Urteilskopf

123 III 246

40. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. April 1997 i.S. S. gegen X. (Berufung)
Regeste (de):
Änderungskündigung; Missbräuchliche Kündigung und deren Folgen (Art. 336 ff. OR).

Eine Änderungskündigung ist nicht bereits als solche missbräuchlich, kann es jedoch nach den Umständen des Einzelfalls sein (E. 3-5). Kriterien für die Festsetzung einer Entschädigung gemäss Art. 336a OR (E. 6).

Regeste (fr):
Résiliation sous réserve de modification ("Änderungskündigung"); résiliation abusive et ses conséquences (art. 336 ss CO).

Une résiliation sous réserve de modification n'est pas abusive en tant que telle, mais elle peut l'être selon les circonstances du cas particulier (consid. 3 à 5). Critères applicables à la fixation d'une indemnité fondée sur l'art. 336a CO (consid. 6).

Regesto (it):
Disdetta sotto riserva di modifica ("Änderungskündigung"); disdetta abusiva e le sue conseguenze (art. 336 segg. CO).

Una disdetta sotto riserva di modifica non è di per sé abusiva, ma lo può essere a seconda delle circostanze del caso concreto (consid. 3-5). Criteri applicabili alla determinazione dell'indennità giusta l'art. 336a CO (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 247

A.- S. trat am 1. September 1983 eine Stelle als Sachbearbeiterin bei X. an. Ab 1990 traten bei ihr gesundheitliche Probleme auf, welche verschiedene Operationen erforderlich machten und sich auf die Arbeitsleistung negativ auswirkten. Mit Schreiben vom 10. Dezember 1993 unterbreitete ihr die X. einen neuen Arbeitsvertrag, welcher eine Lohnreduktion von monatlich Fr. 500.– mit Wirkung ab dem 1. Januar 1994 vorsah. Sie nahm diesen Arbeitsvertrag nicht an. In der Folge kündigte die X. mit Schreiben vom 28. Dezember 1993 das Arbeitsverhältnis fristgerecht auf den 30. April 1994 und bot S. am gleichen Tag einen neuen Arbeitsvertrag für die Zeit ab dem 1. Mai 1994 an, welcher aber schlechtere Bedingungen vorsah. Dem Kündigungsschreiben war ein handschriftlicher Text beigefügt, wonach die Änderungskündigung zurückgezogen werde, falls S. den Brief vom 10. Dezember 1993 bis zum 30. Dezember 1993 unterzeichnet zurücksende. S. nahm die Vertragsofferte nicht an und sandte den Brief vom 10. Dezember 1993 nicht zurück. Aufgrund gesundheitlicher Probleme verlängerten die Parteien gestützt auf die gesetzlichen Bestimmungen das Arbeitsverhältnis bis zum 31. Oktober 1994. Mit Schreiben vom 21. September 1994 erhob S. bei der X. formell Einsprache im Sinn von Art. 336b OR wegen Missbräuchlichkeit der ausgesprochenen Kündigung. Die Parteien einigten sich in der Folge nicht auf eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

B.- Mit Klage vom 24. November 1994 verlangte S. von der X. neben der Ausstellung eines neuen Arbeitszeugnisses die Zahlung von Fr. 18'000.– wegen Missbräuchlichkeit der Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Die Beklagte bestritt die Missbräuchlichkeit der Kündigung. Mit Urteil vom 26. Juni 1995 verpflichtete das Arbeitsgericht des Kantons Luzern die Beklagte zur Ausstellung eines neuen, vom Gericht formulierten

BGE 123 III 246 S. 248

Arbeitszeugnisses und wies die Klage im übrigen ab. Im anschliessenden Appellationsverfahren sprach das Obergericht des Kantons Luzern am 11. Juni 1996 der Klägerin Fr. 5'000.– wegen missbräuchlicher Kündigung.

C.- Gegen das Urteil vom 11. Juni 1996 gelangt die Klägerin mit Berufung an das Bundesgericht und beantragt im wesentlichen, der zugesprochene Betrag sei auf Fr. 18'000.– zu erhöhen. Die Beklagte erklärt Anschlussberufung und verlangt die vollständige Abweisung der Forderungsklage.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Die Vorinstanz hat eine Missbräuchlichkeit der Kündigung gestützt auf Art. 336 Abs. 1 lit. d OR bejaht. Sie hat erwogen, dass eine Änderungskündigung an sich nicht missbräuchlich sei. Die Beklagte habe vorliegend zwar nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wohl aber die Änderungskündigung davon abhängig gemacht, dass die Klägerin mit sofortiger Wirkung einer Lohneinbusse von monatlich Fr. 500.– zustimme. Die Wirksamkeit der Änderungskündigung sei die unmittelbare Folge davon, dass die Klägerin nicht bereit gewesen sei, auf Rechte aus ihrem Arbeitsvertrag zu verzichten. Damit werde der Tatbestand von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR erfüllt. Das Bundesgericht hat das Recht von Amtes wegen anzuwenden (Art. 63 Abs. 3 OG). Vorliegend ist die Überprüfung nicht auf die von der Vorinstanz abgegebene Begründung beschränkt, sondern es ist auch zu klären, ob der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt allenfalls aus einem anderen Grund eine missbräuchliche Kündigung darstellt.

3. Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die zur Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses führt. Als Gestaltungsrecht ist sie bedingungsfeindlich. Bedingungen hingegen, deren Eintritt allein vom Willen des Erklärungsgegners abhängt, sind zulässig. Im Arbeitsvertragsrecht besteht die Möglichkeit der sogenannten Änderungskündigung (REHBINDER, Berner Kommentar, N. 1a zu Art. 335 OR). Eine Änderungskündigung im engeren Sinn liegt vor, wenn eine Partei den Arbeitsvertrag kündigt, aber gleichzeitig eine neue Vertragsofferte mit geänderten Bedingungen unterbreitet. Mit der Änderungskündigung wird in erster Linie nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bezweckt, sondern dessen Weiterführung mit veränderten

BGE 123 III 246 S. 249

Pflichten und Rechten (vgl. VISCHER, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, III, S. 163). Von einer änderungskündigung im weiteren Sinn kann gesprochen werden, wenn die beiden Rechts-

geschäfte nicht unmittelbar miteinander verknüpft werden und einer Partei gekündigt wird, weil sie zu einer einverständlichen Änderung der Arbeitsbedingungen nicht bereit war. Fraglich ist, ob das Vorgehen bei einer Änderungskündigung als missbräuchlich bezeichnet werden muss und allenfalls unter die Regelung von Art. 336 OR fällt. a) Zur Frage, ob dieses Vorgehen an sich als missbräuchliche Rachekündigung anzusehen ist, äussert sich die Rechtsprechung uneinheitlich. Das Tribunale di appello del Ticino scheint eine Änderungskündigung grundsätzlich als missbräuchlich anzusehen (Urteil vom 10. Oktober 1991, in JAR 1992 S. 245 ff. E. 7; wohl auch Urteil vom 2. März 1993, in JAR 1994 S. 308 ff. E. 9.2). Demgegenüber verneinen andere Gerichte die Missbräuchlichkeit einer Änderungskündigung im allgemeinen und sehen einen solchen Tatbestand nur dann als gegeben, wenn damit ohne Einhaltung der Kündigungsfrist oder gar rückwirkend eine Änderung der Arbeitsbedingungen erzwungen werden soll (Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 2. September 1989, in SJZ 87/1991 S. 304 f. E. 4; Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 11. September 1989, in JAR 1992 S. 239 f.). Das Bundesgericht hat erwogen, eine Änderungskündigung sei als missbräuchlich anzusehen, wenn die angebotene Änderung als unbillig bezeichnet werden müsse (BGE 118 II 157 E. 4b/bb). Allerdings hat es die Frage nicht abschliessend beantwortet, weil im konkreten Fall die Kündigung auch aus einem anderen Grund als missbräuchlich anzusehen war (BGE 118 II 157 E. 4b/bb am Ende und E. 4b/cc). In einem neuen Urteil hat das Bundesgericht diese Frage wiederum aufgegriffen, jedoch auch hier nicht abschliessend entschieden (nicht veröffentlichtes Urteil vom 17. Dezember 1996 i.S. D. und A. gegen I. SA). Während in den allgemeinen Erörterungen des Urteils vom 17. Dezember 1996 der Auffassung zugestimmt wird, dass die Änderungskündigung wegen des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit nicht rechtsmissbräuchlich sein kann (E. 4b/bb), hat das Bundesgericht im weiteren geprüft, ob die neuen Arbeitsbedingungen wesentlich ungünstiger waren als die alten (E. 4c/cc). Die Lehre geht überwiegend davon aus, dass eine Änderungskündigung grundsätzlich zulässig ist und es nicht Aufgabe des Gerichts sein kann, die betriebliche Angemessenheit der Änderung zu überprüfen

(GEISER, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, in BJM 1994 S. 169 ff., 187 [zitiert: BJM 1994]; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 2. Aufl., 1996, N. 7 zu Art. 336 OR; JÜRG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., 1996, N. 5 zu Art. 336 OR; THOMAS KOLLER, Ordentliche, fristlose und missbräuchliche Kündigung des Arbeitsvertrages, in AJP 1995 S. 1251 ff., 1259). Soweit ersichtlich nimmt einzig DIETER M. TROXLER Missbräuchlichkeit an, wenn die Änderung sachlich, d.h. betrieblich nicht gerechtfertigt erscheint (Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht, Diss. Basel 1992, S. 99 f.). b) Eine Anpassung eines Arbeitsvertrages an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Bedürfnisse muss möglich und zulässig sein. Es widerspricht sowohl dem Interesse der Parteien als auch der Öffentlichkeit, die Arbeitgeberin vor die Alternative zu stellen, entweder die Arbeitnehmerin zu den bisherigen Bedingungen weiter zu beschäftigen oder das Arbeitsverhältnis zu beenden. Daher ist die Änderungskündigung nicht in jedem Fall als missbräuchlich zu bezeichnen. Der zitierten Rechtsprechung des Tribunale di appello del Ticino kann insoweit nicht gefolgt werden. Der Grund des Missbrauchs des Kündigungsrechts liegt bei der sogenannten Änderungskündigung darin, dass die kündigende Partei eine Vertragsbeendigung gar nicht will und die Kündigung nur erklärt, um eine für sie günstigere und entsprechend für die Gegenpartei schlechtere Vertragsregelung durchzusetzen. Die Verknüpfung dieser beiden Erklärungen - Antrag auf Vertragsänderung einerseits und (mögliche) Kündigung anderseits - ist missbräuchlich, wenn die Kündigung als Druckmittel dient, um eine für die Gegenseite belastende Vertragsänderung herbeizuführen, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt. Das Arbeitsverhältnis ist nicht nur von gegenseitigen Loyalitätspflichten (Treue- und Fürsorgepflicht; Art. 321a, 328 OR) geprägt, sondern auch auf Dauer angelegt. Die gesetzlichen Kündigungsfristen (Art. 335c OR), die Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers (Art. 324a OR) und teilweise auch die Lohnhöhe hängen von der Anzahl der Dienstjahre ab. In einem gewissen Umfang leisten erfahrene, mit den betrieblichen Gepflogenheiten, den Kunden usw. vertraute Mitarbeiter in der Regel wertvollere Arbeit als unerfahrene und neue Mitarbeiter. Wird die Kündigung ohne

betriebliche Notwendigkeit gegenüber einer Arbeitnehmerin für den Fall ausgesprochen, dass sie eine unbillige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nicht

BGE 123 III 246 S. 251

annimmt, so wird das jederzeitige und freie Kündigungsrecht ebenso missbraucht wie dies in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen missbräuchlicher Kündigungen (Art. 336 OR) festgehalten ist. Der Missbrauch der Kündigung liegt darin, dass ohne sachlich schutzwürdigen Grund die Kündigung ausgesprochen wird, dass für die Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe bestehen. Die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR ist nicht abschliessend (VISCHER, a.a.O., S. 167; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., 1992, N. 3 zu Art. 336 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N. 10 zu Art. 336 OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 7 zu Art. 336 OR). Der Missbrauch der Kündigung zur Durchsetzung von Lohn- und Arbeitsbedingungen, die sachlich jeder betrieblichen Begründung entbehren, ist mindestens so verwerflich wie die Kündigung zur Verhinderung der Entstehung von Ansprüchen, die von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängig sind (Art. 336 Abs. 1 lit. c OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 23 zu Art. 336 OR).

4. Die Tatsache, dass die Beklagte vorliegend eine Änderungskündigung mit einer erheblichen Veränderung der Arbeitsbedingungen ausgesprochen hat, lässt nicht ohne weiteres auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung schliessen. Es ist zu prüfen, ob sich aus dem Umstand, dass die Arbeitgeberin eine sofortige Lohnreduktion vorschlug, ein Missbrauchstatbestand herleiten lässt. a) Sofern kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt, kann ein auf unbestimmte Zeit geschlossenes Arbeitsverhältnis nur unter Einhaltung der vertraglichen bzw. gesetzlichen Fristen und Termine gekündigt werden. Während der Kündigungsfrist hat die Arbeitnehmerin zwar keinen Anspruch auf Beschäftigung, wohl aber einen festen Anspruch auf Lohn, sofern sie ihrerseits ihren vertraglichen Pflichten nachkommt (vgl. Art. 324 ff. OR). Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses während der Kündigungsfrist trotz Art. 341 Abs. 1 OR verzichtet werden kann (BGE 118 II 58 E. 2b). Die Weigerung, eine Lohnreduktion ohne Einhaltung der Kündigungsfrist anzunehmen, stellt somit die Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Arbeitsverhältnis dar. Die Arbeitnehmerin beharrt auf ihrer Lohnforderung für die Dauer der Kündigungsfrist. Damit ist die ausgesprochene Kündigung vom 28. Dezember 1993 gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR missbräuchlich (siehe auch Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 2. September 1989, in SJZ 87/1991

BGE 123 III 246 S. 252

S. 304 f.; Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 11. September 1989, in JAR 1992 S. 239 f.). b) Die Beweislast für die Missbräuchlichkeit der Kündigung trägt die Gekündigte (Art. 8 ZGB; BGE 121 III 60 E. 3b S. 62 oben; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 16 zu Art. 336 OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 36 ff. zu Art. 336 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N. 11 zu Art. 336 OR; TERCIER, Les contrats spéciaux, 2. Aufl., 1995, Rz. 2862). Ob dieser Beweis erbracht ist, betrifft die Sachverhaltsfeststellung und ist damit im Berufungsverfahren grundsätzlich nicht zu überprüfen. Soweit sich die Beklagte mit ihrer Anschlussberufung gegen die Annahme der natürlichen Kausalität zwischen der Weigerung der Klägerin, eine sofortige Lohnreduktion anzunehmen, und der Kündigung wendet, ist sie somit nicht zu hören. Im übrigen ist die Kausalität offensichtlich. Die Änderungskündigung ist der Klägerin nur rund 18 Tage nach der Weigerung, eine sofortige Lohnreduktion von Fr. 500.– monatlich anzunehmen, zugestellt worden. Dabei enthielt die mit der Änderungskündigung verbundene neue Vertragsofferte nicht etwa bloss die genannte Lohnkürzung, son-

dern zusätzlich weitere Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen. Zudem wurde der Klägerin ausdrücklich in Aussicht gestellt, die Änderungskündigung zurückzunehmen, wenn sie mit einer sofortigen Lohnreduktion einverstanden wäre. Damit hat die Arbeitgeberin unmissverständlich und in rechtlich bindender Weise zum Ausdruck gebracht, dass das Arbeitsverhältnis auf den in der Kündigung genannten Termin beendet werde, wenn die Klägerin auf ihrem Lohnanspruch während der Kündigungsfrist beharre. Die Beklagte hat sich bei dieser Erklärung behaften zu lassen. c) Zu Recht weist die Beklagte darauf hin, dass eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung nur geschuldet ist, wenn die von der Kündigung betroffene Person rechtzeitig Einsprache erhebt und die darauf folgenden Verhandlungen nicht zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses führen (Art. 336b OR). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die gekündigte Person der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses unter beliebigen Bedingungen zustimmen müsste. Es kann nicht massgebend sein, ob die Arbeitnehmerin die veränderten Arbeitsbedingungen in gerechtfertigter oder ungerechtfertigter Weise ablehnt. Art. 336b OR enthält nur die Obliegenheit, der Rücknahme der Kündigung zuzustimmen; es geht nicht darum, veränderte Arbeitsbedingungen anzunehmen. Der Klägerin kann somit nicht entgegengehalten werden, dass sie

anlässlich der Einigungsverhandlungen nicht mit einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit veränderten Bedingungen einverstanden war. Die Beklagte wirft der Klägerin vor, mit der Einsprache und anlässlich den Einigungsverhandlungen nicht den Grund für die ihrer Ansicht nach missbräuchliche Kündigung angegeben zu haben. In der Lehre werden an die Formulierung der Einsprache 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 (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 3 zu Art. 336b OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 3 zu Art. 336b OR; JÜRG BRÜHWILER, a.a.O., N. 1 zu Art. 336b OR). Die Einsprache muss nicht begründet werden und in den nachfolgenden Einigungsverhandlungen kann nicht verlangt werden, dass die Arbeitnehmerin darlegt, warum sie die Kündigung für missbräuchlich hält. Zweck dieser Verhandlungen ist es, die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses herbeizuführen, und nicht, die Arbeitgeberin oder die Arbeitnehmerin rechtlich zu beraten. Im übrigen handelt es sich bei der Beklagten um ein Unternehmen mit einer eigenen Personalabteilung, welche in diesem Bereich über genügend Rechtskenntnisse verfügen dürfte. Jedenfalls hat die Klägerin ihre Ansprüche nicht dadurch verwirkt, dass sie nicht sofort bekannt gegeben hat, aus welchem Grund sie die Kündigung als missbräuchlich betrachtet hat. Vorliegend ist der Inhalt der Einigungsgespräche im angefochtenen Urteil nicht wiedergegeben und es finden sich hierüber keine weiteren Feststellungen. Die Argumentation der Beklagten kann sich somit nicht auf den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt stützen. d) Schliesslich erachtet die Beklagte die Strafzahlung gemäss Art. 336a OR selbst dann als nicht geschuldet, wenn die Kündigung missbräuchlich sein sollte, da das Verhalten der Klägerin als rechtsmissbräuchlich im Sinn von Art. 2 Abs. 2 ZGB angesehen werden müsse. Die Beklagte stützt sich damit nicht auf den in Art. 336 Abs. 1 lit. d OR gemachten Vorbehalt, dass die Rachekündigung nur dann missbräuchlich ist, wenn die andere Partei "nach Treu und Glauben" Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht hat. Diese Formulierung präzisiert, dass nicht nur die Geltendmachung tatsächlich bestehender Ansprüche gemeint ist, sondern auch vermeintlicher Ansprüche. Diesfalls muss aber die Arbeitnehmerin wenigstens in guten Treuen daran geglaubt haben, dass ihre Ansprüche bestehen

(vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 8 zu Art. 336 OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 24 zu Art. 336 OR; HUMBERT, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1990, S. 89; DIETER

M. TROXLER, a.a.O., S. 95 f.). Vorliegend stellt sich die Frage der Gutgläubigkeit insofern nicht, weil der geltend gemachte Anspruch - Lohn während der Kündigungsfrist - unbestritten und zweifellos gegeben ist. Die Beklagte macht vielmehr geltend, das Verhalten der Klägerin verstosse gegen Treu und Glauben, weil sie mit einer Veränderung der Arbeitsbedingungen habe rechnen müssen und sich dabei nicht kooperativ gezeigt habe. Mit diesem Vorbringen sucht die Beklagte ein weit über Art. 2 Abs. 2 ZGB hinausgehendes zusätzliches Erfordernis für den Entschädigungsanspruch einzuführen. Es ist - wie bereits im Zusammenhang mit der Einsprache ausgeführt - nicht Aufgabe der Gekündigten, der kündigenden Partei Kompromissvorschläge zu unterbreiten. Die Partei, welche sich mit ihrer Kündigung rechtswidrig verhalten hat, kann von jener, die von dieser Rechtswidrigkeit betroffen ist, nicht verlangen aufzuzeigen, wie die Folgen der Rechtswidrigkeit beseitigt werden könnten. Die Betroffene muss nicht von sich aus Vorschläge unterbreiten. Sie ist nach Art. 336b OR nur gehalten, angemessene Vorschläge der kündigenden Partei ernstlich zu prüfen. Der Vorwurf des Verhaltens wider Treu und Glauben ist vorliegend somit ungerechtfertigt. e) Gemäss den vorstehenden Ausführungen ist die Kündigung wegen des konkreten Vorgehens der Beklagten und nicht wegen des Ausmasses der Änderung der Arbeitsbedingungen missbräuchlich. Entsprechend kann es nicht darauf ankommen, ob die Lohnreduktion angemessen war oder nicht. Die Ausführungen der Beklagten darüber, dass die Entlöhnung der Klägerin im Quervergleich mit anderen Arbeitnehmerinnen nicht mehr angemessen war, sind unbeachtlich. Zudem handelt es sich um neue und damit unzulässige Vorbringen.

5. Nach Darstellung der Beklagten war der Grund für die Lohnreduktion und die Änderungskündigung der krankheitsbedingte Leistungsabfall der Klägerin. Es fragt sich, ob sich daraus ein zusätzlicher Missbrauchstatbestand ergibt. Eine Krankheit ist eine persönliche Eigenschaft, welche gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR für den Kündigungsschutz relevant sein kann (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 15 zu Art. 336 OR; VISCHER, a.a.O., S. 168; REHBINDER, Berner Kommentar, N. 3 zu Art. 336 OR). Zu beachten ist, dass der sachliche Kündigungsschutz entfällt, wenn die persönliche

Eigenschaft die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt. Insofern schränkt Art. 336 Abs. 1 lit. a OR den Persönlichkeitsschutz ein (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 5 zu Art. 336 OR). Die Kündigung wegen Krankheit hat zur Folge, dass für die Zukunft die Lohnfortzahlungspflicht entfällt, wenn die Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit führt. Insofern kann es sich um eine Vereitelungskündigung im Sinn von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR handeln. Aufgrund der Systematik des gesamten Kündigungsschutzes ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber nicht soweit gehen wollte. Daher scheint es zulässig, nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes jemandem wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit zu kündigen (GEISER, Kündigungsschutz bei Krankheit, in AJP 1996 S. 550 ff., 556; DIETER M. TROXLER, S. 49 ff.). Vorliegend ergibt sich somit aus dem für die Lohnreduktion angegebenen Motiv keine zusätzliche Begründung für die Missbräuchlichkeit der Kündigung.

6. a) Art. 336a OR sieht als Sanktion für eine missbräuchliche Kündigung eine Strafzahlung von maximal sechs Monatslöhnen vor. Sie wird vom Gericht nach pflichtgemässem Ermessen, aufgrund der Umstände des Einzelfalls festgesetzt. Wie bei allen Ermessensentscheiden setzt das Bundesgericht auch bei der vom kantonalen Gericht aufgrund von Art. 336a OR zugesprochenen Entschädigung nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz. Es greift nur mit Zurückhaltung ein und prüft den kantonalen Entscheid insbesondere daraufhin, ob die Vorinstanz grundlos von den in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Bemessungskriterien abgewichen ist oder Tatsachen berücksichtigt hat, die für die Entschädigungshöhe keine Rolle hätten spielen dürfen, oder umgekehrt Umstände beiseite gelassen hat, die zwingend zu beachten gewesen wären. Es hebt einen auf Ermessen beruhenden Entscheid ausserdem auf, wenn sich dieser als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweist (121 III 64 E. 3c, 119 II 157 E. 2a am Ende, 118 II 50 E. 4 S. 55 f.).
Nach Lehre und Rechtsprechung sind für eine Entschädigung nach Art. 336a Abs. 2 OR insbesondere die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit der gekündigten Partei, die Enge der vertraglichen Beziehungen

sowie die Art und Weise der Kündigung des vertraglichen Verhältnisses zu berücksichtigen (BGE 118 II 157 E. 4b/ee mit Hinweisen). Das Bundesgericht geht vom Strafcharakter der Entschädigung aus und leitet daraus ab, dass der Betrag von der Leistungskraft der pflichtigen Partei abhängt. Ein besonders rücksichtsloses

Vorgehen bei der Kündigung kann sich auf das Strafgeld erhöhend auswirken; eine Mitverantwortung der gekündigten Partei kann reduzierend berücksichtigt werden (BGE 119 II 157 E. 2b am Ende). Uneinheitlich ist die Rechtsprechung zur Frage, ob die Dauer des Arbeitsverhältnisses sich auf die Höhe der Entschädigung auswirken kann (bejahend: BGE 118 II 157 E. 4b/ee; verneinend: BGE 119 II 157 E. 2c); jedenfalls darf eine besonders kurze Dauer nicht als Argument für eine Kürzung der Entschädigung dienen. Unberücksichtigt bleiben indes die wirtschaftlichen Folgen, welche die missbräuchliche Kündigung für die entlassene Person hat, weil diese nach Art. 336a Abs. 2 letzter Satz OR zusätzlich zu entschädigen sind (BGE 119 II 157 E. 2b S. 160 f.).
b) Die Klägerin ist der Meinung, das Obergericht habe zwar die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Festsetzung der Entschädigung nach Art. 336a OR zutreffend wiedergegeben, habe aber die einzelnen aufgeführten Kriterien nicht konkret angewendet. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil verbindlich festgestellt, dass die Klägerin, die seit 1983 bei der Beklagten gearbeitet hatte, mit ihren Leistungen zusehends nachgelassen und offenbar auch zu Beanstandungen Anlass gegeben hat. Anlässlich einer Mitarbeiterqualifikation im Juni 1993 sei die Qualität der Arbeitsleistung und die fachliche Entwicklungsmöglichkeit als unter den Erwartungen und das persönliche Verhalten der Klägerin als teilweise ungenügend bezeichnet worden, wobei dieser letzte Vorwurf von der Klägerin nicht akzeptiert wurde. Diese Vorwürfe führten schliesslich zur vorgeschlagenen Lohnreduktion. Die Beklagte wollte mit diesem Vorschlag ihre Verantwortung als Arbeitgeberin wahrnehmen und der Klägerin die Arbeitsstelle weiterhin zur Verfügung stellen. Gestützt auf diese verbindlichen Feststellungen ist davon auszugehen, dass die Beklagte die Kündigung eigentlich ausgesprochen hätte, darauf aber letztlich im Interesse der Klägerin verzichten wollte. Hat die Vorinstanz bei dieser Sachlage berücksichtigt, dass die vorgeschlagene Änderung der arbeitsvertraglichen Bedingungen zu Lasten der Klägerin sachlich - infolge mangelnder Leistung - begründet war, und hat sie bei der Bemessung der Entschädigung nach Art. 336a OR in Betracht gezogen, dass allein die Modalität der Änderungskündigung, das Vorgehen der Beklagten missbräuchlich war, hat sie ihr Ermessen nicht bundesrechtswidrig ausgeübt. Das angefochtene Urteil ist somit zu bestätigen.