlagung oder Falschdarstellung der Gründe für Massentlassung, zu kurze Fristen, zu späte Information;
 - nein: Kleinere formale Fehler im Verfahren, unpräzise Bezifferung betroffener ANehmer, keine Kopie an ANehmer nach Art. 335g OR.

- Pflichtverletzungen gegenüber Arbeitsamt fallen nicht unter lit. c

Weitere Tatbestände: Änderungskündigung (I)

- **Änderungskündigung:** grundsätzlich zulässig, selbst wenn diese als Druckmittel verwendet wird.
- Missbräuchlich: Wenn unbillige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen herbeigeführt werden soll, für die weder betriebliche noch marktbedingte Gründe bestehen.
- Missbräuchlich: Verschlechterung der Arbeitsbedingungen wenn dafür jegliche wirtschaftliche Rechtfertigung fehlt.
- Missbräuchlich: Wenn durch Änderungskündigung versucht werden soll, Vertragseinhaltung zu umgehen (bspw. Missachtung Kündigungsfrist).

Weitere Tatbestände: Änderungskündigung (II)

- Missbräuchlich: Änderungskündigung als Racheekündigung, wenn Arbeitnehmer kurzfristige Vertragsänderung ablehnt.

Weitere Tatbestände:

Art der Ausübung des Kündigungsrechts (I)

- **Gebot der schonenden Rechtsausübung** nach Art. 2 ZGB kann dazu führen, dass die *Art und Weise der Kündigung* (trotz gerechtfertigtem Kündigungsgrund) missbräuchlich ist, bspw.:
- unnötig verletzende Entlassung 58-jähriger ANehmer mit 22 Dienstjahren mit Blossstellung vor Arbeitskollegen;
 - Abführen eines schuldlosen ANehmer wie ein Verbrecher, ohne ohne Möglichkeit, sich zu verabschieden;
 - Entlassung des Opfers einer Mobbingsituation.

Weitere Tatbestände:

Art der Ausübung des Kündigungsrechts (II)

- Keine missbräuchliche Kündigung: Unanständiges, einem geordneten Geschäftsbetrieb unwürdiges Verhalten genügt nicht. Bspw. Nicht missbräuchlich ist Kündigung
 - ohne jegliches (vorgängiges) Gespräch;
 - trotz vorgängiger Zusicherung, man werde nicht kündigen.
- Das Arbeitsvertragsrecht:
 - kennt keine Pflicht zur vorgängigen Anhörung;
 - kennt keine Pflicht zur Verhältnismässigkeitsabwägung;
 - anerkennt auch eine nicht begründete Kündigung als gültig.

Weitere Tatbestände: Umgang mit Konfliktsituationen (I)

- Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gebietet das Ergreifen zumutbarer Massnahmen zur Konfliktlösung.
- Mögliche Massnahmen: (externe) Coaches, Gespräche, Reorganisation, Verwarnungen, Versetzungen etc.
- Beachte aber:
 - Arbeitgeber hat grossen Ermessensspielraum bei der Auswahl dieser Massnahmen;
 - Vgl. die Fälle in SvKR, 336 N 4, S. 1002 f.: Die meisten Klagen werden abgewiesen;

Weitere Tatbestände: Umgang mit Konfliktsituationen (II)

- Einschätzung SvKR (336 N 4, S. 1003 f.):
 - Fürsorgepflicht begründet keine Pflicht zur Durchführung von Aussöhnung oder Mediationsverfahren;
 - Missbräuchlichkeit greift nur bei Vernachlässigung elementarster Schlichtungs- / Abklärungsbemühungen und AGeber den einfach erstbesten, womöglich unschuldigen ANehmer entlässt.

Weitere Tatbestände: Krasses Missverhältnis der Interessen (Alterskündigung) (I)

- Kündigung wegen Alter im Sinne einer persönlichen Eigenschaft (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR) ist in diversen Fällen zulässig, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt; bspw. bei
 - altersbedingter Leistungseinbusse (BGer 4A_60/2009);
 - Erreichen des Pensionsalters, insbes. wenn Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf diesen Zeitpunkt betriebsüblich (BGer 4C.388/2006);
 - Entlassung von primär den älteren (teureren) ANehmern bei Arbeitsplatzabbau (plädoyer, 1993/6, S. 63);
 - Kündigung eines 70-jährigen Lehrers mit 20% Pensum wegen Umstrukturierung. Kündigung bei Erreichen des Pensionsalters ist – vorbehältlich besonderer Umstände – nicht missbräuchlich (BGer 4A_389/2013).

Weitere Tatbestände: Krasses Missverhältnis der Interessen (Alterskündigung) (II)

- Leading Case: Heizungsmonteur mit 44 Dienstjahren, 14 Monate vor seiner Pensionierung war missbräuchlich, Strafzahlung von 6 Monatslöhnen (BGE 132 III 115).

- Grund für die Kündigung:
 - Spannungen mit direktem Vorgesetzten;
 - Weigerung des ANehmers, Massnahmen zur Produktivitätssteigerung mitzutragen.

- Begründung:
 - Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung;
 - Verletzung der Fürsorgepflicht;
 - Krasses Missverhältnis der auf dem Spiel stehenden Interessen.

Weitere Tatbestände: Krasses Missverhältnis der Interessen (Alterskündigung) (III)

- Darauf folgende Entscheidungen:
 - 55-jähriger Mechaniker mit 27 Dienstjahren: Kündigung nicht missbräuchlich (BGer 4A_419/2007);
 - 57-jähriger Offsetdrucker mit 33 Dienstjahren: Kündigung nicht missbräuchlich (BGer 4A_72/2008);
 - Älterer ANehmer mit 25 Dienstjahren, Kündigung wegen mangelnder Leistung (Alkoholprobleme) nicht missbräuchlich (BGer 4A_60/2009);
 - 59-jähriger ANehmer mit 11 Dienstjahren (35 Dienstjahre mit Unterbrüchen) trotz div. arbeitgeberseitiger Massnahmen nach Burnout: Kündigung missbräuchlich (BGer 4A_384/2014);
 - 64-jähriger Agent d'exploitation mit 12 Dienstjahren, welcher Erwartungen bisher mehr oder weniger erfüllte, Kündigung war missbräuchlich (BGer 4A_558/2012).

Weitere Tatbestände: Widersprüchliches Verhalten (I)

- Kündigung während der Probezeit, obwohl bereits bei Anstellung bekannt war, dass ANehmer die nach Vertragsabschluss zusätzlich verlangten 20% wegen Teilzeitstelle nicht übernehmen kann (BGE 134 III 108).
- Kündigung am ersten Anstellungstag, nachdem ANehmer aus Amerika in die Schweiz übersiedelte (BGer 4A_69/2010).
Vgl. aber: BGer 4A_190/2011: Missbräuchlichkeit verneint).
- Missbräuchlichkeit der Kündigung verneint, obwohl ANehmer eine Woche vorher versprochen wurde, er werde nicht entlassen. Ein solches Versprechen für sich allein begründet noch keine Missbräuchlichkeit (BGer 4C.234/2010).

Weitere Tatbestände: Widersprüchliches Verhalten (II)

- Mobbing: Kündigung wegen Mobbing allein, nicht missbräuchlich. Missbräuchlichkeit bejaht, wenn Kündigender selbst für Vertragsverletzung verantwortlich: AGeber verletzt Fürsorgepflicht, unternimmt nichts gegen Mobbing und dann wegen Leistungseinbusse kündigt, die Folge des Mobbing ist (BGer 4A_381/2011, 8C_594/2010, 8C.26/2009 etc.).
- Bauernopfer: Kündigung aus Bequemlichkeit und purem Eigennutz, um Ansehen bei Dritten wieder herzustellen, ohne Rücksicht auf unrechtmässige Beschädigung des persönlichen und beruflichen Ansehens des ANehmers (BGE 131 III 535).

Einzelfragen (I):

Nachschieben / Mehrere Kündigungsgründe

- Nachschieben von Kündigungsgründen ist grundsätzlich zulässig:
 - In jedem Fall bei neu entdeckten Kündigungsgründen;
 - Schriftliche Kündigungsbegründung hat nur sehr beschränkte Bedeutung.
- Mehrere Kündigungsgründe: Kündigung muss nicht *ausschliesslich* wegen verpöntem Grund erfolgt sein, es genügt:
 - wenn verpönter Grund das auslösende Motiv für die Kündigung war, bzw.
 - ohne den verpönten Grund nicht gekündigt worden wäre.
 - BGer: Verpönter Grund muss «ausschlaggebendes Motiv» für Kündigung sein.
 - => Meines Erachtens ist dies eine Frage der Kausalität.

Verfahrensfragen (I): Schriftliche Einsprache

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.

- Einsprache muss schriftlich sein.
- Einsprache muss vor Ablauf der Kündigungsfrist bei AGeber eingehen.
- Inhalt der Einsprache (BGer 4A_320/2014):
 - Bestreiten des Kündigungsgrundes und Vorwurf Rache Kündigung genügt nicht;
 - Notwendig ist auch Bekundung des Willens zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

Verfahrensfragen (II): Klagefrist

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 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht, ist der Anspruch verwirkt.

- Wenn AGeber Weiterführung anbietet und ANehmer ablehnt, besteht kein Anspruch auf Entschädigung.
- Klagefrist von 180 Tagen sind 180 Tage (und nicht 6 Monate)!
Stichtag: Poststempel Versand Schlichtungsgesuch.

Pönale (I)

Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten.

Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel sind vorbehalten.

Ist die Kündigung nach Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe c missbräuchlich, so darf die Entschädigung nicht mehr als den Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate betragen..

- Pönale: 1 bis 6 Monatslöhne, bei fehlerhaften Massenentlassungen: 2 Monatslöhne.

Pönale (II)

- Monatslohn:
 - Massgebend ist Bruttolohn, welcher netto auszuzahlen ist;
 - Bei schwankenden Löhnen kann auf Durchschnitt abgestellt werden;
 - Inkl. alles was «Lohn» ist: Provisionen, Zulagen, Zuschläge, 13. Monatslohn, Naturallohn, Pauschalspesen [falls Lohn], etc.

- Pönale hat Genugtuungscharakter, d.h.:
 - Kein Abrechnen von Sozialversicherungsbeiträgen;
 - Gilt nicht als steuerpflichtiges Einkommen (daher keine Erwähnung im Lohnausweis).

- Beachte: Art. 85 ZPO verlangt eine bezifferte Forderungsklage.

Pönale (III)

- Bemessung der Pönale, Einflussfaktoren:
 - Schwere des widerrechtlichen Eingriffes;
 - Grad der Missbräuchlichkeit;
 - Mitverschulden des Gekündigten;
 - Dauer der Anstellung;
 - Enge der arbeitsvertraglichen Beziehung;
 - Bisheriger Verlauf des Arbeitsverhältnisses;
 - Alter des Arbeitnehmers;
 - Besondere Umstände der Kündigung im Einzelfall;
 - Verweigerung einer (verlangten) Kündigungsbegründung;
 - Soziale Lage des Gekündigten;
 - Finanzielle Lage der Parteien;
 - Bereitschaft des Kündigenden zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

Fragen?

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!