

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA130001-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur.
M. Spahn und Ersatzoberrichter lic. iur. A. Wenker sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

Urteil vom 9. Januar 2014

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ - Stiftung,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 15. November 2012 (AH120177)

Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 24'466 nebst Zins zu 5% p.a. seit dem 1. März 2012 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich gesetzlichem Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich (Urk. 22 S. 20):

- "1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 4'741.20 zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
5. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen."

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 21 S. 2):

- "1.1 Es sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 15. November 2012 in Sachen A. _____ gegen B. _____-Stiftung (AH120177) aufzuheben und die Klage vollumfänglich gutzuheissen.

- 1.2 Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 24'466 nebst Zins zu 5% p.a. seit dem 1. März 2012 zu bezahlen.
2. *Eventualiter* sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 15. November 2012 in Sachen A. _____ gegen B. _____-Stiftung (AH120177) aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens sowie zur Neuerteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Entschädigungsfolgen, zuzüglich gesetzlichem Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 24 S. 2):

"Berufung und Klage seien unter Zusprechung einer Entschädigung zulasten des Klägers abzuweisen."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) machte seine Klage am 27. August 2012 bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Nach einem einmaligen Schriftenwechsel (Urk. 1 u. 8) fand am 10. Oktober 2012 die vorinstanzliche Hauptverhandlung mit Replik und Duplik vor Kollegialgericht statt (Prot. S. 4 ff.; Urk. 14). Am 15. November 2012 fällte die Vorinstanz ihr Urteil, mittels welchem sie die Klage vollumfänglich abwies (Urk. 17 bzw. 22).
2. Mit Eingabe vom 4. Januar 2013 erhob der Kläger mit den eingangs genannten Anträgen rechtzeitig Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil (Urk. 21). Mit Verfügung vom 21. Januar 2013 wurde der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt

(Urk. 23), welche jene mit Eingabe vom 22. Februar 2013 fristgerecht erstattete (Urk. 24). Die Berufungsantwort wurde dem Kläger daraufhin mit Verfügung vom 27. Februar 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 25). Am 22. Juli 2013 erfolgte ein Referentenwechsel (Prot. S. 5).

II. Prozessuales

1. Das angefochtene Urteil wurde am 15. November 2012 gefällt und den Parteien am 20. bzw. 21. November 2012 zugestellt (Urk. 18/1-2). Danach ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und innert 30 Tagen zu beantworten (Art. 312 Abs. 2 ZPO). Neue Tatsachen können nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz sodann eine Verhandlung (Instruktions- und/oder eine Hauptverhandlung) durchführen, aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO) oder einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Es entsprach dem Willen des Gesetzgebers, der Berufungsinstanz diesen grossen Gestaltungs- bzw. Ermessensspielraum einzuräumen (ZPO-KOMMENTAR SUTTER-SOMM ET AL., 2. A. Zürich 2013, Art. 316 ZPO N 17 m.w.H.). Die Berufungsinstanz kann demnach selbst entscheiden, ob das Berufungsverfahren schriftlich oder mündlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach Berufungsschrift und Berufungsantwort - d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung - entschieden werden. Die Sache ist dann spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn die Berufungsschrift und die Berufungsantwort hinreichend aufschlussreich sind, so dass sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann (ZPO-KOMMENTAR SUTTER-SOMM ET AL., a.a.O., Art. 316 ZPO N 34).

2. Vorliegend ist die Sache spruchreif, weshalb bereits nach Durchführung eines Schriftenwechsels aufgrund der Akten zu entscheiden ist.

3. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO). *In casu* rügt der Kläger beides.

III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Unstrittiger Sachverhalt

1.1. Im Berufungsverfahren blieb der von der Vorinstanz vorab festgehaltene Sachverhalt unbestritten (s. Urk. 22 E. 1; Urk. 21; Urk. 24): Der Kläger war vom 1. Mai 1998 bis Ende Februar 2012 bei der Beklagten - eine Stiftung, welche eininstitut, die C._____ Klinik betreibt - als Arbeitnehmer angestellt. Bis zum 31. Januar 2000 war er als Operationspfleger und hernach bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses als Lagerungspfleger tätig. Zu Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde ein Monatslohn von CHF 5'406.-- brutto vereinbart. Dieser wurde im Laufe der Zeit mehrmals erhöht und betrug im Jahr 2011 CHF 7'566.-- (Urk. 5/3, 5/6-8).

1.2. Im Jahr 2011 führte die Beklagte eine strukturelle Lohnrevision durch, um ihre Löhne dem Punktereglement des Verbands Zürcher Krankenhäuser (VZK) anzupassen. Der Lohn des Klägers sollte gestützt darauf von CHF 7'566.-- auf CHF 5'400.-- reduziert werden. Gemäss Schreiben der Beklagten an den Kläger vom Juli 2011 war beabsichtigt, den reduzierten Lohn ab Januar 2012 zur Auszahlung gelangen zu lassen (Urk. 5/8).

1.3. Vom Kläger mit Schreiben vom 2. November 2011 darauf hingewiesen, eine Vertragsänderung könne nur mittels Änderungskündigung durchgesetzt werden (Urk. 5/9), sprach die Beklagte noch am gleichen Tag eine solche auf Ende Februar 2012 aus (Urk. 5/10). Am 28. November 2011 erhob der Kläger Einsprache gegen die Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 OR. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2011 rechtfertigte die Beklagte ihr Vorgehen und nahm die Kündigung

nicht zurück (Urk. 5/13). Die geänderten Lohnbedingungen akzeptierte der Kläger schliesslich nicht, weshalb das Arbeitsverhältnis am 29. Februar 2012 endete.

2. Strittiger Sachverhalt

2.1. Vorbringen des Klägers

2.1.1. Vor Berufungsinstanz machte der Kläger im Wesentlichen geltend, der ihm jahrzehntelang gewährte Lohn sei nicht Folge eines Versehens oder eines erst im Jahre 2011 entdeckten Irrtums (Urk. 21 Rz. 9, 22 u. 42 ff.). Die Annahme der Vorinstanz, dass der Kläger nicht in Abrede gestellt habe, der tatsächlich ausbezahlte Lohn sei die Folge eines Versehens gewesen (s. Urk. 22 S. 17), sei aktenwidrig. Über die Frage, ob ein Irrtum vorgelegen habe, hätte ausserdem ein Beweisverfahren durchgeführt werden müssen (Urk. 21 Rz. 24 ff.). Die von der Vorinstanz vorgenommene, stillschweigende antizipierte Beweiswürdigung, welche zu einem Verzicht auf ein Beweisverfahren geführt habe, verletze Art. 8 ZGB (Urk. 21 Rz. 30).

2.1.2. Die Lohnentwicklung des Klägers lasse sich auf drei substantielle Lohnerhöhungen in den Jahren 2001, 2008 und 2009 zurückführen (Urk. 21 Rz. 10 ff.), anlässlich welcher sich die Beklagte zwingend und 2001 auch sehr detailliert mit dem zu erhöhenden Lohn zu befassen gehabt habe (Urk. 21 Rz. 18 u. 20). 2001 sei der Kläger nach Einreichung aller Unterlagen sowie des massgebenden Fragebogens der Beklagten um zwei Lohnklassen in die Klasse 15 angehoben worden. Ebenfalls sei ihm eine rückwirkende Lohnnachzahlung von Fr. 26'000.-- gewährt worden (Urk. 21 Rz. 14). Dies untermauere, dass der Personaldienst der Beklagten sich damals intensiv mit dem Lohn des Klägers auseinandergesetzt habe und jenem ganz bewusst in Anbetracht der ausgeübten Tätigkeit als Lagerungspfleger und seiner Qualifikation eine substantielle Lohnerhöhung für die fort-dauernde Tätigkeit als Lagerungspfleger habe angedeihen lassen wollen (Urk. 21 Rz. 15 u. 19). Gegen ein Versehen spreche auch die Geltendmachung erst nach rund 12 Jahren und das erstmalige Vorbringen seitens der Beklagten, als sich der Kläger gegen die missbräuchliche Änderungskündigung zu wehren begonnen ha-

be (Urk. 21 Rz. 17). Der dem Kläger bisher ausbezahlte Lohn sei angesichts seiner Qualifikationen und Berufserfahrung auch angemessen gewesen, was sich daran zeige, dass sein Anfangslohn beim neuen Arbeitgeber Fr. 7'000.-- betrage (Urk. 21 Rz. 21 f.).

2.1.3. Die massive Lohnkürzung stelle gemäss dem Kläger zudem eine unbillige Schlechterstellung dar, die nicht unter dem Druck einer Änderungskündigung aufgezwungen werden dürfe, und sei - auch bei Vorliegen eines Versehens bei der Festsetzung seines Lohnes seitens der Beklagten - bereits aufgrund ihres Umfangs missbräuchlich (Urk. 21 Rz. 36 f. u. 50 ff.). Die plötzliche Lohnreduktion um 30% sei für einen Arbeitnehmer im Einkommensbereich des Klägers stark einschneidend und führe unter Berücksichtigung der Steuerlast gar zu Liquiditätseingpässen (Urk. 21 Rz. 36).

2.1.4. Schliesslich bringt der Kläger vor, dass seitens der Beklagten für die Lohnkürzung um 30% keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe geltend gemacht worden seien (Urk. 21 Rz. 9). Die seitens der Beklagten vorgenommene Neubeurteilung bzw. Lohnumstrukturierung *per se* vermöge zudem keinen ausreichenden wirtschaftlich-betrieblichen Grund darzustellen, welche die massive Lohnkürzung rechtfertigen könne (Urk. 21 Rz. 23 u. 40). Die Beklagte sei wirtschaftlich erfolgreich (Urk. 21 Rz. 39). Die erforderliche wirtschaftlich motivierte Rechtfertigung für die massive Lohnkürzung bestehe deshalb nicht (Urk. 21 Rz. 40 ff.).

2.2. Vorbringen der Beklagten

2.2.1. Seitens der Beklagten wird im Wesentlichen geltend gemacht, der Kläger sei vorliegend aus einem Irrtum heraus zu hoch entlohnt worden (Urk. 24 S. 2). Allerdings sei kein Beweisverfahren zur Irrtumsthematik erforderlich, da die klägerische Lohnentwicklung und der Umstand, dass er jahrelang zu viel Lohn als seiner Funktion entsprochen hätte bezogen habe, irrelevant seien. Vielmehr würden gemäss der Beklagten die künftige Sicherstellung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit im Zentrum stehen (Urk. 24 S. 5).

2.2.2. Weiter wird seitens der Beklagten - unter Verweis auf die Erwägungen der Vorinstanz - vorgebracht, dass das Instrument der Änderungskündigung für Arbeitgeber erforderlich sei, um eine falsche Lohnreihung zu korrigieren (Urk. 24 S. 2).

2.2.3. Ausserdem macht die Beklagte geltend, dass vorliegend kein missbräuchliches Motiv erkennbar sei. So habe sie keinerlei eigene Interessen, sondern ausschliesslich solche betrieblicher Art im Interesse ihrer Arbeitnehmerschaft (Lohngerechtigkeit, Gleichbehandlung) wahrgenommen (Urk. 24 S. 2 ff.). Ihre betriebsweite Lohnstrukturrevision ziele auf Verbesserung, Gerechtigkeit, Akzeptanz wie auch Praktikabilität. Die Lohnstrukturrevision habe für drei Viertel der Beschäftigten zu einer Besserstellung geführt, weshalb mit ihr offensichtlich keine missbräuchlichen Arbeitgebermotive verfolgt worden seien (Urk. 8 S. 8).

2.2.4. Schliesslich macht die Beklagte vor Berufungsinstanz neu geltend, dass sie mit Gleichstellungsklagen hätte rechnen müssen, wenn sie den Kläger weiterhin zu einem deutlich höheren Lohn beschäftigt hätte (Urk. 24 S. 6 f.).

3. Missbräuchliche Kündigung

3.1. Das Schweizerische Arbeitsrecht geht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus. Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Partei gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderer Gründe.

3.2. Eine Kündigung kann sich indes als missbräuchlich erweisen. In Bezug auf die allgemeinen rechtlichen Grundlagen einer missbräuchlichen Kündigung kann auf die zutreffenden diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz zu Art. 336 OR verwiesen werden (Urk. 22 E. 4). Wesentlich ist, dass der Vorwurf der Missbräuchlichkeit voraussetzt, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jenen der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar sind (BGE 136 III 513 E. 2.3 S. 514 f.; 132 III 115 E. 2.1 S. 217). Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die

kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei eine Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot der schonenden Rechtsausübung beachten. Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten nicht, denn es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 539; BGE 125 III 70 E. 2.b S. 73); Urteil 4C.174/2004, Entscheid vom 5. August 2004, E. 2.1).

3.3. Die rechtsmissbräuchliche Kündigung nach Art. 336 OR beinhaltet eine gesetzliche Beschränkung der Vertragsfreiheit, um das Interesse der Gegenpartei an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages zu wahren. Die Ausübung des an und für sich bestehenden Rechts zur Kündigung wird eingeschränkt, wenn diese zu einem sozial stossenden Missverhältnis der Interessen führen würde. Die Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung missbräuchlich ist, setzt eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles voraus (BGE 132 III 115 E. 2.4. und 2.5.).

3.4. Auch den seitens der Vorinstanz spezifisch zu den rechtlichen Grundlagen einer missbräuchlichen Änderungskündigung gemachten Erwägungen kann vollumfänglich beigeplichtet werden, weshalb auf diese verwiesen werden kann (s. Urk. 22 E. 5.). Wie zutreffend festgehalten wurde, ist es gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich zulässig, den mit der Kündigung erzeugten Druck zu verwenden, um eine Vertragsänderung zu erwirken. Zu betonen ist indessen Folgendes: Wenn eine Kündigung ohne betriebliche Notwendigkeit gegenüber einem Arbeitnehmer für den Fall ausgesprochen wird, dass er eine unbillige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nicht annimmt, so wird das jederzeitige und freie Kündigungsrecht ebenso missbraucht wie in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen missbräuchlicher Kündigung (BGE 123 III 246 E. 3.b S. 250 f.). Im gleichen Entscheid verweist das Bundesgericht darauf, dass der Missbrauch in der Kündigung darin liege, dass ohne sachlich schutzwürdigen Grund die Kündigung ausgesprochen werde, somit für die Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe beste-

hen (BGE 123 III 246 E. 3.b S. 251). Was mit "betrieblicher Notwendigkeit" bzw. "betrieblichen Gründen" genau gemeint ist, liess das Bundesgericht offen. In einer späteren Entscheidung stellte das Bundesgericht fest, dass eine Kündigung missbräuchlich sei, wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen jeglicher wirtschaftlicher Rechtfertigung ("une modification des conditions de travail dépourvues de toute justification économique") ermangle (4C.282/2006, Entscheid vom 1. März 2007 E. 4.4.). In demselben Entscheid weist das Bundesgericht des Weiteren darauf hin, dass es beim Zulassen eines wirtschaftlich motivierten Grundes für die Änderungskündigung nicht um das wirtschaftliche Überleben des Betriebes gehen müsse. Ausreichend sei der Bestand wirtschaftlicher Gründe, welche mit dem Betrieb der Unternehmung oder mit Marktbedingungen zusammenhängen würden (4C.282/2006, Entscheid vom 1. März 2007 E. 4.4.). Im entsprechenden Fall hatte die damalige Vorinstanz eine Herabsetzung des Lohnes eines Arbeitnehmers im Bereich von 50% auf einen Jahreslohn zwischen Fr. 180'000.-- bis 200'000.-- zu beurteilen gehabt und erachtete die Lohnkürzung mangels offenkundiger wirtschaftlicher Gründe ("nécessité économique apparente") als nicht erforderlich. Das Bundesgericht entschied im entsprechenden Fall nicht endgültig, sondern sandte den Fall zur Sachverhaltsergänzung zurück an die Vorinstanz (4C.282/2006, Entscheid vom 1. März 2007 E. 4.4.).

3.5. Einem allfälligen Gleichbehandlungsgrundsatz unter den Arbeitnehmern geht die Vertragsfreiheit vor, womit der Anwendungsbereich der Gleichbehandlung beschränkt bleibt (s. KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Habil. Bern 2009, Rz. 1444 m.w.H.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind mit Bezug auf den vereinbarten Vertragsinhalt beliebige Differenzierungen zwischen den einzelnen Arbeitnehmern erlaubt. Verhandelt ein Arbeitnehmer schlechter als seine Kollegen, so hat er die sich daraus ergebenden schlechteren Arbeitsbedingungen grundsätzlich hinzunehmen. Soweit eine vertragliche Regelung vorliegt, ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit als einem der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten auszugehen (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 281 m.w.H.). In der Lehre wird aus der Pflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers

zu schützen (Art. 328 OR), und aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB) auf einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz geschlossen. Zu beachten ist allerdings, dass auch eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoß gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen kann, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Eine solche kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung von vornherein nur gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird, nicht jedoch, wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser stellt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282 m.w.H.). Bei Kündigungen sieht die Lehre - im Gegensatz zum Bereich des Weisungsrecht des Arbeitgebers und bei freiwilligen Leistungen - keinen Raum für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (PÄRLI, a.a.O., Rz. 1444 ff. m.w.H.).

3.6. Richtigerweise hat die Bewertung der betrieblichen Interessen im Rahmen einer Güterabwägung im Einzelfall mit den Interessen des Arbeitnehmers zu erfolgen. Im Bereich des Kündigungsrechts allgemein und auch bei einer missbräuchlichen Kündigung ist denn auch ein Ermessensentscheid zu fällen. Wenn eine Kündigung missbräuchlich ist, wird vom Richter denn auch "unter Würdigung aller Umstände" eine Entschädigung festgesetzt (Art. 336a Abs. 2 OR).

3.7. Es muss deshalb vorerst geprüft werden, ob die Verschlechterung für die gekündigte Partei unbillig gewesen wäre, wobei geringe Verschlechterungen diese Voraussetzung kaum erfüllen. Als Maßstab dafür, was noch als gering gewertet werden kann, hat die Differenz zum bisherigen Vertragsinhalt einerseits und andererseits die Bedeutung zu gelten, welche die Änderung für die gekündigte Partei hat. Liegt eine unbillige Verschlechterung vor, ist weiter abzuklären, ob sich diese durch betriebliche oder marktbedingte Gründe rechtfertigen lässt. Das Gericht hat die betrieblichen Verhältnisse bzw. den Markt zu analysieren und den unternehmerischen Entscheid wenigstens auf seine Plausibilität hin zu prüfen (so

THOMAS GEISER, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, in: AJP/PJA 1999, S. 60 ff., 64).

3.8. Die Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Kündigung sind in Art. 336a OR geregelt. Art. 336a Abs. 1 OR sieht ohne Einschränkung vor, dass der Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung eine Strafzahlung nach sich zieht; hingegen führt eine missbräuchliche Kündigung nicht zur Nichtigkeit der Kündigung, d.h. das Arbeitsverhältnis wird auch durch eine missbräuchliche Kündigung beendet. In Bezug auf die Höhe der Strafzahlung sieht Art. 336a Abs. 2 OR vor, dass die Entschädigung auf maximal sechs Monatslöhne des betroffenen Arbeitnehmers beschränkt ist. Der Richter hat bei der Bemessung der Höhe der Strafzahlung grosses Ermessen, wobei er alle Umstände zu würdigen hat (STREIFF/VON KANENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich 2012, Art. 336a OR N 3).

4. Missbräuchlichkeit wegen Lohnkürzung

4.1. Die Vorinstanz erachtet eine Änderungskündigung, welche ausgesprochen werde, um einen fast 30 Prozent tieferen Lohn beim Arbeitnehmer durchzusetzen, ohne dass dafür ein plausibler Grund bestehe, ohne Zweifel als missbräuchlich (Urk. 22 E. 7.2.; auch unter Verweis auf ROGER RUDOLPH, Aktuelle Fragen im Arbeitsrecht, Neuere Entwicklungen zum sachlichen Kündigungsschutz, TREX 3/2009, S. 154).

4.2. Diesen Erwägungen der Vorinstanz ist beizupflichten, wobei *in casu* zusätzlich wesentlich ist, dass sich der Kläger in einem Einkommensbereich bewegt, in welchem auch kleinere Schwankungen als die in Frage stehende deutliche Reduktion von Fr. 7'566.-- auf Fr. 5'400.-- unmittelbare und erhebliche Folgen auf den Lebensstandard in einem existenziellen Bereich zeitigen können. Die bundesgerichtlichen Erwägungen, welche dahin zielen, dass eine Lohnreduktion um 50% auf Fr. 180'000.-- bis 200'000.-- eine Änderungskündigung für sich allein noch nicht missbräuchlich macht (s. 4C.282/2006, Entscheid vom 1. März 2007 E. 4.4.), vermögen daran auch deshalb nichts zu ändern, da es im damals zu be-

urteilenden Fall um eine ganz andere Einkommensklasse ging. Die dem Kläger seitens der Beklagten angezeigte Lohnkürzung ist nach dem Ausgeführten als unbillig einzustufen.

4.3. Des Weiteren hält die Vorinstanz zutreffend fest, dass seitens der Beklagten vor erster Instanz nicht einmal behauptet wurde, dass betriebliche oder marktbedingte Gründe bestanden hätten, welche sie gezwungen hätten, dem Kläger den Lohn derart drastisch zu kürzen (Urk. 22 E. 7.2.).

4.4. Wie es die Vorinstanz ebenfalls zutreffend festgestellt hat (s. Urk. 22 E. 6.2.b), stellt die im Jahr 2011 nach einheitlichen Kriterien aufgrund einer anerkannten Richtlinie vorgenommene Lohnumstrukturierung bei der Beklagten einen betrieblich motivierten, zulässigen unternehmerischen Vorgang dar. Allein damit lässt sich die vorgenommene Lohnkürzung allerdings nicht rechtfertigen. Nicht zwingend zutreffend ist der in diesem Zusammenhang vorgebrachte Einwand der Beklagten, dass der Arbeitgeber, der in einer Situation gleichzeitig die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit geänderten Konditionen anbietet, freiwillig dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung trägt (s. Urk. 24 S. 3). Massgeblich ist vielmehr, ob dem Verhältnismässigkeitsprinzip *genügend* Rechnung getragen wird. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass seitens der Beklagten vor erster Instanz nicht einmal im Ansatz vorgebracht wurde, dass ökonomische Gründe im Rahmen der Lohnumstrukturierungen eine einigermaßen wesentliche Rolle spielten. So steht fest, dass die Beklagte bei der strukturellen Lohnerhöhung im Jahr 2011 die Löhne ihrer Mitarbeiter generell leicht angehoben und nur in einer Minderheit von Fällen leicht gesenkt hat (Urk. 1 S. ; Urk. 8 S. 6; Urk. 11/6; Urk. 22 E. 7.2.; Urk. 21 S. 12 f.). Ebenfalls ist unbestritten, dass die Beklagte im Jahr 2011 einen Gewinn von Fr. 202'536.-- erzielte und der CEO der Beklagten im Jahresbericht 2011 von einem "Jahr im Zeichen des Wachstums" sprach (Urk. 21 S. 12 f.; Urk. 24 S. 2 ff.). Deshalb ist vorliegend nicht davon auszugehen - und wird seitens der Beklagten in erster Linie auch gar nicht behauptet - dass sich die erhebliche Lohnkürzung beim Kläger auf ökonomische Gründe stützt, welche mit

dem wirtschaftlichen Zustand oder dem konjunkturellen Ausblick der Beklagten korrelieren.

4.5. Die Beklagte verweist indes auf Interessen betrieblicher Art, bestehend in der künftigen Sicherstellung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit, und im Berufungsverfahren auch auf die andernfalls in Frage gestellte Geschlechtergleichstellung, welche vorliegend dem Interesse des Klägers vorgehen würden (Urk. 24 S. 2 ff.). Sie trägt in diesem Zusammenhang vor, die klägerische Lohnentwicklung und der Umstand, dass der Kläger für die von ihm tatsächlich vorgesehene Funktion jahrelang zu viel Lohn bezogen habe, seien irrelevant (Urk. 24 S. 5). Damit geht sie indessen fehl. Auch ihre Darstellung, insofern jene darauf zielen sollte, dass es vorliegend ausschliesslich um die künftige Sicherstellung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit gehe (Urk. 24 S. 5), vermag nicht zu überzeugen. Vorliegend sind vielmehr *alle* relevanten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, wozu auch die klägerische Lohnentwicklung gehört.

4.6. Seitens der Vorinstanz wurde festgestellt, dass der Kläger bei seinem Eintritt in den Betrieb der Beklagten als Operationspfleger am 1. Mai 1998 in die Lohnklasse 13 eingeteilt wurde, wobei sein Bruttolohn Fr. 5'406.-- betrug. Auch auf die weiteren Feststellungen der Vorinstanz, insoweit überhaupt relevant, ist im Übrigen abzustellen: So arbeitete der Kläger ab 1. Februar 2000 nicht mehr in seiner ursprünglichen Tätigkeit, sondern war als Lagerungspfleger tätig. Gemäss Schreiben der Beklagten betreffend Lohnerhöhung vom 24. Januar 2008 war der Kläger im Jahr 2007 in der Lohnklasse 15 eingeteilt und bezog einen Lohn von Fr. 7'344.--. Auf den 1. Januar 2008 wurde sein Lohn auf Fr. 7'417.-- erhöht; die Lohnklasse blieb die gleiche. 2009 wurde der Lohn des Klägers bei gleichbleibender Lohnklasse auf Fr. 7'528.-- erhöht und belief sich im Januar 2011 auf Fr. 7'566.-- (Urk. 22 E. 1 u. 6.4.b). Auf diese Feststellungen wird auch vorliegend abgestellt.

4.7. Auch von der Beklagten wurde geltend gemacht, der dem Kläger vor der eingehenden Arbeitsplatzbewertung im Jahr 2011 bezahlte Lohn sei Vertragsbestandteil geworden (Urk. 24 S. 4), wobei sie den Zeitpunkt, ab welchem dem Klä-

ger zu viel Lohn bezahlt worden sei, auf den 1. Februar 2000 datierte (Urk. 8 S. 3 f.). Auch gemäss eigener Darstellung wurde es der Beklagten erst im Rahmen ihrer Lohnumstrukturierungen Mitte 2011 bewusst, dass dem Kläger über elf Jahre lang ein aus ihrer Sicht zu hoher Lohn entrichtet worden sei (Urk. 8 S. 2 ff.; Urk. 11/6). Ungeachtet der Tatsache, dass die in der Zwischenzeit erfolgten Lohnerhöhungsschritte des Klägers im Einzelnen nicht erstellt wurden (Urk. 22 E. 1. u. 6.4.a), ist es erwiesen, dass einzelne Lohnerhöhungen stattfanden. Die Beklagte hat sich entgegenhalten zu lassen, dass sie ihre Lohnadministration in Bezug auf den Lohn des Klägers über diese lange Zeitdauer hinweg offensichtlich nicht im Griff hatte, ansonsten sie ihn bereits früher nach unten korrigiert hätte. Ihr Einwand, dass sich solche "Dinge" in einem grösseren Betrieb, wie die Beklagte einer sei, einschleichen könnten (Prot. Vorinstanz S. 6), vermag sie nicht von ihren Pflichten zu entlasten. Demgegenüber besteht seitens des Klägers kein Verhalten, welches ihm vorgeworfen werden könnte.

4.8. Insofern sich die Beklagte auf die mit der Lohnstrukturrevision beabsichtigte künftige Sicherstellung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit sowie Akzeptanz- und Praktikabilitätsabwägungen beruft, ohne dass hierbei ökonomische Gründe gleichzeitig eine zumindest nicht unwesentliche Rolle einnehmen, ist ihr entgegenzuhalten, dass diese Motive die Interessen des Klägers vor dem Hintergrund seiner langjährigen Anstellung zu deutlich besseren Bedingungen und insbesondere der massiven Lohnkürzung nicht zu überwiegen vermögen. Die vorliegend vorgenommene deutliche Schlechterstellung seiner Arbeitsbedingungen vermag denn auch bei den übrigen Angestellten der Beklagten keinen schützenswerten Mehrwert zu bewirken.

4.9. Die Beklagte macht im Berufungsverfahren neu geltend, dass sie mit Gleichstellungsklagen hätte rechnen müssen, wenn sie den Kläger weiterhin zu einem deutlich höheren Lohn beschäftigt hätte (Urk. 24 S. 5 ff.). Zu beachten ist, dass - wie bereits erwähnt - ein Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur besteht, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich un-

günstiger gestellt wird, nicht jedoch, wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser stellt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282 f. m.w.H.). Daraus folgt, dass die Beklagte als Arbeitgeberin nicht zu befürchten hätte, dass die schlechter bezahlten Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine allfälligen Gleichbehandlung mit dem Kläger hätten. Insofern findet der Gleichbehandlungsgrundsatz *in casu* keine Anwendung. Deshalb kommt dem Verhältnis zu den Löhnen bzw. allfälligen Lohnerhöhungen der anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Beklagten vorliegend keine Bedeutung zu.

4.10. Das Argument, der Beklagten würde bei Beibehaltung des Lohnes eine Gleichstellungsklage drohen, wenn sie den Kläger weiterhin zu einem deutlich höheren Lohn beschäftigen würde (Urk. 24 S. 6), kann entgegen der Auffassung der Beklagten nicht als Vorbringen rein rechtlicher Art verstanden werden, sondern beschlägt auch den Sachverhalt. Das Argument ist damit neu und unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Abgesehen davon ist die Befürchtung der Beklagten wenig begründet. Zwar kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung auch schon dann gelingen, wenn der Lohnvergleich anhand eines einzigen Arbeitskollegen vorgenommen wird (BGer 4A_261/2011 E. 3.2 und 4A_449/2008 E. 3.1). Doch muss bei der abschliessenden Prüfung der Frage, ob eine Lohndiskriminierung vorliegt, auch der Vertragsfreiheit und individuellen Lohnvereinbarungen Rechnung getragen werden, weshalb eine kollektive Betrachtung bzw. ein Gruppenvergleich stattzufinden hat. Mit anderen Worten kann für den Lohnvergleich nicht ein einzelner Arbeitnehmer mit einem Ausnahmesalär herausgepickt werden (Wyler, in: Aubert/Lempen, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011, N 16 f. zu Art. 6 LEg). Im Übrigen wurde seitens der Beklagten nicht genügend substantiiert dargetan, inwiefern in ihrem Betrieb eine geschlechterdiskriminierende Bezahlung besteht oder eine solche im Rahmen ihrer Lohnstrukturierungsreform festgestellt wurde (s. Urk. 24 S. 6 ff.).

4.11. Vorliegend vermochte die Beklagte demzufolge weder betriebliche noch marktbedingte Umstände darzutun, welche die vorliegende unbillige Lohnredukti-

on beim Kläger um knapp 29% in einem existenziell relevanten Einkommensbereich und vor dem Hintergrund, dass der Kläger im Zeitpunkt der Änderungskündigung immerhin mehr als dreizehn Jahre insgesamt und mehr als elf Jahre mit der - aus Sicht der Beklagten - zu hohen Entlohnung für die Beklagte tätig war, zu rechtfertigen vermögen, auch wenn es sich dabei ursprünglich um ein Versehen seitens der Beklagten gehandelt haben sollte.

5. Einreihung des Klägers

Bei diesem Ergebnis kann im Übrigen offen bleiben, ob die Änderungskündigung der Beklagten auch deshalb missbräuchlich sei, da der Kläger einerseits in eine falsche Lohnklasse und andererseits in eine falsche Lohnstufe eingereiht worden sei (s. Erwägungen der Vorinstanz: Urk. 22 E. 6).

6. Entschädigung

In Bezug auf die Höhe der dem Kläger gestützt auf dieses Ergebnis zu leistenden Entschädigungszahlung ist festzuhalten, dass der Kläger, welcher mehr als 13 Jahre für die Beklagte tätig war, keinerlei Grund für die Kündigung gesetzt hat. Er hat sich im Gegenteil immer loyal und vorbildlich verhalten, weshalb ihm keine besonders schwerwiegenden oder rücksichtslosen Verfehlungen anzulasten sind. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Kläger vor Vorinstanz vorbrachte, die geplante Lohnreduktion beruhe auf einer grob falschen Beurteilung des klägerischen Profils (Urk. 1 S. 16). Die Vorinstanz gelangte zum Ergebnis, dass von einer qualifiziert falschen und damit missbräuchlichen Lohneinreihung nicht die Rede sein könne (Urk. 22 S. 14). Dies wurde vom Kläger im Berufungsverfahren nicht gerügt. Auch bringt der Kläger im Berufungsverfahren das genannte Vorbringen nicht als Bemessungsgrund für die Höhe der Entschädigung vor. In Würdigung dieser Umstände erscheint die Ausrichtung einer Entschädigung im Betrag von zwei Monatslöhnen als angemessen, wobei hierfür der Bruttolohn (einschliesslich 13. Monatslohn) massgebend ist (s. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O.,

Art. 336a OR N 3). Demzufolge hat die Beklagte dem Kläger den Betrag von Fr. 16'393.-- zuzüglich Zins zu 5 % ab 1. März 2012 zu bezahlen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Für das zweitinstanzliche Verfahren ist (wie für das erstinstanzliche) von einem Streitwert von Fr. 24'466.-- auszugehen. Gemäss Art. 114 lit. c ZPO entfallen bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.- die Gerichtskosten. Dieser gesetzliche Verzicht auf die Erhebung von Gerichtskosten gilt allerdings nicht bezüglich der Entrichtung einer Parteientschädigung der unterliegenden an die obsiegende Partei (s. auch ZPO-KOMMENTAR SUTTER-SOMM ET AL., a.a.O., Art. 114 ZPO N 2). Ausgangsgemäss obsiegt der Kläger zu zwei Dritteln, weshalb ihm seitens der Beklagten eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'300.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, mithin Fr. 2'484.– zu bezahlen ist (Art. 106 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Klägers wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 16'393.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. März 2012 zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziff. 2) wird bestätigt.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für erst- und zweitinstanzliches Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'484.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 24'466.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. Januar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am:

mc