Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A 571/2008

Urteil vom 5. März 2009
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichter Corboz,
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly,
Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Gelzer.

Parteien
A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Martin Farner,

gegen

X._____ AG,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Lukas Wyss.

Gegenstand
Arbeitsvertrag; missbräuchliche Kündigung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts
des Kantons Bern, Appellationshof, I. Zivilkammer,
vom 22. Oktober 2008.

Sachverhalt:

A.
A._____ (Arbeitnehmer) trat am 1. November 1999 bei der X._____ AG (Arbeitgeberin) eine Stelle als Aussendienstmitarbeiter an. Im Jahr 2004 leitete die Arbeitgeberin eine Umstrukturierung ihrer Geschäftstätigkeit ein. In einer ersten Phase wurde die Produktion von graphischen Filmen ausgelagert und ein Abbau von 38 Stellen vorgenommen. Die Arbeitgeberin liess der Belegschaft am 20. Oktober 2005 bezüglich der zweiten Phase ein Informationsschreiben (Aushang) zukommen, aus dem hervorging, dass bis im Frühling 2006 von insgesamt 73 Arbeitsplätzen 18 abgebaut werden. Am gleichen Tag orientierte die Arbeitgeberin die Belegschaft an einer Informationssitzung über die Besonderheiten der zweiten Phase der Umstrukturierung. An dieser Sitzung nahm der Arbeitnehmer nicht teil. Am folgenden Tag informierte B._____ als Vertreter der Arbeitgeberin den Arbeitnehmer mündlich darüber, dass er entlassen oder frühpensioniert werde.
Mit Schreiben vom 27. Oktober 2005 teilte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer mit, er werde per 30. April 2006 frühpensioniert und sein Arbeitsvertrag werde unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist auf den 30. April 2006 gekündigt. In ihren Schreiben vom 16. November 2005 und 19. Januar 2006 sprach die Arbeitgeberin erneut die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer auf den 30. April 2006 aus.

Der Arbeitnehmer gab im Schreiben vom 22. Januar 2006 gegenüber der Arbeitgeberin an, er könne den angegebenen Grund der Kündigung nicht akzeptieren, er bitte um Neuformulierung der Kündigung mit der Angabe, dass die wirtschaftliche Lage der Unternehmung der Grund des massiven Personalabbaus, respektive der Massenkündigung gewesen sei. Zudem verlangte der Arbeitnehmer die Zahlung einer Abgangsentschädigung in der Höhe von CHF 5'000.– und eine Einmaleinlage in seine Pensionskasse in der Höhe eines Monatsbrutto-Lohns. Die Arbeitgeberin lehnte diese Begehren im Schreiben vom 26. Januar 2006 ab, worauf sie der Arbeitnehmer am 28. Januar 2006 erneuerte und um die Zusendung einer neu begründeten Kündigung bat. Am 1. Februar 2006 erhob der Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin unter Verweis auf Art. 336 OR, Art. 336a OR und Art. 336b OR schriftlich Einsprache gegen die Kündigung mit der Begründung, es handle sich um eine missbräuchliche Rachekündigung.

B.
Am 8. Mai 2005 klagte der Arbeitnehmer beim Gerichtskreis V Burgdorf-Fraubrunnen gegen die Arbeitgeberin auf Feststellung, dass die Kündigung vom 19. Januar 2006 missbräuchlich nach Art. 366 OR sei, und auf Zahlung von brutto Fr. 27'390.– zuzüglich 5 % Verzugszins seit wann rechtens. Eventualiter verlangte der Arbeitnehmer, es sei festzustellen, dass die Kündigung/Massenentlassung missbräuchlich nach Art. 336 OR sei; es sei die Arbeitgeberin zu verurteilen, ihm brutto Fr. 18'260.– zuzüglich 5 % Verzugszins seit wann rechtens zu bezahlen.
Mit Urteil vom 16. April 2008 wies der Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises V Burgdorf-Fraubrunnen die Klage ab, soweit er darauf eintrat. Dagegen appellierte der Arbeitnehmer an das Obergericht des Kantons Bern. Vor diesem verlangte er nur noch eine Entschädigung von Fr. 19'781.– netto zuzüglich Zins seit dem 8. Mai 2006 wegen eines Verstosses gegen die Konsultationspflichten bei Massenentlassungen. Das Obergericht wies die Appellation am 22. Oktober 2008 ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil, soweit es angefochten wurde.

C.
Der Arbeitnehmer (Beschwerdeführer) erhebt Beschwerde in Zivilsachen mit den Begehren, das Urteil des Obergerichts vom 22. Oktober 2008 sei aufzuheben und die Arbeitgeberin (Beschwerdegegnerin) sei zu verpflichten, ihm netto Fr. 19'781.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 8. Mai 2006 zu bezahlen. Eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen. Ferner verlangt der Beschwerdeführer, der Beschwerde sei bezüglich der in der Ziffer 4 des Dispositivs geregelten Bezahlung der Parteientschädigungen für die kantonalen Verfahren die aufschiebende Wirkung zu gewähren.
Die Beschwerdegegnerin schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.
1.1 Auf die Beschwerde in Zivilsachen kann grundsätzlich eingetreten werden, da sie unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) und Form (Art. 42 BGG) von der mit ihren Anträgen unterliegenden Partei (Art. 76 Abs. 1 BGG) eingereicht wurde und sich gegen einen von einer letzten kantonalen Instanz (Art. 75 BGG) gefällten Endentscheid (Art. 90 BGG) betreffend einen arbeitsrechtlichen Fall in mit einem Streitwert von mindestens CHF 15'000.– (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) richtet.

2.
2.1 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 97 Abs. 1 BGG). Eine entsprechende Rüge ist rechtsgenüglich substantiiert vorzubringen (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.).

2.2 Das Obergericht kam namentlich gestützt auf die Würdigung der Zeugenaussagen von C._____ und den Umstand, dass die Beschwerdegegnerin in ihrem Kündigungsschreiben vom 19. Januar 2006 angab, der Beschwerdeführer habe die angebotene Frühpensionierung abgelehnt, zum Ergebnis, der Beschwerdeführer

habe nach Erhalt der massgebenden Kündigung vom 27. Oktober 2005 weder schriftlich noch mündlich eine Aufhebung des Arbeitsvertrages akzeptiert, weshalb kein Aufhebungsvertrag vorliege.

2.3 In ihrer Vernehmlassung macht die Beschwerdegegnerin geltend, dies treffe nicht zu, da der Beschwerdeführer gemäss den glaubhaften Angaben von C._____ mündlich dem Sozialplan zugestimmt habe und er sogar eine entsprechende Vereinbarung unterzeichnet, diese nachträglich jedoch mit weggeschnittener Unterschrift retourniert habe, was das Obergericht nicht berücksichtigt habe.

2.4 Mit diesen Ausführungen übt die Beschwerdegegnerin unzulässige appellatorische Kritik an der Beweiswürdigung des Obergerichts, zumal sich dieses mit den genannten Vorbringen der Beschwerdegegnerin ausdrücklich auseinandersetzte und diese nicht aufzeigt, weshalb das Obergericht nicht auf ihre Angaben im Kündigungsschreiben vom 19. Januar 2006 hätte abstellen dürfen.

3.
3.1 Eine Massenentlassung liegt bei Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmern vor, wenn der Arbeitgeber innert 30 Tagen mindestens 10 Arbeitnehmern aus Gründen kündigt, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen (Art. 335d Ziff. 1 OR). Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Massenentlassung vorzunehmen, so hat er die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer zu konsultieren (Art. 335f Abs. 1 OR). Er gibt ihnen zumindest die Möglichkeit, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (Art. 335f Abs. 2 OR). Er muss der Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, den Arbeitnehmern alle zweckdienlichen Auskünfte erteilen und ihnen auf jeden Fall schriftlich die Gründe der Massenentlassung, die Zahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer und den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen, mitteilen (Art. 335f Abs. 3 OR). Er stellt dem kantonalen Arbeitsamt eine Kopie dieser Mitteilung zu (Art. 335f Abs. 4 OR). Die Informationen des Arbeitgebers müssen detailliert genug sein, damit die Arbeitnehmer
in Stand gesetzt werden, namentlich zur Milderung der Folgen der Massenentlassung durch einen Sozialplan Vorschläge zu unterbreiten (THOMAS GABATHULER, Die Mitwirkung der Arbeitnehmenden, in: Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, (Hrsg.) Schweizerischer Gewerkschaftsbund, 2009, S. 123 ff., 147 Rz. 63). Der Arbeitgeber ist zur Einleitung der Konsultation verpflichtet, sobald er eine Massenentlassung beabsichtigt. Die Arbeitnehmer sollen die Möglichkeit haben, den Arbeitgeber zu veranlassen, von ihnen vorgeschlagene alternative Massnahmen zu prüfen, bevor er sich endgültig zu einer Massenentlassung entschliesst. Die Konsultation muss daher stattfinden, bevor der Arbeitgeber den definitiven Entschluss zur Massenentlassung gefasst hat (BGE 123 III 176 E. 4a S. 180; 130 III 102 E. 4.2 S. 109 f.). Das Konsultationsverfahren beginnt mit der Mitteilung nach Art. 335f Abs. 3 OR und nicht bereits, wenn die Arbeitnehmervertretung von der beabsichtigten Massenentlassung erfährt (BGE 130 III 102 E. 4.4 S. 112).

3.2 Das Obergericht führte aus, die Beschwerdegegnerin habe im Jahr 2004 eine Umstrukturierung ihrer Geschäftstätigkeit eingeleitet und diese in zwei Phasen durchgeführt. Bei den Entlassungen im Zusammenhang mit der zweiten Phase handle es sich grundsätzlich um eine neue Massenentlassung. Diese müsse jedoch im Zusammenhang mit der ersten Massenentlassung gesehen werden. In der Mitteilung vom 26. November 2004 sei bereits angekündigt worden, dass geplant sei, zu Beginn des Jahres 2006 die Burgdorfer Betriebsliegenschaft stillzulegen und alle verbleibenden Geschäftsaktivitäten nach Krauchthal zu verlagern. Es sei somit schon damals klar gewesen, dass eine zweite Umstrukturierungsphase folgen würde. Diese sei im Sommer 2005 im Detail in Angriff genommen worden, entsprechend dem Konzept des bisherigen Sozialplans. Ein Aushang über die zweite Phase sei am 20. Oktober 2005 erfolgt. Aus diesem gehe einerseits - wie anlässlich der Information vom November 2004 bereits mitgeteilt - hervor, dass die Betriebs- und Verkaufsaktivitäten der Standorte Burgdorf und Krauchthal zusammengelegt, die Burgdorfer Betriebsliegenschaft stillgelegt und die dortigen Betriebe nach Krauchthal überführt werden sollen. Andererseits sei angegeben worden, dass
bis im Frühling 2006 von 73 Arbeitsplätzen 18 abgebaut würden. Die Belegschaft sei am 20. Oktober 2005 zudem an einer Informationsveranstaltung über die Besonderheiten der zweiten Phase unterrichtet worden. An dieser Veranstaltung habe der Beschwerdeführer nicht teilgenommen. Er sei am 21. Oktober 2005 von B._____ mündlich darüber informiert worden, dass er frühpensioniert werde. Die Kündigung vom 27. Ok-

tober 2005 sei ihm frühestens am 28. Oktober 2005 zugegangen, mithin 7 Tage nachdem ihm mitgeteilt worden sei, dass er frühpensioniert werde. Sämtlichen Beschäftigten sei seit dem Mitwirkungsverfahren im Jahr 2004 bewusst gewesen, dass auch in der zweiten Phase mit Entlassungen zu rechnen sei. Deshalb habe sich die Ansetzung einer neuen Konsultationsfrist erübrigt. Zudem hätten dem Beschwerdeführer vom Zeitpunkt des persönlichen Gesprächs mit B._____ vom 21. Oktober 2005 bis zum Erhalt des Kündigungsschreibens vom 27. Oktober 2005 mindestens sieben Tage zur Konsultation zur Verfügung gestanden, was unter den gegebenen Umständen genügt habe. Die Anforderungen an das Konsultationsverfahren seien damit auch im Rahmen der zweiten Massenentlassung im Jahr 2005/2006 erfüllt worden.

3.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, im Rahmen der Konsultation zur ersten Massenentlassung hätten die gemäss Art. 335f Ziff. 3 OR erforderlichen Angaben bezüglich der zweiten Massenentlassung noch nicht vorgelegen. Sich bereits damals zu dieser Entlassung zu äussern, habe daher nicht von ihm erwartet werden können. Am 20. Oktober 2005 seien die gesetzlich vorgesehenen Informationen zur zweiten Massenentlassung der Belegschaft als "fait accompli" mitgeteilt und bereits am Folgetag umgesetzt worden, weshalb für eine Konsultation gemäss Art. 335f OR kein Raum bestanden habe. Die Annahme des Obergerichts, der Beschwerdeführer habe genügend Zeit für eine Vernehmlassung gehabt, sei demnach bundesrechtswidrig.

3.4 Das Obergericht stellte nicht ausdrücklich fest, wann die Beschwerdegegnerin ihren definitiven Entschluss zur zweiten Massenentlassung fällte. Jedoch ergibt sich aus dem angefochtenen Urteil, dass die Beschwerdegegnerin die Belegschaft am 20. Oktober 2005 über eine bereits definitiv beschlossene Massenentlassung orientierte. Dass die Beschwerdegegnerin die Belegschaft bereits vor diesem Datum gemäss Art. 335f Abs. 3 OR schriftlich über die Gründe und den Umfang der zweiten Massenentlassung informiert hätte, geht aus dem angefochtenen Urteil nicht hervor und ist auch nicht ersichtlich. Demnach hatte die Belegschaft und mit ihr auch der Beschwerdeführer keine Möglichkeit, in Kenntnis der erforderlichen Tatsachen der Beschwerdegegnerin vor ihrem endgültigen Entschluss zur zweiten Massenentlassung Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt, oder deren Folgen gemildert werden könnten. Der Umstand, dass bereits bei der ersten Phase der Umstrukturierung weitere Entlassungen absehbar waren, reicht als gesetzeskonforme Grundlage für eine Konsultation jedenfalls nicht aus, zumal damals nicht feststand, wieviele Angestellte im Rahmen der zweiten Phase entlassen würden. Die Beschwerdegegnerin hat
demnach entgegen der Annahme des Obergerichts bei der zweiten Massenentlassung im Jahr 2005/2006 die Anforderungen an das Konsultationsverfahren gemäss Art. 335f OR nicht erfüllt.

4.
4.1
4.1.1 Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber sie im Rahmen einer Massenentlassung ausspricht, ohne dass die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer nach Art. 335f OR konsultiert worden sind (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR). Die missbräuchliche Kündigung ist gültig (BGE 132 III 406 E. 2.3). Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei jedoch nach Art. 336a OR eine Entschädigung auszurichten.
4.1.2 Wer gestützt auf Art. 336 und 336a OR eine Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist - d.h. bis zum Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses - beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR; ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. 1996, N. 3 zu Art. 336b OR). An die Formulierung der Einsprache werden keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Es genügt, wenn die betroffene Partei gegenüber der kündigenden Person schriftlich zum Ausdruck bringt, mit der Kündigung nicht einverstanden zu sein (BGE 123 III 246 E. 4c S. 253). Eine solche Erklärung liegt nicht vor, wenn die gekündigte Partei bloss die Begründung der Kündigung, d.h. gewisse im Kündigungsschreiben erhobene Vorwürfe nicht akzeptiert, gegen die Kündigung an sich jedoch keine Einwände erhebt (Urteil 4C.39/2004 vom 8. April 2004 E. 2.4, publ. in: JAR 2005 S. 179). Die Einsprache muss nicht begründet werden (BGE 123 III 246 E. 4c S. 253). Sie hat zum Zweck, Verhandlungen über eine Weiterführung des Arbeitsvertrages zu ermöglichen (RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl. 2008, S. 555). Ist die Einsprache gültig erfolgt und einigen sich die Parteien nicht
über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so hat die Partei, der gekündigt worden ist, bezüglich ihres Anspruchs auf Entschädigung innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig

zu machen, andernfalls der Anspruch verwirkt ist (Art. 336b Abs. 2 OR). Der Anspruch auf eine Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336a OR gehört zu den beidseitig zwingenden Vorschriften (Art. 361 Abs. 1 OR). Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergeben, nicht verzichten (Art. 341 Abs. 1 OR).
4.1.3 Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen, wobei die von der Lehre und Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zu beachten sind. Zu diesen Fallgruppen ist die Geltendmachung eines Rechts zu zählen, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechtigte Erwartungen enttäuscht. Indessen ist im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497 mit Hinweisen). Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen, sind zu bejahen, wenn sie dazu führen, dass die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt wurden oder wenn die Partei mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zuwartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wurde, ihre eigenen Interessen zu wahren (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 498 mit Hinweisen).

4.2 Das Obergericht erwog, der Beschwerdeführer habe sich in seinen Schreiben vom 22. und 28. Januar 2006 mit der Kündigung bzw. mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einverstanden erklärt und nur die Begründung der Kündigung bemängelt. Damit habe er bei der Beschwerdegegnerin ein schutzwürdiges Vertrauen begründet, er werde auf eine Einsprache verzichten. Er sei zu behandeln wie ein Aktionär, dem nach der Rechtsprechung verwehrt sei, mit Klage einen Generalversammlungsbeschluss anzufechten, dem er selber zugestimmt hat. Die Einsprache vom 1. Februar 2006 stelle daher ein nach Art. 2 ZGB nicht zu schützendes widersprüchliches Verhalten dar. Demnach habe der Beschwerdeführer sein Einspracherecht verwirkt. Auch wenn eine Begründung der Einsprache nicht erforderlich sei, müsse sich der Beschwerdeführer entgegenhalten lassen, dass sich die Begründung seiner Einsprache ausschliesslich auf eine Rachekündigung beziehe. Die erst mit der Klage geltend gemachte Anfechtung der Kündigung bei Massenentlassungen sei nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit verspätet erfolgt.

4.3 Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht gehe zu Unrecht davon aus, er habe sein Recht zur Einsprache verwirkt. Da die Einsprache nicht zu begründen sei, dürfe nicht verlangt werden, in der Begründung der Einsprache alle Missbrauchsgründe anzuführen. Der Gesetzgeber habe in Art. 336b OR die Verwirkung des Anspruchs auf Entschädigung nur bei unterlassener rechtzeitiger Einsprache und bei Nichteinhaltung der Klagefrist von 180 Tagen vorgesehen. Die Annahme, das Recht zur Einsprache könne bereits vor Ablauf dieser Fristen verwirkt werden, sei bundesrechtswidrig. Zudem sei es willkürlich, aus den Schreiben vom 22. und 28. Januar 2006 auf ein Einverständnis mit der Kündigung zu schliessen.

4.4 Da das Obergericht einen Aufhebungsvertrag verneinte (vgl. E. 2 hiervor), ist seine Feststellung, der Beschwerdeführer habe sich mit Schreiben vom 22. und 28. Januar 2006 mit der Kündigung bzw. mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einverstanden erklärt, dahingehend zu verstehen, dass der Beschwerdeführer die Gültigkeit bzw. die Zulässigkeit der Kündigung anerkannt und damit auf eine Einsprache verzichtet habe. Das Obergericht lässt dabei ausser Acht, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses nicht auf den zwingenden Anspruch auf Entschädigung gemäss Art. 336a OR verzichten kann und daher ein Verzicht während der Einsprachefrist grundsätzlich unwirksam ist. Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen könnten, sind nicht ersichtlich. Auf einen Einspracheverzicht durfte die Beschwerdegegnerin deshalb nicht vertrauen, weshalb offen bleiben kann, ob sie daraus, dass der Beschwerdeführer in den Schreiben vom 22. und 28. Januar 2006 nur die Kündigungsgründe beanstandete, einen solchen Verzicht hätte ableiten dürfen. Das Obergericht hat daher Bundesrecht verletzt, wenn es annahm, die am 1. Februar 2006 erhobene Einsprache verstosse gegen das Rechtsmissbrauchsverbot. Da die Einsprache nicht begründet werden muss, durfte die Beschwerdegegnerin

auch nicht darauf vertrauen, der Beschwerdeführer werde im Klageverfahren nur die in der Einsprache genannten Missbrauchsgründe anrufen. Der Beschwerdeführer hat somit sein Recht, sich auf die Verletzung der Konsultationspflicht bei Massenentlassungen zu berufen, auch nicht dadurch verwirkt, dass er in seiner Einsprache diesen Missbrauchsgrund nicht anführte.

5.
5.1 Nach dem Gesagten steht dem Beschwerdeführer, der gegen die Kündigung rechtzeitig Einsprache erhoben und die Klagefrist gemäss Art. 336b OR gewahrt hat, zu Folge der Verletzung der Konsultationspflichten (Art. 335f OR) durch die Beschwerdegegnerin eine Entschädigung zu (Art. 336a Abs. 1 OR). Diese wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf jedoch nicht mehr als den Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate betragen (Art. 336a Abs. 2 und 3 OR). Die Entschädigung unterliegt keinen Sozialabzügen, weil sie Straf- und Genugtuungsfunktion hat und damit kein Erwerbseinkommen darstellt (BGE 123 V 5 E. 2 und 5 S. 7 ff.; 123 III 394 E. 3b S. 392 f.). Bezüglich der Maximalhöhe der Entschädigung ist der Bruttolohn massgebend (STAEHELIN, a.a.O., N. 6 zu Art. 336a OR). Zum Lohn sind nicht nur der Grundlohn, sondern alle geschuldeten Leistungen des Arbeitgebers mit Lohncharakter, wie Provisionen und der 13. Monatslohn zu zählen. In zeitlicher Hinsicht kann mangels einer gesetzlichen Regelung auf den letzten Monatslohn oder den Durchschnitt des Lohnes des letzten Jahres vor Kündigung abgestellt werden (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 2 zu Art. 336a OR). Bei der Bemessung der Entschädigung sind gemäss der Lehre und Rechtsprechung insbesondere die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit der gekündigten Partei, die Enge der vertraglichen Beziehungen sowie die Art und Weise der Kündigung zu berücksichtigen. Ein besonders rücksichtsloses Vorgehen bei der Kündigung kann sich erhöhend, eine Mitverantwortung der gekündigten Partei reduzierend auf die Entschädigung auswirken (BGE 123 III 246 E. 6a S. 255 f.). Zudem kann die wirtschaftliche Situation der Parteien nach der Kündigung berücksichtigt werden (BGE 123 III 391 E. 3c S. 394).

5.2 Da die Parteien keine Ergänzung des Sachverhalts verlangen, kann das Bundesgericht über die Höhe der Entschädigung reformatorisch entscheiden (vgl. Art. 107 Abs. 2 BGG).

5.3 Der Beschwerdegegnerin kann kein besonders rücksichtsloses Vorgehen angelastet werden, zumal sie bei der ersten Phase der Umstrukturierung und der damit verbundenen Massenentlassung die Konsultationspflichten erfüllte, die zweite Umstrukturierung bereits damals in den Grundzügen absehbar war und bei beiden Massenentlassungen ein Sozialplan, bei der zweiten sogar ein verbesserter, vorgelegt wurde. Dass die Kündigung für den Beschwerdeführer zu besonderen finanziellen Schwierigkeiten geführt habe, macht dieser nicht geltend. Unter diesen Umständen erscheint eine Entschädigung in der Höhe eines halben Monatslohns als angemessen. Der monatliche Bruttolohn betrug seit dem 1. Januar 2005 Fr. 9'130.– (KB 2). Dieser wurde 13 mal jährlich ausbezahlt (KB 7 und 8), was in der Zeit vor der Beendigung des Arbeitsvertrages zum massgebenden Gesamtlohn von monatlich Fr. 9'890.80 und damit zu einer Entschädigung von Fr. 4'945.40 führt. Zudem hat die Beschwerdegegnerin gemäss dem Antrag des Beschwerdeführers seit der Klageeinreichung vom 8. Mai 2006 5 % Verzugszins zu bezahlen (Art. 102 ff. OR).

6.
Aus den dargelegten Gründen ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen, als das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage im Umfang von Fr. 4'945.40 nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Mai 2006 gutzuheissen ist. Demnach ist der Beschwerdeführer mit seinem Hauptbegehren bloss zu einem Viertel durchgedrungen. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Beschwerdeführer zwar dem Betrag nach unterlegen ist, jedoch im Grundsatz obsiegt hat, erscheint gerechtfertigt, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten des bundesgerichtlichen Verfahrens wettzuschlagen (vgl. BGE 131 III 243 E. 5.2 S. 246 f.; Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 65 Abs. 4 lit. c und Art. 68 Abs. 1 BGG). Die Sache ist zur neuen Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG). Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 22. Oktober 2008 aufgehoben und die Klage im Umfang von Fr. 4'945.40 nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Mai 2006 gutgeheissen.

2.
Die Sache wird zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 500.– werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

4.
Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. März 2009
Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Klett Gelzer