



DIKE VERLAG AG
CH-8853 LACHEN



AJP/PJA 2006 S. 611-613

BUNDESGERICHT, 4. ZIVILABTEILUNG, 20.12.2005, I.S. X. C. A. AG, BERUFUNG (BGE 4C.215/2005).

Wirtschaftsrecht.

Arbeitsrecht.

(7) Missbräuchlichkeit der Kündigung bei einer Betriebszugehörigkeit von 44 Jahren, 10 Monate vor der geplanten Pensionierung.

Bemerkungen von Dr. iur. CHRISTOPH SENTI, Rechtsanwalt, Altstätten/St. Gallen

**** AJP/PJA 2006 Seite 611 ****

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Einem Arbeitnehmer (Kläger) wurde nach einer Betriebszugehörigkeit von 44 Jahren, am 25. April 2002 per 31. Juli 2002, gekündigt. Er hatte ursprünglich geplant, bei Erreichen seines 45. Dienstjahres (Ende Mai 2003) und damit 4 Monate vor seinem Eintritt ins AHV-Alter, in Pension zu gehen. Die Arbeitgeberin (Beklagte) begründete die Kündigung mit der ständig negativen Einstellung neuen Projekten gegenüber, welche sowohl für die Vorgesetzten als auch für die anderen Mitarbeitenden sehr demotivierend sei. Zudem wurde dem Kläger eine schlechte Arbeitsleistung vorgeworfen und zur Last gelegt, dass er sich gegen die praktische Anwendung einer neuen Arbeitszeitregelung zur Wehr setze.

Während die erste Instanz die Kündigung als rechtsmissbräuchlich qualifizierte, anerkannte der Appellationshof des Berner Obergerichts das Verhalten der Arbeitgeberin als zulässig, da das schlechte Verhältnis zwischen dem Kläger und seinem Vorgesetzten der Grund für die Kündigung war und der Arbeitnehmer nicht nachweisen konnte, dass die Kündigung aufgrund seines Alters ausgesprochen wurde.

Diesen Entscheid revidierte das Bundesgericht, indem es die Kündigung als rechtsmissbräuchlich erklärte und dem Gekündigten die maximale Pönale von 6 Monatslöhnen zusprach.

Bemerkungen:

In den einleitenden Erwägungen führt das Bundesgericht aus, eine missbräuchliche Kündigung sei in zweierlei Hinsicht möglich: Erstens kann das Kündigungsmotiv

**** AJP/PJA 2006 Seite 612 ****

missbräuchlich sein und zweitens ist eine Kündigung auch dann unzulässig, wenn sie zwar aus rechtmässigen Gründen erklärt wird, jedoch die Art und Weise der Rechtsausübung missbräuchlich ist. Letzteres ergibt sich nach Ansicht des Bundesgerichts aus dem Gebot der schonenden Rechtsausübung, welches verbietet, ein falsches oder verdecktes Spiel zu treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (E.2.2 mit Verweis auf BGE 131 III 538, BGE 125 III 73 und BGE 118 II 157). Als Beispiel erwähnt das Bundesgericht den Fall einer schweren Persönlichkeitsverletzung im Zusammenhang mit einer an sich rechtmässigen Kündigung: Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verlangt von diesem, die Persönlichkeitsgüter des Arbeitnehmers zu achten

und zu schützen. Nicht nur der Arbeitgeber selbst hat ungerechtfertigte Eingriffe zu unterlassen, sondern ihm obliegt auch die Pflicht, solche Eingriffe durch Vorgesetzte, Mitarbeitende oder Dritte zu verhindern. Persönlichkeitsverletzungen von Mitarbeitenden untereinander sind in der Regel die Folge von persönlichen Konflikten, wobei der Arbeitgeber vor der Kündigung eines Angestellten sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren zu treffen hat, um den Konflikt zu entschärfen (E. 2.2). Das Bundesgericht verweist in diesem Zusammenhang auf den Entscheid 4C.253/2001 vom 18. Dezember 2001 (E. 3 b), worin es eine späte Ermahnung an nur eine der am Konflikt beteiligten Personen als ungenügende Massnahme erachtete und die Kündigung als rechtsmissbräuchlich qualifizierte.

Vorliegend nennt das Bundesgericht gleich fünf Gründe, weshalb die Kündigung des Angestellten missbräuchlich ist: Erstens verletzte die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht, als der Kläger auf Initiative des Serviceleiters gekündigt wurde, ohne dass man sich "(...) vorgängig auch nur ansatzweise darum bemüht hätte, das Verhältnis unter den genannten Personen zu entspannen. (...) Ein Lösungsversuch wäre indessen umso mehr angezeigt gewesen, als auch andere Arbeitnehmer mit dem Verhalten des betreffenden Serviceleiters Schwierigkeiten bekundeten." (E. 5.1). Erschwerend kam nach Ansicht des Bundesgerichts hinzu, dass der gekündigte Arbeitnehmer diesem Serviceleiter nicht direkt unterstellt war und daher umso eher die Situation mit geeigneten Massnahmen vermutlich hätte entschärft werden können. Zweitens war die Opposition des Klägers gegen ein neues Zeiterfassungssystem gerechtfertigt, nachdem selbst der Appellationshof des Berner Obergerichts die rechtliche Zulässigkeit der eingeführten Massnahmen in Zweifel zog. Sofern die Arbeitgeberin also kündigte, weil der Kläger gegen womöglich rechtswidrige Weisungen opponierte, handelt es sich um eine missbräuchliche Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR (Rachekündigung). Drittens gilt nach Ansicht des Bundesgerichts eine erhöhte Fürsorgepflicht "(...) gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben (vorliegend 44 Jahre) im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war (...)." (E. 5.3). Diese Fürsorgepflicht gebietet, "(...) einem wenige Monate vor der ordentlichen Pensionierung stehenden Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbussen zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rufen." (E. 5.3). Viertens qualifizierte das Bundesgericht das Vorgehen der Arbeitgeberin als Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung, indem sie den Kläger ohne jegliches Gespräch und ohne auch nur den Versuch einer sozial verträglicheren Lösung zu unternehmen, unter sofortiger Freistellung entliess (E. 5.4). Fünftens schliesslich wird die Unzulässigkeit der Kündigung mit Berufung auf deren Rechtsmissbräuchlichkeit begründet: Nach Ansicht des Bundesgerichts war die Entlassung im Hinblick auf das krasse Missverhältnis der auf dem Spiel stehenden Interessen offenkundig rechtsmissbräuchlich. 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 Einkommensersatzleistungen zu rechnen haben wird, steht (...) kein schützenswertes Interesse der Beklagten gegenüber." (E. 5.5). Auch wenn der vorliegende Entscheid im Ergebnis richtig scheint, wirft die Begründung des Urteils einige Fragen auf.

In Erwägung 2.1 bestätigt das Bundesgericht ausdrücklich den Grundsatz der Kündigungsfreiheit und führt aus, dass es für eine (rechtmässige) Kündigung grundsätzlich keiner besonderen Gründe bedarf. Demgegenüber beruft sich das Bundesgericht in Erwägung 5.3 auf eine erhöhte Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin und die sich daraus ergebende Pflicht "(...) einem wenige Monate vor der ordentlichen Pensionierung stehenden Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbussen zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rufen." Wenn das Bundesgericht die Kündigung eines Angestellten kurz vor seiner Pensionierung nur noch aus "gewichtigen Gründen" zulässt, widerspricht dies diametral dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit: Dieser gilt

für sämtliche Arbeitsverhältnisse und differenziert weder nach dem Alter der oder des Angestellten noch nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit. Im Ergebnis legitimiert die Begründung des Bundesgerichts in Erwägung 5.3 die Gerichte zur Überprüfung des Kündigungsgrundes und verlangt zudem - im Widerspruch zur Kündigungsfreiheit - dass ein Arbeitgeber einen Kündigungsgrund haben muss, welcher die privaten Interessen des zu kündigenden Angestellten überwiegt. Dieselbe Konsequenz ergibt sich auch aus der Begründung in Erwägung 5.5, wo das Bundesgericht die Kündigung als rechtsmissbräuchlich qualifiziert, da die Interessen der Arbeitgeberin offenkundig in einem krassen Missverhältnis zu den auf dem Spiele stehenden Interessen des Klägers liegen. Auch hier nimmt das Bundesgericht eine Interessenabwägung vor, was voraussetzt, dass für die arbeitgeberseitige Kündigung ein Grund vorliegen muss. Ebenfalls zu überdenken sind meines Erachtens die Ausführungen in Erwägung 5.4 des Urteils. Dass der Kläger ohne jegliches Vorgespräch oder auch nur den Versuch einer sozial verträglicheren Lösung gekündigt und freigestellt wurde, qualifiziert das Bundesgericht als Verstoss gegen die erhöhte Fürsorgepflicht. Dem ist die eigene Feststellung

**** AJP/PJA 2006 Seite 613 ****

des Bundesgerichts in Erwägung 2.3 entgegen zu halten, wonach ein unanständiges oder gar das einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdige Verhalten des Arbeitgebers nicht als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR gilt. "Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren (...)" (E. 2.3 mit Verweisen). Konkretisiert hat das Bundesgericht diesen Grundsatz im Urteil 4C.174/2004, vom 5. August 2004, E. 2.4: "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. Wohl besteht ein Anspruch auf Begründung einer Kündigung (Art. 335 Abs. 2 OR). Diese muss aber erst im Nachhinein erfolgen. Wäre eine vorhergehende Anhörung zwingend, müssten sinnvoller Weise bereits bei einer solchen auch die Kündigungsgründe offen gelegt werden. Soweit wollte der Gesetzgeber indessen nicht gehen (...). Es geht nicht an, diesen gesetzgeberischen Entscheid über den Umweg von Art. 2 Abs. 2 ZGB umzustossen und einen rechtlichen Anspruch auf vorgängige Anhörung einzuführen." Im Hinblick auf die in Erwägung 5.4 des vorliegenden Urteils gemachten Ausführungen muss angenommen werden, dass die Rechtsprechung gemäss Urteil 4C.174/2004, vom 5. August 2004, E. 2.4 überholt, mindestens aber deutlich zu relativieren sein dürfte.

Auch wenn die Begründung des Bundesgerichts in einzelnen Punkten inkonsistent ist, darf das Urteil doch als im Ergebnis richtig bezeichnet werden. Dem Bundesgericht wäre es jedoch ohne Not offen gestanden, sich in der Urteilsbegründung auf die übrigen Missbrauchsgründe zu beschränken (vor allem E. 5.1). Und wenn trotzdem weitere Argumente ins Feld geführt werden, darf umso mehr erwartet werden, dass das Bundesgericht dabei die bisherige (eigene) Rechtsprechung berücksichtigt und nicht nur in Form von allgemeinen Phrasen (E. 2.2 ff.) auf diese Bezug nimmt.

Das vorliegende Urteil erging kurz vor einem anderen, in der Öffentlichkeit deutlich mehr beachteten Entscheid zur missbräuchlichen Kündigung: In BGE 4C.231/2005 vom 31. Januar 2006 (vgl. NZZ 21.02.2006, 14) hatte das Bundesgericht über eine fristlose Entlassung zu entscheiden, welche als Folge einer Verurteilung des Arbeitnehmers zu einer bedingten Gefängnisstrafe wegen sexueller Handlungen mit Kindern ausgesprochen wurde. Da jene Straftat keinen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis aufwies und offenbar die Zusammenarbeit im Betrieb nicht wesentlich beeinträchtigte, erachtete das Bundesgericht die fristlose Kündigung nicht nur als

ungerechtfertigt, sondern auch als missbräuchlich. Obwohl das vorliegende Urteil aus nachvollziehbaren Gründen deutlich weniger Aufmerksamkeit der Medien genoss, erachte ich die praktischen Auswirkungen als sehr viel weitreichender, weil dem Arbeitgeber bei Kündigungen aus alltäglichen, bzw. nicht strafrechtlichen Gründen faktisch diverse Verfahrenspflichten auferlegt werden.

Zitierte Gesetze:

- 210** Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB)
Art. 2
- 220** BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR)
Art. 335
Art. 336

Zitierte Rechtsprechung/Literatur:

- AZA-4C.174/2004** 4C.174/2004 Urteil vom 5. August 2004.
AZA-4C.253/2001 4C.253/2001 Arrêt du 18 décembre 2001.
BGE-118-II-157_168 33. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. März 1992 i.S. Marie-Therese B. gegen Y. R.-AG (Berufung)
BGE-125-III-70_77 13. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Oktober 1998 i.S. A. gegen B. (Berufung)
BGE-131-III-535_541 68. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile dans la cause Banque X. contre A. (recours en réforme) 4C.110/2005 du 6 juillet 2005

Klassifizierung:

- 220-10-1**
Der Einzelarbeitsvertrag
Du contrat individuel de travail
Del contratto individuale di lavoro

Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.