

Employment News Nr.

62

Neue Rechtsprechung des Bundesgerichts bei Kündigungen von Arbeitnehmenden wenige Jahre vor der Pensionierung

Bei Kündigungen von älteren Arbeitnehmenden wenige Jahre vor der Pensionierung besteht oftmals das Risiko, dass diese als missbräuchlich qualifiziert wird und die Arbeitgeberin eine Entschädigung bezahlen muss. Nun hat sich das Bundesgericht im Urteil 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021 erneut mit der sog. «Alterskündigung» befasst und die bisherige Rechtsprechung präzisiert und relativiert.

Einschränkungen der Kündigungsfreiheit bei der Alterskündigung



Von **Ueli Sommer**
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Partner
Telefon +41 58 658 55 16
ueli.sommer@walderwyss.com

Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Partei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist beendet werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Im Unterschied zu anderen Jurisdiktionen gilt im Schweizer Recht grundsätzlich die Kündigungsfreiheit. Es wird kein spezifischer Grund benötigt, um die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Die Kündigungsfreiheit wird jedoch begrenzt durch die Tatbestände der missbräuchlichen Kündigung, welche explizit im Gesetz aufgeführt sind oder durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung entwickelt wurden.

Das Bundesgericht hat sich nun in dem jüngsten Urteil 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021 erneut mit der Frage befasst, unter welchen Umständen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses kurz vor der Pensionierung von Arbeitnehmenden (sog. «Alterskündigung») als missbräuchlich zu qualifizieren ist.



und **Angelina Pellegrini**
MLaw, Rechtsanwältin
Associate
Telefon +41 58 658 58 68
angelina.pellegrini@walderwyss.com

Erweiterte Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin

Bei der Kündigung von Arbeitnehmenden wenige Jahre vor der ordentlichen Pensionierung steht oftmals das Vorgehen der Arbeitgeberin im Kündigungsprozess im Zentrum der gerichtlichen Beurteilung. Dieses kann gemäss konstanter Rechtsprechung eine Missbräuchlichkeit auslösen, was eine Entschädigungszahlung zu Lasten der Arbeitgeberin von bis zu sechs Monatslöhnen zur Folge haben kann. Die Arbeitgeberin trifft nämlich bei der beabsichtigten Kündigung von Arbeitnehmenden wenige Jahre vor der Pensionierung grundsätzlich eine erweiterte Fürsorgepflicht und ist gehalten, die Kündigung dieser Arbeitsverhältnisse möglichst zu vermeiden. Mit der neuen Rechtsprechung hat das Bundesgericht nun die Voraussetzungen, wann eine solche erweiterte Fürsorgepflicht besteht, eingeschränkt und damit seine bisherige Rechtsprechung etwas relativiert.

Bei welchen Arbeitnehmenden besteht eine erweiterte Fürsorgepflicht?

Im Urteil 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021 war die Missbräuchlichkeit der ausgesprochenen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einem 60-jährigen CEO

mit 37 Dienstjahren strittig. Die Vorinstanz bejahte die Missbräuchlichkeit, da der betreffende Arbeitnehmende aufgrund seines Alters und der Anzahl Dienstjahre zweifellos zur besonders geschützten Arbeitnehmerkategorie zähle und damit von der erhöhten Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin profitiere. Die erweiterte Fürsorgepflicht verlangt nämlich, dass die Arbeitgeberin vor Aussprache einer ordentlichen Kündigung geeignete Massnahmen trifft, damit die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses ermöglicht werden kann. Die Arbeitgeberin muss beispielsweise versuchen, allfällige Konflikte zu klären und dem Arbeitnehmenden eine Chance bieten, das Verhalten zu ändern oder die Leistung zu verbessern. Alternative Lösungen wie die Zuweisung von anderen Arbeiten kommen ebenfalls in Betracht. Die Arbeitgeberin kam im konkreten Fall diesen Pflichten nicht nach, weswegen die Vorinstanz auf Missbräuchlichkeit schloss.

Das Bundesgericht hiess die gegen das Urteil der Vorinstanz gerichtete Beschwerde gut und verneinte entsprechend die Missbräuchlichkeit der Kündigung. Obwohl das Alter, die Anzahl Dienstjahre und die verbleibende Zeit bis zur Pensionierung eine Missbräuchlichkeit unter bisheriger Rechtsprechung

nahelegte, brachte das Bundesgericht vor, dass die Stellung des Arbeitnehmers innerhalb des Unternehmens ebenfalls berücksichtigt werden müsse. Der Arbeitnehmende war nämlich Verwaltungsratsmitglied, Vorsitzender der Geschäftsleitung und erhielt einen relativ hohen Lohn (rund CHF 230'000.- brutto pro Jahr). Er verfügte mithin über erhebliche Entscheidungskompetenzen und grosse Verantwortung innerhalb der Unternehmung. Das Bundesgericht argumentierte, dass die Arbeitgeberin nicht verpflichtet gewesen sei, alternative Lösungen zu einer Kündigung zu suchen. Dies würde nämlich voraussetzen, dass das Arbeitsverhältnis überhaupt in irgendeiner Form hätte weitergeführt werden können. Das Bundesgericht kommt jedoch mit der Arbeitgeberin überein, dass eine Weiterbeschäftigung infolge der Stellung des Arbeitnehmenden schwierig umsetzbar gewesen wäre, weshalb das Interesse der Arbeitgeberin an der Kündigungsfreiheit hoch sei. Weiter lehnte es das Bundesgericht auch ab, dass der Arbeitnehmende vorgängig abgemahnt oder mit den Kündigungsgründen hätte konfrontiert werden müssen, damit er sein Verhalten hätte verbessern können.

Relativierung der Rechtsprechung

Das Bundesgericht räumt in der Urteilsbegründung ein, dass seine bisherige Rechtsprechung zur Alterskündigung wohl zu absolut ausgefallen sei. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Alterskündigung stiess nämlich in der Vergangenheit auf Kritik, da die Kündigungsfreiheit eingeschränkt werde und sich die erweiterte Fürsorgepflicht nicht aus dem Gesetz ableiten liesse. Nun relativierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung und hielt fest, dass die Zumutbarkeit der Massnahmen der Arbeitgeberin im Vorfeld einer Kündigung im Kontext der Gesamtumstände zu betrachten sind und auch von der beruflichen Stellung des Arbeitnehmenden abhängen. So muss eine anderweitige Weiterbeschäftigung im Unternehmen auch tatsächlich möglich sein, was bei

leitenden Funktionen mit praktischen Schwierigkeiten verbunden ist. Das Bundesgerichtsurteil lässt sich mit Blick auf den Hinweis auf das hohe Salär des Arbeitnehmers aber auch so interpretieren, dass insbesondere diejenigen Berufsgruppen mit tieferem Salär und ohne leitende Funktion von der erweiterten Fürsorgepflicht profitieren sollen. Auf jeden Fall zeigt das Urteil, dass immer eine einzelfallgerechte Beurteilung stattfinden muss.

Handlungsempfehlungen für Arbeitgeberinnen

Bei jeder Kündigung ab dem 50. Altersjahr sollten Arbeitgeberinnen erhöhte Vorsicht walten lassen. Zunächst ist zu beurteilen, ob die betreffende Person zur besonders geschützten Arbeitnehmerkategorie zählt und deswegen von der erweiterten Fürsorgepflicht profitiert. Dabei sind die Kriterien Alter, Dienstjahre, Einkommen, Stellung im Unternehmen, Verantwortungsbereich und mögliche alternative Beschäftigungsmöglichkeiten des Arbeitnehmenden zu berücksichtigen. Je nach Ausprägung der einzelnen Kriterien, ist eine solche Einordnung nicht immer eindeutig. Namentlich bliebe zwar auch unter der neuen Rechtsprechung die Kündigung eines Heizungsmonteurs im 63. Lebensjahr und 44 Dienstjahren missbräuchlich (vgl. BGE 132 III 115). Hingegen ist bei Verletzung der Fürsorgepflichten beispielsweise nicht auszuschliessen, dass unter der neuen Rechtsprechung die Kündigung eines 61-jährigen Teamleiters von 20 Mitarbeitenden einer mittelgrossen Unternehmung nach 25 Dienstjahren und einem Jahressalär von CHF 180'000.- zukünftig anders beurteilt werden würde. Zählt die betreffende Person aufgrund der oben genannten Kriterien möglicherweise zu den besonders geschützten Arbeitnehmenden, ist bereits im frühen Stadium darauf zu achten, dass Arbeitgebende regelmässig dokumentierte Mitarbeiterbeurteilungen durchführen. Fällt die betroffene Person durch ungenügende Leistungen, man-

gelnder Produktivität, Verstösse gegen Reglemente etc. negativ auf, sollte sie grundsätzlich mit diesen Beanstandungen konfrontiert werden, damit diese dazu Stellung nehmen kann und weiss, was sie ändern muss. Es legt sich regelmässig ein sog. Performance Improvement Plan nahe, verbunden mit einer Kündigungsandrohung. Im Einzelfall können auch andere Massnahmen angezeigt sein, wie zielgerichtetes Training oder ein Coaching. In jedem Fall ist zu empfehlen, dass sämtliche Schritte schriftlich dokumentiert sind, damit im Falle einer Klage die Wahrnehmung der Fürsorgepflicht auch bewiesen werden kann.

Employment News berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar, und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2021

Ansprechpartner



Ueli Sommer
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 55 16
ueli.sommer@walderwyss.com



Philippe Nordmann
Partner, Basel
Telefon +41 58 658 14 50
philippe.nordmann@walderwyss.com



Irène Suter-Sieber
Partnerin, Zürich
Telefon +41 58 658 56 60
irene.suter@walderwyss.com



Davide Jermini
Partner, Lugano
Telefon +41 58 658 44 02
davide.jermini@walderwyss.com



Olivier Sigg
Partner, Genf
Telefon +41 58 658 30 20
olivier.sigg@walderwyss.com



Stefano Fornara
Partner, Lugano
Telefon +41 58 658 44 23
stefano.fornara@walderwyss.com



Daniel Staffelbach
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 56 50
daniel.staffelbach@walderwyss.com



Maurice Courvoisier
Partner, Basel
Telefon +41 58 658 14 52
maurice.courvoisier@walderwyss.com



Davide Cerutti
Konsulent, Lugano
Telefon +41 58 658 44 22
davide.cerutti@walderwyss.com



Christoph Stutz
Konsulent, Zürich
Telefon +41 58 658 56 57
christoph.stutz@walderwyss.com



Alex Domeniconi
Managing Associate, Lugano
Telefon +41 58 658 44 06
alex.domeniconi@walderwyss.com



Jonas Knechtli
Managing Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 82
jonas.knechtli@walderwyss.com



Fabian Looser
Managing Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 61
fabian.looser@walderwyss.com



Simone Wetzstein
Managing Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 54
simone.wetzstein@walderwyss.com



Laura Luongo
Senior Associate, Genf
Telefon +41 58 658 30 21
laura.luongo@walderwyss.com



Flora V. Palovics
Senior Associate, Lausanne
Telefon +41 58 658 83 79
flora.palovics@walderwyss.com

Ansprechpartner



Christoph Burckhardt

Associate, Basel

Telefon +41 58 658 14 34

christoph.burckhardt@walderwyss.com



Nadja D. Leuthardt

Associate, Basel

Telefon +41 58 658 14 62

nadja.leuthardt@walderwyss.com



Yannik A. Moser

Associate, Basel

Telefon +41 58 658 14 85

yannik.moser@walderwyss.com



Angelina Pellegrini

Associate, Zurich

Telefon +41 58 658 58 68

angelina.pellegrini@walderwyss.com



Céline Squaratti

Associate, Zurich

Telefon +41 58 658 30 23

celine.squaratti@walderwyss.com



Stephanie Wichmann

Associate, Zurich

Telefon +41 58 658 52 42

stephanie.wichmann@walderwyss.com



Chiara Wirz

Associate, Zürich

Telefon +41 58 658 52 46

chiara.wirz@walderwyss.com