

Michael Daphinoff / Jan Heller

## **Problemzone «Alterskündigung»**

---

Arbeitgeberinnen sind vermehrt mit herausfordernden Situationen und rechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Kündigung – oder Weiterbeschäftigung – älterer Arbeitnehmenden konfrontiert. Dieser Beitrag geht auf einzelne Aspekte der Alterskündigung ein und würdigt die dazu ergangene Rechtsprechung. Zudem enthält der Beitrag konkrete Empfehlungen für Arbeitgeberinnen zur Vermeidung von Problemen.

---

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Michael Daphinoff / Jan Heller, Problemzone «Alterskündigung», in: Jusletter 27. Juni 2022

## Inhaltsübersicht

1. Problembereich
2. Kündigungsfreiheit
3. Grenzen der Kündigungsfreiheit
  - 3.1. Missbräuchlichkeit im Allgemeinen
  - 3.2. Alterskündigung als Fall von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR
    - 3.2.1. Voraussetzungen gemäss Rechtsprechung
    - 3.2.2. Fazit und kritische Würdigung
  - 3.3. Missbräuchlichkeit bei Erreichen eines fixen Alters
4. Was muss vorgekehrt werden, damit eine Entlassung nicht missbräuchlich ist?
  - 4.1. Im Allgemeinen
  - 4.2. Spezielle Regeln bei Massenentlassungen
  - 4.3. Situation unter Gesamtarbeitsverträgen (GAV)
  - 4.4. Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes (GLG)
5. Rechtsfolgen einer unrechtmässigen Entlassung
6. Schlussbetrachtung

### 1. Problembereich

[1] Die demographische Entwicklung führt dazu, dass sich prozentual immer mehr Arbeitnehmende der Generation 50+ auf dem Arbeitsmarkt befinden.<sup>1</sup> Diese Entwicklung lässt sich darauf zurückführen, dass die Personen aus den geburtenstarken Jahrgängen (die sog. «Baby-Boomer») immer älter werden.<sup>2</sup>

[2] Die Generation 50+ ist gemäss SECO nicht stärker von Arbeitslosigkeit betroffen als andere Gruppen auf dem Arbeitsmarkt.<sup>3</sup> Doch im Gegensatz zu jüngeren Arbeitnehmenden kann eine Kündigung für ältere Arbeitnehmende einschneidende Konsequenzen haben. Denn einmal gekündigt, fällt es älteren Arbeitnehmenden deutlich schwerer, nochmals eine Anstellung zu finden als ihren jüngeren Kollegen.<sup>4</sup> Aus diesem Grund tritt auch das Phänomen der Langzeitarbeitslosigkeit<sup>5</sup> bei älteren Arbeitnehmenden häufiger auf.<sup>6</sup> Die Auswirkungen der Covid-19-Pandemie und deren Massnahmen haben diesen Trend zusätzlich verschärft.<sup>7</sup>

[3] Von einer Alterskündigung wird typischerweise gesprochen, wenn einem Arbeitnehmenden in fortgeschrittenem Alter gekündigt wird.<sup>8</sup> Eine fixe Altersgrenze zur Eingrenzung oder Kontu-

---

<sup>1</sup> SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND, Altersstrategie, Zürich 2006, S. 23.

<sup>2</sup> FRANÇOIS HÖPFLINGER, Demografische Alterung und Erwerbsbeteiligung älterer Arbeitskräfte in der Schweiz, in: Wolfgang Clemens/François Höpflinger/Ruedi Winkler (Hrsg.), Arbeit in späteren Lebensphasen, Bern 2005, S. 15 ff., S. 16 f.; DENIS G. HUMBERT, Die Alterskündigung, AJP 6/2015, S. 868 ff., S. 868 (zit. HUMBERT, Alterskündigung); SUSANNE ROESLER, Alterskündigung, Eine Veranschaulichung und kritische Diskussion der neuen Entwicklungen in der Schweiz in Bezug auf die Kündigung älterer Arbeitnehmer, Bern 2016, S. 10.

<sup>3</sup> Bericht SECO, Ältere Arbeitslose (50+), abrufbar unter: [https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/arbeitslosigkeit/aeltere\\_arbeitnehmende.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/arbeitslosigkeit/aeltere_arbeitnehmende.html) (zuletzt besucht am 13. Juni 2022), S. 2 und S. 11 (zit. Bericht SECO, Ältere Arbeitslose (50+)).

<sup>4</sup> Bericht SECO (Fn. 3), Ältere Arbeitslose (50+), S. 3.

<sup>5</sup> Als langzeitarbeitslos gilt, wer seit über einem Jahr arbeitslos ist (Bericht SECO [Fn. 3], Ältere Arbeitslose [50+]), S. 3 FN 3.

<sup>6</sup> Bericht SECO (Fn. 3), Ältere Arbeitslose (50+), S. 3 und S. 14.

<sup>7</sup> Siehe auch: NATALIE GRATWOHL, Vor allem Ältere sind gefährdet: In der Corona-Krise droht ein deutlicher Anstieg der Langzeitarbeitslosigkeit, Neue Zürcher Zeitung vom 8. Oktober 2020.

<sup>8</sup> Auch in diesem Beitrag ist mit «Alterskündigung» der Umstand der Kündigung eines älteren Arbeitnehmenden durch die Arbeitgeberin gemeint.

rierung des Begriffs Alterskündigung gibt es nicht. Weder Rechtsprechung noch Lehre haben eine allgemeingültige Altersgrenze festgelegt, nach deren Überschreiten von einer «Alterskündigung» ausgegangen wird.<sup>9</sup> Allerdings war und ist das Alter in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein massgebendes Kriterium bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung.<sup>10</sup>

[4] Bei sogenannten Alterskündigungen ist oft nicht eindeutig, ob das Alter alleine für die Kündigung ausschlaggebend war oder ob nicht auch (oder vielmehr) die Begleitumstände wie bspw. Leistungseinbussen, Verhaltensdefizite oder Spannungen im Betrieb (mit-)ursächlich waren.<sup>11</sup> Derartige Faktoren spielen in der Gerichtspraxis im Zusammenhang mit Alterskündigungen eine entscheidende Rolle und führen dazu, dass der Ausgang eines Gerichtsverfahrens – insbesondere das Gerichtsurteil – oft schwer vorhersagbar ist.

[5] Von Bedeutung dürfte bei Alterskündigungen auch der Umstand sein, dass die Arbeitgeberbeiträge für ältere Arbeitnehmende an die Vorsorgeeinrichtungen (von mindestens 9 %) höher sind als die Arbeitgeber-Beiträge für jüngere Arbeitnehmende (vgl. Art. 16 und Art. 66 Abs. 1 BVG<sup>12</sup>).<sup>13</sup> Die Staffelung bei der Altersvorsorge wurde 1985 eingeführt, um älteren Versicherten den Aufbau eines Altersguthabens rascher zu ermöglichen.<sup>14</sup> Diese Staffelung wirkt sich auf ältere Arbeitnehmende diskriminierend aus.<sup>15</sup> Zudem ist bei Arbeitnehmenden in fortgeschrittenem Alter – je nach Branche, Lebensumständen und persönlichen Voraussetzungen – sowohl körperlich als auch kognitiv nicht selten ein gewisser Verschleiss festzustellen.<sup>16</sup> Problematisch kann zudem sein, wenn Arbeitnehmende in fortgeschrittenem Alter die technologischen Anforderungen ihres Berufes nicht mehr erfüllen können und den Anschluss verlieren.<sup>17</sup>

[6] Dieser Beitrag untersucht ausgewählte Aspekte der «Alterskündigung». Ausgehend vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit wird die Begrenzung durch den sachlichen Kündigungsschutz in Bezug auf Alterskündigungen erörtert (Kapitel 2 und Kapitel 3). Anschliessend folgen konkrete Hinweise für Arbeitgeberinnen im Umgang mit der Entlassung älterer Arbeitnehmenden (Kapitel 4). Sodann werden die Folgen einer unrechtmässigen Entlassung erörtert (Kapitel 5). In der Schlussbetrachtung wird schliesslich auf aktuelle politische Bemühungen eingegangen (Kapitel 6).

---

<sup>9</sup> Siehe auch unten: Abschnitt 3.3.

<sup>10</sup> Siehe z.B. BGE 132 III 115; BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014; für einen Überblick über die Rechtsprechung: s.u. Abschnitt 3.2.1.

<sup>11</sup> Dazu bspw.: BGer 4A\_558/2012 vom 18. Februar 2013 (Motivationsprobleme); BGer 4A\_2/2014 vom 19. Februar 2014 (Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit aufgrund einer Depression).

<sup>12</sup> Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG), SR 831.40.

<sup>13</sup> Ein Zusammenhang zwischen der Staffelung bei älteren Arbeitnehmenden und der Arbeitssuche konnte jedoch bis anhin nicht empirisch nachgewiesen werden (siehe Bericht SECO [Fn. 3], Ältere Arbeitslose (50+), S. 3).

<sup>14</sup> Bericht SECO (Fn. 3), Ältere Arbeitslose (50+), S. 21.

<sup>15</sup> DENIS G. HUMBERT, Vorschläge für einen wirksamen Schutz älterer Angestellter, plädoyer 3/2018, S. 39 ff., S. 42.

<sup>16</sup> Ausführlich: Bundesanstalt für Arbeitsmedizin (1994): Alter und Arbeit. WHO Technical Report Series 835, Berlin 1994, zitiert in: RICO S. WINKELS, Demografischer Wandel: Herausforderungen und Chancen für Personalentwicklung und Betriebliche Weiterbildung, Berlin 2007, S. 64 f.

<sup>17</sup> Siehe dazu den Fall eines 57-jährigen Offsetdruckers, in welchem das Bundesgericht die Missbräuchlichkeit der Kündigung jedoch verneint hat (BGer 4A\_72/2008 vom 2. April 2008).

## 2. Kündigungsfreiheit

[7] Im schweizerischen Arbeitsrecht gilt bekanntlich der Grundsatz der Kündigungsfreiheit (vgl. Art. 335 Abs. 1 OR). Eine Kündigung ist grundsätzlich jederzeit möglich, und zwar auch dann, wenn kein sachlicher Kündigungsgrund oder keine betriebliche Notwendigkeit vorliegt.<sup>18</sup> Das Vorliegen eines Kündigungsgrunds ist in der Schweiz lediglich im öffentlichen Personalrecht erforderlich (bspw. Art. 10 Abs. 3 BPG<sup>19</sup> und Art. 25 Abs. 2 BE-PG<sup>20</sup>).<sup>21</sup> Der wichtige Grund ist diesfalls von der Anstellungsbehörde zu beweisen.<sup>22</sup>

[8] Anders als in der Schweiz geniessen Arbeitnehmende in Deutschland einen allgemeinen Schutz vor Kündigungen für Arbeitsverhältnisse, die länger als sechs Monate dauerten (§ 1 Abs. 1 KSchG<sup>23</sup>).<sup>24</sup> Eine Kündigung ist rechtsunwirksam, wenn diese sozial ungerechtfertigt ist. Jede Kündigung bedarf somit einer sozialen Rechtfertigung (personen-, verhaltens- oder betriebsbedingt).<sup>25</sup> Auch im französischen Arbeitsrecht bedingt eine Kündigung, dass ein bestimmter Kündigungsgrund vorliegt. Eine Kündigung kann aus persönlichen Gründen («*motif personnel*»; Art. L1232-1 ff. C. trav.<sup>26</sup>) oder aus wirtschaftlichen Gründen («*motif économique*»; Art. L1233-1 ff. C. trav.) ausgesprochen werden.

[9] Im (privaten) Arbeitsrecht der Schweiz wird die Kündigungsfreiheit indes durch den zeitlichen und sachlichen Kündigungsschutz eingeschränkt. Im Rahmen des zeitlichen Kündigungsschutzes hat die Arbeitgeberin die Sperrfristen gemäss Art. 336c OR zu berücksichtigen. Die Dauer der Sperrfrist bei Krankheit oder Unfall knüpft dabei an die Dauer des Arbeitsverhältnisses an, während das Alter des Arbeitnehmenden nicht berücksichtigt wird (vgl. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR). Der sachliche Kündigungsschutz gemäss Art. 336–336b OR schützt Arbeitnehmende dagegen vor missbräuchlichen Kündigungen. Die Beweislast für die Missbräuchlichkeit der Kündigung trägt i.d.R. der Arbeitnehmende.<sup>27</sup>

---

<sup>18</sup> BGE 136 III 513 E. 2.3 S. 514; BGer 4A\_293/2019 vom 22. Oktober 2019 E. 3.2; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 335 N 2; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, 4. Aufl., Bern 2019, S. 782.

<sup>19</sup> Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG), SR 172.220.1.

<sup>20</sup> Personalgesetz des Kantons Bern vom 16. September 2004 (PG), BSG 153.01.

<sup>21</sup> DENIS G. HUMBERT/ROGER LERCH, Kündigungsschutz, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, S. 411 ff., N 11.3 (zit. FHB-HUMBERT/LERCH); ROGER RUDOLPH, Schutz vor Alterskündigung: Bestandsaufnahme und einige kritische Gedanken, in: Roland A. Müller/Roger Rudolph/Anton K. Schnyder/Adrian von Kaenel/Bernd Waas (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Zürich 2020 Alterskündigung, S. 637 ff., S. 638 Fn. 2.

<sup>22</sup> BVGer A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 6.1; Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Zürich VB.2014.00359 vom 27. Mai 2015 E. 5.2; MARCO DONATSCH, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, Berechtigtes Anliegen oder juristischer Irrweg?, Jusletter vom 3. Mai 2010, Rz. 24.

<sup>23</sup> Kündigungsschutzgesetz vom 10. August 1951 (Bundesrepublik Deutschland).

<sup>24</sup> Dieser Kündigungsschutz besteht jedoch nicht in Betrieben mit weniger als zehn Vollzeitmitarbeiter (vgl. § 23 Abs. 1 KSchG). Dazu näher: CURT WOLFGANG HERGENRÖDER, in: Martin Henssler/Wolfgang Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil II, 8. Aufl., München 2020, § 23 KSchG N 16 ff.

<sup>25</sup> Siehe bspw.: MICHAEL SCHULTE WESTENBERG, Die ordentliche Kündigung im Spiegel der Rechtsprechung, NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht 2020, S. 561 ff.

<sup>26</sup> Code du travail vom 2. Januar 1973 (Frankreich).

<sup>27</sup> BGer 4A\_419/2007 vom 29. Januar 2008 E. 2.3; DONATSCH (Fn. 22), Rz. 24; WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, Art. 336 N 31, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK OR I-AUTOR/IN).

Bei der Entlassung eines Arbeitnehmervertreters muss die Arbeitgeberin beweisen, dass sie einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte und aus ebendiesem Anlass gekündigt hatte (Art. 336 Abs. 2 lit. b OR). Auch die in

### 3. Grenzen der Kündigungsfreiheit

#### 3.1. Missbräuchlichkeit im Allgemeinen

[10] Art. 336 OR führt Umstände auf, die zur Missbräuchlichkeit führen. Diese Aufzählung ist gemäss Lehre<sup>28</sup> und Rechtsprechung<sup>29</sup> nicht abschliessend. Andere Umstände müssen jedoch eine vergleichbare Schwere wie die in Art. 336 OR genannten Konstellationen aufweisen.<sup>30</sup> So können auch Kündigungen im Zusammenhang mit der Verletzung der Fürsorgepflicht missbräuchlich sein (vgl. Art. 328 OR).<sup>31</sup> Weiter kann sich die Missbräuchlichkeit nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts auch aus der Art und Weise ergeben, wie die Arbeitgeberin von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch macht.<sup>32</sup>

[11] Eine Fürsorgepflicht gegenüber den Arbeitnehmenden trifft sowohl die private wie auch die öffentliche Arbeitgeberin.<sup>33</sup> Die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden ist zu achten und zu schützen. Die Arbeitgeberin hat (1) alles zu unterlassen, was die Arbeitnehmenden schädigen könnte und zugleich (2) sämtliche zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, bevor eine Kündigung ausgesprochen wird. Mit zumutbaren Massnahmen sind gemeint: Massnahmen die (i) notwendig, (ii) nach dem Stand der Technik möglich und (iii) den Verhältnissen des jeweils betroffenen Unternehmens angemessen sind, und die dem Unternehmen (iv) mit Rücksicht auf das konkrete Arbeitsverhältnis und der Arbeitsleistung zugemutet werden können. Ob eine Massnahme (und welche) zumutbar ist, bestimmt sich nach dem Einzelfall. Gesetz und Rechtsprechung verwenden in diesem Zusammenhang zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe und standardisierte Formulierungen; mithin bleibt den Gerichten bei der Gesetzesauslegung und der Beurteilung des Einzelfalles ein weites Ermessen.<sup>34</sup>

[12] Konkreter Ausfluss der Fürsorgepflicht ist das Ergreifen von Massnahmen gegen Mobbing, Diskriminierung und/oder sexueller Belästigung. Ergreift die Arbeitgeberin nicht die zumutbaren Schutzmassnahmen zu Gunsten der Gesundheit eines Arbeitnehmenden oder zur Lösung eines internen (zwischenmenschlichen) Konflikts, sondern löst stattdessen das Arbeitsverhältnis auf, ist die Fürsorgepflicht verletzt und die Kündigung u.U. nicht rechtmässig.<sup>35</sup>

---

Art. 336 Abs. 1 lit. a und lit. b OR vorgesehene Rechtfertigungsgründe sind durch die Arbeitgeberin zu beweisen (zum Ganzen: BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH [Fn. 27], Art. 336 N 33).

- <sup>28</sup> THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 2019, N 624; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 27), Art. 336 N 21; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 18), Art. 336 N 3; CHRISTINE SATTIVA SPRING, Le licenciement abusif pour des motifs non énumérés à l'art. 336 CO, in: Rémy Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, S. 275 ff., S. 282 f.
- <sup>29</sup> BGE 136 III 513 E. 2.3 S. 514; BGE 125 III 70 E. 2a S. 72; BGer 4A\_485/2017 vom 25. Juli 2019 E. 3.1; BGer 4A\_92/2017 vom 26. Juni 2017 E. 2.2.1.
- <sup>30</sup> BGE 136 III 513 E. 2.3 S. 514; BGer 4A\_419/2007 vom 29. Januar 2008 E. 2.3; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 28), N 624.
- <sup>31</sup> Mit zahlreichen Beispielen: DENIS G. HUMBERT, Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, AJP 11/2011, S. 1471 ff., S. 1475 (zit. HUMBERT, missbräuchliche Kündigung).
- <sup>32</sup> BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538; BGE 125 III 70 E. 2b S. 73; BGer 4A\_92/2017 vom 26. Juni 2017 E. 2.2.1: «*Même lorsqu'une partie résilie de manière légitime un contrat, elle doit exercer son droit avec des égards. Elle ne peut en particulier jouer un double jeu et contrevenir de manière manifeste au principe de la bonne foi.*»
- <sup>33</sup> Vgl. Art. 328 OR i.V.m. Art. 6 Abs. 2 sowie Art. 4 Abs. 2 lit. b und lit. g BPG. Siehe auch: BVGer A-5364/2018 vom 2. April 2019 E. 4.3.1.
- <sup>34</sup> Siehe: THOMAS GEISER, Rechtsprechungs Panorama Arbeitsrecht, AJP 11/2020, S. 1446 ff., S. 1447 f.; FHB-HUMBERT/LERCH (Fn. 21), N 11.64 ff.
- <sup>35</sup> Zum Ganzen: FHB-HUMBERT/LERCH (Fn. 21), N 11.64 ff.; BVGer A-3192/2019 vom 27. November 2019 E. 5.4.1; Entscheid des Arbeitsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Dezember 2007, in: Entscheide 2007, Nr. 19.

[13] Gibt es geeignete und für die Arbeitgeberin zumutbare Massnahmen, um den Konflikt zu entschärfen, müssen diese rechtzeitig ergriffen werden. Ein zu langes Zuwarten mit deren Einleitung wird vom Bundesgericht nicht toleriert.<sup>36</sup> Ignoriert eine Arbeitgeberin einen Konflikt zwischen Mitarbeitenden in Verletzung ihrer Fürsorgepflicht, kann sie die am Konflikt beteiligten Arbeitnehmenden später nicht mit der Begründung entlassen, der Konflikt schade der Arbeitsleistung sowie dem Arbeitsklima.<sup>37</sup>

[14] Beispielhaft seien folgende Massnahmen aufgeführt, die von Gerichten als zumutbar und genügend qualifiziert wurden:<sup>38</sup>

- Einzel- und Gruppengespräche mit den Beteiligten
- Konkrete Verhaltensanweisungen an die Beteiligten
- Ermahnungen an alle Konfliktbeteiligten
- Beizug einer internen Fachstelle oder einer externen Beratung
- Konkrete Vorschläge zur Beilegung des Streits
- Gespräche mit den beteiligten Konfliktparteien inklusive Prüfung von Versetzungsmöglichkeiten
- Versetzungen innerhalb des Unternehmens
- Gespräche mit dem betroffenen Arbeitnehmenden zusammen mit dem Angebot eines anderen Arbeitsplatzes innerhalb des Unternehmens.

[15] Die Arbeitgeberin muss indes nur dann zumutbare Konfliktentschärfungsmassnahmen ergreifen, wenn es sich um einen intensiven Konflikt handelt, der zu Persönlichkeitsverletzungen oder Angriffen auf die Ehre oder die Integrität von Mitarbeitenden geführt hat. Blosser Animositäten oder Unverträglichkeiten unter Arbeitnehmenden erreichen die nötige Intensität nicht; in solchen Fällen genügt regelmässig das Führen eines Gesprächs.<sup>39</sup>

[16] Bei der Frage nach der Missbräuchlichkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung wegen «unüberbrückbarer Differenzen» oder «persönlichen Zerwürfnissen» zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmenden muss immer auch geklärt und beachtet werden, ob die Arbeitgeberin alle notwendigen und zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um den Konflikt zu entschärfen, bevor sie zu einer Kündigung schreitet.<sup>40</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf einem «schwierigen Arbeitnehmenden» gekündigt werden, wenn dessen persönliche Eigenschaften die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigen und/oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen, sofern die Arbeitgeberin zuvor die zumutbaren Massnahmen getroffen hat, um die Lage zu entspannen.<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> M.w.H.: BGer 1C\_245/2008 vom 2. März 2009 E. 4.2.

<sup>37</sup> Vgl.: BGer 1C\_245/2008 vom 2. März 2009 E. 2 und E. 3.

<sup>38</sup> Im Detail dazu: FHB-HUMBERT/LEUCH (Fn. 21), N 11.71 ff.

<sup>39</sup> Entscheid des Arbeitsgerichts des Kantons Zürich vom 2. Juli 2004, in: Entscheide 2004, Nr. 20 (vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil LA040 035 vom 5. November 2004 bestätigt).

<sup>40</sup> In den Worten des Bundesgerichts (BGer 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022 E. 3.1.1): «La question de savoir si l'employeur a pris les mesures nécessaires pour désamorcer le conflit avant d'en arriver à la résiliation relève du droit, car elle revient à examiner si l'employeur s'est conformé aux devoirs que lui impose l'art. 328 CO».

<sup>41</sup> BGE 136 III 513 E. 2.6 S. 516 ff.: Der Arbeitnehmer beschäftigte seine Vorgesetzten mehrere Jahre lang mit seiner Krankheitsproblematik. Nachdem die Arbeitgeberin sämtliche für den Betrieb möglichen Massnahmen getroffen hatte und der Arbeitnehmer dennoch auf immer weiteren (nicht mehr zumutbaren) Massnahmen bestand, sprach

[17] Ferner ist eine Kündigung dann nicht missbräuchlich, wenn ein Arbeitnehmender den Anforderungen an die konkrete Arbeitsstelle nicht mehr genügt – auch wenn es sich um einen langjährigen Mitarbeiter mit grosser Erfahrung handelt. Die zunehmende Formalisierung der Qualitätssicherung und die Technologisierung führen dazu, dass sich immer mehr Unternehmen zertifizieren lassen. Um die Zertifizierung zu erlangen, muss das Unternehmen konkrete Vorgaben erfüllen. Die Arbeitnehmenden müssen bestimmten qualitativen Voraussetzungen genügen und dafür u.U. bestimmte Weiterbildungen und Prüfungen absolviert haben. So können sich die für eine bestimmte Stelle notwendigen fachlichen Voraussetzungen im Laufe eines Anstellungsverhältnisses ändern und ein Arbeitnehmender kann – trotz ursprünglicher Eignung bei Stellenantritt – für seine bisherige Arbeit nicht mehr als geeignet erscheinen. Das Bundesgericht stützte diese Auffassung, indem es die Missbräuchlichkeit einer (ordentlichen) Kündigung einer Arbeitnehmenden verneinte, die das für eine ISO-Zertifizierung des Unternehmens notwendige Schlussexamen einer Weiterbildung viermal nicht bestanden hatte.<sup>42</sup>

[18] Liegt eine missbräuchliche Kündigung vor, ist eine privatrechtliche Sanktion zuungunsten der Arbeitgeberin vorgesehen (vgl. Art. 336a OR und unten Kapitel 5). Allerdings führt auch die missbräuchliche Kündigung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.<sup>43</sup> Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht grundsätzlich nicht.<sup>44</sup>

[19] Die Herausforderung für Arbeitnehmende, die sich auf die Missbräuchlichkeit ihrer Kündigung berufen wollen, liegt darin, dass sie genau darlegen müssen, worin diese Missbräuchlichkeit bestehen soll.<sup>45</sup> Sie tragen die Beweislast, insbesondere auch für den Kausalzusammenhang zwischen dem angerufenen Kündigungsgrund und der Kündigung.<sup>46</sup>

### 3.2. Alterskündigung als Fall von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR

[20] Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist die Kündigung missbräuchlich, wenn sie wegen einer Eigenschaft erfolgt, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht. Darunter kann auch das Alter subsumiert werden.<sup>47</sup>

#### 3.2.1. Voraussetzungen gemäss Rechtsprechung

[21] Nach Auffassung des Bundesgerichts haben Arbeitgeberinnen eine erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber Arbeitnehmenden in fortgeschrittenem Alter und mit einer langen Dienstzeit. Bei solchen Arbeitnehmenden ist der Kündigung besondere Beachtung zu schenken – insbesondere der

---

die Arbeitgeberin die Kündigung aus. Diese Kündigung erachtete das Bundesgericht nicht als missbräuchlich. Insbesondere muss eine Arbeitgeberin nicht aus Rücksicht auf den «*schwierigen*» Arbeitnehmer betriebliche Umstellungen vornehmen, die für andere Mitarbeiter nachteilig wären. Siehe auch: BGer 4A\_130/2016 vom 25. August 2016 E. 2.2.

<sup>42</sup> Siehe: BGer 4A\_347/2019 vom 28. Februar 2020 E. 3.1.

<sup>43</sup> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 27), Art. 336a N 1; ADRIAN STAEHELIN, Art. 336a N 2, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b–355 OR, Art. 361–362 OR, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. ZK-STAEHELIN).

<sup>44</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 18), Art. 336a N 2.

<sup>45</sup> Anstatt vieler: BGer 4A\_216/2019 vom 29. August 2019 E. 3.3.

<sup>46</sup> BGer 4A\_293/2019 vom 22. Oktober 2019 E. 3.5.1; BGE 130 III 699 E. 4.1.

<sup>47</sup> BGE 127 III 86 E. 2a S. 88; HUMBERT (Fn. 2), Alterskündigung, S. 870; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 27), Art. 336 N 7.

Art und Weise, wie gekündigt wird. Das Bundesgericht hat bislang davon abgesehen, eine Altersgrenze zu definieren, ab der die Kündigung eines Arbeitnehmenden missbräuchlich ist. In seine Einzelfallbetrachtung bezieht das Bundesgericht indes immer das Kriterium des Alters des betroffenen Arbeitnehmenden und der Dauer des Arbeitsverhältnisses ein.<sup>48</sup>

[22] Die Rechtsprechung hat folgende Richtlinien von genereller Tragweite definiert, die das Kündigungsrecht in Bezug auf Arbeitnehmende in fortgeschrittenem Alter einschränken:

- Die Arbeitgeberin darf nicht auf stigmatisierende, herabsetzende Art und Weise kündigen;
- Die Arbeitgeberin muss versuchen, personenbezogene Konflikte zu lösen, bevor sie eine Kündigung ausspricht;
- Bei Vorliegen besonderer personenbezogener Herausforderungen in Bezug auf einen Arbeitnehmenden (wie z.B. eine körperliche Beeinträchtigung, eine Krankheit, eine bestimmte Weltanschauung oder Religion etc.) muss die Arbeitgeberin angemessene Massnahmen zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses ergreifen, bevor sie kündigt.<sup>49</sup>

[23] Bis anhin hat das Bundesgericht lediglich in Einzelfällen die Missbräuchlichkeit einer Kündigung gegenüber älteren Arbeitnehmenden bejaht. Aussichtsreich waren und sind Klagen insbesondere dann, wenn Arbeitnehmende kurz vor dem Erreichen ihres Pensionsalters entlassen wurden.<sup>50</sup> In solchen Fällen überwiegt (gemäss Bundesgericht) regelmässig das Interesse des Arbeitnehmenden, an einer Weiterbeschäftigung bis zum Eintritt ins Rentenalter. Nach Erreichen des ordentlichen Pensionsalters ist eine Kündigung durch die Arbeitgeberin indes grundsätzlich nicht missbräuchlich.<sup>51</sup> Mehrere Jahre vor Erreichen des Rentenalters ist eine Kündigung aufgrund des Alters regelmässig noch nicht missbräuchlich.<sup>52</sup> Das Bundesgericht nimmt eine Interessensabwägung vor, indem es die Interessen des Arbeitnehmenden an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses den schützenswerten Interessen der Arbeitgeberin gegenüberstellt.<sup>53</sup> Dreh- und Angelpunkt dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die erhöhte Fürsorgepflicht, die gegenüber älteren Arbeitnehmenden gelten soll (vgl. Art. 328 OR), namentlich solchen mit längerer Dienstzeit.<sup>54</sup> Je höher das Dienstalter desto höher ist auch die Fürsorgepflicht des Arbeit-

---

<sup>48</sup> KARINE LEMPEN, L'évolution de la protection contre le licenciement abusif, Avancées en faveur des seniors et des mères, AJP 1/2019, S. 78 ff., S. 85.

<sup>49</sup> Zum Ganzen und m.w.H.: LEMPEN (Fn. 48), S. 83.

<sup>50</sup> BGE 132 III 115 (Kündigung eines Arbeitnehmers nach 44 Dienstjahren und 14 Monate vor der Pensionierung); BGer 4A\_558/2012 vom 18. Februar 2013 (64-jähriger Arbeitnehmer mit 12 Dienstjahren; Analogie zu BGE 132 III 115).

<sup>51</sup> BGer 4A\_399/2013 vom 17. Februar 2014 E. 3.4; WYLER/HEINZER (Fn. 18), S. 791.

<sup>52</sup> Siehe BGer 4A\_419/2007 vom 29. Januar 2008 (Entlassung eines 55-jährigen Uhrenmachers nach 27 Dienstjahren, wobei möglicherweise auch die ungenügende Arbeitsleistung eine bedeutende Rolle gespielt hat) und BGer 4A\_72/2008 vom 2. April 2008 (Kündigung eines 57-jährigen Offsetdruckers nach 33 Dienstjahren; Analogie zu BGE 132 III 115 ausgeschlossen, weil die Dauer bis zur Pensionierung im Kündigungszeitpunkt noch rund acht Jahre betrug).

<sup>53</sup> Vgl.: BGE 132 III 115 E. 5.5 S. 122; BGer 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.3; BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 5.2.

<sup>54</sup> Vgl. zur erhöhten Fürsorgepflicht den Leading Case: BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 (dieser Entscheid blieb jedoch ein Ausreisser; dazu: Fn. 101); HUMBERT (Fn. 2), Alterskündigung, S. 873 f und S. 879 f.; vgl. zur Konfliktkündigung im Allgemeinen die Rechtsprechungsübersicht bei HUMBERT (Fn. 31), missbräuchliche Kündigung, 1480 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 18), Art. 336 N 4.

gebers.<sup>55</sup> Zudem gilt: je älter der Arbeitnehmende ist, desto tiefer darf das Dienstalter sein, um in den Genuss dieser erhöhten Fürsorgepflicht zu gelangen.<sup>56</sup>

[24] Als Ausfluss dieser erhöhten Fürsorgepflicht ergeben sich gemäss Bundesgericht zusammengefasst folgende Pflichten für die Arbeitgeberin: (i) rechtzeitige Information des Arbeitnehmenden über die beabsichtigte Kündigung, (ii) Anhörung des betroffenen Arbeitnehmenden, (iii) Lösungssuche zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses und je nach Umständen (iv) die Gewährung einer letzten Chance (Zielvereinbarung und Fristansetzung).<sup>57</sup> In seinem neuesten Entscheid zur Alterskündigung schien das Bundesgericht die ersten beiden Pflichten indes zu relativieren.<sup>58</sup>

[25] Das Bundesgericht betont, dass sich der Umfang der Fürsorgepflichten aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände im Einzelfall ergibt.<sup>59</sup> Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Arbeitgeberin grundsätzlich nicht gehalten ist, vor der Kündigung mildere Mittel (wie bspw. eine Verwarnung) anzuwenden.<sup>60</sup>

[26] Ein paar Beispiele aus der Rechtsprechung des **Bundesgerichts**:

1. BGE 132 III 122 (BGer 4C.422/2004 vom 13. September 2005)

Das Bundesgericht stufte die Kündigung eines 63-jährigen Heizungsmonteur 14 Monate vor dessen Pensionierung nach 44 Dienstjahren als missbräuchlich ein. Ausschlaggebend war u.a., dass die Arbeitgeberin nichts unternahm, um allfällige Probleme zu lösen. Damit habe die Arbeitgeberin das Gebot der schonenden Rechtsausübung krass verletzt. Die einschneidenden Folgen der Kündigung führten dazu, dass dem klagenden Arbeitnehmer vom Bundesgericht die maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen zugesprochen wurde.<sup>61</sup>

2. BGer 4A\_419/2007 vom 29. Januar 2008

Die Kündigung eines 55-jährigen Angestellten nach 27 Dienstjahren war nicht missbräuchlich. Massgebend waren die mangelhaften Arbeitsleistungen.<sup>62</sup>

3. BGer 4A\_72/2008 vom 2. April 2008

Die Kündigung eines 57-jährigen Offsetdruckers nach 33 Dienstjahren war rechtmässig. Der entlassene Arbeitnehmer genügte den technischen Anforderungen seines Berufes nicht mehr.

---

<sup>55</sup> BGE 132 III 115 E. 5.3 S. 121.

<sup>56</sup> Siehe bspw. die von HUMBERT entwickelte Tabelle, welche zur Begründung einer erhöhten Fürsorgepflicht das Lebens- und das Dienstalter berücksichtigt und zueinander ins Verhältnis setzt (HUMBERT [Fn. 2], Alterskündigung, S. 883). Kritisch zu dieser Tabelle: RUDOLPH (Fn. 21), S. 645 Fn. 40.

<sup>57</sup> Wie RUDOLPH zutreffend festhält, ergeben sich die ersten drei Pflichten aus den allgemeinen Ausführungen des Bundesgerichts (BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.2.2) und die vierte lediglich aus der konkreten Anwendung des durch das Bundesgericht zu beurteilenden Falls (BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 5.2) (RUDOLPH [Fn. 21], S. 643 f.).

<sup>58</sup> BGer 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022 E. 3.1.4: «Le droit des obligations ne prévoit pas d'obligation d'entendre l'autre partie avant de prononcer un licenciement ou de la mettre en garde au préalable. En droit privé, il n'existe pas non plus d'obligation générale de soumettre le licenciement envisagé à un contrôle de proportionnalité, dans le sens où des mesures moins incisives devraient toujours être prises avant un licenciement (...)»

<sup>59</sup> BGer 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.2.

<sup>60</sup> BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 5.2; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 335 N 1d; HUMBERT (Fn. 2), Alterskündigung, S. 873.

<sup>61</sup> BGE 132 III 115 E. 5 S. 120 ff.

<sup>62</sup> BGer 4A\_419/2007 vom 29. Januar 2008 E. 2.

4. BGer 4A\_60/2009 vom 3. April 2009  
Ebenfalls gerechtfertigt und demnach nicht missbräuchlich war die Entlassung eines Arbeitnehmers 22 Monate vor der Pensionierung und nach 25 Dienstjahren. In diesem Fall trugen schlechte Arbeitsleistungen sowie übermässiger Alkoholkonsum während der Mittagspausen dazu bei, dass die Kündigung rechtmässig ausgesprochen wurde.
5. BGer 4A\_558/2012 vom 18. Februar 2012  
Demgegenüber erachtete das Bundesgericht die Kündigung eines 64-jährigen Arbeitnehmers nach zwölf Dienstjahren als missbräuchlich. Der Arbeitgeberin warf das Bundesgericht vor, dass er sich nicht um eine weniger einschneidende Lösung bemüht hätte. Die Bewertungen des Entlassenen waren jeweils mehr oder weniger zufriedenstellend. Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass sinkende Motivation eines älteren Arbeitnehmenden durchaus normal sein könne.<sup>63</sup>
6. BGer 4A\_399/2013 vom 17. Februar 2014  
In diesem Urteil erwog das Bundesgericht, dass die Kündigung eines Arbeitnehmenden nach Erreichen des Pensionsalters – vorliegend ein siebzigjähriger Lehrer – nicht missbräuchlich sei.
7. BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014  
Als missbräuchlich qualifizierte das Bundesgericht die Kündigung eines 59-jährigen Key Account Managers im elften bzw. im 35. Dienstjahr.<sup>64</sup> Das Bundesgericht erwog, dass die lange Dienstzeit und das fortgeschrittene Alter des Arbeitnehmers zu einer erhöhten Fürsorgepflicht führen werden (siehe dazu Abschnitt 3.1 sowie die obigen Ausführungen in diesem Unterabschnitt).<sup>65</sup> Die Entschädigung von zwei Monatslöhnen schützte das Bundesgericht demnach.<sup>66</sup> Dieses Urteil blieb bisher eine Ausnahme und dessen Heranziehung sollte jeweils vorsichtig geprüft werden (siehe dazu auch die Hinweise in Fn. 101).
8. BGer 4A\_92/2017 vom 26. Juni 2017  
Das Bundesgericht gab den kantonalen Instanzen Recht, welche die Entlassung als missbräuchlich eingestuft hatten aufgrund der Art und Weise, wie die Kündigung ausgesprochen wurde. Eine Direktorin von zwei Pflegeheimen wurde gleich nach ihrer Freistellung in ihr Büro begleitet, damit sie ihre persönlichen Sachen einpacken konnte, und dann nach draussen geleitet. Das Vorgehen war nach Auffassung des Gerichts nicht durch die Notwendigkeit des Schutzes sensibler Daten gerechtfertigt, denn als Direktorin von Pflegeheimen sei es kaum vorstellbar, dass sie Kunden von den Pflegeheimen, in denen sie arbeitete, abwerben würde. Die Überwachungsmassnahme hätte in Wirklichkeit darauf abgezielt, die Direktorin vom Personal fernzuhalten, damit dieses über die Entlassung der Direktorin informiert werden konnte, ohne der Hauptbetroffenen die Gelegenheit zu geben, (dem Personal) ihre eigene Version der Ereignisse zu erzählen. Dadurch hätte die Arbeitgeberin beim Personal den Eindruck erweckt, dass die Entlassung auf schwerwiegenden Gründen beruhen würde, obwohl dies nicht der Fall war.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> BGer 4A\_558/2012 vom 18. Februar 2012 E. 2.

<sup>64</sup> Vgl.: BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 3.1.

<sup>65</sup> Siehe: BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.2 und E. 5.2.

<sup>66</sup> BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 5.2.

<sup>67</sup> BGer 4A\_92/2017 vom 26. Juni 2017 E. 2.3.1.

Zum anderen war die Kündigung aufgrund des effektiven Kündigungsgrundes missbräuchlich: Der Direktorin wurde aus «*persönlichen Gründen*» gekündigt, weil ein Geschäftsleitungsmitglied, das die Persönlichkeit der Direktorin unerträglich fand, die Direktorin um jeden Preis loswerden wollte.<sup>68</sup>

Der Direktorin wurde eine Entschädigung in der Höhe von rund vier Monatslöhnen zugesprochen. Zwar war sie nicht in «*fortgeschrittenem Alter*», aber sie war 49 Jahre alt und hatte 20 Jahre lang für die Arbeitgeberin gearbeitet.<sup>69</sup>

9. BGer 4A\_31/2017 vom 17. Januar 2018

In diesem Fall war lediglich die Höhe der Entschädigung i.S.v. Art. 336a OR vor Bundesgericht umstritten. Dabei verwarf das Bundesgericht den Einwand des Beschwerdeführers, wonach einem über sechzigjährigen Arbeitnehmer grundsätzlich die maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen zustehe.<sup>70</sup>

10. BGer 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021

Das Bundesgericht erwog, dass das Interesse der Arbeitgeberin an der Kündigungsfreiheit bei einem Geschäftsführer entsprechend hoch zu gewichten sei. Ein Geschäftsführer müsse zudem nicht zwingend vorher angehört werden. Eine andere Form der Weiterbeschäftigung scheidet zudem regelmässig aus.<sup>71</sup> Entgegen der Vorinstanz erachtete das Bundesgericht die Kündigung des 60-jährigen Geschäftsführers nach 37 Dienstjahren als nicht missbräuchlich.

11. BGer 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022

Die Kündigung eines während sechs Monaten durchgehend krankgeschriebenen Arbeitnehmers stuft das Bundesgericht als nicht missbräuchlich ein. Die Arbeitgeberin verfügte über keine Informationen zum Gesundheitszustand sowie über einen möglichen Rückkehrzeitpunkt an den Arbeitsplatz. Trotz lediglich zehnmonatiger Entfernung des Arbeitnehmers zum Rentenalter, führten diese Umstände dazu, dass die Kündigung rechtmässig erfolgte.<sup>72</sup>

[27] Auch das **Bundesverwaltungsgericht** hat sich zu Alterskündigungen geäussert:

1. BVGer A-5665/2014 vom 29. September 2015

In Bezug auf eine 56-jährige Arbeitnehmerin hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass diese sich während ihrer langjährigen Tätigkeit – entsprechend den arbeitsvertraglichen Pflichten – in hohem Masse spezialisiert und es aufgrund ihres vorgerückten Alters auf dem Arbeitsmarkt schwer haben wird, eine neue Anstellung zu finden.<sup>73</sup> Die ETH Zürich hatte die freie Stelle nicht (vorübergehend) mit der Beschwerdeführerin besetzt, obschon die bisher von ihr erledigten Aufgaben grundsätzlich weitergeführt wurden. Somit war die Art und Weise der Kündigung der hoch spezialisierten Arbeitnehmerin missbräuchlich und versties massiv gegen die Fürsorgepflicht.<sup>74</sup>

---

<sup>68</sup> BGer 4A\_92/2017 vom 26. Juni 2017 E. 2.7 und E. 2.3.2.

<sup>69</sup> BGer 4A\_92/2017 vom 26. Juni 2017 E. 3.3.

<sup>70</sup> BGer 4A\_31/2017 vom 17. Januar 2018 E. 3.

<sup>71</sup> BGer 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.3.

<sup>72</sup> BGer 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022 E. 3.4.1 und E. 3.4.2.

<sup>73</sup> BVGer A-5665/2014 vom 29. September 2015 E. 5.3.

<sup>74</sup> BVGer A-5665/2014 vom 29. September 2015 E. 5.5 und E. 5.6.

2. BVGer A-5255/2018 vom 9. Juli 2019

Bei einem 52-jährigen Angestellten, welcher 17 Jahre bei der SBB beschäftigt war, hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass dieser weder altersmässig noch von der Anstellungsdauer her eine kritische Schwelle überschritten hatte. Weiter konnte aufgrund der sechsmonatigen Ausbildungszeit auch nicht von einer hochspezialisierten Funktion gesprochen werden.<sup>75</sup> Aufgrund der Entfernung zum Pensionsalter verneinte das Bundesverwaltungsgericht demnach eine missbräuchliche Kündigung.<sup>76</sup>

[28] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wird von Teilen der Lehre kritisiert, weil sie erhebliche Rechtsunsicherheit schafft.<sup>77</sup> Ein Teil der Lehre versucht die Missbräuchlichkeit von Alterskündigungen aus diesem Grund mit einer konkreten Altersgrenze greifbarer zu machen (dazu unten Abschnitt 3.3). Andere Autoren kritisieren, dass das Bundesgericht der Arbeitgeberin Pflichten auferlege, die im kodifizierten Arbeitsrecht nicht vorgesehen seien.<sup>78</sup> Aus sozialpolitischen Überlegungen wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur erhöhten Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin bei Alterskündigungen in der Lehre allerdings auch begrüsst.<sup>79</sup>

[29] Nach Auffassung der Autoren wird in der Lehre zu Recht darauf hingewiesen, dass die aktuelle Rechtsprechung in der Tendenz zu einer Diskriminierung von Arbeitnehmenden führt, die während ihres Arbeitslebens mehrfach die Stelle gewechselt haben und/oder die sich für einen mehrmonatigen oder mehrjährigen Unterbruch ihrer Erwerbstätigkeit entschieden haben (z.B. wegen Schwangerschaft und Kindererziehung).<sup>80</sup> Diese Rechtsprechung dürfte sich insbesondere auf Frauen und auf die jüngere Generation, die häufiger als frühere Generationen die Stelle wechselt, negativ auswirken.

[30] Nach der hier vertretenen Auffassung kann – je nach Grösse des Betriebs und der konkreten Möglichkeiten im Einzelfall – eine Pflicht der Arbeitgeberin zur Prüfung einer anderweitigen Beschäftigung im selben Betrieb bestehen. Eine solche bejahte das Bundesgericht bei einem depressiven Verkaufsangestellten, der darum bat, in einer anderen Filiale zu arbeiten. Die Kündigung erachtete das Bundesgericht als missbräuchlich und hielt zugleich fest, dass die Arbeitgeberin die Gesundheit des Arbeitnehmenden nicht genügend respektiert habe (vgl. Art. 328 Abs. 2 OR).<sup>81</sup> Grundsätzlich besteht in solchen Situationen der Rechtfertigungsgrund von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR («Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis»). Allerdings kann dieser Rechtfertigungsgrund nur dann berechtigterweise angerufen werden, wenn ein älterer Arbeitnehmender, dessen Leistungsfähigkeit z.B. stark gesunken ist, über die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört wurde und darüber hinaus intern nach alternativen Lösungen für eine Weiterbeschäftigung gesucht wurde.<sup>82</sup> Kürzlich hielt das Bundesgericht sodann fest, dass bspw. bei einem CEO eine

---

<sup>75</sup> BVGer A-5255/2018 vom 9. Juli 2019 E. 5.7.

<sup>76</sup> BVGer A-5255/2018 vom 9. Juli 2019 E. 5.7 und E. 5.8.

<sup>77</sup> ROESLER (Fn. 2), S. 52; RUDOLPH (Fn. 21), S. 644. Siehe auch: HUMBERT (Fn. 2), Alterskündigung, S. 883; SATTIVA SPRING (Fn. 28), S. 303 f.

<sup>78</sup> RUDOLPH (Fn. 21), S. 644; ADRIAN VON KAENEL, Neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kündigungsschutz, in: Roland Müller/Kurt Pärli/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 481 ff., S. 489 f.

<sup>79</sup> LEMPEN (Fn. 48), S. 85 f.; HUMBERT (Fn. 2), Alterskündigung, S. 874 (HUMBERT postuliert jedoch, dass diese Aufgabe besser die Legislative übernehmen sollte [dazu auch S. 884]). Zu den politischen Bemühungen unten Kapitel 6.

<sup>80</sup> LEMPEN (Fn. 48), S. 85 f.

<sup>81</sup> BGer 4A\_2/2014 vom 19. Februar 2014 E. 3.2.

<sup>82</sup> Vgl.: BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.2.2; HUMBERT (Fn. 2), Alterskündigung, S. 876.

alternative Lösung eher ausscheiden dürfte und u.a. auch der hohe Lohn im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen sei. Missbräuchlichkeit kann demnach nicht in jedem Fall damit begründet werden, dass die Arbeitgeberin keine alternative Lösung zur Weiterbeschäftigung gesucht habe.<sup>83</sup>

[31] Fraglich ist, ob für einen älteren Arbeitnehmenden, der regelmässig krankgeschrieben ist, ebenfalls zuerst intern eine Lösung nach einer allfälligen Weiterbeschäftigung gesucht werden muss. Der Rechtfertigungsgrund von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR kommt auch hier zum Tragen. Somit ist es grundsätzlich möglich, einem Arbeitnehmenden nach Ablauf der in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR vorgesehenen Sperrfrist zu kündigen, weil dieser (statistisch gesehen) aufgrund des Alters häufiger an Krankheiten leidet.<sup>84</sup> Unseres Erachtens müsste auch in solchen Fällen der Arbeitnehmende über die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört werden sowie analysiert werden, ob der Arbeitnehmende möglicherweise intern anderweitig beschäftigt werden könnte<sup>85</sup> oder ob es eine weniger einschneidende Lösung für den Arbeitnehmenden gäbe, namentlich eine schrittweise Wiederaufnahme seiner angestammten Tätigkeit (oder einer anderen geeigneten Tätigkeit) an einem geeigneten Arbeitsplatz im Betrieb für die Zeit bis zum Eintritt in den Ruhestand. Seitens der Arbeitgeberin wäre in einem solchen Fall auch eine Reduktion des Pensums oder eine Entlastung von bestimmten Aufgaben (bspw. Führungsfunktionen) mit dem betroffenen Arbeitnehmenden (vor einer allfälligen Kündigung) zu diskutieren.

[32] Anders verhält es sich gemäss neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wenn ein Arbeitnehmender während einer Dauer von mindestens sechs Monaten durchgehend krankgeschrieben war und die Arbeitgeberin keine Informationen von ihm erhalten hat zu seinem Gesundheitszustand und/oder einem möglichen Rückkehrzeitpunkt an den Arbeitsplatz: Selbst wenn der Arbeitnehmende nur noch zehn Monate vom gesetzlichen Rentenalter entfernt war, verhielt sich Arbeitgeberin nicht missbräuchlich, indem sie ihn entliess, da sie insbesondere nicht gewusst habe, wann der Arbeitnehmende nach mehr als sechs Monaten krankheitsbedingter Abwesenheit wieder an seinen Arbeitsplatz zurückkehren konnte, und da die Arbeitgeberin keinerlei Informationen zu diesem Punkt gehabt habe. Die Arbeitgeberin sei nicht verpflichtet gewesen, den Arbeitnehmenden fast ein Jahr lang und ohne Hinweis darauf, dass er in der Zwischenzeit wieder arbeiten könnte, weiter zu beschäftigen, und dies nur, um ihm unangenehme Folgen für die berufliche Vorsorge zu ersparen. Diese Konsequenzen hätten zudem nicht die Missbräuchlichkeit einer Kündigung begründen können.<sup>86</sup>

[33] Schliesslich sei angemerkt, dass die erhöhte Fürsorgepflicht auch im Zusammenhang mit einer Änderungskündigung von Bedeutung sein kann. Bei einem 63-jährigen Arbeitnehmer mit zwanzig Dienstjahren stufte das Arbeitsgericht Zürich das Interesse des Arbeitnehmers an der Fortdauer des Arbeitsverhältnisses trotz Zurückweisung diverser Änderungsanfragen höher ein.<sup>87</sup>

[34] Mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist zu postulieren, dass die Gerichte in Fällen von Alterskündigungen jeweils eine Gesamtwürdigung sämtlicher Interessen vornehmen.<sup>88</sup> Eine

---

<sup>83</sup> BGer 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.3.

<sup>84</sup> Dazu: HUMBERT (Fn. 2), Alterskündigung, S. 876.

<sup>85</sup> Vgl.: HUMBERT, (Fn. 2), Alterskündigung, S. 876; VON KAENEL (Fn. 78), S. 490.

<sup>86</sup> BGer 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022 E. 3.4.2.

<sup>87</sup> Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 25. Januar 2011, abgedruckt in: JAR 2012, S. 574 ff.

<sup>88</sup> BGer 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.2.

«Standardlösung» bzw. allgemeingültige «Checkliste» in Bezug auf arbeitgeberseitige Vorkehrungen gibt es nicht.<sup>89</sup>

### 3.2.2. Fazit und kritische Würdigung

[35] Die Rechtsprechung des Bundesgerichts bringt im Zusammenhang mit der Kündigung älterer Arbeitnehmenden Unsicherheiten mit sich. Ungeklärt ist die Interpendenz zwischen den drei Faktoren Lebensalter, Dienstalter und Restdauer bis zur Pensionierung.<sup>90</sup> Somit ist es für eine Arbeitgeberin nicht leicht zu beurteilen, ob aufgrund der erhöhten Fürsorgepflicht vor einer allfälligen Kündigung gewisse Handlungspflichten bestehen und wenn ja, welche.

[36] Die Einführung dieser aus einer erweiterten Fürsorgepflicht abgeleiteten Pflichten<sup>91</sup> zugunsten älterer Arbeitnehmenden ist rechtsstaatlich nicht unbedenklich: Diese Pflichten lassen sich nicht aus dem Gesetzeswortlaut ableiten<sup>92</sup>, und das Bundesgericht sollte grundsätzlich nicht Sozialpolitik betreiben. Das Schaffen entsprechender Schutzmechanismen im schweizerischen Arbeitsrecht zählt zu den Aufgaben der Legislative.<sup>93</sup> So werden zum Beispiel durch das Vorsehen einer höheren Anzahl von Taggeldern (Art. 27 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 und Abs. 3 AVIG<sup>94</sup> und Art. 41b AVIV<sup>95</sup>) sowie Einarbeitungszuschüssen im Arbeitslosenversicherungsrecht (Art. 65 f. AVIG und Art. 90 Abs. 1 lit. a AVIV)<sup>96</sup> die sozialen Folgen von Alterskündigungen bereits heute bis zu einem gewissen Grad von der Arbeitslosenversicherung aufgefangen.<sup>97</sup> Würde Sozialpolitik über das «Instrument» einer weit verstandenen und breit angewendeten missbräuchlichen Alterskündigung betrieben, würde dies lediglich zu einer finanziellen Sanktionierung der Arbeitgeberinnen führen.<sup>98</sup>

[37] Das Bundesgericht hält allerdings fest, dass auch für ältere Arbeitnehmende mit langer Dienstzeit kein absoluter Kündigungsschutz besteht, weil ansonsten der Grundsatz der Kündigungsfreiheit untergraben werden würde.<sup>99</sup> Die Kündigung «*d'un collaborateur d'un certain âge ayant oeuvré durant de longues années au service du même employeur*» ist nicht *per se* missbräuchlich, vor allem nicht «*lorsque le rendement du travailleur diminue à tel point qu'il n'est plus en mesure*

---

<sup>89</sup> Siehe jedoch unten in Kapitel 4 der Versuch einer Vorgehensempfehlung.

<sup>90</sup> Vgl.: BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 29), Art. 336 N 24.

<sup>91</sup> Siehe oben: Unterabschnitt 3.2.1.

<sup>92</sup> Dazu auch: JEAN-FRITZ STÖCKLI, Missbräuchliche Entlassung eines älteren Arbeitnehmers, ARV 1/2015, S. 17 ff., S. 19 f.

<sup>93</sup> Vgl.: HUMBERT (Fn. 2), Alterskündigung, S. 874 und S. 884; RUDOLPH (Fn. 21), S. 646.

<sup>94</sup> Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG), SR 837.0.

<sup>95</sup> Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV), SR 837.02.

<sup>96</sup> Einarbeitungszuschüsse decken die Differenz zwischen dem von der Arbeitgeberin bezahlten Lohn und dem normalen Lohn, welcher nach der Einarbeitung zu erwarten ist. Der Einarbeitungszuschuss ist jedoch auf 60 % des normalen Lohns beschränkt (Art. 66 Abs. 1 AVIG). Über 50-jährige Versicherte haben regelmässig Anspruch auf einen Einarbeitungszuschuss von bis zu zwölf Monaten (SECO, AVIG-Praxis AMM, Stand 1. Januar 2022, J10 abrufbar unter: <https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/service/publikationen/kreisschreiben---avig-praxis.html> [zuletzt besucht am 13. Juni 2022], J10 f.). Zum Umfang des Einarbeitungszuschusses siehe: AVIG-Praxis AMM [Fn. 96], J12 ff.

<sup>97</sup> Demgegenüber hat der Bundesrat von seiner in Art. 17 Abs. 4 AVIG eingeräumten Kompetenz ältere versicherte Langzeitarbeitslose teilweise von den Versichertenpflichten zu entbinden, nicht Gebrauch gemacht.

<sup>98</sup> Gemäss Art. 336a Abs. 2 OR ist eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen vorgesehen.

<sup>99</sup> BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.2.2.

*d'exécuter à satisfaction les tâches qui lui sont confiées, ni d'assumer une autre occupation compatible avec ses ressources».*<sup>100</sup> Indem das Bundesgericht lediglich in Extremfällen die Missbräuchlichkeit einer Kündigung bejaht, wird der Grundsatz der Kündigungsfreiheit massvoll eingeschränkt.<sup>101</sup>

### 3.3. Missbräuchlichkeit bei Erreichen eines fixen Alters

[38] Bisher hat sich die Gerichtspraxis nicht zu einer fixen Altersgrenze geäussert, bei deren Überschreiten eine ordentliche Kündigung ohne konkreten Vorwurf an den Arbeitnehmenden per se missbräuchlich ist. Stützt man sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, müsste die Grenze wohl bei knapp unter 60 Jahren angesetzt werden.<sup>102</sup> Dabei betrachtet das Bundesgericht das Alter des Arbeitnehmenden nicht isoliert, sondern berücksichtigt auch die weiteren Umstände gebührend.<sup>103</sup> Diese Praxis überrascht nicht, da Art. 336 OR eben gerade keine bestimmte Altersgrenze vorsieht.<sup>104</sup>

[39] In der Lehre wird teilweise eine tiefere Grenze – bspw. von 55 Jahren – gefordert.<sup>105</sup> Zur Fixierung einer Altersgrenze können diverse Bestimmungen zur Analogie herangezogen werden. Bereits ab dem 50. Altersjahr sind einige Sonderregelungen vorgesehen. Gemäss den Personalvorsorgebestimmungen in Art. 331d Abs. 4 und Art. 331e Abs. 2 OR bestehen spezielle Regeln in Bezug auf die Freizügigkeitsleistung im Zusammenhang mit der Wohneigentumsförderung (WEF). Ebenfalls bei 50 Jahren setzt Art. 339b Abs. 1 OR bzgl. einer allfälligen Abgangentschädigung an.<sup>106</sup> Zusätzlich setzt Art. 339b Abs. 1 OR mindestens 20 Dienstjahre voraus.

[40] Im Arbeitslosenversicherungsrecht profitieren Arbeitslose ab dem 55. Altersjahr von bis zu 520 Taggeldern bei einer Beitragszeit von mindestens 22 Monaten (Art. 27 Abs. 2 lit. a AVIG). Demgegenüber steigen die Beiträge bei der beruflichen Vorsorge aufgrund der Staffelung ab dem 55. Altersjahr an (vgl. Art. 16 BVG).

[41] Ab dem vollendeten 58. Altersjahr können die Reglemente einer Vorsorgeeinrichtung eine Frühpensionierung ermöglichen (Art. 1 Abs. 3 BVG und Art. 1i Abs. 1 BVV<sup>2107</sup>). Nach Art. 1i

---

<sup>100</sup> Zitiert aus: BGer 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022 E. 3.1.2.

<sup>101</sup> Das Bundesgericht betonte, dass die Umstände in BGE 132 III 115 *«exceptionnel, voire extrême»* waren (BGer 4A\_419/2007 vom 29. Januar 2008 E. 2.5). Ein Ausreisser der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Bejahung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung eines 59-jährigen Key-Account-Managers nach rund 11 Dienstjahren mit der umfassenden Darlegung der erhöhten Fürsorgepflicht (BGer 4A\_384/2014). Dieser Entscheid ist jedoch bis anhin ein Unikat geblieben (vgl. RUDOLPH [Fn. 21], S. 644). Kürzlich relativierte das Bundesgericht besagten Entscheid selbst (siehe: BGer 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.2).

<sup>102</sup> Als missbräuchlich erachtete das Bundesgericht die Kündigung eines 59-jährigen Key-Account-Managers trotz diverser Massnahmen (BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014). Demgegenüber war die Kündigung eines 57-jährigen Offsetdruckers aus wirtschaftlichen Gründen nicht missbräuchlich (BGer 4A\_72/2008 vom 2. April 2008).

<sup>103</sup> Siehe oben Unterabschnitt 3.2.1 und vgl. bspw. BGer 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.3.

<sup>104</sup> HUMBERT (Fn. 2), Alterskündigung, S. 878.

<sup>105</sup> HUMBERT (Fn. 2), Alterskündigung, S. 872. Mit zehnjähriger Dienstdauer: LEMPEN (Fn. 48), S. 85. Mit 50 Jahren bei einer zehnjährigen Anstellungsdauer noch weitergehend: WYLER/HEINZER (Fn. 20), S. 824. Dazu auch unten Kapitel 6.

<sup>106</sup> Diese Norm ist heutzutage nicht mehr von allzu grosser Bedeutung, weil gemäss Art. 339d Abs. 1 OR Leistungen von einer Personalfürsorgeeinrichtung abgezogen werden können. Seit der Einführung der obligatorischen Personalfürsorge besteht somit ein gesetzlicher Anspruch auf eine Abgangentschädigung nur noch für die Empfänger hoher Einkommen im Umfang der nicht versicherten Lohnanteile und Bezüger sehr geringer Einkommen, welche nicht dem Versicherungsobligatorium unterstellt sind (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH [Fn. 27], Art. 339d N 1).

<sup>107</sup> Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (BVV 2), SR 831.441.1.

Abs. 2 BVV 2 sind frühere Altersrücktritte jedoch zulässig bei betrieblichen Restrukturierungen (lit. a) und bei Arbeitsverhältnissen, in denen frühere Altersrücktritte aus Gründen der öffentlichen Sicherheit vorgesehen sind (lit. b).

[42] Wie das Bundesgericht zutreffend festhält, sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.<sup>108</sup> Problematisch an einer fixen Altersgrenze wäre, dass die Anzahl der Dienstjahre sowie weitere konkrete Umstände des jeweiligen Einzelfalls unberücksichtigt blieben. Insofern begrüssen die Autoren, dass von einer starren Altersgrenze zur Bestimmung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung abgesehen wird.

#### **4. Was muss vorgekehrt werden, damit eine Entlassung nicht missbräuchlich ist?**

##### **4.1. Im Allgemeinen**

[43] Da in der Schweiz – wie in Kap. 3.3. erläutert – keine starre Altersgrenze existiert, sollten Arbeitgeberinnen bei Arbeitnehmenden ab 55 Jahren die konkreten Umstände des Einzelfalls mit Blick auf eine allfällige missbräuchliche Alterskündigung sorgfältig prüfen und gegebenenfalls rechtzeitig entsprechende Massnahmen ergreifen. Dies gilt insbesondere bei einer langen Dienstzeit des betreffenden Arbeitnehmenden. Obwohl gerade für grössere Unternehmen die zu entrichtende Entschädigung bei einer missbräuchlichen Entlassung nicht allzu stark ins Gewicht fallen dürfte, kann sich die (allenfalls medial thematisierte) Kündigung negativ auf die Reputation als Arbeitgeberin auswirken.

[44] Folgende Vorkehrungen sind auf Arbeitgeberinnenseite empfehlenswert:

1. Um Entlassungen zu vermeiden resp. im Vorfeld einer Entlassung:
  - a. Eine vorausschauende Personalplanung, um Entlassungen kurz vor der Pensionierung zu vermeiden
  - b. Schaffung eines tauglichen Konfliktmanagementsystems
  - c. Bei begründetem Anlass oder einem Vorfall sind rasch geeignete Konfliktentschärfungsmassnahmen zu ergreifen:
    - i. Aussprachen mit den Betroffenen, Definition von Zielvorgaben, Durchführung von Einzel- und Gruppengesprächen Beizug einer internen Vertrauensstelle oder eines externen Coachs; Erteilen von konkreten Verhaltensanweisungen;
    - ii. Umorganisation der Arbeitsabläufe, zur Aufklärung eines/mehrerer Vorfälle Befragungen oder eine interne Untersuchung durchführen; Verwarnungen;
    - iii. Bei langer Dienstzeit und/oder Nähe zur Pensionierung sollte versucht werden, die Kündigung durch eine interne Lösung zu vermeiden, d.h. durch interne Versetzungen an einen anderen Arbeitsort oder das Anbieten einer anderen Arbeitsstelle innerhalb des Unternehmens.

Der Umfang und die Intensität der Massnahmen hängen vom Einzelfall ab. Sie sind so zu wählen und umzusetzen, dass eine Konflikterledigung grundsätzlich möglich erscheint

---

<sup>108</sup> Anstatt vieler: BGE 132 III 115 E. 2.5 S. 118.

bzw. bleibt. Ist bereits von vornherein aufgrund der konkreten Situation klar, dass solche Massnahmen und Bemühungen erfolglos sein würden, kann auf die Einleitung von (weiteren) Massnahmen verzichtet werden.

2. Wenn eine Entlassung unvermeidlich ist:

- a. Der Arbeitnehmende sollte rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung informiert werden und durch die Arbeitgeberin angehört werden.
- b. Die Arbeitgeberin sollte zudem für ein allfälliges Verfahren sämtliche unternommenen Schritte sorgfältig dokumentieren.

## 4.2. Spezielle Regeln bei Massentlassungen

[45] Im Zusammenhang mit Massentlassungen bestehen in Art. 335d ff. OR zusätzliche Vorschriften, welche zu beachten sind. Als Massentlassung gelten Kündigungen, welche die Arbeitgeberin in einem Betrieb aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmenden stehen, und von denen je nach Grösse der Arbeitgeberin eine bestimmte Anzahl Personen betroffen sind (vgl. Art. 335d Abs. 1 OR). Die Beweislast für einen persönlichen Kündigungsgrund trägt die Arbeitgeberin.<sup>109</sup> In der Problemzone «Alterskündigung» kann ein Zusammenhang in der Person des Arbeitnehmenden bei ungenügenden Leistungen vorliegen.<sup>110</sup> Keinen Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmenden haben nach herrschender Auffassung Kündigungen, die ausgesprochen werden, weil der ältere Arbeitnehmende den Anforderungen seines Arbeitsplatzes aufgrund technologischer Entwicklungen nicht mehr genügt.<sup>111</sup> Oftmals erfolgen gemischte Kündigungen, das heisst Kündigungen, die aus betrieblichen Gründen wie auch aus personenbezogenen Gründen ausgesprochen werden.<sup>112</sup>

[46] Wenn aufgrund der Grösse der Massentlassung ein Sozialplan aufzustellen ist (vgl. Art. 335i Abs. 1 OR), können darin besondere Massnahmen für ältere Arbeitnehmende wie bspw. die frühzeitige Pensionierung vorgesehen werden.<sup>113</sup>

## 4.3. Situation unter Gesamtarbeitsverträgen (GAV)

[47] Alterskündigungen sind auch in einigen Gesamtarbeitsverträgen (GAV) gesondert geregelt. Art. 25.5 GAV-MEM<sup>114</sup> betont die Bedeutung älterer Mitarbeitender und sieht spezielle Regelungen vor. Bei einer beabsichtigten Kündigung von Mitarbeitenden ab Alter 55 findet – unabhängig von der Anzahl Dienstjahre – rechtzeitig und zwingend ein Gespräch zwischen der Geschäftsleitung oder der nächsthöheren vorgesetzten Stelle und dem betroffenen Mitarbeitenden statt,

---

<sup>109</sup> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 27), Art. 335d N 12.

<sup>110</sup> GENEVIÈVE ORDOLLI/AURÉLIEN WITZIG, Art. 335d N 5, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations I*, 3. Aufl., Basel 2021; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Art. 335d N 7, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag*, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, 2. Aufl., Bern 2014 (zit. BK-REHBINDER/STÖCKLI).

<sup>111</sup> Anstatt vieler: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 20), Art. 335d N 6.

<sup>112</sup> Dazu: SARA LICCI, *Die Massentlassung im schweizerischen Recht*, Diss. Zürich 2017, N 65.

<sup>113</sup> Ausführlicher: HUMBERT (Fn. 2), S. 875.

<sup>114</sup> Gesamtarbeitsvertrag der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie, Vertragsperiode 1. Juli 2018 – 30. Juni 2023.

in welchem dieser informiert und angehört wird sowie gemeinsam nach Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses gesucht wird. Die Geschäftsleitung oder die nächsthöhere vorgesetzte Stelle entscheiden abschliessend über die Kündigung (Art. 25.5 Ziff. 3 GAV-MEM). Dabei soll es sich um eine Konkretisierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handeln.<sup>115</sup> Ebenfalls zugunsten älterer Arbeitnehmender ist eine verlängerte Kündigungsfrist vorgesehen. Mitarbeitende ab dem 55. Altersjahr und mit gleichzeitig mindestens zehn Dienstjahren erhalten bei einer Kündigung einen Monat zusätzliche Kündigungsfrist (Art. 25.5 Ziff. 4 GAV-MEM). Umstritten ist, ob diese Verlängerung auch zugunsten der Arbeitgeberin wirkt.<sup>116</sup> Ebenfalls verlängerte Kündigungsfristen bei Arbeitnehmenden ab dem 55. Altersjahr sieht beispielsweise Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> LMV<sup>117</sup> vor. Im zweiten bis neunten Dienstjahr beträgt die Kündigungsfrist vier Monate und ab dem zehnten Dienstjahr sogar sechs Monate. In Art. 19 Abs. 3 LMV wird ähnlich wie in Art. 25.5 Ziff.3 GAV-MEM die Sorgfaltspflicht bei Kündigung älterer Arbeitnehmender konkretisiert. Unseres Erachtens sind diese Normen bei Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Kündigungen bei Arbeitnehmenden, welche diesen GAV angeschlossen sind, zu berücksichtigen. [48] Um ältere Arbeitnehmende zu schützen, sehen diverse GAV auch die Möglichkeit der vorzeitigen Pensionierung vor.<sup>118</sup>

#### 4.4. Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes (GIG)<sup>119</sup>

[49] Nach Art. 3 Abs. 1 GIG dürfen Arbeitnehmende aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden. Demgegenüber bietet das GIG keinen Schutz vor geschlechtsneutraler Altersdiskriminierung.<sup>120</sup> Gemäss PÄRLI könnte sich ein Verstoss gegen das GIG daraus ergeben, dass die Bewerbung einer Frau in fortgeschrittenem Alter abgelehnt und stattdessen eine jüngere Frau angestellt wird, wenn die Entscheidung bei der Wahl zwischen einem älteren und einem jüngeren männlichen Berufskollegen anders ausgefallen wäre.<sup>121</sup> Umgemünzt auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis würde dies bedeuten, dass eine Verletzung des GIG vorliegen würde, wenn einer Mitarbeiterin in fortgeschrittenem Alter gekündigt würde, nur um eine jüngere Frau anzustellen, während dem älteren Mann im selben Betrieb in ähnlicher Situation nicht gekündigt wird bzw. nicht gekündigt worden wäre. Allerdings dürften sich in solchen Fällen in der Praxis regelmässig erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben.

[50] Eine Diskriminierung wird vermutet, sobald die betroffene Person diese glaubhaft macht (Art. 6 GIG). Abgesehen vom Fall der Rache Kündigung i.S.v. Art. 10 GIG besteht jedoch auch hier

---

<sup>115</sup> CHRISTOF BURKARD/CAROLINE HASLER/KORAB MACULA, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie, Vertragsperiode 1. Juli 2018 – 30. Juni 2023, S. 45.

<sup>116</sup> Ausführlich mit ablehnender Haltung: BURKARD/HASLER/MACULA (Fn. 115), S. 45 f. Siehe dazu jedoch auch Art. 335a Abs. 1 OR.

<sup>117</sup> Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe, LMV 2019–2022 vom 3. Dezember 2018.

<sup>118</sup> Für eine Übersicht: <https://www.unia.ch/de/arbeitswelt/von-a-z/aelttere-arbeitnehmende> (zuletzt besucht am 13. Juni 2022).

<sup>119</sup> Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GIG), SR 151.1.

<sup>120</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LA150046-O/U vom 23. November 2015 E. 2a; KURT PÄRLI, Gutachten «Rechtliche Instrumente gegen Altersdiskriminierung im Arbeitsbereich», N 16.

<sup>121</sup> PÄRLI (Fn. 120), N 16.

kein Anspruch auf Wiederanstellung, sondern lediglich Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 5 Abs. 2 und Abs. 4 GIG).<sup>122</sup>

[51] Für Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem GIG gilt unabhängig vom Streitwert das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO). Das Gericht stellt dabei den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Bei Klagen gestützt auf das GIG werden weder im Schlichtungsverfahren noch im Entscheidungsverfahren Gerichtskosten gesprochen (Art. 113 Abs. 2 lit. a und Art. 114 lit. a ZPO).<sup>123</sup>

## 5. Rechtsfolgen einer unrechtmässigen Entlassung

[52] Auch die missbräuchliche Kündigung i.S.v. Art. 336 OR beendet das Arbeitsverhältnis.<sup>124</sup> Ein Anspruch auf Wiedereinstellung besteht im schweizerischen Arbeitsrecht nicht.<sup>125</sup> Gemäss Art. 336a Abs. 1 OR führt die missbräuchliche Kündigung in der Schweiz zu einer Entschädigung (Art. 336a OR). Demgegenüber kann in Deutschland innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage erhoben werden (§ 4 KSchG).<sup>126</sup> Dadurch kann auch eine Weiterbeschäftigung geltend gemacht werden (vgl. auch § 9 KSchG).

[53] Ein Arbeitnehmender, der aufgrund einer missbräuchlichen Kündigung eine Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist bei der Arbeitgeberin schriftlich Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmende muss demnach schriftlich zum Ausdruck bringen, dass er mit der erhaltenen Kündigung nicht einverstanden ist.<sup>127</sup> Eine Begründung der Einsprache ist weder erforderlich noch bindend für den Arbeitnehmenden.<sup>128</sup> Die Anforderungen an die Schriftform sind umstritten.<sup>129</sup> Zur Sicherheit empfiehlt es sich, die Einsprache unterschrieben per Einschreiben der Arbeitgeberin zuzustellen. Dabei muss die Einsprache mit einigen Tagen Vorlauf der Post übergeben werden, weil zur Fristwahrung der Empfang der Einsprache massgebend ist.<sup>130</sup>

[54] Art. 336b Abs. 2 OR hat die gütliche Einigung der Beteiligten im Blick. Gemäss Bundesgericht verliert der Arbeitnehmende seinen Entschädigungsanspruch i.S.v. Art. 336a OR, wenn die Arbeitgeberin unter gleichen Bedingungen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anbietet

---

<sup>122</sup> JAKOB UEBERSCHLAG, Art. 5 N 39, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Aufl., Basel 2022 (zit. SGB GIG-AUTOR/IN).

<sup>123</sup> Vorbehalten bleibt die bös- oder mutwillige Prozessführung (Art. 115 ZPO).

<sup>124</sup> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 27), Art. 336a N 1; ZK-STAEHELIN (Fn. 43), Art. 336a N 2.

<sup>125</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 110), Art. 336a N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 20), Art. 336a N 2. Vorbehalten bleibt die Ausnahme in Art. 10 GIG im Zusammenhang mit einer innerbetrieblichen Beschwerde oder der Anrufung der Schlichtungsbehörde oder des Gerichts infolge einer Diskriminierung (vgl. Art. 10 Abs. 3 GIG). Siehe dazu: SGB GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG (Fn. 122), Art. 10 N 43 ff.

<sup>126</sup> Ausführlich zur Kündigungsschutzklage u.a.: MARTINA AHRENDT, in: Isabella Grobys/Andrea Panzer-Heemeier (Hrsg.), StichwortKommentar Arbeitsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2022, Kündigungsschutzklage, N 1 ff.

<sup>127</sup> BGE 136 III 96 E. 2 S. 97.

<sup>128</sup> ZK-STAEHELIN (Fn. 43), Art. 336b N 4.

<sup>129</sup> Ausführlich u.a. mit Hinweisen auf die Judikatur: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 20), Art. 336b N 3.

<sup>130</sup> BGE 136 III 96 E. 2.3 S. 98.

und der Arbeitnehmende dies ablehnt.<sup>131</sup> Der Arbeitnehmende muss sich jedoch nicht um eine Einigung bemühen, um später erfolgreich eine Entschädigung geltend zu machen.<sup>132</sup>

[55] Falls sich die Parteien nicht einigen, muss innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Schlichtungsbehörde angerufen werden (vgl. Art. 336b Abs. 2 OR). Der gekündigte Arbeitnehmende kann die Klage umgehend einreichen, falls die Arbeitgeberin auf die Einsprache nicht sofort reagiert.<sup>133</sup>

[56] Nach Art. 336a Abs. 2 OR beläuft sich die Entschädigung auf bis zu sechs Monatslöhne.<sup>134</sup> Auf dieser Entschädigung sind keine Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten.<sup>135</sup> Aus diesem Grund ist für deren Bemessung der Bruttolohn massgebend.<sup>136</sup> Die Bestimmung der Höhe der Entschädigung steht im Ermessen des Gerichts (vgl. Art. 4 ZGB).<sup>137</sup> In der Praxis beträgt die Entschädigung i.d.R. ein bis drei Monatslöhne.<sup>138</sup> Da das Bundesgericht sein Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der kantonalen Vorinstanz setzt,<sup>139</sup> können kantonale Unterschiede bestehen.

[57] U.a. zu berücksichtigen sind die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung auf den Arbeitnehmenden sowie dessen Alter.<sup>140</sup> Bei Arbeitnehmenden in fortgeschrittenem Alter sind die wirtschaftlichen Auswirkungen oftmals gravierend.<sup>141</sup> Dabei ist im Beurteilungszeitpunkt häufig noch nicht klar, ob sich der entlassene Arbeitnehmende erfolgreich in den Arbeitsmarkt reintegrieren können.

[58] Das Bundesgericht erachtete die Zusprechung einer Entschädigung in Höhe von zwei Monatslöhnen an einen 59-jährigen Key Account Manager durch die Vorinstanz als bundesrechtskonform.<sup>142</sup> Einem Heizungsmonteur, welcher vierzehn Monate vor Erreichen des Pensionsalters nach rund 44 Dienstjahren entlassen wurde, sprach das Bundesgericht die maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen zu.<sup>143</sup> In der Tendenz gilt: Je näher der Arbeitnehmende vor der Pensionierung steht, desto höher fällt die gerichtlich zugesprochene Entschädigung aus.

[59] Für ältere Arbeitnehmende ist die Entschädigungszahlung lediglich ein Tropfen auf den heissen Stein, vor allem wenn eine längere Arbeitslosigkeit droht.<sup>144</sup> Eine Entschädigung in Höhe von ein paar Monatslöhnen federt die Folgen einer allfälligen Langzeitarbeitslosigkeit regelmäs-

---

<sup>131</sup> BGE 134 III 67 E. 5 S. 70.

<sup>132</sup> BRÜHWILER (Fn. 68), Art. 336b N 2; FHB-HUMBERT/LERCH (Fn. 21), N 11.42; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 110), Art. 336b N 3.

<sup>133</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 110), Art. 336b N 3.

<sup>134</sup> Demgegenüber deutlich grosszügigere Regelungen finden sich im öffentlichen Personalrecht. Gemäss Art. 34c Abs. 2 BPG kann eine Entschädigung bis zu einem Jahreslohn betragen.

<sup>135</sup> BGE 123 V 5 E. 5 S. 10 f.; Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML), Stand 1. Januar 2022, abrufbar unter: <https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/6944> (zuletzt besucht am 13. Juni 2022), Rz. 2097.

<sup>136</sup> ZK-STAEHELIN (Fn. 43), Art. 336a N 6.

<sup>137</sup> BGE 123 III 391 E. 3c S. 394; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 110), Art. 336a N 11.

<sup>138</sup> ZK-STAEHELIN (Fn. 43), Art. 336a N 6.

<sup>139</sup> BGE 123 III 246 E. 6a S. 255; BGer 4A\_485/2017 vom 25. Juli 2018 E. 4.3.

<sup>140</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 110), Art. 336a N 11; ZK-STAEHELIN (Fn. 43), Art. 336a N 7.

<sup>141</sup> Siehe oben: Kapitel 1.

<sup>142</sup> BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 5.2.

<sup>143</sup> BGE 132 III 115 E. 3 S. 119.

<sup>144</sup> Aus diesem Grund trifft die Formulierung «golden handshake» von PORTMANN/RUDOLPH in solchen Fällen leider nicht zu (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH [Fn. 27], Art. 336a N 1).

sig nicht ab. Immerhin zählt die Entschädigung nach Art. 336a OR nicht zum anrechenbaren Verdienst i.S.v. Art. 11 Abs. 3 AVIG.<sup>145</sup>

[60] Schadenersatzansprüche aus anderen Rechtstiteln werden durch die Entschädigung nicht beeinflusst (Art. 336a Abs. 2 OR *in fine*). Die Geltendmachung von Lohneinbussen aufgrund der Kündigung basierend auf diesem Vorbehalt ist nach herrschender Ansicht jedoch ausgeschlossen.<sup>146</sup>

[61] Ein arbeitsrechtliches Verfahren stellt in der Regel eine zusätzliche Belastung für den Arbeitnehmenden dar. Dabei besteht eine Schwierigkeit nur schon darin, die Entschädigung «richtig» zu beziffern. Wird eine zu hohe Entschädigung eingeklagt, besteht das Risiko, dass der klagende Arbeitnehmer im Verhältnis des zu hoch eingeklagten Betrags – vorbehaltlich Art. 113 Abs. 2 lit. d und Art. 114 lit. c ZPO – die Prozesskosten übernehmen muss (vgl. Art. 106 Abs. 2 ZPO).<sup>147</sup> Nach Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig war. Es ist zu empfehlen, die Kosten in der Klagebegründung zu thematisieren, damit die Gerichte die Anwendung dieser Norm in Betracht ziehen.<sup>148</sup>

[62] Bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 werden weder für das Schlichtungsverfahren (Art. 113 Abs. 2 lit. d ZPO) noch für das kantonale Entscheidverfahren (Art. 114 lit. c ZPO)<sup>149</sup> Gerichtskosten gesprochen.<sup>150</sup> Bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 gelangt zudem das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (Art. 243 Abs. 1 ZPO). In solchen Verfahren gilt die beschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO).<sup>151</sup> Diese erleichtert den Parteien die Prozessführung. Ein klagender Arbeitnehmender sollte jedoch sorgfältig abwägen, ob es sich lohnt, lediglich CHF 30'000 als Entschädigung einzuklagen. Eine Teilklage ist unseres Erachtens nicht fristwährend für die ganze Entschädigung. Zudem ist fraglich, ob der Anspruch auf Entschädigung überhaupt teilbar ist, weil das Gericht in einem Verfahren alle Umstände zu berücksichtigen hat (vgl. Art. 86 ZPO).<sup>152</sup>

---

<sup>145</sup> BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Art. 11 N 34; EVG C 72/04 vom 17. August 2004 E. 2.2.

<sup>146</sup> BRÜHWILER (Fn. 68), Art. 336a N 3; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 27), Art. 336a N 7; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 110), Art. 336a N 18. Siehe auch: BGE 123 III 391 E. 3c S. 394.

<sup>147</sup> Siehe: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 18), Art. 336a N 6.

<sup>148</sup> ADRIAN VON KAENEL, Der Arbeitsprozess, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, S. 971 ff., N 23.20.

<sup>149</sup> Diese Ausnahmebestimmung bezieht sich auch auf das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz (DAVID JENNY, Art. 114 N 2, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016).

<sup>150</sup> Im Schlichtungsverfahren werden keine Parteientschädigungen gesprochen (Art. 113 Abs. 1 ZPO). Im Entscheidungsverfahren können jedoch in den meisten Kantonen Parteientschädigungen geltend gemacht werden. Gestützt auf Art. 116 Abs. 1 ZPO haben einige Kantone zusätzlich eine Befreiung von den Parteikosten eingeführt. Im Kanton Genf bspw. ist unabhängig vom Streitwert keine Parteientschädigung geschuldet (§ 22 Abs. 1 Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile vom 11. Oktober 2012, E 1 05). Im Kanton Aargau werden bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 keine Parteikosten ersetzt (§ 25 Abs. 1 EG ZPO vom 23. März 2010, SAR 221.200).

<sup>151</sup> Zu deren Umfang ausführlich: BERND HAUCK, Art. 247 N 31 ff., in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016.

<sup>152</sup> Ausführlich und überzeugend gegen die Teilbarkeit: RENÉ HIRSIGER, Arbeitsrechtlicher Prozess – ausgewählte prozessuale und materiell-rechtliche Fallstricke, ArbR 2014, S. 47 ff., S. 64 f.

[63] Auch für die Arbeitgeberin kann ein Zivilverfahren eine Belastung darstellen. Zusätzlich zur finanziellen Belastung (u.a. Anwaltskosten) kann auch die Reputation eines Unternehmens durch einen solchen Prozess in Mitleidenschaft gezogen werden und schliesslich kann das Betriebsklima beeinträchtigt werden, insbesondere wenn andere Arbeitnehmende als Zeugen aussagen müssen.<sup>153</sup>

## 6. Schlussbetrachtung

[64] Im schweizerischen Arbeitsrecht existieren derzeit keine klaren (gesetzlichen) Regelungen in Bezug auf Kündigungen von Arbeitnehmenden in fortgeschrittenem Alter. Das wird bis auf Weiteres auch so bleiben; der Gesetzgeber wird Art. 336 OR nicht um einen weiteren Missbrauchstatbestand ergänzen. Eine parlamentarische Initiative von Nationalrat Corrado Pardini scheiterte im Nationalrat klar,<sup>154</sup> die in Art. 336c OR festschreiben wollte, dass einem Arbeitnehmenden nicht gekündigt werden darf, wenn er das 55. Altersjahr erreicht hat, mindestens zehn Dienstjahre ausweisen kann und die Arbeitgeberin nicht glaubwürdig begründen kann, dass die Kündigung nicht zur Substitution des betroffenen Arbeitnehmenden durch eine günstigere Arbeitskraft führt.<sup>155</sup> Ein verstärkter Kündigungsschutz kann für einen betroffenen Arbeitnehmer im Einzelfall hilfreich sein; allerdings darf nicht vernachlässigt werden, dass ein solcher Kündigungsschutz für eine gesamte Alterskategorie negative Beschäftigungseffekte hervorrufen kann.<sup>156</sup>

[65] Idealerweise kann im Konfliktfall eine einvernehmliche Lösung zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmenden in fortgeschrittenem Alter gefunden werden. Ansonsten steht der Gerichtsweg offen, wobei die Rechtsprechung wenig Klarheit bringt und unsichere Leitplanken setzt. Als Grundsatz kann jedoch festgehalten werden, dass die Nähe zum Pensionsalter und die Anzahl der Dienstjahre – zusätzlich zum Alter des betroffenen Arbeitnehmers an sich – von grosser Bedeutung sind bei der Missbräuchlichkeitsbeurteilung einer Kündigung.

---

Dr. iur. MICHAEL DAPHINOFF, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner bei Kellerhals Carrard in Bern. Er ist beratend und prozessierend tätig, vornehmlich in arbeits- und strafrechtlichen Angelegenheiten.

JAN HELLER, MLaw, befindet sich zurzeit im Anwaltspraktikum bei Kellerhals Carrard in Bern.

---

<sup>153</sup> In einem allfälligen Schlichtungsverfahren müssen i.d.R. jedoch noch keine Zeugen aussagen (vgl. Art. 203 Abs. 2 ZPO).

<sup>154</sup> Vgl.: AB 2018 N 405.

<sup>155</sup> Corrado Pardini, Parlamentarische Initiative 16.489, Sichere Arbeit für ältere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vom 14. Dezember 2016.

<sup>156</sup> WOLFGANG PORTMANN, Entlassung von älteren Arbeitnehmenden – Änderung der Rechtsprechung?, ARV 2021 S. 248 ff., S. 251.