

# NEWSLETTER

JUNI 2017

Autoren: Sonja Stark-Traber und Jennifer Ehrensperger



## Kündigung älterer Arbeitnehmer – Empfehlungen für die Praxis

Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung eine erhöhte Fürsorgepflicht bei der Entlassung älterer, langjähriger Arbeitnehmer statuiert. Missachtet der Arbeitgeber die ihm auferlegten Handlungspflichten, kann eine entsprechende Kündigung missbräuchlich sein.

### I. GRUNDLAGEN

In der Schweiz können Arbeitnehmer grundsätzlich ohne das Vorliegen eines besonderen Grundes entlassen werden. Es gilt das Prinzip der **Kündigungsfreiheit**.

Allerdings werden bestimmte Beendigungsgründe in Art. 336 OR als **missbräuchlich** qualifiziert. Missbräuchlich ist insbesondere die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, die wegen einer Eigenschaft ausgesprochen wird, die dem Arbeitnehmer kraft seiner Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Persönliche Eigenschaften in diesem Sinne sind etwa Geschlecht, Herkunft, Familienstand, Nationalität, Religion oder auch das Alter. Kündigt somit die Arbeitgeberin ein Arbeitsverhältnis wegen des Alters des Arbeitnehmers, so ist die Kündigung missbräuchlich, es sei denn das Alter stehe in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, beispielsweise wenn die Kündigung aufgrund einer spürbaren altersbedingten Leistungseinbusse erfolgt.

Nebst den gesetzlichen Missbrauchsgründen haben sich in der Rechtsprechung auch noch weitere Missbrauchstatbestände etabliert. Insbesondere kann auch die **Art und Weise**, wie die Kündigung erfolgt, missbräuchlich sein. So hat die Arbeitgeberin

im Rahmen einer Kündigung etwa das Gebot schonender Rechtsausübung zu befolgen und die Persönlichkeitsgüter des Arbeitnehmers aufgrund der gesetzlichen Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) zu achten und zu schützen. Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese ebenfalls als missbräuchlich erscheinen lassen. Ebenso wird das Recht zur Kündigung eingeschränkt, wenn diese zu einem sozial stossenden Missverhältnis der Interessen führen würde.

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 Arbeitnehmer die Entschädigung geltend machen, muss er innerhalb der Kündigungsfrist schriftlich Einsprache gegen die Kündigung erheben und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses fordern.

### II. KÜNDIGUNG LANGJÄHRIGER, ÄLTERER ARBEITNEHMER

Die genannten Grundsätze zur missbräuchlichen Kündigung gelten grundsätzlich unabhängig davon, wie alt der gekündigte Arbeitnehmer ist. Das Bun-

desgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung die Anforderungen an eine Kündigung älterer Arbeitnehmer mit langer Dienstzeit jedoch noch zusätzlich erhöht.

#### 1. BUNDESGERICHTSENTSCHEID VOM 20. DEZEMBER 2005

Im Jahr 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, unter anderem aus den folgenden Erwägungen (vgl. BGE 132 III 115):

- Die Arbeitgeberin hatte **ihre Fürsorgepflicht verletzt**, indem sie den Arbeitnehmer auf Betreiben des Serviceleiters (mit dem sich der Arbeitnehmer nicht verstand) ohne weiteres entliess, ohne sich darum bemüht zu haben, das Verhältnis zwischen den beiden zu entspannen.
- Gegenüber dem Arbeitnehmer, der sein ganzes Arbeitsleben im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, wurde eine **erhöhte Fürsorgepflicht** bejaht, welche insbesondere verlangt, dass die Arbeitgeberin einem wenige Monate vor der Pensionierung stehenden Arbeitnehmer ermöglicht, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbussen zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rufen.
- Die Arbeitgeberin hatte das **Gebot der schonenden Rechtsausübung krass verletzt**, indem sie den Arbeitnehmer ohne Vorgespräch bzw. ohne den Versuch einer sozialverträglicheren Lösung mit sofortiger Freistellung entliess.
- Die Kündigung wurde schliesslich auch aufgrund des krassen Missverhältnisses der auf dem Spiele stehenden Interessen als **rechtsmissbräuchlich** erachtet.

Das Bundesgericht sprach dem Arbeitnehmer eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen zu.

#### 2. BUNDESGERICHTSENTSCHEID VOM 12. NOVEMBER 2014

In einem Entscheid aus dem Jahr 2014 (BGer 4A\_384/2014) konkretisierte das Bundesgericht die Voraussetzungen an eine Kündigung älterer, langjähriger Mitarbeiter 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 der Arbeitgeberin statuierte.

Das Bundesgericht hielt erneut fest, dass in Bezug auf Arbeitnehmer im fortgeschrittenen Alter und mit langer Dienstzeit eine **erhöhte Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin** gelte. Die Arbeitgeberin sei gehalten, ein möglichst schonendes, den sich gegenüberstehenden Interessen Rechnung tragendes Verhalten an den Tag zu legen. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf hat, rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung **informiert und angehört** zu werden, und dass die Arbeitgeberin ihm noch eine **letzte Chance** einzuräumen hat, um das beanstandete Verhalten zu verbessern. Des Weiteren ist die Arbeitgeberin verpflichtet, nach **Lösungen zu suchen**, welche die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen.

Dem Arbeitnehmer wurde eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen zugesprochen.

### III. AUSWIRKUNGEN IN DER PRAXIS

Das Bundesgericht betont zwar ausdrücklich, dass für die Kategorie der langjährigen Arbeitnehmer im fortgeschrittenen Alter kein absoluter Kündigungsschutz bestehe und dass sich unter Umständen eine Kündigung selbst kurz vor der Pensionierung als unumgänglich erweisen könne. So ist eine Kündigung eines älteren, langjährigen Arbeitnehmers infolge einer objektiven und wesentlichen altersbedingten Leistungseinbusse grundsätzlich nach wie vor zulässig.

Allerdings hat das Bundesgericht mit seiner Rechtsprechung auch für solche grundsätzlich zulässigen Kündigungsfälle faktisch einen Anspruch des Arbeitnehmers auf rechtliches Gehör eingeführt. Sowohl dadurch als auch durch die von der Arbeitgeberin verlangten Massnahmen zur Vermeidung der Kündigung hat das Bundesgericht den Kündigungsschutz für ältere, langjährige Arbeitnehmer aus sozialpolitischen Gründen wesentlich erhöht.

Nicht geklärt hat das Bundesgericht bislang die Frage, ab welchem Alter und ab wie vielen Dienstjahren Arbeitnehmer von diesem verstärkten Kündigungsschutz profitieren können. In der Rechtsliteratur wird eine Altersgrenze von 55 Jahren postuliert, wobei bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung stets auch die Anzahl Dienstjahre

zu berücksichtigen ist. Je jünger ein Arbeitnehmer ist, desto höher sollte sein Dienstalter sein, damit die erhöhten Anforderungen an die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gerechtfertigt erscheinen. Eine scharfe Grenzziehung ist indessen nicht möglich, und es hängt letztlich immer vom Einzelfall ab, ob die vom Bundesgericht definierten speziellen Handlungspflichten von der Arbeitgeberin zu beachten sind oder nicht. Im Zweifelsfall tut die Arbeitgeberin gut daran, die nachfolgenden Handlungsempfehlungen zu beherzigen.

#### IV. HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN

Soll in der Praxis ein älterer, langjähriger Arbeitnehmer entlassen werden, ist aufgrund der vom Bundesgericht definierten Anforderungen zu empfehlen, die folgenden Punkte zu beachten:

- Der Arbeitnehmer ist rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung zu **informieren** und diesbezüglich **anzuhören**.
- Die Arbeitgeberin muss **Lösungen suchen**, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen.
- Dem Arbeitnehmer ist eine **letzte Chance** einzuräumen, um sein Verhalten zu verbessern.
- Die Formulierung der **schriftlichen Begründung** der Kündigung (falls eine solche verlangt wird) ist sorgfältig zu wählen.
- Sämtliche Vorkehrungen der Arbeitgeberin sowie das dem Arbeitnehmer gegebenenfalls vorgeworfene Verhalten sind gut zu **dokumentieren**.

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, LL.M.

Senior Associate

[sonja.stark@suterhowald.ch](mailto:sonja.stark@suterhowald.ch)



#### Jennifer Ehrensperger

Associate

[jennifer.ehrensperger@suterhowald.ch](mailto:jennifer.ehrensperger@suterhowald.ch)

#### Suter Howald Rechtsanwälte – Attorneys at Law

Stampfenbachstrasse 52

Postfach

CH-8021 Zürich

Tel. + 41 44 630 48 11

Fax + 41 44 630 48 15

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