

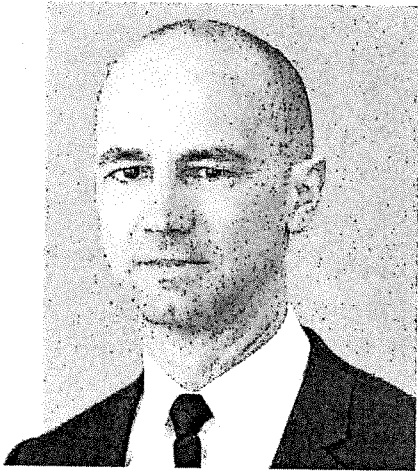
Roman Heiz

Wenger & Vieli AG Rechtsanwälte
DR. IUR.; LL.M.; Rechtsanwalt
r.heiz@wengervieli.ch
T: 058 958 55 12

Patrick Näf

Wenger & Vieli AG Rechtsanwälte
LIC. IUR.; LL.M.; Rechtsanwalt
p.naef@wengervieli.ch
T: 058 958 53 61

DIE AUSDEHNUNG DES KÜNDIGUNGSSCHUTZES AUF ÄLTERE ARBEITNEHMER



Roman Heiz



Patrick Näf

Das Bundesgericht etablierte vor einigen Jahren eine erhöhte Fürsorgepflicht bei der Entlassung älterer Mitarbeiter. Gemäss dieser Rechtsprechung kann die Kündigung langjähriger, älterer Mitarbeiter per se missbräuchlich sein. Das Bundesgericht hat in einem kürzlich ergangenen Entscheid den Kündigungsschutz solcher Mitarbeiter nun nochmals weiter verstärkt und konkretisiert. Der Entscheid schreibt dem Arbeitgeber bei der Entlassung älterer Mitarbeiter zusätzliche Pflichten vor. Dieser Artikel vermittelt einen Überblick über die Gerichtspraxis

und zeigt die entsprechenden Folgen für die Arbeitgeber auf.

Grundlage

Im schweizerischen Arbeitsrecht kann ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich ohne Vorliegen eines bestimmten Grundes beendet werden (sog. Kündigungsfreiheit). Als Korrektiv zu diesem liberalen Kündigungsregime qualifiziert das Gesetz bestimmte Beendigungsgründe als «missbräuchlich». Gemeinsam ist diesen Gründen, dass die Ausübung des Kündigungsrechts als ungerecht empfunden wird. Als Beispiel ist die so genannte Rachekündigung zu nennen, d.h. eine Kündigung, weil ein Arbeitnehmer berechtigterweise Rechte aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht hat. Neben den im Gesetz genannten Missbrauchstatbeständen (Art. 336 OR) kann der Richter weitere Missbrauchsgründe anerkennen. Die Gerichte haben denn auch in den letzten Jahren weitere solcher Missbrauchstatbestände definiert. So kann eine Kündigung beispielsweise auch aufgrund der «Art und Weise», wie das Kündigungsrecht ausgeübt wurde, missbräuchlich sein. Dies folgt aus dem Gebot der schonenden Rechtsausübung.

Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Kündigung

Auch eine missbräuchlich ausgesprochene Kündigung ist rechtswirksam und beendet das Arbeitsverhältnis¹. Als Rechtsfolge der Missbräuchlichkeit sieht das Gesetz jedoch eine Entschädigungspflicht in Form einer Strafzahlung vor. Die Strafzahlung beträgt maximal sechs Monatslöhne. Der Richter legt die Höhe der Strafzahlung im Einzelfall fest. Will der Gekündigte die Strafzahlung geltend machen, hat er innerhalb der Kündigungsfrist Einsprache gegen die Kündigung zu erheben und die Fortsetzung des Arbeits-

verhältnisses zu fordern. Die Einsprache soll eine gütliche Einigung hin zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bezwecken. In der Praxis kommt die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jedoch so gut wie nie vor.

Recht auf Begründung

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, den Grund der Kündigung dem Arbeitnehmer anlässlich der Kündigung mitzuteilen. Sofern der Arbeitgeber die Kündigung nicht mündlich begründet, bleibt der Arbeitnehmer über die Gründe der Kündigung zunächst im Dunkeln. Der Arbeitnehmer kann aber eine schriftliche Begründung der Kündigung verlangen. Damit soll der Arbeitnehmer erfahren können, ob die Kündigung allenfalls missbräuchlich ausgesprochen wurde. Das Recht auf schriftliche Begründung stellt ein wirksames Mittel des Arbeitnehmers dar, den Arbeitgeber zu einer klaren Begründung zu zwingen. Das Begründungsbegehren ist denn auch oft der Auftakt für eine arbeitsrechtliche Auseinandersetzung, und die Begründung bedarf daher einer sorgfältigen Formulierung.

Die Entlassung langjähriger, älterer Arbeitnehmer

Im Jahr 2006 hat das Bundesgericht die Kündigung eines Arbeitnehmers mit 44 Dienstjahren rund ein Jahr vor der Pensionierung als missbräuchlich beurteilt². Dabei berücksichtigte das Gericht die Tatsache, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit stets «klaglos» erbracht und der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht vorgängig angehört hatte. Das Bundesgericht sprach die maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen zu. Dem Grundsatzentscheid folgten weitere Entscheide. Diese Praxis verfolgt offensichtlich sozialpolitische Ziele: Zunächst sind

«DAS BUNDESGERICHT BEFAND, DASS DAS FORTGESCHRITTENE ALTER DES ARBEITNEHMERS DIE ANFORDERUNGEN AN DIE FÜRSORGEPLICHT ERHÖHT HABE.»

die Schwierigkeiten der über 50-jährigen Stellensuchenden allgemein bekannt. Zudem soll der Austausch älterer und somit teurerer Arbeitnehmer durch jüngere und günstigeren Kandidaten erschwert werden.

Im eingangs erwähnten Entscheid wurde nicht nur die Kündigung eines 59-jährigen Arbeitnehmers mit elf Dienstjahren (insgesamt 35 Dienstjahre mit Unterbrüchen) als missbräuchlich qualifiziert, sondern das Bundesgericht nennt nun auch spezielle Handlungspflichten des Arbeitgebers. Im konkreten Fall ging es um einen Arbeitnehmer, der ein Burn-out erlitten hatte. Nach Wiederaufnahme der Tätigkeit wurden Defizite in der Qualität der Arbeit festgestellt. Der Arbeitgeber leitete diverse Massnahmen zur Behebung dieser Defizite ein. Nachdem die Massnahmen während drei Jahren die gewünschte Besserung nicht bewirkten, kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis. Das Bundesgericht befand, dass das fortgeschrittene Alter des Arbeitnehmers die Anforderungen an die Fürsorgepflicht erhöht habe. Wohl habe der Arbeitgeber zahlreiche Massnahmen getroffen. Er habe aber nie klar signalisiert, dass die *«gerügten Mängel für ihn einen Schweregrad aufwiesen, der bei Nichtbehebung eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach sich zöge»*³. Der Arbeitgeber hätte somit vor der Kündigung (erneut) das Gespräch suchen, dem Arbeitnehmer eine «letzte Chance» zur Verbesserung einräumen und auf die drohende Kündigung hinweisen müssen. Das Gericht sprach dem Arbeitnehmer eine Strafzahlung von zwei Monatslöhnen zu. Damit stufte das Gericht das Verschulden des Arbeitgebers als eher tief ein und honorierte vermuthungsweise die zahlreichen vom Arbeitgeber vor der Kündigung zur Verbesserung der Situation ergriffenen Massnahmen.

Auswirkungen der neuen Rechtsprechung

Aufgrund dieser Gerichtspraxis haben ältere Arbeitnehmer nun wohl einen Anspruch darauf, rechtzeitig über die be-

absichtigte Kündigung informiert und angehört zu werden. Zudem ist der Arbeitgeber verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Immerhin hielt das Bundesgericht fest, dass es keine *«generelle Verpflichtung von Arbeitgebenden gäbe, in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen vor einer Kündigung stets eine Verwarnung aussprechen bzw. mildere Massnahmen prüfen zu müssen»*. Das Bundesgericht statuiert somit ein Informationsrecht, ein Anhörungsrecht sowie eine Pflicht des Arbeitgebers zur alternativen Lösungssuche.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass eine Vorankündigung der Kündigung stets das Risiko in sich birgt, dass sich ein Arbeitnehmer *«krankschreiben lässt»*. Aufgrund des Dienstalters geniessen die betroffenen Arbeitnehmer oft den maximalen Sperrfristschutz von 180 Tagen.

Für welche Arbeitnehmer gilt die neue Rechtsprechung?

Auch wenn die neue Rechtsprechung sozialpolitisch sinnvolle Ziele verfolgen mag, wirft sie Fragen auf und schafft neue Rechtsunsicherheit. Die grösste Unsicherheit bezieht sich darauf, ab welchem Alter Arbeitnehmer vom Schutz dieser Rechtsprechung profitieren sollen. Das Bundesgericht hat den Schutz auf 59-jährige ausgedehnt. Der Begriff des *«älteren Arbeitnehmers»* ist aber nicht gesetzlich definiert. Die von der Literatur vorgeschlagene Grenze von 55 Jahren könnte sich als angemessen erweisen⁴.

Rechtfertigungsgründe?

Gemäss dem Gesetz ist eine Kündigung wegen persönlichen Eigenschaften zulässig, wenn die Eigenschaft im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Das bedeutet, dass eine Kündigung infolge einer altersbedingten Leistungseinbusse grundsätzlich zulässig ist. Die Kündigung ist dann nicht durch das Alter (alleine) begründet, sondern auch durch die Leistungseinbusse. Die Grenzziehung zwischen Alter und altersbedingter Leistungseinbusse kann schwierig sein. Eine Leistungseinbusse muss in jedem Fall objektiv und wesentlich sein. Gemäss der genannten Gerichtspraxis neuer Entscheid wäre dem Arbeitnehmer aber auch in diesen Fällen eine letzte Chance einzuräumen.

Empfehlungen an die Arbeitgeber

Bei der Entlassung von Arbeitnehmern ab 55 Jahren ist folgendes zu beachten:

- Der Arbeitnehmer sollte über die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört werden.
- Alternative Beschäftigungsmöglichkeiten sind zu prüfen.
- Bei einer Kündigung infolge von Leistungsdefiziten sollten diese objektiv und dokumentiert sein. Dem Arbeitnehmer sollte eine Frist zur Verbesserung eingeräumt werden, unter Hinweis auf die Kündigung.

¹ Eine Ausnahme sieht das Gleichstellungsgesetz («GlG») für den Fall der missbräuchlichen Kündigung infolge eines Beschwerdeverfahrens wegen Diskriminierung vor: Gemäss Art. 10 GlG kann der Richter in einem solchen Fall die Kündigung aufheben und die Weiterbeschäftigung anordnen.

² BGE 132 III 115.

³ BGer Urteil A4_384/2014, E.5.1 vom 12. November 2014.

⁴ Humbert, Die Alterskündigung, in: AJP 2015, S. 868.

«DER ARBEITGEBER HÄTTE SOMIT VOR DER KÜNDIGUNG DAS GESPRÄCH SUCHEN, DEM ARBEITNEHMER EINE «LETZTE CHANCE» ZUR VERBESSERUNG EINRÄUMEN UND AUF DIE DROHENDE KÜNDIGUNG HINWEISEN MÜSSEN.»