

Missbräuchliche Kündigung: Sanktion wenig abschreckend

Kurt Pärli,
Dr. iur., Professor für Arbeitsrecht,
Winterthur/St. Gallen

Wer vermutet, sein Chef habe ihm aus diskriminierenden Gründen den Job gekündigt, muss sich noch vor Ablauf der Kündigungsfrist dagegen wehren. Die Strafen für fehlbare Arbeitgeber sind allerdings wenig abschreckend.¹

1. Einleitung

Eine arbeitgeberseitige Kündigung stellt für die meisten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einen schwerwiegenden Eingriff dar und führt, sofern nicht zugleich wieder eine neue und gleichwertige Stelle gefunden wird, zu erheblichen finanziellen Einbussen. Zu den materiellen Einschnitten kommen nicht selten nachhaltige persönliche Schwierigkeiten hinzu, besonders dann, wenn die Kündigung als ungerecht empfunden wird. Dem arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz kommt deshalb in den meisten Rechtssystemen eine hervorragende Bedeutung zu. In der Schweiz betonen Lehre, Rechtsprechung, Verwaltung und Politik in weitgehender Einigkeit die Herrschaft der Kündigungsfreiheit als Ausdruck der Vertragsfreiheit und sehen den relativ schwachen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz als wichtigen Standortvorteil für die schweizerische Wirtschaft.²

In diesem Beitrag werden die Grenzen der arbeitsrechtlichen Kündigungsfreiheit dargestellt. Ausgangspunkt bilden völker- und verfassungsrechtliche Diskriminierungsschutznormen, die auch eine Verpflichtung beinhalten, für wirksamen Kündigungsschutz zu sorgen. Danach wird der Kündigungsschutz nach Gleichstellungsgesetz und nach Art. 336a OR einer kritischen Würdigung unterzogen. Abschliessend wird gefragt, ob die festgestellten Probleme im Kündigungsschutzrecht durch die bundesrätlichen Vorschläge zur Reform des Kündigungsschutzrechts gelöst werden können. Fo-

kus bildet bei allen Ausführungen der Schutz vor diskriminierender Kündigung. Nicht im Zentrum der Erörterungen stehen die Vorschriften zum Schutz vor Entlassung von gewählten Arbeitnehmervertreter/-innen.

2. Völker- und Verfassungsrecht

2.1 Völkerrechtliche Verpflichtungen

Schutz vor Diskriminierung ist seit Ende des Zweiten Weltkrieges fester Bestandteil des internationalen Menschenrechtsschutzes.³ In zahlreichen völkerrechtlichen Abkommen finden sich Diskriminierungsverbote, die den Ratifikationsstaaten die Pflicht auferlegen, innerstaatlich für wirksamen Diskriminierungsschutz zu sorgen, namentlich auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen.⁴

Nicht ratifiziert hat die Schweiz das Abkommen Nr. 158 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO oder ILO), das eine arbeitsrechtliche Kündigung nur aus sachlichen Gründen zulässt.⁵ Weiter abseits steht die Schweiz bekanntlich bei der Europäischen Sozialcharta⁶ und bei der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung.⁷ Beide Abkommen beinhalten Normen zum Schutz vor diskriminierenden Kündigungen.⁸

Als Nicht-EU-Mitglied muss die Schweiz auch nicht die Richtlinien 2000/78/EG und 2043/78/EG umsetzen, die von Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Bereich Arbeit und Beschäftigung strenge Gesetze zum Schutz vor Diskriminierung auf-

grund der Rasse/ethnischen Herkunft, des Alters, einer Behinderung, der Weltanschauung/Religion und der sexuellen Orientierung fordert.⁹

Für die Schweiz verbindlich sind die folgenden völkerrechtlichen Abkommen, die alle einen wirksamen Schutz vor diskriminierender Kündigung in privaten Arbeitsverhältnissen verlangen:

■ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte und Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.

■ Übereinkommen über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau.¹¹ In Art. 11 Abs. 2 lit. a FDK ist das Verbot der Entlassung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub sowie das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Familienstands bei Entlassungen verankert. Dieses Verbot soll mit einer Sanktion durchgesetzt werden. Die Bestimmung ist unmittelbar anwendbar.¹²

■ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung.¹³ Der zuständige Ausschuss zur Überwachung dieses Abkommens entschied im Fall Ylmaz Dogan c. Niederlande, die Niederlande hätten das in Art. 6 des Übereinkommens verankerte Recht auf Arbeit verletzt, weil das niederländische Arbeitsamt bei der Beurteilung einer Kündigung die rassistischen Äusserungen des Arbeitgebers nicht in die Würdigung einbezog.¹⁴

■ Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf der Internationalen Arbeitsorganisation.¹⁵ Dieses Abkommen ist die «Mutter aller

Diskriminierungsschutzkonventionen im Arbeitsrecht» und gehört zu den acht Kernabkommen der ILO, die auch dann gelten, wenn sie nicht ratifiziert sind.¹⁶

Die Pflicht, für Diskriminierungsschutz in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen zu sorgen, ergibt sich für die Schweiz auch aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Deren Bestimmungen sind zwar primär staatsgerichtet. Die Strassburger Organe haben in mehreren Entscheidungen signalisiert, dass es zu den staatlichen Schutzpflichten gehört, für die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) im privaten Arbeitsverhältnis zu sorgen.¹⁷

Besondere Erwähnung verdient das Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten (FZA) und das Parallelabkommen mit der Efta.¹⁸ Das Herzstück dieser Abkommen ist ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, das für den Bereich Arbeit und Beschäftigung im Anhang I konkretisiert wird. Das arbeitsrechtlich relevante Diskriminierungsverbot umfasst den ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses und damit auch die Kündigung. Verboten sind sowohl die direkte wie die indirekte Diskriminierung. Das Diskriminierungsverbot des FZA ist unmittelbar anwendbar; Arbeitnehmende mit EU-/Efta-Staatsangehörigkeit können sich vor schweizerischen Behörden und Gerichten unmittelbar darauf beziehen.¹⁹

Wann liegt eine Diskriminierung vor? Wegleitend für diese Frage findet sich eine Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. a ILO-Abkommen Nr. 111: «... jede Unterscheidung, Ausschliessung oder Bevorzugung, die auf Grund der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, des Glaubensbekenntnisses, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft vorgenommen wird und

die dazu führt, die Gleichheit der Gegebenheiten oder der Behandlung in Beschäftigung oder Beruf aufzuheben oder zu beeinträchtigen.» Diese Definition enthält drei Elemente:

- ein faktisches Element (die Tatsache einer Unterscheidung, Ausschliessung oder Bevorzugung)
- ein verpöntes Unterscheidungsmerkmal (die aufgezählten Diskriminierungsgründe)
- und das Ergebnis der ungleichen Behandlung.

Nach der Spruchpraxis der zuständigen Organe beinhaltet das ILO-Übereinkommen wie die übrigen UN-Menschenrechtspakte nicht nur ein Verbot der direkten, sondern auch der indirekten Diskriminierung.²⁰

Keine Diskriminierung liegt vor, wenn die «Unterscheidung, Ausschliessung oder Bevorzugung» in den Erfordernissen dieser Beschäftigung begründet ist oder, mit anderen Worten, sachlich gerechtfertigt ist. Die Rechtfertigungshürden sind besonders bei direkten Diskriminierungen sehr hoch. Unmittelbar auf dem Geschlecht oder der Rasse beziehungsweise ethnischen Herkunft basierende Ungleichbehandlungen sind kaum zulässig.

Nach der Lehre und gemäss den ILO-Expertenberichten ist die Liste der in Art. 1 der ILO-Konvention 111 genannten Diskriminierungsmerkmale nicht abschliessend; auch «Alter», «HIV-Infektion», «genetischer Status», «Behinderung» oder «sexuelle Orientierung» werden als Diskriminierungsmerkmale anerkannt.²¹

2.2 Verfassungsrechtliche Grundlagen

Diskriminierungsschutz im Arbeitsverhältnis ist auch aus verfassungsrechtlicher Sicht gefordert. Mit der Nachführung der Bundesverfassung (BV) wurden 1999 einerseits die bisherige Rechtsprechung zur Rechtsgleichheit und

dem Willkürverbot und andererseits die für die Schweiz völkerrechtlich geltenden Diskriminierungsverbote ins Verfassungsrecht aufgenommen.²² Art. 8 Abs. 2 BV zählt in einer nicht abschliessenden Liste neun die Identität des Menschen bestimmende oder zumindest prägende Diskriminierungsmerkmale auf (Geschlecht, Rasse, Sprache, Religion, Weltanschauung/politische Einstellung, soziale Stellung, Lebensform, Alter, Behinderung).

Das Diskriminierungsverbot ist ein Grundrecht und richtet sich primär an den Staat und an Institutionen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen. Nach Art. 35 Abs. 3 BV haben die Behörden dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Angesichts des Machtungleichgewichts zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden ist das Arbeitsverhältnis ein geradezu idealtypischer Anwendungsfall für die Übertragung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes auf das privatrechtliche Arbeitsverhältnis.²³

Der Vorgang der Übertragung erfolgt einerseits durch den Gesetzgeber, indem er für das Arbeitsverhältnis geltende Diskriminierungsschutznormen erlässt, und andererseits durch die rechtsanwendenden Behörden; Verwaltung und Gerichte haben namentlich die Generalklauseln zum Persönlichkeitsschutz in Art. 27/28 ZGB, Art. 328 und 328b OR sowie vorliegend relevant Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR verfassungs- und auch völkerrechtskonform auszulegen. Dabei haben Gesetzgeber wie Gerichte je in ihrem Kompetenzbereich die auch verfassungsrechtlich geforderte Abwägung zwischen den Arbeitgeberinteressen an Wirtschaftsfreiheit und Vertragsfreiheit und den Arbeitnehmerinteressen an Diskriminierungsschutz vorzunehmen.²⁴

Für die Diskriminierungsmerkmale Geschlecht und Behinderung hat der Verfassungsgeber in Art. 8 Abs. 3 bzw. Art. 8 Abs. 4 BV spezifische Gesetzgebungsaufträge verankert. Nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1 sind Mann und Frau gleichberechtigt und Satz 2 hält fest, das Gesetz Sorge für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Der Gesetzgeber hat diesen Auftrag mit dem Gleichstellungsgesetz²⁵ (GLG) umgesetzt. Dieses gilt für sämtliche Arbeitsverhältnisse und enthält Bestimmungen zum Schutz vor diskriminierenden Kündigungen aufgrund des Geschlechts.

Weit weniger klar lautet der Auftrag in Art. 8 Abs. 4 BV, hier steht lediglich, das Gesetz habe Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vorzusehen. Im Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen²⁶ (BehiG) ist der ganze Bereich privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse nicht erfasst. Private Arbeitgeber müssen demzufolge gestützt auf das BehiG gegenüber behinderten Arbeitnehmenden keine besonderen Vorkehrungen treffen, um behinderungsbedingte Nachteile auszugleichen.

Anders ist die rechtliche Ausgangslage in den EU-Staaten: Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG sieht vor, dass der Arbeitgeber die ihm zumutbaren, geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Massnahmen ergreifen muss, um Menschen mit Behinderung sowohl den Zugang wie auch den Verbleib im Beruf zu ermöglichen. Eine Kündigung eines behinderten Arbeitnehmers mit Verweis auf dessen eingeschränkte Leistungsfähigkeit stellt eine unzulässige Diskriminierung dar, wenn der Arbeitgeber nicht die erwähnten Massnahmen getroffen hat.²⁷ Fraglich ist, ob sich aus Art. 328 OR und Art. 6 ArG²⁸ im schwei-

zerischen Arbeitsrecht nicht eine ähnliche Verpflichtung für die Arbeitgeber ableiten lässt.²⁹

Als erstes Zwischenfazit können wir festhalten: Sowohl Völker- wie Verfassungsrecht verpflichten den Gesetzgeber und die rechtsanwendenden Behörden, für wirksamen Schutz vor diskriminierender Kündigung im privaten Arbeitsverhältnis zu sorgen. Die nachfolgenden Ausführungen gehen der Frage nach, ob und inwiefern das schweizerische Arbeitsrecht diesen Anforderungen zu genügen vermag. Ich beschränke mich dabei auf die Analyse der Bestimmungen, die das privatrechtliche Arbeitsverhältnis betreffen.

3. Gleichstellungsgesetz

3.1 Diskriminierende Kündigung und Folgen

Das Gleichstellungsgesetz GLG von 1995 ist das erste und bislang einzige Gleichstellungsgesetz, das explizit jede Diskriminierung im Arbeitsleben verbietet, jedoch nur aufgrund des Geschlechts. Die Entstehung des GLG war geprägt durch die Diskussion um den EWR-Beitritt.³⁰ Dieser verlangte ein Mindestmass an Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Arbeitsleben. Ungenügend war die Rechtslage bezüglich Geschlechterdiskriminierung jedoch auch im Lichte einschlägiger ILO-Abkommen³¹ und der UN-Konvention über die Rechte der Frau.³²

Das GLG verbietet nach Art. 3 Abs. 1 jede direkte und indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder bei Arbeitnehmerinnen auf die Schwangerschaft. Das Verbot gilt nach Art. 3 Abs. 2 GLG u.a. für die Entlassung. Die genannte Formulierung des Diskriminierungs-

- 1 Dies ist die schriftliche Fassung eines Vortrages, der an der Tagung des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds (SGB) am 16. September 2010 gehalten wurde.
- 2 Kurt Pärli, «Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität», AJP 6/2010, S. 715 ff.
- 3 Walter Kälin / Jörg Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 2., vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Basel 2008, S. 16 ff.
- 4 Kurt Pärli, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Habil., St. Gallen, Bern 2009, N 128–130.
- 5 IAO Übereinkommen 158, Übereinkommen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, 1982, Art. 4.
- 6 Kurt Pärli / Edgar Imhof, «Die Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtsordnung mit der (revidierten) Europäischen Sozialcharta», in: Jusletter vom 6. Juli 2009.
- 7 UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, UN, A/61/611.
- 8 Art. 27 UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen; Art. 19 Abs. 4 und 5 der Europäischen Sozialcharta legt fest, dass Wanderarbeitnehmer/-innen diskriminiert werden dürfen. Die revidierte Sozialcharta von 1996 enthält in Teil V in Art. 4 ein allumfassendes Diskriminierungsverbot.
- 9 Siehe dazu umfassend: Pärli, Vertragsfreiheit, N 1122 ff.
- 10 SR 0.103.2 und SR 0.103.1.
- 11 Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108.
- 12 Pärli, Vertragsfreiheit, N 465, Hinweis auf Art. 11 Abs. 2 lit. a FDK.
- 13 Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, SR 0.104.
- 14 CERD, Communication No. 1/1984, Yilmaz Dogan c. Nederland; Pärli, Vertragsfreiheit, N 433.
- 15 Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, SR 0.822.721.1.
- 16 Lee Swebston, «International Labour Law», in: Roger Blanpain (ed.), Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, 9th edition, Austin 2007, S. 141.
- 17 EGMR vom 7.10.2002, Fuentes Bobo c. E, Appl. No. 39293/98, N 38, Eur. Com. HR., vom 6.9.1989, Rommelfanger c. D., Appl. No. 12242/86, D.R. 62, S. 151 (161).
- 18 Zum Diskriminierungsverbot des FZA im Bereich Arbeitnehmende siehe: Pärli, Vertragsfreiheit, N 969 ff. und Chantal Delli, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Diss., Basel 2008, S. 43.
- 19 Urteil 4A_593/2009 vom 5.3.2010, Erw. 1.4.
- 20 Pärli, Vertragsfreiheit, N 774–778.
- 21 Pärli, Vertragsfreiheit, N 262–265.
- 22 BGE 126 II 377, Erw. 6a; Botschaft zur nachgeführten Bundesverfassung, BBl I 1997 208.

merkmals Geschlecht wirft Fragen auf. Liegt auch eine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG vor, wenn eine Frau unter Bezugnahme auf ihre familiäre Situation im Verhältnis zu einer anderen Frau benachteiligt wird? Aufgrund einzelner Praxis von Schlichtungsbehörden ist dies zu bejahen.³³

Es fragt sich allerdings, ob das GIG ganz generell Arbeitnehmende mit Familienpflichten vor Diskriminierung schützen will oder ob nicht vielmehr eine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG nur vorliegen kann, wenn eine Person eines Geschlechts im Verhältnis zu einer anderen Person des anderen Geschlechts benachteiligt wird. Nicht gänzlich klar ist meines Erachtens auch, ob eine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG vorliegt, wenn eine Person wegen ihrer Homosexualität diskriminiert wird.³⁴ In den Materialien findet sich der Hinweis, die Aufzählung der Kriterien, die geschlechtsspezifisch diskriminierend wirken können (Zivilstand, familiäre Situation, Schwangerschaft), habe nicht abschliessenden Charakter; auch die sexuelle Orientierung könne erwähnt werden, soweit diese geeignet sei, einen grösseren Anteil von Personen des einen Geschlechts zu benachteiligen.³⁵

Für das EU-Recht hat der EuGH in der Rechtssache Grant verneint, dass die Diskriminierung wegen Homosexualität unter das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts falle.³⁶ Der europäische Gesetzgeber hat nicht zuletzt deshalb die Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung in die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG aufgenommen. Heute besteht in der EU bezüglich Diskriminierung wegen des Geschlechts oder wegen der sexuellen Orientierung zumindest im Bereich Arbeit und Beschäftigung ein vergleichbar hoher Schutz.

Anders als der in Art. 336c OR verankerte absolute Kündigungs-

schutz bei Schwangerschaft und Niederkunft,³⁷ gilt das Verbot diskriminierender Kündigungen wegen Schwangerschaft bereits in der Probezeit. Allerdings sind die Rechtsfolgen unterschiedlich: Erfolgt die schwangerschaftsbedingte Kündigung nach Ablauf der Probezeit, ist sie nach Art. 336c Abs. 2 OR nichtig. Die schwangerschaftsbedingte Kündigung während der Probezeit ist jedoch gültig. Art. 5 Abs. 1 GIG gewährt bei Diskriminierungen die Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsklage und bei Lohndiskriminierungen die Zahlung des geschuldeten Lohnes. Bei einer diskriminierenden Kündigung sieht das GIG in Art. 5 Abs. 2 präzisierend vor, die betroffene Person habe lediglich Anspruch auf eine Entschädigung.

Das bedeutet ein Mehrfaches. Vorab ist auch eine geschlechtsdiskriminierende Kündigung eine gültige Kündigung, die Klage auf Beseitigung der Kündigung ist in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen³⁸ nicht zulässig.³⁹ Umstritten ist, ob eine Feststellungsklage möglich ist. Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 GIG spricht eher dagegen («lediglich Anspruch auf eine Entschädigung»), die Wahrung der Interessen der diskriminierend gekündigten Personen jedoch dafür.⁴⁰ Auch die Unterlassungsklage ist nicht zulässig. Mit der Unterlassungsklage müsste richterlich ein Verbot einer drohenden Kündigung durchgesetzt werden, was meines Erachtens dem Grundsatz widerspricht, dass das Recht, eine Kündigung auszusprechen, nicht verboten werden kann.⁴¹ Der Kündigende hat im Falle einer unzulässigen Kündigung jedoch die im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen in Kauf zu nehmen.

Die Entschädigung bei einer geschlechtsdiskriminierenden Kündigung ist auf maximal sechs Monatslöhne beschränkt (Art. 5 Abs.

4 Satz 3 GIG). Wie bei den missbräuchlichen Kündigungen nach Art. 336a OR werden in der Praxis kaum Entschädigungen von fünf oder sechs Monatslöhnen zugesprochen.⁴² Hier wie dort steht eine gesetzliche Beschränkung der Entschädigung nicht im Einklang mit dem für die Schweiz allerdings auch nicht bindenden EU-Recht.⁴³ Der EuGH hat wiederholt entschieden, nationale Gesetze, die eine Höchstentschädigungsgrenze bei Diskriminierungen vorsehen, würden den Anforderungen an wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen widersprechen.⁴⁴

Die regelmässig nur bescheidenen Entschädigungen wegen diskriminierender Kündigung vermögen die vom Gesetzgeber beabsichtigte Prävention nicht zu bewirken. Wenig zur Wirksamkeit des GIG trägt auch das Anknüpfen an den Monatslohn bei. Diskriminierende Kündigungen an schlecht bezahlte Arbeitnehmende oder wenig verdienende Teilzeitbeschäftigte sind so für Unternehmen praktisch risikolos. Wenn der Gesetzgeber die Prävention tatsächlich ernst meint, müssten durch die Gerichte meines Erachtens weit höhere und nicht vom Monatslohn abhängende Sanktionen ausgesprochen werden können.⁴⁵

Die Entschädigung wegen einer das Geschlecht diskriminierenden Kündigung setzt keinen Schaden voraus, sie hat vielmehr den Charakter einer Sanktion und ist zu trennen von allfälligen Ansprüchen auf Schadenersatz und Genugtuung.⁴⁶ Art. 5 Abs. 5 GIG hält dies ausdrücklich fest: Schadenersatz und Genugtuung sowie weitergehende vertragliche Ansprüche bleiben vorbehalten. Unbestrittenermassen immer zulässig ist die Schadenersatzklage dann, wenn dafür ein von der Diskriminierung abweichender Grund vorliegt. Denkbar ist, dass im Zusammenhang mit der diskri-

minierenden Kündigung noch datenschutzrechtliche Bestimmungen verletzt werden und daraus ein Schaden resultiert. Umstritten ist jedoch, ob die Geltendmachung von Schadenersatz wie bei Art. 336a Abs. 2 OR nur «aus einem anderen Rechtstitel» möglich ist.

Für Thomas Geiser muss sich der Schadenersatzanspruch aus einem anderen Rechtsgrund als der Diskriminierung selber ergeben.⁴⁷ Demgegenüber argumentieren Riemer-Kafka / Überschlach überzeugend, die Straf- und Präventionsfunktion der Pönalentschädigung ginge verloren, wenn die maximale Entschädigungssumme tiefer wäre als der durch die Diskriminierung erlittene Schaden.⁴⁸ Auch Portmann ist zuzustimmen, wenn er argumentiert, die unterschiedliche Regelung im GIG und in Art. 336a OR sei vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollt und entspreche anderen Privilegien beim Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wie bspw. der Beweislastleichterung oder der Möglichkeit der Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses bei Rachekündigungen.⁴⁹

Eine Diskriminierung stellt eine Verletzung der Persönlichkeit und damit eine mögliche Grundlage für eine Genugtuung dar. Eine Wiedergutmachungsfunktion kommt jedoch auch dem Entschädigungsanspruch nach Art. 5 Abs. 4 GIG zu. Ein Genugtuungsanspruch ist deshalb nur dann gegeben, wenn die immaterielle Unbill durch die Pönalentschädigung nicht bereits gedeckt ist.⁵⁰

3.2 Verfahrensrechtliche Aspekte

In verfahrensrechtlicher Hinsicht sind zwei Aspekte hervorzuheben. Zum einen verweist Art. 9 GIG für das Verfahren bei diskriminierenden Kündigungen auf Art. 336b OR. Arbeitnehmende, die eine diskriminierende Kündigung einklagen wollen, müssen beim Kün-

digenden innerhalb der Kündigungsfrist schriftlich Einsprache erheben. Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist. Verstreicht diese unbenutzt, kann keine Entschädigung nach Art. 5 Abs. 2 und 4 GIG verlangt werden.⁵¹ Möglich bleibt indes die Feststellungsklage.⁵² Die Verfahrensvorschriften in Art. 9 GIG und Art. 336b OR werden in der Lehre zu Recht als Hindernis für die Verwirklichung eines wirksamen Rechtsschutzes gegen diskriminierende Kündigungen kritisiert.⁵³

Der zweite Aspekt betrifft die Beweislast. Nach Art. 6 GIG wird bei einer Entlassung eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Es handelt sich in diesem Stadium um eine Beweislastleichterung.⁵⁴ Kann die gekündigte Person glaubhaft machen, dass die Kündigung aufgrund des Geschlechts erfolgt, wird vermutet, es liege ein Verstoss gegen das Gleichstellungsgesetz vor. Erst jetzt tritt eine Umkehr der Beweislast ein. Nun hat die Arbeitgeberin den Beweis des Gegenteils zu erbringen, dass die Kündigung gerade nicht aufgrund des Geschlechts erfolgt ist.⁵⁵

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁵⁶ bedeutet «Glaubhaftmachen», «dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu werden braucht, sondern dass es genügt, ihm auf Grund objektiver Anhaltspunkte (...) den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass er dabei den Vorbehalt preisgeben müsse, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten können».⁵⁷ Für die Glaubhaftmachung einer Geschlechterdiskriminierung nach GIG und damit auch einer geschlechtsdiskriminierenden Kündigung ist es nach Steiger-Sackmann ausrei-

23 Bernhard Waldmann, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Habil., Freiburg, Bern 2003, S. 392.

24 Zum Ganzen ausführlich: Pärli, Vertragsfreiheit, N 712 ff.

25 Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann, SR 151.1.

26 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen, SR 151.3.

27 EuGH vom 11.07.2006, Rs. 13/052 Chacon Navas, N 53. Siehe die Besprechung dieser Entscheidung durch Kurt Pärli, Behinderungsbegriff im Kontext der Richtlinie 2000/78/EG: Von der Notwendigkeit eines offenen und weiten Verständnisses (Eine Nachlese und Reflexion zu Sonja Chacon Navas c. Euret Colctividades SA, EuGH vom 11.7.2006, C-13/052).

28 Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11.

29 Siehe dazu Kurt Pärli / Annette Lichtenauer / Alexandra Caplazi, Literaturanalyse Integration in die Arbeitswelt durch Gleichstellung, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung EBGB, Bern 2007, N 4.21.

30 Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau, BBl 1993, I 1246, 1279, 1287, 1296, 1300, 1318 (ab hier: Botschaft GIG).

31 Pärli, Vertragsfreiheit, N 234 ff.

32 Pärli, Vertragsfreiheit, N 465.

33 Siehe Fall 24 in der Datenbank zum Gleichstellungsgesetz, www.gleichstellungsgesetz.ch (Zürich Fall 24: Nichtanstellung einer Journalistin).

34 Bejahend: Elisabeth Freivogel, in: Claudia Kaufmann / Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. aktualisierte und ergänzte Auflage, Basel 2009, N 17 zu Art. 3 GIG.

35 Botschaft GIG, BBl 1993 I 1297.

36 EuGH vom 17.02.1998, Rs C-249/96, Grant, Slg. 1998, S. 621. Siehe auch die Schlussanträge von GA Ruiz-Jarabo Colomer vom 6.9.2007 in der Rs C-267/06, Markuko, N 88–92.

37 Art. 336c Abs. 1 hält ausdrücklich fest, dass der Schutz vor Kündigung zur Unzeit erst nach Ablauf der Probezeit wirksam wird.

38 Anders ist die Rechtslage im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Hier kann eine diskriminierende Kündigung aufgehoben werden, das Anstellungsverhältnis besteht diesfalls weiter. Siehe dazu ausführlich: Kathrin Arioli, in: Claudia Kaufmann / Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. aktualisierte und ergänzte Auflage, Basel 2009, N 67 ff. zu Art. 13 GIG.

39 Gabriela Riemer-Kafka / Jakob Überschlach, in: Claudia Kaufmann / Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. aktualisierte und ergänzte Auflage, Basel 2009, N 39 zu Art. 5 GIG.

40 So auch, mit ausführlicher Begründung, Riemer-Kafka / Überschlach; N 41 zu Art. 5 GIG.

41 Pärli, Kündigungsfreiheit, S. 718.

42 Ullin Streiff / Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar, 6., vollständig überarbeitete und stark erweiterte Auflage, Bern 2006, N 4 zu Art. 336a OR; Riemer-Kafka / Überschlach, N 45 zu Art. 5 GIG.

chend, wenn die behaupteten Tatsachen zu 25 Prozent wahrscheinlich sind.⁵⁸ Dieser untere Wert dient zur Abgrenzung der Glaubhaftmachung von der blossen Behauptung.⁵⁹

Die rechtssoziologische Forschung zeigt, dass dem Instrument der Beweislasterleichterung eine entscheidende Rolle bei der Verwirklichung von effektiven Gleichbehandlungsansprüchen zukommt.⁶⁰ Entsprechend wird in den Evaluationsberichten zum GIG auch gefordert, die Beweislast-erleichterung müsste auch bei Anstellungsdiskriminierungen greifen, was heute nicht der Fall ist.⁶¹

3.3 Schutz vor Rachekündigungen

Der Rechtsschutz bei geschlechtsdiskriminierender Kündigung wird in Art. 10 GIG durch einen in der Schweiz neuartigen Schutz vor Rachekündigungen ergänzt.⁶² Die Bestimmung sieht vor, dass die Kündigung anfechtbar (nicht etwa nichtig)⁶³ ist, wenn sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf eine Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts erfolgt. Diese Kündigungsschutzfrist gilt nach Art. 10 Abs. 2 GIG für die Dauer des Beschwerde-, Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens und sechs Monate darüber hinaus.

Drei Tatbestandselemente müssen vorliegen, damit die Kündigung angefochten werden kann:

1. Vorliegen einer «Beschwerde» aufgrund einer Diskriminierung.⁶⁴
2. Die Beschwerde muss zwar nicht materiell begründet sein, aber gutgläubig erfolgt sein.⁶⁵
3. Die Kündigung muss kausal mit der Diskriminierungsbeschwerde zusammenhängen⁶⁶ (Fehlen eines begründeten Anlasses für die Kündigung).⁶⁷

Die Kündigung muss vor Ende der Kündigungsfrist gerichtlich

angefochten werden (Art. 10 Abs. 3 Satz 1 GIG). Ist dies erfolgt, kann das Gericht nach Art. 10 Abs. 3 Satz 2 GIG die provisorische Wiedereinstellung für die Dauer des Verfahrens anordnen. Voraussetzung ist, dass es wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind. Ein expliziter Antrag der gekündigten Person ist dafür nicht notwendig, die Kündigungsanfechtungsklage an sich ist ausreichend.⁶⁸

Ist die Anfechtungsklage erfolgreich, so ist die Kündigung rückwirkend ungültig, das Arbeitsverhältnis bleibt mit allen Rechten und Pflichten bestehen. Wird die Anfechtungsklage abgelehnt, so bleibt die Kündigung gültig. Falls die provisorische Wiederanstellung angeordnet wurde, tritt die Wirkung der Kündigung mit dem negativen Entscheid über die Anfechtungsklage ein.

Einer Fortsetzung der Tätigkeit im Rahmen einer provisorischen Wiederanstellung und nach der durch das Gericht entschiedenen Ungültigkeit der Kündigung steht regelmässig das zerstörte Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien im Wege.⁶⁹ Diesem Umstand trägt das Gesetz insofern Rechnung, als in Art. 10 Abs. 4 GIG die gekündigte Person nach Einleitung des Anfechtungsverfahrens die Wahl hat, auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zu verzichten und stattdessen eine Entschädigung gemäss Art. 336a OR zu verlangen.

Nimmt man die Anzahl erfolgreicher provisorischer Wiederanstellungen beziehungsweise Kündigungsaufhebungen als Indikator für die Wirksamkeit von Art. 10 GIG, so ist die Bilanz klar negativ. Soweit ersichtlich, gibt es keine diesbezüglichen Entscheidungen.⁷⁰ Allerdings finden sich in der Rechtsprechungsdatenbank zum Gleichstellungsgesetz⁷¹ etliche Hinweise auf Rachekündigungen,

bei denen im Rahmen von Schlichtungs- und Gerichtsverfahren ein Vergleich erzielt wurde.⁷²

Es ist nicht erforscht, ob die blosser Existenz von Art. 10 GIG bei kündigungswilligen Arbeitgebern präventive Wirkung zeigt.⁷³ Erfahrungen in Deutschland zeigen, dass es trotz ausgebauten arbeitsrechtlichen Bestandesschutzregelungen nur selten zu einer Weiterbeschäftigung kommt. Offensichtlich lässt sich ein zerstörtes Vertrauensverhältnis nicht durch gerichtliche Anordnung der Wiedereinstellung beheben. Deutsche Studien zeigen aber auch, dass die bei Kündigungsprozessen bezahlten Abfindungen deutlich höher sind als die in der Schweiz gewährten Entschädigungen wegen missbräuchlicher Entlassung respektive geschlechtsdiskriminierender Kündigung.⁷⁴

Die Regelung in Art. 10 GIG war verschiedentlich Gegenstand (erfolgloser) politischer Vorstösse. Gefordert wurde etwa in der Motion Hubmann, die Rachekündigung solle nicht bloss anfechtbar, sondern von Anfang an nichtig sein.⁷⁵ Nach Vorliegen der Evaluationsergebnisse zum GIG wurde in einer Motion verlangt, der Kündigungsschutz sei von sechs Monaten auf drei Jahre zu verlängern.⁷⁶ Auch dieser Vorstoss wurde von Bundesrat und Parlament abgelehnt. Nach Meinung des Bundesrates soll geprüft werden, ob Gleichstellungsbehörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenz geschaffen werden sollen, wie dies in anderen Staaten, namentlich in den USA oder England der Fall ist.⁷⁷

3.4 Bilanz

Die Bilanz zum Schutz vor diskriminierender Kündigung nach Gleichstellungsgesetz fällt zwiespältig aus. Positiv zu würdigen ist die Beweislasterleichterung nach Art. 6 GIG. Kaum abschreckend und damit den Gesetzeszweck

verfehlend sind die Sanktionszahlungen von maximal sechs Monatslöhnen, zumal die Gerichte regelmässig nur zwei bis drei Monatslöhne als Sanktion aussprechen. Wenig zur abschreckenden Wirkung trägt ferner das Abstützen auf den Monatslohn bei. Bei Geringverdienenden ist für eine Arbeitgeberin das finanzielle Risiko einer missbräuchlichen Kündigung noch bedeutungsloser.

Als Stolperstein für die Mobilisierung des Klagerechts gegen eine diskriminierende Kündigung erweist sich weiter die Verfahrensvorschrift, wonach innerhalb der Kündigungsfrist eine Einsprache bei der Arbeitgeberin erhoben werden muss. Der in Art. 10 GIG verankerte besondere Schutz vor Rachekündigungen scheint sich zwar in der Praxis auf die gerichtliche Durchsetzung einer Wiederanstellung auszuwirken. Ein positiver Einfluss dieser Norm kann jedoch auch darin bestehen, dass Arbeitgebende im Wissen um die Existenz dieser Norm möglicherweise weniger rasch zur Kündigung als Reaktion auf eine unliebsame Diskriminierungsbeschwerde greifen.

4. Obligationenrecht

4.1 Die Tatbestände nach Art. 336 Abs. 1 lit. a und b

Der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz ausserhalb des Gleichstellungsgesetzes ist im Art. 336 Abs. 1–3 OR geregelt. Schutz vor diskriminierender Kündigung bieten Art. 336 Abs. 1 lit. a und lit. b.

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie wegen einer Eigenschaft erfolgt, die einer Person kraft ihrer Persönlichkeit zusteht. Eine Kündigung aus solchen Gründen ist diskriminierend. Welche Persönlichkeitsmerkmale in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR erfasst sind, ist umstritten.⁷⁸ Sicher sind

die Persönlichkeitsmerkmale in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR erfasst, die im Völker- und Verfassungsrecht als Diskriminierungsmerkmale anerkannt sind,⁷⁹ also namentlich:

- Geschlecht
- Rasse/Hautfarbe, ethnische Herkunft usw.
- Religion/Weltanschauung und politische Einstellung
- soziale Stellung
- Behinderung einschliesslich chronischer Krankheit oder Krankheitsdisposition
- sexuelle Orientierung
- Alter.

Die arbeitsrechtliche Praxis zählt auch Vorstrafen zu den geschützten Persönlichkeitsmerkmalen. So war eine fristlose Kündigung eines wegen Sexualdelikten verurteilten Mitarbeiters missbräuchlich. Dass solche Delikte gesellschaftlich schwer missbilligt werden, ändert nach Auffassung des Bundesgerichts nichts daran, dass eine strafrechtliche Verurteilung zu der nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR geschützten Persönlichkeit gehört.⁸⁰

Meines Erachtens gehören auch Charaktereigenschaften zu den nach Art. 336 Abs. 1 lit. a geschützten Persönlichkeitsmerkmalen. Jemand darf ein schwieriger Mensch sein, eine Kündigung deswegen ist nur dann nicht missbräuchlich beziehungsweise diskriminierend, wenn erfolgreich die Rechtfertigungsgründe «Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis» oder «Störung der Zusammenarbeit im Betrieb» geltend gemacht werden können.⁸¹

Diskriminierungsschutzfunktion hat auch der Missbrauchsschutz nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR (Schutz verfassungsmässiger Rechte). Wird etwa einem Arbeitnehmer wegen dessen Religionszugehörigkeit gekündigt, verletzt dies einerseits sein verfassungsmässiges Recht auf Religionsfreiheit und stellt andererseits auch

43 Nach Art. 25 der Gleichbehandlungsrichtlinie 2006/54/EG müssen die Sanktionen für Verstösse gegen die Gleichbehandlungsvorschriften wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein. Gleiches gilt auch gemäss den Richtlinien 2000/43/EG (Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft) und 2000/78/EG (Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters, einer Behinderung, der Religion/Weltanschauung und wegen der sexuellen Orientierung).

44 Nach der Rechtsprechung des EuGH muss der wegen der Diskriminierung entstandene Schaden tatsächlich und wirksam ausgeglichen werden und dies hat in einer abschreckenden und dem erlittenen Schaden angemessenen Weise zu erfolgen. In EuGH vom 2.8.1993, Rs C-271/91, Marshall II, Slg. 1993, I-4367, N 32 hielt der Gerichtshof fest, feste Obergrenzen für Schadenersatz seien nicht mit dem Richtlinienziel eines wirksamen Rechtsschutzes zu vereinbaren. Siehe weiter EuGH vom 22.4.1997, Rs C-180/95, Drachmpfaff, Slg. 1997 I 219 ff.

45 So auch Riemer-Kafka / Überschl. N 46. Die Autoren schlagen vor, de lege ferenda sollte das Gericht zu einer angemessenen Entschädigung verpflichten können, eine allfällige Höchstgrenze dürfte aus generalpräventiven Erwägungen den Betrag von 100 000 Franken nicht unterschreiten.

46 Riemer-Kafka / Überschl. N 66 zu Art. 5 GIG.

47 Thomas Geiser, «Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und die Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz», ZBJV 1996, 566 ff. Gleicher Meinung: Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss., Basel 1998, S. 246.

48 Riemer-Kafka / Überschl. N 66 zu Art. 5 GIG.

49 Wolfgang Portmann, Das Verhältnis der «Entschädigung» zu Schadenersatz und Genugtuung, ArbR 2008, S. 30 ff.

50 Portmann, S. 30 ff.; Riemer-Kafka / Überschl. N 74 zu Art. 5 GIG.

51 Riemer-Kafka / Überschl. N 17 zu Art. 9 GIG.

52 Riemer-Kafka / Überschl. N 41 zu Art. 5 GIG.

53 Riemer-Kafka / Überschl. N 32 zu Art. 9 GIG; Nordmann, S. 314 f.

54 Sabine Steiger-Sackmann, in: Claudia Kaufmann / Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. aktualisierte und ergänzte Auflage, Basel 2009, N 45, 124 ff. und 141 zu Art. 6 GIG.

55 Steiger-Sackmann, N 143 ff. zu Art. 6 GIG.

56 Siehe dazu: Steiger-Sackmann, N 126 zu Art. 6 GIG.

57 BGE 132 III 715, Erw. 3; 130 III 321 Erw. 3.3.

58 Steiger-Sackmann, N 133 zu Art. 6 GIG.

59 Steiger-Sackmann, N 133 und 134 zu Art. 6 GIG.

60 Gésine Fuchs / Sandra Konstatzky / Doris Liebscher / Sabine Berghahn, «Rechtsmobilisierung für Lohngleichheit: Der Einfluss rechtlicher und diskursiver Bedingungen in der Schweiz, Deutschland und Österreich im Vergleich», Kritische Justiz 3 (2009), S. 253–270.

61 Bericht über die Evaluation des Gleichstellungsgesetzes, BBl 2006, 3175 ff., 3182, 3193.

62 In vielen europäischen Staaten ist der Kündigungsschutz in zweifacher Hinsicht anders: Zum einen ist eine Kündigung nur aus sachlichen Gründen zulässig und zum anderen ist bei unrechtmässigen Kündigungen die Wiedereinstellung vorgesehen. Siehe zum Ganzen: Pärli, Kündigungsfreiheit, S. 721.

eine Diskriminierung wegen der Religion dar. Der Missbrauchsgrund «Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts» wird in der Lehre auch als Anwendungsfall der Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht bezeichnet.⁸² Zu den verfassungsmässigen Rechten, deren Ausübung auch im Arbeitsverhältnis geschützt ist, sind die Normen auf Verfassungsstufe zu zählen, die dem Individuum einen Rechtsanspruch verleihen.⁸³

Der Schutz vor diskriminieren der Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR geht nur so weit, als nicht die bereits vorhin angesprochenen Rechtfertigungsgründe vorliegen. Eine Kündigung ist nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR nicht missbräuchlich, wenn sie zwar unter Anknüpfung an eine persönliche Eigenschaft erfolgt, diese Eigenschaft aber in einem «Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis» steht.

Eine Kündigung wegen einer Behinderung ist deshalb dann nicht missbräuchlich, wenn die betreffende Person wegen ihrer Behinderung die vertraglich vereinbarte Tätigkeit nicht (mehr) ausüben kann. Zu beachten ist hier allerdings, dass die Arbeitgeberin aufgrund ihrer Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) verpflichtet ist, das ihr Zumutbare für die (weitere) Integration dieser Person im Arbeitsverhältnis zu unternehmen.⁸⁴

Nicht missbräuchlich ist eine Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR weiter dann, wenn sie zwar an eine persönliche Eigenschaft anknüpft, diese jedoch die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Dieser Zusatz wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Verstärkung des Kündigungsschutzes eingefügt.⁸⁵ Auch im Zusammenhang mit diesem Rechtfertigungsgrund gilt es, die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin zu berücksichtigen. So darf der Arbeitgeber einen strafrechtlich ver-

urteilten Mitarbeiter nicht vor schnell entlassen, nur weil es wegen dieses Mitarbeiters zu innerbetrieblichen Spannungen kommt. Vielmehr muss der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht die Arbeitskollegen zu korrekter Zusammenarbeit anhalten. Auch einen allfälligen Kundenverlust wegen eines strafrechtlich verurteilten Mitarbeiters hat der Arbeitgeber hinzunehmen.⁸⁶

Die Rechtfertigungsgründe beim Missbrauchstatbestand «Kündigung wegen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte» in Art. 336 Abs. 1 lit. b OR folgen der gleichen Logik wie diejenigen nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Der Rechtsmissbrauch wird verneint, wenn die Ausübung des verfassungsmässigen Rechts eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt.

4.2 Verfahren und Rechtsfolgen

Das Verfahren und die Rechtsfolgen unterscheiden sich bei diskriminierenden Kündigungen im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR nicht von den weiteren Missbrauchstatbeständen, die in Art. 336 Abs. 1 lit. c-e OR geregelt sind. Das bedeutet vorab, dass das Vorliegen einer diskriminierenden Kündigung von der betroffenen Arbeitnehmerin oder dem betroffenen Arbeitnehmer bewiesen werden muss. Anders als im Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes ist hier keine Beweislast erleichterung vorgesehen.⁸⁷

Auch die in Art. 336 Abs. 2 lit. b OR vorgesehene Regelung für gewählte Arbeitnehmervertreter, wonach eine Kündigung nur zulässig ist, wenn der Arbeitgeber beweisen kann, dass der Arbeitnehmervertreter einen begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hat, führt im Ergebnis verfahrensmässig zu einer wesentlich stärkeren Stellung der gekündigten Ar-

beitnehmer. Gelingt dem gekündigten Arbeitnehmer oder der gekündigten Arbeitnehmerin der Beweis, dass ein Missbrauchstatbestand nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR oder nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR vorliegt, obliegt es der Arbeitgeberin, das Vorhandensein der im Gesetz vorgesehenen Rechtfertigungsgründe zu beweisen.

Als weitere Verfahrensvorschrift ist Art. 336b OR zu beachten. Wer beim Gericht eine Entschädigung wegen einer diskriminierenden Kündigung geltend machen will, muss vorerst beim Arbeitgeber schriftlich innerhalb der Kündigungsfrist Einsprache erheben. Diese Frist ist zwingend einzuhalten, wer sie verpasst, hat den Anspruch auf eine Pönalentschädigung verwirkt.

Möglich bleibt diesfalls eine Feststellungsklage, die Kündigung sei aus diskriminierenden Motiven erfolgt. Dies kann für die Geltendmachung eines allfälligen Schadenersatzes oder einer Genugtuung sinnvoll sein.

Die Rechtsfolge einer missbräuchlichen, vorliegend diskriminierenden Kündigung ist nicht etwa die Nichtigkeit der Kündigung. Vielmehr hat die kündigende Partei nach Art. 336a Abs. 1 und 2 OR eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen auszurichten. Wie bereits bei den Ausführungen zum Kündigungsschutz nach Gleichstellungsgesetz erwähnt wurde, neigen die Gerichte dazu, regelmässig lediglich Entschädigungen von zwei bis drei Monatslöhnen auszurichten. Die Entschädigung hat sowohl zivilrechtlichen Straf- wie auch Genugtuungscharakter. Das Vorliegen eines Schadens ist für die Geltendmachung der Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung nicht erforderlich.

Art. 336a Abs. 2 Satz 2 OR hält fest, dass Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel vorbehalten sind. Damit will der Ge-

setzgeber klarstellen, dass wegen der missbräuchlichen Kündigung allein kein zusätzlicher Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden kann.⁸⁸ Eine Schadenersatzforderung aus einem anderen Grund oder eine Genugtuung sind bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzung grundsätzlich zulässig. Da auch die Strafzahlung nach Art. 336a OR Genugtuungsschakter hat, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Hürde für einen zusätzlichen Genugtuungsanspruch sehr hoch.⁸⁹

Soweit ersichtlich, fehlt es an einer empirischen Erhebung über die durch die Gerichte im Rahmen von Art. 336a OR ausgesprochenen Entschädigungen. Eine solche Untersuchung wäre aus rechtspolitischer Sicht notwendig. Insbesondere müssten die Ergebnisse solcher Untersuchungen in den laufenden Reformprozess des Kündigungsrechts einfließen.

4.3 Fazit

Positiv zu würdigen ist vorab, dass die generalklauselartige Formulierung «Eigenschaften, die einer Person kraft ihrer Persönlichkeit zustehen» ermöglicht, diskriminierende Kündigungen als missbräuchlich zu werten.

Im Unterschied zum Kündigungsschutz nach dem Gleichstellungsgesetz ist für die Missbrauchs-konstellationen nach Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR keine Beweislastentlastung vorgesehen. Das Vorliegen eines Missbrauchs- respektive Diskriminierungsgrundes muss folglich nicht bloss glaubhaft gemacht, sondern bewiesen werden.

Im Weiteren sind die bereits beim Kündigungsschutz nach GIG aufgezeigten Schwächen dieselben:

- die Sanktionen zu wenig abschreckend, das Abstützen auf Monatslohn nicht sachgerecht,
- die Pflicht zur Einsprache beim Arbeitgeber innerhalb der Kündigungsfrist verunmöglicht einen

wirksamen Rechtsschutz bei diskriminierenden Kündigungen, ■ schliesslich beinhaltet zwar Art. 336 Abs. 1 lit. d OR wie das GIG einen Schutz vor Rache-kündigung, doch fehlt hier die Möglichkeit der Anfechtung der Klage und der provisorischen Wiederanstellung.

5. Zusammenfassung

Arbeitnehmende sind grundsätzlich vor diskriminierender Kündigung geschützt, dabei zeigen sich Unterschiede: Der Schutz vor Kündigung wegen des Geschlechts ist stärker als derjenige anderer Merkmale. Aufgrund der verfassungs- und völkerrechtlichen Wertung ist dies nur bedingt zu rechtfertigen, defizitär ist der Diskriminierungsschutz auf diesem Hintergrund – nicht nur hinsichtlich Kündigung – besonders aufgrund der Merkmale Rasse/ethnische Herkunft und Behinderung. Mit Blick auf die EU-Rechtslage ist auch ein verstärkter Diskriminierungsschutz wegen des Alters und wegen der sexuellen Orientierung zu diskutieren.

Ein verstärkter Diskriminierungsschutz – unter anderem bei Kündigungen – kann in Spezialgesetzen wie im GIG oder innerhalb des OR verwirklicht werden. Hier wie dort sind die in den vorangehenden Ausführungen angesprochenen Probleme der geltenden Rechtslage zu berücksichtigen. Für einen funktionierenden Schutz vor diskriminierenden Kündigungen sind de lege ferenda Beweislastentlastungen für alle diskriminierenden Kündigungen und generell eine Erhöhung des Sanktionsrahmens vorzusehen.

63 Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3., erweiterte Auflage, Basel, Genf, München, 2005, S. 248.

64 Riemer-Kafka / Überschlager, N 8–9 zu Art. 10 GIG.

65 Riemer-Kafka / Überschlager, N 10–12 zu Art. 10 GIG.

66 Riemer-Kafka / Überschlager, N 13 zu Art. 10 GIG.

67 Riemer-Kafka / Überschlager, N 14–18 zu Art. 10 GIG.

68 Nordmann, S. 382 f.; Riemer-Kafka / Überschlager, N 14–18 zu Art. 10 GIG, mit Verweis auf abweichende Meinungen.

69 Anna-Naomi Lang, Arbeitsrechtliche Kündigungsschutzsysteme und ihre Sanktionen. Ein Vergleich des englischen, deutschen und schweizerischen Rechts, Bern 2005, S. 253; Elke J. Jahn, «Wie wirkt der Kündigungsschutz?», Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung ZAF 2 und 3/2005, S. 288.

70 Riemer-Kafka / Überschlager, N 83 f., Fn 138 zu Art. 10 GIG, mit Hinweis auf ein Urteil des Kreisgerichts Bern-Laupen vom 24.6.1998.

71 www.gleichstellungsgesetz.ch.

72 Siehe die bei Riemer-Kafka / Überschlager in N 84 zu Art. 10 GIG genannten Fälle Nr. 7, 24, 137, 139 aus der Datenbank zum Gleichstellungsgesetz.

73 Siehe Pärli, Kündigungsfreiheit, S. 727, Fn 122.

74 Weder die Höhe der durchschnittlich bezahlten Entschädigungen bei missbräuchlicher Kündigung noch die Wirksamkeit dieses Sanktionsinstrumentes wurden in der Schweiz je empirisch erforscht. Auf ein bis drei Monatslöhne wird in der arbeitsrechtlichen Literatur verwiesen, so bei Jürg Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, N 2 zu Art. 336a OR oder bei Adrian Stachelin, Zürcher Kommentar, N 6 zu Art. 336a OR. Für Deutschland nennt die Studie von Anna-Naomi Lang durchschnittlich sechs Monatslöhne Entschädigung.

75 Motion Hubmann, 03.3142, abgelehnt vom Nationalrat, Amd. Bull. NR 1999 1992.

76 Motion Hubmann, 06.3036, abgelehnt vom Nationalrat, Amd. Bull. NR 2007 147.

77 BBl 2008 765.

78 Streiff / Von Kaenel, N 5 zu Art. 336 OR.

79 Pärli, Vertragsfreiheit, N 1366–1371.

80 Urteil 4C.431/2005 vom 31.2.2006.

81 Pärli, Vertragsfreiheit, N 1373.

82 Vischer, Der Arbeitsvertrag, S. 240. Siehe zum Ganzen auch Bernhard Pulver, «Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – am Beispiel des Arbeitsrechts», AJP 2005, S. 413 ff.

83 Urteil 4C.72/2002 vom 22.4.2002, Erw. 2a.

84 Siehe dazu Urteil 4A_102/2008 vom 27.5.2008 und die Besprechung dieses Entscheids von Andreas Abegg / Simone Stebler, AJP 9/2008, S. 1177 ff.

85 Für Streiff / Von Kaenel, N 5 zu Art. 336 OR, ist dieser Rechtfertigungsgrund unnötig, da bei einer wesentlichen Beeinträchtigung der Zusammenarbeit immer auch ein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis gegeben ist.

86 Urteil 4C.431/2005 vom 31.1.2006, Erw. 2.2.

87 Da es sich beim Missbrauchsmotiv um eine innere Tatsache handelt, die schwierig zu beweisen ist, lässt die Gerichtspraxis den Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit zu, siehe BGE 125 III 277, Erw. 3c, siehe auch BGE 130 III 699, Erw. 4.1.

88 Streiff / Von Kaenel, N 8 zu Art. 336a OR.

89 Urteil 4C.177/2003 vom 21.10.2003, Erw. 4.1, Urteil 4C.344/1999 vom 22.6.2000, Erw. 1a. Zum Ganzen ausführlich: Portmann, S. 22 ff.