

NZZ

---

## **Das Alter ist kein valabler Kündigungsgrund**

Ältere Arbeitnehmer allein aufgrund ihres Alters zu entlassen, wäre missbräuchlich. Der Arbeitgeber ist gehalten, zunächst nach alternativen Lösungen zu suchen. Ziel ist es, eine Kündigung zu vermeiden.

Leena Kriegers-Tejura

03.12.2019, 14.14 Uhr



Bundesgerichtsentscheide legen nahe, dass man ab dem 55. Altersjahr als älterer Arbeitnehmer gilt.

Christian Beutler, KEYSTONE

Arbeitsverträge, die dem Obligationenrecht (OR) unterstehen, sind relativ leicht kündbar. In der Schweiz herrscht – mit einigen wenigen Einschränkungen und im Gegensatz zu anderen Ländern – das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Eine ordentliche Kündigung ist möglich, ohne dass diese speziell begründet werden muss. Wird eine Begründung verlangt, so hat die kündigende Partei eine solche nachzureichen.

Einschränkungen im Zusammenhang mit der ordentlichen Kündigung finden sich unter anderem in Artikel 336 OR. Dieser Artikel führt diverse Gründe auf, welche die Kündigung unter Umständen als missbräuchlich erscheinen lassen. Es handelt sich dabei um Kündigungsgründe, die unfair sind und gegen Treu und Glauben verstossen. So ist eine Kündigung dann missbräuchlich, wenn sie aufgrund persönlicher Eigenschaften einer Person ausgesprochen wird. Neben dem Geschlecht, dem Familienstand, der Rasse, Nationalität oder der sexuellen Orientierung gehört auch das

Alter in diese Kategorie. Eine Kündigung, die einzig deshalb erfolgt, weil jemand alt ist, wäre missbräuchlich. Nur wenn diese Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt, liegt keine Missbräuchlichkeit vor. Sind ältere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht mehr fähig, die Arbeit zu bewältigen, etwa aufgrund neuer Technologien, hängt das mit dem Arbeitsverhältnis zusammen. Würden sie deshalb gekündigt, so wäre das nicht missbräuchlich.

Die Aufzählung in Artikel 336 OR ist nicht abschliessend, und Praxisentscheide zeigen, dass die Gerichte weitere Gründe für eine missbräuchliche Kündigung anerkennen. So kann die Art und Weise der Kündigung selber missbräuchlich sein. Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Missbräuchlich wäre etwa ein falsches Spiel, das gegen Treu und Glauben verstösst.

Auch Kündigungen von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern, welche gegenüber älteren und langjährigen Mitarbeitenden ausgesprochen werden, können missbräuchlich sein, obwohl das Gesetz einen solchen Kündigungsschutz nicht explizit vorsieht. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist jedoch abzuleiten, dass Arbeitgeber bei Kündigungen von älteren und langjährigen Mitarbeitenden einer erhöhten Fürsorgepflicht unterstehen.

## **Nach Alternativen suchen**

Für Arbeitgeberinnen heisst dies, dass sie bei einer Kündigung dieser Arbeitnehmerkategorie besonders vorsichtig vorgehen

müssen (Gebot der schonenden Rechtsausübung). Aus dieser erhöhten Fürsorgepflicht leitet das Bundesgericht diverse Handlungsanweisungen für die Arbeitgeber ab:

Zunächst einmal haben Arbeitgeber ihre Angestellten rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung zu informieren und anzuhören.

Dann sind Arbeitgeber verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, die es erlauben, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen und eine Kündigung zu vermeiden. Dies kann durch Einzel- und Gruppengespräche, Fristansetzung und Zielvereinbarungen, Coachings, Fortbildungen oder eine Vereinbarung von konkreten Verhaltensweisen oder ähnlichen Massnahmen geschehen. Nur wenn diese Massnahmen nicht fruchten und der Arbeitgeber seiner erhöhten Fürsorgepflicht nachgekommen ist, soll die Kündigung als letzter Ausweg erfolgen und gilt nicht als missbräuchlich.

Wer gilt nun aber als älterer Mitarbeiter, und wer gilt als langjährig tätig? Das Bundesgericht legt nicht eindeutig fest, wann Arbeitgeber eine erhöhte Fürsorgepflicht haben. Doch kann aufgrund der verschiedenen bisher gefällten Entscheide von folgender Faustregel ausgegangen werden: Personen ab dem 55. Altersjahr fallen in diese Kategorie der älteren Arbeitnehmer. Angestellte, die zwischen 6 und 20 Jahren bei einem Unternehmen gearbeitet haben, gelten als langjährig. Je älter ein Mitarbeiter ist, desto weniger lang dürfte die geforderte Anstellungsdauer sein, um als Unternehmen der erhöhten Fürsorgepflicht nachkommen zu müssen.

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass eine missbräuchliche Kündigung gültig ist. Auch wenn in einem Gerichtsverfahren die Missbräuchlichkeit festgestellt wird, führt diese nach geltendem Recht grundsätzlich nicht zur Aufhebung der Kündigung, sondern es bleibt bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Die Arbeitnehmerin kann lediglich eine Entschädigung von maximal 6 Monatslöhnen fordern. Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgelegt. Um die Entschädigung geltend zu machen, muss die Arbeitnehmerin zunächst innerhalb der Kündigungsfrist Einsprache gegen die Kündigung erheben. Kommt es zu keiner Einigung zwischen den Parteien – was de facto sehr häufig der Fall ist –, muss die Arbeitnehmerin innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Klage beim Gericht einreichen, da die Forderung auf eine Entschädigung andernfalls verwirkt ist. Zu beachten ist, dass die klagende Arbeitnehmerin den Beweis der Missbräuchlichkeit erbringen muss.

## **Einzelfall ist massgebend**

Bei älteren Mitarbeitern mag eine Entschädigung kurzfristig über einen Stellenverlust hinweghelfen. Den Stellenverlust damit zu kompensieren, ist jedoch kaum möglich, zumal die Erfahrung zeigt, dass ältere Mitarbeiter oft langzeitarbeitslos werden.

Auch wenn die Rechtsprechung eine erhöhte Fürsorgepflicht fordert, heisst das nicht, dass Kündigungen gegenüber älteren und langjährigen Mitarbeitern immer missbräuchlich wären. Massgebend ist letztlich immer der Einzelfall. Ein absoluter Kündigungsschutz für diese Arbeitnehmerkategorie besteht jedoch weiterhin nicht, und der Grundsatz der

Kündigungsfreiheit bleibt bestehen. Arbeitgeber sind jedoch gut beraten, bei der Kündigung von älteren und langjährigen Mitarbeitern Zurückhaltung zu üben und die geforderte erhöhte Fürsorgepflicht zu wahren.

---

Leena Kriegers-Tejura, LL.M., Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, ist Partnerin der Kanzlei Morad, Bürgi & Partner in Zürich. Sie berät inländische und ausländische Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

---

## Neueste Artikel >



**Nach einem Wortgefecht mit dem Partner legt sich eine Betrunkene auf die Strasse. Die Frau wird von einem Auto überfahren. Der Lenker sagt: «Ich wünschte, ich wäre einfach woanders durchgefahren»**

vor 1 Stunde ⌚ 4 min

