

Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht > Arbeitsrecht > Kommentierung > Bund > Privates Individualarbeitsrecht > Art und Weise der Kündigung im Alter – Missbräuchlichkeit

Ansicht | Bearbeiten

Kommentierung  
Privates Individualarbeitsrecht



### Art und Weise der Kündigung im Alter – Missbräuchlichkeit?

Urteilsbesprechung BGer 4A\_117/2023 vom 15. Mai 2023



Leena Kriegers-Tejura, lic. iur., Rechtsanwältin, LL.M., Fachanwältin SAV Arbeitsrecht

#### Sachverhalt

Der Arbeitgeber A (Beschwerdeführer) ist Inhaber eines im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens. Der Arbeitnehmer B (Beschwerdegegner) arbeitete während rund 30 Jahren beim Arbeitgeber als Koch im Restaurant, zuletzt als stellvertretender Küchenchef. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis am 16. Juni 2020 schriftlich per Ende August 2020. Die Kündigung erfolgte rund 11 Monate vor der Pensionierung des damals 64-jährigen Arbeitnehmers.

Nach dem gescheiterten Schlichtungsversuch klagte der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht Zürich gegen den Arbeitgeber. Strittig war vor Gericht noch die Frage, ob die Kündigung missbräuchlich war; über die restlichen Punkte wurde anlässlich der Schlichtungsverhandlung ein Teilvergleich geschlossen.

Mit Urteil vom 16. August 2022 sprach das Arbeitsgericht dem Arbeitnehmer wegen missbräuchlicher Kündigung eine Entschädigung 4.5 Monatslöhnen zu, was einem Betrag von CHF 27'430.00 netto entsprach, nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2021. Im Mehrbetrag wies das Arbeitsgericht die Klage ab.

Die gegen den Entscheid des Arbeitsgerichtes erhobene Berufung des Arbeitgebers wies das Obergericht des Kantons Zürich am 12. Januar 2023 ab.

Der Arbeitgeber erhob Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht mit dem Begehren, die Klage des Arbeitnehmers abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Der Arbeitnehmer beantragte die Abweisung der Beschwerde des Arbeitgebers.

#### Argumente der Vorinstanzen

Die Erstinstanz hatte festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des 64-jährigen Arbeitnehmers gekündigt wurde, dies nach einer Dienstzeit von rund 30 Jahren. Diese Kündigung erfolgte rund 11 Monate vor der Pensionierung. Dies habe es dem teilweise arbeitsunfähigen Arbeitnehmer verunmöglicht, bis zur Pensionierung eine neue Stelle zu finden (E. 3.2). Dem Arbeitgeber sei dies offenkundig gewesen und er hätte daher den Arbeitnehmer rechtzeitig zur Kündigung anhören und nach Lösungen zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses suchen müssen (E. 3.2).

Der Arbeitgeber hatte in den Vorinstanzen geltend gemacht, dass die Kündigung aufgrund der Information der C AG erfolgte, welche bestätigte hatte, dass die Leistungen der Krankentaggeldversicherung per 23. Mai 2020 eingestellt würden. Diese Information, welche der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer übermittelt hatte, sei als Vorwarnung zur Kündigung zu verstehen gewesen (E. 3.3.1). Die Vorinstanz wendete ein, dass der Arbeitnehmer nach einer derart langen Arbeitsdauer nicht damit rechnen hätte müssen, dass die Einstellung der Krankentaggelder zu einer Kündigung führen würde.

Der Arbeitgeber brachte weiter hervor, die Kündigung sei nicht unerwartet gekommen, da die Sperrfrist von 180 Tagen abgelaufen sei. Auch dieses Argument verwarfen die Vorinstanzen mit dem gleichen Argument, dass der Arbeitnehmer nach 30 Jahren nicht mit einer Kündigung rechnen musste, nur weil die Sperrfrist abgelaufen war (E. 3.3.2).

Ein weiteres Argument des Arbeitgebers im kantonalen Verfahren war, dass der Arbeitnehmer mit der Kündigung den Lohnausfall von den anwendbaren Sozialversicherungen hätte einfordern können. Damit hätte der fehlende Lohnersatz kompensiert werden können. Die Vorinstanzen erwogen, dass selbst wenn die Kündigung für den Beschwerdegegner (Arbeitnehmer) die finanziell günstigere Lösung gewesen wäre, hätte der Arbeitgeber eine Pflicht gehabt, mit dem Arbeitnehmer zusammen nach einer sozialverträglicheren Alternative zur Kündigung zwecks Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses zu suchen. Dies vor dem Hintergrund, dass der Arbeitnehmer nicht voll arbeitsunfähig gewesen sei (E. 3.3.3).

Der Arbeitgeber brachte des Weiteren vor, dass er auf ein voll funktionierendes Team angewiesen und die Kündigung aus betrieblichen Gründen unabdingbar gewesen sei. Auch diese Argumentation überzeugte die Vorinstanzen nicht und sie hielten fest, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hätte der Arbeitgeber bei einem länger andauernden Arbeitsverhältnis und kurz vor der Pensionierung eine schonende Rechtsausübung vornehmen müssen (E. 3.3.4).

#### Erwägungen des Bundesgerichtes

Das Bundesgericht hielt fest, dass das Obligationenrecht keine Pflicht kenne, die Gegenpartei vor dem Aussprechen einer Kündigung anzuhören oder sie zunächst zu verwarnen. Ebenso wenig gäbe es im Privatrecht eine Pflicht, eine Kündigung einer Verhältnismässigkeitsprüfung zu unterziehen (E. 3.4.2). Im BGer-Urteil 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 erwog das Bundesgericht, für Arbeitnehmer im fortgeschrittenen Alter und mit langer Dienstzeit gelte eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Daraus leitete es ab, dass Arbeitgeber in solchen Fällen die Arbeitnehmer vorgängig zu informieren, anzuhören und nach alternativen Lösungen zu suchen haben. Dieser Entscheid wurde in der Praxis stark kritisiert. Auf die Kritik ging das Bundesgericht nicht im Einzelnen ein, sondern hielt lediglich fest, dass sich der Umfang der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auch bei älteren Arbeitnehmern aufgrund einer Gesamtwürdigen der jeweiligen Umstände bestimme (E. 3.4.2).

Die Vorinstanz habe festgehalten, dass eine Kündigung unter der Generalklausel von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR zu prüfen ist, wenn der Arbeitnehmer nach einer langen Dienstzeit beim Arbeitgeber kurz vor der Pensionierung stehe. In einer solchen Konstellation bestehe eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Dies bedeute nicht, dass eine Kündigung nicht möglich sei, wohl aber, dass eine schonende Rechtsausübung gefordert werde. Das bedeute namentlich, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer frühzeitig über die beabsichtigte Kündigung informiere und eine sozialverträglichere Alternative zumindest prüfe. Das Bundesgericht hielt fest, dass sich die Vorinstanz mit dieser Aussage nicht in Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung gesetzt habe (E. 3.4.3).

Dem Arbeitgeber war es nicht gelungen zu widerlegen, dass er mit dem Arbeitnehmer eine sozialverträglichere Alternative zur Kündigung gesucht habe, zumal der Arbeitnehmer nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht voll arbeitsunfähig gewesen sei. Die Vorinstanz qualifizierte die Art und Weise der Kündigung des Arbeitgebers im konkreten Fall daher als missbräuchlich und gemäss Bundesgericht zu Recht (E. 3.4.4).

Das Bundesgericht hielt auch fest, dass die Frage, ob eine Missbräuchlichkeit gegeben sei, eine Rechtsfrage sei, welche es frei prüfen könne. Den Vorinstanzen verbleibe allerdings ein gewisser Ermessensspielraum, in welches das Bundesgericht nicht ohne Not eingreife. Daher sei die Entscheidung der Vorinstanz, die Kündigung sei missbräuchlich, nicht zu beanstanden (E. 3.4.5 und 3.5). Die Beschwerde des Arbeitgebers wurde abgewiesen.

#### Kommentar/Empfehlungen

Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung zur erhöhten Fürsorgepflicht, macht zugleich aber deutlich, dass jeweils der Einzelfall entscheidend sei. Es seien immer die Gesamtumstände des Einzelfalles zu prüfen, um die Missbräuchlichkeit beurteilen zu können. Tatsächlich ist bei älteren und langjährigen Mitarbeitenden der Art und Weise der Kündigung Beachtung zu schenken. Es soll – wenn möglich – eine sozialverträglichere Lösung als eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses gesucht werden. Es bedarf einer schonenden Rechtsausübung. Deshalb sollen Arbeitgeber in solchen Konstellationen über die beabsichtigte Kündigung informieren und die Arbeitnehmenden sollen dazu angehört werden, mit dem Ziel das Arbeitsverhältnis aufrecht zu erhalten. Dies bedeute aber keineswegs, dass es einen absoluten Kündigungsschutz gebe und eine Kündigung bei dieser Personenkategorie nicht möglich sei. Denn dies würde das Prinzip der Kündigungsfreiheit in Frage stellen.

Dies hatte es in seinen Entscheiden 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021<sup>1</sup> oder 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022 ebenfalls so festgehalten. Im ersten Fall ging es um die Kündigung des Vorsitzenden einer Geschäftsleitung, bei welchem eine alternative Lösung im Betrieb nicht denkbar war. In diesem Fall war keine missbräuchliche Kündigung gegeben, obwohl der Arbeitnehmer älter und langjähriger Mitarbeiter war. Im zweiten Fall ging es um die Kündigung einer Mitarbeiterin, welche nur noch zehn Monate vom gesetzlichen Rentenalter entfernt war. Sie war allerdings schon sechs Monate krank gewesen und es war nicht klar, wann sie wieder an ihren Arbeitsplatz zurückkehren konnte und sie hatte auch keine Angaben dazu gemacht. Die Kündigung des Arbeitgebers war in diesem Fall auch nicht missbräuchlich.

Das Bundesgericht hat somit in jüngster Zeit, eine gewisse Relativierung vorgenommen. Dies ist zu begrüßen, denn das Prinzip der Kündigungsfreiheit geht vor. Für Arbeitgebende in der Praxis bedeutet es dennoch, eine gewisse Vorsicht bei der Kündigung von älteren und langjährigen Mitarbeitenden walten zu lassen und schonend vorzugehen. Es soll zunächst nach Alternativen gesucht werden, um eine Kündigung zu verhindern und die Mitarbeitenden sollen informiert und angehört werden. Es gibt verschiedene denkbare Szenarien, z.B. Pensionsreduktion, Versetzung, neuer Tätigkeitsbereich etc. Die Arbeitgebenden sind gut beraten, Möglichkeiten zu prüfen, bevor eine Kündigung ausgesprochen wird, wenn es um ältere und langjährige Mitarbeitende geht.

<sup>1</sup> Siehe dazu Kriegers-Tejura Leena, Missbräuchliche Kündigung eines CEO? Urteilsbesprechung BGer 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021, iusNet vom 14. Dezember 2021.

iusNet AR-SVR 20.02.2024

4A\_117/2023

15.05.2023

Bundesgericht

Arbeitsvertrag; missbräuchliche Kündigung;

4A\_390/2021

01.02.2022

Bundesgericht

Arbeitsvertrag (missbräuchliche Kündigung)

4A\_44/2021

02.06.2021

Bundesgericht

Missbräuchliche Kündigung

Urteilsbesprechung BGer 4A\_117/2023 vom 15. Mai 2023

#### Rechtsgebiet(e)

Privates Individualarbeitsrecht

#### Stichworte

[Alter](#) | [ältere Arbeitnehmende](#) | [Alterskündigung](#) | [Kündigung](#)

#### Inhalt

Newsletter Archiv  
Stichwortverzeichnis  
Autoren  
Abo bestellen

#### Schulthess Produkte

iusNet - alle Module  
Unser Fachkatalog  
Neuerscheinungen  
Zeitschriften  
Digitale Produkte  
Fachhandbuch

#### Kontakt

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2  
Postfach 2218  
CH-8021 Zürich  
Telefon +41 44 200 29 29  
Fax +41 44 200 29 48  
service@iusnet.ch  
www.schulthess.com