

Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers



DENIS G. HUMBERT
Dr. iur., Rechtsanwalt,
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Zum Spannungsfeld Kündigungsfreiheit – Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen – Bestandesschutz
- III. Aktuelle Rechtsprechung zur Generalklausel von Art. 336 OR
 1. Keine abschliessende Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR/geforderte «Schwere» der Kündigungsgründe
 2. Unter die Generalklausel zu subsumierende Fallkonstellationen
 3. Ausgewählte neuere Urteile im Zusammenhang mit der Generalklausel von Art. 336 OR
 - 3.1. Kündigung eines älteren Arbeitnehmers
 - a. Alterskündigung ohne Vornahme von Abklärungen über eine anderweitige Beschäftigung im Betrieb
 - b. Kündigung eines 57-jährigen Arbeitnehmers nach 30 Dienstjahren, 8 Jahre vor dem Erreichen des ordentlichen Pensionsalters
 - c. Kündigung eines über 44 Jahre im Betrieb tätigen Arbeitnehmers, 14 Monate vor der ordentlichen Pensionierung
 - 3.2. Kündigung im Zusammenhang mit einem vom Arbeitgeber vorgehaltenen illoyalen Verhalten und einer vorgeworfenen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen
 - 3.3. «Sündenbock»-Kündigung
 - 3.4. Whistleblowing als missbräuchlicher Kündigungstatbestand/Revisionsbestrebungen
 - 3.5. Kündigung während der Probezeit
- IV. Fürsorgepflicht und missbräuchliche Kündigung
 1. Verstärkte Betonung der Fürsorgepflicht durch die Gerichte im Umfeld von Konflikt-, Krankheits- und Gesundheitsschutzkündigungen
 2. Die aufgrund der Fürsorgepflicht einzuleitenden Massnahmen
 3. Grenzen der Fürsorgepflicht
- V. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Die Gerichte haben sich seit der Revision des Kündigungsrechts im Jahre 1989 in zahlreichen Urteilen zur Frage geäussert, unter welchen Voraussetzungen die Missbräuchlichkeit einer Kündigung i.S.v. Art. 336 OR zu bejahen ist. So hat das Bundesgericht gewisse Leitlinien festgesetzt, welche für die kündigende Partei zu beachten sind. Weil trotz der in Art. 336 OR vorgesehenen paritätischen Ausgestaltung des sachlichen Kündigungsschutzes in der Praxis fast ausschliesslich die Arbeitnehmer von missbräuchlichen Kündigungen des Arbeitgebers betroffen sind, ist es vor allem der Arbeitgeber, welcher von der seit mehreren Jahren feststellbaren strengeren Praxis des Bundesgerichtes über die Zulässigkeit einer Kündigung beschwert ist. Immerhin haben das Bundesgericht und die kantonalen Gerichte auch in ihren neusten Entscheiden am Grundsatz der Kündigungsfreiheit festgehalten und regelmässig betont, dass es im Arbeitsprivatrecht für die Rechtmässigkeit einer Kündigung grundsätzlich keiner besonderen Gründe bedarf¹.

Bleibt somit alles beim Alten? Nein. Die Bundesgerichtsentscheide und die kantonalen Urteile der letzten Jahre lassen eine gewisse Tendenz erkennen, wonach die Gerichte dazu neigen, die Vertragsfreiheit zugunsten der Vertragsgerechtigkeit einzuschränken und die Kündigungsschutzbestimmungen verschärft anzuwenden². Bis zum heutigen Zeitpunkt unverändert geblieben ist hingegen die zurückhaltende Rechtsprechung des Bundesgerichtes und der Gerichte der deutschsprachigen Schweiz zur Höhe der Pönalentschädigung bei einer festgestellten missbräuchlichen Kündigung.

Modifizierte Fassung eines am 31. Mai 2011 an der Tagung «Aktuelles aus dem Arbeitsrecht» des Europa Instituts der Universität Zürich gehaltenen Referats.

¹ Vgl. hierzu hinten II.1.

² Gl. M. JEAN-FRITZ STÖCKLI, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, in: ArbR 2007, 191 ff.; ROGER RUDOLPH, Aktuelle Fragen im Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen zum sachlichen Kündigungsschutz, in: TREX 2009, 153; a.M. THOMAS GABATHULER, Die Kündigungsfreiheit kommt ins Wanken, in: Plädoyer 2008, 32 ff. Nach Ansicht von GABATHULER kann von einer wesentlichen Zurückdrängung der Kündigungsfreiheit kaum die Rede sein. Immerhin anerkennt GABATHULER, dass im Zusammenhang mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 328 OR die Kündigungsfreiheit durch das Gebot schonender Rechtsausübung eingeschränkt werde und es in solchen Fällen zutrefte, dass der Vertragsgerechtigkeit ein grösseres Gewicht eingeräumt werde. Sobald jedoch wirtschaftliche Gegebenheiten und sie betreffende unternehmerische Entscheide in Frage stehen, sei der sachliche Kündigungsschutz praktisch inexistent.

Die Gerichte sprechen regelmässig bloss geringe Entschädigungen zu. Der vom Gesetzgeber vorgesehene Rahmen von 6 Monatslöhnen³ wird praktisch nie ausgeschöpft. Die Zurückhaltung der Gerichte bei der Festsetzung der Pönalentschädigung ist unverständlich und torpediert schlussendlich die hinter den Revisionsbestrebungen für einen umfassenden sachlichen Kündigungsschutz stehende Absicht des Gesetzgebers, Missbräuchen entgegenzutreten und eine «prophylaktische Wirkung» zu erzielen⁴. Ob in Zukunft die vom Gesetzgeber beabsichtigte Verbesserung des Schutzes vor missbräuchlicher Kündigung durch eine Erhöhung der Pönalentschädigung von bisher 6 auf neu 12 Monatslöhne zur erhofften Präventivwirkung führt und ob diesfalls die Gerichte gewillt sind, bei Missbrauchsfällen inskünftig höhere Entschädigungen zuzusprechen, wird sich zeigen⁵.

Die folgenden Ausführungen geben im ersten Teil einen Überblick über die aktuelle Rechtsprechung zum Spannungsverhältnis «Kündigungsfreiheit – Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen – Bestandesschutz», um sodann im zweiten Teil die neuere Rechtsprechung zur Generalklausel von Art. 336 OR zu durchleuchten. Im dritten Teil wird anhand von neueren Entscheiden dargelegt, dass die Gerichte bei der Beurteilung von Missbrauchsfällen höhere Anforderungen

an die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (OR 328) stellen. Im letzten Teil werden die Schlussfolgerungen gezogen.

II. Zum Spannungsfeld Kündigungsfreiheit – Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen – Bestandesschutz

1. Das Bundesgericht weist in regelmässigen Abständen auch in seinen neusten Urteilen immer wieder darauf hin, dass im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht die Kündigungsfreiheit gilt. Dies kann zwar für die beratenden Anwältinnen und Anwälte sowie für die erst- und zweitinstanzlichen Gerichte hilfreich sein, da ihnen das Bundesgericht für die Beurteilung von Missbrauchsfällen auf diese Weise eine gewisse Leitplanke setzt. Andererseits vermag der Grundsatz der Kündigungsfreiheit die Unsicherheit, welche bei der Überprüfung einer Kündigung auf deren Missbräuchlichkeit hin entsteht, oftmals nicht restlos zu beseitigen. Das Bundesgericht hielt in der Mehrheit seiner neuen Entscheide, die sich zu Missbrauchsfällen äussern, klar fest, dass das schweizerische Arbeitsvertragsrecht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit ausgeht und es für die Rechtmässigkeit einer Kündigung deshalb grundsätzlich keiner besonderen Kündigungsgründe bedarf⁶. Missbräuchlich ist die Kündigung also nur, wenn sie aus bestimmten, in Art. 336 OR umschriebenen unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist⁷. Damit liegt das Bundesgericht auch in seiner neusten Rechtsprechung nach wie vor auf der Linie des Gesetzgebers, welcher ausdrücklich am Grundsatz der Kündigungsfreiheit festhalten wollte⁸. Dass

³ Art. 336a Abs. 2 OR.

⁴ Vgl. zu den Motiven für die Neuordnung des Kündigungsschutzes: DENIS HUMBERT, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1991, 2 ff.

⁵ Der Bundesrat plant eine Revision des Sanktionsrechts. (Der Text des Vorentwurfes ist abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html>): Für missbräuchliche oder ungerechtfertigte fristlose Kündigungen sowie bei Diskriminierung in der Kündigung und bei sexueller Belästigung nach Gleichstellungsgesetz soll die Strafentschädigung von 6 auf 12 Monatslöhne erhöht werden. Der Bundesrat begründet die vorgeschlagene Erhöhung der Strafentschädigung auf 12 Monatslöhne wie folgt: «*Ein höherer Maximalbetrag wird es erlauben, dieser Doppelfunktion der Entschädigung*» (Strafe und Wiedergutmachung) «*besser Rechnung zu tragen, ohne ihren abschliessenden Charakter oder die Tatsache, dass sie keinem nachgewiesenen Schaden entsprechen muss, in Frage zu stellen... Insgesamt ergibt sich daraus eine Verstärkung der abschreckenden Wirkung der Sanktion. Die Aussicht auf eine einschneidende Sanktion wird dazu führen, dass Kündigungen nicht voreilig erfolgen und auch die Suche nach alternativen Lösungen nicht voreilig eingestellt wird*» (Erläuternder Bericht und Vorentwurf zur Teilrevision des Obligationenrechtes, Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung, S. 24). Ob die Gerichte nach Inkraftsetzung der revidierten Gesetzesbestimmungen dann tatsächlich höhere Strafentschädigungen von bis zu 12 Monatslöhnen aussprechen, wird sich zeigen. Angesichts des im Falle einer Annahme der Gesetzesrevision massiv ausgedehnten Ermessensspielraums ist anzunehmen, dass die Gerichte von ihrem Ermessen Gebrauch machen und bei einer festgestellten missbräuchlichen Kündigung dem Gekündigten höhere Strafentschädigungen zusprechen werden.

⁶ Demgegenüber verlangt das öffentliche Personalrecht stets das Vorliegen sachlicher Gründe für eine Kündigung, vgl. hierzu nachstehend FN 11.

⁷ Vgl. statt vieler BGE 4A_430/2010 Erw. 2.1, abgedruckt in: ARV 2011, 31 ff.; BGE 136 III 514 ff., BGE 4A_63/2009 Erw. 3.1 sowie BGE 4A_28/2009 Erw.3.2 in Bestätigung eines Urteils des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 26. November 2008 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, teilweise abgedruckt in JAR 2010, 264 ff.

⁸ Vgl. Botschaft zur Volksinitiative betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht vom 9. Mai 1984, in: BBl 1984 II 586 f. Dass der Grundsatz der Kündigungsfreiheit dem Art. 4 des Übereinkommens Nr. 158 der Internationalen Arbeitsorganisation (BBl 1983 II 1142 ff.) widerspricht, welcher die Kündigung durch den Arbeitgeber nur zulässt, «wenn ein wichtiger Grund hierfür vorliegt, der mit der Fähigkeit oder dem Verhalten des Arbeitnehmers zusammenhängt oder sich auf die Erfordernisse der Tätigkeit des Unternehmens, Betriebs oder Dienstes stützt», sei nur am Rande erwähnt, wird aber von einem Teil der herrschenden Lehre kritisiert (so MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, Bern 2008, N 1 zu Art. 336 OR, welcher von einer fehlenden Europafähigkeit des schweizerischen Kündigungsrechtes spricht).

das Bundesgericht in seinen Urteilen am Grundsatz der Kündigungsfreiheit festhält, ist erfreulich, denn in einer liberalen, freiheitlichen Wirtschaftsordnung muss es möglich sein, ein Arbeitsverhältnis auch ohne Vorliegen sachlicher Gründe aufzulösen⁹.

2. In einem neueren Entscheid aus dem Jahre 2007 wies das Bundesgericht erneut darauf hin, dass die Vorschriften über den sachlichen Kündigungsschutz keinen Bestandesschutz des Arbeitsverhältnisses während bestimmter Zeitspannen bezwecken und diese Vorschriften daher bloss den Kündigungsmissbrauch, d.h. die Kündigung aus verwerflichen Beweggründen mit Sanktionen belegen¹⁰. Der Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen führt demzufolge grundsätzlich nicht zu einem Bestandesschutz (im Gegensatz zum öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis)¹¹. Das Arbeitsverhältnis kann somit selbst durch eine missbräuchliche Kündigung aufgelöst werden, allerdings mit den entsprechenden Sanktionen.

3. Auch wenn das Bundesgericht in Bestätigung eines obergerichtlichen Urteils in einem Entscheid aus dem Jahre 2009¹² an der Kündigungsfreiheit vollumfänglich festhält, ist doch zu beachten, dass es im Zusammenhang mit der Beurteilung einer *Änderungskündigung* in einem «leading case» die von ihm auch heute hoch gehaltene Kündigungsfreiheit relativiert hat. In BGE 130 III 19 (Bestätigung von BGE 123 II 246 = JAR 1998, 187) hielt das Bundesgericht daran fest, dass eine Änderungskündigung missbräuchlich ist, wenn

«betriebliche oder marktbedingte Gründe für die Vertragsänderung fehlen». Wenn das Bundesgericht darauf hinweist, dass eine Vertragsänderung nicht durchgesetzt werden darf, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt, führt es meines Erachtens systemwidrig den Kündigungsgrund des «*sachlichen Grundes*» ein. Damit findet eine Annäherung an das öffentlich-rechtliche Personalrecht statt, welches für die Auflösung von öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen das Vorliegen eines sachlichen Grundes verlangt. Das Bundesgericht hält in einem Entscheid aus dem Jahre 2007¹³ an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Änderungskündigung fest, wonach eine Vertragsänderung nur durchgesetzt werden darf, wenn sie sich sachlich rechtfertigen lässt (Vorhandensein von betrieblichen oder marktbedingten Gründen)¹⁴.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Änderungskündigung kann als gefestigt bezeichnet werden¹⁵.

4. Die auch in den neusten Urteilen enthaltene bundesgerichtliche Feststellung, dass die Vorschriften über den sachlichen Kündigungsschutz keinen Bestandesschutz des Arbeitsverhältnisses bezwecken, bezieht sich nicht auf die in Art. 10 des Gleichstellungsgesetzes (GIG) erwähnten Sachverhalte. Laut dieser Bestimmung kann der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin die Kündigung des Arbeitsverhältnisses anfechten, wenn diese «ohne begründeten Anlass» auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Schlichters folgt. Gemäss Art. 10 Abs. 2 GIG kann das Gericht die provisorische Wiedereinstellung der Arbeitnehmerin für die Verfahrensdauer anordnen. Zwar wird die Wiedereinstellung in Kündigungsschutzfällen nach dem Gleichstellungsgesetz gelegentlich beantragt, aber von den Gerichten bloss in den seltensten Fällen verfügt. Zudem erreichen die meisten Parteien vor der Schlichtungsstelle einen Vergleich¹⁶. Es gibt daher praktisch keine neueren Gerichtsentscheide, in denen die provisorische Wiedereinstellung verfügt wurde. In einem Urteil aus dem Jahre 2009 entsprach der Präsident eines St. Galler Kreisgerichts in einer superprovisorischen Verfügung dem Antrag der Arbeitnehmerin auf provisorische Wiedereinstellung und auf Zuweisung gleichwertiger Arbeit während der Dauer des Hauptverfahrens. Nach Durch-

⁹ Dass eine Einschränkung der Kündigungsfreiheit zu Fehlentwicklungen führen kann, zeigen Studien in den Nachbarländern Deutschland und Frankreich, vgl. hierzu JEAN FRITZ STÖCKLI, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, in: ArbR 2007, 193 ff.

¹⁰ BGE 133 III 512 E. 6.1.

¹¹ Das Personalrecht des Kantons Zürich sieht in § 19 PG (LS 177.10) und § 16 VVO (LS 177.111) und jenes der Stadt Zürich in Art. 17 des städtischen Personalrechts das Erfordernis der Kündigung aus einem sachlich zureichenden Grund vor. Art. 12 Abs. 6 des Bundespersonalgesetzes (BPG) hält fest, dass der Arbeitgeber das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis nur aus sachlichen Gründen auflösen kann. Gemäss Gesetzeswortlaut ist der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber zwar nicht gehalten, vor der Kündigung eine Mahnung auszusprechen, doch entschied das Bundesgericht in einem neueren Entscheid aus dem Jahre 2008, dass auch die Kündigung wegen Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten eine Verwarnung voraussetzt (BGER, Urteil vom 30.6.2008, 1C.277/2007). Art. 14 Abs. 1 bis 3 BPG enthält den Grundsatz «*Weiterbeschäftigung vor Entschädigung*» (Botschaft BPG, 1616) und statuiert somit einen strengen Bestandesschutz. Im vorstehend zitierten Entscheid vom 30.6.2008 hielt das Bundesgericht nun aber fest, dass man aus der Gesetzessystematik nicht ableiten könne, dass ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung im Falle einer rechtswidrigen Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses bestehe, sondern auch eine Entschädigung in Frage komme.

¹² BGE 4A_28/2009 Erw. 3.2.

¹³ BGE 4C.282/2006 Erw.4.2.

¹⁴ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, N 4 zu Art. 336 OR, sprechen davon, dass das Bundesgericht mit dieser Rechtsprechung «gefährliches Terrain» betrete. Dem ist zuzustimmen. Nach STÖCKLI (FN 9), 200, hat das Bundesgericht «die Büchse der Pandora» zumindest einen Spalt weit geöffnet. Vgl. hierzu auch die Kritik an dieser Rechtsprechung von DENIS HUMBERT, Die Änderungskündigung im Lichte der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Recht 1998, 79 sowie von THOMAS GEISER, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, in: AJP/PJA 1999, 64.

¹⁵ BGE 4C.282/2006; 123 II 249 f.; 118 II 157; GEISER (FN 14).

¹⁶ Vgl. hierzu exemplarisch die Entscheide Fall Nr. 139 (Zürich) und Nr. 24 (St. Gallen) unter www.gleichstellungsgesetz.ch.

führung der Hauptverhandlung und der Vornahme einer Beweiserhebung wies der Kreisgerichtspräsident das Massnahmegesuch der Arbeitnehmerin dann aber doch ab mit der Begründung, dass ohnehin kein Anspruch auf provisorische Wiedereinstellung bestanden habe, weil dem Beschwerdegrund keine geschlechtsspezifische Diskriminierung beizumessen war¹⁷.

5. Eine weitere Einschränkung der Kündigungsfreiheit findet sich in Art. 336 Abs. 2 lit. b OR, der die Kündigung eines gewählten Arbeitnehmervertreters nur aus «begründetem Anlass» zulässt. Dem Arbeitgeber obliegt somit der Beweis dafür, dass ein begründeter Kündigungsanlass vorliegt. Er muss die Kündigung des Arbeitnehmervertreters sachlich rechtfertigen. Das Bundesgericht hat hierzu in einem neueren Entscheid¹⁸ aus dem Jahr 2007 festgehalten, dass zu den sachlichen Gründen nicht nur solche zählen, die der gewählte Arbeitgebervertreter selber gesetzt hat, sondern auch rein objektive wie z.B. wirtschaftliche Gründe¹⁹.

¹⁷ Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 18. September 2009 in Bestätigung des Entscheids des Kreisgerichtspräsidenten vom 15. Juli 2009, in: JAR 2010, 574 ff.

¹⁸ BGE 133 III 513 f. Die herrschende Lehre nennt als Beispiele von wirtschaftlichen Gründen die schlechte Wirtschaftslage, den schlechten Geschäftsgang oder Arbeitsmangel (REHBINDER [FN 8], N 9 zu OR 336; STREIFF/VON KAENEL [FN 14], N 12 zu OR 336).

¹⁹ Der Bundesrat übte in seinem erläuternden Bericht und Vorentwurf zur Teilrevision des Obligationenrechts Kritik am vorstehend zitierten Bundesgerichtsentscheid. Wörtlich hielt er Folgendes fest: «Es stellt sich ernsthaft die Frage, ob die Art und Weise, wie das Bundesgericht den Begriff des begründeten Anlasses ausgelegt hat, diesem Begriff einen Grossteil seiner Wirkung entzogen hat. Es ist auch kaum sinnvoll, zu verlangen, dass der in der Person des Arbeitnehmers liegende Grund eine gewisse Qualität haben muss, damit die Kündigung gerechtfertigt ist, wenn gleichzeitig davon auszugehen ist, dass jeder wirtschaftliche Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigt, ohne dass auch hier eine gewisse Qualifikation verlangt würde. Das Argument, dass der Arbeitgeber frei über jene Massnahmen entscheiden können müsse, die wirtschaftlich am sinnvollsten und sozial am erträglichsten sind und dass die anderen Arbeitnehmenden nicht unter dem Schutz ihrer Vertreter leiden dürften, ist zweifellos ernst zu nehmen. Das darf aber wiederum nicht dazu führen, dass der erweiterte, vom Gesetzgeber gewollte Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter auf der Strecke bleibt» (Erläuternder Bericht und Vorentwurf zur Teilrevision des Obligationenrechtes [Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung] vom September 2010, 21).

III. Aktuelle Rechtsprechung zur Generalklausel von Art. 336 OR

1. Keine abschliessende Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR/ geforderte «Schwere» der Kündigungsgründe

Das Bundesgericht hält in seiner neusten Rechtsprechung aus dem Jahre 2010 an seiner bisherigen Praxis fest, wonach die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR nicht abschliessend ist²⁰. Auch in neueren Urteilen aus den Jahren 2009 und 2010 wiederholte es fast gebetsmühleartig die in früheren Entscheiden verwendete, folgende Formulierung²¹:

«Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR ungeschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot. Es sind deshalb – neben den in Art. 336 OR aufgeführten – weitere Tatbestände ohne weiteres denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden».

Das Bundesgericht weist in seiner neueren Rechtsprechung erneut darauf hin, der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setze voraus, dass die geltend gemachten Gründe «eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar» ist²². Das Bundesgericht unterlässt es leider auch in seinen neusten Entscheiden, konkret darzulegen, was es unter der von ihm geforderten «Schwere» des Kündigungsgrundes versteht. Den unteren Gerichtsstanzungen und einer rechtsuchenden Partei (Arbeitnehmer oder Arbeitgeber) ist damit nicht viel geholfen. Immerhin sagt unser höchstes Gericht zumindest, wann das Erfordernis der «Schwere» eines Kündigungsgrundes nicht gegeben ist. So hielt das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2009 fest, dass ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers noch nicht genügt, um die Kündigung als missbräuchlich erscheinen zu lassen. Dies mit der Begründung, dass es nicht Aufgabe der Rechtsordnung ist, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren²³. Hat also z.B. der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer versichert, ihm werde nicht gekündigt, und kün-

²⁰ BGE 136 III 515 Erw. 2.3 = Pra 100 (2011) Nr. 40.

²¹ BGE 4A_430/2010 Erw. 2.1.1, publiziert in: ARV 2011, 33; BGE 4A_28/2009 = JAR 2010, 266 ff., Urteil vom 26. März 2009 mit Verweis auf BGE 134 III 108 E.7.1, 110; 132 III 115 E.2.1, 116 f.

²² BGE 136 III 515 Erw. 2.3 = Pra 100 (2011) Nr. 40; BGE 4A_28/2009 = JAR 2010 S. 266; BGE 4A_291/2008 E. 4.3 in Bestätigung des Urteils des Obergerichtes des Kantons Thurgau; BGE 132 III 115 E. 2.1, 117; BGE 131 III 535, E. 4.2, 538.

²³ BGE 4A_28/2009 = JAR 2010, 266; BGE 132 III 115, E. 2.3, 118; 131 III 535 E. 4.2, 539.

digit ihm dann eine Woche später trotzdem, stellt dies gemäss Bundesgericht zwar ein unkorrektes Verhalten dar, doch erweist sich dadurch die Kündigung nicht als missbräuchlich²⁴. Dem ist zuzustimmen. Das Bundesgericht bekennt sich mit seinem Hinweis, dass bloss unanständiges Verhalten des Arbeitgebers nicht zu sanktionieren ist, erneut zu dem im schweizerischen Arbeitsrecht geltenden Grundsatz der Kündigungsfreiheit.

2. Unter die Generalklausel zu subsumierende Fallkonstellationen

Das Bundesgericht weist auch in seinen neusten Urteilen darauf hin, dass zahlreiche Fallkonstellationen unter die Generalklausel von Art. 336 OR subsumiert werden können²⁵. Die kantonalen Gerichte übernehmen teilweise wörtlich die vom Bundesgericht verwendeten Umschreibungen von Missbrauchstatbeständen²⁶. Folgende Sachverhalte wurden in der Rechtsprechung unter die Generalklausel subsumiert:

- a) Verletzung des Gebots schonender Rechtsausübung²⁷.
- b) Treiben eines falschen und verdeckten Spiels, welches Treu und Glauben krass widerspricht²⁸.
- c) Vorliegen eines krassen Missverhältnisses der auf dem Spiele stehenden Interessen²⁹.
- d) Kündigung im Zusammenhang mit der Verletzung der Fürsorgepflicht im Falle einer:
 - aa) «Konfliktkündigung»: Verletzung der Fürsorgepflicht, weil der Arbeitgeber im Falle einer Störung des Betriebsklimas bzw. eines Arbeitsplatzkonfliktes nicht sämtliche zumutbaren Massnahmen ergriffen hat, um die Lage zu entspannen³⁰.
 - bb) «Mobbingkündigung» wegen einer Krankheit bzw. Leistungseinbusse, welche sich ihrerseits als Folge des Mobbing erweist, und der Arbeitgeber nicht sämtliche zumutbaren Massnahmen gegen dieses Mobbing ergriffen hat und dadurch seine Fürsorgepflicht i.S.v. Art. 328 OR verletzt³¹.
- cc) «Krankheits- bzw. Gesundheitsschutzkündigung»: Der Arbeitgeber hat nicht die erforderlichen und geeigneten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers getroffen³².
- e) Alterskündigung
 - aa) Kündigung eines 63-jährigen Arbeitnehmers 14 Monate vor der ordentlichen Pensionierung³³.
 - bb) Kündigung eines älteren Arbeitnehmers, welcher den technischen Anforderungen seines Berufes nicht mehr gewachsen war, wobei der Arbeitgeber nicht zuerst abgeklärt hat, ob er ihn auf andere Weise im Unternehmen beschäftigen kann (unklar)³⁴.
- f) Schwere (also nicht leichte) Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers im Umfeld einer Kündigung wie z.B. die Äusserung von persönlichkeitsverletzenden Aussagen auch gegenüber betriebsfremden Dritten³⁵.
- g) «Sündenbock-Kündigung», welche gegenüber einem korrekt handelnden und gegen keine Arbeits- und Treuepflicht verstossenden Arbeitnehmer ausgesprochen wird, und zwar einzig, um das Ansehen des Arbeitgebers zu wahren, welches durch widerrechtliche Handlungen eines anderen Arbeitnehmers beeinträchtigt wurde³⁶.
- h) Whistleblower-Kündigung³⁷.

3. Ausgewählte neuere Urteile im Zusammenhang mit der Generalklausel von Art. 336 OR

3.1. Kündigung eines älteren Arbeitnehmers

Das Bundesgericht musste sich vor kurzem mehrmals mit der Frage befassen, ob die Kündigung eines älteren Arbeitnehmers missbräuchlich ist.

a. Alterskündigung ohne Vornahme von Abklärungen über eine anderweitige Beschäftigung im Betrieb

In einem Entscheid aus dem Jahre 2008 warf das Bundesgericht erneut die Frage auf, ob der Arbeitgeber einen älteren Arbeitnehmer, welcher den technischen Anforderungen seines Berufes nicht mehr gewachsen war, ohne weiteres entlassen darf oder zuerst abklären muss, ob er ihn auf andere Weise im Unternehmen beschäftigen kann³⁸. Das Bun-

²⁴ BGE 131 III 535 = Pra 95 (2006) Nr. 44.

²⁵ Vgl. hierzu auch die übersichtliche Darstellung bei WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, OR I, 4. A., Basel 2007, N 22 ff. zu OR 336.

²⁶ Z.B. Obergericht des Kantons Bern im Urteil vom 22. Oktober 2009 = JAR 2010, 442 ff.

²⁷ BGE 4A_430/2010, Erw. 2.1.2 = ARV 1/2011, 33; BGE 134 III 110 Erw. 7.1; 132 III 115 E. 2.1, 116.

²⁸ BGE 136 III 515 Erw. 2.2; BGE 134 III 108 E.7.1, 110; 132 III 115 E.2.1, 116.

²⁹ BGE 136 III 515 Erw. 2.3.

³⁰ BGE 1C_245/2008, Urteil vom 2. März 2009; BGE 8C_340/2009, Urteil vom 24. August 2009 = JAR 2010, 341 ff.; BGE 4A_291/2008, Urteil vom 2. Dezember 2008 = JAR 2009, 429 ff.

³¹ BGE 125 III 70 Erw. 2a = JAR 1999, 223.

³² Schutz vor Passivrauchen, vgl. BGE 132 III 257 ff. Vgl. zum Kündigungsschutz bei Krankheit auch nachstehend Ziff. IV.1.9.

³³ Vgl. hierzu nachstehend Ziff. III.3.1.c.

³⁴ Vgl. hierzu nachstehend Ziff. III.3.1.a.

³⁵ BGE 4A_430/2010 Erw. 2.1.2 = ARV 2011, 33; BGE 4A_28/2009 = JAR 2010 266 ff.

³⁶ BGE 131 III 535; vgl. hierzu nachstehend Ziff. III.3.3.

³⁷ Vgl. hierzu nachstehend Ziff. III.3.4.

³⁸ BGE 4A_291/2008. Vgl. zu dieser Frage auch BGE 4A_72/2008.

desgericht beantwortete die vorliegende Frage im zitierten Entscheid nicht klar, was zu bedauern ist. Es schafft hiermit Rechtsunsicherheit und vergrössert auf diese Weise den Nährboden für Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Kündigungen³⁹. Zur Frage, ob ein Arbeitgeber vor der Kündigung gegenüber einem älteren Arbeitnehmer, welcher den (technischen) Anforderungen seines Berufes nicht mehr gewachsen ist, die Pflicht hat, Abklärungen über eine anderweitige Beschäftigung im Betrieb zu treffen, kann man geteilter Meinung sein. Für eine derartige Abklärungspflicht spricht die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 328 OR. Analog zur Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu den sogenannten «Konfliktkündigungen» wäre durchaus der Standpunkt vertretbar, dass der Arbeitgeber sämtliche zumutbaren Abklärungen treffen muss bezüglich der Frage, ob er den Arbeitnehmer anderweitig beschäftigen kann. Sollte er diese Abklärungen nicht oder bloss ungenügend vorgenommen haben, wäre er seiner Fürsorgepflicht nicht hinreichend nachgekommen, weshalb sich diesfalls eine Kündigung als missbräuchlich erweisen könnte⁴⁰. Gegen das Vorliegen einer Missbräuchlichkeit würde hingegen sprechen, dass das Unterlassen von Abklärungen bezüglich einer anderweitigen Beschäftigung im Betrieb nicht die vom Bundesgericht geforderte Schwere für die Bejahung einer Missbräuchlichkeit aufweist⁴¹. Wenn ein Arbeitgeber nicht andere interne Beschäftigungsmöglichkeiten vor einer Kündigung prüft, handelt er zwar unanständig und legt gegenüber dem Arbeitnehmer ein unwürdiges Verhalten an den Tag, doch genügt m.E. ein solches Verhalten des Arbeitgebers noch nicht, um die Kündigung darüber hinaus auch als missbräuchlich erscheinen zu lassen, weil es nicht Aufgabe der Rechtsordnung ist, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren⁴². Da zudem sowohl das Bundesgericht als auch die herrschende Lehre zu Recht am Grundsatz der Kündigungsfreiheit festhalten und das Bundesgericht eine Kündigung nur dann als missbräuchlich beurteilt, wenn der Kündigungsgrund eine bestimmte «Schwere» aufweist⁴³, darf die Kündigung eines älteren Arbeitnehmers trotz fehlender Prüfung anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten nicht als missbräuchlich qualifiziert werden. Dies immer unter der Voraussetzung, dass ihm nicht wenige Monate vor der Pensionierung gekündigt wird⁴⁴. Aus diesem Entscheid vom Jahr 2008 darf somit nicht

per se gefolgert werden, es bestehe vor einer wirtschaftlich bedingten Kündigung eine Weiterbeschäftigungsprüfungspflicht des Arbeitgebers⁴⁵.

b. Kündigung eines 57-jährigen Arbeitnehmers nach 30 Dienstjahren, 8 Jahre vor dem Erreichen des ordentlichen Pensionsalters

Im Entscheid 4A_72/2008 hielt das Bundesgericht fest, dass die Kündigung eines 57-jährigen Offsetdruckers, welcher seit 33 Jahren in derselben Druckerei arbeitete, 8 Jahre vor dem Erreichen des ordentlichen Pensionsalters nicht missbräuchlich ist. Es bestätigte damit die beiden vorinstanzlichen Entscheide. Der Arbeitnehmer machte die Missbräuchlichkeit der Kündigung gestützt auf Art. 336 OR geltend, weil er nur noch 8 Jahre bis zu seiner ordentlichen Pensionierung hätte weiterbeschäftigt werden müssen. Ferner führte er aus, dass für ihn alternative Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb bestanden hätten. Das Bundesgericht wies die Klage ab und stellte fest, es sei unbestritten, dass die Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen erfolgte und somit als solche nicht missbräuchlich war. Auch aus der Aktivitätsdauer des Arbeitnehmers von 8 Jahren ab dem Zeitpunkt der Kündigung bis zu seiner Pensionierung lasse sich keine Missbräuchlichkeit ableiten.

Angesichts der Kündigungsfreiheit und der Tatsache, dass die Kündigung eines Arbeitnehmervertreters aus wirtschaftlichen Gründen gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. b OR zulässig ist, was das Bundesgericht ausdrücklich bestätigte⁴⁶, ist dieser Entscheid zu begrüssen.

c. Kündigung eines über 44 Jahre im Betrieb tätigen Arbeitnehmers, 14 Monate vor der ordentlichen Pensionierung

In einem Entscheid aus dem Jahre 2005 hiess das Bundesgericht die Berufung eines 63-jährigen Heizungsmonteurs gut, welcher sich im 44. Dienstjahr befand und nur 14 Monate vor der ordentlichen Pensionierung ohne Suche nach einer einvernehmlichen Lösung entlassen wurde⁴⁷. Die Arbeitgeberin gab als Grund für die Entlassung ihr schlechtes Verhältnis zum Heizungsmonteur an, der die Kündigung schliesslich veranlasst habe. Das Bundesgericht sprach dem Heizungsmonteur die maximale Entschädigung von 6 Monatslöhnen zu. Dies im Gegensatz zum Urteil der Vorinstanz (Obergericht des Kantons Bern), welches eine missbräuchliche Kündigung verneinte.

Interessant ist die Begründung der Vorinstanz. Diese hielt zusammenfassend fest, es sei zwar moralisch verwerflich, einem 63-jährigen Angestellten im 44. Dienstjahr unter so-

³⁹ Ebenso THOMAS PIETRUSZAK, Zulässiger Lohnabzug am Jahresende wegen aufgelaufener Minusstunden? Missbräuchliche Kündigung wegen fehlender Suche nach anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten?, in: ARV 2009, 128.

⁴⁰ Vgl. zur Fürsorgepflicht bei der Konfliktkündigung BGE 4A_158/2010, Urteil vom 22. Juni 2010; BGE 132 III 115 E.2.2, S. 117; 125 III 70 E.2c, S. 74 sowie die nachstehenden Ausführungen unter Ziff. IV.

⁴¹ Vgl. hierzu vorstehend Ziff. III.1.

⁴² BGE 132 III 115, 118 E.2.3.

⁴³ Vgl. hierzu vorstehend Ziff. III.1.

⁴⁴ BGE 132 III 115 ff.

⁴⁵ Ebenso ALFRED BLESİ, Ist eine Kündigung des Arbeitsvertrages nach 33 Dienstjahren missbräuchlich?, in: Push-Serviceentscheide Weblaw, publiziert am 23. Mai 2008, Rz. 7.

⁴⁶ BGE 133 II 512.

⁴⁷ BGE 132 III 115 ff.

fortiger Freistellung 14 Monate vor seiner ordentlichen Pensionierung ohne vorherige Anhörung zu kündigen und ohne Einbezug des Personaldienstes nach einem einvernehmlichen Ausweg gesucht zu haben. «Mangels klaren Grundes» schloss die Vorinstanz jedoch nicht auf Missbräuchlichkeit der Kündigung.

Gerade dieser Fall zeigt exemplarisch, wie schwierig es auch für die rechtsuchende Partei ist, die Missbräuchlichkeit einer Kündigung zu beurteilen, wenn selbst die Vorinstanz und das Bundesgericht die Missbräuchlichkeit verschieden beurteilten. Das Bundesgericht warf der Arbeitgeberin eine Verletzung der Fürsorgepflicht vor, weil sie trotz dem gespannten Verhältnis des Arbeitnehmers zum Vorgesetzten keine Massnahmen zur Konfliktschärfung unternommen hatte. Ferner hielt es zu Recht fest, dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben (44 Jahre) im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gelte. Dazu gehöre 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.

Interessant an diesem Entscheid ist, dass sich das Bundesgericht auch auf die Generalklausel von Art. 336 OR stützte. So hielt es fest, dass die Arbeitgeberin das Gebot der schonenden Rechtsausübung krass verletzt habe, weil sie den Arbeitnehmer ohne jegliches Vorgespräch und ohne den Versuch einer sozialverträglicheren Lösung zu unternehmen, unter sofortiger Freistellung entlassen habe. Das Bundesgericht bejahte die Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung ferner auch aufgrund des krassen Missverhältnisses der auf dem Spiele stehenden Interessen. Wörtlich hielt es hierzu fest: «*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*»⁴⁸. Im Anschluss an seine Ausführungen machte das Bundesgericht dann aber in einem obiter dictum eine Kehrtwendung, indem es Folgendes ausführte: «*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.*» Dennoch steht meines Erachtens fest, dass für das Bundesgericht das fortgeschrittene Alter eines Arbeitnehmers eine massgebliche Rolle spielt und bei dieser Arbeitnehmerkategorie mit langer Dienstzeit eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gilt⁴⁹.

3.2 Kündigung im Zusammenhang mit einem vom Arbeitgeber vorgehaltenen illoyalen Verhalten und einer vorgeworfenen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen

In einem Urteil aus dem Jahre 2009 wies das Bundesgericht in Übereinstimmung mit dem Entscheid der Vorinstanzen (Arbeitsgericht der Stadt Zürich, Obergericht des Kantons Zürich) eine Klage auf Zusprechung einer Entschädigung wegen Missbräuchlichkeit der Kündigung ab⁵⁰. Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Arbeitgeberin eröffnete der Arbeitnehmerin die Kündigung in einem persönlichen Gespräch im Büro ihres Vorgesetzten und in Anwesenheit des Rechtsvertreters der Arbeitgeberin. Anlässlich des Kündigungsgesprächs erhob die Arbeitgeberin Vorwürfe eines illoyalen, geschäftsschädigenden Verhaltens sowie einer allfälligen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen. Die Arbeitnehmerin führte hierzu aus, dass es nicht den allgemeinen Gepflogenheiten entspreche, bei der Eröffnung der Kündigung einen Rechtsanwalt beizuziehen. Sie habe sich wie eine Verbrecherin gefühlt, die aus dem Betrieb gejagt werde. Die Art und Weise der Kündigung sei daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz keineswegs schonend erfolgt. Weiter seien die von der Vorinstanz festgestellten, anlässlich des Kündigungsgesprächs von der Arbeitgeberin gegenüber der Arbeitnehmerin vorgebrachten Vorwürfe eines illoyalen, allenfalls geschäftsschädigenden Verhaltens sowie einer allfälligen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen schwer persönlichkeitsverletzend. Sie sei in ihrem Ehrgefühl verletzt worden, ein verantwortungs- und pflichtbewusster Mensch zu sein.

Das Bundesgericht hielt in seinem Entscheid vorab fest, dass – nach wie vor – der Grundsatz der Kündigungsfreiheit gelte und der Vorwurf der Missbräuchlichkeit stets voraussetze, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten Missbrauchstatbestände vergleichbar sind. Zwar könne der Vorwurf des illoyalen Verhaltens und besonders der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen durchaus geeignet sein, die persönliche und berufliche Ehre eines Arbeitnehmers zu beeinträchtigen. Damit eine Persönlichkeitsverletzung jedoch als so schwerwiegend einzustufen sei, dass eine in deren Umfeld ausgesprochene Kündigung missbräuchlich erscheine, müssen gemäss Bundesgericht «erschwerende Umstände» hinzutreten, wie z.B. die Äusserung der persönlichkeitsverletzenden Aussagen auch gegenüber betriebsfremden Dritten. Das Bundesgericht führte weiter aus, es liege in der Natur der Sache, dass anlässlich von Kündigungen auch Gründe genannt werden, die dem Ehrgefühl des Arbeitnehmers zuwiderlaufen, was dem Arbeitgeber «nicht per se» zum Vorwurf gemacht werden könne. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass sich

⁴⁸ BGE 132 III 122 Erw. 5.5.

⁴⁹ Gl. M. STÖCKLI (FN 9), 202.

⁵⁰ BGE 4A_28/2009 = JAR 2010, 266 ff.

aus einem einmalig geäusserten Vorwurf des illoyalen Verhaltens und einer möglichen Geschäftsgeheimnisverletzung anlässlich des Kündigungsgesprächs keine missbräuchliche Kündigung ableiten lasse. Auch die blossе Anwesenheit eines Rechtsvertreters anlässlich des Kündigungsgesprächs ist gemäss unserem höchsten Gericht statthaft und begründet keine missbräuchliche Kündigung. Das Bundesgericht wies zu Recht darauf hin, es könne einem Arbeitgeber nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er sich beim Kündigungsgespräch durch den Rat eines anwesenden Rechtsvertreters gegen rechtliche Risiken absichere.

3.3. «Sündenbock»-Kündigung

In BGE 131 III 535 (Pra 95 [2006] Nr. 44) erklärte das Bundesgericht die von einer Bank gegenüber einer Kaderperson ausgesprochene Kündigung für missbräuchlich, da diese einzig dazu diene, das Ansehen der Bank zu wahren, welches durch widerrechtliche Handlungen eines anderen Mitarbeiters beeinträchtigt worden war. Das Bundesgericht subsumierte diese Kündigung unter die Generalklausel von Art. 336 OR. Wesentlich war in diesem Fall, dass man dem seit über 26 Jahren bei der Bank tätigen Kadermitarbeiter keine Vorwürfe machen konnte. Er verhielt sich während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses stets korrekt, was für das Bundesgericht ebenfalls ein wichtiges Argument für die Feststellung der Missbräuchlichkeit war. Das Bundesgericht bestätigte hierbei den Entscheid der beiden Vorinstanzen (Arbeitsgericht und Kantonsgericht des Kantons Genf).

Gemäss den kantonalen Feststellungen wurde dem Kadermitarbeiter wegen seiner hohen hierarchischen Stellung gekündigt, um das durch eine Affäre angeschlagene Ansehen der Bank wiederherzustellen, wozu es einen Verantwortlichen oder vielmehr einen «Sündenbock» brauchte. Die Bank vermochte jedoch ihrem stellvertretenden Generaldirektor kein Fehlverhalten nachzuweisen. Im Gegenteil: Der Kläger erhielt während seiner 26-jährigen Tätigkeit bei der Bank nur beste Qualifikationen und die Bank erhob vor dem Kündigungsschreiben gegenüber dem Kadermitarbeiter nie auch nur den geringsten Vorwurf. Das Bundesgericht begründete die Missbräuchlichkeit der Kündigung damit, dass die Bank mit der Entlassung des Kadermitarbeiters versucht habe, ausschliesslich ihre eigenen Interessen zu wahren, um nach den Betrugereien eines ihrer Angestellten (also nicht des entlassenen Kadermitarbeiters) ihr Ansehen bei Dritten wiederherzustellen. Durch die Kündigung des Kadermitarbeiters sei in Genfer Bankenkreisen der Eindruck entstanden, dass dieser zweifellos in irgendeiner Weise in die von einem anderen Angestellten begangenen betrügerischen Machenschaften verwickelt gewesen sei, obwohl festgestellt wurde, dass ihn diesbezüglich nicht der geringste Vorwurf traf. Ein solches Vorgehen stellt aber gemäss Bundesgericht eine Verletzung der Persönlichkeit des Kadermitarbeiters durch die Bank als Arbeitgeberin dar. Die Beklagte handelte gemäss Bundesgericht aus purem Eigennutz, ohne den berechtigten

Interessen des Kadermitarbeiters an der Beibehaltung seines Arbeitsplatzes Rechnung zu tragen und ohne Rücksicht darauf, dass dabei das persönliche und berufliche Ansehen dieses Kaderangestellten geschädigt wurde.

3.4. Whistleblowing als missbräuchlicher Kündigungstatbestand/Revisionsbestrebungen

a) Ist die Kündigung eines Whistleblowers missbräuchlich? Im Katalog der Missbrauchstatbestände von Art. 336 OR ist Whistleblowing als Tatbestand nicht aufgeführt. Unter Whistleblowing versteht man eine kritische Aktivität von Mitarbeitenden, die auf Missstände (illegales oder unethisches Verhalten) hinweisen, sie aufdecken, kritisieren, unter Umständen auch öffentlich, oder versuchen, wichtige Interessengruppen zu informieren, um sie zum Handeln zu veranlassen. Als Whistleblower werden Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen bezeichnet, die an ihrem Arbeitsplatz Zeugen von illegalen Praktiken werden, diese intern melden oder an die Öffentlichkeit gelangen⁵¹. Kündigungen, die wegen eines Whistleblowing-Sachverhaltes ausgesprochen werden, sind grundsätzlich unter die Generalklausel von Art. 336 OR zu subsumieren⁵².

Das Bundesgericht hielt in einem neueren Entscheid aus dem Jahre 2008, dem ein Whistleblowing-Sachverhalt zugrunde lag, fest, dass der Bankangestellte, der gutgläubig einen Anwalt der Bank über seinen Verdacht informierte, dass der Direktor strafbare Handlungen vorgenommen habe, sich nicht pflichtwidrig verhalte, sofern kein besonderes bankinternes Verfahren vorgesehen ist. Das Bundesgericht qualifizierte seine Entlassung als missbräuchlich, da sie ihm von der verdächtigen Person in demütigender Art mitgeteilt wurde, ohne ihm Gelegenheit für eine Klärung zu geben und weil er den Betrieb unverzüglich verlassen musste⁵³.

b) Der Bundesrat plant eine Teilrevision des Obligationenrechts zur Verbesserung des Schutzes von Whistleblowern. Diese Teilrevision wurde in der Vernehmlassung von einer Mehrheit grundsätzlich befürwortet. Der im Jahre 2008 in die Vernehmlassung gegebene Vorentwurf sieht einerseits die Einführung eines neuen Missbrauchstatbestandes vor und andererseits die Regelung der Voraussetzungen für eine rechtmässige Meldung von Missständen am Arbeitsplatz in einem neuen Artikel 321a^{bis} sowie in einem neuen Art. 336

⁵¹ ZORA LEDERGERBER, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 64, Bern 2005, 7 f.

⁵² LEDERGERBER (FN 51), 126; BGE 4A_2/2008, abgedruckt in ARV 2008, 280 ff.; STREIFF/VON KAENEL (FN 14), N 8 zu OR 336, subsumiert die Entlassung von «Whistleblowern» unter Art. 336 Abs. 1 lit. d OR, was durchaus vertretbar ist.

⁵³ BGE 4A_2/2008, abgedruckt in ARV 2008, 281.

Abs. 2 Bst.d⁵⁴. Es soll somit eine Kündigung im Anschluss an eine gerechtfertigte Meldung eines Missstandes als missbräuchlicher Kündigungsgrund anerkannt und sanktioniert werden.

Es ist tendenziell eher davon auszugehen, dass der im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich gutgeheissene Gesetzesentwurf mit leichten Änderungen in Kraft treten wird⁵⁵.

c) Zu beachten ist, dass gemäss einer Studie aus dem Jahre 2005 rund 42 der grössten schweizerischen Unternehmen ein Whistleblowing-Verfahren eingerichtet haben⁵⁶.

3.5. Kündigung während der Probezeit

In BGE 134 III 108 entschied das Bundesgericht, dass auch eine in der Probezeit ausgesprochene Kündigung bei Vorliegen von bestimmten Umständen missbräuchlich sein kann. Interessant ist in diesem Zusammenhang die widersprüchliche Rechtsprechung der beiden Vorinstanzen (Arbeitsgericht Rorschach und Kantonsgericht St. Gallen). Das Arbeitsgericht Rorschach verneinte eine missbräuchliche Kündigung und hielt fest, dass der Arbeitgeberin die Ausübung des Kün-

digungsrechtes in der Probezeit möglich sein müsse. Ganz anders entschied das Kantonsgericht St. Gallen. Es erachtete die Kündigung während der Probezeit als missbräuchlich und sprach dem Arbeitnehmer eine Pönalentschädigung zu. Das Bundesgericht stützte diesen vorinstanzlichen Entscheid.

Der vorerwähnte bundesgerichtliche Entscheid ist für die Praxis deshalb von besonderer Bedeutung, weil das Bundesgericht die in der Rechtslehre geführte Kontroverse, ob der sachliche Kündigungsschutz auch während der Probezeit greife, erstmals und definitiv bejaht hat⁵⁷. Bedeutsam ist dieser Entscheid auch, weil das Bundesgericht diese Frage bis anhin nicht abschliessend beurteilt hat, wobei es allerdings in einem im gleichen Jahr (2007) gefällten Entscheid die etwas verwirrende Feststellung getroffen hat, falls der Kündigungsschutz zur Anwendung kommen sollte, sei nur mit Zurückhaltung auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung zu schliessen⁵⁸.

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in BGE 134 III 108 nur dem Grundsatz nach die Möglichkeit einer missbräuchlichen Kündigung während der Probezeit bejahte. Diesen Grundsatz relativierte es dann mit folgender Aussage:

«Zu prüfen bleibt aber im Einzelfall, ob die Kündigung, welche einen Tatbestand nach Art. 336 OR erfüllt oder sonst in einem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis als missbräuchlich angesehen würde, mit Blick auf den durch die Probezeit verfolgten Zweck zulässig erscheint»⁵⁹.

Mit dieser Formulierung schafft das Bundesgericht mehr Verwirrung als Klarheit und lässt als Ausschlussgrund das «Hintertürchen»⁶⁰ einer an sich missbräuchlichen, aber wegen dem Zweck der Probezeit zulässigen Kündigung offen. Das Bundesgericht begründet diese Relativierung des Kündigungsschutzes während der Probezeit damit, dass die Parteien während der Probezeit den Entscheid über eine langfristige Bindung aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse frei treffen können und, soweit sich die Kündigung an diesem Zweck der Probezeit orientiert, allein darin, dass ihr etwas «Willkürliches» anhafte, kein Rechtsmissbrauch zu erblicken sei. Nach Ansicht des Bundesgerichtes entspricht die zulässige «Willkür» der Freiheit der Parteien, darüber zu entscheiden, ob sie sich langfristig binden wollen⁶¹.

⁵⁴ Der Wortlaut der vorgeschlagenen Gesetzesartikel lautet im Vorentwurf wie folgt:

Art. 321a^{bis} Meldung von Missständen

¹ Der Arbeitnehmer verstösst nicht gegen seine Treuepflicht, wenn er dem Arbeitgeber in Treu und Glauben Missstände meldet.

² Der Arbeitnehmer darf Missstände, die das öffentliche Interesse berühren, auch der zuständigen Behörde melden, sofern:

- der Arbeitgeber nicht selber innert angemessener Frist wirksame Massnahmen dagegen ergreift;
- aufgrund der Umstände anzunehmen ist, dass der Arbeitgeber keine wirksamen Massnahmen ergreifen wird;
- die Verfolgung der Taten andernfalls vereitelt werden könnte;
- Gefahr im Verzug ist.

³ Unternimmt die zuständige Behörde nicht innert angemessener Frist die nötigen Schritte oder ist aufgrund besonderer Umstände anzunehmen, dass sie nichts unternehmen wird, so kann der Arbeitnehmer auch die Öffentlichkeit über die Missstände informieren, namentlich indem er sich an die Medien oder interessierte Organisationen wendet.

⁴ Bestimmungen über das Berufsgeheimnis sowie in Spezialgesetzen bleiben vorbehalten.

Art. 336 Abs. 2 Bst. d.

² Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist im Weiteren missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird:

d. weil eine Meldung nach Artikel 321a^{bis} gemacht worden ist. Dieser Text ist abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html>).

⁵⁵ Gemäss Auskunft des Bundesamtes für Justiz vom 17. August 2011 ist mit einem Inkrafttreten nicht vor 2014 zu rechnen.

⁵⁶ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf, 3, Fn. 3, abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html>.

⁵⁷ Gl. M. GEORGES CHANSON, Kommentierung des Bundesgerichtsurteils vom 28. November 2007, 4A_385/2007, in: ARVonline 2008 Rn. 163 vom 29. Februar 2008. In Erw. 7.1 setzt sich das Bundesgericht intensiv mit den kontroversen Lehrmeinungen auseinander.

⁵⁸ BGE 4A_281/2007, E. 5.2 am Ende.

⁵⁹ BGE 131 III 110 f.

⁶⁰ CHANSON (FN 57).

⁶¹ BGE 134 III E. 7.1.1, 111.

IV. Fürsorgepflicht und missbräuchliche Kündigung

1. Verstärkte Betonung der Fürsorgepflicht durch die Gerichte im Umfeld von Konflikt-, Krankheits- und Gesundheitsschutzkündigungen

1.1 Auffallend ist, dass in jüngerer Zeit das Bundesgericht bei der Beurteilung von Missbrauchsfällen vermehrt auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers i.S.v. Art. 328 OR hinweist⁶². Insbesondere im Zusammenhang mit Kündigungen im Umfeld von Konfliktsituationen am Arbeitsplatz setzt sich das Bundesgericht regelmässig mit der Frage auseinander, ob der Arbeitgeber seine Fürsorgepflichten vor der Kündigung verletzt hat. Der Meinung von ROGER RUDOLPH ist zuzustimmen, dass unter den verschiedenen Missbrauchstatbeständen die Fallgruppe der Konfliktsituationen am Arbeitsplatz heute den «Spitzenrang» eingenommen hat⁶³.

1.2 Das Bundesgericht umschreibt die Fürsorgepflicht in seinem aktuellen Entscheid vom 15. November 2010 wie folgt⁶⁴.

«Zu beachten ist nämlich, dass der Arbeitgeber gemäss Art. 328 OR verpflichtet ist, die Persönlichkeit 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 von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten zu schützen. Diese Fürsorgepflicht bildet das Korrelat der Treuepflicht des Arbeitnehmers [...] Hat sich der Arbeitgeber nicht oder ungenügend um die Lösung des Konflikts bemüht, ist er seiner Fürsorgepflicht nicht hinreichend

⁶² Art. 328 OR auferlegt dem Arbeitgeber die Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen und auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen. Der Arbeitgeber hat zum Schutze von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers zu wahren. In erster Linie ist die allgemeine Fürsorgepflicht eine Unterlassungspflicht. Der Arbeitgeber hat alles zu unterlassen, was die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers schädigen könnte (STREIFF/VON KAENEL [FN 14], N 3 zu OR 328; PORTMANN [FN 25], N 2 zu OR 328; MANFRED REHBINDER/ JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Bern 2010, N 2 zu OR 328). Der in Art. 328 Abs. 1 OR geregelte allgemeine Persönlichkeitsschutz beinhaltet die Pflicht des Arbeitgebers, alle Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen, die nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind, und im Rahmen des Arbeitsverhältnisses entsprechende Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten (z.B. Kunden, Lieferanten) abzuwehren. Der Arbeitgeber hat somit geeignete Massnahmen zu ergreifen, um Persönlichkeitsverletzungen durch Dritte (Vorgesetzte, Mitarbeiter, Kunden und Lieferanten) entgegenzuwirken (REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., N 4 und N 12 zu OR 328).

⁶³ ROGER RUDOLPH, Konflikte am Arbeitsplatz und Kündigung in: ARV 2011, 80.

⁶⁴ BGE 4A_430/2010 = ARV 2011, 31 ff.

nachgekommen, weshalb sich die Kündigung als missbräuchlich erweist»⁶⁵.

1.3 Das Bundesgericht wies in einem weiteren Entscheid aus dem Jahre 2009 darauf hin, dass grundsätzlich auch der öffentliche Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht hat, um Arbeitskonflikte zu entschärfen⁶⁶. Auch das Bundesverwaltungsgericht äusserte sich zur Fürsorgepflicht des öffentlichen Arbeitgebers im Zusammenhang mit einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis in einem Entscheid aus dem Jahre 2009 und zwar wie folgt⁶⁷:

«Gleich wie den privaten trifft auch den öffentlichen Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmenden eine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BPG sowie Art. 4 Abs. 2 lit. b und g BPG). Daraus ergibt sich, dass der Arbeitgeber im Falle einer Störung des Betriebsklimas alle zumutbaren Massnahmen ergreifen muss, um die Lage zu entspannen. Ein Arbeitgeber, der einen Konflikt zwischen seinen Mitarbeitern in Verletzung seiner Fürsorgepflicht schwelen lässt, kann in der Folge nicht geltend machen, der Konflikt schade der Arbeit, um die am Konflikt beteiligten Mitarbeiter zu entlassen».

1.4 Auch die kantonalen Gerichte und die Arbeitsgerichte betonen regelmässig die Wichtigkeit der Einhaltung der Fürsorgepflichten des Arbeitgebers. So hielt bspw. das Obergericht des Kantons Bern in einem Urteil vom 22. Oktober 2009⁶⁸ in Bestätigung des Urteils der Vorinstanz unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung fest, dass der Arbeitgeber, welcher sich nicht oder ungenügend um die Lösung eines Arbeitskonflikts bemühe, seiner Fürsorgepflicht nicht hinreichend nachkomme, weshalb die Kündigung missbräuchlich sei. Ferner wies das Obergericht darauf hin, dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der während seines gesamten Arbeitslebens im Wesentlichen klaglos für einen einzigen Arbeitgeber tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gelte. Das Gericht hielt fest, die Arbeitgeberin habe es pflichtwidrig unterlassen, im Sinne der Einhaltung der Fürsorgepflicht mit einem 58-jährigen Mitarbeiter, welcher seit 36 Jahren für sie tätig gewesen sei, eine einvernehmliche Lösung zu finden. Die Arbeitgeberin habe daher gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung und somit gegen ihre erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer verstossen.

1.5 Die Verletzung der Fürsorgepflicht im Zusammenhang mit der Kündigung einer Eventmanagerin während der Pro-

⁶⁵ Der praktisch identische Text findet sich auch in anderen Entscheiden, so bspw. in BGE 4A_63/2009, Urteil vom 23. März 2009 und in BGE 4A_28/2009, Urteil vom 26. März 2009 = JAR 2010, 266 ff.

⁶⁶ BGE 8C_340/2009, Urteil vom 24. August 2009, abgedruckt in: ARV 2009, 311 ff.

⁶⁷ BGE 1C_245/2008, Urteil vom 2. März 2009, Erw. 4.2, teilweise abgedruckt in JAR 2010, 341 ff. Das Bundesgericht verweist in diesem Entscheid auf die Urteile 4C.189/2003 vom 23. September 2003 und 4C.253/2001 vom 18. Dezember 2001.

⁶⁸ Abgedruckt in: JAR 2010, 442 ff.

bezeit war das Thema eines Entscheids des Arbeitsgerichtes Zürich vom 30. November 2009. Das Arbeitsgericht hielt fest, dass gerade in der Probezeit, während der sich die Parteien kennenlernen und die Chancen für eine langfristig positive Arbeitsbeziehung ausloten sollen, die Kündigungsfreiheit gross ist. Nebenbei machte es den wichtigen Hinweis, dass «*allein aus der Tatsache, dass der Arbeitgeber während der Probezeit kündigt, deshalb keinesfalls eine Fürsorgepflichtverletzung abgeleitet werden kann*»⁶⁹.

1.6 Im Zusammenhang mit einer missbräuchlichen Kündigung nach Kompetenzkonflikten im Betrieb äusserte sich das Arbeitsgericht Zürich in einem Entscheid aus dem Jahre 2007 zur Fürsorgepflicht wie folgt⁷⁰:

«Die Beklagte entliess die Klägerin somit aufgrund eines von ihr ausgelösten Konfliktes, da die Handlungen von X. der Beklagten zuzurechnen sind, ohne die einzig angemessene, notwendige und zumutbare Massnahme zur Lösung dieses Konfliktes zu ergreifen, eines Konfliktes mit grossem Potenzial zu Persönlichkeitsverletzungen. Und dies, obwohl die Klägerin mehrfach zu verstehen gegeben hat, dass sie sich Unterstützung seitens der Beklagten in diesem Konflikt in der Form wünscht, dass die Zusammenarbeit der Mitarbeiterinnen gefördert würde. Damit hat sie den Anspruch auf Wahrnehmung der Fürsorgepflicht seitens der Beklagten geltend gemacht. Eine solche Kündigung ist missbräuchlich, kann sich die Beklagte bei der Kündigung doch nicht auf Umstände berufen, welche sie durch Unterlassung ihrer Fürsorgepflicht selbst verursacht hat».

1.7 Das Arbeitsgericht Zürich führte in einem weiteren neueren Entscheid, welchem ein Mobbing-Sachverhalt zugrunde lag, im Zusammenhang mit der aus der Fürsorgepflicht fließenden Handlungspflicht des Arbeitgebers Folgendes aus⁷¹:

«Die Beklagte (Arbeitgeberin) hat nicht etwa nichts unternommen, sondern Gespräche geführt und Versetzungsmöglichkeiten geprüft und freigegeben. Dass sich daraus nichts ergeben hat, führt nicht dazu, dass die Beklagte der Klägerin (HR Assistentin) schliesslich (nach Ablauf der Sperrfrist) nicht kündigen darf. Die Beklagte war weder verpflichtet, X (angeblich mobbende Vorgesetzte) zu kündigen oder diese zu versetzen noch die Klägerin Y (Leiter HR) direkt zu unterstellen».

Interessant ist dieser Mobbing-Entscheid des Arbeitsgerichtes auch deshalb, weil die Arbeitnehmerin ihren Einkommensverlust während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit als Schaden und ferner eine Genugtuung gestützt auf Art. 328 OR i.V.m. Art. 97, 99 Abs. 3 und 49 OR geltend machte; dies mit der Begründung, dass die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht verletzt habe. Das Arbeitsgericht wies die Forderungen der Arbeitnehmerin vollumfänglich ab, mit der für sie wenig schmeichelhaften Begründung, dass vorbestehende Persönlichkeitsfaktoren mindestens teilweise die ungünstige Entwicklung ihrer Krankheit begünstigt haben und es daher offen bleiben müsse, inwieweit eine allfällige Verhaltens-

weise der angeblich mobbenden Vorgesetzten kausal die Erkrankung der Arbeitnehmerin bewirkt hat. Nach Ansicht des Arbeitsgerichtes fehlte zudem der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der Situation am Arbeitsplatz bzw. dem Verhalten der angeblich mobbenden Vorgesetzten und der Erkrankung der Arbeitnehmerin. Das Arbeitsgericht stützte sich bei seiner Beurteilung auf den psychiatrischen Untersuchungsbericht des Vertrauensarztes, welcher über die Arbeitnehmerin eine für sie niederschmetternde Diagnose stellte, indem er sie «*als eine überdurchschnittlich intelligente, leistungsorientierte, ehrgeizige, narzisstisch stigmatisierte, zu Perfektionismus neigende, sich mit gestellten Aufgaben und/oder Institutionen überidentifizierende Persönlichkeit mit Neigung zu einem histrionischen Konfliktverarbeitungsmodus*» qualifizierte, mit einer mittelschweren depressiven Störung und einer Anorexie mit atypischer Bulimie.

1.8 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Gerichte von den Arbeitgebern gestützt auf die Fürsorgepflicht i.S.v. Art. 328 OR stets verlangen, dass sie beim Vorliegen einer Konfliktsituation sämtliche zumutbaren Massnahmen ergreifen, bevor sie eine Kündigung aussprechen.

1.9 Im Zusammenhang mit der Problematik der missbräuchlichen Kündigung infolge Krankheit und bei unterlassenen Gesundheitsschutzmassnahmen (Art. 6 ArG) ist eine Tendenz des Bundesgerichtes feststellbar, wonach es die Missbräuchlichkeit einer Kündigung dann bejaht, wenn die krankheitsbedingten Absenzen des Arbeitnehmers, welche den Arbeitgeber schliesslich zur Kündigung bewegen haben, der Unterlassung einer Fürsorgepflicht i.S.v. Art. 328 OR zuzuschreiben sind, «*denn die Ausnutzung eigenen rechtswidrigen Verhaltens bildet einen typischen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs*»⁷². So bejahte das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahre 2008⁷³ die Missbräuchlichkeit einer Kündigung, die wegen Krankheit des Arbeitnehmers ausgesprochen wurde u.a. mit der Begründung, dass der Arbeitnehmer infolge einer nachlässigen Betriebsorganisation bei einem Arbeitsunfall am Auge schwer verletzt und bald nach Wiederaufnahme der Arbeitsleistung, als sich herausstellte, dass vorderhand eine teilweise Arbeitsunfähigkeit verblieb, entlassen worden sei. Weil sich der Arbeitnehmer darauf berufen hatte, dass er infolge seiner weiterhin beeinträchtigten Gesundheit kein volles Arbeitspensum leisten könne, wurde die Kündigung vom Bundesgericht als missbräuchlich erachtet⁷⁴.

Ein interessanter Sachverhalt lag dem Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 3. Januar 2008 in Bestätigung

⁶⁹ Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2009, Nr. 14.

⁷⁰ Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2007, Nr. 19.

⁷¹ Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2007, Nr. 18.

⁷² BGE 132 III 257 Erw. 2.3.

⁷³ BGE 4A_102/2008, Urteil vom 27. Mai 2008 = JAR 2009, 266 ff.

⁷⁴ BGE 4A_102/2008 Erw. 2; vgl. hierzu auch ANDREAS ABEGG/SIMONE STEBLER, Besprechung des Entscheids 4A_102/2008, in: AJP/PJA 2008, 1177 ff.

des Urteils des Arbeitsgerichtes zugrunde. Der Arbeitnehmer arbeitete jahrelang unter einer Dachluke im Durchzug. Trotz wiederholtem Ersuchen liess die Arbeitgeberin diese Dachlukenöffnung nicht schliessen und wies ihm auch keinen anderen Arbeitsort zu. Als der Arbeitnehmer deswegen erkrankte und zu 100% arbeitsunfähig wurde, kündigte die Arbeitgeberin nach Ablauf der Sperrfrist das Arbeitsverhältnis. Der Kläger machte Missbräuchlichkeit der Kündigung geltend (wohl gestützt auf Art. 336 Abs. 1 lit. a, persönliche Eigenschaft, was jedoch aus dem Entscheid nicht direkt hervorgeht) mit der Begründung, dass seine Krankheit ausschliesslich auf die Arbeitsplatzsituation bei der Arbeitgeberin zurückzuführen und daher durch sie verschuldet sei. Das Kantonsgericht St. Gallen verneinte die Missbräuchlichkeit der Kündigung und führte aus, dass – u.a. unter Hinweis auf BGE 123 III 255 – eine Kündigung wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes zulässig ist. Ferner wies das Kantonsgericht darauf hin, dass die Kündigung auch dann nicht missbräuchlich sei, wenn der Arbeitgeber (!) den Ausbruch der Krankheit zu verantworten habe, weil dem Schutz des Arbeitnehmers vor den Folgen eines berufsbedingten Unfalls oder einer Krankheit nach Ablauf des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes durch das Sozialversicherungsrecht Rechnung getragen werde⁷⁵.

Der Entscheid des Kantonsgerichtes erstaunt und ist nicht nachvollziehbar.

Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass die Arbeitgeberin trotz wiederholtem Ersuchen des Arbeitnehmers die Dachlukenöffnung nicht schliessen liess und ihm auch keinen anderen Arbeitsort zugewiesen hat. Der dadurch verursachte Durchzug war offensichtlich die Ursache für den Ausbruch der Krankheit. Indem die Arbeitgeberin trotz mehrmaligem Ersuchen des Arbeitnehmers keine Gesundheitsschutzmassnahmen einleitete, verletzte sie einerseits ihre Fürsorgepflicht i.S.v. Art. 328 OR und andererseits die Gesundheitsvorschriften des Arbeitsgesetzes (Art. 6 ArG; Art. 16 ArGV 3 [Raumklima], Art. 17 ArGV 3 [Lüftung]). Da die Arbeitgeberin im vorerwähnten Fall den Ausbruch der Krankheit zu verantworten und sie auch nicht die ihr zumutbaren Massnahmen zum Schutze der Gesundheit des Arbeitnehmers getroffen hatte, müsste das Kantonsgericht die Kündigung als missbräuchlich qualifizieren⁷⁶. Diese Meinung lässt sich durch BGE 4A_102/2008⁷⁷ und BGE 132 III 257 ff. stützen. In beiden Fällen erachtete das Bundesgericht

die Kündigungen als missbräuchlich, weil der Arbeitgeber die erforderlichen und geeigneten Massnahmen zum Schutze der Gesundheit des Arbeitnehmers nicht getroffen hatte (Betriebsunfall infolge nachlässiger Betriebsorganisation; Schutz vor Passivrauchen).

2. Die aufgrund der Fürsorgepflicht einzuleitenden Massnahmen

2.1 Welche konkreten Massnahmen jeweils im betreffenden Fall zu ergreifen sind, führen die Gerichte bloss teilweise aus. Entweder kritisieren die Gerichte die eingeleiteten Massnahmen als ungenügend oder sie stellen fest, dass die Massnahmen, welche die Arbeitgeberseite ergriffen hat, geeignet waren, den Arbeitskonflikt zu entschärfen.

Als geeignete Massnahmen qualifizierte das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2009 die Durchführung von Einzel- und Gruppengesprächen mit den Konfliktbeteiligten, das Erteilen von konkreten Verhaltensanweisungen, den Beizug einer Vertrauensstelle (vorliegend für das Bundespersonal) oder einer externen Beratungsunternehmung zwecks Teamcoaching sowie das Unterbreiten von Vorschlägen zur endgültigen Beilegung des Streits⁷⁸. Das Bundesgericht erklärte in einem weiteren Entscheid aus dem Jahre 2009⁷⁹, es genüge nicht, dass die Arbeitgeberin, vorliegend ein Spital, bloss eine einzige im Hinblick auf die Entspannung der Betriebsatmosphäre überdies viel zu spät angesetzte Aussprache durchführte und keine weiteren Massnahmen zur Beilegung des Konfliktes mehr ergriff. Das höchste Gericht verlangt somit, dass die Massnahmen zur Konfliktentschärfung einerseits rechtzeitig ergriffen werden und zum anderen sich der Arbeitgeber nicht bloss mit einer simplen Aussprache begnügen darf (die Spitalleitung erfuhr im zitierten Entscheid im Februar vom Konflikt und führte die Aussprache erst im September durch).

Das Kantonsgericht St. Gallen erachtete in einem Urteil aus dem Jahre 2008 als zumutbare Massnahmen zur Entschärfung eines Streits unter Mitarbeitern gemeinsame Gespräche, geeignete Weisungen, Ermahnungen beider Konfliktparteien und Versetzungen als genügend⁸⁰.

Das Arbeitsgericht Zürich betrachtete z.B. die Führung von Gesprächen mit den involvierten Konfliktparteien zusammen mit der Prüfung von Versetzungsmöglichkeiten als hinreichende Massnahmen, wobei es präziserte, dass die Arbeitgeberin jedoch nicht verpflichtet ist, die angeblich mobbende Vorgesetzte der Arbeitnehmerin zu entlassen oder die Mobblerin zu versetzen⁸¹. In einem weiteren Entscheid des

⁷⁵ Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 3. Januar 2008 in Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichtes vom 29. Mai 2007, abgedruckt in: JAR 2009, 565 ff.

⁷⁶ GEISER vertritt ebenfalls die Ansicht, dass eine Kündigung wegen Krankheit missbräuchlich sei, wenn der Arbeitgeber den Ausbruch der Krankheit zu verantworten habe, vgl. THOMAS GEISER, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM 1994, 169 ff., Ziff. 3.8.

⁷⁷ JAR 2009, 266 ff.

⁷⁸ Urteil vom 2. März 2009, BGE 1C_245/2008 Erw. 4.3 = JAR 2010, 213 ff.

⁷⁹ Urteil vom 4. Mai 2009, BGE 1C_354/2008 Erw. 2.5.

⁸⁰ Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 19. Juni 2008, welches das Urteil des Arbeitsgerichtes vom 11. Oktober 2007 bestätigte = JAR 2009, 591 ff.

⁸¹ Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2007, Nr. 18.

Arbeitsgerichtes Zürich erachtete dieses die von der Arbeitgeberin mehrfach durchgeführten persönlichen Gespräche mit der Arbeitnehmerin und der angeblichen «Mobberin» sowie das Angebot eines anderen Arbeitsplatzes bereits als hinreichende Massnahmen⁸².

2.2 Nicht jede Massnahme ist jedoch hinreichend. So erachtete das Arbeitsgericht Zürich im Zusammenhang mit einer missbräuchlichen Kündigung nach Kompetenzkonflikten im Betrieb die Delegation der Konfliktlösung an einen externen Coach als unangemessen und als nicht notwendige Massnahme zur Konfliktlösung⁸³. Dies mit der Begründung, dass die Lösung eines Kompetenzkonfliktes aufgrund unklarer Funktionsumschreibungen durch einen aussenstehenden Coach, der nicht die Kompetenz zur Bestimmung von Verantwortlichkeiten hat, nicht möglich sei. Nach Ansicht des Arbeitsgerichtes wäre die einzig richtige und angemessene Massnahme in einem solchen Fall «die klare Festlegung und Abgrenzung der Aufgabenbereiche der betroffenen Mitarbeiterinnen gewesen».

2.3 Zuzustimmen ist der Meinung von RUDOLPH, gemäss welchem als geeignete Massnahmen bspw. Befragungen, Aussprachen, Teamsitzungen, Beizug von Coaches und Mediatoren, Umorganisation der Arbeitsabläufe, Vorsehen von Zielvorgaben, Verwarnungen und interne Versetzungen in Frage kommen⁸⁴. Zu beachten ist, dass der Umfang und die Intensität der erforderlichen Massnahmen, welche von einem Arbeitgeber zur Konfliktvermeidung verlangt werden können, stets eine Einzelfallbeurteilung erfordern und sich allenfalls auch ein diskretes, schonendes Vorgehen des Arbeitgebers aufdrängen kann⁸⁵.

2.4 Schutzmassnahmen haben stets in einer Art und Weise zu erfolgen, die eine Beilegung des Konfliktes grundsätzlich als möglich erscheinen lassen. Deshalb haben sogenannte Schlichtungsbemühungen des Arbeitgebers gemäss Bundesgericht hohen Anforderungen zu genügen⁸⁶. Der Arbeitgeber hat somit für ein taugliches Konfliktmanagement zu sorgen⁸⁷. Gemäss einem rund 11-jährigen, aber nach wie vor aktuellen Entscheid eines Berner Bezirksgerichtes dürfen Aussprachensitzungen nicht «in eine Art Schauprozess ausarten, wodurch die Arbeitnehmerin derart in ihrer psychischen Integrität be-

einträchtigt wird, dass von einer Körperverletzung gesprochen werden kann»⁸⁸.

3. Grenzen der Fürsorgepflicht

3.1 Der Arbeitgeber hat jedoch nur dann sämtliche zumutbaren Massnahmen zu treffen, wenn der Konflikt ein intensives Ausmass angenommen hat und zu Persönlichkeitsverletzungen oder anderweitigen Angriffen auf die Ehre oder die geistige Integrität führt. Dem Arbeitsgericht Zürich ist demzufolge zuzustimmen, wenn es im Zusammenhang mit zumutbaren Massnahmen bei Konflikten Folgendes festhält⁸⁹:

«Es würde zu weit führen, wenn der Arbeitgeber bei Unverträglichkeiten unter Arbeitnehmern, die aber weder zu Persönlichkeitsverletzungen noch zu anderweitigen Angriffen auf die Ehre oder die geistige Integrität führen, sondern sich darauf beschränken, die Unvereinbarkeit der Persönlichkeitsstrukturen zu thematisieren, bereits Schlichtungsbemühungen zu tätigen hätte. Es muss als hinreichend erachtet werden, wenn der Arbeitgeber mit jenem Mitarbeiter das Gespräch sucht, der vom Team als zu stark und zu wenig sensibel empfunden wird, und es muss ihm erlaubt sein, sich von diesem Mitarbeiter zu trennen, wenn sich der Zustand perpetuiert.»

Nach Ansicht des Arbeitsgerichtes Zürich muss es dem Arbeitgeber nach gescheiterten Konfliktlösungsmassnahmen sogar freistehen, ob er den Mobbing-Täter oder das Mobbing-Opfer entlassen will⁹⁰. Dieser Meinung kann ich mich anschliessen. Dem Arbeitgeber soll meines Erachtens diese Wahlfreiheit zustehen, sofern er, wie von der Rechtsprechung gefordert, sämtliche ihm zumutbaren Massnahmen zur Konfliktentschärfung getroffen hat. Da er sich diesfalls genügend um die Lösung des Konflikts bemüht hat, ist er seiner Fürsorgepflicht i.S.v. Art. 328 OR hinreichend nachgekommen, weshalb auch die Kündigung des Mobbing-Opfers nicht missbräuchlich sein kann und demzufolge zulässig sein muss.

3.2 Vom Grundsatz, dass der Arbeitgeber in Konfliktsituationen sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren zur Konfliktentschärfung treffen muss, gibt es jedoch eine vom Bundesgericht in einem aktuellen Entscheid aus dem Jahre 2010 statuierte Ausnahme⁹¹. Das Bundesgericht erachtete es als zulässig, direkt eine Kündigung auszusprechen, wenn die Arbeitnehmerin durch ihr Verhalten Spannungen und Konflikte mit mehreren Arbeitskolleginnen hatte und sich ihr Verhalten trotz Verwarnungen durch die Arbeitgeberin nicht änderte. Nach Ansicht des Bundesgerichtes wäre diesfalls jeder neue Aussöhnungsversuch gescheitert und eine Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz hätte nicht viel gebracht,

⁸² Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2002, Nr. 17.

⁸³ Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2007, Nr. 19.

⁸⁴ RUDOLPH (FN 63), 14.

⁸⁵ ALFRED BLESİ, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2001 (4C.253/2001) in: ARV 2002, 20 f.

⁸⁶ BGE 4C_253/2001 mit Besprechung von ALFRED BLESİ. in: ARV 2002, 17 ff.

⁸⁷ DENIS HUMBERT, Mobbing und dessen Bedeutung für die Arbeitnehmer und Arbeitgeber, in: TREX 2004, 81; JÜRIG OSKAR LUGINBÜHL, Schikane am Arbeitsplatz – rechtliche, gesundheitliche und soziale Aspekte, in: ARV 2010, 67; Urteil des Gerichtskreises XIII *Obersimmental-Saanen* vom 24. Februar 2000, in: JAR 2001, 191 ff.

⁸⁸ Entscheid publiziert in JAR 2001, 191 ff.

⁸⁹ Entscheid des Arbeitsgerichtes Zürich 2004 Nr. 20, vom Obergericht am 5. November 2004 bestätigt (LA040035).

⁹⁰ Entscheid des Arbeitsgerichtes Zürich 2002 Nr. 18. Vgl. hierzu die Kritik von LUGINBÜHL (FN 87).

⁹¹ BGE 4A_158/2010, Urteil vom 22. Juni 2010.

sodass nur der Ausweg der Kündigung blieb. Es war nach Ansicht des Bundesgerichtes und der Vorinstanz die einzig zulässige Massnahme, um wieder ein erträgliches Arbeitsklima herzustellen.

3.3 Gemäss einem neueren Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen aus dem Jahre 2008 (in Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichtes St. Gallen) gehen die Anforderungen an die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers weniger weit, wenn ein Arbeitnehmer erst kurze Zeit im Betrieb ist (in casu rund 9 Monate). Im konkret zu beurteilenden Fall hatte die Arbeitgeberin nach Kenntnisnahme der Spannungen zwischen den beiden Mitarbeitern sogleich eine Verwarnung gegen den überwiegenden Konfliktverursacher ausgesprochen. Das Kantonsgericht hielt fest, dass die Arbeitgeberin damit ihre Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer erfüllt hat und ein Gespräch zu Dritt, wie vom Arbeitnehmer verlangt, nicht notwendig war. Interessant ist in diesem Zusammenhang der Hinweis des Kantonsgerichtes, wonach der Arbeitnehmer sich nicht auf die Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers berufen kann, wenn er selbst die Eskalation des Arbeitskonfliktes provoziert hat⁹².

V. Schlussfolgerungen

Es ist zu begrüssen, dass das Bundesgericht auch in seinen neusten Urteilen am Grundsatz der Kündigungsfreiheit festhält. Unser höchstes Gericht neigt in jüngerer Zeit dazu, bestimmte Sachverhalte vermehrt unter die Generalklausel von Art. 336 OR zu subsumieren und damit den Anwendungsbereich des Schutzes vor missbräuchlichen Kündigungen auszuweiten. Das Bundesgericht betont hierbei, dass der Vorwurf der Missbräuchlichkeit stets voraussetze, dass die geltend gemachten Kündigungsgründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten Missbrauchstatbestände vergleichbar sind. Es fällt dabei auf, dass das Bundesgericht Missbrauchsfälle vermehrt unter dem Aspekt prüft, ob der Arbeitgeber seine Fürsorgepflichten i.S.v. Art. 328 OR eingehalten hat. Es weist darauf hin, dass die Arbeitgeber im Zusammenhang mit Konflikt-, Krankheits- und Gesundheitsschutzkündigungen gemäss Art. 328 OR verpflichtet sind, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Der Arbeitgeber hat sich im Fall einer Störung des Betriebsklimas um eine Lösung des Konflikts zu bemühen und alle zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um die Lage zu entspannen. Je nach konkreten Umständen sind verschiedene Massnahmen zu ergreifen. Das Bundesgericht verlangt, dass die Massnahmen zur Konfliktentschärfung rechtzeitig ergriffen werden und weist darauf hin, dass sich der Arbeitgeber nicht bloss mit einer

einfachen Aussprache begnügen darf. Bei Vorliegen einer Krankheit bejaht das Gericht die Missbräuchlichkeit einer Kündigung dann, wenn die krankheitsbedingten Absenzen des Arbeitnehmers, welche den Arbeitgeber schliesslich zur Kündigung bewogen haben, der Unterlassung einer Fürsorgepflicht i.S.v. Art. 328 OR zuzuschreiben sind (Unterlassung der erforderlichen und geeigneten Massnahmen zum Schutze der Gesundheit des Arbeitnehmers).

Zusammenfassung vorhanden

⁹² Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 19. Juni 2008 = JAR 2009, 591 ff.