

*Urteil***Änderungskündigung**

Im Rahmen einer Restrukturierung kann eine Änderung des Arbeitsvertrags notwendig werden. Lehnt der Arbeitnehmer das neue Angebot ab, ist die Kündigung durch den Arbeitgeber grundsätzlich nicht missbräuchlich. Anders wäre es nur, wenn mit der Kündigung ein rechtsmissbräuchliches Ziel verfolgt würde.

**Sachverhalt**

Mit Vertrag vom 26. Oktober 2007 stellte die Y. SA mit Sitz in ... (Waadt), die Apotheken betreibt, A., mit damaligem Wohnsitz in Le Locle (Neuenburg), als Rechtsanwalt/Jurist/Controller/Verwaltungsdirektor mit einem Monatslohn von brutto 11 750 Franken ein, zu dem am Jahresende eine Gratifikation in Höhe des letzten Monatslohns hinzukam. In der Folge wurde der monatliche Bruttolohn von A. am 1. Januar 2009 auf 13 750 Franken und am 1. Juli 2009 auf 14 300 Franken erhöht. Gleichzeitig wurde die Gratifikation durch einen dreizehnten Monatslohn abgelöst. Im Übrigen erhielt er 700 Franken Repräsentationsspesen und verfügte über ein Geschäftsauto, das er auch privat gebrauchen durfte.

Y. wurde am 1. Juli 2009 von der Z. AG übernommen, die mehrere Apothekenketten, nämlich E., B., C. und D., betreibt.

Damals war A. bei Y. für die Abteilungen Recht, Geschäftsmieten und Personal zuständig. Die Übernahme durch eine grosse Gruppe wie Z. hatte zur Folge, dass die Aufgaben neu verteilt wurden. Man einigte sich auf die schrittweise Einführung einer neuen Struktur. Im Hinblick auf eine Neudefinition seiner Stelle wurden Verhandlungen mit A. aufgenommen.

Am 30. August 2010 wurde ihm mitgeteilt, die Personalabteilung würde neu unter die Leitung von V. gestellt, der diese Tätigkeit bei Z. bereits seit 2001 ausübte. Die Geschäftsmieten sollten in die Abteilung «Entwicklung» integriert werden. A. wurde angeboten, in Bern als Rechtsanwalt/Jurist unter der Leitung von W. zu arbeiten, der diese Funktion bei Z. seit 2001 bekleidete. A. brachte seine Enttäuschung zum Aus-

druck und wies darauf hin, er hätte von seinem Arbeitgeber das Einverständnis für eine Ausbildung in Human Resources an der Universität Genf von September 2010 bis Mai 2011 erhalten. Im Anschluss daran legte er einen eigenen Arbeitsvertragsentwurf vor, der nicht akzeptiert wurde. Schliesslich fand am 13. September 2010 eine Besprechung statt. A. wurde der Entwurf eines Arbeitsvertrags als «Fachmann Rechtsdienst der Gruppe Z. SA, Mitglied der Geschäftsleitung» mit einem Jahreslohn von 13 x 13 300 Franken sowie einem (vollständig variablen) Bonus (von 18 200 Franken, für 2011 in vollem Umfang garantiert,) vorgelegt. A. lehnte dieses Angebot ab.

Mit eingeschriebenem Brief kündigte Y. den Arbeitsvertrag von A. gleichentags auf den 31. Dezember 2010. Dabei wurde präzisiert, er müsse alle seine Dossiers bis spätestens am 30. September 2010 abtreten und werde anschliessend von der Arbeitsleistung freigestellt, wobei er während der Freistellung einen allfälligen Feriensaldo beziehen müsse.

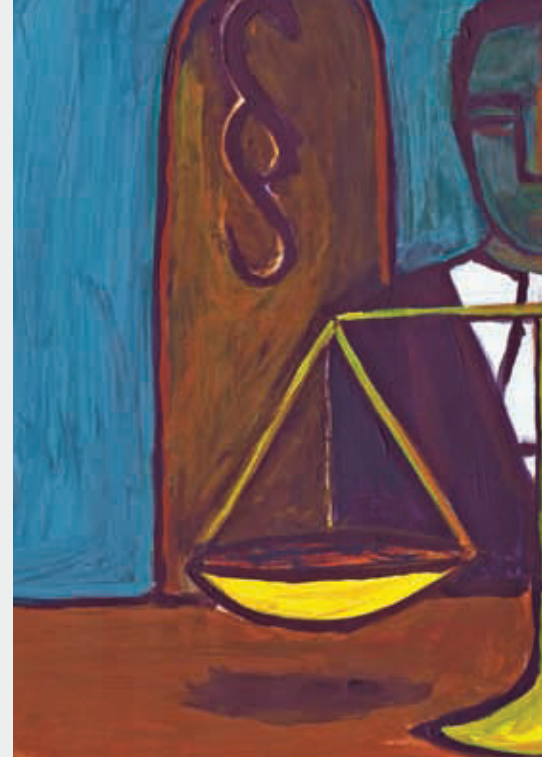
A. legte seinem Arbeitgeber ein ärztliches Zeugnis vor, wonach er vom 15. bis 23. September 2010 vollständig arbeitsunfähig war.

Am 6. Dezember 2010 schrieb A. Z., er sei mit dem am 13. September 2010 vorgeschlagenen Arbeitsvertrag einverstanden. Ihm wurde jedoch geantwortet, dieser Entwurf sei von ihm zurückgewiesen worden, und sein Meinungsumschwung werde als neues Angebot betrachtet, das abgelehnt werde.

Er vertrat die Ansicht, die Kündigung seines Arbeitsvertrags sei missbräuchlich.

**Aus den Erwägungen**

**2.2** A. behauptet, die Kündigung seines Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber



sei missbräuchlich und das kantonale Gericht habe mit der Bestreitung des Missbrauchs Art. 336 Abs. 1 OR verletzt.

Gemäss Art. 335 Abs. 1 OR kann der unbefristete Arbeitsvertrag von jeder Vertragspartei gekündigt werden. Im schweizerischen Arbeitsrecht gilt die Kündigungsfreiheit, weshalb für eine rechtsgültige Kündigung grundsätzlich kein besonderer Grund erforderlich ist.

Im vorliegenden Fall gelangte das kantonale Gericht aufgrund mehrerer Aussagen zur Ansicht, die neue Struktur sei nach der Übernahme von Y. nach und nach eingeführt worden. A. kann den Beweis für eine allfällige Willkür dieser Feststellung nicht erbringen. Somit lässt sich nicht feststellen – wie von A. nahegelegt wird –, dass Y. von Anfang an die Absicht hatte, sich von ihm zu trennen, und mit ihm ein doppeltes Spiel spielte. Es ist offensichtlich, dass A. sehr unterschiedliche Funktionen ausübte (Abteilungen Recht, Geschäftsmieten und Personal). In einer grösseren Gruppe war es deshalb naheliegend, dass man zu einer gewissen Spezialisierung tendierte. Y. scheint in Treu und Glauben eine Lösung gesucht zu haben, um A. unter Berücksichtigung seiner Ausbildung als Rechtsanwalt weiterzubeschäftigen. Es ist nicht einzusehen, worin bei diesem Vorgehen Bösgläubigkeit hätte bestehen können. In Bezug auf die Tatsache, dass A. der Besuch von Vorlesungen in Human Resources bewilligt wurde, geschah dies anscheinend



Illustration: Christine Barf

**2.3** Mit dem Versuch, den missbräuchlichen Charakter der Kündigung zu beweisen (Art. 336 Abs. 1 OR), macht A. geltend, er sei das Opfer einer «Änderungskündigung».

Eine Kündigung, weil der Arbeitnehmer eine Änderung des Arbeitsvertrags zurückweist, ist grundsätzlich nicht missbräuchlich, es sei denn, der Arbeitnehmer werde entlassen, weil er sofort anwendbare Änderungen nicht akzeptiert, der Beschluss diene als Druckmittel zur Durchsetzung einer für den Arbeitnehmer ungünstigen Vertragsänderung oder die Kündigung werde dem Arbeitnehmer zugestellt, weil dieser den Abschluss eines neuen Vertrags verweigert, der gegen das Gesetz, einen Gesamtarbeitsvertrag oder einen anwendbaren Normalarbeitsvertrag verstösst.

Im vorliegenden Fall machte die Übernahme des Arbeitgebers durch ein grösseres Unternehmen eine Restrukturierung unumgänglich. Der Arbeitgeber bot A. deshalb einen neuen Arbeitsvertrag an, in dem seine Tätigkeit, der Lohn und der Arbeitsort neu festgelegt wurden. A. war selbstverständlich frei, den ihm vorgelegten neuen Vertrag anzunehmen oder abzulehnen. Bei einer Ablehnung musste er jedoch mit der Kündigung seines Arbeitsvertrags unter Beachtung der Kündigungsfrist und des Kündigungstermins rechnen. Die Kündigung wäre nur missbräuchlich, wenn sie ein gesetzeswidriges Ziel verfolgen würde. Dies ist hier nicht der Fall. Der Arbeitgeber hat die Waffe der Kündigung nicht eingesetzt, um dem Arbeitnehmer zum Beispiel eine Lohnkürzung vor dem Kündigungstermin aufzuzwingen; sodann hat er dem Arbeitnehmer nicht gekündigt, weil er einen neuen Vertrag zurückgewiesen hatte, der gegen das Gesetz, einen Gesamtarbeitsvertrag oder einen Normalarbeitsvertrag versties. Die Waffe der Kündigung wurde auch nicht eingesetzt, um Druck

auf den Arbeitnehmer auszuüben, einen ungünstigeren Vertrag zu akzeptieren. Für eine grössere Rechtsabteilung zu arbeiten, konnte nämlich den Verlust anderer Tätigkeitsbereiche (Personal und Geschäftsmieten) kompensieren; dass A. diese grössere Abteilung nicht hätte leiten können, hätte man nicht als Herabstufung betrachten dürfen, denn er konnte nicht den Anspruch erheben, einem Mitarbeiter vorgezogen zu werden, der diese Stelle schon länger als er bekleidete. Die angebotene Entlohnung war weitgehend gleichwertig. Der Arbeitsweg nach Saint-Sulpice oder Bern erscheint für jemanden mit Wohnsitz in Le Locle mehr oder weniger vergleichbar. Es ist somit nicht einzusehen, womit man ihm hätte schaden wollen. Somit sind die Voraussetzungen für eine missbräuchliche Änderungskündigung nicht erfüllt.

In diesem Zusammenhang ist nicht verständlich, worauf A. hinaus will, wenn er von unzureichender Bedenkzeit spricht. Aus den Feststellungen des kantonalen Gerichts geht nämlich nicht hervor, dass er eine Bedenkzeit verlangt hätte und ihm diese verweigert worden wäre. A. macht dies auch gar nicht geltend. Es ist auch nicht einzusehen, worauf A. mit der rechtlichen Dualität zwischen Y einerseits und der Gruppe, die sie übernahm, andererseits abzielen wollte. Da die Stelle von A. bei Y. als Folge der Umstrukturierung aufgehoben wurde, war es naheliegend, ihm einen neuen Vertrag mit der Gruppe vorzulegen, die Y. übernommen hatte. Daraus wäre nicht zu schliessen, dass Y. eine Rechtspflicht hatte, A. unbefristet in ihren Diensten zu behalten, obwohl seine Stelle für das Unternehmen keinen Nutzen mehr hatte.

*Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 3. Juni 2013 (4A\_748/2012) (Übersetzung aus dem Französischen)*

auf seinen Wunsch und war dieses Einverständnis sehr entgegenkommend, denn er durfte diese Vorlesungen während seiner Arbeitszeit und auf Kosten des Unternehmens besuchen, wodurch er seine Karriereaussichten sowohl im Unternehmen als auch anderswo verbesserte.

Gewiss, A. durfte erwarten, nach dieser Entscheidung im Personalbereich weiterbeschäftigt zu werden. Ihm wurde jedoch keine Garantie in diesem Sinn abgegeben, und der definitive Entscheidung, diese Abteilung jemandem zu übertragen, der schon lange dafür zuständig war, erschien naheliegend. Dass der Arbeitgeber nicht von Anfang an eine klare Position eingenommen oder sogar die Meinung geändert habe, reicht jedoch angesichts der oben erwähnten Rechtsprechung nicht aus, um Bösgläubigkeit zu begründen. Um das doppelte Spiel nachzuweisen, stützt sich A. auf einen anderen Sachverhalt, als er vom kantonalen Gericht zugrunde gelegt wurde und für das Bundesgericht verbindlich ist, denn die Willkür wurde nicht bewiesen.

[www.arbeitgeber.ch](http://www.arbeitgeber.ch)