



Sind Entschädigungen für Kündigungen massgebender Lohn?

Kündigt eine Arbeitgeberin aus missbräuchlichen Gründen oder fristlos, ohne dass dafür wichtige Gründe vorgelegen haben, zieht dies in aller Regel Entschädigungsfolgen nach sich. Dieser Kurzbeitrag befasst sich mit der Frage, ob solche Entschädigungen massgebenden Lohn darstellen und entsprechend Sozialversicherungsbeiträge darauf zu bezahlen sind.

■ Von Thomas Kälin

Massgebender Lohn nach schweizerischem Sozialversicherungsrecht

Vom Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit werden Sozialversicherungsbeiträge erhoben. Gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG¹ gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit.

Gemäss der Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML, Stand 1. Januar 2023, Rz. 2001) gehören Grundlohn, Entschädigungen und Zulagen mit Lohncharakter zum massgebenden Lohn, soweit sie nicht Unkosten darstellen.

Entschädigung für missbräuchliche oder ungerechtfertigte fristlose Kündigung

Das schweizerische private Arbeitsrecht kennt den Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Nach Art. 335 Abs. 1 OR² kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden. Das Vorliegen besonderer Gründe ist nicht erforderlich, wengleich die kündigende Partei der gekündigten Partei auf Verlangen die Kündigung schriftlich begründen muss (Art. 335 Abs. 2 OR). Liegt indes eine Kündigung aus missbräuchlichen Gründen im Sinne von Art. 336 OR vor, oder erfolgt die Kündigung fristlos, ohne dass ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR eine solche rechtfertigen würde, so kann dies zu Entschädigungsansprüchen führen:

Entschädigungspflicht bei missbräuchlicher Kündigung durch die Arbeitgeberin:

- Die Arbeitgeberin, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat dem Arbeitnehmer eine Entschädigung auszurichten (Art. 336a Abs. 1 OR).



- Das Gericht setzt die Entschädigung unter Würdigung aller Umstände fest. Die Entschädigung darf indes den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht; Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel sind vorbehalten (Art. 336a Abs. 2 OR).
- Im Falle einer missbräuchlichen Kündigung im Rahmen einer Massenentlassung ohne gesetzeskonform durchgeführte Konsultation darf die Entschädigung nicht mehr als den Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate betragen (Art. 336a Abs. 3 OR).

Entschädigungspflicht bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung durch die Arbeitgeberin:

- Das Gericht kann die Arbeitgeberin verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die es nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen (Art. 337c Abs. 3 OR).

Stellen diese Entschädigungen massgebenden Lohn dar?

Art. 7 lit. q AHVV³ führt Leistungen der Arbeitgeberin bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Bestandteile des massgebenden Lohns auf.⁴ Die vorliegend thematisierten Entschädigungen sind Folge einer durch die Arbeitgeberin ausgesprochenen Kündigung und sind durch diese geschuldet. Entsprechend stehen diese Leistungen unzweifelhaft im Zusammenhang mit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. «Lohncharakter» hat die Entschädigung für missbräuchliche oder ungerechtfertigte fristlose Kündigung indes nicht.

Gemäss Bundesrat ist die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung «eine zivilrechtliche Strafe, der Genugtuungs- und pönale Funktion zukommt».⁵ Auch die Entschädigung für eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung hat gemäss den bundesrätlichen Ausführungen «pönalen und Genugtuungscharakter».⁶

Auch nach **bundesgerichtlicher Rechtsprechung** haben die in Art. 336a und Art. 337c Abs. 3 OR geregelten Entschädigungen einen doppelten Zweck: Einerseits soll damit die Arbeitgeberin für die missbräuchliche bzw. ungerechtfertigte fristlose Kündigung bestraft werden, andererseits beinhaltet die Entschädigung einen Wiedergutmachungszweck.⁷ In einem aktuellen steuerrechtlichen Fall befasste sich das Bundesgericht mit einer vergleichsweise vereinbarten Entschädigung wegen behaupteter missbräuchlicher Kündigung. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der Entschädigung überwiegend der Charakter einer Genugtuungszahlung zukommt.⁸ In einer Medienmitteilung vom 29. November 2022 fügte das Bundesgericht an: «Die Entschädigung dient dem Zweck, den Arbeitnehmer für das Unrecht zu entschädigen, das er durch die missbräuchliche Entlassung erfahren hat. Daran ändert nichts, dass die Zahlung darüber



hinaus dazu dient, das Verhalten des Arbeitgebers zu sanktionieren.»

Das **Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV)** hielt in der WML Stand 1. Januar 2021 noch fest, dass die Entschädigung für missbräuchliche Kündigung bzw. für ungerechtfertigte fristlose Entlassung nicht zum massgebenden Lohn gehöre. Mit Wirkung per 1. Januar 2022 «präzisierte und ergänzte» das BSV die Wegleitung dahin gehend, dass bloss jene Entschädigungen nicht massgebenden Lohn darstellen, welche vom Gericht festgesetzt werden. Insbesondere würden Entschädigungen gestützt auf Vergleichsvereinbarungen der Beitragspflicht unterliegen, unabhängig davon, ob ein Gericht beim Vergleichsabschluss mitgewirkt hat.

Im Nachgang zum vorerwähnten steuerrechtlichen Entscheid des Bundesgerichts sah sich das BSV veranlasst, die WML erneut anzupassen. Rz. 2097 der WML lautet derzeit wie folgt:

- *«Nicht zum massgebenden Lohn gehören hingegen vom Richter festgesetzte Entschädigungen für missbräuchliche Kündigung nach Art. 336a Abs. 2 OR und für ungerechtfertigte Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Eine Entschädigung gemäss gerichtlichem oder aussergerichtlichem Vergleich ist nur dann vom massgebenden Lohn ausgenommen, wenn der Ausgleichskasse zweifelsohne dokumentiert wird:*
 - *dass es sich ausschliesslich um eine solche Entschädigung handelt und keine anderen Forderungspositionen (z.B. Überstundenentschädigung) miteingeschlossen sind und*
 - *dass das Ausmass der Entschädigung klar ausgewiesen ist.»*

Im Fazit sind die Ausgleichskassen gehalten, Entschädigungen für missbräuchliche bzw. ungerechtfertigte fristlose Entlassungen als vom massgebenden Lohn ausgenommen zu betrachten, sofern:

- ein Gericht die Entschädigung festgesetzt hat, oder
- eine Entschädigung vergleichsweise vereinbart wurde, wenn zweifelsohne dokumentiert ist, dass es sich ausschliesslich um eine solche Entschädigung handelt, und das Ausmass der Entschädigung klar ausgewiesen ist.

Empfehlung für Vergleichsfall

Die Fälle gerichtlicher Festsetzung dürften kaum für Unklarheiten sorgen. Verpflichtet ein Gericht eine Arbeitgeberin zur Zahlung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher oder ungerechtfertigter fristloser Kündigung, so sind keine Sozialabgaben auf diesem Entschädigungsbetrag geschuldet (weder arbeitgeber- noch arbeitnehmerseitig).

Unklarheiten könnten indes im Zusammenhang mit der vergleichswisen Vereinbarung entstehen, insbesondere sofern zwischen den Vergleichsparteien mehrere Forderungen strittig sind. Im Zusammenhang mit einer behaupteten ungerechtfertigten fristlosen Kündigung dürfte dies schon aufgrund der Schadenersatzansprüche nach Art. 337c Abs. 1 OR und der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR in aller Regel der Fall sein.

Die Ausgleichskassen dürften gestützt auf die WML verlangen, dass ihnen gegenüber *«zweifelsohne dokumentiert»* werde, dass es sich bei der infrage stehenden Zahlung *«ausschliesslich um eine solche Entschädigung handelt»* und dass das *«Ausmass der Entschädigung klar ausgewiesen wird»*.

Es wird sich zeigen, welche Anforderungen die Ausgleichskassen (und letztlich die Gerichte) an die «Dokumentationsobliegenheit» stellen. Jedenfalls ist bei Abschluss einer Vergleichsvereinbarung zu empfehlen, (i) die Entschädigungszahlung als solche zu benennen bzw. die Zahlung unter dem Titel Entschädigung zu leisten⁹ und (ii) von anderen For-

derungspositionen bzw. Vergleichszahlungen nachvollziehbar abzugrenzen.

Erläuterungsbedarf dürfte insbesondere dann bestehen, wenn zwischen den Parteien mehrere Forderungen strittig sind (z.B. Überstundenentschädigung, Bonus und Entschädigung für missbräuchliche Kündigung), die Vergleichssumme indes gesamthaft oder teilweise der Entschädigung zugeordnet wird und sozialversicherungs- (und steuer-)befreit sein soll. In einem solchen Fall ist es ratsam, wenn die Arbeitgeberin eine Übersicht erstellt, welche die verschiedenen Forderungspositionen enthält und Aufschluss darüber gibt, welchen Positionen welcher Vergleichsbetrag zugeordnet wird, allenfalls unter Angabe von Gründen.

FUSSNOTEN

- 1 Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10.
- 2 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.
- 3 Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.101.
- 4 Ausgenommen sind – die vorliegend nicht relevanten – Sozialleistungen bei ungenügender beruflicher Vorsorge gemäss Art. 8^{bis} AHVV sowie bei Entlassungen aus betrieblichen Gründen gemäss Art. 8^{ter} AHVV.
- 5 Botschaft zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht, BBl 1984 II 600.
- 6 BBl 1984 II 613.
- 7 Vgl. insbesondere BGE 123 III 391, E. 3.
- 8 Urteil vom 31. Oktober 2022 (2C_546/2021).
- 9 Dass die Arbeitgeberin eingesteht, missbräuchlich oder ungerechtfertigt fristlos gekündigt zu haben, ist nach meinem Dafürhalten nicht erforderlich. Es muss meines Erachtens genügen, dass die Entschädigung klarerweise in Zusammenhang mit einer diesbezüglich vom Arbeitnehmer gestellten Forderung steht.



AUTOR

Thomas Kälin, lic.iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht und Eidg. Dipl. Sozialversicherungsexperte, ist Partner und Head of Employment der Wirtschaftskanzlei MLL Legal in Zürich.

Impressum

Verlag WEKA Business Media AG
Hermetschloostrasse 77
CH-8048 Zürich
www.weka.ch

Herausgeber Stephan Bernhard

Redaktion Carla Seffinga

Publikation 10 × jährlich, Abonnement: CHF 98 – pro Jahr, Preise exkl. MWST und Versandkosten.

Als digitale Publikation erhältlich unter:
www.weka-library.ch

Bildrechte www.iStockphoto.com

Bestell-Nr. NL9105

© WEKA Business Media AG, Zürich, 2023

Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte vorbehalten, Nachdruck sowie Wiedergaben, auch auszugsweise, sind nicht gestattet. Die Definitionen, Empfehlungen und rechtlichen Informationen sind von den Autoren und vom Verlag auf ihre Korrektheit in jeder Beziehung sorgfältig recherchiert und geprüft worden. Trotz aller Sorgfalt kann eine Garantie für die Richtigkeit der Informationen nicht übernommen werden. Eine Haftung der Autoren bzw. des Verlags ist daher ausgeschlossen. Aus Platzgründen und zwecks besserer Lesbarkeit wurde meist die männliche Form verwendet. Die weibliche Form ist dabei selbstverständlich mitgemeint.