

# NEWSLETTER

JANUAR 2024

Autorin: Sonja Stark-Traber



## Kündigung von älteren Arbeitnehmenden – nicht in jedem Fall missbräuchlich

Arbeitgebende haben der Art und Weise der Kündigung von älteren Arbeitnehmenden besondere Beachtung zu schenken, wenn sie eine missbräuchliche Kündigung vermeiden wollen. Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung jedoch wiederholt betont, dass nicht alleine Alter und Dienstzeit massgebend sind, sondern dass sich der Umfang der Fürsorgepflicht auch bei der Kündigung von älteren Arbeitnehmenden einzelfallbezogen aufgrund der jeweiligen Umstände bestimmt. Das Bundesgericht scheint darauf bedacht, ältere Arbeitnehmende beim Kündigungsschutz nicht übermässig zu privilegieren.

### I. Rechtliche Grundlagen

Im Schweizer Arbeitsrecht gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit: Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist ohne besonderen Grund gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR).

Die Kündigungsfreiheit findet ihre Grenzen jedoch im Missbrauchsverbot: Wird die Kündigung aus bestimmten, in Art. 336 OR (nicht abschliessend) umschriebenen unzulässigen Gründen ausgesprochen, ist sie missbräuchlich. Missbräuchlich ist insbesondere die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, die wegen einer Eigenschaft ausgesprochen wird, die dem Arbeitnehmenden kraft seiner Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR). Persönliche Eigenschaften in diesem Sinne sind etwa Geschlecht,

Herkunft, Familienstand, Nationalität, Religion oder auch das Alter. **Eine alleine aufgrund des Alters ausgesprochene Kündigung ist somit grundsätzlich missbräuchlich.**

Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung kann sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Kündigung durch die Arbeitgeberin rechtmässig erfolgt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten und die Persönlichkeitsgüter des Arbeitnehmenden aufgrund der gesetzlichen Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) achten und schützen. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht. Auch ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen. Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung kann sich sodann auch aus einem sozial stossenden

Missverhältnis der Interessen von Arbeitgeberin und Arbeitnehmendem oder als Folge zweckwideriger Rechtsausübung ergeben. Hingegen genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten der Arbeitgeberin nicht, damit eine Kündigung als missbräuchlich erscheint.

Eine missbräuchliche Kündigung ist zwar rechtswirksam, d.h. sie beendet das Arbeitsverhältnis definitiv und es besteht kein Anspruch auf Wiedereinstellung. Allerdings sieht das Gesetz eine Entschädigungspflicht in Höhe von maximal 6 Monatslöhnen vor. Der Richter legt die Höhe der Entschädigung nach den Umständen im Einzelfall fest. Will der gekündigte Arbeitnehmende die Entschädigung geltend machen, muss er innerhalb der Kündigungsfrist schriftlich Einsprache gegen die Kündigung erheben und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses fordern.

## II. Erhöhte Fürsorgepflicht bei Kündigung von älteren Arbeitnehmenden

Vor diesem rechtlichen Hintergrund statuierte das Bundesgericht in zwei Entscheiden aus den Jahren 2005 bzw. 2014 eine Reihe von Vorgaben, welche Arbeitgebende bei der Kündigung von älteren Arbeitnehmenden mit langer Dienstzeit zu beachten haben:

In BGE 132 III 115 vom 20. Dezember 2005 hatte das Bundesgericht den Fall eines 63jährigen Arbeitnehmers zu beurteilen, der von seiner Arbeitgeberin nach 44 Dienstjahren und 14 Monate vor Erreichen des AHV-Alters mit sofortiger Freistellung entlassen wurde. Das Bundesgericht erachtete diese Kündigung als missbräuchlich. Es befand, dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein ganzes Arbeitsleben im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig gewesen sei, eine erhöhte Fürsorgepflicht gelte. Dazu gehöre insbesondere, dass die Arbeitgeberin einem wenige Monate vor der Pensionierung stehenden Arbeitnehmer ermögliche, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbussen zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rufen würden. Die Arbeitgeberin habe zudem das Gebot der schonenden Rechtsausübung krass verletzt, indem sie den Arbeitnehmer ohne Vorgespräch bzw. ohne den Versuch einer sozialverträglicheren Lösung mit sofortiger Freistellung entlassen habe. Schliesslich sei die Kündigung auch aufgrund des krassen Missverhältnisses

der auf dem Spiele stehenden Interessen rechtsmissbräuchlich.

Im Urteil 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 konkretisierte das Bundesgericht die Voraussetzungen an eine Kündigung älterer, langjähriger Arbeitnehmender noch weiter, indem es die Kündigung eines 59jährigen Arbeitnehmers nach elf Dienstjahren (resp. nach 35 Dienstjahren mit Unterbrüchen) nicht nur als missbräuchlich qualifizierte, sondern zusätzlich auch spezielle Handlungspflichten für Arbeitgebende statuierte. Das Bundesgericht bekräftigte erneut, dass in Bezug auf Arbeitnehmende im fortgeschrittenen Alter und mit langer Dienstzeit eine erhöhte Fürsorgepflicht gelte, welche verlange, dass Arbeitgebende bei den Kündigungsmodalitäten ein möglichst schonendes, den sich gegenüberstehenden Interessen Rechnung tragendes Verhalten an den Tag legten. Aufgrund ihrer erweiterten Fürsorgepflicht seien Arbeitgebende gehalten:

- den Arbeitnehmenden **rechtzeitig** über die beabsichtigte Kündigung zu **informieren**;
- den Arbeitnehmenden in diesem Zusammenhang **anzuhören**;
- nach **Lösungen zu suchen**, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen;
- dem Arbeitnehmenden mit Fristansetzung und Zielvereinbarung eine **letzte Chance** zu geben, seinen Aufgaben in genügendem Masse nachzukommen.

Diese Rechtsprechung stiess in Teilen der Lehre auf Kritik. Es wurde insbesondere beanstandet, das Bundesgericht auferlege Arbeitgebenden Pflichten, die im kodifizierten Arbeitsrecht kaum eine Stütze fänden.

Eine Reihe von jüngeren Fällen hat dem Bundesgericht Gelegenheit geboten, seine Rechtsprechung zu präzisieren.

## III. Einzelfallbetrachtung notwendig

Im Urteil 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 hielt das Bundesgericht fest (E. 4.3.2), dass es sich bei BGE 132 III 115 um einen aussergewöhnlichen, gar extremen Fall gehandelt habe. Das Bundesgericht hielt fest, dass das Obligationenrecht **keine Pflicht kenne, die Gegenpartei vor Aussprechen einer Kündigung anzuhören oder sie zunächst zu warnen. Ebenso wenig bestehe im Privatrecht die**

**generelle Pflicht, eine Kündigung einer Verhältnismässigkeitsprüfung in dem Sinne zu unterziehen, dass vorgängig stets mildere Massnahmen zu ergreifen wären.** Arbeitgebende hätten zwar bei älteren Arbeitnehmenden der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken; entgegen der etwas apodiktischen Formulierung im Urteil 4A\_384/2014 bestimme sich der Umfang der Fürsorgepflicht vorgängig zu einer Kündigung jedoch auch für ältere Arbeitnehmende **einzelfallbezogen** aufgrund einer Gesamtwürdigung der jeweiligen Umstände und es dürfe **keine isolierte Betrachtung nur des Alters des Arbeitnehmenden stattfinden** (so auch schon Urteil 4A\_419/2007 E. 2.5; bestätigt in Urteilen 4A\_390/2021 E. 3.1.2 und 3.1.4; 4A\_186/2022 E. 4.3 und 4.7; 4A\_117/2023 E. 3.4.2).

Im Urteil 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022 unterstrich das Bundesgericht zudem (E. 3.1.5), dass die wirtschaftlichen Folgen einer Kündigung zwar bei der Festsetzung der Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zu berücksichtigen seien. **Die wirtschaftlichen Folgen an sich seien jedoch allein – unter dem Deckmantel des sozialen Schutzes des Arbeitnehmenden – kein Kriterium, dass die Missbräuchlichkeit der Kündigung begründen könne**, da eine Kündigung unweigerlich zu einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Arbeitnehmenden führe. Es sei in diesem Zusammenhang jedoch zu prüfen, ob allenfalls ein **Missverhältnis der Interessen** vorliege, welches die Kündigung missbräuchlich erscheinen lasse, wenn die Kündigung für die Arbeitgeberin keine eigene Tragweite habe (so schon Urteil 4A\_419/2007 E. 2.7).

Auch wenn stets eine Einzelfallbetrachtung zu erfolgen hat, sind die vom Bundesgericht statuierten Anforderungen an die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden bei der Kündigung von älteren Arbeitnehmenden zumindest in folgenden Konstellationen relativiert:

#### 1. Kündigung von älteren Arbeitnehmenden in hohen Führungspositionen

Sowohl im Urteil 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 als auch im Urteil 4A\_186/2022 vom 22. August 2022 standen die Kündigungen von älteren Arbeitnehmenden in hohen Führungspositionen (Vorsitzender der Geschäftsleitung / CEO) zur Beurteilung.

In beiden Fällen betonte das Bundesgericht, dass das Interesse der Arbeitgeberin an der Kündigungsfreiheit bei einem Geschäftsführer, der erhebliche Entscheidungskompetenzen habe und grosse

Verantwortung trage, entsprechend hoch zu gewichten sei, wobei auch der hohe Lohn zu berücksichtigen sei. **Es müsse der Arbeitgeberin grundsätzlich ohne Weiteres möglich sein, solche Positionen neu zu strukturieren.** Gleichzeitig komme in einem Fall, wo es um die oberste Position im Unternehmen gehe, von vornherein keine Umplatzierung als Alternative zur Kündigung in Frage, weshalb die **Arbeitgeberin nicht verpflichtet sei, nach alternativen Lösungen zu einer Kündigung zu suchen.**

Im Urteil 4A\_44/2021 hielt das Bundesgericht darüber hinaus fest, dass im Falle eines Geschäftsführers eine Kündigung **nicht allein deshalb missbräuchlich sei, weil er vorgängig nicht abgemahnt bzw. mit Vorwürfen konfrontiert worden sei**, zumal Probleme mit den Mitarbeitenden (welche mitunter zur Kündigung des Geschäftsführers geführt hatten) potentiell Auswirkungen auf das ganze Unternehmen gehabt hätten.

Auch wenn sich beide Urteile auf den Vorsitzenden der Geschäftsleitung bezogen, dürften die Ausführungen des Bundesgerichts gleichermaßen auch für andere Mitglieder der obersten Führungsebene im Unternehmen gelten.

#### 2. Kündigung von älteren Arbeitnehmenden bei langanhaltender Arbeitsunfähigkeit

Im Urteil 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022 beurteilte das Bundesgericht den Fall einer älteren Arbeitnehmerin, die wenige Monate vor der Pensionierung stand und seit sechs Monaten wegen Krankheit zu 100% arbeitsunfähig geschrieben war.

Das Bundesgericht hielt fest, dass die sich aus BGE 132 III 115 ergebenden Grundsätze nicht systematisch der Entlassung einer älteren Arbeitnehmerin mit vielen Dienstjahren entgegenstehen würden, wenn deren Leistung so stark abnehme, dass sie nicht mehr in der Lage sei, die ihr übertragenen Aufgaben zufriedenstellend auszuführen oder eine andere Beschäftigung anzunehmen, die mit ihren Ressourcen vereinbar sei (so auch schon Urteile 4A\_60/2009 E. 3.2, 4A\_419/2007 E. 2.6). Es sei insbesondere **zulässig, dass die Arbeitgeberin nach Ablauf der Kündigungssperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR eine Arbeitnehmerin wegen einer Krankheit, welche deren Leistungsfähigkeit beeinträchtigt, kündigt.** Der Arbeitgeberin obliege keine Verpflichtung, eine für die Arbeitnehmerin weniger einschneidende Lösung zu suchen,

insbesondere dann nicht, wenn die Arbeitnehmerin eine Stelle innegehabt habe, die eine Reorganisation erfordert habe, und wenn die Arbeitnehmerin während ihrer sechsmonatigen Abwesenheit keine Hinweise auf eine mögliche Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit geliefert habe. Da die Arbeitgeberin nicht gewusst habe, wann die Arbeitnehmerin wieder an ihren Arbeitsplatz zurückkehren werde, sei die Kündigung nicht missbräuchlich gewesen, obwohl die Arbeitnehmerin nur zehn Monate vor der Pensionierung gestanden habe und die Entlassung eine Verschlechterung ihrer Pensionskassenleistungen zur Folge gehabt habe. **Die Arbeitgeberin sei nicht verpflichtet gewesen, die Arbeitnehmerin fast ein weiteres Jahr lang und ohne Hinweis darauf, dass diese zwischenzeitlich ihre Arbeit wieder würde aufnehmen können, weiterzubeschäftigen**, nur um ihr nachteilige Folgen für die berufliche Vorsorge zu ersparen.

Ob das Bundesgericht in diesem Fall gleich entschieden hätte, wenn eine Rückkehr der Arbeitnehmerin an den Arbeitsplatz noch vor der Pensionierung zu erwarten gewesen wäre, ist zweifelhaft. Verfügt die Arbeitgeberin über Angaben zum Krankheitsverlauf eines älteren Arbeitnehmenden und ist eine Rückkehr an den Arbeitsplatz in absehbarer Zeit nicht ausgeschlossen, ist daher trotz Ablauf der Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR Zurückhaltung beim Aussprechen der Kündigung geboten. **Demgegenüber ist eine Kündigung nach Ende des Sperrfristenschutzes auch bei älteren Arbeitnehmenden in der Regel zulässig, wenn ein Ende der Arbeitsunfähigkeit nicht absehbar ist.**

### III. Konsequenzen für die Praxis

Trotz der Relativierungen in der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine **Beachtung der vom Bundesgericht statuierten erhöhten Fürsorgepflicht** bei der Kündigung älterer und langjähriger Arbeitnehmender, die nicht in Führungspositionen tätig sind, aus Arbeitgebersicht **nach wie vor dann angezeigt, wenn ein Arbeitnehmender aufgrund mangelhafter resp. nachlassender Leistung entlassen werden soll**. Insbesondere sollte in solchen Fällen vorab geprüft werden, ob eine sozialverträglichere Lösung zur Kündigung gefunden werden kann, und frühzeitig das Gespräch mit dem betroffenen Arbeitnehmenden gesucht werden. Es ist mithin ein möglichst schonendes Vorgehen geboten, welches den beidseitigen Interessen gebührend Rechnung trägt.

Ab welchem Alter resp. welcher Dienstzeit eines Arbeitnehmenden eine erhöhte Fürsorgepflicht greift, ist nicht abschliessend geklärt. Aufgrund der bislang ergangenen Rechtsprechung dürfte von einer **Altersgrenze von 55-58 Jahren und ca. 10-12 Dienstjahren** auszugehen sein, wobei eine Wechselwirkung zwischen Alter und Dauer der Betriebszugehörigkeit besteht. Je höher das Alter resp. je länger die Dienstzeit, desto höher sind die Anforderungen an die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden.

---

*Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:*

---



**Sonja Stark-Traber**

Partnerin

sonja.stark@suterhowald.ch

---

### Suter Howald Rechtsanwälte

Räffelstrasse 26 | Postfach | CH-8021 Zürich