


Roger Rudolph

Dr. iur., RA
Partner bei Streiff Pellegrini &
von Kaenel, Wetzikon
www.streiffpartner.ch

Aktuelle Fragen im Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen zum sachlichen Kündigungsschutz

Das Arbeitsrecht ist wie kaum ein anderes Rechtsgebiet einem ständigen Wandel in der Rechtsprechung unterworfen. Dies gilt besonders für den sogenannten sachlichen Kündigungsschutz, welcher den Arbeitnehmer vor missbräuchlichen Kündigungen schützen soll. Der vorliegende Beitrag nimmt einige aktuelle Entwicklungen auf und bietet gleichzeitig Lösungsvorschläge für die Beratungspraxis.

1. Einleitung und rechtliche Grundlagen

1.1 Grundsatz der Kündigungsfreiheit

Das Arbeitsprivatrecht des Obligationenrechts (OR) ist geprägt vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Dieses Prinzip schlägt sich sowohl in formeller wie in inhaltlicher Hinsicht nieder. Die formelle Kündigungsfreiheit bedeutet, dass Arbeitsverhältnisse von beiden Vertragsparteien jederzeit unter Beachtung der anwendbaren Kündigungsfristen und -termine aufgelöst werden können, ohne dass dazu ein besonderes Verfahren einzuhalten wäre.¹ Kündigungen können somit sehr einfach, z.B. durch ein Einschreiben, mündlich im Gespräch oder gar per E-Mail oder SMS, ausgesprochen werden.² Inhaltlich zeigt sich die Kündigungsfreiheit darin, dass die Wirksamkeit einer Kündigung keine besondere sachliche Rechtfertigung voraussetzt. Eine Kündigung ist somit nach dem OR ohne Weiteres auch dann wirksam, wenn sie objektiv betrachtet als nicht notwendig oder gar unvernünftig erscheint. Anders ist die Rechtslage im öffentlichen Dienstrecht (früheres «Be-

amtenrecht»). Hier wird für die Auflösung von Dienstverhältnissen durch öffentlich-rechtlich organisierte Institutionen (z.B. Gemeinden, Kantone oder der Bund) auch heute noch ein sachlicher Grund vorausgesetzt.

1.2 Grenzen der Kündigungsfreiheit: Zeitlicher und sachlicher Kündigungsschutz

Dieses Prinzip der Kündigungsfreiheit ist in zweierlei Hinsicht eingeschränkt. Zunächst besteht – allerdings nur bei Arbeitgeberkündigungen – während bestimmter Sperrfristen wie Krankheit, Unfall oder Militärdienst ein zeitlich begrenzter Kündigungsschutz (sogenannter zeitlicher Kündigungsschutz; Art. 336c OR). Während solcher Sperrfristen ausgesprochene Kündigungen sind nichtig. Tritt die Sperrfrist (z.B. eine Erkrankung) erst während der Kündigungsfrist ein, bleibt die Kündigung zwar gültig, doch ruht die Kündigungsfrist während dieser Zeit, was zu einer entsprechenden Erstreckung des Arbeitsverhältnisses führt.

Die zweite Einschränkung der Kündigungsfreiheit besteht im sogenannten sachlichen Kündi-

gungsschutz. Dieser ist in Art. 336 bis 336b OR geregelt und wendet sich gegen Kündigungen, welche aus missbräuchlichen Motiven ausgesprochen werden. Art. 336 OR nennt im Sinne einer beispielhaften Aufzählung verschiedene Missbrauchstatbestände, z.B. Kündigungen wegen persönlicher Eigenschaften (z.B. wegen Homosexualität), wegen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte (z.B. Teilnahme an einer Demonstration), wegen Gewerkschaftszugehörigkeit, um die Entstehung von Rechtsansprüchen zu vereiteln (z.B. eine Kündigung unmittelbar vor dem für den Bonusanspruch massgeblichen Stichtag) oder wegen der Geltendmachung von arbeitsvertraglichen Ansprüchen (sogenannte Rache Kündigung).³ Erweist sich eine Kündigung tatsächlich als missbräuchlich, ändert dies zwar nichts an der Wirksamkeit der Kündigung, d.h. das Arbeitsverhältnis endet trotz Missbräuchlichkeit nach Ablauf der Kündigungsfrist. Es besteht mit anderen Worten kein Bestandesschutz. Die missbräuchlich gekündigte Partei hat aber einen Anspruch auf eine Strafzahlung in der Höhe von maximal sechs Monatslöhnen (Art. 336a OR).⁴

Dieser sachliche Kündigungsschutz des OR ist an sich paritätisch ausgestaltet, sodass in der Theorie auch eine Arbeitnehmerkündigung missbräuchlich sein könnte. Faktisch ist es allerdings so, dass sich dieser Kündigungsschutz auf einen reinen Arbeitnehmerschutz vor missbräuchlichen Kündigungen des Arbeitgebers beschränkt. Dieser Schutz erwies sich während langer Zeit als eine vergleichsweise stumpfe Waffe der von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmer. Seit einigen Jahren zeichnet sich nun aber in der Rechtsprechung eine Tendenz zu einer verschärften Handhabung dieser Kündigungsschutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmerschaft ab. Im Folgenden sollen einige ausgewählte Themenbereiche, welche von dieser Verschärfung besonders betroffen sind, näher beleuchtet werden.⁵

2. Missbräuchlichkeit von Kündigungen bei Konfliktsituationen am Arbeitsplatz

2.1 Übersicht über die neuere Rechtsprechung

In jüngerer Zeit sind verschiedentlich Urteile ergangen, welche Arbeitgeberkündigungen im Zusammenhang mit Führungsmängeln oder Spannungen am Arbeitsplatz für missbräuchlich erklärt haben. Einem Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Dezember 2007 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Zwischen einer neu eingestellten Leiterin Finanz- und Rechnungswesen und anderen Mitarbeiterinnen traten schon bald nach Stellenantritt Spannungen auf. Grund hierfür waren vor allem unklare Kompetenzabgrenzungen als Folge fehlender Stellenbeschreibungen. Um die Situation zu beruhigen, beauftragte der Betriebsleiter X. einen externen Coach Z., dessen Schlichtungsbemühungen aber fruchtlos blieben. Die Spannungen hielten an, worauf der Leiterin Finanz- und Rechnungswesen schliesslich ordentlich gekündigt wurde. Diese klagte daraufhin die Arbeitgeberin wegen missbräuchlicher Kündigung ein. Das Arbeitsgericht hiess die Klage gut und erzog:

«X. bevorzugte es aber, die Konfliktlösung an Z. (externen Coach) zu delegieren. Da die Lösung von Kompetenzkonflikten aufgrund unklarer Funktionsumschreibungen auch in den Rand- und nicht nur in den Kernbereichen durch einen aussen Stehenden, der nicht die Kompetenz zur Bestimmung von Verantwortlichkeiten hat, nicht möglich ist, kann diese Coaching-Massnahme nicht als angemessene und notwendige Konfliktlösung betrachtet werden. Die einzig richtige und angemessene Massnahme in einem solchen Fall wäre die klare Festlegung und Abgrenzung der Aufgabenbereiche der betroffenen Mit-

arbeiterinnen gewesen. (...) Hätte dies nicht gefruchtet und hätten immer noch Reibereien stattgefunden, hätte die Klägerin aufgrund einer allfälligen Inkompatibilität der Charaktere ohne Weiteres, auch ohne ein Coaching, entlassen werden können. (...) Die Beklagte entliess die Klägerin somit aufgrund eines von ihr ausgelösten Konfliktes (...), ohne die einzig angemessene, notwendige und zumutbare Massnahme zur Lösung des Konflikts zu ergreifen (...). Und dies, obwohl die Klägerin mehrfach zu verstehen gegeben hat, dass sie sich Unterstützung seitens der Beklagten in diesem Konflikt in der Form wünscht, dass die Zusammenarbeit der Mitarbeiterinnen gefördert würde.»

In ähnlicher Weise argumentiert das Bundesgericht bei Konfliktsituationen zwischen Arbeitnehmern. Danach habe der Arbeitgeber in solchen Fällen aufgrund seiner Fürsorgepflicht zunächst sämtliche ihm zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um den Konflikt zu entschärfen. Tue er dies nicht und greife er stattdessen gleich oder zu früh zur Kündigung, erweise sich die Kündigung als missbräuchlich.⁶

2.2 Fazit und Empfehlungen für die Beratungspraxis

Die zitierte Rechtsprechung hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck: Sicher sind Konstellationen denkbar, bei denen eine Missbräuchlichkeit darin gesehen werden muss, dass der Arbeitgeber, ohne auch nur elementarste Schlichtungs- oder Abklärungsbemühungen zu unternehmen, einfach den erstbesten und möglicherweise ganz und gar unschuldigen Arbeitnehmer entlässt. Die Absolutheit, wie namentlich der zuvor zitierte Entscheid des Bundesgerichts eine Schlichtungspflicht proklamiert, stellt indessen eine Überdehnung der Fürsorgepflicht dar. Insbesondere lässt sich aus der Fürsorgepflicht keine allgemeine Pflicht des Arbeitgebers zur Durchführung von Aussöhnungsversuchen oder gar Mediationsverfahren ableiten.⁷ Stattdessen hat stets eine Einzelfallbeurteilung Platz zu greifen, die – im Ausnahmefall – in Abweichung von der grundsätzlichen Kündigungsfreiheit solche vorgängigen Massnahmen gebieten kann. Eine zweite Präzisierung betrifft die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers für den Fall, dass Schlichtungs- bzw. Abklärungsbemühungen zwar erfolgt sind, diese aber zu keinem Erfolg bzw. Ergebnis geführt haben. Halten die Spannungen an und lassen sich Opfer- und Täterrolle nicht eindeutig zuordnen, muss es dem Arbeitgeber freistehen, die nach seiner Einschätzung notwendig scheinenden Kündigungen auszusprechen.⁸

Auch wenn die zitierte Rechtsprechung teils kritisch zu hinterfragen ist, sind vorsichtige Arbeitgeber gut beraten, bei Konfliktsituationen zumindest kurz innezuhalten, bevor Kündigungen

ausgesprochen werden. Falls in der Folge tatsächlich Schlichtungs- bzw. Abklärungsbemühungen unternommen werden, sollten diese für den Streitfall auch dokumentiert werden, z.B. durch Sitzungsprotokolle, Aktennotizen oder Abmahnungsschreiben.

3. Missbräuchlichkeit von Kündigungen im Zusammenhang mit Vertragsverschlechterungen

3.1 Allgemeines

Gerade in konjunkturell schwierigeren Zeiten sind Arbeitgeber versucht und manchmal auch gezwungen, ihren Mitarbeitern kurzfristig Vertragsverschlechterungen zuzumuten, z.B. durch Lohnreduktionen oder Streichung von Fringe Benefits wie Essensvergünstigungen, zusätzliche Ferienwochen oder Überlassung von Geschäftsfahrzeugen zum privaten Gebrauch. Dazu stehen einem Arbeitgeber grundsätzlich zwei Varianten zur Verfügung, eine einvernehmliche und eine einseitige: Entweder einigt er sich mit seinen Arbeitnehmern auf eine einvernehmliche Vertragsänderung, oder aber der Arbeitgeber spricht eine sogenannte Änderungskündigung aus, d.h. er kündigt den Vertrag einseitig und bietet dem Arbeitnehmer gleichzeitig einen neuen Vertrag mit den veränderten Konditionen an. Unter Missbrauchsaspekten lauern hier in zweierlei Hinsicht Fallstricke: einerseits in Bezug auf den Zeitpunkt der Inkraftsetzung solcher Vertragsverschlechterungen, andererseits bezüglich der grundsätzlichen Zulässigkeit von Änderungskündigungen.

3.2 Missbräuchlichkeit von Kündigungen infolge versuchter kurzfristiger Durchsetzung einer Vertragsverschlechterung

Als Grundsatz gilt, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer jederzeit auf eine Vertragsänderung einigen können. Dies gilt auch für Vertragsverschlechterungen zulasten des Arbeitnehmers. Somit ist mit Zustimmung des Arbeitnehmers z.B. eine Lohnreduktion um 10% jederzeit gültig und kann auch mit sofortiger Wirkung in Kraft gesetzt werden. Kritisch wird es für einen Arbeitgeber aber immer dann, wenn ein Arbeitnehmer eine solche Vertragsofferte ablehnt, er also seine Zustimmung verweigert. Schreitet der Arbeitgeber daraufhin zur Kündigung (sei es zur definitiven Kündigung oder zur Änderungskündigung), würde eine solche Kündigung von den Gerichten als missbräuchlich beurteilt. Die Praxis zeigt, dass sich viele Arbeitgeber dieser Gefahr nicht bewusst sind.

Der Grund für die Annahme von Missbräuchlichkeit ist folgender: Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, einer Vertragsänderung zu seinen Las-

ten zuzustimmen, schon gar nicht einer solchen, welche ohne Respektierung der hypothetisch einzuhaltenden Kündigungsfrist in Kraft gesetzt werden soll. Wenn sich der Arbeitnehmer nun weigert, einer solchen kurzfristigen Verschlechterung zuzustimmen, ist dies also sein gutes Recht. Spricht der Arbeitgeber als Reaktion auf diese Weigerung eine Kündigung aus, stellt dies nach der Rechtsprechung eine Rache Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR aus. Will ein Arbeitgeber dieses Risiko ausschliessen, so hat er sicherzustellen, dass zwischen dem Vorlegen der Vertragsänderung und der Inkraftsetzung der Änderung die hypothetische Kündigungsfrist abgewartet wird.⁹ Auch in diesem Fall steht es dem Arbeitnehmer zwar frei, ob er die Vertragsänderung annehmen will oder nicht. Lehnt er sie aber ab, kann der Arbeitgeber in diesem Fall ohne Gefahr der Missbräuchlichkeit die Kündigung aussprechen. Denn in dieser Konstellation entfällt das verpönte Element der kurzfristig versuchten Vertragsverschlechterung bzw. der damit verbundenen Abstrafung des Arbeitnehmers, nachdem dieser die Vertragsänderung nicht akzeptiert hat.

3.3 Missbräuchlichkeit von Änderungskündigungen

Als Änderungskündigungen werden bedingte Kündigungen bezeichnet, welche nicht darauf abzielen, das Arbeitsverhältnis effektiv aufzulösen, sondern dazu dienen, geänderte Vertragsmodalitäten durchzusetzen. Die Praxis kennt verschiedene Formen von Änderungskündigungen. Die vielleicht häufigste Variante besteht darin, dass das bestehende Arbeitsverhältnis gekündigt wird und dem Kündigungsschreiben gleichzeitig ein neuer Vertrag mit den geänderten Vertragskonditionen zur Annahme vorgelegt wird. Nimmt der Arbeitnehmer den neuen Vertrag an, wird das Arbeitsverhältnis fortgesetzt. Lehnt er ihn ab, endet das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist.

Änderungskündigungen sind nach Lehre und Rechtsprechung trotz der damit verbundenen Druckausübung grundsätzlich zulässig. Das Bundesgericht bringt allerdings eine Ausnahme an: Sofern mit der Änderungskündigung eine unbillige Verschlechterung zulasten des Vertragspartners durchgesetzt werden soll, müssen dafür betriebliche oder marktbedingte Gründe bestehen. Ist dies nicht der Fall, soll die Änderungskündigung nach Auffassung des Bundesgerichts missbräuchlich sein. Wenn also z.B. ein bestens prosperierendes Unternehmen ohne jede betriebliche oder marktbedingte Begründung via Änderungskündigung eine Lohnreduktion von z.B. 30% durchsetzen will, droht nach dieser Rechtsprechung die Annahme von Missbräuchlichkeit.

Dazu ist Folgendes zu sagen: Richtig ist sicher, dass auch Änderungskündigungen wie

gewöhnliche Kündigungen missbräuchlich sein können.¹⁰ Mit der Einführung des Kriteriums der «betrieblichen oder marktbedingten Gründe» betritt das Bundesgericht allerdings gefährliches Terrain, denn es kann nicht Aufgabe des Richters sein, die Angemessenheit einer unternehmerischen Entscheids zu überprüfen.¹¹ Trotz dieser Bedenken muss die Rechtsprechung des Bundesgerichts bis auf Weiteres aber als gegeben akzeptiert werden. In den meisten Fällen werden aber ohnehin betriebliche oder marktbedingte Gründe für eine die Vertragskonditionen verschlechternde Änderungskündigung ursächlich sein, sodass sich das Problem hier gar nicht stellt. Gleich verhält es sich, wenn die Änderungskündigung gar keine oder nur geringfügige Verschlechterungen zur Folge hat.

4. Missbräuchlichkeit von Kündigungen als Folge des Kündigungsverfahrens

4.1 Allgemeines

Auch wenn sich dies nicht ohne Weiteres aus dem Wortlaut von Art. 336 OR erschliesst, ist heute anerkannt, dass eine Kündigung nicht nur wegen des ihr zugrunde liegenden Kündigungsmotivs missbräuchlich sein kann, sondern dass auch die Art und Weise, wie die kündigende Partei ihr Kündigungsrecht ausübt, eine Kündigung als missbräuchlich erscheinen lassen kann.¹² Diese Ausdehnung über den strengen Wortlaut des Gesetzestextes hinaus ist gerechtfertigt, da eine rücksichtslose Vorgehensweise beim Aussprechen der Kündigung den betroffenen Arbeitnehmer nicht weniger in seiner Persönlichkeit treffen kann als die in Art. 336 OR explizit erwähnten Missbrauchstatbestände.¹³ Ein Anwendungsfall eines solchen missbräuchlichen Vorgehens läge etwa dann vor, wenn ein aus heiterem Himmel gekündigter Arbeitnehmer ohne jede sachliche Begründung unter Bewachung seines Chefs seinen Arbeitsplatz räumen muss und danach wie ein Delinquent bis zum Gebäudeausgang eskortiert wird, damit er sich nicht mehr von seinen Arbeitskollegen verabschieden kann. Wenn dann auch noch mittels einer Mitarbeiterinformation

auf dem Intranet nachgedoppelt wird und dadurch zumindest zwischen den Zeilen der Eindruck erweckt wird, der Gekündigte habe sich etwas zuschulden kommen lassen, kann die Missbräuchlichkeit eines solchen Vorgehens nicht mehr zweifelhaft sein.^{14 15}

Solche krassen Fälle sind glücklicherweise die Ausnahme. Im Zentrum der arbeitsrechtlichen Diskussion steht denn auch vielmehr die Frage, ob und inwiefern bei mehr oder weniger «normalen» Kündigungsvorgängen Missbräuchlichkeit aufgrund der Vorgehensweise vorliegen kann. Anders formuliert geht es um die Frage, ob ein Arbeitgeber beim Aussprechen einer Kündigung einen gewissen Mindeststandard einzuhalten hat, will er sich nicht dem Vorwurf missbräuchlicher Vorgehensweise aussetzen. Muss der Arbeitgeber z.B. den Arbeitnehmer vorgängig anhören, ihn gegebenenfalls zuerst verwarnen und ihm eine Bewährungsfrist ansetzen? Trifft den Arbeitgeber gar eine allgemeine Pflicht, zuerst mildere Massnahmen wie z.B. eine Verwarnung oder eine betriebsinterne Versetzung zu ergreifen, bevor er die Kündigung ausspricht? Diese für die Praxis wichtigen Fragen sollen anhand der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts etwas näher beleuchtet werden.

4.2 Bundesgerichtsentscheid

4C.174/2004 vom 5. August 2004

Einem Filialleiter eines Elektronikgeschäfts wurde ohne jede Anhörung gekündigt, weil der Verdacht bestand, dass er Artikel aus dem Sortiment gestohlen bzw. veruntreut hatte. Dieser Verdacht konnte in der Folge trotz eingeleitetem Strafverfahren nicht erhärtet werden. Daraufhin klagte der Arbeitnehmer wegen Missbräuchlichkeit der Kündigung auf Zusprechung der maximalen Pönalzahlung von sechs Monatslöhnen. Unter anderem machte er geltend, der Arbeitgeber habe das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzt, indem er die Kündigung ausgesprochen habe, ohne vorher das Gespräch mit dem Arbeitnehmer zu suchen. Das Bundesgericht nahm zu diesem Argument wie folgt Stellung:

«Es ist ihm [dem Arbeitnehmer; Anmerkung des Verfassers] zuzugestehen, dass dieses Vorgehen wenig verständlich ist. Einem gesitteten Vorgehen im Geschäftsverkehr entspricht es grundsätzlich, das Gespräch mit der Gegenpartei zu suchen, bevor Schritte ergriffen werden, die für die andere Partei dramatische Folgen haben können. Es ist aber zwischen einem unanständigen und einem rechtswidrigen Verhalten zu unterscheiden. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, jedes Fehlverhalten zu sanktionieren. (...) Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht sieht eine Anhörungspflicht vor der Kündigung nun aber gerade nicht vor. (...) Die Beklagte muss sich vorwerfen lassen, dass es kaum als

anständig bezeichnet werden kann, das Gespräch mit dem Kläger nicht einmal gesucht zu haben. Ob es nicht schonendere Möglichkeiten gegeben hätte, die erhobenen Vorwürfe abzuklären, bleibt offen. (...) Das reicht aber mit Blick auf das in der Schweiz geltende Prinzip der Kündigungsfreiheit nicht, um eine Missbräuchlichkeit der Kündigung anzunehmen.»

Das Bundesgericht hielt in diesem Entscheid ebenso prägnant wie zutreffend fest, dass eine unanständige Kündigung noch keine missbräuchliche Kündigung sein müsse. Ferner bestehe auch keine Rechtspflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer vor Aussprechen einer Kündigung anzuhören. Schliesslich, so das Bundesgericht anderorts in den Erwägungen, könne auch im Erstaten einer Strafanzeige durch den Arbeitgeber keine Missbräuchlichkeit gesehen werden.¹⁶ Folgerichtig wurde die Kündigung als rechtmässig taxiert und die Berufung des Arbeitnehmers abgewiesen.

4.3 Bundesgerichtsentscheid BGE 132 III 115 ff. vom 20. Dezember 2005

Kaum ein Jahr später setzte das Bundesgericht in einem bis heute viel diskutierten Fall zu einem veritablen Paukenschlag an: Ein Heizungsmonteur stand seit 44 klaglosen Dienstjahren ununterbrochen in den Diensten seiner Arbeitgeberin. Vierzehn Monate vor der Pensionierung kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis. Auch in diesem Fall war auf eine vorgängige Anhörung verzichtet worden. Der Hintergrund der Kündigung war einerseits, dass es zwischen dem Arbeitnehmer und einem nicht direkt vorgesetzten Serviceleiter zu Spannungen gekommen war. Andererseits weigerte sich der Arbeitnehmer, gewisse Massnahmen zur Produktivitätssteigerung mitzutragen.

Vor dem Hintergrund des zuvor erörterten Entscheids aus dem Jahr 2004 wäre zu erwarten gewesen, dass das Bundesgericht zwar auch hier auf ein unanständiges Verhalten schliessen würde, dass aber aus den nämlichen Erwägungen das Vorliegen einer Missbräuchlichkeit im Rechtssinne ebenfalls verneint würde. So sahen es denn auch schon die beiden Vorinstanzen, welche die Missbrauchsklage des Arbeitnehmers abgewiesen hatten. Ganz anders nun aber das Bundesgericht: Dieses hiess nicht nur die Berufung des Arbeitnehmers gut, sondern sprach ihm gleich noch die maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen zu. Der Kern der Erwägungen des Bundesgerichts lautete wie folgt:

«Hinzu kommt, dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben (vorliegend 44 Jahre) im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt. (...) Darüber hinaus hat die Beklagte das Gebot der schonenden Rechtsausübung krass verletzt, indem sie den Kläger, ohne jegli-

ches Vorgespräch und ohne auch nur den Versuch einer sozial verträglicheren Lösung zu unternehmen, unter sofortiger Freistellung entliess. (...) Schliesslich ist auch die Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung aufgrund des krassen Missverhältnisses der auf dem Spiele stehenden Interessen offenkundig. Dem eminenten Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages des Klägers, dem es angesichts seines Alters kaum gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden, und der mit Einbussen bei den Einkommenserstattleistungen zu rechnen haben wird, steht nach dem Gesagten kein schützenswertes Interesse der Beklagten gegenüber.»

Dieser Entscheid des Bundesgerichts ist vor allem in zweierlei Hinsicht bemerkenswert: Einerseits wurde entgegen dem Entscheid vom 5. August 2004 nun doch eine vorgängige Pflicht des Arbeitgebers zur Anhörung bejaht. Andererseits – und von noch grösserem Gewicht – übertrug das Bundesgericht dem Arbeitgeber auch eine Pflicht, zuerst nach einer sozial verträglicheren Lösung zu suchen (z.B. eine innerbetriebliche Versetzung), bevor er zur Kündigung schritt. Damit bejahte das Bundesgericht im Ergebnis eine Pflicht des Arbeitgebers, eine erwogene Kündigung vorab einer Verhältnismässigkeitskontrolle zu unterziehen.

4.4 Weitere Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Sosehr die Erwägungen des Bundesgerichts im Entscheid vom 20. Dezember 2005 nachvollziehbar sind (es sei nochmals an die klaglosen 44 Dienstjahre erinnert), lassen sie sich nur schwer mit dem Grundsatz der formellen und materiellen Kündigungsfreiheit vereinbaren. Es erstaunte daher nicht, dass das Bundesgericht schon bald darauf die Gelegenheit wahrnahm, die Präjudizienwirkung seines Entscheids zu relativieren. Es tat dies, indem es in einem Fall aus dem Jahr 2008¹⁷ betonte, dass die Umstände im Entscheid vom 20. Dezember 2005 ausserordentlich bzw. extrem waren («exceptionnel», «extrême»). Entsprechend berief sich der 55-jährige Uhrenmechaniker, der nach 27 Dienstjahren entlassen wurde, erfolglos auf den Entscheid vom 20. Dezember 2005. Die Kündigung wurde vom Bundesgericht für rechtmässig erklärt und ausserdem ausdrücklich festgehalten, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet sei, den Arbeitnehmer vor Aussprechen einer Kündigung schriftlich zu warnen. Nicht besser erging es einem 57-jährigen Offsetdrucker, dem nach 33 Dienstjahren aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt wurde.¹⁸ Auch er berief sich erfolglos auf den Entscheid vom 20. Dezember 2005. Dies zum einen deshalb, weil dem Arbeitnehmer der Beweis nicht gelang, dass die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung in einer anderen Funktion ernsthaft bestand. Im Übrigen, so das Bun-

desgericht kurz und bündig weiter, sei jede Analogie zum Entscheid vom 20. Dezember 2005 ausgeschlossen, wenn bis zur Pensionierung noch acht Jahre fehlten.

4.5 Fazit

Nach der Präzisierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vorstehend 4.4) ist weiterhin davon auszugehen, dass arbeitsrechtliche Kündigungen grundsätzlich keinen besonderen Verfahrensvorschriften zu genügen haben. Weder besteht eine Rechtspflicht zur vorgängigen Anhörung, noch muss ein Arbeitgeber zuerst eine Verwarnung mit Bewährungsfrist ansetzen. Ebenso wenig trifft den Arbeitgeber eine allgemeine Pflicht, eine erwogene Kündigung einer Verhältnismässigkeitskontrolle zu unterziehen und gegebenenfalls zuerst mildere Massnahmen zu ergreifen (z.B. Verweis, Versetzung). Ausnahmen von diesen Grundsätzen sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwar möglich, allerdings nur in sehr engen Grenzen.¹⁹

5. Missbräuchlichkeit von Kündigung und Whistleblowing

Zum Schluss dieser Betrachtungen sei noch erwähnt, dass auch die Entlassung von sogenannten «Whistleblowern» unter die Missbrauchsgesetzgebung des Art. 336 OR fallen kann, also von Arbeitnehmern, die zunächst intern gegen illegale Praktiken im Betrieb ankämpfen und danach allenfalls auch zu einer Anzeige bei externen Stellen (Behörden, Medien) schreiten.²⁰

Erste solche Whistleblowingfälle wurden bereits entschieden. So hat das Bundesgericht erst kürzlich in einem Entscheid vom 8. Juli 2008²¹ eine Entlassung eines Bankangestellten für missbräuchlich erklärt, der gutgläubig einen Anwalt der Bank über seinen Verdacht informiert hat, dass ein Direktor der Bank strafbare Handlungen begangen habe. Eine solche Meldung stelle keine Pflichtverletzung des Bankangestellten dar. Deshalb und weil die Kündigung offenbar in demütigender Art und Weise ausgesprochen und dem Bankangestellten auch nicht die Möglichkeit zur Erklärung eingeräumt wurde, wurde die Kündigung vom Bundesgericht als missbräuchlich taxiert.

Zu ergänzen ist schliesslich, dass sich die Schweiz derzeit mitten auf dem Weg zu einer Whistleblowinggesetzgebung befindet. Die Vernehmlassungsfrist endete am 31. März 2009. Der Gesetzesentwurf sieht in einem neuen Art. 321a^{bis} OR vor, dass Whistleblowing dann zulässig und keine Verletzung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht sein soll, wenn der Arbeitnehmer eine gesetzlich vorgegebene Meldekaskade einhält. Nach dieser hat der Arbeitnehmer, der Missstände im Betrieb feststellt, im Regel-

fall immer zuerst den Arbeitgeber darauf hinzuweisen. Eine Meldung an Behörden oder – in zweiter Linie – an die Öffentlichkeit (insbesondere an Medien) ist nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses möglich und setzt weiter voraus, dass der Arbeitgeber nicht selber innert angemessener Frist Massnahmen zur Beseitigung des Missstands ergreift, eine solche Reaktion von vornherein nicht zu erwarten ist, die Vereitelung der Strafverfolgung droht oder Gefahr in Verzug ist. Ferner sieht der Entwurf vor, dass durch Einfügung eines neuen Art. 336 Abs. 2 lit. d OR klargestellt wird, dass eine Kündigung als Folge einer rechtmässigen Whistleblowingmeldung eine missbräuchliche Kündigung darstellt. Damit ist auch gesagt, dass auch in Bezug auf Whistleblowingkündigungen am gesetzlichen Konzept des OR festgehalten werden soll, dass solche missbräuchliche Kündigungen gültig bleiben und lediglich Entschädigungszahlungen auslösen können.²²

Ob und in welcher Form das Projekt tatsächlich je zu Gesetzesbuchstabe wird, ist derzeit offen. Nicht ganz zu Unrecht wurden im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens kritische Stimmen laut, welche die Notwendigkeit einer solchen Regelung ganz grundsätzlich hinterfragen. In der Tat sprechen gute Gründe dafür, dass die im Grossen und Ganzen bewährte dynamische

Auslegung von Art. 336 OR durch die Gerichte genügt, um auch das Phänomen des Whistleblowings einer angemessenen und praxistauglichen Regelung zuzuführen.²³ ■

¹ Eine Ausnahme gilt für Massenentlassungen nach Art. 335d bis Art. 335g OR, bei welchen besondere Informations- und Konsultationspflichten zu beachten sind.

² Die letzteren Varianten sind unter Beweisaspekten – der Kündigende muss im Streitfall den Zugang der Kündigung beim Empfänger beweisen können – freilich heikel.

³ Zu betonen ist, dass auch dieser Kündigungsschutz nichts daran ändert, dass das Kündigungsrecht des OR keinen sachlichen Kündigungsgrund voraussetzt. Nach wie vor gilt, dass auch eine sachlich nicht nachvollziehbare Kündigung durchaus rechtmässig ist, solange sie nicht als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR taxiert werden muss. Das Fehlen eines sachlichen Kündigungsgrunds stellt mit anderen Worten noch keine Missbräuchlichkeit im Sinne des OR dar.

⁴ Das vom Gekündigten einzuhaltende Verfahren, welches er zur Geltendmachung eines solchen Anspruchs einzuhalten hat, ist in Art. 336b OR geregelt: Schriftliche Einsprache bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sowie kumulativ Klage innert 180 Tagen seit Arbeitsvertragsende.

⁵ Die nachfolgend diskutierten Urteile des Bundesgerichts sind auf dessen Website www.bger.ch > Rechtsprechung (gratis) abrufbar.

⁶ Bundesgerichtsurteil BGE 132 III 115 vom 20. Dezember 2005; ebenso BGE 125 III 70.

⁷ Ebenso Arbeitsgericht Zürich, in: JAR 2004, S. 602 f.

⁸ Gleicher Meinung das Arbeitsgericht Zürich, in: JAR 2003, S. 245.

⁹ Beispiel: Bei einer Kündigungsfrist von drei Monaten dürfte eine Mitte August zur Gegenzeichnung vorgelegte Vertragsänderung frühestens per 1. Dezember in Kraft gesetzt werden.

¹⁰ Z.B. dann, wenn eine via Änderungskündigung angestrebte Lohnreduktion dazu dient, einen Arbeitnehmer für seine zuvor geltend gemachten Überstundenansprüche abzustrafen (Rachekündigung).

¹¹ Weiterführend dazu Kommentar Streiff/von Kaenel, 6. Auflage 2006, N 4 zu Art. 336 OR.

¹² Bundesgerichtsentscheide BGE 118 II 157, 125 III 70, 132 III 115.

¹³ Dazu kommt, dass die Aufzählung in Art. 336 OR nach herrschender Rechtsauffassung nicht abschliessend zu verstehen ist. Es bleibt damit Raum für die Schaffung neuer Tatbestände durch Richterrecht, wobei zu Recht gefordert wird, dass sich die Gerichte hier einer gewissen Zurückhaltung zu befleissigen haben.

¹⁴ Ganz anders ist die Situation dann, wenn sachliche Gründe eine solche Vorgehensweise als notwendig erscheinen lassen, z.B. wenn deliktische Handlungen am Arbeitsplatz festgestellt wurden und nur durch eine unverzügliche Sperrung des Zugangs zum Arbeitsplatz mutmasslich weiterer Schaden abgewendet werden kann.

¹⁵ Nicht zu beanstanden ist die Freistellung als solche, da nach heute nach wie vor überwiegender Rechtsauffassung im Regelfall kein Anspruch auf effektive Beschäftigung besteht.

¹⁶ Dieses Urteil und seine dazugehörigen Erwägungen standen im Einklang mit der überwiegenden arbeitsrechtlichen Literatur.

¹⁷ Urteil 4A_419/2007 vom 29. Januar 2008.

¹⁸ Urteil 4A_72/2008 vom 2. April 2008.

¹⁹ Als weitere Ausnahme können die Schlichtungs- und Abklärungspflichten bei Konfliktsituationen am Arbeitsplatz angesehen werden. Vgl. dazu Punkt 2.

²⁰ Kommentar Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 8 zu Art. 336 OR.

²¹ Bundesgerichtsentscheid 4A_2/2008 vom 8. Juli 2008.

²² Der Gesetzesentwurf ist abrufbar unter www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/pressemitteilung/2008/pm_2008-12-05.Par.0004.File.tmp/entw-d.pdf. Weiterführend zum Ganzen der Vorentwurf der Bundesverwaltung, abrufbar unter www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/pressemitteilung/2008/pm_2008-12-05.Par.0001.File.tmp/vn-ber-d.pdf.

²³ Ein guter Beleg ist das zuvor erwähnte Fallbeispiel.