

 jetzt bestellen

FESTSCHRIFT FÜR ADRIAN VON KAENEL

Herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Gabriel Aubert

Roland A. Müller

Roger Rudolph



Schulthess §

FESTSCHRIFT FÜR ADRIAN VON KAENEL

Herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Gabriel Aubert

Roland A. Müller

Roger Rudolph

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2022

ISBN 978-3-7255-8375-1

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
WOLFGANG PORTMANN	
Adrian von Kaenel – Kompetenz und Vielseitigkeit in Person	1
GABRIEL AUBERT	
Les plateformes Uber : désactiver le droit du travail ?	7
ROLAND BACHMANN	
Schiedsfähigkeit kollektiver Arbeitsstreitigkeiten	17
ALFRED BLESİ	
Der vielbeschäftigte Verwaltungsrat und die Versicherung seines Entgelts	35
CHRISTIAN BRUCHEZ	
Les conventions relatives à la formation du travailleur	49
GEORGES CHANSON	
Terminierungen im Arbeitsvertrag	65
HELİN CİGERLİ / CECİLİA SCHULER / ROGER RUDOLPH	
Umziehzeiten als Arbeitszeit	95
JEAN-PHILIPPE DUNAND / PASCAL MAHON	
Quatrième révolution industrielle, digitalisation et numérisation, pandémie du Covid-19 : le droit du travail à la croisée des chemins ?	107
	XI

MARTIN FARNER

Lohnschutz nach Schweizer und EU-Recht 119

THOMAS GÄCHTER / MATTHIAS APPENZELLER

Arbeitnehmermitsprache bei der Wahl des Sozialversicherers 131

THOMAS GEISER

Wie ist Arbeit und Familie vereinbar? 147

CHRISTIAN GERSBACH / CHRISTINA WINTER

Sozialpläne – Aktuelle Entwicklungen 161

WERNER GLOOR

**L'obligation de restituer le logement mis à disposition
par l'employeur** 173

LUKASZ GREBSKI

Tarifeinheit, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität 191

CHRISTOPH HÄBERLI

**Gesamtarbeitsvertragliche Vorruhestandsregelungen und
Veränderungen in den betrieblichen Gegebenheiten** 209

RENÉ HIRSIGER / THOMAS PIETRUSZAK

**Fringe Benefits der Arbeitgeberin an ihre Rentner –
rechtliche Einordnung und Möglichkeit der
Leistungseinstellung** 223

ROGER HISCHIER

Doppelrelevante Tatsachen im Arbeitsprozess 235

MARC HÜRZELER

**Einige Gedanken zu den Wirkungen von Art. 333 OR
(insbesondere Absatz 2) auf das Vorsorgeverhältnis in
der beruflichen Vorsorge** 253

UELI KIESER

**Tätigkeiten im Parlament –
Arbeitnehmerin/Arbeitnehmer oder etwas Sonstiges?** 259

ANNE MEIER

Questions pratiques sur les enquêtes internes à l'entreprise 275

MARTIN L. MÜLLER

Die Gewerkschaft in der Massentlassung 301

ROLAND A. MÜLLER / OLIVER SCHMID

Friedenspflicht im schweizerischen Arbeitsrecht 315

ROLAND MÜLLER / MANUEL STENGEL

Rechtsfragen um Ferien – Aktuelle Probleme 329

RAHEL A. NEDI / ANDREAS HOLENSTEIN

**Neue Urlaubsformen für Arbeitnehmende mit
Familien- und Angehörigenpflichten** 347

KURT PÄRLI / PIA MEIER

Anstellungsdiskriminierung 363

CHRISTOPH SENTI

**Das Ermessen des Arbeitgebers bei der Gratifikation
nach Art. 322d OR** 381

JEAN-FRITZ STÖCKLI

Bindung der GAV-Parteien an die Verfassung 397

OTHMAR STRASSER

**Das Melderecht gemäss Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB als
Grundlage für externes Whistleblowing bei der
Bekämpfung der Geldwäscherei?** 413

ISABELLE WILDHABER / FRÉDÉRIC BARTH

«Grünes Arbeitsrecht» – Klimawandel und Nachhaltigkeit als rechtliche Herausforderungen für das Arbeitsverhältnis	429
--	------------

HANSRUEDI WYSS

Konfliktbelastete Arbeitsverhältnisse	439
--	------------

Verzeichnis der Publikationen von Adrian von Kaenel	453
--	------------

Fringe Benefits der Arbeitgeberin an ihre Rentner – rechtliche Einordnung und Möglichkeit der Leistungseinstellung

RENÉ HIRSIGER / THOMAS PIETRUSZAK

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	223
II.	Rechtliche Einordnung von Fringe Benefits der Arbeitgeberin an ihre Rentner	224
	A. Übersicht	224
	B. Fringe Benefits als Leibrente	225
	C. Fringe Benefits, auf die der Rentner einen Anspruch hat	226
	D. Fringe Benefits als freiwillige Leistungen	227
	E. Fringe Benefits als Gefälligkeitsleistung	227
III.	Möglichkeit der einseitigen Leistungseinstellung	228
	A. Übersicht	228
	B. Unkündbarkeit der Fringe Benefits in Form einer Leibrente	228
	C. Die Kündigung von Fringe Benefits, auf die ein Rechtsanspruch besteht	229
	1. Die ordentliche Kündigung von Fringe Benefits	229
	2. Die ausserordentliche Kündigung von Fringe Benefits	231
	D. Einseitige Leistungseinstellung bei freiwillig ausgerichteten Fringe Benefits und bei Gefälligkeitsleistungen	232
IV.	Schlussfolgerungen	233

I. Einleitung

Der Jubilar bereicherte mit zahlreichen Publikationen die Diskussionen von Schnittstellenproblemen, namentlich jene zwischen dem Arbeitsrecht und dem Recht der beruflichen Vorsorge. Vor kurzem nahm er «Direkte Vorsorgezusagen des Arbeitgebers» unter die Lupe.¹ Dabei musste er feststellen, dass die Frage, ob die Arbeitgeberin solche Vorsorge-

¹ VON KAENEL, Direkte Vorsorgezusagen des Arbeitgebers, in FS Schneider, Bern 2019, 249 ff.

zusagen auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch kündigen kann, soweit ersichtlich noch nicht behandelt wurde.² Dass dies tatsächlich getan wird, bewies kurz darauf die Post mit der Streichung der Personalgutscheine an ihre Rentnerinnen und Rentner im Wert von jeweils CHF 200 pro Jahr.³

Leistungen der Arbeitgeberin an ihre Rentner sind in der Praxis noch erstaunlich häufig anzutreffen, obschon sie als Relikt der freiwilligen Vorsorge durch die Arbeitgeberin gelten, die durch das BVG-Obligatorium ab 1985 stark zurückgedrängt wurde.⁴ In der Regel erfolgen diese Leistungen nicht in Form von regelmässigen Barzahlungen,⁵ sondern durch Einkaufsvergünstigungen, kostenlose oder vergünstigte Transportleistungen, Benutzung von Betriebsanlagen, Vorzugskonditionen auf Firmenprodukte oder subventioniertem Bezug von REKA-Checks.⁶ Nachfolgend werden solche Leistungen als «Fringe Benefits» bezeichnet, da es sich stets um Zusatz- oder Nebenleistungen der Arbeitgeberin handelt, die an die (ehemalige) Betriebszugehörigkeit anknüpfen und nicht Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung sind. Sie können sowohl Geld- wie auch Sachleistungen umfassen.⁷

II. Rechtliche Einordnung von Fringe Benefits der Arbeitgeberin an ihre Rentner

A. Übersicht

Fringe Benefits an Rentner knüpfen zwar an ein vorbestehendes Arbeitsverhältnis an und die Betriebszugehörigkeit bildet den Anlass der Zuwendung. Das Arbeitsverhältnis ist infolge der Pensionierung indessen beendet und es fehlt an einem direkten Zusammenhang mit der individuellen Arbeitsleistung.⁸ Fringe Benefits an Rentner lassen sich daher nicht unter die arbeitsrechtlichen Vergütungsformen einordnen: Weder handelt es sich um Geld- oder Naturallohn,⁹ noch um eine Gratifikation im Sinne einer Sondervergütung, die bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird.¹⁰ Vielmehr handelt es sich um gesetzlich nicht geregelte Leistungen, die von der Arbeitgeberin ohne direkte Gegenleistung erbracht werden.

VON KAENEL sieht im Recht pensionierter Mitarbeiter, in der kollektiven Krankenversicherung der Arbeitgeberin zu verbleiben, verbunden mit deren Versprechen zur Prämienüber-

² VON KAENEL (FN 1), 254.

³ <<https://www.blick.ch/wirtschaft/petition-fordert-personalgutscheine-zurueck-aufstand-der-postrentner-id16904202.html>> (zuletzt besucht am 21. Juli 2022).

⁴ Einlässlich dazu VON KAENEL (FN 1), 250.

⁵ Ein Beispiel einer solchen Barzahlung findet sich im Urteil des Appellationsgerichts BS, BJM 1991, 140 ff.

⁶ VON KAENEL (FN 1), 251.

⁷ Zum Begriff der Fringe Benefits s. MORF, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2011, 119 FN 446; BGer Urteil 4C.406/2005 vom 2. August 2006 E. 2.2.2.

⁸ ROOST spricht in diesem Zusammenhang von freiwilligen Sozialleistungen, die ihre Grundlage in der Sozialpolitik des Unternehmens haben und zur Befriedigung von sozialen Bedürfnissen der aktiven und ehemaligen Mitarbeitenden sowie den Angehörigen erbracht werden, weshalb sie ihrem Sinne nach keinen Bezug zur Arbeitsleistung haben dürfen (ROOST, Freiwillige Sozialleistungen – Bedeutung, Arten und Ausgestaltung, Diss. Bern 1979, 27 und 29).

⁹ Vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322 N 24; ROOST (FN 8), 89; VON KAENEL (FN 1), 253.

¹⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 322d OR N 1.

nahme auch im Pensionsalter eine Erscheinungsform direkter Vorsorgezusagen.¹¹ Trotz der Verwendung des Wortes Vorsorge handle es sich dabei nicht um eine vorsorgerechtliche, sondern um eine arbeitsvertragliche Verpflichtung, da sie an die geleistete Arbeit und oft auch an die langjährige Betriebstreue als indirekte Gegenleistung geknüpft sei.¹² VON KAENEL stützt sich dabei auf einen älteren Entscheid des Bundesgerichts (BGE 73 II 226). Das Bundesgericht hatte dort zu entscheiden, ob das bei Abschluss oder während der Dauer eines Arbeitsvertrages zugestandene Ruhegehaltsversprechen zugunsten des Arbeitnehmers formlos gültig war oder dem Schriftformerfordernis der Leibrente (Art. 517 OR) unterstand. Nach Ansicht des Bundesgerichts war das Ruhegehalt eine nachträglich zu erbringende Entlohnung für die erbrachte Arbeitsleistung. Zwar handle es sich um ein gemischtes Vertragsverhältnis, auf das Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts und der Leibrente Anwendung finden können, aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes sei es indessen wie der Arbeitsvertrag formlos gültig.

BGE 73 II 226 erging, lang bevor 1985 die obligatorische berufliche Vorsorge in ihrer heute bekannten Form eingeführt wurde. Er stammt aus Zeiten, in denen direkte Ruhegehaltsversprechen der Arbeitgeberin zugunsten des «Dienstpflichtigen» weit verbreitet und für dessen Altersvorsorge bedeutsam waren. Aus den damaligen Erwägungen des Bundesgerichts wird deutlich, dass der Schutzgedanke zugunsten der Vorsorge des Arbeitnehmers ausschlaggebend war und sich das Bundesgericht deshalb für die Formfreiheit des Ruhegehaltsversprechens aussprach. Seit 1985 ist indessen die Vorsorge des Arbeitnehmers durch die obligatorische berufliche Vorsorge gesichert, weshalb sie nicht mehr im direkten Verhältnis zwischen Arbeitgeber und dem sozial schwächeren Arbeitnehmer geregelt zu werden braucht. Unseres Erachtens ist BGE 73 II 226 daher überholt. Abgesehen davon sind Fringe Benefits der Arbeitgeberin an ihre Rentner auch nicht mit einem Ruhegehaltsversprechen, wie es früher oft auch als Gegenleistung zur Arbeitsleistung in Aussicht gestellt wurde, vergleichbar. Fringe Benefits knüpfen an die Betriebszugehörigkeit an, häufig unbeschauen dessen, wie lange eine Person für die Arbeitgeberin tätig war, und es handelt sich nicht um eine nachträglich zu erbringende Entlohnung für die erbrachte Arbeitsleistung. Eine Qualifikation von Fringe Benefits als direkte Vorsorgezusage ist daher abzulehnen.

Mit dieser Erkenntnis ist indessen noch nicht viel gewonnen, vor allem nicht mit Blick auf die weiter unten zu beantwortende Frage, ob die Leistung von Fringe Benefits von der Arbeitgeberin eingestellt werden kann. Das Verhältnis zwischen der Arbeitgeberin und dem begünstigten Rentner bedarf deshalb einer genaueren Betrachtung bzw. einer Differenzierung aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall.

B. Fringe Benefits als Leibrente

Mit einer Leibrente wird eine periodische geldwerte Leistung auf Lebenszeit des Gläubigers oder des Schuldners versprochen. Die Leibrente ist naturgemäss unkündbar. Für die Annahme eines Leibrentenversprechens verlangt das Bundesgericht, dass dieses unabhängig und losgelöst von anderen Beziehungen und Verhältnissen der Parteien abgegeben wird.¹³ Eine solche Selbständigkeit ist dann gegeben, wenn die Leibrente schenkungsweise vereinbart wird oder wenn der Leistungsgläubiger eine Gegenleistung ausschliesslich für

¹¹ VON KAENEL (FN 1), 251.

¹² VON KAENEL (FN 1), 252 f.

¹³ BGE 70 III 65, 68.

den Erwerb der Leibrente erbringt.¹⁴ Diese Voraussetzung ist bei Fringe Benefits an Rentner in aller Regel nicht erfüllt, da diese an die Betriebszugehörigkeit anknüpfen und die Arbeitsleistung nicht ausschliesslich zum Erwerb der Fringe Benefits erbracht wird.

Sodann ist zum Schutz der sich bindenden Partei für die Leibrente die Schriftform vorgesehen.¹⁵ Geht der Verpflichtungswille auf Lebzeiten nicht eindeutig aus einem Schriftstück hervor, liegt somit keine gültige Leibrente vor. In der Praxis werden Fringe Benefits häufig «auf Zusehen» hin und/oder infolge einer gewissen betrieblichen Übung konkludent gewährt. Die Formvorschriften der Leibrente sind unter diesen Umständen nicht erfüllt.

In der Praxis ist es somit kaum vorstellbar, dass Fringe Benefits als Leibrenten nach Art. 516 ff. OR qualifizieren, was vor allem für die später zu untersuchende Frage der Leistungseinstellung wegweisend ist.

C. Fringe Benefits, auf die der Rentner einen Anspruch hat

In der Praxis sind immer wieder Konstellationen anzutreffen, in denen die Arbeitgeberin etwa in Reglementen die Leistung von Fringe Benefits – allenfalls unter gewissen Bedingungen – an die Arbeitnehmer und allenfalls an deren Lebenspartner¹⁶ für die Zeit nach der Pensionierung verspricht. Geht aus einem solchen Leistungsversprechen der Verpflichtungswille der Arbeitgeberin auf Leistung der Fringe Benefits hinreichend klar hervor, hat ein Rentner einen vertraglichen Anspruch auf die Fringe Benefits.

Zwischen den Parteien besteht infolge des Leistungsversprechens der Arbeitgeberin ein Schuldverhältnis, das zwar an das vorbestehende Arbeitsverhältnis anknüpft, inhaltlich davon aber losgelöst ist. Insbesondere handelt es sich nicht um ein synallagmatisches Austauschverhältnis. Entsprechend kann die Arbeitgeberin vom Rentner keine Leistungen mehr verlangen. Die Anknüpfung an das vorbestehende Arbeitsverhältnis hat aber zur Folge, dass die Leistungen nicht ohne Gegenleistung erfolgen und somit keine Schenkungen im Sinne von Art. 239 ff. OR sind.¹⁷ Zu dieser Auffassung gelangt auch VON KAENEL, der im Arbeitsverhältnis und der darin geleisteten Arbeit den rechtlichen Anlass der Zuwendung sieht und folglich eine Schenkung verneint.¹⁸

Zentrale Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob der Rentner einen Anspruch auf Fringe Benefits hat, kommt dem in der Praxis häufig geäusserten Freiwilligkeitsvorbehalt

¹⁴ BSK OR I-BAUER/BAUER, Vorb. zu Art. 519–520 N 3.

¹⁵ BSK OR I-BAUER/BAUER, Art. 517 N 1.

¹⁶ Leistungen an den Lebenspartner des Rentners sind abgeleiteter Natur, d.h. die Leistung an den Lebenspartner ist mit dem Rentner und dessen Zugehörigkeit zum Betrieb der Arbeitgeberin verbunden. Dieses Dreiecksverhältnis ist regelmässig im Sozialversicherungsrecht anzutreffen: Witwen-, Witwer- und Waisenrenten sind ebenfalls abgeleitete Leistungen. Bezüglich der Fringe Benefits ist von den Umständen abhängig und nötigenfalls durch Auslegung des Verpflichtungswillens der Arbeitgeberin zu ermitteln, ob der Lebenspartner diese für sich beanspruchen kann, solange der Rentner selber noch lebt und ebenfalls solche Fringe Benefits erhält, oder ob der Lebenspartner nach Vorversterben des Rentners dessen Leistungen gleichwertig oder abgeändert erhält.

¹⁷ Vgl. ROOST (FN 8), 85 f.

¹⁸ VON KAENEL (FN 1), 253, mit Verweis auf ROOST (FN 8), 86, und BGE 73 II 226, in welchem das BGer implizit nicht von einer Schenkung ausging, da es andernfalls das Ruhegehaltsversprechen angesichts der Formbedürftigkeit des Schenkungsversprechens (Art. 243 Abs. 1 OR) nicht als «formlos gültig» hätte einstufen können.

zu. Ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt ist grundsätzlich beachtlich und schliesst das Entstehen eines Anspruchs aus, es sei denn, der Rentner darf und muss nach Treu und Glauben aus dem gesamten Verhalten der Arbeitgeberin schliessen, dass sie sich entgegen dem Freiwilligkeitsvorbehalt effektiv verpflichten will. Eine wiederholte Ausrichtung einer an sich als freiwillig deklarierten Leistung allein taugt dabei nicht zur Statuierung einer allgemeingültigen Erklärungsvermutung. Vielmehr kann nur die Summe aller Umstände einen Vertrauenstatbestand begründen, wobei das Gesamtergebnis derart unmissverständlich sein muss, dass es «nach Treu und Glauben nur den Schluss auf einen bestimmten Geschäftswillen» (bzw. hier eine Leistungspflicht) der Arbeitgeberin zulässt.¹⁹ Gleich dem Freiwilligkeitsvorbehalt bei wiederholten Bonusauszahlungen ist ein einmalig oder nur sehr sporadisch angebrachter Freiwilligkeitsvorbehalt weniger stark als ein wiederholt bekräftigter Vorbehalt, unter Umständen aber gleichwohl ausreichend.²⁰ Massgebend ist letztlich immer, ob das gesamte Verhalten der Arbeitgeberin derart unmissverständlich ist, dass aufseiten des Rentners ein Vertrauenstatbestand bejaht werden kann. Folglich können Änderungen in Höhe oder Inhalt und erst recht die zeitweilige Einstellung der Leistung von Fringe Benefits einen Vertrauenstatbestand verhindern. Umgekehrt ist ein Verpflichtungswille eher anzunehmen, wenn die Arbeitgeberin Leistungen regelmässig ausrichtete und dabei in keiner Weise zu erkennen gab, dass dies auf freiwilliger Basis erfolgen soll.

D. Fringe Benefits als freiwillige Leistungen

Aus den vorstehenden Überlegungen kann gefolgert werden, dass die Arbeitgeberin Fringe Benefits auch wiederholt ausrichten kann, diese aber ihren freiwilligen Charakter beibehalten und ein Rentner somit keinen Anspruch auf (weitere) Fringe Benefits hat. Dies kann auch der Fall sein, wenn freiwillige Fringe Benefits etwa in einem Schreiben ausdrücklich versprochen werden. Es handelt sich dabei um einen Anwendungsfall von Art. 17 OR, da die Arbeitgeberin lediglich mitteilt, eine bestimmte Leistung zu erbringen, ohne damit aber ein Schuldverhältnis oder einen Anspruch des Rentners auf weitere Leistungen zu begründen.²¹

E. Fringe Benefits als Gefälligkeitsleistung

Im Gegensatz zu einem Leistungsversprechen begründet ein Gefälligkeitsverhältnis keine Verpflichtung, eine Gefälligkeit zu erbringen. Der Gefälligkeit geht grundsätzlich die rechtliche Verbindlichkeit ab. Die Abgrenzung zwischen einer Gefälligkeit und einem (freiwilligen) Leistungsversprechen ist nicht immer einfach, zumal die Unentgeltlichkeit bei beiden Rechtsformen auftreten kann. Zu berücksichtigen sind deshalb die Art der Gefälligkeit, ihr Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung insbesondere für den Empfänger, die Umstände, unter denen sie erwiesen wird, und die konkrete Interessenlage der Parteien.²²

¹⁹ BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 11; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322d N 10; PORTMANN, Erklärungen ohne Worte im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, ArbR 1998, 64 f.

²⁰ BGer Urteil 4A_280/2020 vom 3. März 2021 E. 5.3.

²¹ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 322d N 4 bzgl. einer jährlichen Bonusmitteilung.

²² BGE 116 II 695 E. 2.b)bb); BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung N 64 ff.

III. Möglichkeit der einseitigen Leistungseinstellung

A. Übersicht

Die Frage, ob und gegebenenfalls wie Fringe Benefits an Rentner eingestellt oder beendet werden können, war soweit ersichtlich noch nicht Gegenstand von bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Das Appellationsgericht BS hatte über die Einstellung eines monatlichen Ruhegehalts zu entscheiden, das die ehemalige Arbeitnehmerin – die zeitweise auch Verwaltungsrätin und Mehrheitsaktionärin der Arbeitgeberin war – seit ihrer Pensionierung ab dem Jahr 1975 erhielt. Die Arbeitgeberin reduzierte im Jahr 1986 wegen schlechten Geschäftsgangs das Ruhegehalt, was vom Appellationsgericht BS nicht geschützt wurde. Es befand, die Parteien hätten stillschweigend eine Fürsorgeleistung vereinbart, mit der die «Altersvorsorge, wie sie zumeist in Form von obligatorischen und fakultativen Spar- und Versicherungseinrichtungen gemäss Art. 331–331c OR und gemäss den Bestimmungen des BVG sowie durch die Abgangsentschädigung gemäss Art. 339b ff. OR geregelt wird, sichergestellt werden» soll. Eine Reduktionsmöglichkeit bestünde dabei nicht, da die Arbeitgeberin «durch die jahrelange vorbehaltlose Auszahlung des Ruhegehalts in gleicher Höhe unabhängig vom jeweiligen Geschäftsergebnis zu erkennen gegeben [hat], dass der Geschäftsgang grundsätzlich ohne Einfluss auf die Höhe des Ruhegehalts bleiben sollte.»²³

Auch die Literatur hat sich – abgesehen vom Jubilar – soweit ersichtlich noch nicht mit der Einstellung der Leistungen der Arbeitgeberin an Rentner befasst. VON KAENEL verneinte grundsätzlich eine Kündigungsmöglichkeit solcher Leistungen mit der Überlegung, durch Erreichen der Altersgrenze sei das Leistungsversprechen im reinen Erfüllungsstadium. Nur Verträge können gekündigt werden, nicht aber einseitige Leistungsverpflichtungen in der Erfüllungsphase eines Vertrages. So könne etwa durch Kündigung eines Versicherungsvertrags nicht die Ausrichtung der Versicherungsleistung verhindert werden.²⁴

Beide Ansichten verdienen punktuell Zustimmung, können aber nicht unbesehen verallgemeinert und auf Fringe Benefits an Rentner übertragen werden. Vielmehr ist die Möglichkeit der Leistungseinstellung anhand der oben vorgenommenen Differenzierungen zu beurteilen:

B. Unkündbarkeit der Fringe Benefits in Form einer Leibrente

Qualifizieren Fringe Benefits aufgrund der schriftlichen, unmissverständlichen und unabhängigen Leistungsverpflichtung der Arbeitgeberin als Leibrenten, sind sie unkündbar, da sie von Gesetzes wegen lebenslang gewährt werden.²⁵

²³ Urteil des Appellationsgerichts BS (FN 5), 141 ff.

²⁴ VON KAENEL (FN 1), 254.

²⁵ BSK OR I-BAUER/BAUER, Art. 516 N 4.

C. Die Kündigung von Fringe Benefits, auf die ein Rechtsanspruch besteht

1. Die ordentliche Kündigung von Fringe Benefits

Fringe Benefits in ihren heute anzutreffenden Formen verfolgen verschiedene Zwecke. Aufgrund der sozialen Absicherungen der Rentner durch die gesetzliche, obligatorische Altersvorsorge bezwecken Fringe Benefits heutzutage nicht (mehr) die Absicherung des Rentners oder seiner Angehörigen gegen die Risiken des Lebens (Alter, Invalidität oder Tod). Vielmehr werden Fringe Benefits an Rentner ausgerichtet, um die Betriebstreue zu belohnen und das Rentnerleben einfacher, komfortabler oder ein wenig «luxuriöser» zu gestalten. Der Rentner ist somit nicht auf Fringe Benefits angewiesen, da ihm selbst bei fehlenden Mitteln zur Bestreitung seines Lebensunterhalts das staatliche Auffangnetz zur Verfügung steht. Ohne unmissverständlichen und schriftlichen Verpflichtungswillen ist es nicht Aufgabe der Arbeitgeberin, dieses Auffangnetz zu ersetzen oder punktuell zu stopfen. Die Erwägungen des Appellationsgericht BS fassen demgegenüber auf der mittlerweile nicht mehr zutreffenden Überlegung, dass die Arbeitgeberin zumindest teilweise für die Altersvorsorge ihrer Arbeitnehmer verantwortlich war.

Der Einwand, nach der Pensionierung sei das Vertragsverhältnis im reinen Erfüllungsstadium, ist nur dann berechtigt, wenn das Leistungsversprechen während des Arbeitsverhältnisses erfolgte und eine direkte Gegenleistung – geleistete Arbeit – hatte. Solche Konstellationen sind in der Praxis nach unserer Erfahrung selten. Zwar knüpft die Leistung von Fringe Benefits an das Arbeitsverhältnis an, jedoch arbeitet der Arbeitnehmer nicht primär deshalb, um nach seiner Pensionierung eine Leistung der Arbeitgeberin zu erhalten. Eine unkündbare Leistung wie etwa der Versicherungsvertrag im Erfüllungsstadium liegt unseres Erachtens nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer seine eigene (Arbeits-)Leistung einzig oder vorwiegend in Erwartung auf eine Gegenleistung nach seiner Pensionierung erbringt, die Pflicht zur Leistung letzterer aber durch Kündigung ausgehebelt werden könnte. Das ist im Verhältnis zwischen der Arbeitgeberin und dem Rentner meist nicht der Fall, da der Rentner mit seiner Arbeitsleistung primär seinen Lohn verdienen wollte. Entsprechend führt die Einstellung der Leistungen auch nicht zu einem unbilligen Ergebnis, bei welchem einem Rentner etwas entzogen würde, das er sich durch seine Leistungen verdient hätte.

Sodann werden Fringe Benefits an Rentner häufig wiederholt, etwa monatlich oder jährlich, ausgerichtet. Es handelt sich dabei um ein fortdauerndes Verhältnis mit grundsätzlich regelmässig wiederkehrenden Leistungen. Wie bei allen Dauerschuldverhältnissen können sich die Umstände im Laufe der Zeit derart ändern, dass eine Vertragspartei sich ihrer Leistungspflicht entledigen möchte, während die andere Vertragspartei weiterhin die Leistungen erhalten will. Der Gesetzgeber hat diesen Interessengegensatz so gelöst, dass im Grunde alle Vertragsverhältnisse aufgelöst werden können, wobei je nach Vertragstyp und teilweise nach Vertragslaufzeit unterschiedliche Kündigungsfristen zur Anwendung kommen. Um die berechtigten Interessen des Leistungsempfängers zu wahren, hat der Gesetzgeber sodann punktuell gewisse Schutzbestimmungen vorgesehen (namentlich der zeitliche und sachliche Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis oder die Erstreckung des Mietverhältnisses) oder Rechtsfolgen an die Beendigung geknüpft (Entschädigung bei der Auftragsbeendigung zur Unzeit, Pönale bei der missbräuchlichen oder ungerechtfertigten fristlosen Entlassung).

Als Ausnahme von dieser Regel der grundsätzlichen Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen hat der Gesetzgeber einzig die Leibrente sowie – mit Vorbehalt aufgrund der eingeschränkten Widerrufsmöglichkeit – das Schenkungsversprechen vorgesehen. Um einerseits die Erwartungshaltung des Leistungsempfängers nur in klaren Fällen zu schützen, und andererseits die Leistungsschuldnerin vor einer übereilten oder ungewollten Verpflichtung zu bewahren, ist für beide unkündbaren Leistungsversprechen die Schriftform zwingend.²⁶ Diese ist nicht erfüllt und der Vertrag somit nichtig, wenn der Verpflichtungswille auf Lebzeiten (des Gläubigers oder des Schuldners) nicht eindeutig aus dem Schriftstück hervorgeht,²⁷ was sowohl mit Blick auf den Schutz des Verpflichteten wie auch auf die berechnete Erwartungshaltung des Begünstigten sachgerecht ist. Denn wurde der Verpflichtungswille nicht unmissverständlich und schriftlich festgeschrieben, besteht seitens des Begünstigten keine schützenswerte Erwartung in eine unkündbare Leistungserbringung.

Die gesetzliche Ordnung der Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen ist also klar und einfach: Grundsätzlich sind alle Dauerschuldverhältnisse kündbar, wobei unterschiedliche Fristen gelten und eine Kündigung allenfalls eine einmalige Leistungspflicht auslöst, und nur die zwingend schriftlich abzuschliessende Leibrente sowie – mit Vorbehalt – das zwingend schriftliche Schenkungsversprechen sind nicht kündbar.²⁸ In diese gesetzliche Ordnung passt im Übrigen auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass Verträge nicht auf ewig geschlossen werden können, da es sich faktisch um nicht kündbare Verträge handeln würde. Folgerichtig sind solche «ewigen Verträge» kündbar.²⁹

Auch mit Blick auf vorsorgerechtliche Prinzipien erscheint die Einstellung von Fringe Benefits an Rentner unproblematisch: In der beruflichen Vorsorge ist anerkannt, dass etwa Teuerungszulagen keine wohlverworbenen Rechte darstellen, es sei denn, es sei eine entsprechende ausdrückliche Zusicherung abgegeben worden.³⁰ Eine solche Zusicherung liegt vor, wenn die Leistung als unabänderlich erklärt bzw. ein für alle Mal geregelt wird.³¹ In Ermangelung einer solchen Zusicherung bejaht das Bundesgericht die Zulässigkeit von Reglementsänderungen, welche Teuerungszulagen für die Zukunft aufheben.³² Bei Reglementsänderungen zulasten der Rentner ist aber das Vertrauensprinzip zu beachten.³³ Dieses gebietet es, zumindest bei einschneidenden Leistungskürzungen dem Vertrauen der Leistungsbezüger in die Beibehaltung der bisherigen Rechtslage bzw. Leistungshöhe Rechnung zu tragen und eine vermittelnde Übergangslösung zu gewähren.³⁴ Eine solche Übergangslösung bzw. -frist soll es den Betroffenen ermöglichen, ihre Lebenshaltung an ein allfällig

²⁶ BSK OR I-BAUER/BAUER, Art. 517 N 1; BSK OR I-VOGT/VOGT, Art. 243 N 1.

²⁷ BSK OR I-BAUER/BAUER, Art. 517 N 7; nicht ganz so strikt für die Schenkung BSK OR I-VOGT/VOGT, Art. 243 N 4.

²⁸ Aus dem Urteil des Appellationsgerichts BS (FN 5), 141 ff., lässt sich nichts Gegenteiliges ableiten, da dort die Ausrichtung einer «Vorsorgeleistung» beurteilt werden musste, die seit 1974 ausgerichtet worden war. Für derartige Leistungen hatte das Bundesgericht vor Inkrafttreten des BVG-Obligatoriums 1985 das Schriftformerfordernis verneint (BGE 73 II 226).

²⁹ Der Wasserliefervertrag «à titre perpétuel» war zu Recht kündbar: BGE 113 II 209.

³⁰ GECKELER HUNZIKER, Leistungsabbau durch Nichtanpassung der Altersrenten an die Preisentwicklung, SZS 2014, 343 ff.; BGE 130 V 80, 83 E. 3.2.5.

³¹ GECKELER HUNZIKER (FN 30), 343 ff., und für öffentlich-rechtliche Ansprüche BGE 137 V 105, 109 f. E. 7.2; 134 I 23, 36 E. 7.2; 130 I 26, 60 E. 8.2.1; 117 V 229, 235 E. 5b; s. ferner SZS 1994 379 f. E. 6b.

³² GECKELER HUNZIKER (FN 30), 345 mit Verweis auf BGE B_60/99 vom 25. April 2000 E. 3c, abgedruckt in SVR 2000 BVG Nr. 12.

³³ BGE 9C_866/2007 vom 17. September 2008 E. 3.

³⁴ GECKELER HUNZIKER (FN 30), 347 f.

reduziertes Einkommen anzupassen.³⁵ Vor allem bei geringfügigen Leistungseinbussen hat die Rechtsprechung aber auch schon eine übergangslose Inkraftsetzung der Reglementsänderung akzeptiert.³⁶ Wenn somit im Recht der beruflichen Vorsorge anerkannt ist, dass die Aufhebung einer Teuerungszulage trotz reglementarischer Grundlage und allenfalls unter Achtung einer Übergangslösung möglich ist, muss es unseres Erachtens erst recht möglich sein, dass die Arbeitgeberin Fringe Benefits an Rentner einstellen kann.

Aufgrund dieser Auslegeordnung ist nach unserer Auffassung klar, dass das Verhältnis zwischen der Arbeitgeberin und dem Rentner auf Leistung von Fringe Benefits nur dann nicht kündbar ist, wenn es sich um eine Leibrente handelt. In allen übrigen Fällen kann die Arbeitgeberin ihr Leistungsversprechen kündigen.

An dieses Ergebnis anschliessend muss mangels gesetzlich geregelter Kündigungsfrist die Frage geklärt werden, mit welcher Frist das Leistungsversprechen gekündigt werden kann. Die gesetzlich geregelten Vertragstypen sehen grundsätzlich eine maximal sechsmonatige Kündigungsfrist vor (vgl. Art. 266b, 266d, 296, 334, 356c, 526, 546, 575 OR). Auch die Kündigung des ewigen Vertrags (BGE 113 II 209) wurde mit Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist ausgesprochen und vom Bundesgericht nicht beanstandet. Besondere Fälle, die eine vermittelnde, längere Übergangslösung verlangen, vorbehalten, erscheint uns eine Kündigungsfrist von maximal sechs Monaten in aller Regel angemessen.

2. Die ausserordentliche Kündigung von Fringe Benefits

Denkbar wäre im Einzelfall auch, dass sich die Umstände derart wesentlich verändert haben, dass es der Arbeitgeberin nicht mehr zugemutet werden kann, die Fringe Benefits weiterhin auszurichten, womit sie sich auf einen wichtigen Grund für eine ausserordentliche Kündigung berufen könnte.³⁷ Ob sich die Arbeitgeberin dabei auf eine analoge Anwendung von Art. 337 OR oder auf das allgemeine Kündigungsrecht bei Dauerschuldverhältnissen beruft, ist einerlei, zumal auch objektive, nicht vom Rentner verschuldete Umstände eine fristlose Kündigung nach Art. 337 OR analog zu rechtfertigen vermögen.

Ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB und Art. 337 Abs. 3 OR analog). Es geht dabei um eine Billigkeitsentscheidung, die auf objektiver Interessenabwägung unter Beachtung der Umstände des beurteilten Falles beruht.³⁸ Dabei ist auch zu berücksichtigen, welche Gegenleistungen die andere Partei erbringt.³⁹

Blosse finanzielle Schwierigkeiten genügen in der Regel nicht als wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung. In einem Entscheid aus dem Jahre 1995 hat das Bundesgericht ausgeführt, finanzielle Schwierigkeiten, auch wenn sie nicht erwartet wurden, hätten nichts Unvorhersehbares, ausser bei plötzlichen und schweren wirtschaftlichen Krisen, die

³⁵ BGE 134 I 23, 40 E. 7.6.1; 130 V 18, 29 f. E. 3.3.

³⁶ Siehe z.B. BGE 134 I 23, 40 f. E. 7.6.1; für weitere Hinweise auf die Rechtsprechung s. GECKELER HUNZIKER (FN 30), 348 FN 48.

³⁷ Vgl. dazu BGE 129 III 428, 432 E. 3c; BGE 4C.67/2006 vom 12. Mai 2006 E. 2.1.

³⁸ BGE 128 III 428, 432, E. 4 mit Hinweisen.

³⁹ Vgl. BGE 128 III 428, 432 E. 3c mit Verweis auf BGE 100 II 345, vgl. ferner auch den oben zitierten BGE 113 II 209.

einen breiten Sektor treffen.⁴⁰ Insofern ist dem Appellationsgericht BS zuzustimmen, das für die Herabsetzung eines Ruhegehalts verlangte, dass der wirtschaftliche Bestand des Unternehmens ernsthaft gefährdet sein müsse und eine Sanierung geboten erscheine, wobei die Opfer nicht allein dem Ruhegehaltempfänger zugemutet werden dürfen, sondern das Unternehmen auch sonstige zweckmässige Massnahmen zur Rettung des Betriebs auch unter eigenen Opfern ergreifen müsse.⁴¹

D. Einseitige Leistungseinstellung bei freiwillig ausgerichteten Fringe Benefits und bei Gefälligkeitsleistungen

Qualifizieren die Fringe Benefits als freiwillige Leistungen oder gar als Gefälligkeit, hat ein Rentner keinen Anspruch darauf. Die Arbeitgeberin kann infolgedessen einseitig entscheiden, ob und in welcher Höhe sie Fringe Benefits ausrichten will.⁴² Dieses Ermessen wird dabei nur punktuell eingeschränkt. Zum einen sind die in Art. 3 Abs. 1 GIG aufgeführten Diskriminierungen verpönt. Zum anderen muss die Arbeitgeberin die Persönlichkeit des Rentners achten (Art. 28 ZGB); stellt eine Ungleichbehandlung durch die Ausrichtung von Fringe Benefits eine den Rentner verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit dar, verstösst dies gegen das individuelle Diskriminierungsverbot. Eine solche Geringschätzung der Persönlichkeit kann analog den Bonusauszahlungen von vornherein nur gegeben sein, wenn ein Rentner gegenüber einer Vielzahl von anderen Rentnern derselben Arbeitgeberin deutlich ungünstiger gestellt wird, nicht jedoch, wenn die Arbeitgeberin bloss einzelne Rentner besser stellt.⁴³ Hingegen fällt die freiwillige Leistung von Fringe Benefits an Rentner unseres Erachtens nicht unter das Diskriminierungsverbot nach Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA;⁴⁴ sie ist weder durch den Wortlaut noch durch den Zweck dieser Bestimmung erfasst.

Auch wenn die Arbeitgeberin die Fringe Benefits ohne Weiteres einstellen kann, ist empfehlenswert, die Einstellung sozialverträglich auszugestalten, was nach konkretem Inhalt der Fringe Benefits beurteilt werden sollte. So sollte beispielsweise die Einstellung der freiwilligen Prämienübernahme von Versicherungen so frühzeitig kommuniziert werden, dass ein Verbleib der betroffenen Rentner in der Versicherung rechtzeitig geprüft und auf eigene Kosten umgestellt werden kann. Sinnvollerweise nimmt die Arbeitgeberin dabei auch auf geltende Kündigungstermine Rücksicht, indem der Einstellungszeitpunkt darauf abgestimmt wird. Ein sozialverträgliches Vorgehen ist somit auch dann empfehlenswert, wenn die Einstellung der Fringe Benefits für einen Rentner finanziell spürbar ist und nicht oder nicht leicht durch eine andere, selber finanzierte Leistung ersetzt werden kann.

⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 2. Mai 1995, auszugsweise zitiert in mp 1996, 17, und bei HULLIGER, Kündigung aus wichtigen Gründen, Überblick über Lehre und Rechtsprechung, MRA 1/11, 2.

⁴¹ Urteil des Appellationsgerichts BS (FN 5), 143.

⁴² So auch ROOST (FN 8), 88.

⁴³ Vgl. BGE 129 III 276 E. 3.1, m.w.H.

⁴⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681).

IV. Schlussfolgerungen

Die in der Praxis anzutreffenden Leistungen der Arbeitgeberin an Rentner sind vielfältig. Vor allem für die Frage der Leistungseinstellung ist es wichtig, eine rechtliche Einordnung dieser Leistungen im Einzelfall vorzunehmen. Unseres Erachtens kann die Arbeitgeberin nur in jenen Fällen, in denen sie sich analog der Leibrente oder des Schenkungsversprechens schriftlich und unmissverständlich zur Leistung der Fringe Benefits auf Lebenszeiten verpflichtete, diese nicht einseitig einstellen. In den übrigen Fällen kann die Arbeitgeberin die Leistung von Fringe Benefits entweder kündigen, wenn ein Rentner einen vertraglichen Anspruch darauf hat, oder die Leistung einseitig einstellen, wenn es sich um freiwillige Leistungen oder Gefälligkeiten handelt.

Das vom Jubilar beleuchtete Thema und insbesondere die Frage der Kündigungsmöglichkeit für die Arbeitgeberin können in der Praxis zu heftiger Opposition der Betroffenen führen. Dies trotz des Umstands, dass es dabei in der Regel um die Einstellung von Zahlungen geht, die die Arbeitgeberin aus sozialen Motiven und ohne direkte Gegenleistungen der Rentner erbrachte. Um dieses Spannungsfeld zu versachlichen, wird es klärende Gerichtsentscheide brauchen.