

Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität



KURT PÄRLI
Prof. (FH) Dr. iur.,
Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften,
Winterthur, Privatdozent
der Universität St. Gallen

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Kündigungsfreiheit und ihre gesetzlichen Schranken
 1. Dogmatische Verortung der arbeitsrechtlichen Kündigung
 2. Die Kündigungsfreiheit und ihre gesetzlichen Schranken
 3. Kündigungsschutz bei fristlosen Kündigungen
 4. Kündigungsschutz im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen
- III. Verschärfung des Kündigungsschutzes durch die Gerichte
- IV. Mythen um Kündigungsfreiheit und Kündigungsschutz
 1. Das Freiheitsverständnis hinter der Herrschaft der Kündigungsfreiheit
 2. Überschätzter Einfluss des Kündigungsrechts
 3. Die relevanten Fragen
- V. Zusammenfassung und Schlussbetrachtungen

I. Einleitung

Deutschland gilt als Land rigoroser, arbeitnehmerfreundlicher Kündigungsschutzvorschriften. Erstaunlich ist, dass deutsche Arbeitsgerichte regelmässig fristlose Entlassungen wegen Bagatelldelikten wie etwa dem Verzehr von ein paar Teigtaschen¹, einem Brotaufstrich² oder der Aneignung von

Pfandflaschen im Wert von kaum mehr als einem Euro³ schützen⁴. Dass solch geringfügige Vergehen auch in der Schweiz für eine *ausserordentliche*, fristlose Kündigung ausreichen, kann sich FELIX SCHÖBI vom Bundesamt für Justiz nicht vorstellen⁵. Er weist darauf hin, dass in der Schweiz im Vergleich zu anderen Staaten *ordentliche* Kündigungen relativ einfach möglich sind: «Bei uns herrscht im Prinzip Kündigungsfreiheit»⁶.

Das Bekenntnis zur arbeitsrechtlichen Kündigungsfreiheit bildet festen Bestandteil der Tätigkeiten aller relevanten Akteure im schweizerischen Arbeitsrecht. In ständiger Rechtsprechung hält das *Bundesgericht* fest: «Das Schweizerische Arbeitsrecht geht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus. Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe⁷». Regelmässig betonen die *Parlamentsmehrheit* und der *Bundesrat* die Bedeutung der Kündigungsfreiheit; Kündigungsschutz dürfe nicht so weit gehen, dass die Kündigungsfreiheit der Arbeitgeber übermässig eingeschränkt werde⁸. Der Bundesrat verteidigt

³ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.2.2009, 7 Sa 2017/08.

⁴ Grosses Medienecho löste die Kündigung einer Sekretärin aus, die 34 Jahre für einen Betrieb gearbeitet hatte und wegen dem Verzehr eines Hacktätschli's und zweier Brötchenhälften ab einem Chefbuffet fristlos entlassen wurde. Unter dem Druck der Öffentlichkeit zeigte sich die Firma einsichtig und stellte der Frau eine Entschädigung in Aussicht (Quelle: Süddeutsche Zeitung vom 12.10.2009).

⁵ Kündigungen wegen Bagatelldelikten kommen auch in der Schweiz zunehmend häufig vor. Vor dem Arbeitsgericht Basel ist zurzeit ein Fall hängig, bei dem es um die fristlose Entlassung einer Migros-Verkäuferin geht, die während der Arbeitszeit ein Migros-Sandwich gegessen und erst später bezahlte hatte (Quelle: Badische Zeitung vom 16. März 2010). Schlagzeilen machte die Migros auch durch die Entlassung eines Verkäufers, der eine Scheibe Salami konsumierte. Die Migros einigte sich mit dem Verkäufer vor Arbeitsgericht durch einen Vergleich (siehe Blick vom 1. April 2010, soweit ersichtlich handelt es sich nicht um einen Aprilscherz).

⁶ ANDREA FISCHER, *Fristlose Kündigung: Was gilt in der Schweiz?*, in: Tagesanzeiger vom 26.10.2009.

⁷ BGE 132 III 115, Erw. 2.1; 131 III 535, Erw. 4.1; 127 III 86, Erw. 2.1.

⁸ Siehe: Botschaft zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht vom 9. Mai 1984, BBl 1984 II 585; Parlamentarische Initiative *Anita Thanei*, 99.459 n, http://www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/1999/d_bericht_n_k12_0_19990459_01.htm.

Der vorliegende Text basiert auf der Antrittsvorlesung des Autors vom 2. März 2010 an der Universität Sankt Gallen. Der Autor ist PD Dr. iur., Professor an der School of Management and Law der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften ZHAW, Winterthur, und Privatdozent an der Universität St. Gallen.

¹ Arbeitsgericht Lörrach, Urteil vom 16.10.2009, 4 Ca 248/09.

² Arbeitsgericht Dortmund, Urteil vom 10.3.2009, 7 Ca 4977.

die harte Linie der Schweiz im Streit mit der Internationalen Arbeitsorganisation IAO um die Verletzung des Abkommens Nr. 98 über Gewerkschaftsrechte mit dem Argument, eine Wiedereinstellung als Folge unrechtmässiger Entlassung von gewählten Arbeitnehmervertreter/innen sei «dem Geist der schweizerischen Rechtsordnung fremd»⁹.

In der *Doktrin* plädiert die wohl herrschende Lehre für die grundsätzliche Aufrechterhaltung der Kündigungsfreiheit¹⁰. FRANK VISCHER etwa betont, dass die Kündigungsfreiheit wesentlich zu einem flexiblen Arbeitsmarkt beitrage; der Arbeitgeber müsse bei der Einstellung von Arbeitnehmenden nicht befürchten, deren Entlassung – wenn überhaupt – nur unter Aufwendung grosser Kosten vornehmen zu können¹¹. JEAN-FRITZ STÖCKLI betont in seinem Plädoyer für die Aufrechterhaltung der Kündigungsfreiheit die Verbesserung der Chancen für die Stellensuchenden¹². THOMAS GEISER und ROLAND MÜLLER hingegen weisen in ihrer fundierten Analyse zur Bedeutung des schweizerischen Arbeitsrechts für den Wirtschaftsstandort Schweiz auf einen möglichen Standortnachteil eines liberalen Kündigungsrechts hin. Ein international tätiger Konzern baue Stellen dort ab, wo dies rechtlich am einfachsten möglich sei und dies betreffe dann meistens die Schweiz¹³.

Die These, wonach ein schwacher Kündigungsschutz die Wettbewerbsfähigkeit steigere, ist besonders in Deutschland bei Liberalisierungsbefürwortern sehr beliebt und wird von namhaften Wissenschaftlern wie dem Schweizer Ökonomen THOMAS STRAUBHAAR von der Universität Hamburg mit einschlägigen Studienergebnissen untermauert¹⁴. Auf der Grundlage der *ökonomischen Theorie des Rechts* basierende Studien zeigen jedoch, dass guter Kündigungsschutz kei-

neswegs mit wirtschaftlichen Interessen kollidieren muss, sondern vielmehr effizienzfördernd wirken kann¹⁵. Auf der Grundlage eines solchen Ansatzes plädiert CHRISTOPH SENTI in seiner Dissertation die Einführung einer dispositiven Entschädigungspflicht der Arbeitgeberin bei einer Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen¹⁶.

Wirtschaft, Politik und Verwaltung sehen im vergleichsweise schwachen Kündigungsschutz einen wichtigen Standortvorteil für in der Schweiz tätige Unternehmen. Der Kanton Obwalden wirbt auf seiner Webseite offiziell und offensiv um die Ansiedlung ausländischer Unternehmen mit Argumenten wie «In der Schweiz ist die Kündigung eines Mitarbeiters, sei es wegen ungenügender Leistung oder wegen Kapazitätsabbau, ohne grosse Formalitäten möglich»¹⁷. Die arbeitgeberfreundliche Ausgestaltung des Arbeitsrechts erlaube, so die Obwaldner Wirtschaftsförderer, höhere unternehmerische Risiken einzugehen, da die Einstellung eines Mitarbeiters keine langfristigen arbeitsrechtlichen Folgen habe¹⁸. Kritisch äussert sich dazu der an der Universität Sankt Gallen wirkende Wirtschaftsethiker ULRICH THIELEMANN. Für ihn können Botschaften wie jene Obwaldens eine gefährliche Dynamik des Unterbietens von Kündigungsschutzbestimmungen entfachen¹⁹. Implizit erinnert THIELEMANN die Schweiz daran, dass sie einst eine Vorkämpferin für die Schaffung eines international verbindlichen Arbeitsschutzstandarts war²⁰.

Die Obwaldner für ihre offensive Standortwerbung zu kritisieren, geht am Kern des Problems vorbei. Die Parla-

⁹ Commentaires du gouvernement de la Suisse vom 31. März 2004 zur Klage des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes gegen die Schweiz wegen Verletzung des IAO-Übereinkommens Nr. 98 (Case 2265). Siehe zum Ganzen: ROMOLO MOLO, Das ILO-Übereinkommen Nr. 98 und die Koalitionsfreiheit in der Schweiz, in: Arthur Andermatt et al. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, 85 ff.

¹⁰ Zur Kündigungsfreiheit im Allgemeinen siehe ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2006, N 2 zu Art. 335, N 2 zu Art. 336; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, N 624.

¹¹ FRANK VISCHER, Die Betriebstreu des Arbeitnehmers als Schranke der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers, recht 2006, 112 ff.

¹² JEAN-FRITZ STÖCKLI, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, ArbR 2007, 191 ff.

¹³ THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Das schweizerische Arbeitsrecht und der Wirtschaftsstandort Schweiz, in: Universität Sankt Gallen (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz – Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2007, 351.

¹⁴ THOMAS STRAUBHAAR/HEINZ WERNER, Arbeitsmarkt Schweiz – ein Erfolgsmodell?, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkts- und Berufsforschung 1/2003, Stuttgart 2003, 60–76.

¹⁵ GUNNAR JANSON, Ökonomische Theorie im Recht, Anwendbarkeit und Erkenntniswert im Allgemeinen und am Beispiel des Arbeitsrechts, Berlin 2004, siehe vor allem 207 ff.; ELKE JAHN, Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes, Berlin 2002. Siehe von der gleichen Autorin auch ein Diskussionspapier «Brauchen wir einen allgemeinen Kündigungsschutz?», hier zu beziehen: <http://econstor.eu/bitstream/10419/28290/1/346103614.PDF>.

¹⁶ CHRISTOPH SENTI, Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Eine ökonomische Analyse, Diss. St. Gallen 1999, 281 (Zusammenfassendes Ergebnis).

¹⁷ Siehe die entsprechenden Informationen auf der Internetseite des Kantons Obwalden: <http://www.iow.ch/de/searchresult/?query=spielregeln> (besucht: 23.3.2010).

¹⁸ Siehe die entsprechenden Informationen auf der Internetseite des Kantons Obwalden: http://www.iow.ch/de/die_spielregeln/kundigung (besucht: 23.3.2010).

¹⁹ Tages-Anzeiger vom 20. November 2009.

²⁰ In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts war der schweizerische Arbeitsschutz europaweit ein Vorbild (siehe z.B. das Eidg. Fabrikgesetz von 1877) und die Schweiz engagierte sich Ende des 19. und anfangs des 20. Jahrhunderts stark für die Entwicklung und Durchsetzung eines internationalen Standards an Arbeitsschutznormen. Die Schweiz spielte eine wichtige Rolle in der Internationalen Vereinigung für gesetzlichen Arbeitsschutz. Siehe zum Ganzen: HANSPETER TSCHUDI, Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Bd. 20, Basel 1987.

mentsmehrheit und der Bundesrat haben wiederholt in ähnlicher Weise argumentiert, um ein Aufweichen des Prinzips der Kündigungsfreiheit zu verhindern²¹. Auch andere Kantone wie z.B. Sankt Gallen bezeichnen auf offiziellen Dokumenten den flexiblen Arbeitsmarkt und die zurückhaltende arbeitsrechtliche Regulierung als Standortvorteil. Im gleichen Text werden übrigens auch «kreative Steuermodelle für in- und ausländische Investoren» erwähnt²².

Standortvorteile wie Steueroptimierungsmöglichkeiten können unter veränderten wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen zu Nachteilen mutieren. Es würde nicht sonderlich überraschen, wenn eines nicht allzu fernen Tages zu offensive Standortwerbung mit schwachem Kündigungsrecht von unseren europäischen Nachbarstaaten und der Europäischen Union als unsolidarisch und wettbewerbsverzerrend gebrandmarkt würde. Dabei wird wohl auch die bisherige Weigerung der Schweiz, die Europäische Sozialcharta zu ratifizieren, thematisiert werden²³. Die Sozialcharta sieht in ihrer revidierten Fassung von 1996 vor, dass arbeitgeberseitige Kündigungen ohne gültigen Grund nicht zulässig sind²⁴. Einen Schutz bei ungerechtfertigten Kündigungen gewährt auch die Grundrechtscharta der Europäischen Union, die mit dem Inkrafttreten des Lissabonvertrages (1. Dezember 2009) für die EU und die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des EU-Rechts verbindlich wurde²⁵.

Je nach Standpunkt wird die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit auf der politischen Bühne bekämpft oder

propagiert. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob die Kündigungsfreiheit im schweizerischen Arbeitsrecht eine Realität oder bloss ein Mythos ist. In einem ersten Teil werden nach einer kurzen dogmatischen Verortung der Kündigungsfreiheit die wichtigsten Bestimmungen zur Kündigungsfreiheit und ihren Schranken durch Gesetz und Gesamtarbeitsverträge dargestellt. Danach wird aufgezeigt, wie die Gerichte den Kündigungsschutz punktuell verschärft haben. Anschliessend folgt eine kritische Auseinandersetzung mit der Herrschaft der Kündigungsfreiheit und der These, ein liberales Kündigungsrecht wirke sich positiv auf den Arbeitsmarkt aus.

II. Kündigungsfreiheit und ihre gesetzlichen Schranken

1. Dogmatische Verortung der arbeitsrechtlichen Kündigung

Wie ist die Kündigung eines Arbeitsvertrages rechtlich zu qualifizieren? Ausgangspunkt bildet der Grundsatz «pacta sunt servanda»; Verträge sind einzuhalten. Diesem Grundsatz zufolge endet ein (echter) befristeter Arbeitsvertrag mit dem Ablauf der Befristung. Eine Kündigung ist weder nötig noch möglich²⁶. Anders verhält es sich beim Arbeitsverhältnis, das auf eine unbestimmte Zeit eingegangen worden ist. Hier erfolgt die Beendigung durch einen Aufhebungsvertrag, durch den Tod des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin oder, was uns vorliegend interessiert, durch eine Kündigung.

Eine Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung einer Vertragspartei, die das Arbeitsverhältnis für die Zukunft von einem bestimmten Zeitpunkt an aufhebt. Das der Kündigung zugrunde liegende Recht wird in der Lehre gemeinhin als rechtsaufhebendes²⁷ oder rechtsänderndes²⁸ Gestaltungsrecht bezeichnet. Das ist meines Erachtens verhänglich oder zumindest nicht ganz präzise. HARTMUND OETKER hat in seiner 1994 erschienen Habilitationsschrift «Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung»²⁹ richtig herausgearbeitet, dass eine Kündigung nur für die Zukunft wirkt und deshalb bloss die künftige *Entste-*

²¹ Siehe z.B. die Antwort des Bundesrates zur Interpellation des Nationalrats *Christian Levrat*, Geschäftsnummer 06.3566 – IAO-Engagement der Schweiz: «(...) Der SGB will den Schutz gegen missbräuchliche Kündigung aus antigewerkschaftlichen Motiven verstärken. Der Bundesrat hat dieses Ansinnen zurückgewiesen und ersuchte die IAO, die Beschwerde ad acta zu legen; dies insbesondere um die Flexibilität unseres Arbeitsmarktes zu gewährleisten (...).».

²² http://www.sg.ch/k/kanton_st_gallen/portrait_kanton_st/standortvorteile.html (besucht: 1.3.2010).

²³ Siehe dazu KURT PÄRLI/EDGAR IMHOF, Die Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtsordnung mit der (revidierten) Europäischen Sozialcharta, Jusletter vom 6. Juni 2009. Am 10. März 2010 hat der Ständerat überraschend einstimmig ein Postulat angenommen, das eine Überprüfung der Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtsordnung mit der revidierten Europäischen Sozialcharta vorsieht (Geschäftsnummer 10.3004).

²⁴ Art. 24 der revidierten Sozialcharta von 1996. Diese Bestimmung gehört nicht zu den neun Kernbestimmungen, von denen derer sechs zwingend einzuhalten sind.

²⁵ Art. 30 der Grundrechtscharta gewährt jeder Arbeitnehmerin und jedem Arbeitnehmer nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung. Zur (noch unklaren) Bedeutung dieser Bestimmung siehe CHRISTIAN HILBRANDT, Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung, in: Sebastian Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München/Wien/Bern 2006, N 19 ff. (1039 ff.).

²⁶ Um einen unechten befristeten Vertrag handelt es sich dann, wenn die Parteien eine Kündigungsmöglichkeit und allenfalls auch eine Probezeit vereinbaren. Genau genommen handelt es sich hier um einen unbefristeten Vertrag mit Mindestdauer. Zum Ganzen siehe STREIFF/VON KAENEL (FN 10), N 4 und 5 zu Art. 334 OR.

²⁷ WOLFGANG PORTMANN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 4. A., Basel 2007, N 4 zu Art. 335 OR.

²⁸ STREIFF/VON KAENEL (FN 10), N 2 zu Art. 335 OR.

²⁹ HARTMUND OETKER, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung – Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, Tübingen 1994.

hung von Rechten verhindert. *Bestehende* Rechte werden von der innerhalb der gesetzlich oder vertraglich festgelegten Frist ausgesprochenen Kündigung nicht berührt; es werden weder Rechte geändert noch aufgehoben. Eine Kündigung steht deshalb auch nicht im Widerspruch zum Grundsatz *pacta sunt servanda*; die Parteien haben sich beim unbefristet abgeschlossenen Arbeitsverhältnis gerade nicht versprochen, das Arbeitsverhältnis nicht zu kündigen. Richtigerweise wird die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses deshalb als Ausübung eines *rechtshindernden* Gestaltungsrechts bezeichnet³⁰. Mit im Ergebnis wohl gleicher Argumentation weisen THOMAS GEISER und ROLAND MÜLLER darauf hin, dass eine arbeitsrechtliche Kündigung keinen Rechtsmissbrauch darstellen kann; die Kündigung ist eine im Gesetz vorgesehene Rechtshandlung. Das Verbot missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336 OR ist bei dieser Betrachtung nicht Ausdruck einer Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots. Vielmehr soll der stärkeren Partei, das ist regelmässig die Arbeitgeberin, verboten werden, ihre Macht zu missbrauchen³¹.

2. Die Kündigungsfreiheit und ihre gesetzlichen Schranken

Was ist unter der Kündigungsfreiheit zu verstehen? In Reinkultur bedeutet die Kündigungsfreiheit, dass die Rechtsordnung der Kündigung weder bezüglich *Frist*, *Form*, *Verfahren* noch *Grund* Schranken setzt und dass Kündigungen keine Entschädigungsfolgen nach sich ziehen.

Das schweizerische Kündigungsrecht beschränkt eine solche absolute Kündigungsfreiheit vorab mit der Verankerung *gesetzlicher Kündigungsfristen*. Im ersten Dienstjahr beträgt die Kündigungsfrist einen Monat, zwischen dem zweiten bis und mit dem neunten Dienstjahr zwei Monate und danach drei Monate³². Mit diesen Kündigungsfristen liegt die Schweiz im europäischen Vergleich über dem Durchschnitt³³, was bereits eine erste Relativierung des Mythos' Kündigungsfreiheit darstellt. Anders als in den meisten Rechtsordnungen Europas ist in der Schweiz eine Kündigung *formfrei* möglich. Soweit nicht durch Gesamt- oder Einzelarbeitsvertrag etwas anderes vereinbart ist, kann eine

Kündigung auch mündlich, per E-Mail oder selbst per SMS ausgesprochen werden³⁴. Zwar kann die gekündigte Partei von der kündigenden Partei gemäss Art. 335 Abs. 2 OR eine schriftliche Begründung der Kündigung verlangen. Diese Bestimmung dient dazu, der gekündigten Partei allfällige Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Kündigung zu verschaffen. An der Gültigkeit der Kündigung ändert auch eine verweigerte Begründung nichts³⁵.

Mit Ausnahme der Bestimmungen über die Massentlassung in den Art. 335d – 335g OR kennt das schweizerische Arbeitsrecht keine spezifischen *Verfahrensvorschriften*, die es bei einer Kündigung zu beachten gilt. Namentlich ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, dass die Arbeitgeberin vor einer Kündigung den betroffenen Arbeitnehmer oder die betroffene Arbeitnehmerin anzuhören hat. Anders ist hier die Rechtslage in den meisten anderen europäischen Staaten. In Deutschland etwa ist gemäss Kündigungsschutzgesetz eine Konsultation des Betriebsrates notwendig³⁶ und in den Niederlanden muss eine Kündigung vom Arbeitsamt bewilligt werden³⁷.

Inhaltlich bedeutet die Kündigungsfreiheit, dass die Wirksamkeit einer Kündigung *keinen besonderen Grund*, keine sachliche Rechtfertigung voraussetzt. Selbst unsachliche, unvernünftige Kündigungen sind zulässig. Die Schweiz folgt diesem Grundsatz, beschränkt ihn jedoch durch den *zeitlichen* und *sachlichen* Kündigungsschutz.

Ein *zeitlich beschränkter Kündigungsschutz* besteht nach Ablauf der Probezeit bei arbeitgeberseitigen Kündigungen im Fall von krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit, Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft oder Militärdienst (Art. 336c OR). Diese sogenannte Sperrfrist beträgt bei Krankheit oder Unfall 30 Tage im ersten, 90 Tage zwischen dem zweiten und fünften und 180 Tage ab dem sechsten Dienstjahr. Während einer Sperrfrist ausgesprochene Kündigungen sind nichtig, sie müssen nach Ablauf der Schutzfrist wiederholt werden. In den genannten Konstellationen kennt das schweizerische Arbeitsrecht demnach entgegen dem ideologischen Bekenntnis zur

³⁰ OETKER (FN 29), 285 ff.

³¹ GEISER/MÜLLER (FN 13), 193 f. Siehe dazu auch KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2009, 498 ff.

³² Art. 335b OR, siehe auch Art. 335a OR, wonach die Kündigungsfristen nicht ungleich sein dürfen, Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer sind jedoch jederzeit zulässig.

³³ Zum Vergleich der schweizerischen mit den deutschen und englischen Kündigungsfristen siehe: ANNA-NOEMI LANG, Arbeitsrechtliche Kündigungsschutzsysteme und ihre Sanktionen, Ein Vergleich des englischen, deutschen und schweizerischen Rechts, Bern 2005, 147. Siehe für den europäischen Vergleich weiter: Martin Henssler/Axel Braun (Hrsg.), Arbeitsrecht in Europa, 2. A., Köln 2007.

³⁴ GEISER/MÜLLER (FN 13), 199. Anders ist die Rechtslage in Deutschland: Hier ist für die Kündigung die Schriftform vorgesehen. Gemäss Entscheid des Landesarbeitsgerichts Hamm erfüllt eine SMS das Erfordernis der Schriftform nicht (Entscheid Az.: 10 Sa 512/07, Urteil vom 17.8.2007).

³⁵ BGE 121 III 60 Erw. 3b.

³⁶ Paragraph 102 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).

³⁷ Nach dem niederländischen Arbeitsrecht muss ein Arbeitgeber beim zuständigen Arbeitsamt (CWI Centrum voor Werk en Inkomens) eine Entlassungsbewilligung beantragen, um einen Beschäftigten fristgerecht aus personen- oder betriebsbedingten Gründen entlassen zu können. Das Arbeitsamt prüft dabei, ob ein ernsthafter Entlassungsgrund vorliegt. Vor Erteilung der Entlassungsbewilligung werden beide Seiten vom Arbeitsamt angehört. Siehe: <http://www.ontslag-krijgen.nl/ontslag-procedure.html>, Informationen zum niederländischen arbeitsrechtlichen Entlassungsverfahren (besucht: 31.3.2010).

Kündigungsfreiheit einen, wenn auch zeitlich befristeten, *Bestandesschutz* des Arbeitsverhältnisses.

Die Bestimmungen zum *sachlichen Kündigungsschutz* in den Art. 336–336b OR gewähren demgegenüber keinen Bestandesschutz. Das Gesetz hält lediglich verschiedene Tatbestände fest, bei deren Vorliegen eine Kündigung missbräuchlich ist. Ein schweizerisches Kuriosum ist die *paritätische Ausgestaltung* der Bestimmungen zur missbräuchlichen Kündigung. Das Arbeitsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis besonderer Art. Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer ist die schutzbedürftige Partei. Kündigungsschutzbestimmungen müssen deshalb konsequenterweise die Arbeitnehmerrechte schützen. Das Parlament tat sich sehr schwer mit der Verbesserung des Kündigungsschutzes. Es waren deshalb primär ideologische Gründe, die den Gesetzgeber 1988 bewogen haben, die Vorschriften zum Schutz vor missbräuchlicher Kündigung paritätisch auszugestalten. Ein rechtspolitisches Bedürfnis, die Arbeitgeber vor missbräuchlichen Kündigungen zu schützen, bestand und besteht nicht³⁸. In der Rechtspraxis spielen missbräuchliche Arbeitnehmerkündigungen keine Rolle.

Eine Kündigung ist nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR immer dann missbräuchlich, wenn sie wegen einer persönlichen Eigenschaft der gekündigten Partei ausgesprochen wird. Auf der Hand liegt, dass darunter Kündigungen aus Gründen der Rasse, Religion oder der sexuellen Orientierung fallen. Auch eine Kündigung aufgrund des Alters kann missbräuchlich sein³⁹. Der Schutz geht jedoch weiter. Neulich war ein Zeitungsinterview mit einem Personalfachmann so betitelt: «Eingestellt wegen der Fachkompetenz, rausgeflogen wegen der Persönlichkeit»⁴⁰. Eine so begründete Kündigung wäre möglicherweise missbräuchlich; Art. 336 Abs. 1 lit. a OR schützt selbst schwierige Charaktere⁴¹. Missbräuchlich war deshalb eine Kündigung mit der Begründung, die gekündigte Mitarbeiterin sei aufmüppig und liesse sich nicht ins gängige Rollenschema einpassen⁴². Eine Kündigung unter Bezugnahme auf Persönlichkeitsmerkmale ist allerdings zulässig, wenn der Beweis erbracht werden kann, dass deswegen die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt wird oder wenn die fragliche Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Betrieb steht⁴³.

Zu ergänzen ist, dass Kündigungen unter Berufung auf das Geschlecht, den Zivilstand, eine Schwangerschaft oder die familiäre Situation eine nach Art. 3 des Gleichstellungsgesetzes (GIG) verbotene Diskriminierung darstellen. Im Anwendungsbereich des GIG gelten Beweislasterleichterungen. Es genügt, wenn eine geschlechtsspezifische Kündigung glaubhaft gemacht wird, die Arbeitgeberin hat danach zu beweisen, dass die Kündigung nicht aus den genannten Gründen erfolgt ist⁴⁴.

Missbräuchlich ist eine Kündigung weiter dann, wenn die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt und ihr deswegen gekündigt wird (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR). Wer in einem Arbeitsverhältnis steht, muss demzufolge nicht auf die Ausübung der durch die Bundesverfassung gewährten Grundrechte wie namentlich die Religionsfreiheit (Art. 15 BV), die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 23 und 28 BV), die Meinungsäusserungsfreiheit oder auf das Recht «Schutz der Privatsphäre» (Art. 13 BV) verzichten. Besonders heikel sind Kündigungen, weil eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer von der Meinungsfreiheit Gebrauch macht. Selbst die Kritik an der Arbeitgeberin steht unter dem Schutz der Meinungsfreiheit, öffentlich geäusserte Kritik muss indes zurückhaltend erfolgen⁴⁵. Nicht missbräuchlich war deshalb die Entlassung eines Schulpsychologen, nachdem dieser die Selektionspraxis der Schule öffentlich kritisiert und als «Segregation» bezeichnet hatte⁴⁶. Die Ausübung verfassungsmässiger Rechte gilt nicht schrankenlos; wenn die Rechtsausübung eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt, ist die Kündigung gerechtfertigt⁴⁷. Nicht missbräuchlich ist deshalb die Kündigung wegen der Ausübung einer politischen Funktion, wenn diese mit der ideellen Zielsetzung eines Tendenzbetriebes in Widerspruch steht⁴⁸.

Gemäss Tatbestand in Art. 336 Abs. 1 lit. c OR ist eine Kündigung missbräuchlich, die ausschliesslich mit dem Ziel ausgesprochen wird, Ansprüche der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln. Missbräuchlich ist z.B. eine Kündigung, die mit dem Ziel ausgesprochen wird, die Fähigkeit einer bestimmten Leistung zu verhindern, z.B. ein Dienstaltersgeschenk oder eine Abgangsentschädigung⁴⁹.

³⁸ Siehe dazu GEISER/MÜLLER (FN 13), 192–193.

³⁹ Siehe hierzu ausführlich PÄRLI (FN 31), 438, 445, 535.

⁴⁰ Eingestellt wegen der Fachkompetenz, rausgeflogen wegen der Persönlichkeit, Interview mit *Ivan Vaccari*, in: Stellenmarkt Nr. 6 vom 9. Januar 2010 (Berner Zeitung BZ, Thuner Tagblatt, Berner Oberländer, Der Bund, Bieler Tagblatt).

⁴¹ Siehe hierzu ausführlich PÄRLI (FN 31), N 1356–1365. Das Bundesgericht hat die Frage, ob auch Charakterzüge oder gewisse Verhaltensmuster geschützte Eigenschaften im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR sind, offengelassen. Siehe BGE 125 III 70, Erw. 2c; BGer vom 6.3.2001, JAR 2002, 238 (Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts).

⁴² BezG Büllach vom 22.12.1994, ZR 95, Nr. 74.

⁴³ Art. 336 Abs. 1 lit. a OR, zweiter und dritter Satzteil.

⁴⁴ Art. 6 Bundesgesetz vom 24. März 1994 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz [GIG], SR 151.15), zur Beweislasterleichterung im GIG siehe SABINE STEIGER-SACKMANN, Kommentar zu Art. 6 GIG, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. aktualisierte und ergänzte A., Basel 2009, 201 ff.

⁴⁵ STREIFF/VON KAENEL (FN 10), N 6 zu Art. 336 OR. BGer vom 23.11.2001, 4C.91/2000, ARV 2002, 23 ff.

⁴⁶ Art. 336 Abs. 1 lit. b OR, zweiter und dritter Satzteil.

⁴⁷ WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. A., St. Gallen 2007, N 690, mit Verweis auf BGE 130 III 703.

⁴⁸ STREIFF/VON KAENEL (FN 10), N 7 zu Art. 336 OR.

Missbräuchlich war eine Kündigung, die ausgesprochen wurde, nachdem die Arbeitnehmerin ihre Arbeitgeberin über eine bevorstehende Operation informiert hatte⁵⁰. Eine weitere Form von Missbräuchlichkeit besteht in der sogenannten Rache Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR). Eine solche liegt vor, wenn der Arbeitgeber die Kündigung ausspricht, weil die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben ihm beziehungsweise ihr zustehende Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Ob sich der Anspruch in einem Gerichtsverfahren als rechtmässig herausstellt oder nicht, spielt keine Rolle. Der Gesetzgeber will verhindern, dass Arbeitnehmenden sanktionslos gekündigt werden darf, bloss weil sie ihre Rechte geltend machen. Der Hinweis auf «Treu und Glauben» ist als Schranke vor haltlosen und schikanösen Ansprüchen zu verstehen⁵¹. Zur Rache Kündigung besteht eine reichhaltige Rechtsprechung⁵². Als missbräuchlich wurde beispielsweise die Kündigung an einen Maler erachtet, der sich bei seinem Vorgesetzten darüber beschwert hatte, dass fehlerhafte Malerarbeiten als «Juden» bezeichnet würden und der wegen seiner Beschwerde entlassen wurde. Der Maler hätte mit seinem Vorgehen lediglich den ihm zustehenden Persönlichkeitsschutz geltend gemacht, befand das Gericht⁵³.

Eine missbräuchliche Kündigung liegt nach Art. 336 Abs. 1 lit. e OR schliesslich dann vor, wenn die Kündigung erfolgt, weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt. Im Lichte des Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA) der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten ist davon auszugehen, dass EU-Arbeitnehmende, die Dienst in ihren Heimatstaaten leisten, ebenfalls unter den Schutz dieser Norm fallen⁵⁴. Das FZA verbietet jede direkte und indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses⁵⁵. Unter die «nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflichten» fallen alle Funktionen mit Amtszwang und auch die zivilrechtliche Pflicht zur Pflege eines erkrankten Kindes oder des Partners, soweit die Erfüllung dieser Pflichten nicht zumutbarerweise anderweitig sichergestellt werden kann⁵⁶.

Anders als die Missbrauchstatbestände in Art. 336 Abs. 1 OR schützt Art. 336 Abs. 2 lit. a bis c OR in drei Konstellationen ausschliesslich Arbeitnehmende. Missbräuchlich ist eine Kündigung, die ein Arbeitgeber ausspricht

- weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine rechtmässige Tätigkeit ausübt;
- 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;
- im Rahmen einer Massenentlassung, ohne dass die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer konsultiert worden sind.

Diese Bestimmungen schützen Arbeitnehmende insbesondere vor Entlassungen als Folge der Teilnahme an einem rechtmässigen Streik⁵⁷. Grosse praktischer Bedeutung hat der Schutz vor (sanktionslosen) Kündigungen für Arbeitnehmende, die Aufgaben der Personalvertretung wahrnehmen. Gegenüber solchen Personen darf die Arbeitgeberin die Kündigung nur dann aussprechen, wenn sie beweisen kann, dass ein begründeter Anlass für eine Kündigung vorliegt. Damit liegt im Ergebnis eine eigentliche Beweislastumkehr vor. Wird einem Arbeitnehmer oder einer Arbeitnehmerin gekündigt, der oder die Personalvertretungsfunktionen wahrnimmt, ist die Kündigung missbräuchlich. Es liegt nun an der Arbeitgeberin den Beweis zu erbringen, dass es für die Kündigung einen begründeten Anlass gegeben hat⁵⁸. Sinn und Zweck dieser Regelung ist, den gewählten Arbeitnehmervertreter/innen zu ermöglichen, ihr gesetzlich oder gesamtarbeitsvertraglich begründetes Mandat ungehindert ausüben zu können⁵⁹. In einem neueren Entscheid hielt das Bundesgericht fest, der Schutz vor Entlassung gewählter Arbeitnehmervertreter/innen gehe nicht so weit, dass die Arbeitgeberin diese Personen nicht aus wirtschaftlichen Gründen entlassen könne, Arbeitnehmervertreter/innen würden keinen absoluten Bestandesschutz geniessen⁶⁰.

⁵⁰ Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich, Blätter für zürcherische Rechtsprechung, ZR 1994, Nr. 54.

⁵¹ FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, Basel 2005, 242.

⁵² Siehe die ausführliche Dokumentation bei STREIFF/VON KAENEL (FN 10), N 8 zu Art. 336 OR.

⁵³ Bezirksgericht Sankt Gallen vom 8.11.1999, JAR 2000, 178.

⁵⁴ STREIFF/VON KAENEL (FN 10), N 9 zu Art. 336 OR.

⁵⁵ Siehe dazu KURT PÄRLI, Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Jusletter vom 14. August 2006.

⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL (FN 10), N 9 zu Art. 336 OR.

⁵⁷ Das Bundesgericht hat in BGE 125 III 277, Erw. 3c die Teilnahme an einem rechtmässigen Streik fälschlicherweise als Missbrauchstatbestand eigener Art bezeichnet. Richtig ist, dass eine solche Kündigung missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a ist. Siehe dazu STREIFF/VON KAENEL (FN 10), N 4 zu Art. 336 OR.

⁵⁸ CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNHARD WAEBER/CHRISTIANE BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. aktualisierte und ergänzte A., Basel 2005, N 10 zu Art. 336 OR.

⁵⁹ DENIS G. HUMBERT, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Diss. Zürich, Winterthur 1991, 3.

⁶⁰ BGE 133 III 512, Erw. 6.3; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (FN 58) lehnen die Anerkennung wirtschaftlicher Gründe als Kündigungsmotiv ab, siehe N 10 zu Art. 336 OR.

Bei allen Missbrauchstatbeständen gilt: Eine aus missbräuchlichen Motiven ausgesprochene Kündigung bleibt eine gültige Kündigung; der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, einer missbräuchlichen Kündigung die Gültigkeit zu versagen⁶¹. Als Rechtsfolge einer missbräuchlichen Kündigung ist eine Entschädigungspflicht vorgesehen: Die kündigende Partei muss der gekündigten Partei eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen ausrichten (Art. 336a Abs. 1 und 2 OR). Die Gerichte schöpfen den oberen Rahmen der Entschädigung eher selten aus. Sehr häufig werden lediglich Entschädigungen von zwei bis drei Monatslöhnen gewährt⁶².

In vielen europäischen Ländern ist die Rechtslage in zweifacher Hinsicht anders. Zum einen ist eine Kündigung nur aus bestimmten Gründen zulässig und zum anderen kommt als Rechtsfolge alternativ zur Entschädigung auch die gerichtlich verordnete Wiedereinstellung in Frage. Solche Normen bezwecken einen *Bestandesschutz des Arbeitsverhältnisses*. In Frankreich beispielsweise wird eine Kündigung von Gesetzes wegen nur dann toleriert, wenn dafür objektiv nachvollziehbare und ernsthafte Gründe vorliegen (*réelle et sérieuse*)⁶³. In Deutschland muss eine Kündigung sozial gerechtfertigt sein⁶⁴ und in England muss sie dem Gebot der Fairness entsprechen⁶⁵. In allen drei Staaten ist während des Kündigungsverfahrens die gerichtliche Anordnung der Wiedereinstellung vorgesehen⁶⁶. In der Schweiz ist die richterlich angeordnete Wiedereinstellung nur gerade im Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes möglich⁶⁷.

In sämtlichen EU-Staaten beschränken überdies auf EU-Richtlinien gestützte arbeitsrechtliche Diskriminierungsver-

bote aufgrund des Geschlechts, der Rasse und ethnischen Herkunft, des Alters, einer Behinderung, der Religion und Weltanschauung und der sexuellen Orientierung die arbeitgeberseitigen Kündigungsmöglichkeiten⁶⁸. Die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien sehen vor, dass Diskriminierungsopfer wirksam vor Rachekündigungen zu schützen sind⁶⁹; dazu gehört auch die Wiedereinstellung zu Unrecht entlassener Beschäftigter⁷⁰.

3. Kündigungsschutz bei fristlosen Kündigungen

Die bisherigen Ausführungen betrafen die Kündigung, die im Rahmen der gesetzlich beziehungsweise vertraglich vorgesehenen Fristen ausgesprochen wird. In der Schweiz ist dazu kein besonderer Grund erforderlich, das Gesetz sanktioniert lediglich bestimmte Kündigungsmotive. Anders verhält es sich bei ausserordentlichen, fristlosen Kündigungen. Eine solche Kündigung stellt eine Abweichung vom Grundsatz *pacta sunt servanda* dar (vertraglich vereinbart ist eine bestimmte Kündigungsfrist) und ist nur zulässig, wenn die kündigende Partei einen *wichtigen Grund* geltend machen kann. Damit ist eine weitere Schranke der Kündigungsfreiheit lokalisiert. Nach Art. 337 Abs. 2 OR liegt ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung dann vor, wenn dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf.

Die Rechtsfolge einer gerechtfertigten und einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses⁷¹. Ein Bestandesschutz besteht demzufolge nicht. Wird die fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund ausgesprochen, so gilt es hinsichtlich Rechtsfolgen

⁶¹ GEISER/MÜLLER (FN 13), 213.

⁶² Zur Entschädigungspraxis der Gerichte siehe im Einzelnen: PORTMANN (FN 27), N 4 zu Art. 336a OR; STREIFF/VON KAENEL (FN 10), N 3 zu Art. 336a OR.

⁶³ Art. L122-14-3 Code du travail de la France.

⁶⁴ Paragraph 1 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Eine Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sie entweder aus Gründen erfolgt, die in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung im Wege stehen, bedingt ist.

⁶⁵ Sec. 94 Employments Rights Act (ERA) 1996.

⁶⁶ Zur Situation in England und Deutschland siehe dazu: LANG (FN 34), England, 181 f., Deutschland, 192 f. Zum Wiedereinstellungsanspruch nach unzulässiger Kündigung in Frankreich siehe: MARTINA AHRENDT, Der Kündigungsschutz in Frankreich, Baden-Baden 1995, 40 ff. und umfassend: OLIVIER ALDEA, Das französische Kündigungsrecht im Spannungsfeld von Abfindungen und Bestandesschutz, Diss. Göttingen 2009, zugleich Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 57, Frankfurt 2009.

⁶⁷ Art. 10 GIG, siehe dazu: GABRIELA RIEMER-KAFKA/JAKOB ÜBERSCHLAG, Kommentar zu Art. 10 GIG, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. aktualisierte und ergänzte A., Basel 2009, 305 ff.

⁶⁸ Massgeblich für die Umsetzungsakte in den Mitgliedstaaten sind die Bestimmungen in den folgenden Richtlinien: Art. 14 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Merkmal Geschlecht), Amtsblatt Nr. L 204 vom 26/07/2006, 0023–0036; Art. 3 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Merkmale Alter, Sexuelle Orientierung, Behinderung, Religion/Weltanschauung), Amtsblatt Nr. L 303 vom 02/12/2000, 0016–0022; Art. 3 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Merkmal Rasse und ethnische Herkunft), Amtsblatt Nr. L 180 vom 19/07/2000, 0023–0036.

⁶⁹ Art. 25 RI 2006/54/EG; Art. 17 RI 2000/78/EG; Art. 15 RI 2000/43/EG.

⁷⁰ Näheres bei: CHRISTA TOBLER, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht der EG, Europäische Kommission, Brüssel 2005, 4, 13, 15, 26, 30–32, 39, 43, 48.

⁷¹ VISCHER (FN 51), 253.

zwischen Kündigungen, die von Arbeitgebenden und solchen, die von Arbeitnehmenden ausgesprochen werden, zu unterscheiden. Kündigt der Arbeitgeber fristlos ohne wichtigen Grund, so hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Schadenersatz, der dem Lohn bis Ende der ordentlichen Kündigungsfrist entspricht (Art. 337c Abs. 1 OR). Zusätzlich kann die Arbeitgeberin zu einer Entschädigungszahlung an den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin verpflichtet werden; die Höhe dieser Zahlung beträgt maximal sechs Monatslöhne (Art. 337c Abs. 3 OR)⁷². Kündigt eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, ist mindestens eine Entschädigung in der Höhe eines Viertels eines Monatslohnes geschuldet, weitere Schadenersatzforderungen durch die Arbeitgeberin bleiben vorbehalten (Art. 337b OR).

Zur fristlosen Kündigung besteht eine reiche Gerichtspraxis, es geht dabei meist um fristlose Kündigungen, die durch die Arbeitgeberseite ausgesprochen werden. Den Arbeitsplatz von einer Stunde auf die andere verlassen zu müssen, ist für die meisten betroffenen Arbeitnehmenden ein traumatisches Erlebnis, und es ist deshalb nicht erstaunlich, wenn fristlose Kündigungen häufig angefochten werden, wenn auch oft erfolglos. So hat das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid die fristlose Kündigung an eine schwangere Arbeitnehmerin geschützt, die ihre Vorgesetzte mit einem Glas Wasser beworfen hatte. Hinweise auf schwangerschaftsbedingte Empfindlichkeit halfen der schwangeren Klägerin nicht weiter⁷³. Auch gerechtfertigt war die fristlose Entlassung einer Spitalmitarbeiterin, die ihrem Vorgesetzten in Anwesenheit von Patienten zugerufen hat «Sie können mich langsam ...». Das Bundesgericht stellt fest, dass wer sagt «Sie können mich langsam ...», damit das Götz-Zitat im Goethestück «Götz von Berlichingen» meint: «Vor ihre Kaiserliche Majestät habe ich, wie immer, schuldigen Respekt. Er aber, sag's ihm, er kann mich im Arsch lecken». Mit dem, was die Mitarbeiterin zwar nicht gesagt, aber gemeint hätte, habe sie die Autorität des Vorgesetzten untergraben und der Arbeitgeberin sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, befand des Bundesgericht⁷⁴.

Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers erscheint im Lichte dieser beiden Entscheide recht weitgehend. Daraus lässt sich jedoch keineswegs ein Freipass für fristlose Ar-

beitgeberkündigungen ableiten. In anderen Fällen urteilt das Bundesgericht zum Teil überraschend arbeitnehmerfreundlich. So war die fristlose Entlassung eines wegen pädophilen Handlungen verurteilten Mitarbeiters unzulässig. Ein Zusammenhang des Delikts mit dem Arbeitsverhältnis bestehe nicht und wenn die Arbeitgeberin aufgrund der Tatsache, einen mit einem sozial verpönten Delikt vorbestraften Mitarbeiter zu beschäftigen, ein paar Kunden verlieren würde, hätte sie dies in Kauf zu nehmen⁷⁵. Selbst eine ordentliche Kündigung wäre im gegebenen Fall missbräuchlich gewesen⁷⁶.

4. Kündigungsschutz im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen

Rund 50 Prozent der Arbeitsverhältnisse unterstehen in der Schweiz einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV)⁷⁷. Nach Art. 358 OR dürfen in einem GAV die zwingenden Bestimmungen des Kündigungsrechts dann zugunsten der Arbeitnehmenden abgeändert werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt. Bei den arbeitsvertraglichen Kündigungsschutzbestimmungen des OR ist nach dispositiven, relativ zwingenden (nur zugunsten der Arbeitnehmenden abänderbar, siehe Art. 362 OR) und absolut zwingenden Bestimmungen (siehe Art. 361 OR) zu unterscheiden.

Nicht abänderbar durch einen GAV sind nach Wortlaut von Art. 361 OR die Tatbestände der missbräuchlichen Kündigung in Art. 336 Abs. 1 OR, die Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336a OR⁷⁸, die Verfahrensbestimmungen bei der missbräuchlichen Kündigung in Art. 336b OR, das Verbot der Kündigung durch den Arbeit-

⁷² Nach BGE 135 III 405 regelt Art. 337c OR vertragsrechtlich die finanziellen Folgen einer ungerechtfertigten Entlassung in Form von Schadenersatz (Abs. 1) sowie einer Entschädigung sui generis (Abs. 3) abschliessend. Verlangt der Arbeitnehmer zusätzlichen Schadenersatz wie etwa einen entgangenen Gewinn nach ordentlicher Beendigung des Vertrags, so hat er entweder eine Persönlichkeitsverletzung zu beweisen, die über jene wegen ungerechtfertigter Entlassung hinausgeht, oder die Verletzung einer anderen, nicht aus Art. 328 OR folgenden Vertragspflicht (BGE 135 III 405, Erw. 3.1. und 3.2).

⁷³ BGer vom 27.10.2006, 4C.247/2006, Erw. 2.4.

⁷⁴ BGer vom 26.6.2006, 4C.154/2006, Erw. 2.3.

⁷⁵ BGer vom 31.1.2006, 4C.431/2005, Erw. 3. Gänzlich anders fiel die Entscheidung des Bundesgerichts in BGE 111 II 242 aus: Die Entlassung eines vorbestraften Schlafwagenbegleiters nach fünf Jahren klagloser Tätigkeit war nicht rechtsmissbräuchlich, obwohl die Vorstrafe 12 Jahre zurücklag. Der Arbeitgeber müsse nicht einen Beitrag zur Resozialisierung leisten (BGE 111 II 242, Erw. 2d).

⁷⁶ BGer vom 31.1.2006, 4C.431/2005, Erw. 2.2. Kritisch zu diesem Entscheid: CHRISTOPH SENTI, Besprechung Bundesgericht, 4. Zivilabteilung, 20.12.2005, BGer 4C.215, AJP/PJA 2006, 611–613.

⁷⁷ ANDREAS RIEGER, Entwicklung und Bedeutung der GAV in der Schweiz, in: Arthur Andermatt et al. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, 99. Nach der Erhebung des Bundesamtes für Statistik waren im Jahr 2007 genau 1 682 900 Arbeitnehmende einem GAV unterstellt, siehe Tabelle T.1.1 der «Erhebung der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz 2007» (Quelle: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/22/publ.Document.125518.pdf>, besucht 4.4.2010).

⁷⁸ Zu Recht werfen STREIFF/VON KAENEL die Frage auf, ob man mit Blick auf die ratio legis des Kündigungsschutzes nicht zulassen sollte, dass in einem GAV die Höhe der Strafzahlungen über die im Gesetz vorgesehenen sechs Monate hinaus erweitert werden können sollte, STREIFF/VON KAENEL (FN 10), N 10 zu Art. 336a OR.

nehmer zur Unzeit im Sinne von Art. 336d OR, die Absätze 1 und 2 in Art. 337 betreffend der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen und Art. 337b Abs. 1 OR hinsichtlich der Folgen bei gerechtfertigter Auflösung des Arbeitsverhältnisses. *Zulässig* ist die Erweiterung der Sperrfristen zugunsten der Arbeitnehmenden beim zeitlichen Kündigungsschutz⁷⁹; in der Praxis kommen GAV-Klauseln vor, wonach die Arbeitgeberin nicht kündigen kann, während Arbeitnehmende Taggelder aus der obligatorischen Unfallversicherung oder Krankentaggeldversicherung beziehen⁸⁰. In einem GAV (oder in einem Einzelarbeitsvertrag) zugunsten der Arbeitnehmenden abgeändert werden dürfen weiter die Bestimmungen in Art. 336 Abs. 2 OR (Schutz der Arbeitnehmervertreter u.a.). Die Regelungen zu den Kündigungsfristen in den Art. 335a, 335b und 335c OR sind *dispositiv*, das heisst, sie dürfen durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag abgeändert werden. Die Verkürzung der Kündigungsfrist unter einen Monat ist lediglich im Rahmen eines GAVs und nur für das erste Dienstjahr möglich. Auch zulässig ist, wenn ein GAV vorschreibt, dass eine Kündigung nur gültig ist, wenn sie schriftlich erfolgt⁸¹.

III. Verschärfung des Kündigungsschutzes durch die Gerichte

Bereits der bisherige Überblick hat gezeigt, dass die Kündigungsfreiheit mitnichten so viele Freiheiten beinhaltet, wie gemeinhin angenommen wird. Zumindest teilweise ist die Kündigungsfreiheit also ein Mythos. Wo sie Realität ist, steht sie zudem möglicherweise im Widerspruch zu staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz. So sind die zuständigen Organe der Internationalen Arbeitsorganisation IAO der Ansicht, das schweizerische Arbeitsrecht gewähre gewählten Arbeitnehmervertreter/innen keinen ausreichenden Schutz vor Entlassung⁸² und die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz stellt in ihrem vierten Überwachungsbericht fest, die Schweiz schütze Arbeitnehmende nicht genügend vor rassistischer Diskriminierung⁸³. Bemängelt wird besonders die Beweislastverteilung: Die entlas-

senen Arbeitnehmenden müssen vor Gericht beweisen, dass ihnen aus rassistischen Gründen gekündigt wird, was – trotz Begründungspflicht der Kündigung – regelmässig schwer fällt⁸⁴.

Über die ausdrücklich im Gesetz aufgeführten Schranken der Kündigungsfreiheit hinaus haben in den letzten Jahren die Gerichte den Kündigungsschutz verschärft⁸⁵. Die Aufzählung der missbräuchlichen Kündigungsgründe in Art. 336 Abs. 1–3 OR ist nicht abschliessend⁸⁶. Mehrfach hat das Bundesgericht weitere Tatbestände anerkannt, bei deren Vorliegen eine Kündigung ebenfalls missbräuchlich ist und eine Entschädigungspflicht nach sich zieht⁸⁷.

Das Bundesgericht beurteilte in BGE 123 III 246 eine Änderungskündigung, mit der unbillige Vertragsverschlechterungen herbeigeführt werden sollen, für die weder *betriebliche noch marktbedingte* Gründe bestehen, als mindestens so verwerflich wie die Vereitlungskündigungen, deren Missbräuchlichkeit im Gesetz ausdrücklich erwähnt ist (Art. 336 Abs. 1 lit. c OR). Gefährliches Terrain betrete das Bundesgericht damit, mahnen die Autoren ULLIN STREIFF und ADRIAN VON KAENEL, es könne nicht Aufgabe des Richters sein, über betriebliche und marktbedingte Gründe zu urteilen und damit die Angemessenheit unternehmerischer Entscheide zu überprüfen⁸⁸.

Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung kann sich aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt⁸⁹. Das schweizerische Arbeitsrecht kennt für die Gültigkeit einer Kündigung keine besonderen Verfahrensvorschriften, namentlich *kein Recht auf vorgängige Anhörung*. Entsprechend hielt das Bundesgericht in einer Entscheidung am 5. August 2004 fest, es sei unanständig, einen Arbeitnehmer wegen Verdachts auf Diebstahl zu entlassen, ohne ihm vorgängig die Gelegenheit zu einer Stellungnahme

⁷⁹ Art. 361 Abs. 1 OR. Siehe zur Gerichtspraxis dazu die Hinweisse bei STREIFF/VON KAENEL (FN 10), N 4 zu Art. 362 OR.

⁸⁰ Siehe z.B. Art. 21 Landesmantelvertrag für das Baugewerbe 2009.

⁸¹ PETER SCHMID, in: Arthur Andermatt et al. (Hrsg.), *Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht*, Basel 2009, 235, N 6 zu Art. 357 OR.

⁸² Organisation International du Travail (OTI), cas no. 2265, Bureau International du Travail (BTI), 335^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragraphe 1260–1356, recommandations du comité: Paragraph 1356.

⁸³ European Commission against Racism and Intolerance (CRI 2009) 32, ECRI-Bericht über die Schweiz, N 34, N 40.

⁸⁴ European Commission against Racism and Intolerance (CRI 2009) 32, ECRI-Bericht über die Schweiz, N 40.

⁸⁵ ROGER RUDOLPH, Aktuelle Fragen im Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen zum sachlichen Kündigungsschutzrecht, TREX 2009, 152 ff.; SENTI (FN 76), 611 f.; CHRISTINE SATTIVA SPRING, Le licenciement abusif pour les motifs non énumérés à l'art. 336 CO, in: Rémy Wyler (Hrsg.), *Panorama en droit du travail*, Bern 2009, 275 ff.

⁸⁶ Siehe dazu mit ausführlichen Hinweisen auf die neuere Rechtsprechung: KURT PÄRLI, Verschärfte Gerichtspraxis bei missbräuchlichen Kündigungen, in: Guy Ochenbein/Ulrich Pekruhl/Regula Spahr (Hrsg.), *Jahrbuch Human Resource Management 2010*, Zürich 2010, 185–215.

⁸⁷ BGE 123 III 246; 125 III 70; 131 III 535; 132 III 115. Für eine Übersicht mit Hinweisen auch auf nicht in die amtliche Sammlung aufgenommener Bundesgerichtsentscheide siehe SATTIVA SPRING (FN 85), 275 ff.

⁸⁸ STREIFF/VON KAENEL (FN 10), N 4 zu Art. 336 OR. Kritisch auch: JEAN FRITZ STÖCKLI, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, *ArbR* 2007, 121–131, RUDOLPH (FN 85); SATTIVA SPRING (FN 85), 283.

⁸⁹ BGE 131 III 535, *Erw.* 4.2; 118 II 157 *Erw.* 4 b/bb.

zu geben. Dies reiche aber mit Blick auf die Kündigungsfreiheit nicht aus, um eine Missbräuchlichkeit der Kündigung anzunehmen. Nur ein Jahr später folgte indes ein eigentlicher *Paradigmenwechsel*. In BGE 132 III 115 musste das Bundesgericht die Missbräuchlichkeit der Entlassung eines Mitarbeiters beurteilen, der 44 Dienstjahre im Wesentlichen klaglos für den Arbeitgeber tätig gewesen war. Die Arbeitgeberin habe das Gebot der schonenden Rechtsausübung krass verletzt, indem sie den Kläger ohne jegliches Vorgespräch und unter sofortiger Freistellung entliess⁹⁰.

Der Fall ist in weiterer Hinsicht bemerkenswert. Über die Anhörungspflicht hinaus ist für das Bundesgericht auch das Abklären einer Alternative zur Kündigung notwendig. Weiter war die Kündigung wegen des krassen Missverhältnisses der Interessen missbräuchlich; in den Worten des Bundesgerichtes: «Dem eminenten Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages des Klägers, dem es angesichts seines Alters kaum noch gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden, und der mit Einbussen bei den Einkommensersatzleistungen zu rechnen haben wird, steht nach dem Gesagten kein schützenswertes Interesse des Beklagten gegenüber»⁹¹. Das Gebot der Interessenabwägung lässt sich bereits in BGE 131 III 535 erkennen; hier hielt das Bundesgericht einer Arbeitgeberin entgegen, sie habe einen langjährigen Kadermitarbeiter aus purem Eigennutz entlassen, ohne die berechtigten Interessen dieses Mitarbeiters an der Beibehaltung seines Arbeitsplatzes zu berücksichtigen⁹².

Mit solchen Entscheidungen verlange das Bundesgericht vom Arbeitgeber, den Kündigungsentscheid einer vorgängigen Verhältnismässigkeitsprüfung zu unterziehen, wird in der Lehre grösstenteils kritisch festgestellt⁹³. Die Autorin CHRISTINA SATTIVA SPRING beklagt in ihrer Analyse der Rechtsprechungsentwicklung zur missbräuchlichen Kündigung «On est très loin, dès lors, de la liberté de résilier ... (le contrat de travail)⁹⁴. In der Tat zeigen solche Entscheide, dass zumindest in Einzelfällen in der Schweiz eine Kündigung ähnlich wie nach deutschem Recht nur zulässig ist, wenn dem Arbeitgeber kein milderes Mittel zur Verfügung steht (Ultima-Ratio-Prinzip) und das Prinzip der Interessenabwägung befolgt wurde.

Am Mythos der Kündigungsfreiheit kratzen weiter zahlreiche Gerichtsentscheide, in denen die Missbräuchlichkeit einer Kündigung unmittelbar oder mittelbar mit der *Verletzung der Fürsorgepflicht* der Arbeitgeberin begründet wurde. Missbräuchlich ist eine Kündigung dann, wenn die Arbeitgeberin wegen einer Leistungseinbusse kündigt, die sie selber durch Missachtung der Fürsorgepflicht verletzt hat⁹⁵.

Gestützt auf die Fürsorgepflicht hat die Arbeitgeberin bei den allgegenwärtigen Konflikten am Arbeitsplatz die notwendigen und zumutbaren Massnahmen zur Problemlösung zu ergreifen. Wird dies unterlassen und stattdessen allen oder einzelnen am Konflikt beteiligten Mitarbeiter/innen gekündigt, ist diese Kündigung missbräuchlich⁹⁶. Auch solche Entscheide werden von einem Teil der arbeitsrechtlichen Lehre kritisiert⁹⁷, wobei auch darauf hingewiesen wird, dass vernünftige Arbeitgeber ohnehin so vorgehen, wie dies die verschärfte bundesgerichtliche Praxis implizit vorschreibt und diese Arbeitgeber sich deshalb auch nicht vor gerichtlichen Auseinandersetzungen fürchten müssen⁹⁸.

Die Unternehmen haben weiter zur Kenntnis zu nehmen, dass das Bundesgericht für bestimmte Arbeitnehmende die Anforderungen an die Fürsorgepflicht erhöht hat. Im bereits erwähnten BGE 132 III 115 (Entlassung nach 44 Dienstjahren) stipuliert das Bundesgericht eine erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber älteren Mitarbeitenden, die fast ihr ganzes Berufsleben im Betrieb verbracht haben⁹⁹. Nach BGE 132 III 257 besteht für einen Arbeitgeber eine Pflicht zur erhöhten Rücksichtnahme auf die Gesundheit eines Rauchhallerikers¹⁰⁰. In einem nicht in die amtliche Sammlung aufgenommenen Entscheid verpflichtet das Bundesgericht die Arbeitgeberin, gestützt auf deren Fürsorgepflicht zu prüfen, ob ein bloss noch teilweise arbeitsfähiger ursprünglich zu 100 Prozent angestellter Mitarbeiter zu einem angepassten Pensum weiter beschäftigt werden könne. Weil die Arbeitgeberin dies unterlassen hatte, war die Kündigung im konkreten Fall trotz bereits abgelaufener Sperrfrist missbräuchlich¹⁰¹.

IV. Mythen um Kündigungsfreiheit und Kündigungsschutz

Ist die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit angesichts der geschilderten Entwicklung in der Rechtsprechung überhaupt noch gewährleistet? Ist sie bloss noch ein überkommener Mythos? Oder hat es sie allenfalls gar nie gegeben, ist sie bloss ein Axiom, ein Glaubenssatz ohne empirische Belege? Diesen Fragen ist im Folgenden nachzugehen.

⁹⁰ BGE 132 III 115, Erw. 5.4.

⁹¹ BGE 132 III 115, Erw. 5.5.

⁹² BGE 131 III 535, Erw. 5.

⁹³ RUDOLPH (FN 85), 152 ff.; SATTIVA SPRING (FN 85), 296 f.; STÖCKLI (FN 88), 191 ff.

⁹⁴ SATTIVA SPRING (FN 85), 306.

⁹⁵ BGE 125 III 70 Erw. 2a.

⁹⁶ BGer v. 18. Dezember 2001, Nr. 4C.253/2001, ARV 2001, 17 ff.

⁹⁷ So ALFRED BLESI, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2001, 4C.253/2001, ARV 2002, 17 ff.

⁹⁸ PÄRLI (FN 86), 210.

⁹⁹ BGE 132 III 115, Erw. 5.3.

¹⁰⁰ BGE 132 III 257.

¹⁰¹ BGer vom 27.5.2008, 4A_102/2008, siehe zu dieser Entscheidung auch hinten, FN 132.

1. Das Freiheitsverständnis hinter der Herrschaft der Kündigungsfreiheit

Wird in der Schweiz der Kündigungsschutz kritisiert, folgt reflexartig die Antwort: «Bei uns herrscht im Prinzip Kündigungsfreiheit». Dieser allgemein übliche Sprachgebrauch für die Charakterisierung der arbeitsrechtlichen Regeln für die einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses weist möglicherweise auf ein ganz grundsätzliches Missverständnis über die Bedeutung des privatrechtlichen Freiheitsbegriffes hin. Für eine *Dekonstruktion* des Begriffs «Herrschaft der Kündigungsfreiheit» lasse ich den Dichter ERICH FRIED¹⁰² zu Wort kommen:

Zu sagen
«Hier
herrscht Freiheit»
ist immer
ein Irrtum
oder auch eine Lüge:
Freiheit
herrscht nicht

Die Kündigungsfreiheit ist Ausfluss der Privatautonomie¹⁰³. Nach dem Prinzip der Privatautonomie kann in einer freien Gesellschaft jede und jeder frei ihren beziehungsweise seinen Willen bilden, äussern und diesem Willen entsprechend handeln¹⁰⁴. Der Dichter FRIED erinnert uns daran, dass die privatautonome *Gestaltungsfreiheit* nicht schrankenlos ist. Eine uneingeschränkte Privatautonomie hat es nie gegeben¹⁰⁵. Die privatrechtliche Freiheit zur Machtausübung ist immer eine Freiheit mit Auflagen, das gilt auch für die Kündigungsfreiheit.

Die zuvor erwähnte Kritik an der aus vertragsfunktionaler Sicht¹⁰⁶ und aus sozialen Überlegungen notwendigen

Begrenzung der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers durch die jüngere Rechtsprechung trägt ideologische Züge in sich. Es entsteht zuweilen der Eindruck, als ginge es darum, die Fesseln der alten zünftischen, ständischen und feudalen Wirtschaftsordnung zugunsten der Verwirklichung einer formalen Vertragsfreiheit niederzureissen oder man könnte meinen, der Kampf um die Verteidigung freiheitlicher Werte gegen die Bedrohung durch kollektivistische Systeme stünde auf Messers Schneide. Dabei wird ignoriert, dass sich gerade das Arbeitsvertragsrecht durch zahlreiche zwingende Inhaltsbestimmungen auszeichnet und Beschränkungen der Kündigungsfreiheit mitnichten ein systemfremdes Element darstellen.

2. Überschätzter Einfluss des Kündigungsrechts

Nicht gerade zur Entspannung der Debatten trägt die ideologisierte *Dämonisierung* eines gut ausgebauten Kündigungsschutzes bei. Zum festen Bestand des Vokabulars der Verteidigung der Kündigungsfreiheit gehört die Behauptung, die Kündigungsfreiheit wirke sich positiv auf die Beschäftigungsquote aus¹⁰⁷. Es gibt Untersuchungen, die eine solche Annahme nahelegen¹⁰⁸. Eine umfassende ländervergleichende Studie der OECD aus dem Jahre 1999 findet keine Belege dafür, dass sich starker Kündigungsschutz als Beschäftigungsbremse auswirkt¹⁰⁹. Weitere Untersuchungen zur Situation in Deutschland zeigen, dass weniger die Überregulierung im Arbeitsmarkt (unter anderem durch Kündigungsschutz) zur Arbeitslosigkeit beitrage, sondern vielmehr die Verhinderung ausreichender Lohnflexibilität und Lohn-differenzierung durch wohlfahrtsstaatliche Institutionen¹¹⁰. Auf diesem Hintergrund ist es auch nicht erstaunlich, dass die 2004 in Deutschland eingeführte Lockerung des Kündigungsschutzes¹¹¹ bis heute keinen empirisch nachweisbaren positiven Effekt auf die Beschäftigung gebracht hat¹¹².

¹⁰² Das Gedicht stammt aus dem Band «Gedichte» von ERICH FRIED, Berlin 1983.

¹⁰³ OETTKER (FN 29), 284 ff.

¹⁰⁴ Zur Privatautonomie siehe grundlegend: WILHELM FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben I (Festschrift zum Deutschen Juristentag), Karlsruhe 1960.

¹⁰⁵ Siehe zum Ganzen: ANDREAS ABEGG, Die Ausdifferenzierung der Vertragsfreiheit, Kritische Viertelsjahreszeitschrift (KritV) 2/2004, 198–207. EVA MARIA BELSER, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, 11 ff.; ERNST WOLF, Vertragsfreiheit – Eine Illusion?, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Beiträge zum Familien- und Vormundschaftsrecht, Schuldrecht, Internationales Privatrecht, Verfahrens-, Banken-, Gesellschafts und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht, Zürich 1989, 359–388.

¹⁰⁶ Der Arbeitsvertrag besiegelt nicht nur die Leistungsversprechen Arbeit gegen Lohn, sondern darüber hinaus auch ein unsichtbares Leistungsversprechen im Sinne einer Karrierezusicherung: gesetzlicher und damit durchsetzbarer Kündigungsschutz ist nur das, was redliche Parteien ohnehin vereinbart hätten, Kündigungsschutz ist deshalb effizienzfördernd. Siehe dazu: JANSON (FN 15), 225 f.

¹⁰⁷ STRAUBHAAR/WERNER (FN 14), 60–76; PETER HASLER, Ein flexibler Arbeitsmarkt ist entscheidend für die Wirtschaft, Die Politik 03/2005, 10 f.; VISCHER (FN 11), 112; STÖCKLI (FN 12), 191 f.

¹⁰⁸ STAUBHAAR/WERNER (FN 14), 75; STEFAN HARDEGE/EDGAR SCHMITZ, Die Kosten des Kündigungsschutzes in Deutschland, IW-Analysen Nr. 41, Köln 2008.

¹⁰⁹ Employment Protection and Labour Market Performance, in: OECD Employment Outlook 1999, 49 ff.

¹¹⁰ HOLGER BONIN, Lockerung des Kündigungsschutzes – Ein Weg zu mehr Beschäftigung?, Diskussionspapier No. 1106 des Instituts für die Zukunft der Arbeit IZA, Bonn 2004, 20.

¹¹¹ Zu den Einzelheiten der Reform siehe: ULRICH PREIS, Reform des Bestandesschutzrechts im Arbeitsrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht NZA 5/2003, 252–259.

¹¹² LANG (FN 33), 168; HEIDE PFARR/SILKE BOTHFELD/LUZ KAISER/MARTIN KIMMICH/ANDREAS PEUKER/KAREN ULLMANN, Regam-Studie: Hat der Kündigungsschutz eine prohibitive Wirkung auf das Einstellungsverfahren der kleinen Betriebe?,

Mehrere Untersuchungen zeigen, dass die rechtspolitische Debatte um schädliche Auswirkungen des Kündigungsschutzrechts an den betrieblichen Realitäten vorbei geht. Im Rahmen des mehrjährigen Forschungsprojektes «Regulierung des Arbeitsmarktes» (REGAM) des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts der gewerkschaftlichen Hans-Böckler-Stiftung wurden umfassend die Auswirkungen des deutschen Kündigungsschutzgesetzes auf die verschiedenen Branchen und auf Betriebe verschiedener Grössen untersucht. Die Ergebnisse zeigen, dass in den Betrieben weit weniger arbeitsrechtliche Probleme bestehen, als dies politische und teils auch wirtschaftswissenschaftliche Debatten nahelegen¹¹³. Der an der Universität Hamburg lehrende Betriebswirtschaftler FLORIAN SCHRAMM und sein Arbeitsrechtskollege ULRICH ZACHERT kommen in ihrer umfassenden Untersuchung «Arbeitsrecht in der betrieblichen Praxis – Mythen und Realität» zu ähnlichen Erkenntnissen¹¹⁴. Im Rahmen des Projektes wurden Personalverantwortliche mittels qualitativer Interviews zur Rolle des Kündigungsschutzes bei Entscheidungen über Neuanstellungen befragt. Die Ergebnisse zeigten: Kündigungsschutz und andere arbeitsrechtliche Bestimmungen spielen für den Entscheid über Neueinstellungen keine entscheidende Rolle¹¹⁵. Anderslautende Einschätzungen würden weniger das *gelebte* als vielmehr das *gefühlte Arbeitsrecht* widerspiegeln¹¹⁶.

Betriebs-Berater 43, 2286–2289; ARMIN HÖLAND/UTE KAHL/KAREN ULLMANN/NADINE ZEIBIG, Recht und Wirklichkeit von Arbeitsverhältnissen – Erste Erkenntnisse aus der Forschung, WSI Mitteilungen 3/2004, 145. Siehe zum Ganzen auch: CLAUS W. FRÖHLICH, Betriebsgrössenunabhängigkeit und Monetarisierung des arbeitsrechtlichen Bestandschutzes, Zur Konzeption des betrieblichen Anwendungsbereichs und der Wirkungsweise des Bestandschutzes gemäss dem KSchG unter Berücksichtigung ökonomischer, empirischer und rechtsvergleichender Erkenntnisse, Hamburg 2008.

¹¹³ HEIDE PFARR/KAREN ULLMANN/MARCUS BRADTKE/JULIA SCHNEIDER/MARTIN KIMMICH/SILKE BOTHFELD, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, Betriebliche Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, München 2005.

¹¹⁴ Ulrich Schramm/Florian Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, Mythen und Realität, München und Mering 2008.

¹¹⁵ MARKUS BRADTKE-HELLTHALER, Einstellungen von Personalleitern gegenüber Arbeitsrecht und wahrgenommener Einfluss in der betrieblichen Praxis, in: Ulrich Schramm/Florian Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, Mythen und Realität, München und Mering 2008, 117–155; MICHAEL SCHLESE/FLORIAN SCHRAMM, Die Rolle des Kündigungsschutzes, Ergebnisse der qualitativen Analyse, in: Ulrich Schramm/Florian Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, Mythen und Realität, München und Mering 2008, 156–199.

¹¹⁶ CORNELIA SCHMIDT/ALEKSANDRA WOROBIEJ, in: Von der Wahrnehmung zur Handlung – Rechtsgefühl, Rechtsbewusstsein und Rechtsakzeptanz im Arbeitsrecht, in: Ulrich Schramm/

Äusserst kontrovers ist die schweizerische Diskussion um Bestandesschutzregelungen. Auf der einen Seite wird behauptet, der Bestandesschutz sei dem «Geist der schweizerischen Rechtsordnung» fremd¹¹⁷. Auf der anderen Seite wird entgegnet, Bestandesschutz sei eine bewährte arbeitsrechtliche Regelung¹¹⁸, und in der Vernehmlassung zur Revision des Arbeitsvertragsrechts zur Verbesserung des Schutzes sogenannter Whistle Blower¹¹⁹ wurde vorgeschlagen, den Schutz vor missbräuchlicher Entlassung durch die Annullierung der Kündigung zu verbessern; im Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes habe sich diese Regelung bewährt¹²⁰. Ob sich diese Regelung in der Rechtspraxis tatsächlich bewährt hat, ist unsicher. Seit der Existenz des Gleichstellungsgesetzes kam es soweit ersichtlich noch zu keinem einzigen rechtskräftigen Entscheid, der zu einer provisorischen Wiedereinstellung und schliesslich zu einer Aufhebung der Kündigung führte¹²¹. Daraus kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, die Regelung sei gänzlich unwirksam. Kaum erforscht ist die Frage, ob der Bestan-

Florian Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, Mythen und Realität, München und Mering 2008.

¹¹⁷ Commentaires du gouvernement de la Suisse vom 31. März 2004 zur Klage des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes gegen die Schweiz wegen Verletzung des IAO-Übereinkommens Nr. 98 (Case 2265). Siehe zum Ganzen: ROMOLO MOLO, Das ILO-Übereinkommen Nr. 98 und die Koalitionsfreiheit in der Schweiz, in: Arthur Andermatt et al. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, 85 ff.

¹¹⁸ Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Stellungnahme zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldungen von Missständen am Arbeitsplatz) vom 6. März 2009, zit. ab hier: SGB-Stellungnahme. (Quelle: http://www.sgb.ch/download/090205d_JCS_OR-Teilrev_Whistleblowing.pdf, besucht 4.4.2010).

¹¹⁹ In Umsetzung der Motion *Gysin* (03.3212) hat der Bundesrat am 5. Dezember 2008 einen Vorentwurf zum Schutz bei Meldungen von Missständen am Arbeitsplatz ausgearbeitet. Der Vorentwurf sieht vor, dass Meldungen bei Missständen keine Verletzung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht darstellen und dass Kündigungen wegen solcher Meldungen missbräuchlich sind. Auf die Nichtigkeit solcher Kündigungen will der Bundesrat aber verzichten. Aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse hat der Bundesrat am 17. Dezember 2009 das EJPD beauftragt, einen neuen Vorentwurf auszuarbeiten, der eine Verschärfung der Kündigungsfolgen bei Kündigungen als Folge von Missstandsmeldungen prüft (Quelle: <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html>, besucht 4.4.2010).

¹²⁰ SGB Stellungnahme (FN 118), 3. Siehe auch: ZORA LEDERGERBER, Whistle Blowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern 2005, 144.

¹²¹ RIEMER-KAFKA/ÜBERSCHLAG (FN 67), 332, mit Hinweis auf ein Urteil des Kreisgerichts Bern-Laupen vom 24.4.1998 (hier hatte das Gericht die Kündigung der Arbeitgeberin aufgehoben und die provisorische Weiterbeschäftigung gefordert, im weiteren Verlauf des Verfahrens kam es allerdings zu einer Streiterledigung durch Vergleich).

desschutz eine kündigungswillige Arbeitgeberin *präventiv* von einer Kündigung abhält¹²².

In Deutschland zeigen die arbeitsgerichtlichen Statistiken und empirische Untersuchungen, dass die vorläufige Weiterbeschäftigung im Kündigungsprozess zwar aus prozesstaktischen Gründen in der Mehrheit der Fälle verlangt¹²³, jedoch nur selten gewährt wird (je nach Untersuchung variieren die Ergebnisse zwischen 0.4 und 4 Prozent)¹²⁴. Ähnlich ernüchternde Ergebnisse zeigen sich auch hinsichtlich der gerichtlichen Anordnung einer dauerhaften Weiterbeschäftigung¹²⁵. Diese geringen Quoten werden mit der nahe liegenden Angst vor Konflikten am Arbeitsplatz erklärt; das durch die Kündigung zerstörte Vertrauensverhältnis lässt sich durch die gerichtliche Anordnung der Weiterbeschäftigung nicht wiederherstellen¹²⁶. Am ehesten wirksam sind die Bestandesschutzregelungen bei entlassenen Gewerkschaftern. Diese sind, so die Erklärung, konfliktprobt und lassen sich durch einen Arbeitsgerichtsprozess nicht abschrecken¹²⁷. In der Regel werden Kündigungsprozesse jedoch durch Abfindungen erledigt¹²⁸, soweit nicht im Schatten des Rechts¹²⁹ bereits aussergerichtliche Konfliktlösungen erzielt werden. Deutsche Studien zeigen, dass die Abfindungen von der Dienstdauer abhängen und im Durchschnitt sechs Monatslöhne betragen¹³⁰. Das ist deutlich mehr als in der Schweiz,

wo sechs Monatslöhne als maximale Sanktion gegen missbräuchliche Entlassungen vorgesehen sind und die Gerichte regelmässig nur zwischen ein und drei Monatslöhnen Entschädigung gewähren¹³¹.

3. Die relevanten Fragen

Dass kündigungsrechtliche Bestimmungen polarisieren, ist naheliegend. Gerade für langjährige Mitarbeitende stellt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ein sehr einschneidendes Erlebnis dar. Für die meisten Personen im erwerbsfähigen Alter bildet die abhängige Arbeit auch die Basis ihrer Existenzsicherung. Durch die enge Koppelung des Arbeits-einkommens an die Einkommensersatzleistungen in der Sozialversicherung wird der Erhalt des Arbeitsplatzes noch bedeutender.

In einer Besprechung eines Bundesgerichtsentscheides zur erhöhten Fürsorgepflicht gegenüber einem teilerwerbsunfähigen Mitarbeiter weisen ANDREAS ABEGG und RAHEL STEBLER auf die richtigen Fragen hin. Zu entscheiden sei, welche gesellschaftlichen Risiken von wem (Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Allgemeinheit etc.) zu tragen wären, respektive wem eine gesellschaftsadäquate Gestaltung wirtschaftlicher und sozialer Strukturen (samt Versicherungslösung) am ehesten zuzutrauen sei¹³². Das Sankt Galler Kantonsgericht hat dazu eine pointierte Meinung. In einem Entscheid vom 3. Januar 2008 kommt es zum Schluss, eine Kündigung wegen einer durch die Arbeitgeberin verursachten Arbeitsunfähigkeit sei nach Ablauf der Sperrfrist zulässig. Anderslautende Ansichten – verwiesen wird auf diejenige von THOMAS GEISER – würden verkennen, dass dem Schutz des Arbeitnehmers nach Ablauf des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes durch das Sozialversicherungsrecht Rechnung getragen würde. Zudem stehe es dem Arbeitnehmer, dessen Gesundheit durch die schuldhaftige Verletzung der Fürsorgepflicht beeinträchtigt werde, frei, vom Arbeitgeber Schadenersatz zu verlangen. Es bestehe deshalb weder eine rechtliche Grundlage noch ein rechtspolitisches Bedürfnis nach einer Ausdehnung des Kündigungsschutzes im Falle einer vom Arbeitgeber verschuldeten berufsbedingten Krankheit¹³³.

¹²² Eine einschlägige Untersuchung zum Gleichstellungsgesetz ist mir nicht bekannt, siehe jedoch zu den relevanten Einflussfaktoren auf die Mobilisierung des Rechts in Fragen der Lohngleichheit: GESINE FUCHS/SANDRA KONSTATZKY/DORIS LIEBSCHER/SABINE BERGHANN, Rechtsmobilisierung für Lohngleichheit: Der Einfluss rechtlicher und diskursiver Bedingungen in der Schweiz, Deutschland und Österreich im Vergleich, Kritische Justiz 3/2009, 253–270.

¹²³ Nach der Untersuchung von LANG (FN 33), 205 f., wird die Weiterbeschäftigung in 64 Prozent der Kündigungsschutzklagen beantragt, darauf zu verzichten könnte einen rechtsanwaltschaftlichen Kunstfehler darstellen.

¹²⁴ JOSEF FALKE/ARMIN HÖLAND/BARBARA RHODE/GABRIELE ZIMMERMANN, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Bonn, 854 (Untersuchung aus dem Jahre 1981, 0.4 Prozent); LANG (FN 33), 311 (Untersuchung im Jahre 2004, knapp 4 Prozent).

¹²⁵ FALKE/HÖLAND/RHODE/ZIMMERMANN (FN 124), 973 (Untersuchung aus dem Jahre 1981, 1.7 Prozent); LANG (FN 66), 311 (Untersuchung im Jahre 2004, 3 Prozent).

¹²⁶ LANG (FN 33), 253 f.; ELKE J. JAHN, Wie wirkt Kündigungsschutz?, Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung ZAF 2 und 3/2005, 288.

¹²⁷ LANG (FN 33), 253 f.

¹²⁸ MICHAEL DORKA, Was kostet der Kündigungsschutz?, Eine ökonomische Bewertung, Marburg 2010, 42 f.; PHILIPP RÜGEMER, Allgemeiner Bestandesschutz und Arbeitsmarkt, Hamburg 2009, 178 ff., 213 ff., 229.

¹²⁹ Siehe zur aussergerichtlichen Konfliktlösung im Arbeitsrecht: MONIKA HARTGES, Aussergerichtliche Konfliktlösung in Deutschland, Model ÖRA, Diss. Bremen 2003, 62, 74 f., 104, 131 ff.

¹³⁰ LANG (FN 33), 285.

¹³¹ 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 JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, N 2 zu Art. 336a OR oder bei ADRIAN STAEHELIN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Zürich 2006, N 6 zu Art. 336a OR.

¹³² ANDREAS ABEGG/RAHEL STEBLER, Bemerkungen zu BGer vom 27. Mai 2008, 4A_102/2008, AJP/PJA 2008, 1177 ff.

¹³³ Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen v. 3.1.2008, BZ 2007.65, Erw. III.2.

Die Analyse des Sankt Galler Kantonsgerichts greift wohl zu kurz. Richtig daran ist, dass sich sowohl Rechtswissenschaft wie Rechtspraxis und vor allem auch der Gesetzgeber mit *Wirkungszusammenhängen* zwischen Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht, aber auch zwischen sozialversicherungs- und arbeitsrechtlichen Regelungen befassen beziehungsweise befassen sollten. Hier eröffnet sich ein weites Feld für disziplinenübergreifende Studien innerhalb der Rechtswissenschaft, aber auch für rechtssoziologische Untersuchungen und für Forschungsvorhaben, die sich den aufgeworfenen Fragestellungen sowohl mit ökonomischen, soziologischen als auch rechtswissenschaftlichen Zugängen und Methoden annehmen.

V. Zusammenfassung und Schlussbetrachtungen

In weitgehender Einigkeit betonen Rechtsprechung und Lehre, Bundesrat, Wirtschaft und Politik die Existenz und Bedeutung der Kündigungsfreiheit für das schweizerische Arbeitsrecht.

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt: Im schweizerischen Arbeitsrecht kann von einer absoluten Kündigungsfreiheit keine Rede sein. Sowohl bezüglich Frist, Form, Verfahren und Kündigungsgrund sind dieser Freiheit durch Gesetz und Rechtsprechung Schranken gesetzt. Nur am Rande behandelt habe ich die Schranken, die der Kündigungsfreiheit durch Gesamtarbeitsverträge gesetzt werden. Eine empirische Untersuchung über die Bedeutung von GAV-Bestimmungen zum Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis wäre hilfreich und soll an dieser Stelle angeregt werden.

Für eine ausserordentliche Kündigung bedarf es eines wichtigen Grundes. Bei einer ordentlichen Kündigung sind vorab die gesetzlichen und vertraglichen Kündigungsfristen einzuhalten und die Kündigungsgründe sind auf Verlangen offenzulegen. Nach der Rechtsprechung gebietet die Fürsorgepflicht unter Umständen, vor einer Kündigung den betroffenen Arbeitnehmer oder die betroffene Arbeitnehmerin anzuhören. Beim Vorliegen bestimmter Sachverhalte wie Schwangerschaft oder Krankheit darf gar nicht beziehungsweise während einer gewissen Dauer nicht gekündigt werden. Vom Gesetzgeber aufgeführte und durch die Gerichte erweiterte verbotene Kündigungsgründe machen die Kündigung zwar nicht ungültig, führen aber zu einer Entschädigungspflicht. Bei gesamthafter Betrachtung der gesetzlichen Kündigungsschranken und deren Weiterentwicklung durch die Gerichte erweist sich die Kündigungsfreiheit eher als Mythos denn als Realität.

Ein Kontinuum bildet in der Diskussion um den Kündigungsschutz die *ideologische Befangenheit* der politischen Akteure und zum Teil auch der Rechtswissenschaft. Vorschläge zur Verbesserung des Kündigungsschutzes werden vom Bundesrat und der Parlamentsmehrheit reflexartig als

systemfremd oder freiheitsgefährdend abqualifiziert. Auf der anderen Seite wird der kündigungsrechtliche Bestandesschutz bezüglich seiner Wirkungen idealisiert. Sehr populär ist, das liberale schweizerische arbeitsrechtliche Kündigungsrecht als wirtschaftlichen Standortvorteil zu propagieren. Eine vertiefte Betrachtung zeigt, dass die Unterschiede zwischen dem schweizerischen und ausländischen Kündigungsrecht weniger gross sind als, als gemeinhin angenommen wird. Es besteht jedoch rechtspolitischer, auf internationale Verpflichtungen basierender *Handlungsbedarf* zur punktuellen und gezielten *Verbesserung des Kündigungsschutzrechts*. Zu erwähnen sind die Verbesserung des Schutzes für entlassene Arbeitnehmervertreter und -vertreterinnen und eine Verstärkung des Schutzes vor diskriminierender Entlassung durch Beweislastleichterungen. Den Wirtschaftsstandort Schweiz mit der frohen Botschaft zu propagieren, hier herrsche arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit, ist nicht nur aussenpolitisch unklug, es wird auch verkannt, was uns der Dichter ERICH FRIED sagt: Freiheit herrscht nicht.

L'article traite des questions juridiques en relation avec la liberté de la résiliation en matière de droit du travail et ses limites légales. Cette liberté qui est saluée de manière quasi-unanime par la politique, la doctrine et la pratique fait l'objet d'un examen critique. En considérant l'environnement politique international, l'auteur se demande si la liberté de la résiliation représente effectivement un avantage pour la place économique suisse. Une analyse approfondie de la pratique en tenant compte des aspects de droit comparé révèle que la liberté de la résiliation est aussi bien un mythe qu'une réalité. En comparaison avec d'autres ordres juridiques étrangers, il est aisé de licencier en Suisse. Les expériences faites dans d'autres Etats montrent cependant que même des régimes de résiliation qui ont des dispositions sur la protection de la situation acquise aboutissent régulièrement à la résiliation des rapports de travail assortie d'une indemnisation. L'étude montre en outre que le Tribunal fédéral notamment a renforcé la protection contre les congés, peu développée par la loi, en rendant des décisions innovantes en matière de résiliation abusive. Le droit de la résiliation a toutefois besoin d'une réforme importante, notamment en ce qui concerne la protection des représentants des travailleurs licenciés.

(trad. LT LAWANK, Berne)