

Arbeitsrecht

Wann eine Alterskündigung missbräuchlich ist

Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber aufgrund des Alters kann sich als missbräuchlich erweisen. Es ist zu empfehlen, wenn man einem älteren Arbeitnehmer kündigen möchte, genau zu prüfen, wann eine Kündigung rechtens oder missbräuchlich ist.

› Carla Hirschburger

Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Damit gilt das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um kündigen zu können. Die Kündigungsfreiheit findet aber ihre Grenzen am Missbrauchsverbot. Gemäss Art. 336 OR ist zum Beispiel eine Kündigung des Arbeitgebers missbräuchlich, wenn diese wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei ihrer Persönlichkeit zusteht, ausspricht. Unter diese Persönlichkeitsmerkmale fällt auch das Alter.

Überraschender Entscheid

Es bestehen nur ganz wenige Bundesgerichtsurteile zur missbräuchlichen Alterskündigung. Seit dem Jahr 2014 herrscht jedoch Unsicherheit, wann eine Alterskündigung missbräuchlich ist, da das Bundesgericht relativ überraschend in einem Urteil einige Hürden für eine ordentliche Arbeitgeberkündigung im Alter einbaute. In diesem Fall war der Arbeitnehmer 59 Jahre alt und befand sich im elften Dienstjahr. Das Bundesgericht hat damals erstmals entschieden, dass das

fortgeschrittene Alter des Arbeitnehmers mit langer Dienstzeit eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zur Folge hat und dass dies auch im Rahmen der Arbeitgeberkündigung zu beachten ist.

So sei ein Arbeitnehmer rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung zu informieren und angehört zu werden. Ebenfalls sei der Arbeitgeber verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, die eine Aufrechter-

haltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Allenfalls ist dem Arbeitnehmer eine «letzte Chance» mit Fristansetzung und Zielvereinbarung zu geben (BGE 4A_384/2014). Mit diesem Urteil hat das Bundesgericht – wenn es auch keinen besonderen gesetzlichen Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer gibt – eine Sozialpflichtigkeit der Kündigung bei älteren Arbeitnehmern eingeführt.

Anschliessende Relativierungen

Das Bundesgericht hat im Jahr 2021 auf das erwähnte Urteil Bezug genommen und dieses relativiert. So hat das Bundesgericht betont, dass das Obligationenrecht grundsätzlich keine Pflicht kennt, die Gegenpartei vor Aussprechen einer Kündigung anzuhören oder sie zunächst zu verwarnen. Ebenso wenig besteht im Privatrecht die generelle Pflicht, eine Kündigung einer Verhältnismässigkeitsprüfung zu unterziehen in dem Sinne, dass vorgängig stets mildere Massnahmen zu ergreifen wären.

Das Bundesgericht hat betont, dass keine isolierte Betrachtung nur des Alters des Arbeitnehmers stattfinden darf, sondern dass auf die gesamten Umstände des Einzelfalls



kurz & bündig

- › Ist ein Arbeitnehmer im fortgeschrittenen Alter und seit langer Zeit beim gleichen Arbeitgeber angestellt, so besteht eine erhöhte Fürsorgepflicht.
- › Falls der erhöhten Fürsorgepflicht nicht Rechnung getragen wurde, kann der Arbeitnehmer eine missbräuchliche Kündigung geltend machen.
- › Die erhöhte Fürsorgepflicht entfällt, wenn der Arbeitnehmer innerhalb des Unternehmens eine spezifische Stellung innehat und auch ein entsprechendes Gehalt bezieht.



abzustellen ist. Gemäss Bundesgericht hat der Arbeitgeber zwar bei älteren Arbeitnehmern der Art und Weise der Kündigung besonders Beachtung zu schenken und dass eine Kündigung eines älteren Arbeitnehmers mit langer Betriebszugehörigkeit nicht per se missbräuchlich ist.

Es hat entschieden, dass entgegen der unwiderlegbaren Formulierung im Urteil aus dem Jahre 2014 der Umfang der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht vorgängig zu einer Kündigung jedenfalls auch hinsichtlich dieser Arbeitnehmerkategorie einzelfallbezogen aufgrund einer Gesamtwürdigung der jeweiligen Umstände zu erfolgen hat. Das Bundesgericht hat in diesem Urteil konkret entschieden, dass das fortgeschrittene Alter und die lange Dienstzeit allein nicht in jedem Fall zu einer erhöhten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers führen.

Zu den gesamten Umständen gehören auch die Tatsachen, ob der Arbeitnehmer

eine Führungsposition innehatte und ob der Arbeitnehmer ein dieser Position entsprechendes Gehalt bezog. So beurteilte das Bundesgericht die Kündigung eines 60-jährigen Vorsitzenden der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrats mit 37 Dienstjahren nicht als missbräuchlich, auch wenn der Arbeitnehmer zuvor nicht angehört wurde und mit ihm keine alternative Lösung gesucht wurde. Das Bundesgericht beurteilte vor allem wegen der spezifischen Stellung und gleichzeitig des entsprechenden Gehalts des Arbeitnehmers die Kündigung innerhalb des Unternehmens als nicht missbräuchlich (BGE 4A-44/2021). Diese Gerichtspraxis hat das Bundesgericht auch später bestätigt (siehe z.B. BGE 4A_117/2023 und BGE 4A_307/2022).

Das Bundesgericht hat im Jahr 2022 ebenfalls ausgeführt, dass ältere Arbeitnehmer im Vergleich zu anderen ähnlich schutzwürdigen Kategorien von Angestellten – wie zum Beispiel Nationalität,

Religion, Geschlecht, Arbeitnehmervertreter – nicht übermässig zu privilegieren seien. Gerade bei älteren Arbeitnehmern, die viele Dienstjahre in einem Betrieb sind, eine hohe Position mit hoher Verantwortung und gleichzeitig hohem Lohn innehaben, muss es dem Arbeitgeber grundsätzlich ohne Weiteres möglich sein, solche Positionen neu zu strukturieren.

Im vorliegenden Fall hat der Arbeitgeber die oberste Führungsebene von drei auf zwei Personen (unter Streichung der Position des CEOs) reduziert. Das Bundesgericht hat betont, dass in diesem Fall, wo es um die oberste Position im Unternehmen geht, von vornherein auch keine Umplatzierung als Alternative zur Kündigung infrage kommt (BGE 4A_186/2022).

Eine missbräuchliche Kündigung

Nun hat das Bundesgericht im jüngsten Entscheid vom 18. März 2025 (BGE 4A_109/2024) erneut bestätigt, dass das Alter und die langjährige Betriebszugehörigkeit eine erhöhte Schutzpflicht begründen können, und auch, dass die Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls zu beachten sind. Das Bundesgericht führte in diesem Urteil weiter aus, dass, falls eine erhöhte Schutzpflicht besteht, der Arbeitgeber ebenfalls verpflichtet ist, nebst der rechtzeitigen Kündigungsabsicht auch nach Alternativen zur Kündigung zu suchen.

Im vorliegenden Fall konnte der Arbeitgeber nicht genügend aufzeigen, dass er die besondere Situation des langjährigen Arbeitnehmers berücksichtigt hat. Der Arbeitgeber verwies lediglich auf wirtschaftliche Gründe, Corona-bedingte Neuorganisation und machte weitere Betriebskosten geltend. Der Arbeitgeber hätte Alternativen zur Kündigung in Erwägung ziehen müssen, wie zum Beispiel eine vorzeitige Pensionierung oder eine Reduzierung des Arbeitspensums. Das Bundesgericht erachtete die genannten Gründe als zu wenig plausibel.

Zudem hat der Arbeitgeber im betreffenden Zeitraum für alle seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigungen beantragt, um Entlassungen zu vermeiden. Die erhaltene Kurzarbeitsentschädigung und die gute Liquidität der Arbeitgeberfirma sprachen ebenfalls gegen eine Entlassung des betreffenden Mitarbeiters. Die Kündigung wurde als missbräuchlich klassifiziert und dem 63-jährigen Arbeitnehmer, der sich im 29. Dienstjahr befand, eine Entschädigung von vier Monatslöhnen zugesprochen.

Eine Frage des Alters

Es stellt sich weiter die Frage, ab welchem Alter und ab welcher Dienstzeit ein Arbeitnehmer zu dieser Arbeitnehmerkategorie zu zählen ist, um in den Genuss einer erhöhten Fürsorgepflicht zu kommen. Die erwähnten Bundesgerichtsentscheide betrafen stets Mitarbeitende, die über 59 Jahre alt waren. Bei den Dienstjahren geht die Schere auseinander. So war in einem Fall der Mitarbeiter im 11. und in den anderen Fällen zwischen dem 29. und 37. Dienstjahr.

Das Bundesgericht hat hierzu noch keinen Entscheid gefällt. Es ist unklar, wie alt der Arbeitnehmer sein muss und wie viele Dienstjahre vorhanden sein müssen. In der Lehre werden teilweise bereits Arbeitnehmer ab Mitte 50 Jahren zu dieser Kategorie gezählt. Ebenfalls dürfte dem Alter eine grössere Bedeutung zukommen als der Dienstzeit. Ab circa 58 bis 60 Jahren und ab 12 bis 15 Dienstjahren dürfte das Vorliegen einer Alterskündigung – sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind – in Betracht kommen. Das Bundesgericht wird sich hier noch konkretisieren müssen. Die Gesamtbeurteilung liegt im richterlichen Ermessen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände.

Mögliche Folgen

Falls der erhöhten Fürsorgepflicht nicht Rechnung getragen wurde, kann der Ar-

beitnehmer eine missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 OR geltend machen, was eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen nebst weiterem Schadenersatz aus anderen Rechtstiteln und den Gerichtskosten zur Folge haben kann. Die Höhe der Entschädigungszahlung wird je nach den konkreten Umständen vom Gericht festgelegt. Die Missbräuchlichkeit ermöglicht dem Gekündigten lediglich eine Entschädigungszahlung, nicht aber die Ungültigkeit der Kündigung.

Fazit

Wann kommt eine missbräuchliche Alterskündigung zur Anwendung?

- › Ist ein Arbeitnehmer im fortgeschrittenen Alter und seit langer Zeit beim gleichen Arbeitgeber angestellt, so besteht eine erhöhte Fürsorgepflicht. Das Bundesgericht hat nicht entschieden, ab welchem Alter und ab welchem Dienstjahr dies der Fall ist. Gemäss Lehre dürfte eine Alterskündigung ab Mitte 50 Jahren infrage kommen. Ebenfalls dürfte dem Alter eine grössere Rolle als der Anzahl Dienstjahren zukommen.
- › Die erhöhte Fürsorgepflicht entfällt, wenn der Arbeitnehmer innerhalb des

Unternehmens eine spezifische Stellung innehat und auch ein entsprechendes Gehalt bezieht (z. B. Vorsitzender der Geschäftsleitung oder VR-Mitglied).

- › Das Gericht nimmt hier eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls vor.

Das Vorgehen

- › Falls eine erhöhte Fürsorgepflicht besteht, muss der Art und Weise der Kündigung besonders Beachtung geschenkt werden. Wie dies umzusetzen ist, beurteilt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalls. Der Arbeitgeber tut gut daran, wenn er den Arbeitnehmer über die Kündigungsabsicht ins Bild setzt und mit ihm nach Lösungen sucht, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen (zum Beispiel Reduzierung des Arbeitspensums, Übertragung anderer Aufgaben, frühzeitige Pensionierung).
- › Die Beurteilung liegt im richterlichen Ermessen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände.
- › Falls der erhöhten Fürsorgepflicht nicht Rechnung getragen wurde, kann der Arbeitnehmer eine missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 OR geltend machen. ‹‹



Porträt



Carla Hirschburger

Co-Inhaberin und Co-Geschäftsführerin, Louma GmbH

Carla Hirschburger, lic. iur., MBA, ist Co-Inhaberin und Co-Geschäftsführerin der Louma. In ihrer Selbstständigkeit nimmt sie die Geschäftsführung verschiedener Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbände wahr und berät Firmen sowie Einzelpersonen bei arbeitsrechtlichen

Themen. Ebenfalls ist sie im Coaching tätig und bringt ihre Kunden in Einzel- und Teamcoachings weiter. Sie ist Arbeitsrichterin bei verschiedenen Gerichten im Kanton Zürich und Vorstandsmitglied beim Schweizerischen Arbeitgeberverband (SAV).



Kontakt

carla.hirschburger@louma.ch, www.louma.ch