

Bundesgericht

Die Änderungskündigung im Lichte der neuesten Rechtsprechung

Auf Arbeitgeberseite besteht bei einer schlechten Wirtschaftslage im besonderen Masse das Bedürfnis, Arbeitsverträge rasch an die wirtschaftlichen oder betrieblichen (ökonomischen, technischen oder organisatorischen) Bedürfnisse anzupassen. Mit der Änderungskündigung bietet sich dem Arbeitgeber ein rechtliches Instrument, auf solche veränderten Verhältnisse zu reagieren.

Da es dabei in der Regel um eine Änderung der Arbeitsbedingungen, insbesondere um Lohnkürzungen geht, ist von einer solchen Anpassung meist der Arbeitnehmer betroffen. Das *Bundesgericht* hat die Problematik der Änderungskündigung in seiner Rechtsprechung bisher nicht abschliessend beurteilt und kaum zur Klärung der Kontroverse beigetragen. Es ist daher zu begrüssen, dass es diese umstrittene Frage geklärt und damit der unsicheren Rechtslage ein Ende gesetzt hat.

■ Der Bundesgerichtsentscheid (123 III 246 ff.)

1. Sachverhalt

Das Bundesgericht fasst den *Sachverhalt* wie folgt zusammen:

«S. trat am 1. September 1983 eine Stelle als Sachbearbeiterin bei der 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



Dr. Denis G. Humbert

Denis G. Humbert studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und schloss sein Studium 1990 mit der Doktorarbeit zum Thema «Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht» ab. Danach arbeitete er während rund dreier Jahre an einem zürcherischen Bezirksgericht. Der Autor war zudem während vier Jahren Mitglied einer Schlichtungsbehörde in Mietstreitigkeiten. Seit dem Erwerb des Anwaltspatentes praktiziert er in Zürich in einer wirtschaftsrechtlich orientierten Anwaltskanzlei insbesondere auf seinen bevorzugten Tätigkeitsgebieten des Arbeits- und Vertragsrechts sowie der Prozessführung.

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 folgender handschriftlicher Text beigelegt:

«Sofern Frau S. den von ihr unterschriebenen Brief vom 10.12.1993 bis zum 30.12.1993 dem Unterzeichner aushändigt, wird die vorstehend umschriebene Änderungskündigung zurückgezogen.»

S. nahm die Vertragsofferte nicht an und sandte den erwähnten Brief nicht zurück. Aufgrund gesundheitlicher Probleme verlängerten die Parteien gestützt auf die gesetzlichen Bestimmungen das Arbeitsverhältnis bis zum 31. Oktober 1994. Mit Schreiben vom 28. Juli 1994 stellte die X. die Arbeitnehmerin für die verbleibende Kündigungsfrist unter Anrechnung des Ferienguthabens frei.

Mit Schreiben vom 21. September 1994 erhob S. bei der X. formell Einsprache im Sinne von Art. 336b OR wegen Missbräuchlichkeit der ausgesprochenen Kündigung. Die Parteien einigten sich in der Folge nicht auf eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

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 Arbeitszeugnisses und wies die Klage im übrigen ab.

Eine ausführliche Besprechung dieses Entscheides (BGE 123 III 246 ff.) findet sich in der Zeitschrift «recht», Ausgabe April 1998.

Auf Appellation der Klägerin hin hiess das Obergericht des Kantons Luzern am 11. Juni 1996 die Klage teilweise gut und verurteilte die Beklagte, der Klägerin Fr. 5000.– wegen missbräuchlicher Kündigung zu bezahlen.

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.»

2. Erwägungen des Bundesgerichtes

Das Bundesgericht befasst sich einleitend mit dem Begriff der Änderungskündigung und stellt die Frage, ob die Änderungskündigung als missbräuchlich bezeichnet werden müsse und allenfalls unter die Regelung von Art. 336 OR (Schutz vor missbräuchlicher Kündigung) fällt. Es weist darauf hin, dass diese Frage von der kantonalen Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet wird. Das Bundesgericht prüft ferner, ob sich aus dem Umstand, dass die Arbeitgeberin eine sofortige Lohnreduktion während der Dauer der Kündigungsfrist vorschlug, eine missbräuchliche Kündigung herleiten lässt. Hierzu führt es folgendes aus:

«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.»

Das Bundesgericht befasst sich sodann mit der Frage, ob der durch die Arbeit-

geberin angegebene Grund für die Lohnreduktion, nämlich der «*krankheitsbedingte Leistungsabfall*» der Arbeitnehmerin, als zusätzlicher missbräuchlicher Kündigungsgrund im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR zu qualifizieren ist. Diese Frage beantwortet es wie folgt:

«Eine Krankheit ist eine persönliche Eigenschaft, welche gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR für den Kündigungsschutz relevant sein kann. 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. 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 Sinne 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.»

Das Bundesgericht gelangt aufgrund des Sachverhaltes zum Schluss, dass das angefochtene vorinstanzliche Urteil, welches der Arbeitnehmerin eine Entschädigung von Fr. 5000.– zusprach, zu bestätigen ist.

■ Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid

1. Begriff der Änderungskündigung

Die Änderungskündigung ist im Schweizerischen Obligationenrecht (OR) im Ge-

gensatz zur ordentlichen (Art. 335 Abs. 1 OR), missbräuchlichen (Art. 336 OR) und ausserordentlichen Kündigung (Art. 337 OR) nicht geregelt. Als Änderungskündigung wird eine Kündigung bezeichnet, welche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten – ungünstigeren – Bedingungen anbietet. In der Praxis wird eine Kündigung unter der Bedingung ausgesprochen, dass sich der Vertragspartner – in der Regel der Arbeitnehmer – mit einer bestimmten Änderung des Arbeitsvertrages nicht einverstanden erklärt. Zu beachten ist, dass die Änderungskündigung nicht in erster Linie auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzielt, sondern auf eine inhaltliche Neugestaltung der Arbeitsbedingungen.

Die Änderungskündigung ist eine Kündigung, auf welche die Vorschriften über die Kündigungsfristen und -termine sowie jene über den Kündigungsschutz anzuwenden sind. Sie bedarf somit nur dann einer besonderen Form (z. B. Schriftform mit der Unterschrift des Kündigenden), wenn eine solche durch Vereinbarung, etwa durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag, vorgeschrieben wird.

In der Praxis kommen verschiedene Arten von Änderungskündigungen vor. Man kann dabei zwischen der Änderungskündigung im engeren und im weiteren Sinne unterscheiden. Eine Änderungskündigung im engeren Sinne liegt vor, wenn eine Partei den Arbeitsvertrag kündigt, aber gleichzeitig eine neue Vertragsofferte mit geänderten – ungünstigeren – Bedingungen unterbreitet. Es handelt sich somit um eine bedingte Kündigung, die mit einer Offerte auf Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit bestimmten Änderungen (z.B. Lohnreduktion oder neue Arbeitszeitregelung) verbunden ist. Es wird nicht die Auflösung des Arbeits-

beurteilen, ob betriebliche oder marktbedingte Gründe vorgelegen haben? Man kann sich daher fragen, ob die Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht auf eine Art «Freipass» für den Arbeitgeber hinausläuft.

Es ist zudem fragwürdig, ob es überhaupt Aufgabe des staatlichen Richters sein darf, unternehmerische Entscheide eines Arbeitgebers zu überprüfen und allenfalls mit einem Urteil zu korrigieren. Vor dem Hintergrund der Handels- und Gewerbefreiheit muss es nämlich dem Arbeitgeber unbenommen sein, selbst zu bestimmen, wann für ihn betriebliche oder marktbedingte Gründe im konkreten Einzelfall vorliegen bzw. ob er gezwungen ist, z.B. die Lohnkosten anstelle anderer Fixkosten zu senken.

4. Änderungskündigung als missbräuchliche Rachekündigung

Das Bundesgericht erachtet die *Änderungskündigung im vorliegenden Fall zu Recht als missbräuchlich*, weil sie von der Arbeitgeberin als Reaktion auf die von der Arbeitnehmerin geltend gemachten vertraglichen Ansprüche – vorliegend das Beharren auf Bezahlung des vertraglichen Lohnes bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – erfolgt war. Es lag somit ein Anwendungsfall der sogenannten *Rachekündigung* vor. In casu wurde die Änderungskündigung der Arbeitnehmerin nur 18 Tage nach der Weigerung, eine sofortige Lohnreduktion von Fr. 500.– monatlich anzunehmen, zugestellt. Zudem hat man der Arbeitnehmerin in Aussicht gestellt, die Änderungskündigung zurückzuziehen, falls sie mit einer sofortigen Lohnreduktion einverstanden wäre. Nach zutreffender Ansicht des Bundesgerichtes hat die Arbeitgeberin damit

unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass das Arbeitsverhältnis auf den in der Kündigung genannten Termin beendet ist, wenn die Arbeitnehmerin auf ihrem Lohnanspruch während der Kündigungsfrist beharrt.

Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer somit nicht mit einer Kündigung drohen, wenn er sich nicht bereit erklärt, sofort – d.h. ohne Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist – eine für ihn ungünstige Vertragsbedingung zu akzeptieren. Der Arbeitnehmer ist berechtigt, sich einer derartigen Drohung zu widersetzen und die offerierte Vertragsänderung abzulehnen. Wird ihm deshalb gekündigt, ist die Kündigung missbräuchlich.

5. «Entschädigung» gemäss Art. 336a OR

Nach Art. 336a OR hat die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der anderen Partei eine *Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen* auszurichten. Das Bundesgericht geht dabei vom *Strafcharakter der Entschädigung* aus: Sie soll primär den missbräuchlich Kündigenden bestrafen und abschreckend wirken. Da die Entschädigung nicht als Lohn zu qualifizieren ist, sind vom geschuldeten Betrag keine Sozialversicherungsbeiträge abzuziehen. Gemäss Bundesgericht sind für die Festsetzung der Höhe der Entschädigung folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- die Schwere des Eingriffes in die Persönlichkeit der gekündigten Partei
- die Enge der vertraglichen Beziehungen
- die Art und Weise der Kündigung des vertraglichen Verhältnisses
- die Leistungskraft der entschädigungspflichtigen Partei

- ein besonders rücksichtsloses Vorgehen bei der Kündigung (entschädigungserhöhend)
- Mitverantwortung der gekündigten Partei (Reduktion der Entschädigung).

Ob sich die Dauer des Arbeitsverhältnisses auf die Höhe der Entschädigung auswirkt, beantwortet das Bundesgericht nicht abschliessend. Eine deutlichere Stellungnahme wäre hier wünschenswert gewesen. Mit dem überwiegenden Teil der Rechtslehre ist jedenfalls davon auszugehen, dass sich auch die Dauer des Arbeitsverhältnisses auf die Entschädigungshöhe auswirken muss.

■ Fazit

Im Ergebnis ist der *Entscheid richtig und bedeutsam*. Das Bundesgericht hat die in Lehre und Rechtsprechung herrschende Unsicherheit in bezug auf die Qualifikation der Änderungskündigung beseitigt und festgehalten, dass bei Vorliegen betrieblicher oder marktbedingter Gründe eine Änderungskündigung nicht eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR darstellt. Es hat sich zu Recht für die *grundsätzliche Zulässigkeit der Änderungskündigung* ausgesprochen. Damit trägt das Bundesgericht dem Umstand Rechnung, dass es in der Praxis oftmals notwendig ist, eine Anpassung eines Arbeitsvertrages an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Bedürfnisse vorzunehmen. *Nicht ganz zufriedenstellend* ist hingegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur *Festsetzung der Entschädigungshöhe*. Das Gericht hat hier leider die Gelegenheit versäumt, sich abschliessend zur Frage zu äussern, ob sich die Dauer des Arbeitsverhältnisses auf die Höhe der Entschädigung auswirkt.

Dr. Denis G. Humbert



verhältnisses, sondern dessen inhaltliche Neugestaltung bezweckt.

Demgegenüber ist unter Änderungskündigung *im weiteren Sinne* eine Kündigung zu verstehen, die mit der Offerte zu einer Vertragsänderung nicht unmittelbar verknüpft ist. Einer Partei wird – nach Abgabe der Offerte – gekündigt, weil sie zu einer einvernehmlichen Änderung der Arbeitsbedingungen nicht bereit war.

2. Grundsätzliche Zulässigkeit der Änderungskündigung

Die Gerichte hatten sich schon mehrfach mit der Problematik der Änderungskündigung zu befassen. In der *Rechtsprechung* und *Doktrin* war bis anhin umstritten, ob die Änderungskündigung missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR und damit rechtlich unzulässig sei. Die Klärung dieser Frage ist im Hinblick auf allfällige finanzielle Folgen für den Arbeitgeber von erheblicher Bedeutung. Würde man die Missbräuchlichkeit der Änderungskündigung bejahen, hiesse dies, dass der kündigende Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Entschädigung bis zu sechs Monatslöhnen und gegebenenfalls Schadenersatz zu leisten hätte (Art. 336a OR).

Das *Bundesgericht* betont in seinem Entscheid, dass die Änderungskündigung *nicht in jedem Fall missbräuchlich ist*. Es geht dabei in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und kantonalen Rechtsprechung von der *grundsätzlichen Zulässigkeit der Änderungskündigung aus*. Dies setzt allerdings voraus, dass die Änderung der vom Arbeitgeber offerierten neuen und ungünstigeren Arbeitsbedingungen *erst nach Ablauf der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist* eintreten soll und der Arbeitnehmer somit während der Kündigungsfrist zu den

bisherigen Arbeitsbedingungen weiterarbeiten kann. Der Grundsatzentscheid des Bundesgerichtes ist zu begrüssen. Das Gericht berücksichtigt damit das Bedürfnis der Wirtschaft, Arbeitsverträge rasch an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Gegebenheiten anzupassen. Die Arbeitgeber besitzen mit der Änderungskündigung ein geeignetes Instrument, das ihnen erlaubt, auf das sich stetig verändernde wirtschaftliche Umfeld rasch zu reagieren und damit rechtzeitig die erforderlichen Massnahmen einzuleiten, um das Überleben des Unternehmens langfristig zu sichern. Die Änderungskündigung als missbräuchlich zu qualifizieren, würde eine Missachtung des in der Privatautonomie begründeten Prinzips der Vertragsfreiheit bedeuten. Nach diesem Grundsatz muss es dem Arbeitgeber möglich sein, nach Ablauf der Kündigungsfrist eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses *unter geänderten Bedingungen* vorzuschlagen. Nur so kann vermieden werden, dass das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis über Jahre hinweg in seinem ursprünglich vereinbarten Umfang und Inhalt «zementiert» wird oder der Arbeitgeber gezwungen ist, die anpassungsbedürftigen Arbeitsverträge mit den bisherigen Arbeitnehmern aufzulösen und mit andern Arbeitnehmern neue Arbeitsverträge einzugehen.

3. Missbräuchlichkeit der Änderungskündigung bei fehlendem sachlichen Grund

Das Bundesgericht weist jedoch zu Recht darauf hin, dass eine Änderungskündigung *ausnahmsweise rechtsmissbräuchlich sein kann*. Nach seiner Ansicht trifft dies zu, wenn die Änderungskündigung

ohne sachlich schutzwürdigen Grund ausgesprochen wird, d.h. wenn für die Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen *keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe* bestehen. Gemäss Bundesgericht darf die *Kündigung nicht als Druckmittel* dienen, um eine für die Gegenseite nachteilige Vertragsänderung herbeizuführen, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt. Es erachtet somit eine Kündigung als missbräuchlich, die ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer eine vom Arbeitgeber vorgeschlagene, sachlich nicht gerechtfertigte Änderung der Arbeitsbedingungen, welche erst nach Ablauf der Kündigungsfrist wirksam werden soll, nicht akzeptiert.

Dieser Ansicht ist beizupflichten. Bei der Prüfung der Frage, ob eine missbräuchliche Kündigung vorliegt, ist stets darauf abzustellen, ob sie *sachlich gerechtfertigt* und aus *schützenswerten Gründen* erfolgt. Wird die Kündigung aus einem verwerflichen Grund ausgesprochen, ist sie missbräuchlich. Das Bundesgericht bejaht den Missbrauch, wenn für die Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen keine «betrieblichen oder marktbedingten Gründe» bestehen. Das Vorliegen eines missbräuchlichen Kündigungsgrundes bzw. das Fehlen betrieblicher oder marktbedingter Gründe muss der *Arbeitnehmer beweisen*. Die Beweisführung wird sich schwierig gestalten, wenn der Arbeitgeber in seiner Kündigungsbegründung derartige Argumente bloss vorschiebt, der wahre Kündigungsgrund jedoch andersartig gelagert ist. Da das Kündigungsmotiv als innere Tatsache nur indirekt nachweisbar ist, und zwar durch Rückschlüsse vom äusseren Verhalten auf die Beweggründe, erleidet der Arbeitnehmer oftmals einen Beweisnotstand. Wie soll er als Nichtunternehmer