



Neue Entwicklungen bei der missbräuchlichen Alterskündigung

Das Bundesgericht hat im Entscheid BGer 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021 die bisherige Rechtsprechung zur missbräuchlichen Alterskündigung relativiert. Die Kündigung gegenüber einem CEO im Alter von 60 Jahren nach rund 37 Dienstjahren wurde als nicht missbräuchlich beurteilt, obschon er vor der Kündigung weder angehört noch abgemahnt und auch keine alternative Lösung zur Kündigung gesucht worden war.

■ Von Sandra Küng

Grundsätze der missbräuchlichen Alterskündigung

Mit einer Reihe von aufsehenerregenden Entscheiden erhöhte das Bundesgericht die arbeitgeberische Fürsorgepflicht gegenüber älteren und langjährigen Mitarbeitenden. Dem Grundsatz des Gebots der schonenden Rechtsausübung wurde bei dieser Arbeitnehmerkategorie eine höhere Bedeutung beigemessen, und das Vorliegen eines krassen Missverhältnisses der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer* bewog das Bundesgericht zunehmend zur Annahme der Missbräuchlichkeit einer Kündigung gemäss Art. 336 OR. Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts sei bei dieser Kategorie von Arbeitnehmenden bei Kündigungen aufgrund der geltenden erhöhten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers «ein möglichst schonendes, den gegenüberstehenden Interessen Rechnung tragendes Verhalten an den Tag zu legen».¹ Es sei eine Interessenabwägung vorzunehmen, welche das Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags des Arbeitnehmers und das Interesse des Arbeitgebers berücksichtige. Beim Interesse des Arbeitnehmers sei insbesondere auch zu berücksichtigen, ob es ihm angesichts seines Alters wieder gelingen dürfte, eine neue Anstellung zu finden.² Besonders zu berücksichtigen seien die noch verbleibende Zeit bis zur Pensionierung und die Anzahl der geleisteten Dienstjahre. Das Bundesgericht hielt somit fest, dass gegenüber Arbeitnehmern im «fortgeschrittenen Alter» mit «langer Dienstzeit» eine erhöhte Fürsorgepflicht besteht, dies jedoch ohne die beiden Begriffe zu konkretisieren.³

Es stellt sich die Frage, wie das «fortgeschrittenen Alter» und die «lange Dienstzeit» zusam-

menspielen. Je länger die Dienstzeit des Mitarbeiters, desto weniger hohe Anforderungen sind an das Alter zu stellen, und je älter der Mitarbeiter ist, desto weniger hohe Anforderungen sind an die Dienstzeit zu richten. Es besteht somit eine Korrelation zwischen dem Alter und der Dienstdauer. Bereits sechs Dienstjahre können als lang gelten, und als allgemeiner Richtwert kann ab 55 Jahren von einem «fortgeschrittenen Alter» ausgegangen werden. Im Grundsatzentscheid BGE 132 III 115 beurteilte das Bundesgericht die Kündigung eines Arbeitnehmers mit 44 Dienstjahren, die wenige Monate vor der Pensionierung und ohne betriebliche Notwendigkeit erfolgte, als rechtsmissbräuchlich. Die Kündigung eines 59-jährigen Arbeitnehmers mit 11 bzw. 35 Dienstjahren (mit Unterbruch) aufgrund mangelhafter Arbeitsweise wurde als missbräuchlich qualifiziert, da dieser im Vorfeld nicht ausdrücklich auf die Kündigung aufmerksam gemacht worden war.⁴ Bei der Kündigung eines 57-jährigen Offsetdruckers mit 33 Dienstjahren wurde das Vorliegen eines krassen Missverhältnisses der Interessen jedoch verneint, da die Kündigungsgründe hinreichend belegt waren und keine ernsthafte Alternative für eine Weiterbeschäftigung im Betrieb bestand.⁵

Aus der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts wurden verschiedene Handlungspflichten für den Arbeitgeber abgeleitet. Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung zu informieren und ihn anzuhören. Danach muss nach Lösungen gesucht werden, um das Arbeitsverhältnis fortzuführen und die Kündigung vermeiden zu können. Denkbar sind dabei etwa Zielvereinbarungen, Weiterbildungen oder

eine Anpassung des Aufgabenbereichs des Arbeitnehmers. Nur wenn diese Massnahmen nicht fruchten, kann die Kündigung als letzter Ausweg ausgesprochen werden. Diese Handlungspflichten hat das Bundesgericht nun mit dem neuen Entscheid 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021 relativiert.

Einzelfallbeurteilung im Entscheid

BGer 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021

Dem zitierten Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Arbeitnehmer war seit rund 37 Jahren für die Arbeitgeberin tätig und zuletzt Mitglied des Verwaltungsrats und Vorsitzender der Geschäftsleitung («CEO»), als ihm die ordentliche Kündigung ausgesprochen wurde. Das Obergericht des Kantons Bern hiess die Berufung der Arbeitgeberin gegen einen erstinstanzlichen Entscheid teilweise gut und verurteilte die Arbeitgeberin zu einer Zahlung von CHF 91 445.10 als Entschädigung für die missbräuchliche Kündigung, was fast fünf Monatslöhnen entsprach. Die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wurde vom Bundesgericht teilweise gutgeheissen, da das Bundesgericht die Kündigung trotz des fortgeschrittenen Alters und der langen Dienstzeit nicht als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR beurteilte.

Das Bundesgericht betonte in einem ersten Schritt die im Rahmen des Privatrechts geltende Kündigungsfreiheit, indem es ausführte, das Obligationenrecht kenne keine Pflicht, die Gegenpartei vor Aussprechen einer Kündigung anzuhören oder sie zunächst zu warnen. Ebenso wenig bestehe im Rahmen des Privatrechts eine generelle Pflicht, im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung zu klären, ob allenfalls auch mildere Massnahmen möglich wären, und diese nach Möglichkeit zu ergreifen. Danach relativierte das Bundesgericht den Entscheid 4A_384/2014 vom 12.11.2014 wie folgt:

«Der Arbeitgeber hat zwar bei älteren Arbeitnehmern der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken, entgegen der etwas apodiktischen Formulierung im betreffenden Urteil – «[der ältere Arbeitnehmer] hat namentlich den Anspruch darauf, rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört zu werden, und der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach Lösungen zu



suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen» (zit. Urteil 4A_384/2014 E. 4.2.2) – bestimmt sich der Umfang der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht vorgängig zu einer Kündigung jedenfalls auch hinsichtlich dieser Arbeitnehmerkategorie einzelfallbezogen aufgrund einer Gesamtwürdigung der jeweiligen Umstände.»

Das Bundesgericht kritisierte in der Folge, dass die Vorinstanz einzig das Alter und die lange Dienstzeit isoliert berücksichtigt und aufgrund dessen spezifische Pflichten der Arbeitgeberin abgeleitet habe, welche in casu nicht erfüllt worden seien, und deshalb die Kündigung als missbräuchlich beurteilt habe. Stattdessen hätte die Vorinstanz die spezifische Stellung des Arbeitnehmers innerhalb des Unternehmens berücksichtigen müssen. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei die Arbeitgeberin nicht verpflichtet, mit dem Vorsitzenden der Geschäftsleitung nach alternativen Lösungen zu einer Kündigung zu suchen, zumal sich eine Weiterbeschäftigung im Unternehmen bei einem CEO in einer anderen Form (z.B. in einer Unterabteilung) eher schwierig gestalten dürfte. Die Kündigungsfreiheit würde vielmehr dann eingeschränkt, wenn die Kündigung zu einem krassen Missverhältnis der Interessen führen würde. Bei einem CEO, der erhebliche Entscheidkompetenzen habe und grosse Verantwortung trage, sei jedoch das Interesse der Arbeitgeberin an der Kündigungsfreiheit entsprechend hoch zu gewichten. Auch der Umstand, dass es sich beim CEO um ein Familienmitglied gehandelt habe, reiche nicht aus, um erhöhte Pflichten der Arbeitgeberin zu begründen. Die Vorinstanz verletze deshalb Bundesrecht, wenn sie vorliegend eine missbräuchliche Kündigung damit begründe, dass der CEO vorgängig zur Kündigung nicht angehört und mit ihm keine alternative Lösung zur Kündigung gesucht worden sei. Ebenso wenig könne aufgrund der Tatsache, dass der CEO vorgängig nicht abgemahnt bzw. nicht mit den Vorwürfen konfrontiert worden sei, auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung geschlossen werden. Relevant sei einzig, ob die Kündigung gegen die Regeln von Treu und Glauben verstossen habe.

Beurteilung der neuen Entwicklung

Arbeitnehmende im fortgeschrittenen Alter mit einer langen Dienstzeit haben somit nicht in jedem Fall Anspruch darauf, rechtzeitig über

die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört zu werden, und der Arbeitgeber ist nicht immer verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, welche die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Es ist vielmehr auf die Gesamtumstände des Einzelfalls abzustellen und im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen, ob eine Kündigung zu einem krassen Missverhältnis der Interessen führen würde. Es ist jedoch zu betonen, dass im hier zitierten Entscheid wohl die Position des Arbeitnehmers als CEO ausschlaggebend war und die Kündigungsfreiheit der Gesellschaft aufgrund der Entscheidkompetenzen und des Verantwortungsbereichs des Geschäftsführers höher gewichtet wurde als die Interessen des Arbeitnehmers. Der neue Entscheid des Bundesgerichts führt insgesamt zu noch mehr Rechtsunsicherheit bei Alterskündigungen. Die Arbeitgeber sind jedoch auch weiterhin gut beraten, die folgenden Punkte zu beachten:

Erhöhte Fürsorge bei älteren Mitarbeitenden mit langer Dienstzeit:

- Zurückhaltung bei Kündigungen gegenüber älteren Arbeitnehmenden mit langer Dienstzeit
- «Gebot der schonenden Rechtsausübung» und Vermeidung von «krassen Missverhältnissen der Interessen» bei Kündigung
- Berücksichtigung der verbleibenden Zeit bis zur Pensionierung
- frühzeitige Information und Konsultation des Arbeitnehmers
- Suche nach alternativen Lösungen
- Gewährung einer letzten Chance mit einer ausdrücklichen Abmahnung
- Kündigung als letzter Ausweg
- **Ausnahme:** Interesse der Arbeitgeberin an Kündigungsfreiheit ist aufgrund der Gesamtumstände im Rahmen der Interessenabwägung höher zu gewichten (→ z.B. aufgrund Entscheidkompetenz und Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers)

Risiken bei Kündigungen von älteren Arbeitnehmenden

Bei einer Kündigung von Mitarbeitenden im fortgeschrittenen Alter besteht nach wie vor ein immanentes Risiko der Missbräuchlichkeit der Kündigung. Eine missbräuchliche Kündigung im Sinne des Art. 336 OR ist zwar rechtswirksam: Das Arbeitsverhältnis wird auf das Ende der Kündigungsfrist aufgelöst. Der Arbeitnehmer kann jedoch gemäss Art. 336b OR während der Kündigungsfrist schriftlich gegen die Kündigung Einsprache erheben und danach innert 180 Tagen seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses Klage durch Einreichung eines

Schlichtungsgesuchs erheben. Dem Unternehmen droht in einem solchen Fall ein langwieriger und kostspieliger Prozess, bei welchem allenfalls auch andere Mitarbeitende als Zeugen einvernommen werden, was sich negativ auf das Betriebsklima im Unternehmen auswirken kann. Das Gericht kann den Arbeitgeber bei einer missbräuchlichen Kündigung verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen zu bezahlen, wobei die Höhe der Strafzahlung im Einzelfall festgelegt wird. Die Beweispflicht für die Missbräuchlichkeit der Kündigung liegt beim Arbeitnehmer.

Mögliche negative Konsequenzen für Arbeitgeber:

- Einsprache des Arbeitnehmers gegen die Kündigung wegen Missbräuchlichkeit (→ muss während der Kündigungsfrist erfolgen)
- Klageerhebung innert 180 Tagen seit Ende des Arbeitsverhältnisses
- potenziell langwieriger und kostspieliger Prozess
- negative Auswirkungen auf das Betriebsklima (z.B. aufgrund der Einvernahme von weiteren Arbeitnehmern als Zeugen im Prozess)
- Strafzahlung von bis zu sechs Monatslöhnen bei Gutheissung der Klage
- Prozesskostenrisiko (Parteientschädigung und Gerichtskosten bei Streitwert über CHF 30 000.–)

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Fall die Einzelfallbeurteilung nochmals betont. Beim Entscheid, ob eine Kündigung eines langjährigen Mitarbeitenden im fortgeschrittenen Alter missbräuchlich ist oder nicht, ist auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen. Dies hat zur Folge, dass klare Regeln und Richtlinien fehlen. Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung der letzten Jahre teilweise widersprüchlich war, was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führt. Um einem langwierigen Konflikt vorzubeugen, lohnt es sich, bei einer geplanten Entlassung eines älteren, langjährigen Arbeitnehmers frühzeitig einen Experten beizuziehen.

FUSSNOTEN

- * Zur besseren Lesbarkeit wird nur die männliche Form genannt, die anderen Geschlechter sind stets mitgemeint.
- 1 BGer Urteil 4A_384/2014 vom 12.11.2014 E. 5.2.
- 2 BGE 132 III 115 E. 5.5.
- 3 BGer Urteil 4A_384/2014 vom 12.11.2014 E. 4.2.2.
- 4 BGer Urteil 4A_384/2014 vom 12.11.2014.
- 5 BGer 4A_72/2008 vom 02.04.2008.



AUTORIN

RA Sandra Küng, MLaw, LL.M., ist Partnerin bei UMBRICKT Rechtsanwälte und berät Klienten im In- und Ausland zu Fragen des Arbeitsrechts.