

Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen
Law for Private and Public Enterprises

Band / Volume 9

Mathias Fernandez

**Entschädigung und
Genugtuung wegen
missbräuchlicher Kündigung**

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XV
Materialienverzeichnis	XIX
Abbildungsverzeichnis	XXI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
I. Einleitung	1
A. Problemstellung	1
B. Zielsetzung	4
C. Methodik	4
D. Begriffsbestimmungen	6
1. Allgemeines	6
2. Arbeitsbedingungen	6
3. Ausserordentliche Kündigung	6
4. Zeitlicher Kündigungsschutz	7
E. Abgrenzungen	7
II. Theoretischer Teil	9
A. Einordnung der missbräuchlichen Kündigung	9
1. Einführung zum sachlichen Kündigungsschutz	9
2. Geltungsbereich des sachlichen Kündigungsschutzes	10
3. Vorliegen einer ordentlichen Kündigung	10
4. Missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 OR	12
a) Paritätische Missbrauchstatbestände	12
b) Kündigung wegen persönlicher Eigenschaften	12
c) Kündigung wegen der Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts	13
d) Kündigung wegen Vereitelung der Entstehung arbeitsrechtlicher Ansprüche	14

e) Kündigung wegen der Geltendmachung arbeitsrechtlicher Ansprüche	14
f) Kündigung wegen Militärdienstes und vergleichbarer Dienstleistungen	15
5. Missbrauchstatbestände gemäss Art. 336 Abs. 2 OR	16
a) Nicht-paritätische Missbrauchstatbestände	16
b) Kündigung wegen Gewerkschaftstätigkeit	16
c) Kündigung eines gewählten Arbeitnehmersvertreters	16
d) Gesetzesentwurf Whistleblowing	17
6. Ausserhalb von Art. 336 OR anerkannte Missbrauchsfälle	18
a) Von der Rechtsprechung anerkannte Missbrauchstatbestände	18
b) Die Alterskündigung	19
7. Zusammenhang mit der Begründungspflicht nach Art. 335 Abs. 2 OR	20
8. Zusammenhang mit dem Arbeitszeugnis nach Art. 330a OR	21
9. Beweislast und Kausalität bei mehreren Kündigungsgründen	22
10. Rechtsfolgen der missbräuchlichen Kündigung	24
B. Rechtsnatur der Entschädigung	24
1. Einführung zur Gesetzesauslegung	24
2. Auslegung des Begriffs „Entschädigung“ gemäss Art. 336a OR	25
a) Wortlaut und Systematik	25
b) Entstehungsgeschichte	27
c) Teleologisches Element	29
d) Auslegungsergebnis	32
3. Einordnung der Entschädigung	33
a) Abgrenzungen, Voraussetzungen und Fälligkeit der Entschädigung	33
b) Konkurs- und steuerrechtliche Situation	35
c) Konkurrenzen	35
d) Massgebender Lohn	36

4. Verhältnis von Schadenersatz und Entschädigung	36
5. Erfüllungsanspruch gemäss Art. 156 OR bei Vereitlungskündigung	38
6. Verhältnis von Genugtuung und Entschädigung	39
7. Geltendmachung der Entschädigung gemäss Art. 336b OR	41
a) Schriftliche Einsprache und Einsprachefrist	41
b) Inhalt	42
c) Einigung oder Klageanhebung	42
d) Bezifferung der Klageforderung und Prozesskostenrisiko	42
C. Bemessung der Entschädigung	43
1. Relevante Umstände bei der Bemessung der Entschädigung	43
2. Analyse der Kasuistik zu den Entschädigungsbeträgen	44
D. Fazit zum theoretischen Teil	47
III. Praktischer Teil	51
A. Einführung zum praktischen Teil	51
B. Quantitative Studie	52
1. Einführung zur quantitativen Studie	52
a) Untersuchungsziel	52
b) Zielgruppen	52
c) Methodik	52
2. Ergebnisse	53
a) Erledigung durch Vergleich	53
b) Bedeutung der Schlichtungsbehörde	53
c) Durchschnittswert der Entschädigung	53
d) Entschädigungen von mehr als drei Monatslöhnen	54
e) Entschädigung von zwei Monatslöhnen als Durchschnittswert	55
C. Qualitative Studie	56
1. Einführung zur qualitativen Studie	56
a) Untersuchungsziel	56
b) Zielgruppen	56

c) Methodik	56
2. Diskussion der Entschädigungshöhe und der Missbrauchstatbestände	57
a) Praxis der Berner Gerichte	57
b) Gängigste Missbrauchstatbestände	58
3. Diskussion der einzelnen Bemessungskriterien	59
a) Fragestellung zu den Bemessungskriterien	59
b) Die Auswirkungen der Kündigung auf den Arbeitnehmer	59
c) Alter des Gekündigten und Dauer der Anstellung	60
d) Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers	60
e) Mitverschulden des Gekündigten	60
f) Wirtschaftliche Verhältnisse des Arbeitgebers	61
4. Kombination mehrerer Missbrauchstatbestände	61
5. Diskussion zur Beweisproblematik und dem Arbeitszeugnis	62
a) Beweis des missbräuchlichen Kündigungsgrundes	62
b) Widerspruch zwischen Kündigungsgrund und dem Arbeitszeugnis	64
c) Korrespondenz mit dem Arbeitgeber	66
d) Verweis, Verwarnung und Anhörung vor der Kündigung	66
D. Fazit des praktischen Teils	68
IV. Zusammenfassung und Empfehlung	71
A. Zusammenfassung und Schlussfazit	71
B. Empfehlungen für die Praxis	74
1. Empfehlungen an den Arbeitgeber	74
a) Vermeiden einer missbräuchlichen Kündigung	74
b) Schriftliche Dokumente und Korrespondenz mit dem Arbeitnehmer	76
2. Empfehlungen an den Arbeitnehmer	77
a) Schutz vor missbräuchlicher Kündigung	77
b) Empfehlungen bei konfliktfreiem Arbeitsverhältnis	78
c) Empfehlungen in Konfliktsituationen	79
d) Empfehlungen bei erfolgter Kündigung	79

3. Empfehlungen an das Gericht	79
a) Straf- und Präventionszweck der Entschädigung	79
b) Bei einer Anstellungsdauer von mindestens 25 Jahren	79
c) Bei einer Anstellungsdauer von 20 bis 25 Jahren	80
d) Bei Arbeitnehmern ab einem Alter von 55 Jahren (Alterskündigung)	80
e) Kombination mehrerer Missbrauchstatbestände	80
f) Bei schweren Eingriffen in die Persönlichkeit des Gekündigten	81
g) Sich erhöhend auf die Entschädigungsbemessung auswirkende Umstände	81
h) Umstände, welche eine Verringerung der Entschädigung zur Folge haben	81
i) Orientierung an der Liste der Entschädigungsurteile im Anhang	82
Anhänge	83
Anhang 1: Checklisten für Arbeitnehmer und Arbeitgeber	83
Anhang 2: Verzeichnis der Interviewpartner	85
Anhang 3: Begleitschreiben für die qualitative Studie	87
Anhang 4: Interviewleitfaden	89
Anhang 5: Adressatenverzeichnis: Quantitative Studie	91
Anhang 6: Quantitative Umfrage und Begleitschreiben	93
Anhang 7: Liste ausgewerteter Entscheide	95