

# **Schriftenreihe zum Obligationenrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger, Universität Zürich

Prof. Dr. iur. Heinrich Honsell, Universität Zürich

Prof. Dr. iur. Anton K. Schnyder, Universität Basel

Band 51

**Dr. iur. Christoph K. Balsiger**

## **Die Abgangsentschädigung (Art. 339b–d OR)**



Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich

# INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis .....	XVIII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXXI
Einleitung.....	1

## 1. Teil

<b>ABGANGSENTSCHÄDIGUNG IN RECHTSTHEORETISCHER UND RECHTSPOLITISCHER HINSICHT .....</b>	<b>2</b>
---	----------

## 1. Kapitel

<b>ABGANGSENTSCHÄDIGUNG IN DOGMATISCHER HINSICHT .....</b>	<b>2</b>
--	----------

## 1. Abschnitt

Grundlagen.....	2
-----------------	---

<b>§ 1. Nachwirkung des Arbeitsverhältnisses .....</b>	<b>2</b>
--	----------

I. PROBLEM.....	2
-----------------	---

II. VORAUSSETZUNG DER NACHWIRKUNG EINES ARBEITSVERHÄLTNISSSES.....	2
--	---

A. Arbeitsvertrag.....	2
------------------------	---

1. Begriff .....	2
------------------	---

2. Entstehung .....	3
---------------------	---

B. Arbeitsverhältnis .....	4
----------------------------	---

1. Dauerschuldverhältnis.....	4
-------------------------------	---

2. Austauschverhältnis .....	4
------------------------------	---

3. Personenrechtliche Elemente .....	5
--------------------------------------	---

a) Treuepflicht des Arbeitnehmers .....	5
---	---

b) Fürsorgepflicht des Arbeitgebers .....	6
---	---

4. Parteien.....	7
------------------	---

a) Arbeitnehmer.....	7
----------------------	---

aa) Begriff.....	7
------------------	---

bb) Arbeitnehmerähnliche Personen .....	8
---	---

b) Arbeitgeber .....	8
----------------------	---

C. Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	9
---	---

III.	EINZELNE NACHVERTRAGLICHE PFLICHTEN.....	9
A.	Abwicklungspflichten.....	9
B.	Nachwirkende Vertragspflichten.....	10
1.	Zweckförderungspflichten.....	10
2.	Schutzpflichten.....	10
IV.	RECHTSGRUNDLAGE.....	10
A.	Gesetzesvorschrift.....	10
B.	Vertragsinhalt.....	11
C.	Nachwirkende Fürsorgepflicht.....	11

## 2. Abschnitt

Abgangsentschädigung (Art. 339b-d OR).....	12
--	----

## § 2. Allgemeines.....12

### I. BEGRIFF UND WESEN.....12

### II. HISTORISCHE ENTSTEHUNG.....12

#### A. Allgemeines.....12

#### B. Vorentwürfe.....13

##### 1. Entwurf von Hug (1929).....13

##### 2. Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Arbeit im Handel und in den Gewerben (1945).....15

##### 3. Rahmengesetz über die Arbeit im Gewerbe und Handel (Variante zum amtlichen Vorentwurf 1945).....17

##### 4. Entwurf Germann/Hug (1948).....18

#### C. Expertenkommission.....19

##### 1. Vorentwurf von 1950.....19

##### 2. Vorentwurf vom 30. September 1963.....19

#### D. Botschaft des Bundesrates.....20

##### 1. Voraussetzungen.....20

##### 2. Höhe und Fälligkeit.....21

##### 3. Ersatzleistungen.....22

#### E. Bundesversammlung.....24

##### 1. Nationalrat 1969.....24

###### a) Antrag der Kommission.....24

###### b) Verhandlung des Nationalrates.....25

###### c) Abstimmung.....26

##### 2. Ständerat 1970.....27

###### a) Antrag der Kommission.....27

## VII

b)	Verhandlung des Ständerates.....	27
c)	Abstimmung .....	28
3.	Nationalrat 1970.....	28
a)	Antrag der Kommission .....	28
b)	Verhandlung des Nationalrates.....	28
c)	Abstimmung .....	29
4.	Ständerat 1971 .....	29
a)	Antrag der Kommission .....	29
b)	Verhandlung des Ständerates.....	29
c)	Abstimmung .....	29
5.	Nationalrat 1971.....	29
a)	Antrag der Kommission .....	29
b)	Abstimmung .....	30
6.	Ständerat 1971 .....	30
a)	Antrag der Kommission .....	30
b)	Abstimmung .....	30
F.	Motionen.....	30
1.	Motion Jelmini (15. September 1975).....	30
a)	Wortlaut.....	30
b)	Begründung.....	31
c)	Stellungnahme des Bundesrates .....	31
2.	Motion Renschler (15. März 1979).....	32
a)	Wortlaut.....	32
b)	Begründung.....	32
c)	Stellungnahme des Bundesrates .....	33
G.	Fazit.....	33
III.	RECHTSGRUNDLAGE .....	34
A.	Gesetz .....	34
1.	Voraussetzungen.....	34
2.	Höhe und Fälligkeit.....	35
3.	Ersatzleistungen .....	36
B.	Vertrag .....	36
IV.	RECHTSNATUR.....	38
V.	ZWECK.....	39
A.	Altersfürsorge.....	39
B.	Betriebstreue.....	40
C.	Überbrückung.....	41
D.	Anstoss für kollektivvertragliche Regelungen.....	41
E.	Lückenschliessung .....	42
F.	Sicherheit bei Betriebsschliessung.....	42

# VIII

G.	Kein verstärkter Kündigungsschutz .....	43
H.	Güterumverteilung .....	43
I.	Förderung des langjährigen Arbeitsverhältnisses.....	44
K.	Ausbau der Personalvorsorge .....	45
L.	Erweiterte Fürsorge .....	45
VI.	PRAKTISCHE BEDEUTUNG.....	46
VII.	ABGRENZUNG .....	47
A.	2. Säule .....	47
B.	Lohnnachgenuss (Art. 338 Abs. 2 OR).....	48
C.	Ruhegeldversprechen .....	49
D.	Abgangsentschädigung des Agenten (Art. 418u OR).....	49
E.	Abfindung .....	50
F.	Sozialplan .....	51
G.	Schadenersatz bei missbräuchlicher Kündigung.....	52
H.	Schadenersatz bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung (Art. 337c OR).....	52
I.	Dienstalterszulagen .....	53
K.	"Abgangsentschädigung" befristeter Arbeitsverträge .....	53
L.	Verlängerte Kündigungsfrist.....	54
§ 3.	<b>Voraussetzungen</b> .....	56
I.	ARBEITSVERTRAG .....	56
A.	Begriff .....	57
B.	Entstehung.....	57
C.	Typen.....	57
1.	Nichtiger Arbeitsvertrag .....	57
2.	Teilzeitarbeitsvertrag.....	57
3.	Kettenvertrag.....	59
4.	Heimarbeitsvertrag .....	59
5.	Handelsreisendervertrag.....	59
D.	Abgrenzung .....	60
1.	Privatrechtlicher Arbeitsvertrag .....	60
2.	Öffentlichrechtliches Anstellungsverhältnis .....	60
II.	BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES .....	61
A.	Endigungsgründe.....	61
B.	Keine Endigungsgründe .....	61

III.	DIENTSTJAHRE .....	62
A.	Gesetz .....	62
1.	Minstdauer .....	62
2.	Beginn des Arbeitsverhältnisses.....	63
a)	Vertragstheorie .....	63
b)	Eingliederungstheorie .....	63
3.	Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	64
4.	Vollendetes Dienstjahr .....	64
5.	Berechnung der Dauer des Arbeitsverhältnisses .....	65
a)	Lehrjahre .....	65
b)	Probezeit .....	65
c)	Teilzeitarbeit.....	66
d)	Unterbruch .....	66
e)	Arbeitgeberwechsel .....	71
aa)	Rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang.....	71
bb)	Übergang des Arbeitsverhältnisses von Gesetzes wegen ...	73
f)	Inhaltliche Änderung .....	74
g)	Änderung der Gesellschaftsform .....	75
h)	Kettenverträge .....	75
B.	Vertrag .....	75
IV.	MINDESTALTER DES ARBEITNEHMERS.....	75
A.	Gesetz .....	75
B.	Vertrag .....	76
V.	KUMULATIVE VORAUSSETZUNGEN.....	77
A.	Gesetz .....	77
B.	Vertrag .....	78
VI.	ABSCHLIESSENDE AUFZÄHLUNG.....	78
§ 4.	<b>Höhe, Herabsetzung und Wegfall der Abgangsent-</b> <b>schädigung .....</b>	<b>78</b>
I.	HÖHE .....	78
A.	Vereinbarung.....	79
1.	Art der Vereinbarung .....	79
2.	Mindesthöhe.....	80
3.	Höchsthöhe .....	81
4.	Form.....	81
B.	Keine Vereinbarung.....	83
1.	Richter .....	84
2.	Ermessensbegriff.....	84

3.	Mindesthöhe.....	85
4.	Höchsthöhe .....	86
5.	Würdigung aller Umstände.....	87
a)	Wirtschaftliches Fortkommen des Arbeitnehmers .....	88
b)	Höhe des Lohnes.....	88
c)	Alter.....	89
d)	Dienstjahre .....	90
e)	Zivilstand .....	91
f)	Unterstützungspflicht .....	92
g)	Berücksichtigung eines Dienstaltersgeschenkes.....	93
h)	Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers.....	94
i)	Persönliche Verhältnisse des Arbeitnehmers.....	95
k)	Stellung im Betrieb.....	96
l)	Verhalten des Arbeitnehmers.....	96
m)	Grund der Vertragsbeendigung.....	97
n)	Fehlen einer Pension.....	98
o)	GAV für Mitarbeiter des gleichen Betriebes.....	98
p)	Keine abschliessende Aufzählung.....	99
5.	Gewichtung einzelner Faktoren.....	99
6.	Abstellen auf eine Skala.....	100
a)	Zulässigkeit.....	100
b)	Skalen verschiedener Gerichte .....	101
aa)	Zürcher Skala.....	102
bb)	Berner Skala.....	103
cc)	Basler Skala.....	104
c)	Unterschiede zwischen den Skalen .....	105
d)	Eigene Skala .....	108
C.	Monatslohn .....	109
1.	Grundsatz: Letzter Lohn .....	109
2.	Ausnahme.....	110
3.	Bruttolohn .....	112
4.	Stundenlohn .....	113
a)	Begriff .....	113
b)	Berechnungsart für Monatslohn .....	113
5.	Lohnbestandteile.....	114
a)	Trinkgeld .....	114
aa)	Begriff.....	114
bb)	Rechtsnatur .....	115
cc)	Hinzurechnung bei der Abgangsentschädigung .....	115
b)	Gratifikation .....	115
aa)	Begriff.....	115
bb)	Rechtsnatur .....	116
cc)	Hinzurechnung bei der Abgangsentschädigung .....	116

c)	Provision.....	117
aa)	Begriff.....	117
bb)	Rechtsnatur .....	118
cc)	Hinzurechnung bei der Abgangsentschädigung .....	118
d)	Anteil am Geschäftsergebnis .....	118
aa)	Begriff.....	118
bb)	Rechtsnatur .....	119
cc)	Hinzurechnung bei der Abgangsentschädigung .....	119
e)	13. Monatslohn.....	119
aa)	Begriff.....	119
bb)	Rechtsnatur .....	119
cc)	Hinzurechnung bei der Abgangsentschädigung .....	120
f)	Auslagen (Aufwendungen, Spesen, Unkosten).....	120
aa)	Begriff.....	120
bb)	Rechtsnatur .....	121
cc)	Hinzurechnung bei der Abgangsentschädigung .....	121
g)	Familienzulagen .....	121
aa)	Begriff.....	121
bb)	Rechtsnatur .....	122
cc)	Hinzurechnung bei der Abgangsentschädigung .....	122
6.	Sozialversicherungsbeiträge.....	122
II.	HERABSETZUNG/WEGFALL .....	124
A.	Richterliches Ermessen .....	124
1.	Richter .....	124
2.	Ermessensbegriff.....	125
3.	Kann-Vorschrift.....	125
B.	Herabsetzung.....	125
C.	Wegfall .....	126
D.	Voraussetzung.....	126
1.	Kündigung durch Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund.....	127
a)	Kündigung.....	127
b)	Ohne wichtigen Grund .....	127
c)	Gerichtspraxis.....	129
2.	Fristlose Kündigung durch Arbeitgeber aus wichtigem Grund .....	130
a)	Fristlose Kündigung.....	131
b)	Wichtiger Grund .....	132
3.	Notlage des Arbeitgebers.....	133
a)	Begriff.....	133
b)	Kausalität zwischen Zahlung der Entschädigung und der Notlage.....	135
c)	Zeitpunkt.....	136



d)	Verschulden der Notlage .....	136
e)	Gerichtspraxis .....	137
f)	Konkurs .....	138
aa)	Keine Herabsetzung/Streichung .....	138
bb)	Kollokationsklasse .....	138
aaa)	1. Klasse .....	138
bbb)	2. Klasse .....	139
ccc)	Eigene Meinung .....	140
cc)	Konkurs des Arbeitnehmers .....	141
g)	Lohngefährdung (Art. 337a OR) .....	141
4.	Abschliessende Aufzählung .....	142
5.	Alternativität .....	142
<b>§ 5.</b>	<b>Anspruchsberechtigter und Schuldner .....</b>	<b>143</b>
<b>I.</b>	<b>ANSPRUCHSBERECHTIGTER .....</b>	<b>143</b>
<b>A.</b>	<b>Grundsatz: Arbeitnehmer .....</b>	<b>143</b>
<b>B.</b>	<b>Ausnahme .....</b>	<b>144</b>
<b>1.</b>	<b>Überlebender Ehegatte .....</b>	<b>145</b>
a)	Voraussetzung .....	145
aa)	Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod des Arbeitnehmers .....	145
bb)	Überlebender Ehegatte .....	145
cc)	Erbeigenschaft .....	146
aaa)	Lehre .....	146
bbb)	Rechtsprechung .....	147
ccc)	Eigene Meinung .....	147
b)	Keine Unterstützungsberechtigung vorausgesetzt .....	150
c)	Direkter Anspruch .....	150
<b>2.</b>	<b>Minderjährige Kinder .....</b>	<b>151</b>
a)	Begriff .....	151
b)	Voraussetzung .....	153
aa)	Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod des Arbeitnehmers .....	153
bb)	Kein überlebender Ehegatte .....	153
cc)	Erbeigenschaft .....	154
c)	Keine Unterstützungsberechtigung vorausgesetzt .....	154
<b>3.</b>	<b>Andere Personen .....</b>	<b>154</b>
a)	Begriff .....	154
b)	Voraussetzung .....	155
aa)	Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod des Arbeitnehmers .....	155
bb)	Fehlen anderer Anspruchsberechtigter .....	155

cc)	Unterstützungspflicht.....	155
aaa)	Rechtliche Pflicht.....	156
bbb)	Sittliche Pflicht.....	156
aaaa)	Lehre.....	156
bbbb)	Eigene Meinung.....	157
dd)	Unterstützung tatsächlich geleistet hat.....	159
c)	Keine Erbeigenschaft vorausgesetzt.....	159
4.	Andere Anspruchsberechtigte .....	160
5.	Mehrere Anspruchsberechtigte.....	160
a)	Verschiedener Stufen.....	160
b)	Gleicher Stufe.....	160
II.	SCHULDNER DER ABGANGSENTSCHÄDIGUNG.....	162
§ 6.	<b>Entstehung, Fälligkeit, Verzicht, Abtretung, Verpfändung, Verrechnung und Verjährung.....</b>	<b>163</b>
I.	ENTSTEHUNG .....	163
II.	FÄLLIGKEIT .....	164
A.	Grundsatz.....	164
B.	Ausnahme.....	165
1.	Vertrag .....	165
2.	Richter.....	165
C.	Anrechnung von Vorleistungen auf die Abgangsentschädigung.....	167
III.	VERZICHT.....	168
A.	Allgemeines.....	168
B.	Verhältnis Art. 339b Abs. 2 OR zu Art. 341 Abs. OR.....	169
IV.	ABTRETUNG UND VERPFÄNDUNG .....	170
V.	VERRECHNUNG .....	170
VI.	VERJÄHRUNG .....	170
A.	Verjährungsfrist.....	170
B.	Beginn der Verjährung .....	171
C.	Unterbrechung der Verjährungsfrist.....	172
§ 7.	<b>Rechtsmissbräuchliche Kündigung.....</b>	<b>172</b>
I.	ALLGEMEINES.....	172
II.	VEREITELUNGSKÜNDIGUNG (ART. 336 ABS. 1 LIT. C OR) ..	172

A.	Grundsatz .....	172
B.	Sanktionen .....	175
<b>§ 8.</b>	<b>Ersatzleistungen .....</b>	<b>175</b>
I.	BEGRIFF .....	175
II.	GESETZLICHE BESTIMMUNGEN .....	176
III.	ZIEL .....	177
IV.	VERRECHNUNG DER ABGANGSENTSCHÄDIGUNG .....	177
A.	Voraussetzung .....	177
1.	Leistungen der Personalvorsorgeeinrichtung .....	177
a)	Spareinrichtungen .....	178
b)	Versicherungseinrichtungen .....	178
c)	Risikoprämien .....	179
d)	Zins .....	180
e)	Berechnung .....	181
2.	Verbindliche Zusicherung künftiger Vorsorgeleistungen durch Arbeitgeber oder Dritte .....	182
a)	Verbindliche Zusicherung .....	183
b)	Künftige Vorsorgeleistungen .....	183
c)	Durch Arbeitgeber oder durch Dritte .....	183
aa)	Arbeitgeber .....	183
bb)	Dritte .....	184
<b>§ 9.</b>	<b>Gerichtsstand .....</b>	<b>185</b>
<b>§ 10.</b>	<b>Beweislast .....</b>	<b>185</b>
I.	ALLGEMEINES .....	185
II.	VORAUSSETZUNGEN, HÖHE UND FÄLLIGKEIT DER ABGANGSENTSCHÄDIGUNG .....	186
A.	Voraussetzungen .....	186
1.	Missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 OR .....	187
2.	Unterbruch des Arbeitsverhältnisses .....	188
B.	Höhe .....	188
C.	Fälligkeit .....	188
III.	VERRECHNUNG MIT VORSORGELEISTUNGEN .....	189

§ 11.	<b>Zwingende Vorschrift: Unabänderlichkeit zuungunsten des Arbeitnehmers (Art. 362 OR)</b> .....	189
I.	ARTIKEL 339b OR .....	189
II.	ARTIKEL 339c OR .....	190
III.	ARTIKEL 339d OR .....	191
§ 12.	<b>Anspruchskumulation</b> .....	192
I.	ARTIKEL 338 ABS. 2 OR.....	192
II.	ARTIKEL 328 OR.....	193
III.	ARTIKEL 41 OR.....	194
IV.	ARTIKEL 45 ABS. 3 UND ARTIKEL 47 OR.....	195
V.	ARTIKEL 337c OR .....	195
VI.	ARTIKEL 336a OR .....	196
§ 13.	<b>Rechtsvergleichung</b> .....	197
I.	DEUTSCHLAND .....	197
II.	ÖSTERREICH.....	198
2. Kapitel		
	ABGANGSENTSCHÄDIGUNG IN RECHTSPOLITISCHER HINSICHT .....	200
§ 14.	<b>Vertragsfreiheit</b> .....	200
§ 15.	<b>Arbeitsrecht als Sozialrecht</b> .....	201
I.	SOZIALPARTNERSCHAFT .....	201
II.	SCHUTZ DER SOZIAL SCHWÄCHEREN VERTRAGSPARTEI.....	202
§ 16.	<b>Interessen der Arbeitgeber</b> .....	202
§ 17.	<b>Interessenabwägung zwischen den sich widersprechenden Interessen</b> .....	202

## 2. Teil

	<b>ABGANGSENTSCHÄDIGUNG IN DER PRAXIS .....</b>	<b>205</b>
<b>§ 18.</b>	<b>Vertragstypen .....</b>	<b>205</b>
<b>I.</b>	<b>EINZELARBEITSVERTRAG .....</b>	<b>205</b>
<b>A.</b>	<b>Allgemeines .....</b>	<b>205</b>
<b>B.</b>	<b>Untersuchung .....</b>	<b>205</b>
1.	Umfrage .....	205
2.	Auswertung der Umfrage .....	207
a)	Gesetzliche Abgangsentschädigung .....	207
aa)	Haben Sie in den letzten zwei Jahren eine gesetzliche Abgangsentschädigung an Arbeitnehmer ausbezahlt?.....	207
bb)	Wird die Höhe der gesetzlichen Abgangsentschädigung durch schriftliche Abrede im Einzelarbeitsvertrag festgelegt? .....	207
cc)	Wird durch schriftliche Abrede im Einzelarbeitsvertrag eine spätere Fälligkeit für die gesetzliche Abgangsentschädigung vereinbart?.....	208
dd)	Verzichten Sie auf eine Anrechnung Ihrer Leistungen gemäss Art. 339d OR?.....	208
b)	Vertragliche oder freiwillige Abgangsentschädigung .....	208
aa)	Haben Sie in den letzten zwei Jahren eine vertragliche oder freiwillige Abgangsentschädigung an Arbeitnehmer ausbezahlt? .....	208
bb)	Wie setzen Sie die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Anspruch auf eine Abgangsentschädigung herab? .....	209
cc)	Beweggrund für eine vertragliche oder freiwillige Abgangsentschädigung? .....	209
dd)	Wann wird die vertragliche Abgangsentschädigung üblicherweise vereinbart? .....	210
ee)	Wie hoch ist die vertragliche oder freiwillige Abgangsentschädigung durchschnittlich?.....	210
ff)	Kommt die vertragliche oder freiwillige Abgangsentschädigung vorallem Kadermitgliedern zugute? .....	210
<b>II.</b>	<b>Gesamtarbeitsvertrag .....</b>	<b>211</b>
<b>A.</b>	<b>Allgemeines .....</b>	<b>211</b>
<b>B.</b>	<b>Untersuchung .....</b>	<b>211</b>
1.	Voraussetzungen der Abgangsentschädigung .....	211
a)	Änderung .....	211
b)	Andere .....	213

2.	Höhe der Abgangsentschädigung .....	213
a)	Basler Skala .....	214
b)	Skala Baugewerbe.....	215
c)	Berner Skala .....	216
d)	Zürcher Skala .....	216
e)	Unterschiede zwischen den Skalen .....	216
f)	Andere Skalen.....	217
aa)	Spannbreite der Abgangsentschädigung .....	218
aaa)	Abgangsentschädigung auf zwei Monatslöhne .....	218
bbb)	Abgangsentschädigung zwischen zwei und acht Monatslöhnen .....	219
ccc)	Abgangsentschädigung von mehr als acht Monatslöhnen .....	224
bb)	Bemessungskriterien für die Abgangsentschädigung.....	227
3.	Herabsetzungs- bzw. Wegfallgründe .....	227
4.	Verrechnung mit anderen Leistungen .....	228
5.	Anspruchsberechtigte.....	229
6.	Fälligkeit .....	230
3. Teil	<b>VORSCHLÄGE DE LEGE FERENDA.....</b>	<b>231</b>
Anhang 1	VERZEICHNIS DER GESAMTARBEITSVERTRÄGE UND NORMALARBEITSVERTRÄGE .....	233
Anhang 2	VERZEICHNIS DER GERICHTSURTEILE .....	235