

02  
—  
24**legalis brief**  
**Fachdienst**  
**Arbeitsrecht**  
**Urteilsbesprechungen**

## Missbräuchliche Änderungskündigung

BGer 4A\_327/2023 vom 18.01.2024

Art. 336 OR

Die Arbeitnehmerin A stand ab dem 1. April 2001 in einem Arbeitsverhältnis zur Arbeitgeberin B. SA. Im Rahmen einer Besprechung vom 23. Oktober 2018 wurde A per 24. Januar 2019 die Änderung des Pensums von 100% auf 80% und eine korrespondierende Lohnreduktion ebenfalls um 20% angeboten, verbunden mit einer Kündigung im Falle der Rückweisung des Angebots (Änderungskündigung). A wurde eine Annahmefrist bis 19. November 2018 gesetzt (später verlängert bis 30. November 2018). Die B. SA begründete diesen Schritt im Wesentlichen damit, dass sie die Stelle von A wegen der Arbeitslast auf 160% ausbauen und auf zwei 80%-Pensen verteilen wolle. A lehnte die Offerte ab und erklärte gleichzeitig Einsprache gegen die Kündigung ([Art. 336 OR](#), Art. 336b OR).

A erhab daraufhin beim Tribunal civil régional du Littoral et du Val-de-Travers Klage und verlangte unter anderem eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Die Erinstanz schützte den Vorhalt der missbräuchlichen Kündigung, worauf indessen das Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel den Entscheid revidierte.

## Erwägungen

Das alsdann von A angerufene Bundesgericht schützte den Entscheid der Zweitinstanz. Es fasste dabei zunächst zutreffend die spezifisch für die Änderungskündigung entwickelten Missbräuchlichkeitstatbestände zusammen: Eine solche Änderungskündigung ist insbesondere dann missbräuchlich, (i) wenn der Arbeitgeber Änderungen vorgeschlagen hat, die vor Ablauf der Kündigungsfrist in Kraft treten sollen, (ii) wenn er die Kündigung als Druckmittel benutzt, um dem Arbeitnehmer «unbillige» Vertragsverschlechterungen ohne rechtfertigende Gründe aufzuzwingen oder (iii) wenn die offerierten Vertragsanpassungen gegen das Gesetz, einen GAV oder sonstige zwingende Regeln verstossen. Darüber hinaus erachtet die Rechtsprechung eine Änderungskündigung auch dann als missbräuchlich, (iv) wenn dem Arbeitnehmer eine zu kurze Annahmefrist gesetzt wurde.

Da das Arbeitsverhältnis (i) vorliegend offenbar unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten auf jedes Kalenderdatum gekündigt werden konnte, die Kündigungsfrist bis Inkrafttreten der angebotenen Anpassung demnach gewahrt wurde (was sich aus dem Entscheid nicht weiter ergibt), (iii) keine gegen zwingende Vorgaben verstossende Konditionen angeboten wurden und (iv) die Annahmefrist ausreichend war, blieb die Frage offen, ob (ii) «unbillige» Vertragsverschlechterungen ohne rechtfertigende Gründe angeboten worden waren (Praxis begründet mit [BGE 123 III 246](#)). Nicht weiter Thema vor Bundesgericht bildete dabei die Frage, ob die angebotenen Vertragsanpassungen als «unbillig» zu qualifizieren sind, was bei einer Pensums- und Lohnreduktion von 20% praxisgemäß grundsätzlich als gegeben betrachtet werden darf (so offenbar auch vorliegend die Einschätzung der fallbefassten Gerichte). Mithin ging es um die rechtfertigenden Gründe. Da das Bundesgericht davon ausgehen durfte, dass in der Tat eine Erweiterung der Stellenprozente insgesamt angezeigt war (und der fragliche Betrieb zudem organisatorisch analog zu einem anderen Betrieb aufgebaut werden sollte), erachtete es die rechtfertigenden betrieblichen Gründe als gegeben. In diesem Zusammenhang hielt es auch fest, dass es

nicht an den Gerichten läge, zu entscheiden, wie die Stellenprozente zu verteilen sind. Es konnte der B. SA mithin nicht vorgehalten werden, dass sie nicht zusätzlich zur Arbeitnehmerin A im 100%-Pensum eine weitere 60%-Stelle schuf, sondern zwei 80%-Pensen bevorzugte. Mithin erwies sich die Kündigung als nicht missbräuchlich.

## Kommentierung

Eine Änderungskündigung kann unter verschiedenen, von der Rechtsprechung spezifisch für diese Form der Kündigung entwickelten Tatbeständen missbräuchlich sein. Dies unter anderem dann, wenn die Arbeitgeberin im Rahmen der Änderungskündigung «unbillige» Vertragsverschlechterungen anbietet, ohne dafür betriebliche oder marktbedingte rechtfertigende Gründe anführen zu können (vorliegend waren diese gegeben).

Dieser Fall zeigt die Problematiken, welche sich den Gerichten bei der Anwendung der Missbräuchlichkeitsrechtsprechung nach dem Grundsatzentscheid von **BGE 123 III 246** auftun. Vorliegend nicht weiter strittig ist, dass eine Pensums- und Lohnreduktion um 20% als «unbillig» zu qualifizieren ist. In anderen, weniger eindeutigen Fällen ergibt sich aus diesem unklaren, im gerichtlichen Ermessen stehenden Element («unbillig») indessen bereits eine relevante Unsicherheit. Alsdann waren vorliegend die rechtfertigenden betrieblichen Gründe strittig. Auch diesbezüglich gestaltet sich die Aufgabe für die Gerichte nicht einfach, denn sie müssen in diesem Zusammenhang organisatorische Entscheide der Arbeitgeberin oder die Marktlage überprüfen. Dabei ist eine gewisse Zurückhaltung geboten – so auch hier, indem die Arbeitgeberin frei darüber entscheiden durfte, wie sie die insgesamt erhöhten Stellenprozente neu auf die Aufgabenerfüllung der Arbeitnehmerin verteilen wollte (80%/80% statt 100%/60%). Das dürfte vorliegend einigermaßen klar sein; in anderen Fällen wird es den Gerichten indessen schwerer fallen, Überlegungen zur Angemessenheit der betrieblichen oder marktbedingten Motive mit der erforderlichen Zurückhaltung anzuwenden, ohne die Praxis als solche aufzugeben.

*Marco Kamber*