
Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung

ROLAND MÜLLER

Inhaltsübersicht

I.	Problemstellung	275
II.	Grundlagen	277
	A. Missbrauchstatbestände	277
	B. Beweislast	279
III.	Entschädigung und Genugtuung	280
	A. Rechtsnatur	280
	B. Bemessung der Entschädigung	281
	C. Verhältnis von Schadenersatz und Entschädigung	283
	D. Verhältnis von Genugtuung und Entschädigung	284
	E. Geltendmachung der Entschädigung nach Art. 336b OR	285
	F. Bezifferung der Klageforderung und Prozesskostenrisiko	286
IV.	Zusammenfassung und Empfehlungen	288

I. Problemstellung

Die Kündigungsfreiheit wird durch eine Reihe von zeitlichen und sachlichen Vorschriften beschränkt.¹ Die im vorliegenden Aufsatz interessierenden Art. 336–336b OR befassen sich mit dem sachlichen Kündigungsschutz. Dieser bleibt unter dem europäischen Standard.² Untersagt ist lediglich die missbräuchliche Kündigung. Wer das Arbeitsverhältnis aus Gründen kündigt, die das Gesetz als missbräuchlich bezeichnet, kann das Arbeitsverhältnis trotzdem beenden und muss der anderen Partei lediglich eine Entschädigung bezahlen.³ Diese Entschädigung beträgt zwischen einem und maximal sechs Monatslöhnen. Innerhalb des Ermessensspielraums hat der Richter die Höhe der Entschädigung unter Würdigung aller Umstände festzusetzen.

¹ Art. 336c–336d OR und Art. 336–336b OR; vgl. THOMAS GABATHULER, Die Kündigungsfreiheit kommt ins Wanken, in: Plädoyer 2008, S. 32 ff.

² PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 336 OR N 3.

³ Art. 336 Abs. 1 OR.

Das EJPD hat 2010 zur Verstärkung des Kündigungsschutzes u.a. vorgeschlagen, den Höchstbetrag der Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung von sechs Monatslöhnen auf zwölf Monatslöhne zu erhöhen.⁴ Doch schon im Vernehmlassungsverfahren zeigte sich, dass dieser Vorschlag keine Zustimmung beim Gesetzgeber finden würde.⁵ Der Schweizerische Arbeitgeberverband wies darauf hin, dass in 90 % aller Fälle von missbräuchlichen Kündigungen die Gerichte ohnehin nur Entschädigungen im Bereich von eins bis drei Monatslöhnen aussprechen würden, weshalb eine Erhöhung ohnehin nicht notwendig sei.⁶ Genau diese Praxis wurde aber vom Schweizerischen Gewerkschaftsbund kritisiert.⁷ Nicht nur der Gewerkschaftsbund, sondern auch die Lehre kritisiert bisweilen, dass die regelmässig bescheiden ausfallenden Entschädigungen kaum jemanden davon abhalten, eine missbräuchliche Kündigung auszusprechen. Die Entschädigung sollte präventiv wirken, doch könne sie dies nicht, solange die Gerichte bei der Bemessung an der unteren Grenze ihres Ermessens bleiben.⁸ Auch THOMAS GEISER hat die aktuelle Gerichtspraxis in seinen Vorlesungen und Referaten wiederholt in Frage gestellt; als einer der bekanntesten und renommiertesten Arbeitsrechtsprofessoren mit grosser Erfahrung als nebenamtlicher Richter am Bundesgericht vermag er die Bedeutung der Entschädigungshöhe zweifellos besonders gut abzuschätzen.

Am 25. September 2015 wurde der Bundesrat über die Ergebnisse einer Studie zum Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter informiert. Basierend auf der Erkenntnis, dass die Schweiz gemäss internationalen Gremien ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen in Bezug auf den Schutz von Gewerkschaftsdelegierten nicht nachkomme, wurden von den Autoren Lösungen zur Verbesserung des Kündigungsschutzes für Arbeitnehmervertreter erarbeitet.⁹ Die Verfasser schlagen – wie der Bundesrat im Revisionsbegehren von 2010 – vor, den Höchstbetrag der Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung von sechs auf zwölf Monatslöhne zu erhöhen, um

⁴ BBl 2010 6905.

⁵ Zusammenfassung bei FERNANDEZ MATHIAS, Entschädigung und Genugtuung wegen missbräuchlicher Kündigung, Masterarbeit an der Universität Bern 2016, 2.

⁶ DAUM THOMAS/DERRER BALLADORE RUTH, Vernehmlassungsantwort des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes (SAV) zur Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung) vom September 2010, Zürich 2011, 3.

⁷ RECHSTEINER PAUL/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Vernehmlassungsantwort des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds (SGB) zur Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung) vom September 2010, Bern 2010, 2.

⁸ PÄRLI, KURT, Missbräuchliche Kündigung: Sanktion wenig abschreckend, plädoyer 3/2011, 36 ff.

⁹ DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/BOUVERAT CATHERINE/BRÜGGER NICOLAS/HASSISSENE INES/MADER MELANIE, Studie über den Schutz Arbeitnehmerinnenvertreter und Arbeitnehmervertreter (Zusammenfassung), Universität Neuenburg 2015, 12.

den Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter, aber auch von Whistleblowern oder generell für alle Arbeitnehmenden auszubauen.¹⁰

Das Thema Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung ist also scheinbar nicht nur bei Anwältinnen und Anwälten im Arbeitsrecht ein ständiger Begleiter, sondern beschäftigt auch den Gesetzgeber.

Im Folgenden soll ein Überblick über die rechtlichen Grundlagen zur Geltendmachung von Forderungen aus missbräuchlicher Kündigung verschafft werden, um anschliessend die Praxis zur Höhe von Entschädigung und Genugtuung bei missbräuchlicher Kündigung darzustellen. Soweit möglich und sinnvoll werden Empfehlungen zur Ermittlung einer angemessenen Entschädigung abgegeben.

II. Grundlagen

A. Missbrauchstatbestände

Das schweizerische Arbeitsrecht geht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus. Jede Partei kann das unbefristete Arbeitsverhältnis aus freiem Willen kündigen.¹¹ Dass es zur Kündigung keiner besonderen Gründe bedarf, muss dahingehend präzisiert werden, dass das Gesetz in Art. 336 OR gleichwohl Gründe aufzählt, welche eine Kündigung missbräuchlich erscheinen lassen. Die Aufzählung in Art. 336 OR ist jedoch nicht abschliessend, weil sie lediglich eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt.¹² Der Missbrauch kann sowohl durch das Motiv, welches der Kündigung zu Grunde liegt, als auch in der Art und Weise, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt, begründet werden.¹³

In Art. 336 Abs. 1 OR sind fünf paritätische Tatbestände aufgeführt, bei denen das Gesetz von einer missbräuchlichen Kündigung ausgeht.¹⁴ Demnach ist eine Kündigung nach lit. a missbräuchlich, wenn wegen einer Eigenschaft sie ausgesprochen wird, 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. Ebenso missbräuchlich ist

¹⁰ DUNAND/MAHON et al. (Fn. 9), 14.

¹¹ Art. 335 Abs. 1 OR.

¹² WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, *Droit du Travail*, 3. Aufl., Bern 2014, 644.

¹³ VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND M., *Der Arbeitsvertrag*, 4. Aufl., Basel 2014, 321.

¹⁴ Allerdings konnte trotz dieser Parität in der bisherigen Rechtsprechung kein Fall gefunden werden, bei dem ein Arbeitgeber eine missbräuchliche Kündigung durch einen Arbeitnehmer geltend machte.

eine Kündigung unter ähnlichem Vorbehalt, wenn sie ausgesprochen wird, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, wie bspw. den Eintritt in eine politische Partei.¹⁵ Missbräuchlich ist eine Kündigung mit dem Zweck, die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln.¹⁶

Weiter ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn ihr Grund darin liegt, dass die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht.¹⁷ Auf die Begründetheit der Ansprüche kommt es dabei nicht an. Schliesslich ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt.¹⁸

Art. 336 Abs. 2 OR zählt drei Missbrauchstatbestände auf, welche alleine dem Schutz der Arbeitnehmer dienen. Eine arbeitgeberseitige Kündigung ist damit missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt.¹⁹ Weiter, wenn sie dem Arbeitnehmer ausgesprochen wird, während dieser Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist (bspw. Pensionskasse) und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte.²⁰ Zu guter Letzt sind die vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigungen im Rahmen einer Massenentlassung missbräuchlich, wenn die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer nicht i.S.v. Art. 335f OR konsultiert wurden.²¹

Diese gesetzliche Aufzählung der missbräuchlichen Tatbestände ist bekanntlich nicht abschliessend.²² Die Rechtsprechung hat eine Vielzahl von weiteren Missbrauchsgründen anerkannt, welche in verschiedene Fallgruppen eingeteilt werden können.²³

¹⁵ Art. 336 Abs. 1 lit. b OR.

¹⁶ Art. 336 Abs. 1 lit. c OR.

¹⁷ Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

¹⁸ Art. 336 Abs. 1 lit. e OR.

¹⁹ Art. 336 Abs. 2 lit. a OR.

²⁰ Art. 336 Abs. 2 lit. b OR.

²¹ Art. 336 Abs. 2 lit. c OR.

²² BGE 125 III 72.

²³ Vgl. dazu PORTMANN WOLFGANG, Zur Schadenersatzberechnung im Arbeitsvertragsrecht, in: FS für Heinz Rey, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, 752 ff.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 2), Art. 336 OR N 23 ff.

Dazu zählen unter anderem die Ausnutzung eigenen rechtswidrigen Verhaltens,²⁴ Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung,²⁵ krasses Missverhältnis der Interessen und dabei insbesondere auch die Kündigung kurz vor der Pensionierung,²⁶ zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts,²⁷ widersprüchliches Verhalten,²⁸ unbillige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen²⁹ und die Teilnahme an einem rechtmässigen Streik.

B. Beweislast

Gemäss Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein behaupteter Tatsachen zu beweisen, der aus ihnen Rechte ableitet. Damit hat grundsätzlich der Gekündigte zu beweisen, dass die Kündigung aus einem missbräuchlichen Grund ausgesprochen wurde.³⁰ In Anbetracht der Tatsache, dass es sich bei einer Kündigung in der Regel um einen inneren Vorgang handelt, wäre es einem Arbeitnehmer kaum je möglich, einen strikten Beweis vorzubringen. Die Gerichtspraxis lässt deshalb den Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit genügen.³¹ Der Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit gilt sowohl für das missbräuchliche Motiv als auch für den Kausalzusammenhang zwischen dem Motiv und der Kündigung. Die hohe Wahrscheinlichkeit kann sich aus Indizien ergeben, so z.B. aus dem engen zeitlichen Zusammenhang ohne andere plausible Kündigungsgründe.³²

²⁴ Kündigung wegen einer Leistungseinbusse des Arbeitnehmers, die sich als Folge von Mobbing erweist, das vom Arbeitgeber nicht verhindert wurde (BGE 125 II 72).

²⁵ Missbräuchlich ist eine Entlassung bspw., die dem Arbeitnehmer in demütigender Art mitgeteilt wird, ohne dass ihm Gelegenheit für eine Erklärung gegeben wird und er den Betrieb unverzüglich zu verlassen hat (BGer, ARV 2008, 280).

²⁶ Missbräuchliche Änderungskündigung gegenüber einem 63-jährigen Angestellten mit 20 Dienstjahren (AGer ZH, JAR 2012, 574).

²⁷ Entlassung einer Kaderperson, um das Ansehen des Arbeitgebers zu wahren, das durch widerrechtliche Handlungen eines Mitarbeiters beeinträchtigt wurde, welcher in der von der entlassenen Kaderperson geleiteten Abteilung tätig war (Sündenbock; BGE 131 III 535, E. 4).

²⁸ Der Arbeitgeber eines teilzeitlich angestellten Arbeitnehmers verlangte von diesem während des laufenden Arbeitsverhältnisses, umgehend ein volles Pensum zu arbeiten, obwohl ihm bereits bei Vertragsschluss bekannt war, dass der Arbeitnehmer noch eine andere Teilzeitarbeit ausübt (BGE 134 III 111 f.).

²⁹ Berechtigte Kritik an entsprechender Rechtsprechung in BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 2), Art. 336 OR N 30b.

³⁰ Vgl. auch FERNANDEZ MATHIAS [Fn. 5] 21 ff.

³¹ BGer 4A_665/2010 vom 1. März 2011, E. 7.2.

³² STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitskommentar, Praxiskommentar zu Art. 319–369 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 336 OR N 16.

Konnte der Arbeitnehmer den Nachweis des missbräuchlichen Motivs und der erforderlichen Kausalität erbringen, so obliegt der Beweis der gesetzlichen Rechtfertigungsgründe dem Kündigenden.³³

III. Entschädigung und Genugtuung

A. Rechtsnatur

Die Botschaft, Lehre und Rechtsprechung sprechen davon, dass es sich bei der Entschädigung nach Art. 336a OR um eine zivilrechtliche Strafe, die sich aus Genugtuungs- und Strafcharakter mische.³⁴ Die Entschädigung dient, nach der Meinung des Bundesgerichts, sowohl der Bestrafung als auch der Wiedergutmachung.³⁵

Die in Art. 336a und 337c Abs. 3 OR geregelten «Entschädigungen» stimmen in ihrer Rechtsnatur überein.³⁶ Es handle sich dabei – ungeachtet des Gesetzeswortlauts – nicht um Schadenersatz im klassischen Sinne (vgl. Art. 336a Abs. 2 Satz 2 OR und 337c Abs. 1 OR), denn die Entschädigung wird auch fällig, wenn der Arbeitnehmer keinen Schaden erleidet oder keinen Schaden beweisen kann. Es handelt sich vielmehr um Strafzahlungen für das durch die missbräuchliche Kündigung oder die ungerechtfertigte Entlassung zugefügte Unrecht (vgl. Randtitel von Art. 336a OR: «Sanktionen»)³⁷. Neben diesem auf Prävention angelegten pönalen Charakter soll gemäss Bundesgericht auch die seelische Unbill desjenigen angemessen abgegolten werden, der durch die missbräuchliche oder ungerechtfertigte Auflösung des Arbeitsverhältnisses in seiner Persönlichkeit verletzt wurde.³⁸ Damit zeigt sich auch gleich ein grosser Unterschied zum Lohnersatz nach Art. 337c Abs. 1 OR. Aufgrund der Definition der Entschädigung als Strafzahlung ist der zugesprochene Betrag ohne jeden Abzug von Sozialversicherungsprämien rein netto auszurichten.³⁹

³³ Anders ist die Beweislast bei einer geschlechterdiskriminierenden Kündigung. Ist der diskriminierende Kündigungsgrund glaubhaft gemacht, wechselt die Beweislast zum Arbeitgeber (Art. 6 GlG).

³⁴ BBl 1984 II 600; BGer 4C.370/2006 vom 27. Februar 2007, E. 3.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 32), Art. 336a OR N 2.

³⁵ BGE 123 III 391 E. 3c; «Ainsi, comme le montrent les travaux préparatoires et conformément à l'avis de la doctrine dominante, il faut s'en tenir au principe, énoncé dans plusieurs arrêts du Tribunal fédéral, voulant que les indemnités prévues aux art. 336a et 337c al. 3 CO aient une double finalité, *punitive et réparatrice*.»

³⁶ BGE 120 II 245 E. 3b und 247 unten E. 3e; BGE 121 III 66 E. 2a, BGE 116 II 301 E. 5a.

³⁷ BGE 123 V 5 E. 2a m.H.a. BGE 120 II 214 E. 9b; BGE 119 II 160 E. 2b; BGE 118 II 167 E. 4b/dd, BGE 116 II 301 E. 5a.

³⁸ BGE 116 II 301 E. 5a mit Hinweisen auf die Materialien.

³⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 32), Art. 336a OR N 2.

B. Bemessung der Entschädigung

Die Bemessung der Entschädigung ist vom Richter unter Würdigung aller Umstände festzusetzen, darf jedoch nicht den Betrag übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers von sechs Monatslöhnen, im Fall einer Massenentlassung von höchstens zwei Monatslöhnen, entspricht (Art. 336 Abs. 2 und 3 OR). Dem Richter kommt bei der Bemessung der Entschädigung ein grosser Ermessensspielraum zu.⁴⁰ Aufgrund ihrer pönalen Funktion fallen gemäss Lehre und Rechtsprechung diverse Umstände resp. Bemessungskriterien in Betracht:⁴¹

- Schwere der Verfehlung des Arbeitgebers, bestimmt durch den Anlass der Kündigung, das Vorgehen bei der Kündigung, dem allfälligen Mitverschulden des Arbeitnehmers und die Art des aufgelösten Arbeitsverhältnisses⁴²
- Wirtschaftliche Verhältnisse des Arbeitgebers
- Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers⁴³
- Enge der vertraglichen Beziehungen⁴⁴
- Wirtschaftliche Auswirkungen der Kündigung auf den Arbeitnehmer, womit das Alter des Arbeitnehmers, seine berufliche Stellung, seine soziale Situation, die Schwierigkeiten seiner Wiedereingliederung in das Arbeitsleben, die konjunkturelle Lage auf dem Arbeitsmarkt und die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen sind.⁴⁵

Insbesondere die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen sind dabei nicht unbestritten. Insbesondere STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH halten fest, dass es keinen Einfluss haben dürfe, ob der Entlassene zufällig rasch oder mit grossen Schwierigkeiten eine neue Stelle finde, denn mit der Strafwürdigkeit des Fehlverhaltens habe das nichts zu tun. Berücksichtigung könne nur finden, was der Kündigende als Folge seines Handelns und damit als Vertiefung der Persönlichkeitsverletzung voraussehen konnte.⁴⁶ Immerhin dann, wenn der Arbeitgeber voraussehen konnte, dass der entlassene Mitarbeiter mit grosser Wahrscheinlichkeit keine neue Stelle mehr finden wird, wäre dieser Umstand damit zu berücksichtigen. Auch VISCHER/

⁴⁰ Das Ermessen wird in Art. 336a OR nicht mehr ausdrücklich erwähnt.

⁴¹ Vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 2), Art. 336a OR N 2; ebenso FERNANDEZ MATHIAS (Fn. 5) 41 f.

⁴² BGE 119 II 157 E. 2b.

⁴³ BGE 123 III 246 E. 6a.

⁴⁴ BGE 118 II 157 E. 4b/ee mit Hinweisen.

⁴⁵ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 2), Art. 336a OR N 2.

⁴⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 32), Art. 336a OR N 3.

MÜLLER zweifeln daran, ob die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung bei der Festsetzung der Entschädigung richtig ist.⁴⁷

Das Bundesgericht vertrat zunächst die Auffassung, dem Gekündigten sollte neben der Entschädigung auch Ersatz für den Schaden zugesprochen werden, der ihm als Folge der missbräuchlichen Kündigung und damit widerrechtlich entstanden war; die wirtschaftlichen Folgen der missbräuchlichen Kündigung seien bei der Bemessung der Entschädigung nicht zu berücksichtigen, sondern durch Schadenersatz gemäss Abs. 2 Satz 2 zusätzlich abzugelten.⁴⁸ In BGE 123 III 391 E. 3c hielt das Bundesgericht jedoch fest, dass auch die wirtschaftlichen Auswirkungen der missbräuchlichen Kündigung bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen seien.⁴⁹

Bei der Entschädigung nach Art. 336a Abs. 1 OR ist des Weiteren zu berücksichtigen, ob bereits eine freiwillige Abgangsentschädigung bezahlt worden ist. In diesem Fall ist zwar die Höhe der Entschädigung grundsätzlich nicht zu reduzieren, jedoch die freiwillige Abgangsentschädigung darauf anzurechnen.⁵⁰ Steht neben der Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zugleich auch eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung in Frage (missbräuchliche fristlose Entlassung; Art. 337c Abs. 3 OR), ist zu berücksichtigen, dass keine Kumulation beider Entschädigungen erfolgt, insbesondere, weil nur die fristlose Entlassung kausal für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist.⁵¹ Dasselbe gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch dann, wenn zunächst eine missbräuchliche Kündigung und nachfolgend eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung erfolgt.⁵²

Bei missbräuchlichem Nichtantritt oder Verlassen der Arbeitsstelle hingegen kann neben der Entschädigung nach Art. 337d Abs. 1 OR noch eine Entschädigung nach Art. 336a OR zugesprochen werden, da die Entschädigung gemäss Art. 337d Abs. 1 OR Schadenersatz darstellt und die Entschädigung nach Art. 336a OR nicht.

Schliesslich ist noch festzuhalten, dass die Entschädigung bereits ab dem Zugang der missbräuchlichen Kündigung fällig wird. Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses tritt automatisch Verzug ein, wobei auf eine Mahnung verzichtet werden kann, da sich der Verfalltag aus der Kündigung ergibt (Art. 102 Abs. 2 OR).⁵³

⁴⁷ VISCHER/MÜLLER (Fn. 13), 333.

⁴⁸ BGE 123 III 246 E. 6a.

⁴⁹ Zustimmend PORTMANN (Fn. 23), 491 ff.; PORTMANN WOLFGANG, Das Verhältnis der «Entschädigung» zu Schadenersatz und Genugtuung, in: Stöckli Jean-Fritz (Hrsg.), *ArbR 2008 – Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht*, Bern 2008, 27; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 2), Art. 336a OR N 3.

⁵⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 32), Art. 336a OR N 9.

⁵¹ BGE 121 III 64 E. 2.

⁵² BGE 121 III 64 E. 2.

⁵³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 32), Art. 336a OR N 2.

C. Verhältnis von Schadenersatz und Entschädigung

Schadenersatzansprüche werden explizit in Art. 336a Abs. 2 Satz 2 OR genannt und sind nach dem Wortlaut aus einem anderen Rechtstitel vorbehalten. Dabei geht es bspw. um die Frage, ob für Lohneinbussen, Insertions-, Vorstellungs- und Umzugskosten als wirtschaftliche Folge der missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336a Abs. 2 Satz 2 OR neben der Entschädigung auch noch Schadenersatz gefordert werden kann. Die zentrale Frage dabei ist also, was unter einem anderen Rechtstitel zu verstehen ist. Entweder versteht man den Ausdruck «aus einem anderen Rechtstitel» eine andere Bestimmung als Art. 336a OR oder man versteht darunter einen anderen Grund als die missbräuchliche Kündigung.⁵⁴

Folgt man der ersten Auffassung, so kann der Schaden, der auf der Missbräuchlichkeit der Kündigung beruht, zusätzlich zur Entschädigung geltend gemacht werden. Der Anspruch stützt sich dabei auf Art. 97 i.V.m. Art. 328 OR, da mit der missbräuchlichen Kündigung i.d.R. eine vertragswidrige Persönlichkeitsverletzung einhergehe.⁵⁵ Der Schaden (bestehend bspw. aus Lohneinbussen, Insertions-, Vorstellungs- und Umzugskosten) kann dann aufgrund einer anderen Bestimmung als Art. 336a OR, nämlich aufgrund von Art. 97 i.V.m. Art. 328 OR, unabhängig von einer Begrenzung nach Art. 336a OR geltend gemacht werden. Folgt man der zweiten Auffassung, so geht man davon aus, dass mit einem anderen Rechtstitel ein anderer Grund als die missbräuchliche Kündigung gemeint ist. Die Relevanz dieser Auffassung für den Ersatz des Schadens liegt darin, dass neben der Entschädigung nach Art. 336a OR kein Platz mehr ist für Schadenersatzansprüche aus der Folge von missbräuchlichen Kündigungen. Jeder Schaden, der auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung zurückzuführen ist, ist demnach mit der Entschädigung bereits abgegolten.⁵⁶

Das Bundesgericht hat in seiner älteren Rechtsprechung die Ansicht vertreten, dass der Arbeitnehmer, gestützt auf Art. 336a Abs. 2 Satz 2 OR, neben der Entschädigung Ersatz für den Schaden verlangen, der ihm als Folge der missbräuchlichen und damit widerrechtlichen Kündigung entstanden sei; die wirtschaftlichen Folgen der missbräuchlichen Kündigung seien durch den Schadenersatz abzugelten und nicht bei der Entschädigung zu berücksichtigen.⁵⁷ Wie bereits weiter oben ausgeführt, hat das Bundesgericht nun aber bei der Bemessung der Entschädigung auch die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung auf den Arbeitnehmer berücksichtigt. Folglich legt es nun auch Art. 336a Abs. 2 Satz 2 dahingehend aus, dass sie dem Arbeitnehmer

⁵⁴ Ausführlich dazu PORTMANN (Fn. 23), 491 ff.

⁵⁵ PORTMANN (Fn. 23), 491.

⁵⁶ PORTMANN (Fn. 23), 491.

⁵⁷ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 2), Art. 336a OR N 6 m.V.a. BGE 119 II 160.

das Recht wahrt, Schadenersatz aus einem anderen Grund als der Missbräuchlichkeit der Kündigung zu verlangen.⁵⁸

Demnach kann der Ersatz für Lohneinbussen sowie Insertions-, Vorstellungs- und Umzugskosten als wirtschaftliche Folgen der missbräuchlichen Kündigung nicht gestützt auf Art. 336a Abs. 2 Satz 2 OR geltend gemacht werden.

D. Verhältnis von Genugtuung und Entschädigung

Ebenso wie bei der Frage, inwieweit Schadenersatz neben dem Art. 336a OR geltend gemacht werden kann, muss sich die Frage gestellt werden, ob sich zusätzlich zur Entschädigung nach Art. 336a OR Genugtuungsansprüche geltend machen lassen. Die Entschädigung nach Art. 336a OR weist eine Bestrafungs- als auch eine Wiedergutmachungsfunktion auf. Dies ist in jedem Fall zu berücksichtigen. Wie beim Schadenersatz geht PORTMANN davon aus, dass die auf der Missbräuchlichkeit der Kündigung beruhenden Genugtuungsansprüche mit der Entschädigung nach Art. 336a OR abgegolten seien.⁵⁹ Zusätzliche Genugtuungsansprüche seien deshalb ausgeschlossen, sofern diesen die gleichen Tatsachen zugrunde liegen.⁶⁰

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bleibt für die Zusprechung von Genugtuung neben der Entschädigung nach Art. 336a OR nur begrenzt Raum, nämlich nur dann, wenn die Persönlichkeitsverletzung derart schwer war, dass sie durch die Zusprechung des Maximums der Entschädigung von sechs Monatslöhnen nicht ausreichend kompensiert werde.⁶¹ Jedoch muss dann bei der Bemessung der Genugtuung nach Art. 49 Abs. 1 OR berücksichtigt werden, dass die Verletzung der Persönlichkeit teilweise bereits mit der Entschädigung abgegolten wurde.⁶² Dies gilt zumindest für die mit der Kündigung verbundenen Persönlichkeitsverletzung.

Genugtuung kann überdies gefordert werden, wenn sich neben der Kündigung eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung ereignet hat, z.B. wenn ein Angestellter wegen ungenügender Arbeitsleistung entlassen wird und anschliessend im Betrieb

⁵⁸ BGE 123 III 391 E. 3c; PORTMANN (Fn. 23), 491 ff.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336a OR N 6.

⁵⁹ PORTMANN (Fn. 49), 20 f.

⁶⁰ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 2), Art. 336a OR N 8.

⁶¹ BGE 135 III 405, E. 3.1: «Le Tribunal fédéral admet toutefois l'application cumulative de l'art. 49 CO dans des situations exceptionnelles, lorsque l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur est grave au point qu'une indemnité correspondant à six mois de salaire ne suffit pas à la réparer (...)».

⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 32), Art. 336a OR N 8.

unwahre Anschuldigungen gegen ihn verbreitet werden.⁶³ Selbstverständlich kann die Genugtuung auch dann geltend gemacht werden, ohne dass zugleich ein Entschädigungsanspruch erhoben wird.⁶⁴ Beachtet werden muss jedoch, dass im Falle einer Verwirkung des Entschädigungsanspruchs nach Art. 336b OR auch keine Genugtuung für die missbräuchliche Kündigung (anstelle der Entschädigung) mehr geltend gemacht werden kann.⁶⁵

E. Geltendmachung der Entschädigung nach Art. 336b OR

Wer gestützt auf Art. 336 und 336a OR eine Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist, womit das Ende des Arbeitsverhältnisses gemeint ist, beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben.⁶⁶ Umstritten ist, ob eine Verlängerung der Einsprachefrist eintritt, wenn der Kündigende seiner Pflicht zur schriftlichen Begründung nicht oder nicht rechtzeitig nachgekommen ist.⁶⁷ Das ist aus meiner Sicht nach wie vor abzulehnen.⁶⁸

Die Frist ist nur gewahrt, wenn die Einsprache am letzten Tag der Kündigungsfrist eintrifft. An die Formulierung der Einsprache dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden; eine gültige Einsprache setzt voraus, dass der Arbeitnehmer klar zum Ausdruck bringt, das Arbeitsverhältnis fortsetzen zu wollen.⁶⁹ Das blosses Verlangen einer schriftlichen Begründung reicht jedoch noch nicht.⁷⁰ Aus dem Gesetz ergibt sich sodann die Pflicht, über die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zu verhandeln. Dies ist allerdings keine formelle Anspruchsvoraussetzung für die Weiterführung des Verfahrens, sondern eine Weigerung wird bei der Festsetzung der Prozesskosten und einer eventuellen Entschädigung gewürdigt.

⁶³ PORTMANN (Fn. 49), 21.

⁶⁴ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336a OR N 8.

⁶⁵ PORTMANN (Fn. 49), 18.

⁶⁶ Art. 336b Abs. 1 OR. Das Erfordernis der Einsprache längstens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, also bis zum Vertragsende, gilt auch bei Kündigungen während der Probezeit, soweit dies möglich und zumutbar ist (BGE 136 III 96, E. 2 und 3).

⁶⁷ So bspw. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 2), Art. 336b OR N 1.

⁶⁸ GL.M. GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 646; STAEHELIN ADRIAN, in: Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR) Teilbd. V 2c, Art. 336b OR N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 32), Art. 336b OR N 3; REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331–335 und Art. 361–362 OR, Bern 2014, Art. 336b OR N 2.

⁶⁹ GEISER/MÜLLER (Fn. 68), Rz. 646; VISCHER/MÜLLER (Fn. 13), 334.

⁷⁰ KGer SZ in JAR 2003, 290 ff.

Können sich die Parteien nicht einigen, so hat die gekündigte Partei ihren Anspruch innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses klageweise geltend zu machen.⁷¹ Der Anspruch auf Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung verwirkt, sollte die Einsprache nicht frist- oder formgerecht erfolgen (Art. 336b Abs. 2 OR). Ist der Anspruch auf Entschädigung verwirkt, ist auch die Geltendmachung eines Schadenersatzes ausgeschlossen, wenn dieser bloss anstelle des Entschädigungsanspruchs geltend gemacht wird. Andernfalls könnte der Berechtigte Nutzen aus seinem Versäumnis ziehen und wäre ausserdem, wenn der Schadenersatz höher als die Entschädigung zu liegen käme, sogar noch bessergestellt.⁷²

F. Bezifferung der Klageforderung und Prozesskostenrisiko

Die in Ziff. III.B festgelegten und umschriebenen Kriterien zur Bemessung der Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung helfen zumindest im Ansatz, festzustellen, wie hoch eine Entschädigung tatsächlich ausfallen könnte. Allerdings liegt bei der Beurteilung eines konkreten Falles ein erhebliches Ermessen beim Gericht. In der Praxis stellt sich für den Rechtsanwalt daher stets die Frage, wie hoch denn nun der einzuklagende Betrag sein soll.

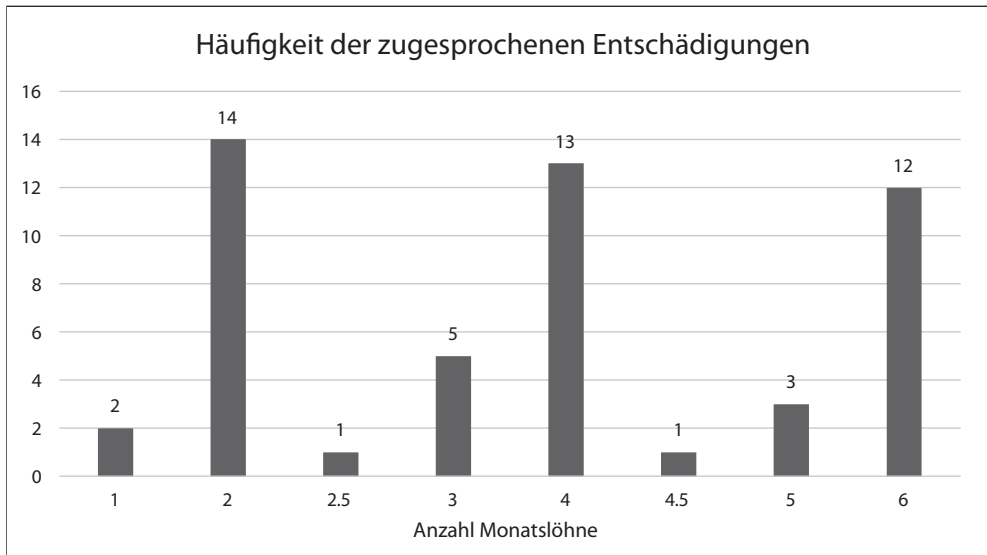
Es ist zumindest hilfreich, verschiedene Fälle und die gesprochenen Entschädigungen zu kennen, um ein Unter- oder Überklagen möglichst zu vermeiden. Die nachstehende Tabelle, welche aus Kommentaren zusammengestellt⁷³ und gemäss eigenen Fällen erweitert wurde, liefert einen groben Überblick.⁷⁴ Selbstredend handelt es sich nicht um eine repräsentative Zusammenstellung, jedoch vermittelt sie dennoch einen ersten Eindruck. Grafisch dargestellt wurden von den Gerichten die folgenden Entschädigungen für missbräuchliche Kündigungen ausgesprochen:

⁷¹ Art. 336b Abs. 2 OR.

⁷² PORTMANN (Fn. 49), 18.

⁷³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 32), Art. 336a OR N 4; EMMEL FRANK, in: Huguenin Claire/Müller-Chen Markus/Girsberger Daniel (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 336a N 2; TOBLER ROLF A./FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/GULLO EHM DANIELA, Arbeitsrecht, Obligationenrecht (Art. 319–362 OR), Gleichstellungsgesetz, Arbeitsgesetz, Lausanne 2006, Art. 336a N 2.7.

⁷⁴ Ähnlich auch die Abbildung 1 bei FERNANDEZ MATHIAS (Fn. 5), 43, mit zusätzlichem Hinweis auf die Kündigungsgründe.



Die Darstellung zeigt, dass eine Häufung bei zwei, vier und sechs Monatslöhnen erfolgt ist. Allgemein kann nach der Analyse der Tabelle vorsichtig gefolgert werden, dass nur in Fällen, bei denen der Gekündigte einen schweren psychischen oder physischen Schaden davontrug oder in Fällen von Kündigungen von älteren Arbeitnehmern mit ausserordentlich langer Dienstdauer vorausgesagt werden kann, dass die Entschädigung höher als drei oder vier Monatslöhne ausfallen wird. In allen anderen Fällen ist die Höhe der Entschädigung kaum vorauszusagen.

Die Unsicherheit über den einzuklagenden Betrag liegt hauptsächlich in Art. 105 ZPO. Demnach werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Klagt nun der Rechtsanwalt eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen ein und spricht ihm das Gericht danach nur eine Entschädigung für drei Monatslöhne zu, unterliegt der Kläger zumindest betragsmässig zur Hälfte, mit entsprechenden Kostenfolgen. Der Kläger trägt demnach das Risiko, den richterlichen Ermessensentscheid falsch eingeschätzt zu haben, indem er allenfalls Kosten wegen Überklagens tragen muss.⁷⁵ Will der Kläger diese Situation vermeiden, so trägt er das Risiko, dass er weniger als den aus gerichtlicher Sicht angemessenen Betrag erhält, weil er zu wenig gefordert hat.

⁷⁵ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 2), Art. 336a OR N 5.

Verschiedentlich wird daher von der Lehre gefordert, dass anstelle eines konkreten Betrages im Falle einer missbräuchlichen Kündigung die Entschädigungsklage nur soweit beziffert werden müsse, als dies zur Festlegung der sachlichen Zuständigkeit und der Verfahrensart notwendig ist. Durch ein eng verstandenes Bezifferungsgebot würde das Bundesrecht vereitelt: Die Kläger, insbesondere die sozial meist schwächeren Arbeitnehmer, würden gezwungen, systematisch eine tiefere Entschädigung einzuklagen, als ihnen angemessen erscheint und als ihnen möglicherweise von Bundesrechts wegen zustehen würde, um die Kostenrisiken im Prozess zu minimieren. Es müsse daher die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO zugelassen werden für Klagen nach Art. 336a OR.⁷⁶

Das Bundesgericht stellte sich mit BGE 131 III 243 jedoch gegen diese Auffassung. Abhilfe von diesem Dilemma schafft bis zu einem gewissen Grad Art. 107 ZPO, wonach das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen darf, «wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war». Ein Rechtsanwalt wird sich allerdings nie ganz sicher sein können, dass ein Gericht diese Bestimmung auch tatsächlich anwendet, womit also nicht einfach bei jeder Klage wegen missbräuchlicher Kündigung eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen gefordert werden kann.

Zu guter Letzt ist auch ein weiterer Punkt neben dem Kostenrisiko bei der Klageeinreichung zu berücksichtigen: Klagt man einen zu tiefen Betrag ein, aus Furcht davor, im Überklagungsfall auch noch die Kosten tragen zu müssen, läuft man Gefahr, unter der Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG zu bleiben. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht in arbeits- und mietrechtlichen Fällen nur dann zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt.⁷⁷ Lautet die Klage auf einen tieferen Betrag ist die Beschwerde ausgeschlossen, ausser es handelt sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.⁷⁸

IV. Zusammenfassung und Empfehlungen

Das Gesetz nennt in Art. 336 OR acht Gründe, weshalb eine Kündigung missbräuchlich sein kann. Die Rechtsprechung anerkennt darüber hinaus noch diverse weitere missbräuchliche Kündigungsgründe. Für den Arbeitgeber kann es je nach Sachver-

⁷⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 32), Art. 336a OR N 6.

⁷⁷ Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG.

⁷⁸ Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG.

halt schwierig sein, abzuschätzen, ob er bei einer Kündigung missbräuchlich handelt oder nicht.

Ist eine Kündigung als missbräuchlich anerkannt worden, kann über die angemessene Entschädigung nur spekuliert werden. Der Entschädigung soll einen Genugtuungs- und Strafcharakter zukommen. Die Entschädigungshöhe sollte in einem konkreten Fall so festgelegt werden, dass ein anderer Arbeitgeber in derselben Situation und mit denselben wirtschaftlichen Verhältnissen, im Wissen um die Höhe der anfallenden Entschädigung, von der Kündigung absehen und nach anderen Lösungen suchen würde. Es ist deshalb THOMAS GEISER beizupflichten, dass die heute geltende Regelung kritisch zu hinterfragen ist.

Dem Richter stehen mindestens 13 Bemessungskriterien zur Verfügung, um zu einem Ergebnis zu gelangen. Dabei kommt keinem dieser Bemessungskriterien besonderes Gewicht zu und die Gerichte verfügen darüber hinaus auch noch über ein grosses Ermessen. Die Prognose der «angemessenen» Entschädigungssumme ist daher beinahe unmöglich, wird aber in der Praxis dennoch von den Rechtsanwälten verlangt, sofern sie sich nicht darauf verlassen wollen, dass die Gerichte ihr Ermessen bei der Verteilung der Prozesskosten ausüben. Es ist daher zu empfehlen, die Prognose nach Möglichkeit an einem ähnlich gelagerten Fall zu orientieren und im Zweifelsfall eine Summe zwischen CHF 15'000.– und CHF 30'000.– einzuklagen, um zwar in den Genuss des vereinfachten Verfahrens zu kommen, sich aber auch den Beschwerdeweg ans Bundesgericht offen zu halten.