Urteilskopf

132 III 115

15. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. X. gegen A. AG (Berufung) 4C.215/2005 vom 20. Dezember 2005

Regeste (de):
Art. 336 und 328 OR; missbräuchliche Kündigung; Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.

Voraussetzungen, unter denen eine Kündigung missbräuchlich ist (E. 2).

Wer einem Arbeitnehmer nach 44 klaglosen Dienstjahren, wenige Monate vor der Pensionierung ohne betriebliche Notwendigkeit und ohne nach einer sozialverträglicheren Lösung gesucht zu haben, kündigt, verletzt seine Fürsorgepflicht und handelt missbräuchlich (E. 5).

Regeste (fr):
Art. 336 et 328 CO; résiliation abusive; devoir d'assistance de l'employeur.

Conditions auxquelles un congé est abusif (consid. 2).

Viole son devoir d'assistance et agit de manière abusive l'employeur qui congédie un travailleur quelques mois avant que celui-ci ne prenne sa retraite, après 44 années de bons et loyaux services, alors que le fonctionnement de l'entreprise ne commande pas une telle mesure et qu'il n'a pas cherché une solution qui soit socialement plus supportable pour l'intéressé (consid. 5).

Regesto (it):
Art. 336 e 328 CO; disdetta abusiva; dovere di assistenza del datore di lavoro.

Condizioni alle quali una disdetta è abusiva (consid. 2).

Agisce abusivamente e viola il proprio dovere di assistenza il datore di lavoro che licenzia un dipendente pochi mesi prima del pensionamento, dopo 44 anni di attività ineccepibile, senza che una simile misura sia dettata da necessità aziendali e senza che sia stata cercata una soluzione socialmente più sopportabile (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 115



X. (Kläger) ist Heizungsmonteur. Er arbeitete seit 1958 ununterbrochen bei der A. AG (Beklagte). Er hatte die Absicht, Ende Mai 2003 bei Erreichen von 45 Dienstjahren in Pension zu gehen, 4 Monate vor dem Eintritt ins AHV-Alter. Kurz vor dem Ende seines

44. Dienstjahres wurde ihm mit Schreiben vom 25. April 2002 per 31. Juli 2002 unter sofortiger Freistellung gekündigt. Auf Verlangen des Klägers begründete die Beklagte die Kündigung mit Schreiben vom 22. Mai 2002 wie folgt: "Wie wir Ihnen bereits mündlich mitgeteilt haben, ist Ihre ständige negative Einstellung neuen Projekten gegenüber nicht nur für Ihre Vorgesetzten, sondern auch für die anderen Mitarbeiter sehr demotivierend. Als Beispiel unter anderen sei hier das neue Vorgehen bei der Erfassung der produktiven Stunden ab Regierapport erwähnt. Der, aufgrund der mit Ihrem Vorgesetzten vereinbarten Ziele für das Jahr 2001, erreichte persönliche Bonus von 6.2 % spricht nicht für eine sehr gute Ausführung Ihrer Arbeit. Die praktische Anwendung der Jahresarbeitszeitregelung gemäss Art. 5 der Arbeitsvertraglichen Bestimmungen für die Gesellschaften der A. in der Schweiz (Art. 25.1 und folgende des GAV im Schweizerischen Heizungs-, Klima-, Lüftungs-, Spenglerei- und Sanitärinstallationsgewerbe) wird von Ihnen auch bestritten." Der Kläger akzeptierte die Kündigung nicht und verlangte von der Beklagten unter anderem eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung (Art. 336 und 336a OR). Während das erstinstanzliche Gericht die Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR für gegeben erachtete, war der Appellationshof des Obergerichts des Kantons Bern der Auffassung, ausschlaggebend für die Kündigung sei das schlechte Verhältnis zwischen dem Kläger und einem Vorgesetzten gewesen. Der Kläger habe demgegenüber nicht nachweisen können, dass sein Alter Grund der Kündigung gewesen sei. Daher liege keine missbräuchliche Kündigung vor. Die gegen dieses Urteil vom Kläger erhobene Berufung heisst das Bundesgericht gut und spricht ihm eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen zu.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe, da das schweizerische Arbeitsrecht vom Prinzip der Kündigungsfreiheit ausgeht (BGE 131 III 535 E. 4.1 S. 538; BGE 127 III 86 E. 2a S. 88; BGE 125 III 70 E. 2a S. 72). Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist.



Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus. Es sind deshalb - neben den in Art. 336 OR aufgeführten - weitere Tatbestände ohne weiteres denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538; BGE 125 III 70 E. 2a S. 72 mit Hinweisen). Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538 mit Hinweis; BGE 123 III 246 E. 3b S. 251).

2.2 Der Missbrauch einer Kündigung kann sich nicht nur aus den Kündigungsmotiven, sondern auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches

und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538 f.; BGE 125 III 70 E. 2b S. 73; BGE 118 II 157 E. 4b/bb S. 166 f.). Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen. Zu beachten ist nämlich, dass der Arbeitgeber gemäss Art. 328 OR verpflichtet ist, die Persönlichkeitsgüter des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Er hat sich jedes durch den Arbeitsvertrag nicht gerechtfertigten Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte zu enthalten und diese auch gegen Eingriffe Vorgesetzter, Mitarbeiter oder Dritter zu schützen. Diese Fürsorgepflichten bilden das Korrelat der Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N. 1 f. zu Art. 328 OR; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, 3. Aufl., S. 168). Daraus hat das Bundesgericht abgeleitet, dass eine Kündigung nicht missbräuchlich ist, wenn wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden ist, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, und wenn der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen. Hat sich der Arbeitgeber nicht oder ungenügend um die Lösung des Konflikts bemüht, ist er seiner Fürsorgepflicht nicht hinreichend nachgekommen, weshalb sich die Kündigung als missbräuchlich erweist (BGE 125 III 70 E. 2c S. 74; Urteile des Bundesgerichts 4C.189/2003 vom 23. September 2003, E. 5.1 und 5.2 mit



Hinweisen; 4C.253/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 2 und 3, wo eine späte Ermahnung an nur eine der am Konflikt beteiligten Personen als ungenügende Massnahme erachtet wurde).

2.3 Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers nicht, um die Kündigung als missbräuchlich erscheinen zu lassen. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 539; Urteil 4C.234/2001 vom 10. Dezember 2001, E. 3 nicht publ. in BGE 128 III 129, aber publ. in SJ 2002 I S. 389 ff.).

2.4 Allgemein kann Rechtsmissbrauch nach Art. 2 ZGB bei krassem Missverhältnis der Interessen vorliegen, namentlich wenn bereits die auszulegende gesetzliche Norm auf eine gewisse Interessenproportionalität abzielt (MERZ, Berner Kommentar, N. 371 zu Art. 2 ZGB). So verhält es sich bei Art. 336 OR, geht es doch bei der rechtsmissbräuchlichen Kündigung des Einzelarbeitsvertrages um eine gesetzliche Beschränkung der Vertragsfreiheit, um das Interesse der Gegenpartei an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages zu wahren. Im Vordergrund steht der Sozialschutz des Arbeitnehmers vor ungerechtfertigter Auflösung des Arbeitsverhältnisses (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 2 und 4 zu Art. 336 OR). Die Ausübung des an und für sich bestehenden Rechts zur Kündigung wird eingeschränkt, wenn diese zu einem sozial stossenden Missverhältnis der Interessen führen würde (vgl. BAUMANN, Zürcher Kommentar, N. 302 zu Art. 2 ZGB). Die Frage, ob eine arbeitgeberseitige Kündigung nach Art. 336 OR verpönt ist, lässt sich auch unter dem Blickwinkel zweckwidriger Rechtsausübung beantworten. So kann etwa eine aus blosser persönlicher Annehmlichkeit ausgesprochene Kündigung ebenfalls missbräuchlich sein (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 540 mit Hinweisen).

2.5 Schliesslich setzt die Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung missbräuchlich ist, eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles voraus (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 540; Urteil des Bundesgerichts 4C.174/2004 vom 5. August 2004, E. 2.5).

3. Nach Ansicht des Klägers erfolgte die Kündigung missbräuchlich. Der Kläger sei für die innerbetriebliche Kritik an den teilweise dem Arbeitsrecht widersprechenden Massnahmen zur Produktivitätssteigerung eingestanden. Er habe sich deshalb gegen den vorgesetzten Serviceleiter gestellt, welcher schliesslich die Kündigung

veranlasst habe. Es liege deshalb eine Rachekündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR vor. Ausserdem sei die Beklagte bei der Kündigung auf eine persönlichkeitsverletzende Weise vorgegangen, was die Kündigung ebenfalls als missbräuchlich ausweise. Ferner habe es die Vorinstanz bundesrechtswidrig unterlassen, die Umstände der Kündigung gesamthaft zu würdigen. Die durch das Verhalten des Klägers in keiner Weise gerechtfertigte Kündigung mit sofortiger Freistellung nach lebenslanger Treue gegenüber derselben Arbeitgeberin mit gravierenden Folgen für den Kläger rufe nach einer maximalen Entschädigung von sechs Monatslöhnen bzw. Fr. 35'171.- nebst Zins.

4.

4.1 Den Ausschlag für die Kündigung gab nach dem angefochtenen Urteil zum einen das schlechte Verhältnis des Klägers zum übergeordneten, dem Kläger aber nicht direkt vorgesetzten Serviceleiter, der schliesslich die Kündigung des Klägers veranlasste, und zum anderen die kritische Haltung, welche der Kläger gegenüber Massnahmen zur Produktivitätssteigerung einnahm.

4.1.1 Die Vorinstanz hielt im Einzelnen in tatsächlicher Hinsicht, mithin für das Bundesgericht verbindlich (Art. 63 Abs. 2 OG), fest, der Kläger habe sich - ebenso wie andere Mitarbeiter - gewissen Neuerungen gegenüber kritisch geäussert. Das Hinterfragen von Neuerungen über längere Zeit sei den Vorgesetzten teilweise lästig gewesen. Zur Hauptsache sei es darum gegangen, dass die Geschäftsleitung im Bestreben, die unproduktiven Arbeitsstunden zu minimieren, von den Mitarbeitern verlangt habe, Hand dazu zu bieten, bei fehlender Auslastung nicht zu arbeiten und bei Hochbetrieb Überstunden zu leisten. Der Kläger habe diese Vorgaben nicht immer umsetzen können und auch unproduktive Stunden rapportiert, ohne aber je ausdrückliche Weisungen verletzt zu haben. Nach dem erstinstanzlichen Urteil, auf welches die Vorinstanz integral verweist, soweit sie nicht zu anderen eigenen Schlüssen gelangt, bildete die Thematik der unproduktiven Stunden auch nach dem Austritt des Klägers Streitpunkt im Betrieb und bereitete sämtlichen Mitarbeitern Probleme. Nach Auffassung der Vorinstanz ist fraglich, ob sich die angestrebte Rationalisierungsmassnahme hätte durchsetzen lassen, da das Arbeitsvertrags- und das Arbeitsrecht derartige Regelungen nur in engen Grenzen zulasse, weshalb die kritische Haltung des Klägers bis zu einem gewissen Grade verständlich sei.



4.1.2 Was das schlechte Verhältnis des Klägers zum Serviceleiter anbelangt, hob die Vorinstanz hervor, dass auch andere Arbeiter mit der Art dieses Vorgesetzten Mühe bekundet hätten.

4.1.3 Im Übrigen hielt die Vorinstanz fest, es seien weder unkolle giales noch demotivierendes Verhalten des Klägers nachgewiesen. Dieser habe grundsätzlich gute Leistungen erbracht. Seinen im Vergleich zu jüngeren Arbeitnehmern langsameren Arbeitsrhythmus habe er teilweise durch grössere Erfahrung wettgemacht. Die im letzten Arbeitsjahr geleistete unterdurchschnittliche Anzahl produktiver Stunden sei für die Kündigung nicht kausal gewesen. Wirtschaftliche Gründe, wie sie die Beklagte im Verfahren behauptet habe, seien nicht dargetan.

4.2 Die Vorinstanz hielt zusammenfassend fest, es sei zwar moralisch verwerflich, einem 63-jährigen Angestellten im 44. Dienstjahr unter sofortiger Freistellung 14 Monate vor der ordentlichen Pensionierung ohne vorherige Anhörung zu kündigen, ohne unter Einbezug des Personaldienstes nach einem einvernehmlichen

Ausweg gesucht zu haben. Mangels klaren Grundes schloss die Vorinstanz jedoch nicht auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung.

5. Mit dieser Einschätzung verkennt die Vorinstanz die Rechtslage.

5.1 Die Vorinstanz übersah, dass die Beklagte ihre Fürsorgepflicht nach Art. 328 Abs. 1 OR verletzt hat, wenn sie den Kläger auf Betreiben des Serviceleiters ohne weiteres entliess, weil sich der Kläger mit diesem nicht verstand. Dem angefochtenen Urteil ist nicht zu entnehmen, dass sich die Beklagte vorgängig auch nur ansatzweise darum bemüht hätte, das Verhältnis unter den genannten Personen zu entspannen. Die Feststellung der Vorinstanz, dem Kläger sei ohne jede Vorwarnung gekündigt worden, kann nur bedeuten, dass in dieser Hinsicht gar nichts unternommen wurde. Ein Lösungsversuch wäre indessen umso mehr angezeigt gewesen, als auch andere Arbeitnehmer mit dem Verhalten des betreffenden Serviceleiters Schwierigkeiten bekundeten. Da dieser dem Kläger nicht unmittelbar vorgesetzt war, erscheint darüber hinaus die Vermutung berechtigt, dass geeignete Massnahmen eine Lösung hätten bewirken können. Bereits in dieser Hinsicht erweist sich die Kündigung daher als klar missbräuchlich (vgl. E. 2.2 hiervor).

5.2 Was sodann die Massnahmen zur Steigerung der Produktivität anbelangt, führte die Vorinstanz aus, die Rechtmässigkeit der damit verbundenen Anforderungen an die Mitarbeiter sei fraglich. Wenn



aber bereits der Appellationshof die Zulässigkeit der eingeführten Massnahmen in Frage stellt, muss auch dem Kläger - insoweit übrigens im Einklang mit anderen Arbeitnehmern - zugestanden werden, an der neuen Regelung der Stundenerfassung Anstoss zu nehmen. Es erscheint sogar zweifelhaft, ob der Kläger verpflichtet gewesen wäre, entsprechende Weisungen zu befolgen, denn dazu ist vorausgesetzt, dass diese rechtmässig sind (vgl. REHBINDER, a.a.O., N. 36 zu Art. 321d OR; MARIE-LOUISE STAMM, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Diss. Basel 1977, S. 116 ff.), also weder Verpflichtungen enthalten, die den vertraglichen Rahmen sprengen (SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 14 zu Art. 321d OR; REHBINDER, a.a.O., N. 38 zu Art. 321d OR; WYLER, Droit du travail, S. 97 f.; MARIE-LOUISE STAMM, a.a.O., S. 67 f.), noch die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers verletzen (Urteil des Bundesgerichts 4C.357/2002 vom 4. April 2003, E. 4.1; SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, a.a.O., N. 18 f. zu Art. 321d OR; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl. 1992, N. 3 zu Art. 321d OR). Dem Kläger, der sich den die Produktivitätssteigerung bezweckenden Weisungen zwar unterzog, aber dagegen remonstrierte, ist jedenfalls zugute zu halten, dass er sich in guten Treuen auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis berief. Soweit die Kündigung deswegen erfolgte, erfüllt sie den Missbrauchstatbestand der Rachekündigung im Sinne von Art. 336 lit. d OR (Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts [JAR]1992 S. 239 f.; STAEHELIN, a.a.O., N. 24 zu Art. 336 OR; vgl. auch die weiteren Beispiele bei REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, 3. Aufl., N. 14 zu Art. 336 OR).

5.3 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. Dazu gehört die Sorge dafür, 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.

5.4 Darüber hinaus hat die Beklagte das Gebot schonender Rechtsausübung krass verletzt, indem sie den Kläger, ohne jegliches Vorgespräch und ohne auch nur den Versuch einer sozial verträglicheren Lösung zu unternehmen, unter sofortiger Freistellung entliess. Die Vorinstanz verkannte, dass die jahrzehntelange Treue des

Klägers für denselben Betrieb auch die Fürsorgepflicht der Beklagten erhöhte. Sollte sich eine Kündigung wenige Monate vor der ohnehin geplanten Pensionierung im 45. Anstellungsjahr tatsächlich als unumgänglich erweisen, wäre die Beklagte in erhöhtem Masse zu schonendem Vorgehen bei der Kündigung gehalten gewesen. Auch diese aus Art. 2 ZGB abgeleitete Pflicht hat die Beklagte missachtet (E. 2.2 hiervor).

5.5 Schliesslich ist auch die Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung aufgrund des krassen Missverhältnisses der auf dem Spiele stehenden Interessen offenkundig (E. 2.4 hiervor). 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 nach dem Gesagten kein schützenswertes Interesse der Beklagten gegenüber.

5.6 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Beklagte mit der ausgesprochenen Kündigung als solcher wie auch mit der Art und Weise massiv gegen gesetzliche Fürsorge- und Treuepflichten verstossen hat. Vor diesem Hintergrund bleibt die Frage, welche Rolle das Alter des Klägers bei der Kündigung spielte, ohne Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens. So oder anders ist angesichts der Anzahl und des Gewichts der Pflichtverstösse der Beklagten wie auch der einschneidenden Wirkungen der Kündigung für den Kläger eine maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen am Platze (Art. 336a Abs. 1 und 2 OR), damit sie sowohl ihrem Straf- als auch Genugtuungszweck gerecht wird (BGE 123 III 391 E. 3b/cc und 3c S. 393 f.). Das Eventualbegehren des Klägers auf Zusprechung einer Genugtuung wird damit gegenstandslos.