



Dokument	SJZ 117/2021 S. 51
Autor	Leena Kriegers-Tejura
Titel	Missbräuchliche Kündigungen des Arbeitgebers
Seiten	51-57
Publikation	Schweizerische Juristen-Zeitung
Herausgeber / Redaktion	Omar Abo Youssef (Red.), Pascal Hachem (Red.), Pascal Pichonnaz (Red.), Meinrad Vetter (Red.)
Frühere Herausgeber	Gaudenz G. Zindel (Red.)
ISSN	0036-7613
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

SJZ 117/2021 S. 51

Missbräuchliche Kündigungen des Arbeitgebers

Wie können diese vermieden werden?

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

Bei privatrechtlichen Anstellungen in der Schweiz gilt das Prinzip der Kündigungsfreiheit, was Ausfluss der Vertragsfreiheit ist. Demnach können Arbeitsverträge von Arbeitgebenden wie von Arbeitnehmenden jederzeit ohne Angaben von Gründen gekündigt werden. Einzuhalten sind selbstverständlich die vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen wie Kündigungsfristen oder Vorgaben zur Form der Kündigung. Obwohl diese Regelung für beide Parteien im Arbeitsverhältnis gilt, ist vor allem die Arbeitgeberkündigung von Interesse, da bei dieser oft die Missbräuchlichkeit durch den Arbeitnehmer geltend gemacht wird. Mit dieser Problematik setzt sich der folgende Beitrag auseinander, der mithilfe der Gerichtspraxis aufzeigt, was zu beachten ist, um dem Vorwurf der Missbräuchlichkeit Vorhalt zu gebieten.

Les contrats de droit privé sont soumis en Suisse au principe de la liberté de résilier, émanation de la liberté contractuelle. Partant, les contrats de travail peuvent être résiliés par l'employeur et l'employé en tout temps, sans indication de motifs. Bien sûr, il faut respecter les règles contractuelles et légales relatives aux délais de résiliation ou les exigences sur la forme de celle-ci. Bien que ces règles valent pour les deux parties au contrat, c'est surtout la résiliation par l'employeur qui est intéressante, car souvent l'employé invoquera le caractère abusif de celle-ci. La présente contribution traite de ce problème et démontre, à l'aide de la jurisprudence, à quoi il faut veiller pour éviter le reproche du caractère abusif de la résiliation. (P.P.)

I. Einschränkung der Kündigungsfreiheit durch das Missbrauchsverbot

Die Kündigungsfreiheit kann durch eine gesetzliche Grundlage eingeschränkt werden, was im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen (z.B. Bund, Kanton, Gemeinde, Stadt etc.) regelmässig der Fall ist. Hier ist jeweils ein sachlicher Grund für eine Arbeitgeberkündigung¹ erforderlich (vgl. z.B. Art. 10 Abs. 2

* lic. iur. Leena Kriegers-Tejura, LL.M., Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, ist Rechtsanwältin und Partnerin bei der Anwaltskanzlei Morad, Bürgi & Partner in Zürich. Zudem ist sie Dozentin für Arbeits- und Wirtschaftsrecht an diversen Höheren Fachschulen und Erwachsenenbildungsinstituten.

¹ Der Einfachheit halber wird im folgenden Beitrag die männliche oder die neutrale Form verwendet. Die weibliche Form ist darin als enthalten zu betrachten.



Bundespersonalgesetz oder § 18 Abs. 2 Personalgesetz Kanton Zürich). Die öffentlichen-rechtlichen Bestimmungen variieren je nachdem, welcher Arbeitgeber betroffen ist. Das Obligationenrecht ist nicht anwendbar, es sei denn, es wird darauf verwiesen. In öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen ist daher zunächst zu klären, welche Grundlagen anwendbar sind, und dann ist zu prüfen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die Kündigung erfolgen kann. Standardmässig muss einem Mitarbeiter das rechtliche Gehör gewährt werden, bevor eine ihn belastende Anordnung (z.B. Kündigung) ergeht. Die Kündigung muss zudem sachlich begründet sein und die Massnahme (Auflösung des Arbeitsverhältnisses) muss verhältnismässig sein.

Im Folgenden wird nicht näher auf das öffentliche Personalrecht eingegangen, sondern auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, welche dem Obligationenrecht unterstehen. Obwohl im Prinzip die Kündigungsfreiheit herrscht, gibt es auch hier gewisse Grenzen. So sind zeitliche ([Art. 336c OR](#)) und sachliche ([Art. 336 ff. OR](#)) Schranken bei der Kündigung zu beachten.

SJZ 117/2021 S. 51, 52

Dieser Artikel setzt sich mit dem Missbrauchsverbot ([Art. 336 ff. OR](#)) auseinander. Das Bundesgericht stellt regelmässig fest, dass eine Kündigung dann missbräuchlich ist, wenn sie aus bestimmten Gründen ausgesprochen wird, welche in [Art. 336 OR](#) umschrieben sind, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist.²

Im Privatrecht gibt es demnach keine absolute Kündigungsfreiheit bei Arbeitsverhältnissen. Aufgrund der relativ umfangreichen Gerichtspraxis zur missbräuchlichen Kündigung kann angemerkt werden, dass es nicht immer einfach ist zu entscheiden, ob eine Missbräuchlichkeit vorliegt. Die Richter haben ein Ermessen bei der Beurteilung, weshalb eine gewisse Unsicherheit bleibt.

Welche Verhaltensweisen sollten im Vorfeld einer Kündigung erfolgen, insbesondere mit Bezug auf gewisse Kategorien von Arbeitnehmenden, um die Missbräuchlichkeit einer Kündigung zu vermeiden? Ein Überblick über die Missbrauchstatbestände sowie ausgewählte Bundesgerichtsentscheide, welche diverse Missbrauchstatbestände aufzeigen, gibt Aufschluss.

II. Gesetzliche und «aussergesetzliche» Missbrauchstatbestände

[Art. 336 OR](#) enthält eine Aufzählung von Missbrauchstatbeständen. So ist eine Kündigung gemäss [Art. 336 Abs. 1 OR](#) missbräuchlich, wenn sie von einer Partei (Arbeitgeber oder Arbeitnehmer) ausgesprochen wird

wegen einer Eigenschaft, 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;

weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb;

ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln;

weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht;

weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt.

Absatz zwei enthält weitere Missbrauchstatbestände im Zusammenhang mit der Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu einem Arbeitnehmerverband oder einer gewerkschaftlichen Tätigkeit. Die Missbräuchlichkeit kann sich sodann auch im Rahmen der Massenentlassung ergeben, wenn Arbeitgebende gewisse Verfahrensvorschriften nicht beachten.

Das Bundesgericht hat in seiner ständigen Rechtsprechung festgehalten, dass dieser Artikel nicht abschliessend ist. So sind weitere Missbrauchstatbestände denkbar, was jedoch voraussetzt, **dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere ausweisen, die mit jener der in [Art. 336 OR](#) ausdrücklich aufgeführten Tatbestände vergleichbar sind.**³ Dies hat dazu geführt, dass die kantonale Gerichts- bzw. die Bundesgerichtspraxis diverse **weitere Missbrauchstatbestände anerkannt hat.** Diese Praxis macht es für Arbeitgebende oder deren Berater schwierig, im Vorfeld zweifelsfrei zu entscheiden, ob eine missbräuchliche Kündigung vorliegen könnte. Insbesondere ist es nicht ohne Weiteres klar, welche

² [BGE 132 III 115 E. 2.1.](#)

³ [BGE 136 III 515 E. 2.3.](#)



Massnahmen Arbeitgebende im Vorfeld treffen müssen, um mit Sicherheit die Missbräuchlichkeit zu verhindern.

Pro memoria sei darauf hingewiesen, dass der sachliche Kündigungsschutz auch durch einen Einzelarbeitsvertrag, ein Reglement (soweit dieses Vertragsbestandteil geworden ist) oder durch einen Gesamtarbeitsvertrag erweitert werden kann.

III. «Aussergesetzliche» Missbrauchstatbestände im Besonderen

Die Gerichtspraxis hat zu einem Katalog von «*aussergesetzlichen*» *Missbrauchstatbeständen* geführt, welche wie folgt gegliedert werden können:

Art und Weise der Kündigung bzw. die Verletzung der schonenden Rechtsausübung bei der Ausübung des Kündigungsrechts;

falsches Spiel des Arbeitgebers im Rahmen eines Kündigungsprozesses oder auch widersprüchliches Verhalten;

krasses Missverhältnis der auf dem Spiele stehenden Interessen;

Versuch, unbillige Änderungen mittels Änderungskündigung einzuführen;

Verletzung der Fürsorgepflicht.

SJZ 117/2021 S. 51, 53

Das Bundesgericht hat in den letzten Jahren vermehrt die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden im Rahmen einer Kündigung in den Fokus gerückt. Wird diese verletzt, führt das ebenfalls zu einer Missbräuchlichkeit. Bei den «*Alterskündigungen*» hat das Bundesgericht die «*erhöhte Fürsorgepflicht*» eingeführt und bei Konfliktkündigungen/Mobbingkündigungen erwartet die Praxis von Arbeitgebenden diverse Massnahmen, bevor die Kündigung ausgesprochen wird, ebenso, wenn die Gesundheit eines Arbeitnehmers im Raum steht.

IV. Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Kündigung

Ob ein gesetzlicher, ein «aussergesetzlicher» oder ein weiterer vertraglicher Missbrauchstatbestand vorliegt, spielt für deren Rechtsfolge keine Rolle. Sämtliche Missbrauchstatbestände führen «*nur*» zu einer Strafzahlung und nicht zur Nichtigkeit der Kündigung.⁴ Das Bundesgericht hielt fest, dass mangels einer speziell vorgesehenen Sanktion von einer Missbräuchlichkeit und nicht von einer Nichtigkeit auszugehen sei, denn regelmässig solle der Rechtsschutz ergänzt oder geklärt werden.

Formal sind die weiteren anerkannten Missbrauchstatbestände unter die Generalklausel von [Art. 336 OR](#) zu subsumieren und nicht unter [Art. 2 ZGB](#). Dies scheint wichtig, denn [Art. 2 ZGB](#) verlangt einen offenbaren Rechtsmissbrauch, [Art. 336 OR](#) jedoch nicht.

A. Praxisentscheide zu den «aussergesetzlichen» Missbrauchstatbeständen

1. Art und Weise der Ausübung der Kündigung bzw. Verletzung der schonenden Rechtsausübung im Kündigungsverfahren

Im Privatrecht müssen Arbeitgebende grundsätzlich Arbeitnehmende nicht vorgängig zu einer Kündigung anhören. Ebenso wenig muss eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen werden und Kündigungen müssen im ersten Schritt nicht begründet werden. Die Anerkennung der erhöhten Fürsorgepflicht hingegen führt zur Abschwächung dieses Grundsatzes bei älteren und langjährigen Mitarbeitenden.

Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot der schonenden Rechtsausübung beachten.⁵ Insbesondere ist darauf zu achten, dass die Persönlichkeit des Arbeitnehmers bei der Kündigung nicht verletzt wird (vgl. [Art. 328 OR](#)).

⁴ BGer [4A 316/2012 vom 1. November 2012 E 2.2.](#)

⁵ BGer [4A 430/2010 vom 15. November 2010 E. 2.1.2.](#)



Bei der Kündigung einer Arbeitnehmerin, die anschliessend sofort freigestellt und vom Arbeitsplatz hinausbegleitet wurde, entschied das Bundesgericht, es handle sich um eine missbräuchliche Kündigung. Der Mitarbeiterin konnten keine Verfehlungen nachgewiesen werden, weshalb die Art und Weise der Kündigung im konkreten Fall missbräuchlich war.⁶

In einem anderen Fall⁷ hingegen wurde die ähnliche Vorgehensweise des Arbeitgebers geschützt. Auch hier wurde der gekündigte Mitarbeiter freigestellt und es wurde ihm verboten, sich weiterhin auf dem Betriebsgelände aufzuhalten. So konnte sich der Mitarbeiter insbesondere nicht richtig verabschieden, was dieser als Persönlichkeitsverletzung taxierte. Die Arbeitgeberin argumentierte damit, dass der Mitarbeiter ohne Ermächtigung Ferien bezogen habe, weshalb ein Vertrauensbruch vorlag. Die Ferien waren nicht bewilligt gewesen und als Betriebsleiter hätte der Arbeitnehmer sich die Zustimmung einholen müssen, bevor er der Arbeit fernblieb. Die Kündigung erfolgte gleich nach der Rückkehr des Mitarbeiters. Das Bundesgericht erachtete hier die Art und Weise der Kündigung als nicht missbräuchlich. Auch die Tatsache, dass er sich auf dem Betriebsgelände nicht verabschieden konnte, wog nicht so schwer, um von einer Persönlichkeitsverletzung zu sprechen. Das subjektive Empfinden des Mitarbeiters reichte nicht für die Annahme einer Missbräuchlichkeit.

Die gleichen Verhaltensweisen können demnach unterschiedliche Konsequenzen zur Folge haben. Massgebend ist und bleibt der Einzelfall, der letztlich die Grundlage für die Entscheidung liefert. Wichtig ist daher immer, was im konkreten Fall vorher alles vorgefallen war/ist. Diese Beispiele zeigen auf, wie man bei der Art und Weise durchaus Rücksicht nehmen kann/muss. Ob z.B. ein Hinausbegleiten eines Mitarbeiters vor der ganzen Belegschaft oder das Aussprechen eines Hausverbotes im Einzelfall gerechtfertigt erscheint, ist letztlich eine Ermessensfrage. Wenn solche Massnahmen nicht zwin-

SJZ 117/2021 S. 51, 54

gend nötig erscheinen, sollten Arbeitgebende eher davon absehen und diskreter vorgehen.

2. Falsches Spiel

Spielt der Arbeitgeber ein falsches und verdecktes Spiel, das dem Grundsatz von Treu und Glauben krass widerspricht, ist die Kündigung ebenfalls missbräuchlich.⁸

So war die Kündigung einer Kaderperson, welcher kein Vorwurf gemacht werden konnte, vom Bundesgericht als missbräuchlich deklariert worden. Ein Mitarbeiter der Kaderperson hatte eine widerrechtliche Handlung begangen, die Kaderperson hatte damit jedoch nachweislich nichts zu tun. Bei der Entlassung war der Arbeitnehmer 52 Jahre alt und bereits 26 lang in der Bank tätig. Ausserdem hatte er immer beste Arbeit geleistet. Die Arbeitgeberin kündigte dem Arbeitnehmer trotzdem, letztlich um ihr eigenes Ansehen zu wahren. Die Bank wollte bei Dritten den Eindruck erwecken, man nehme die Problematik ernst und ziehe Konsequenzen. Dies erachtete das Bundesgericht als Persönlichkeitsverletzung und bestätigte den Entscheid der Vorinstanz.⁹

3. Krasses Missverhältnis der Interessen

Wenn die Interessen des Arbeitgebers zu den Interessen des Arbeitnehmers im krassen Widerspruch stehen, kann eine Kündigung als missbräuchlich erscheinen.

Die Kündigung eines 64-jährigen Agent d'exploitation mit gut zwölf Dienstjahren, welche ein Jahr vor der Pensionierung ausgesprochen wurde, erachtete das Bundesgericht als missbräuchlich. Obwohl der Mitarbeiter mit Motivationsproblemen zu kämpfen hatte, erfüllte er gemäss den Leistungsbeurteilungen die Arbeit immer noch mehr oder weniger gemäss den Erwartungen des Arbeitgebers. Es gab keine Hinweise auf schlechte Leistungen. Zudem hatte der Arbeitgeber keine förmliche Mitteilung gemacht, dass eine Kündigung im Raum stünde, oder eine weniger einschneidende Massnahme gesucht.¹⁰

Dieser Fall zeigt deutlich, dass die Interessen des Arbeitgebers an einer Auflösung nicht im Verhältnis zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers standen. Die Aspekte der «erhöhten Fürsorgepflicht» spielten auch eine Rolle. Arbeitgeber müssen sich daher bei einer Kündigung gut überlegen, ob die Interessen eines Arbeitnehmers an einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses höher zu gewichten sein könnten als die

⁶ BGer [4A_92/2017 vom 2. Juni 2017 E. 2.5.](#)

⁷ BGer [4A_280/2017 vom 7. September 2017.](#)

⁸ [BGE 131 III 535 E. 4.2;](#) [BGE 125 III 70 E. 2b.](#)

⁹ [BGE 131 III 535, E. 4.2.](#)

¹⁰ BGer [4A_558/2012 vom 18. Februar 2013 E. 2.](#)



Entlassung selber. Natürlich ist dies wiederum eine Ermessensfrage. Berücksichtigen sollten Arbeitgebende, dass bei älteren Arbeitnehmern diese Frage eher ins Gewicht fallen dürfte.

4. Änderungskündigung

Eine Änderungskündigung ist grundsätzlich ein zulässiges Mittel, um Arbeitsbedingungen anzupassen. Missbräuchlich ist sie dann, wenn Arbeitgebende versuchen, vertragliche Regeln zu missachten. Dies trifft zu, wenn der Arbeitgeber versucht, schlechtere Arbeitsbedingungen ohne Einhaltung der Kündigungsvorschriften einzuführen oder Arbeitsbedingungen durchzusetzen, für die es keine stichhaltigen Gründe gibt. Keine Missbräuchlichkeit liegt hingegen bei Änderungskündigung infolge finanzieller Schwierigkeiten vor.¹¹

Versucht der Arbeitgeber eine unbillige Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen durchzusetzen, für die weder marktbedingte noch betriebliche Gründe bestehen, und wenn die Kündigung als Druckmittel verwendet wird, um die Arbeitnehmerin zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen, liegt Missbräuchlichkeit vor.¹²

Dieser Ansatz ist m.E. problematisch, da sich die Richter über betriebliche Gründe oder marktgerechte Bedingungen äussern. Auch wenn dies Fragen aufwirft, muss damit gerechnet werden, dass eine marktbedingte oder betriebliche Beurteilung durch die Richter zu einem anderen Schluss führen und eine Kündigung letztlich als missbräuchlich angesehen wird. Entsprechend sollten bei einer Änderungskündigung die Änderungen gut begründet sein, sodass im Streitfall auch die Richter überzeugt werden können, dass diese sachgerecht war.

5. Erhöhte Fürsorgepflicht

In den letzten Jahren hat sich vermehrt gezeigt, dass Arbeitgebende durch die Pflicht zur erhöhten Fürsorgepflicht in ihrer Kündigungsfreiheit eingeschränkt sind. Diese erhöhte Fürsorgepflicht wurde im Leading Case

SJZ 117/2021 S. 51, 55

aus dem Jahre 2005¹³ anerkannt und hat bis heute Gültigkeit.

a) Leading Case

Einem Heizungsmonteur mit 44 Dienstjahren wurde 14 Monate vor der Pension gekündigt. Als Grund gab die Arbeitgeberin Spannungen mit dem Vorgesetzten sowie die Weigerung des Arbeitnehmers, Massnahmen zur Produktivitätssteigerung mitzutragen, an.

Interessanterweise erkannte die erste Instanz die missbräuchliche Kündigung an, die zweite Instanz vertrat hingegen die Meinung, die Kündigung sei wegen des Verhaltens des Arbeitnehmers ausgesprochen worden. Zudem habe der Arbeitnehmer nicht bewiesen, dass die Kündigung altersbedingt erfolgt sei. Das Vorgehen des Arbeitgebers sei moralisch zwar verwerflich, aber rechtlich nicht als missbräuchlich zu qualifizieren. Das Bundesgericht verwarf diese Argumentation zu Recht. Die Vorinstanz hatte übersehen, dass im konkreten Fall eine erhöhte Fürsorgepflicht bestand. Der Arbeitgeber hatte sich nicht ansatzweise bemüht, eine Lösung des Problems zu suchen. Es wurde überhaupt nicht probiert, den Konflikt zwischen den Parteien zu lösen, und die Kündigung eines älteren und langjährigen Mitarbeiters ohne Vorwarnung durch den Arbeitgeber sei klar missbräuchlich. Der Arbeitgeber hätte dafür sorgen müssen, dass der Arbeitnehmer so kurz vor der Pension seine Arbeit ohne finanzielle Einbussen noch beenden konnte, sofern keine gewichtigen Gründe dagegensprachen.

Das Bundesgericht argumentierte:

Der Arbeitgeber habe das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzt. Der Arbeitgeber hatte weder Gespräche noch Lösungen gesucht, um eine sofortige Entlassung zu verhindern, also letztlich keine sozialverträgliche Lösung gesucht.

Die erhöhte Fürsorgepflicht wurde angesichts der Dienstjahre des Mitarbeiters verletzt.

¹¹ BGer E [4A_555/2011 vom 23. Februar 2012 E. 2.3.](#)

¹² [BGE 123 III 246 E. 3b](#), [BGE 118 II 157 E. 4b/bb.](#)

¹³ [BGE 132 III 115.](#)



Es bestand ein krasses Missverhältnis zwischen den auf dem Spiel stehenden Interessen. Es sei nicht zu erwarten, dass der Arbeitnehmer kurz vor der Pension nochmals eine neue Stelle finde, was zu einer Einkommenseinbusse führe, was im Verhältnis zu den Interessen des Arbeitgebers höher zu gewichten sei.

Die hier entwickelte Praxis wurde in nachfolgenden Entscheiden immer wieder bestätigt. Allerdings ist die Gerichtspraxis sehr heterogen. Aufgrund dessen lässt sich schwer voraussagen, wann bei «älteren und langjährigen» Mitarbeitern die Kündigung missbräuchlich ist. Insbesondere macht das Bundesgericht bis heute keine klare Aussage zum Begriff «alter». Auch der Begriff «langjährig» ist relativ und wird ebenfalls nicht eindeutig definiert. Verschiedene Autoren bieten dazu Ansätze, um zumindest einen Anhaltspunkt zu erhalten.¹⁴ Schaut man diverse gesetzliche Bestimmungen des [OR](#) an, welche an das Alter anknüpfen, z.B. Personalvorsorgebestimmungen in [Art. 331d Abs. 4 OR](#) oder die Abgangsentschädigung von [Art. 339b OR](#), ist zu erkennen, dass bereits ab dem 50. Altersjahr gewisse Privilegierungen vorgesehen sind. Im Arbeitslosenversicherungsrecht gibt es ab 55 Jahren für eine längere Dauer Taggelder. Und in der beruflichen Vorsorge wird häufig an das 58. Altersjahr angeknüpft.¹⁵ M.E. lässt sich durchaus vertreten, dass als «alter» bereits Arbeitnehmer ab ca. 55 Jahren gelten und «Langjährigkeit» liegt unter Berücksichtigung der Gerichtspraxis ab ca. 6 Dienstjahren vor. Das Bundesgericht hat sich vermutlich bewusst nicht dazu geäußert, damit jeder Einzelfall für sich alleine beurteilt werden kann, was jedoch in der Praxis viele offene Fragen aufwirft. Deshalb ist den Arbeitgebenden zu raten, bei Arbeitnehmern ab dem 55. Altersjahr vorsichtiger zu sein und sich gut zu überlegen, ob vor dem Aussprechen einer Kündigung weitere Massnahmen nötig sein könnten (Gespräche, Zielvereinbarungen, Coachings, Neuzuteilung von Aufgaben, Funktionsänderung etc.).

b) Weitere Bundesgerichtsentscheide

Die Auswahl von Entscheiden soll beispielhaft zeigen, wie diese Praxis in den letzten Jahren angewendet wurde.

64-jähriger Mitarbeiter mit gut 12 Dienstjahren: Die Kündigung war missbräuchlich, denn ca. zwei Monate
SJZ 117/2021 S. 51, 56

zuvor hatte der Arbeitnehmer eine mehr oder weniger zufriedenstellende Beurteilung erhalten und seine Leistungen waren zum Zeitpunkt der Kündigung immer noch genügend.¹⁶

60-jähriger Mitarbeiter mit 25 Dienstjahren: Die Kündigung war missbräuchlich mit der Begründung, der Arbeitgeber habe zu wenig unternommen, um zu prüfen, ob der Mitarbeiter hätte weiterbeschäftigt werden können.¹⁷

59-jähriger Arbeitnehmer mit 11 Dienstjahren (35 Dienstjahre mit Unterbrüchen): Die Kündigung war missbräuchlich, obwohl der Arbeitgeber diverse Massnahmen nach einem Burn-out des Mitarbeiters getroffen hatte.¹⁸

57-jähriger Offsetdrucker mit 33 Dienstjahren: Die Kündigung war nicht missbräuchlich, denn die Kündigung erfolgte unbestrittenermassen aus wirtschaftlichen Gründen und bis zur Pensionierung waren es noch rund 8 Jahre. Die Analogie zum Leading Case [BGE 132 III 115](#) wurde ausgeschlossen.¹⁹

55-jähriger Mechaniker mit 27 Dienstjahren: Die Kündigung war nicht missbräuchlich, weil die Leistungen des Arbeitnehmers nicht mehr den Anforderungen entsprachen.²⁰ Dieser Entscheid zeigt deutlich auf, dass eine leistungsabhängige Kündigung erlaubt sein muss. Dem Arbeitgeber ist zu empfehlen,

¹⁴ Denis Humbert, Die Alterskündigung, [AJP 2015, 868–884](#); Denis Humbert, Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von [Art. 336 OR](#) und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers, [AJP 2011, 1471–1484](#). Jean-Fritz Stöckli, Missbräuchliche Entlassung eines älteren Arbeitnehmers, Urteilsbesprechung [4A 384/2014](#) in: ARV 2015, 17 f.; Karine Lempen, L'évolution de la protection contre le licenciement abusif, [PJA 2019, 78–89](#).

¹⁵ So sieht der neue [Art. 47a BVG](#) zum Ausscheiden aus der obligatorischen Versicherung nach Vollendung des 58. Altersjahres was folgt vor: «Eine versicherte Person, die nach Vollendung des 58. Altersjahres aus der obligatorischen Versicherung ausscheidet, weil das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber aufgelöst wurde, kann die Versicherung nach Artikel 47 weiterführen oder die Weiterführung nach den Absätzen 2–7 im bisherigen Umfang bei ihrer bisherigen Vorsorgeeinrichtung verlangen.»

¹⁶ BGer [4A 558/2012 vom 18. Februar 2013](#).

¹⁷ BGer [4A 31/2017 vom 17. Januar 2018](#).

¹⁸ BGer [4A 384/2014 vom 12. November 2014](#).

¹⁹ BGer [4A 72/2008 vom 2. April 2008](#).

²⁰ BGer [4A 419/2007 vom 29. Januar 2008](#).



Leistungseinbussen/-abfälle schriftlich zu dokumentieren und die Basis für eine eventuell später auszusprechende Kündigung zu schaffen.

Älterer Arbeitnehmer mit 25 Dienstjahren: Die Kündigung war nicht missbräuchlich, denn diese erfolgte wegen mangelnder Leistungen (Alkoholprobleme).²¹

c) Würdigung

Die Entscheide zeigen, dass sie sich nicht direkt vergleichen lassen. Jeder Fall ist für sich einzigartig und bietet die Basis für den Entscheid. Auch wenn vermeintlich Ähnlichkeiten gegeben sind, kann der Entscheid jeweils anders ausfallen. Es zeigt sich auch, dass offenbar jene Mitarbeiter, welche kurz vor der Pension stehen, im Gegensatz zu «*langjährigen*», aber noch «*jüngeren*» Mitarbeitern eher geschützt werden. Das Bundesgericht misst dem Umstand «*kurz vor Pensionierung*» scheinbar mehr Gewicht zu als der «*Langjährigkeit*».

6. Mobbing/Konflikte

Die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden gebietet das Ergreifen zumutbarer Massnahmen zur Konfliktlösung. Als mögliche Massnahmen kommen in Betracht (externe) Coachings, Gespräche, Reorganisation, Verwarnungen, Versetzungen etc. Die Fürsorgepflicht begründet jedoch keine Pflicht zur Durchführung von Aussöhnungs- oder Mediationsverfahren. Den Arbeitgebenden bleibt ein Ermessenspielraum bei der Auswahl der zu treffenden Massnahmen. Die Missbräuchlichkeit greift nur bei der Vernachlässigung elementarster Schlichtungs-/Abklärungsbemühungen und wenn der Arbeitgeber den einfach erstbesten, womöglich unschuldigen Arbeitnehmer entlässt.

BGer [4A 384/2014 vom 12. November 2014](#)²² enthält eine Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Frage, wann eine Konfliktkündigung missbräuchlich ist; das Bundesgericht äussert sich insbesondere zur Intensität der geforderten Konfliktbemühungen. Dieser Entscheid wurde in der Praxis zu Recht kritisch besprochen,²³ hatte doch der Arbeitgeber im konkreten Fall viele und verschiedene Massnahmen getroffen, um das Arbeitsverhältnis trotz Schwierigkeiten weiterzuführen. Das Bundesgericht entschied jedoch, dass dies nicht ausgereicht habe, was zu einer Einschränkung des Kündigungsrechts führt.

Hinzuweisen bleibt noch darauf, dass eine Kündigung wegen Mobbing allein nicht missbräuchlich ist. Wenn der Kündigende selbst jedoch für die Vertragsverletzung verantwortlich ist, kann die Kündigung missbräuchlich sein. Im konkreten Fall verletzte der Arbeitgeber die Fürsorgepflicht, unternahm nichts gegen Mobbing und kündigte dann wegen Leistungseinbussen, die Folge des Mobbings war.²⁴

7. Krankheit

«Der Arbeitgeber verletzt seine Fürsorgepflicht, wenn er das zum Schutze der Gesundheit des Arbeitnehmers Notwendige nicht vorkehrt, obwohl dies nach dem Stand der Technik möglich und dem Arbeitgeber unter Berück-

SJZ 117/2021 S. 51, 57

sichtigung der gesamten Umstände billigerweise zumutbar wäre» (E. 6).²⁵

In einem neueren Bundesgerichtsentscheid machte ein Mitarbeiter geltend, er leide an EMF (Elektromagnetische-Felder-Symptomatik) und der Arbeitgeber habe ungenügende Schutzmassnahmen getroffen. Der Mitarbeiter hatte sich gewehrt und deshalb sei die Kündigung ausgesprochen worden. Die Kündigung sei deshalb missbräuchlich.²⁶ Die andauernden Auseinandersetzungen mit dem Mitarbeiter und die immer neuen Forderungen des Arbeitnehmers waren dem Arbeitgeber gemäss Bundesgericht aber nicht mehr zuzumuten und die Kündigung wurde geschützt.

²¹ BGer [4A 60/2009 vom 3. April 2009](#).

²² Vgl. auch Fn. 18 und die dazugehörigen Ausführungen.

²³ ARV 2015, 17-20.

²⁴ BGer [4A 381/2011 vom 24. Oktober 2011](#), [8C 594/2010 vom 25. August 2011](#).

²⁵ [BGE 132 III 257](#).

²⁶ [BGE 4A 13/2019 vom 9. August 2019](#).



Im Zusammenhang mit Krankheitsfällen spielt die Fürsorgepflicht demnach eine grosse Rolle und der Arbeitgeber hat stets darauf zu achten, dass diese eingehalten wird. Vor allem müssen Arbeitgebende jene Massnahmen ergreifen, die ihnen technisch und finanziell zumutbar sind. Was letztlich zumutbar ist, lässt sich immer nur anhand eines Einzelfalles beurteilen.

Zusammenfassung und Tipps

Grundsätzlich ist im privatrechtlichen Arbeitsrecht eine Kündigung des Arbeitsvertrages von beiden Vertragsparteien unter Einhaltung der vertraglichen/gesetzlichen Bestimmungen jederzeit möglich. Bei Kündigungen durch den Arbeitgeber spielt jedoch oft die Missbräuchlichkeit mit hinein, welche die Kündigungsfreiheit in gewissem Masse einschränkt. Den Arbeitgebenden ist zu empfehlen, gewisse Handlungen vorzunehmen, bevor tatsächlich gekündigt wird – insbesondere, wenn die Kündigung von älteren und langjährigen Arbeitnehmenden zur Diskussion steht. Es sollten im Vorfeld Gespräche geführt und eine allfällige Kündigung angesprochen werden. Führt dies nicht zum Ziel, ist zu empfehlen, Zielvereinbarungen zu treffen, die regelmässig kontrolliert werden. Ein Hinweis darauf, dass die Erfüllung der Zielvereinbarung wesentlich für eine Weiterbeschäftigung ist, sollte angebracht werden, damit den Arbeitnehmenden tatsächlich bewusst wird, wie wichtig dieser Schritt ist. Es ist davon abzuraten zu kündigen, ohne auch nur ansatzweise eine Problemlösung versucht zu haben.

Oft finden zudem keine oder nur ungenügende Qualifikationsgespräche statt bzw. wird Negatives dem Arbeitnehmer gegenüber nicht geäussert. Obwohl das zu einem gewissen Grad verständlich ist, sollte berücksichtigt werden, dass gut dokumentierte Arbeitgeber regelmässig weniger Probleme haben, ihre Position durchzubringen.