

# DIE MISSBRÄUCHLICHE ALTERSKÜNDIGUNG

Eine Kündigung, die alleine aufgrund des hohen Alters eines Arbeitnehmers ausgesprochen wird, ist missbräuchlich. Bei Kündigungen gegenüber älteren und langjährigen Mitarbeitenden besteht zudem eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers: Der Arbeitnehmer ist zu informieren und anzuhören, und es muss nach alternativen Lösungen gesucht werden, um die Kündigung zu vermeiden.

■ Von RA Sandra Küng

## Einschränkung des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit

Aufgrund des in der Schweiz herrschenden Prinzips der Kündigungsfreiheit sind dem OR unterstehende Arbeitsverträge grundsätzlich relativ leicht kündbar. In den letzten Jahren wurde das Prinzip der Kündigungsfreiheit durch die bündesgerichtliche Rechtsprechung jedoch vermehrt eingeschränkt. Insbesondere bei Kündigungen gegenüber älteren und langjährigen Arbeitnehmern wurden strenge Massstäbe angewendet, weshalb bei Kündigungen gegenüber dieser Arbeitnehmerkategorie besondere Vorsicht geboten ist.

## Alter als persönliche Eigenschaft im Sinne des Art. 336 Abs. 1 lit. a OR

Aufgrund von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn eine Partei sie wegen einer Eigenschaft ausspricht, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Das Alter einer Person ist eine persönliche Eigenschaft im Sinne des Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Deshalb ist eine alleine aufgrund des Alters einer Person ausgesprochene Kündigung missbräuchlich. Dennoch beruft sich das Bundesgericht bei der Beurteilung von Kündigungen älterer Arbeitnehmer regelmässig nicht auf Art. 336 Abs. 1 lit. a OR, sondern auf die Generalklausel von Art. 336 OR. Mit einer

Reihe von aufsehenerregenden Entscheiden hat das Bundesgericht die Fürsorgepflicht gegenüber älteren Mitarbeitenden mit vielen Dienstjahren mit Verweis auf Art. 336 OR erhöht.

## Missbräuchlichkeit aufgrund der Generalklausel von Art. 336 OR

Gemäss der ständigen bündesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR nicht abschliessend, vielmehr wird dadurch das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot konkretisiert. So sind etwa auch eine Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung und das Vorliegen eines krassen Missverhältnisses der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer Missbrauchstatbestände im Sinne des Art. 336 OR. Gegenüber älteren Mitarbeitenden ist gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts aufgrund der geltenden erhöhten arbeitgeberischen Fürsorgepflicht «ein möglichst schonendes, den gegenüberstehenden Interessen Rechnung tragendes Verhalten an den Tag zu legen».⁴ Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, welche das Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags des Arbeitnehmers und das Interesse des Arbeitgebers berücksichtigt. Beim Interesse des Arbeitnehmers ist insbesondere auch zu berücksichtigen, ob es ihm angesichts seines Alters wieder gelingen dürfte, eine neue Anstellung zu finden.⁵ Besonders zu berück-

sichtigen sind die noch verbleibende Zeit bis zur Pensionierung und die Anzahl der geleisteten Dienstjahre. Das Bundesgericht hat somit festgehalten, dass gegenüber Arbeitnehmern im «fortgeschrittenen Alter» mit «langer Dienstzeit» eine erhöhte Fürsorgepflicht besteht, dies jedoch ohne die beiden Begriffe zu konkretisieren.<sup>3</sup>

## «Fortgeschrittenes Alter» und «lange Dienstzeit» als massgebliche Kriterien

Aufgrund dieser fehlenden Konkretisierung haben die Gerichte weiterhin ein grosses Ermessen bei der Beurteilung des Einzelfalls. Es stellt sich die Frage, wie das «fortgeschrittene Alter» und die «lange Dienstzeit» zusammenspielen. 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 hat das Bundesgericht die Kündigung eines Arbeitnehmers mit 44 Dienstjahren, wenige Monate vor der Pensionierung, ohne betriebliche Notwendigkeit, als rechtsmissbräuchlich beurteilt. Die Kündigung eines 59-jährigen Arbeitnehmers mit elf bzw. 35 Dienstjahren (mit Unterbruch)

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.

aufgrund mangelhafter Arbeitsweise wurde als missbräuchlich qualifiziert, da dieser im Vorfeld nicht ausdrücklich auf die Kündigung aufmerksam gemacht wurde.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

## Erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt gegenüber Arbeitnehmern im fortgeschrittenen Alter mit einer langen Dienstzeit eine erhöhte arbeitgeberische Fürsorgepflicht. Das Gebot der schonenden Rechtsausübung ist zu beachten. Das Bundesgericht leitet daraus verschiedene Handlungsanweisungen für die Arbeitgeber ab. 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 zu vermeiden. 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.

Erhöhte Fürsorge bei älteren Arbeitnehmern:

- Zurückhaltung bei Kündigungen gegenüber älteren Arbeitnehmern mit langer Dienstzeit
- «Gebot der schonenden Rechtsausübung»
- Berücksichtigung der verbleibenden Zeit bis zur Pensionierung
- frühzeitige Information und Konsultation des Arbeitnehmers
- Suche nach alternativen Lösungen
- Kündigung als letzter Ausweg

4 BGer 4A\_384/2014 vom 12.11.2014.

5 BGer 4A\_72/2008 vom 2.4.2008.

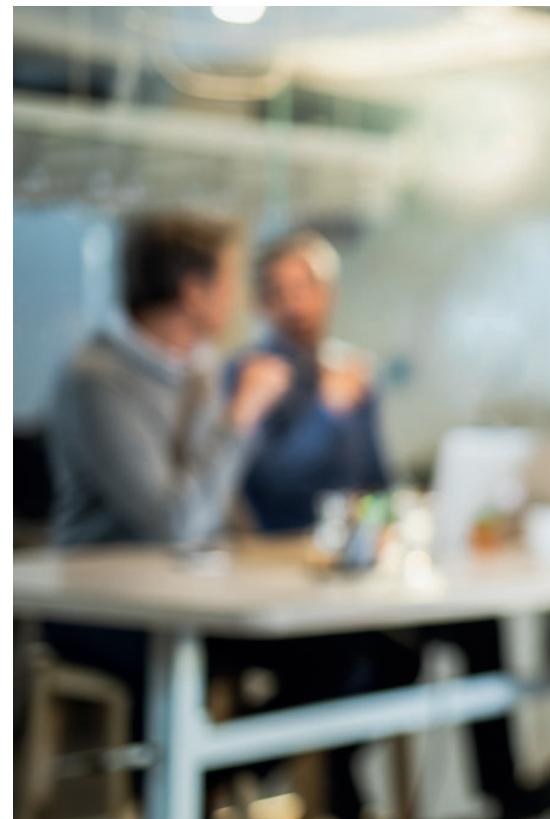
## Risiken bei Kündigungen von älteren Arbeitnehmenden

Bei einer Kündigung von Mitarbeitenden im fortgeschrittenen Alter besteht somit 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 Mitarbeitenden 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 negativen Konsequenzen für Arbeitgeber:

- Einsprache des Arbeitnehmers gegen die Kündigung wegen Missbräuchlichkeit (→ muss während der Kündigungsfrist erfolgen)
- Klageerhebung innert 180 Tagen seit Ende des Arbeitsverhältnisses
- Kündigung bleibt gültig
- 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 (Parteient-schädigung und Gerichtskosten bei Streitwert über CHF 30 000.-)

Die Gerichte nehmen bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Kün-



digung eine Einzelfallbeurteilung vor. Das heisst, beim Entscheid, ob eine Kündigung missbräuchlich ist oder nicht, wird auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abgestellt. Dies hat zur Folge, dass starre 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.

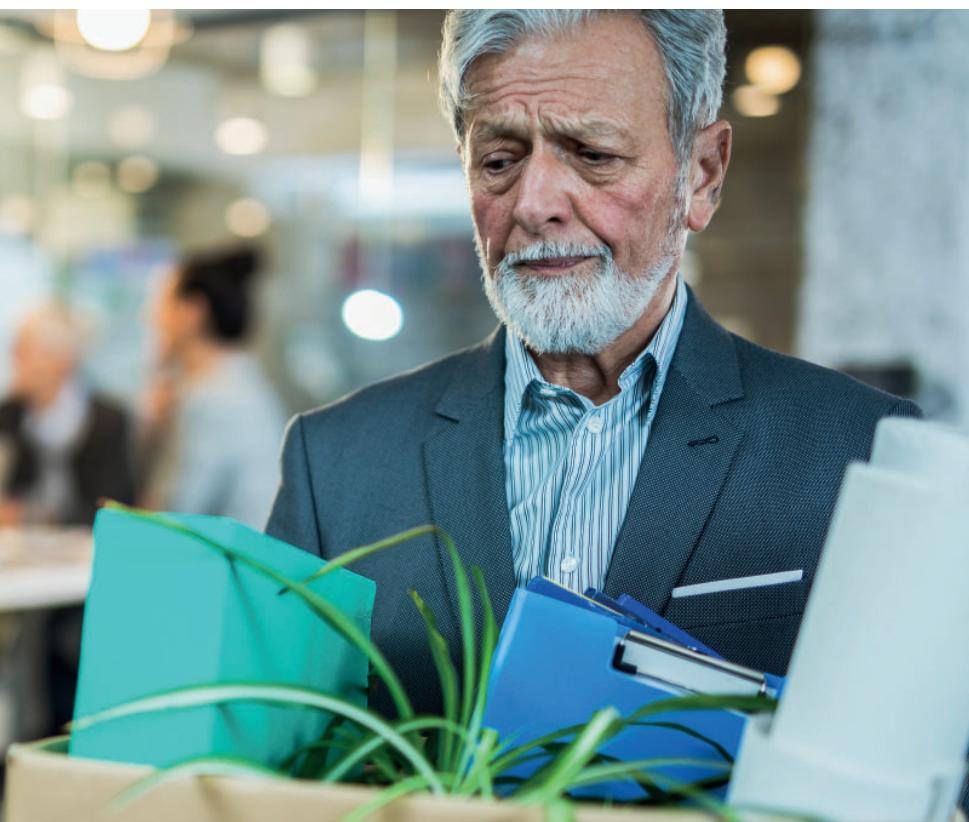
## Fragen und Antworten

### Erhöhte Fürsorgepflicht bei älteren und langjährigen Mitarbeitenden

Trotz verschiedener Entscheide fehlen klare Vorgaben des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der Alterskündigung.

**Frage:** Ist eine Alterskündigung missbräuchlich?

**Antwort:** Eine ausschliesslich aufgrund des hohen Alters eines Mitarbeiters ausgesprochene Kündigung ist aufgrund von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR missbräuchlich.



**Frage:** Ab wann ist ein Mitarbeiter gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im «fortgeschrittenen Alter»?

**Antwort:** Es gibt keine klare Altersgrenze; als allgemeiner Richtwert kann ab 55 Jahren von einem «fortgeschrittenen Alter» ausgegangen werden.

**Frage:** Ab wie vielen Dienstjahren gilt ein Mitarbeiter als langjähriger Mitarbeiter?

**Antwort:** Es gibt keine klaren Vorgaben; bereits sechs Dienstjahre können als lang gelten.

**Frage:** Welche Korrelation besteht zwischen dem fortgeschrittenen Alter und dem Dienstalter des Mitarbeiters?

**Antwort:** Je älter der Mitarbeiter ist, desto weniger hohe Anforderungen sind an die Dienstzeit zu richten und je länger die Dienstzeit, desto weniger hohe Anforderungen sind an das Alter zu stellen. Es gibt jedoch keine konkrete Formel, und es sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

**Frage:** Lässt sich eine aufgrund des hohen Alters ausgesprochene Kündigung also nicht rechtfertigen?

**Antwort:** Doch, eine infolge von altersbedingten Leistungseinbussen ausgesprochene Kündigung ist grundsätzlich zulässig, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr fähig ist, die ihm übertragenen Arbeit zu erledigen. Auch eine Kündigung, welche z.B. aufgrund der schwierigen Persönlichkeit des Arbeitnehmers ausgesprochen wird, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, ist nicht missbräuchlich, wenn die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt wird. Der Arbeitnehmer ist jedoch frühzeitig zu informieren und anzuhören. Es muss nach alternativen Lösungen gesucht werden, mit dem Ziel, die Kündigung zu verhindern. Dem Arbeitnehmer ist nach der Abmahnung zudem «eine letzte Chance» zu gewähren.

**Frage:** Was sind die möglichen rechtlichen Konsequenzen einer missbräuchlichen Alterskündigung?

**Antwort:** Der Arbeitnehmer kann die Kündigung gemäss Art. 336 ff. OR anfechten, indem er bis zum Ende der Kündigungsfrist gegen die Kündigung Einsprache erhebt. Wenn er danach innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage

anhängig macht, kann ihm der Richter eine Entschädigung in der Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen zusprechen. Ein arbeitsrechtlicher Prozess kann zudem negative Auswirkungen auf das Betriebsklima haben, wenn z.B. andere Arbeitnehmer als Zeugen aussagen müssen.

**Frage:** Bleibt die Kündigung trotzdem gültig oder muss der Arbeitnehmer wieder eingestellt werden?

**Antwort:** Die Kündigung bleibt trotzdem gültig. Es gibt auch bei einer Alterskündigung kein Recht auf Weiterbeschäftigung.

**Frage:** Was bedeutet die erhöhte Fürsorgepflicht bei älteren und langjährigen Mitarbeitenden für die Arbeitgeber?

**Antwort:** Das Bundesgericht leitet aus der erhöhten Fürsorgepflicht verschiedene Handlungsanweisungen für die Arbeitgeber ab. Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung zu informieren und ihn anzuhören. Es muss nach Lösungen gesucht werden, um das Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten und die Kündigung zu vermeiden. Nur wenn diese Massnahmen nicht fruchten, kann die Kündigung als letzter Ausweg ausgesprochen werden.

**Frage:** Muss ich den Kündigungsgrund bei der Kündigung zwingend angeben?

**Antwort:** Nein, der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, den Grund der Kündigung anlässlich der Kündigung mitzuteilen. Der Arbeitnehmer kann aber eine schriftliche Begründung der Kündigung verlangen, womit er prüfen kann, ob die Kündigung allenfalls missbräuchlich ausgesprochen wurde. Die Begründung sollte deshalb sorgfältig formuliert werden und es sollten keine unwahren Kündigungsgründe vorgeschenkt werden.

#### AUTORIN



**RA Sandra Küng, LL.M.**, ist Partnerin bei UMBREICH Rechtsanwälte und berät Klienten im In- und Ausland zu Fragen des Arbeitsrechts und des Vertragsrechts, mit einem besonderen Schwerpunkt auf Dispute Resolution.