

Aktuelle

JURISTISCHE

Praxis

DIKE

AJP

SONDERDRUCK

(nicht verkäuflich)

Verlag und Abonnementverwaltung

Dike Zeitschriften AG, Zürich/St. Gallen
Weinbergstrasse 41, 8006 Zürich

Tel. 044 251 58 30, Fax 044 251 58 29

E-Mail: auslieferung@dike.ch

Internet: <http://www.dike.ch>



Die Alterskündigung

DENIS G. HUMBERT

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit der Problematik der Entlassung älterer Arbeitnehmer. Er zeigt einleitend auf, dass diese aus diversen Gründen besonders stark von Kündigungen betroffen sind. Der Autor setzt sich im Hauptteil sodann mit dem Kündigungsschutz älterer Mitarbeiter auseinander und erörtert diverse Sonderfragen, die sich im Zusammenhang mit deren Entlassung stellen. In einem weiteren Abschnitt wird auf die aktuelle Rechtsprechung eingegangen. Am Schluss seines Aufsatzes unterbreitet der Autor aufgrund des seiner Ansicht nach ungenügenden gesetzlichen Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmer, namentlich für solche ab dem 55. Altersjahr, konkrete Verbesserungsvorschläge.

Le présent article aborde le problème du licenciement de travailleurs plus âgés. En guise d'introduction, il relève que ceux-ci sont particulièrement touchés par les licenciements pour différentes raisons. Dans la partie principale, l'auteur se penche ensuite sur la protection contre les congés pour les collaborateurs d'un certain âge et répond à des questions spécifiques qui se posent en lien avec leur licenciement. Une autre partie est consacrée à la jurisprudence actuelle. L'auteur achève son article en proposant des améliorations concrètes, car il estime que la protection légale contre les congés est insuffisante pour les travailleurs plus âgés, notamment dès 55 ans.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
 1. Zunahme der Generation «50+» (Demographische Entwicklung)
 2. Höhere Arbeitslosigkeit
 3. Kostenargument versus Lebens- und Berufserfahrung
 4. Auswirkungen der Alterskündigung
- II. Der Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmer
 1. Missbräuchliche Kündigung gestützt auf Art. 336 Abs. 1 lit. a OR
 - 1.1. Alter als persönliche Eigenschaft
 - 1.2. Der Begriff des älteren Arbeitnehmers (ab wann ist man alt?)
 - 1.3. Zulässigkeit der Alterskündigung bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen
 - 1.4. Sonderfragen
 2. Missbräuchlichkeit bei Erreichen einer fixen Altersgrenze?
 - 2.1. Pro und contra einer fixen Altersgrenze
 - 2.2. Rechtsprechung
 3. Missbräuchliche Alterskündigung gestützt auf die Generalklausel von Art. 336 OR
 - 3.1. Die Generalklausel von Art. 336 OR
 - 3.2. Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung/krasses Missverhältnis der auf dem Spiele stehenden Interessen
 - 3.3. Berücksichtigung der verbleibenden Zeit bis zur ordentlichen Pensionierung und der Anzahl der geleisteten Dienstjahre
 4. Schlussfolgerungen de lege ferenda

I. Ausgangslage

1. Zunahme der Generation «50+» (Demographische Entwicklung)

Die Altersstruktur der arbeitenden Bevölkerung wird sich durch die demografische Entwicklung der nächsten Jahre nachhaltig verändern. Die sogenannten «Baby-Boomers», die in den geburtenstarken Jahrgängen zwischen 1955 und 1969 geboren wurden, werden immer älter, was zu einer grossen Zunahme älterer Arbeitnehmer führt. Der Anteil über 50-jähriger Arbeitskräfte, der Generation «50 +», erhöht sich im Verhältnis zu den Jüngeren im Erwerbsprozess stetig.¹ Gemäss einer Studie gibt es in der Schweiz seit 2010 mehr 45- bis 64-jährige Arbeitskräfte als unter 45-jährige. Im Jahr 2020 werden rund 1'981'000 Erwerbstätige zwischen 25 bis 44 Jahre und rund 2'064.000 zwischen 45 und 64 Jahre alt sein. Erst nach dem Ableben der Baby-Boomer-Generationen wird die demographische Alterung wieder sinken. So wird im Jahre 2030 der

DENIS G. HUMBERT, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Humbert Heinzen Lerch Rechtsanwälte, Zürich. Beim vorliegenden Aufsatz handelt es sich um die modifizierte Fassung eines am 12. Juni 2015 an der Mittagsveranstaltung des Europa Instituts der Universität Zürich gehaltenen Vortrags.

¹ WOLFGANG CLEMENS/FRANÇOIS HÖPFLINGER/RUEDI WINKLER (Hrsg.), Arbeit in späteren Lebensphasen – Sackgassen, Perspektiven und Visionen, Bern 2005, 3. Die Autoren weisen darauf hin, dass die Baby-Boomers gewissermassen die erste Generation seien, die erfolgreich gelernt haben, bis ins spätere Erwachsenenalter «jungendlich» zu bleiben. Demographisch ist somit zwar ein Alterungsprozess festzustellen, soziokulturell hat sich die zweite Lebenshälfte aber klar «verjüngt». Die Autoren schliessen aus dieser Tatsache, dass sich daraus eine tendenziell zunehmende Dynamik zeigt von späten Karriere- und Lebensformen wie z.B. Berufswechsel mit 40, eine Auswanderung mit 50, eine Neuheirat mit 60 und Zweitstudium mit 70 Jahren, die auch auf dem Arbeitsmarkt zum Ausdruck kommt.

Anteil der erwerbsfähigen Arbeitnehmer im Alter von 25 bis 44 Jahren (1'930'000) wieder höher sein als jener der 45 bis 64-Jährigen mit rund 1'897'000 Arbeitnehmern.²

2. Höhere Arbeitslosigkeit

Ältere Arbeitnehmer sind von einer Kündigung besonders stark betroffen, da sie auf dem Arbeitsmarkt grosse Mühe haben, eine neue Stelle zu finden. Dies zeigen die statistischen Zahlen. Der Anteil der 50- bis 64-Jährigen nimmt bei den Arbeitslosen gemäss der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung stetig zu. So betrug im Jahre 2003 die Arbeitslosigkeit bei den über 50-Jährigen nur rund 15%, während sie im Jahre 2014 auf rund 25% (51'000) stieg.³ Bei den über 55-Jährigen ist sodann eine Zunahme der Langzeitarbeitslosigkeit festzustellen. Im Jahr 2012 sind mehr als die Hälfte (58,6%) der über 55-jährigen Arbeitslosen länger als ein Jahr arbeitslos geblieben. Demgegenüber lag im Jahre 2002 die Häufigkeit von Langzeitarbeitslosigkeit bei den über 55-Jährigen noch bei 39,9%.⁴ Bei den über 60-Jährigen schafft es nur jeder Sechste, vor der Pensionierung noch einmal eine bezahlte Arbeit zu finden.⁵

3. Kostenargument versus Lebens- und Berufserfahrung

Der Grund für die erhöhte Arbeitslosigkeit der Generation «50+» liegt darin, dass nach Ansicht vieler Arbeitgeber ältere Arbeitnehmer infolge der höheren Lohnkosten und Arbeitgeber-Pensionskassenbeiträge sowie der i.d.R. höheren Anzahl von Ferienwochen als zu teuer, ferner als weniger leistungsfähig und demotivierter gelten. Das Kostenargument ist jedoch insofern zu relativieren, als Arbeitgeber die Möglichkeit haben, sogenannte «Einarbeitungszuschüsse» bei den Regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) namentlich für über 50-Jährige und damit für «Versicherte, deren Vermittlung erschwert ist», zu beantragen.⁶ Versicherte Personen über 50 Jahre haben grundsätzlich Anspruch hierauf.⁷ Die Arbeitslosenversi-

cherung übernimmt in den ersten sechs Monaten 60% des Lohnes und vom siebten bis zum zwölften Monat noch 40%.⁸ Diese Einarbeitungszuschüsse sollen Arbeitgeber dazu motivieren, insbesondere ältere Arbeitskräfte zu beschäftigen mit dem Zweck, eine dauerhafte Eingliederung anzustreben.⁹ Gemäss einer aktuellen Auskunft des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (AVA) werden die durch die Einarbeitungszuschüsse wieder eingegliederten Arbeitslosen in 90% der Fälle definitiv angestellt.¹⁰

Dass Arbeitgeber die Entlassung älterer Arbeitnehmer hauptsächlich mit dem Kostenargument begründen, mag zwar verständlich sein, ist aber angesichts der Tatsache, dass diese eine höhere Lebens- und Berufserfahrung aufweisen, regelmässig über ein besseres Urteilsvermögen und nicht selten auch über ein höheres Qualitätsbewusstsein verfügen, nicht leicht nachvollziehbar.¹¹ Hinzu kommt, dass bei den älteren Mitarbeitern eine Zunahme spezifischer kognitiver Kompetenzen festzustellen ist. Die Deutsche Bundesanstalt für Arbeitsmedizin nennt beispielsweise die Verbesserungen bei der Strukturierung von Wissensbeständen, des logischen Denkens und des Wortschatzes.¹² Ältere Arbeitnehmer werden sodann oftmals als ruhiger, toleranter und integrationsfähiger als jüngere Mitarbeiter wahrgenommen.¹³ Vor diesem Hintergrund hat die teilweise herrschende, sozialkritische Ansicht, wonach heutzutage wegen kurzfristigem Renditedenken oft Stellen geopfert werden, die langfristig hätten beibehalten werden können, durchaus seine Berechtigung.¹⁴

4. Auswirkungen der Alterskündigung

Der Verlust des Arbeitsplatzes trifft die über 50-Jährigen besonders hart. Erfahrungsberichte von gekündigten über 50-jährigen Mitarbeitern zeigen, dass die Art und Weise,

² CLEMENS/HÖPFLINGER/WINKLER (FN 1), 7.

³ Vgl. hierzu die Grafik im Beobachter Nr. 5 vom 6. März 2015, 29.

⁴ OECD-Bericht 2014, in: Alterung und Beschäftigungspolitik Schweiz, Bessere Arbeit im Alter, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, 2014, 56.

⁵ Beobachter Nr. 5 vom 6. März 2015, 26.

⁶ Art. 65 und 66 AVIG, Art. 90 AVIV. Die Einarbeitungszuschüsse werden zusammen mit dem vereinbarten Lohn vom Arbeitgeber ausbezahlt, wobei die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge abzuziehen sind (Art. 66 Abs. 4 AVIG).

⁷ Kreisschreiben über die Arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM), Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Januar 2013, Rz. J 10.

⁸ Art. 66 Abs. 2 AVIG; Kreisschreiben über die Arbeitsmarktlichen Massnahmen (FN 7), Rz. J 17 und 18. Der monatliche Höchstbetrag für den «normalen Lohn» liegt derzeit bei CHF 10'500.–, auch wenn der Arbeitgeber der versicherten Person einen höheren Lohn bezahlt (Kreisschreiben Rz. J 13).

⁹ Kreisschreiben über die Arbeitsmarktlichen Massnahmen (FN 7), Rz. J 1.

¹⁰ Vgl. hierzu Tages-Anzeiger vom 11. März 2015, 16.

¹¹ Vgl. ebenso Der Arbeitsmarkt Nr. 11/2007, Altersdiskriminierung ist Arbeitsmarktrealität (www.derarbeitsmarkt.ch/Altersdiskriminierung); Die Arbeitsmarktfähigkeit der älteren Arbeitnehmenden, SECO-Bericht vom 14.10.2005, Ziff. 4.2.2., S. 20.

¹² RICO S. WINKELS, Demografischer Wandel: Herausforderungen und Chancen für Personalentwicklung, Münster 2007, 65.

¹³ Tages-Anzeiger vom 11. März 2015, 16.

¹⁴ MARTIN FARNER, Der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz, Plädoyer für eine Reform, in: Festschrift für Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St.Gallen 2014, 208.

wie gekündigt wird, entscheidenden Einfluss auf die Bewältigung der Kündigungssituation hat und damit auch auf den Verlauf der Neuorientierung. Wer nach jahrzehntelanger Tätigkeit und ohne Vorankündigung aus heiterem Himmel entlassen wird, empfindet die Kündigung – zu Recht – als besonders demütigend. Die Kündigung nagt am Selbstbewusstsein und die entlassenen Arbeitnehmer fühlen sich nicht selten stigmatisiert. Sie hadern mit ihrem Schicksal und haben vielfach nach dem Stellenverlust Selbstzweifel.¹⁵ Neben der Wut über den Verlust des vermeintlich sicheren Arbeitsplatzes und des vertrauten Arbeitsumfeldes kommen Existenzängste hinzu, zumal sich bei der Generation «50+» die Kinder nicht selten noch im schulpflichtigen Alter oder in der Ausbildung befinden und die Amortisation der Hypothekarschulden zusätzlich als finanzielle Last drückt.¹⁶ Zudem müssen mehr als die Hälfte der über 55-Jährigen mit einer mehr als zwölf Monate dauernden Arbeitslosigkeit rechnen.¹⁷ Bei den über 60-Jährigen schafft es nur jeder Sechste, vor der Pensionierung noch einmal eine bezahlte Arbeit zu finden.¹⁸ Ferner ist eine Frühpensionierung grundsätzlich erst ab dem vollendeten 58. Altersjahr möglich.¹⁹ Existenzängste²⁰ nach der Kündigung sind daher nicht unbegründet.

Nicht nur die Art und Weise der erfolgten Kündigung, sondern auch die Kündigung als solche führt bei den betroffenen Arbeitnehmern nicht selten zu psychischen Beschwerden und damit verbunden zu einer längeren Arbeitsunfähigkeit, was zu einer Verlängerung der Kündigungsfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR führt.²¹

¹⁵ Die Arbeitsmarktfähigkeit der älteren Arbeitnehmenden (FN 11), Ziff. 3.2.1, S. 11; Beobachter Nr. 5 vom 6. März 2015, 29.

¹⁶ Auch dem Verfasser gegenüber weisen die beratungssuchenden älteren Arbeitnehmer regelmässig auf die in den Medien geschilderten Folgen einer Entlassung hin (vgl. auch NZZ-Artikel «Selbstvertrauen statt Selbstmitleid» vom 10.12.2014, abrufbar unter www.nzz.ch/wirtschaft/selbstvertrauen-statt-selbstmitleid-1.18441360; Beobachter Nr. 5 vom 6. März 2015, 26 ff.).

¹⁷ Vgl. vorne I.2. und hierzu auch den Fall eines gekündigten 53-jährigen Arbeitnehmers, welcher erst nach 15-monatiger Arbeitslosigkeit und rund 700 Bewerbungen wieder eine neue Stelle gefunden hat (vgl. Tages-Anzeiger vom 11. März 2015, 16, der einen erfahrenen KMU-Unternehmer wie folgt zitiert: «Wir haben einen völligen Jugendwahn»).

¹⁸ Beobachter Nr. 5 vom 6. März 2015, 26.

¹⁹ Art. 1 i BVV 2. Altersrücktritte sind vor dem 58. Altersjahr möglich bei betrieblichen Restrukturierungen (Art. 1 i Abs. 2 lit. a BVV 2) und bei Arbeitsverhältnissen, in denen frühere Altersrücktritte aus Gründen der öffentlichen Sicherheit vorgesehen sind (Art. 1 i Abs. 2 lit. b BVV 2).

²⁰ Vgl. hierzu den NZZ-Artikel «Selbstvertrauen statt Selbstmitleid» (FN 16).

²¹ Vgl. hierzu exemplarisch BGer Urteil 4A_384/2014 vom 12.11.2014; Kündigung am 16. Februar 2010, Arbeitsunfähigkeit von 100% ab 9. März 2010.

Im schlimmsten Fall müssen Arbeitgeber, die ein über fünfjähriges Arbeitsverhältnis auflösen, mit einer Kündigungsfristverlängerung von 180 Tagen rechnen, wobei sich diese gemäss Art. 336c Abs. 3 OR nochmals auf Monatsende («nächstfolgender Endtermin») hinausschieben kann. Arbeitgeber übersehen nicht selten, dass die Entlassung von älteren Mitarbeitern nicht nur eine Arbeitsunfähigkeit des gekündigten Mitarbeiters mit der verlängerten Kündigungsfrist und mit der damit verbundenen Lohnfortzahlungspflicht (Art. 324a OR) zur Folge haben kann, sondern auch weitreichendere Folgen wie Verschlechterung des Betriebsklimas, Loyalitäts- und Vertrauensverluste, Kosten zum Neuerwerb von Know-how, Fluktuationskosten, Entscheidungsverzögerungen oder Imageverlust bei der Belegschaft und den Kunden.²²

Die Vermeidung von Kündigungen älterer Arbeitnehmer liegt demzufolge durchaus auch im Interesse der Arbeitgeber. Daher ist es folgerichtig, wenn der Schweizerische Arbeitgeberverband dazu rät, innovative, bedürfnisgerechte Modelle zu entwickeln, damit die älteren Mitarbeiter im Arbeitsprozess integriert bleiben können. Seiner Empfehlung, einen längeren Beschäftigungsunterbruch zu vermeiden, ist zuzustimmen, denn «wer einmal einige Zeit aus dem Arbeitsprozess ausgeschieden ist, kann nicht mehr ohne Weiteres reaktiviert werden».²³

II. Der Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmer

1. Missbräuchliche Kündigung gestützt auf Art. 336 Abs. 1 lit. a OR

1.1. Alter als persönliche Eigenschaft

Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn eine Partei sie wegen einer Eigenschaft ausspricht, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht. Unter diese persönliche Eigenschaft ist auch das Alter eines Arbeitnehmers zu subsumieren.²⁴ Art. 336 Abs. 1

²² Ebenso Beobachter Nr. 5 vom 6. März 2015, 30.

²³ Schweizerischer Arbeitgeberverband, Altersstrategie, Zürich 2006, 4.

²⁴ WOLFGANG PORTMANN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, OR I, 5. A., Basel 2011, Art. 336 N 7; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Bern 2014, Art. 336 N 11, 17; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. A., Basel 2014, Art. 336 N 16; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 336 N 5 und Art. 328 N 12; ANDREA TARNUTZER-MÜNCH, in: Handbuch Stellenwechsel und Entlassung, 2. A., Basel 2012,

lit. a OR schützt somit auch vor einer diskriminierenden Alterskündigung.²⁵ Angesichts der Tatsache, dass es in der Schweiz kein privatrechtliches Gesetz gegen die Altersdiskriminierung gibt, sondern nur ein in Art. 8 Abs. 2 BV verankerter Grundrechtsschutz besteht (auf welchen sich der Arbeitnehmer im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis nicht direkt berufen kann²⁶), sollte diese Bestimmung m.E. mehr Beachtung finden. Das Bundesgericht beruft sich in seinen Urteilen praktisch nie auf Art. 336 Abs. lit. a OR, sondern vielmehr bloss auf die Generalklausel von Art. 336 und beurteilt Kündigungen von älteren Arbeitnehmern i.d.R. unter dem Gesichtspunkt, ob der Arbeitgeber das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzt bzw. ob ein krasses Missverhältnis der auf dem Spiele stehenden Interessen vorgelegen hat.²⁷ Es betrachtet diese beiden Fallgruppen als Missbrauchstatbestände eigener Art.²⁸ Unverständlich ist, dass das Bundesgericht bei einem bald 64-jährigen Heizungsmonteur (vierzehn Monate vor seiner Pensionierung!) in BGE 132 III 122 E. 5.6. festhielt, dass die Frage, welche Rolle sein Alter bei der Kündigung gespielt habe, ohne Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens gewesen sei. Gerade in diesem Fall hätte es sich ohne weiteres auch auf die Altersdiskriminierungsnorm von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR berufen können.

Bei der Kündigung eines älteren Arbeitnehmers ist vorerst immer zu prüfen, ob die Kündigung hauptsächlich wegen des Alters ausgesprochen wurde d.h. ob das Alter das ausschlaggebende²⁹ Kündigungsmotiv war. Ist dies zu bejahen, und wurde innerhalb der Kündigungsfrist eine Einsprache³⁰ i.S.v. Art. 336b Abs. 1 OR erhoben und

nach Ende des Arbeitsverhältnisses innert 180 Tagen Klage (Schlichtungsgesuch³¹) eingereicht (Art. 336b Abs. 2 OR), hat der Arbeitgeber gemäss Art. 336a Abs. 2 OR eine Pönalentschädigung von maximal sechs Monatslöhnen zu bezahlen.

1.2. Der Begriff des älteren Arbeitnehmers (ab wann ist man alt?)

Ab welcher Altersgrenze ein Arbeitnehmer als «alt» zu bezeichnen ist, wird im schweizerischen Arbeitsrecht nicht beantwortet. Eine konkrete gesetzliche Bestimmung fehlt hierüber. Ein Blick in die verschiedenen Gesetzesbestimmungen gibt aber immerhin gewisse Anhaltspunkte für die Zuordnung eines Mitarbeiters in die Kategorie «älterer Arbeitnehmer». Zu erwähnen sind beispielsweise die Personalvorsorgebestimmungen von Art. 331d Abs. 4 OR und Art. 331e Abs. 2 OR sowie die Abgangsentschädigungsnorm von Art. 339b Abs. 1 OR. Aus diesen Normen wird ersichtlich, dass der Gesetzgeber Arbeitnehmer ab dem fünfzigsten Altersjahr angesichts ihres fortgeschrittenen Alters privilegiert behandeln wollte. Im Arbeitslosenversicherungsrecht findet sich hierzu ein weiterer Hinweis. Arbeitslose mit einem Alter von mindestens 55 Jahren erhalten mit 520 Taggeldern eine höhere Arbeitslosenunterstützung im Vergleich zu den jüngeren Arbeitslosen mit nur 400 bzw. 260 Taggeldern.³² Männliche Arbeitslose ab dem 61. Altersjahr und weibliche Arbeitslose ab dem 60. Altersjahr erhalten durch die Gewährung von zusätzlichen 120 Taggeldern eine nochmalige Privilegierung.³³ Das Arbeitslosenversicherungsrecht sieht sodann vor, Beiträge an die Einarbeitung von Arbeitslosen (sogenannte Einarbeitungszuschüsse³⁴) in einem Betrieb auszurichten mit dem Zweck, die Arbeitgeber zur

Rz 2.17, 58; DENIS G. HUMBERT, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1991, 67 f.

²⁵ BGE 127 III 186 = JAR 2001, 177 = Pra 2001 Nr. 84.

²⁶ BGer Urteil 4A_399/2013 vom 17.2.2014 E. 3.4. mit Hinweis auf BGE 138 I 475 E. 3.3.2.

²⁷ Vgl. z.B. BGer Urteil 4A_558/2012 vom 18.2.2013 mit Verweis auf BGE 132 II 121 f. E. 5.4. und E. 5.5.; BGer Urteil 4A_384/2014 vom 12.11.2014 E. 4.2. und E. 5.2.; BGer Urteil 4A_419/2007 vom 29.1.2008 E. 2.7 (mit Hinweis in E. 2.5., dass nicht nur das Alter, sondern sämtliche weiteren Umstände zu berücksichtigen sind).

²⁸ Vgl. hierzu nachstehend II.3.2.

²⁹ BGer in JAR 2002, 238 = ARV 2001, 46; BGer Urteil 4A_430/2010 vom 15.11.2010 E.2.1.3. Vgl. zur Problematik der Kündigung aus mehreren Teilmotiven PORTMANN (FN 24), BSK OR I, Art. 336 N 34; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), N 20 zu Art. 336 OR.

³⁰ Eine mündliche Einsprache ist nicht rechtsgenügend, sie hat schriftlich zu erfolgen, wobei an die Formulierung der Einsprache keine hohen Anforderungen zu stellen ist. Genügend ist bereits die Mitteilung des Gekündigten, dass er mit der Kündigung nicht einverstanden sei. Der Begriff «Einsprache» muss nicht explizit erwähnt werden, vgl. statt vieler STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), Art. 336b N 3.

³¹ Im Gegensatz zur Einsprache genügt für die Fristwahrung das Datum des Poststempels. Nicht massgebend ist somit der Empfang (REHBINDER [FN 24], BK OR, Art. 336b N 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 24], Art. 336b N 5; TARNUTZER-MÜNCH [FN 24], RZ 2.39, 64). Für die Wahrung der 180-tägigen Frist genügt gemäss Art. 62 ZPO bereits die Einreichung des Schlichtungsgesuches bei der Schlichtungsstelle und nicht etwa erst beim Gericht (REHBINDER [FN 24] BK OR, Art. 336b N 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 24], Art. 336b N 5). Wird die Frist nicht eingehalten, erlischt der Klageanspruch (PORTMANN, Verwirkung [FN 24], BSK OR Art. 336b N 2; STAHELIN [FN 24], ZK OR, Art. 336b N 6).

³² Vgl. Art. 27 Abs. 2 lit. a, b und c AVIG.

³³ Nach Art. 27 Abs. 3 AVIG i. V. m. Art. 41b AVIV haben Versicherte, denen innerhalb der letzten vier Jahre vor Erreichen des ordentlichen AVH-Rentenalters aufgrund von Art. 13 AVIG eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet wurde, Anspruch auf zusätzliche 120 Taggelder.

³⁴ Art. 65 und 66 AVIG, Art. 90 AVIV.

Beschäftigung von älteren Arbeitskräften zu motivieren. Unter diese Kategorie fallen namentlich versicherte Personen über fünfzig Jahre.³⁵

Sodann knüpft das Personalvorsorgerecht für den Bezug einer frühestmöglichen Altersrente an das 58. Altersjahr an (vorzeitige Pensionierung), wobei ausnahmsweise Altersrücktritte vor dem 58. Altersjahr bei betrieblichen Restrukturierungen reglementarisch möglich sind (ein entsprechendes Mindestalter ist hierfür im BVG nicht vorgesehen).³⁶

Das Bundespersonalgesetz sieht bei besonderen Personalkategorien, wie beispielsweise für das Flugdienstpersonal des Bundesamtes für Zivilluftfahrt, eine automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Vollendung des 62. Altersjahrs oder, z.B. bei Berufsoffizieren, mit Vollendung des 61. Altersjahr vor.³⁷

Die Gerichtspraxis tendiert sodann dazu, Arbeitnehmer ab dem 59. Altersjahr als «alt» und damit in einem erhöhten Mass – zu Recht – als schutzbedürftig zu qualifizieren.³⁸

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in der Gesetzgebung und in der Rechtsprechung eine Tendenz festzustellen ist, Mitarbeiter ab dem 50., insbesondere aber ab dem 59. Altersjahr in die Kategorie «ältere Arbeitnehmer» einzuordnen. Da überdies bei den über 55-Jährigen eine Zunahme der Langzeitarbeitslosigkeit festzustellen ist³⁹ und diese damit in einem erhöhten Masse schutzbedürftig sind, ist die Bezeichnung von Arbeitnehmern ab 55 als «ältere Arbeitnehmer» gerechtfertigt.

1.3. Zulässigkeit der Alterskündigung bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen

Art. 336 Abs. 1 lit. a OR sieht zwei alternative Gründe vor, welche die Entlassung eines Arbeitnehmers trotz seines fortgeschrittenen Alters rechtfertigen. Steht das Alter (1) in einem Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis

oder (2) beeinträchtigt es wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb, liegt keine diskriminierende und damit missbräuchliche Alterskündigung vor.

a. Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis

Der Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ist zu bejahen bei einer Verletzung der Arbeits- (Art. 321 OR) und Treuepflicht (Art. 321a OR).⁴⁰ Gemäss Art. 321a OR hat der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Die Treuepflicht ist in erster Linie eine Unterlassungspflicht. Der Arbeitnehmer hat alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber in irgendeiner Weise wirtschaftlich schädigen könnte. Ferner beinhaltet sie auch eine Handlungspflicht wie beispielsweise die Geheimhaltungspflicht, die Pflicht zur Leistung von Überstunden und zur Information des Arbeitgebers.⁴¹ Der Rechtfertigungsgrund des «Zusammenhangs mit dem Arbeitsverhältnis» liegt namentlich bei einer unbefriedigenden Arbeitsleistung des Arbeitnehmers vor.⁴² Lässt die Arbeitskraft eines älteren Mitarbeiters spürbar nach (Leistungseinbussen) oder kann die vorausgesetzte Arbeitsleistung nicht mehr erbracht werden, ist die Kündigung selbst eines beispielsweise 62-jährigen Mitarbeiters zulässig, sofern dieser die ihm gewährte «letzte Chance» nicht wahrgenommen hat.⁴³

b. Wesentliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit

Als zweiten Rechtfertigungsgrund, welcher eine missbräuchliche Alterskündigung ausschliesst, nennt Art. 336 Abs. 1 lit. a OR die «wesentliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit». Zu Recht wird in der Rechtslehre darauf hingewiesen, dass dieser Rechtfertigungsgrund überflüssig ist, da bei einer wesentlichen Beeinträchtigung der Zusammenarbeit immer auch ein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis gegeben ist.⁴⁴ Weigert sich also bei-

³⁵ Kreisschreiben über die Arbeitsmarktlichen Massnahmen (FN 7), Rz. J 10. In den ersten 6 Monaten übernimmt die Arbeitslosenversicherung 60% des normalen Monatslohnes, vom 7. bis zum 12. Monat nur noch 40% (Kreisschreiben Rz. J 17 ff.). Der monatliche Höchstbetrag für den «normalen Lohn» liegt derzeit bei CHF 10'500.-, auch wenn der Arbeitgeber der versicherten Person einen höheren Lohn bezahlt (Kreisschreiben Rz. J 13). Vgl. zum Ganzen auch vorstehend unter I.3.

³⁶ Vgl. hierzu näheres bei ALFRED BLESIG, Vorzeitige Pensionierung-Arbeit- und vorsorgerechtliche Aspekte, in: Adrian von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, 136 ff.

³⁷ Vgl. Art. 10 Abs. 3 BTG i. V. m. Art. 33 BPV.

³⁸ Vgl. hierzu nachstehend II.2.2.c.

³⁹ Vgl. hierzu vorstehend I.2.

⁴⁰ PORTMANN (FN 24), BSK OR I, Art. 336 N 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), Art. 336 N 5, S. 1011.

⁴¹ Vgl. hierzu Näheres bei PORTMANN (FN 24), BSK OR I, Art. 336 N 2–16; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Zürich 2010, Art. 321a N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), Art. 321a N 2, 4.

⁴² TA TI in JAR 2001, 157.

⁴³ REHBINDER/STÖCKLI (FN 24), BK OR, Art. 336 N 17; STAEHELIN (FN 24), ZK OR, Art. 336 N 16; BGer Urteil 4A_60/2009 vom 3.4.2009 = JAR 2010, 276; vgl. hierzu Näheres nachstehend unter II.1.4.a. und d.

⁴⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), Art. 336, N 5, S. 1014; REHBINDER/STÖCKLI (FN 24), BK OR, Art. 336 N 14 weisen darauf hin, dass dieser Rechtfertigungsgrund auch Kündigungen wegen Betriebsstörungen rechtfertigt, für die der Gekündigte nicht

spielsweise ein 62-jähriger Mitarbeiter mit einer schwierigen Persönlichkeitsstruktur strikte, berechnete Weisungen seines ihm hierarchisch übergeordneten jüngeren Berufskollegen zu befolgen, wirkt sich dieses Verhalten belastend auf die gemeinsame Arbeit aus, was naturgemäss auch das Arbeitsklima beeinträchtigt. Diesfalls liegt sowohl eine wesentliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit als auch ein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR vor. Das Bundesgericht erachtete denn auch eine Kündigung, welche aufgrund von charakterlichen Unzulänglichkeiten des Arbeitnehmers erfolgte, die sich wiederum schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkten, zu Recht nicht als missbräuchlich.⁴⁵ Ebenso auch eine Kündigung eines Mitarbeiters mit einer starken bis schwierigen Persönlichkeit, die zu einer Belastung des Arbeitsklimas in einem Spital führte.⁴⁶

1.4. Sonderfragen

a. Erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und deren Auswirkungen (Pflicht zur Information, Anhörung und Lösungssuche)

aa. Erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Das Bundesgericht⁴⁷ hat in einem kürzlich ergangenen Entscheid festgehalten, dass Arbeitnehmer im fortgeschrittenen Alter und mit einer langen Dienstzeit⁴⁸ als besondere Arbeitnehmerkategorie zu qualifizieren sind, für welche eine erhöhte arbeitgeberische Fürsorgepflicht gilt. Auch die Arbeitsgerichte wie z. B. das Arbeitsgericht Zürich weisen auf die erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber älteren Mitarbeitern hin (in casu 63-Jähriger mit zwanzigjähriger Firmenzugehörigkeit).⁴⁹ Dem ist vollumfänglich zuzustimmen⁵⁰ angesichts der gravierenden Auswirkungen von Alterskündigungen⁵¹ und der Tatsache, dass durch diese regelmässig jahrzehntelange, loyale Mitarbeiter betroffen sind. Die Fürsorgepflicht bedeutet, dass der

Arbeitgeber die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers in guten Treuen zu wahren hat, mithin alles unterlassen muss, was die Arbeitnehmerinteressen schädigen könnte.⁵²

bb. Pflicht zur Information, Anhörung und Lösungssuche (Gewährung einer «letzten Chance»)

Das Bundesgericht leitet aus dieser erhöhten Fürsorgepflicht gegenüber älteren Mitarbeitern (in casu 59-Jähriger mit elf bzw. fünfundreissig Dienstjahren mit Unterbruch) in einem neuen wegweisenden Entscheid⁵³ aus dem Jahre 2014 Folgendes ab:

«Daraus ist zu schliessen, dass bei älteren Arbeitnehmern der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken ist. Er hat namentlich Anspruch darauf, rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört zu werden, und der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Ein absoluter Kündigungsschutz für diese Kategorie von Arbeitnehmenden besteht dennoch nicht, würde ein solcher doch das Prinzip der Kündigungsfreiheit grundsätzlich in Frage stellen.»

Konkret verlangt das Bundesgericht vom Arbeitgeber folgende Handlungspflichten gegenüber einem Mitarbeiter im fortgeschrittenen Alter mit langer Dienstzeit:

«Vorgängig der Kündigung vom 16. Februar 2010 mit sofortiger Freistellung wäre es deshalb an der Beschwerdeführerin (Arbeitgeberin) gewesen, ein entsprechendes Gespräch zu führen, den Beschwerdegegner (Arbeitnehmer) nachdrücklich auf die Folgen seiner Unterlassungen hinzuweisen und ihm mit Fristansetzung und Zielvereinbarung eine letzte Chance zu geben, seinen Aufgaben in genügendem Masse nachzukommen.»⁵⁴

Auch die Vorinstanz, das Obergericht des Kantons Uri⁵⁵, bejahte die Missbräuchlichkeit der Kündigung mit der Begründung, dass die Arbeitgeberin vorher mit dem Arbeitnehmer das Gespräch hätte suchen und ihm eine «letzte Chance» hätte bieten müssen, sein Verhalten zu ändern, was Ausfluss ihrer erhöhten arbeitgeberischen Fürsorgepflicht gegenüber einem älteren und jahrelangen Mitarbeiter sei.

Das Bundesgericht hielt jedoch fest, dass es sich hierbei nicht um eine generelle Verpflichtung von Arbeitgebern handelt, in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen vor einer Kündigung stets eine Verwarnung auszusprechen bzw. mildere Massnahmen zu prüfen. Vielmehr sei die aufgezeigte Vorgehensweise Ausfluss der erweiterten Fürsorgepflicht *«und des sich daraus mit Blick auf*

verantwortlich ist, weil er die die Betriebsstörung auslösenden Eigenschaften nicht beeinflussen kann (z.B. HIV-positiv oder Kurde zu sein) oder weil sie keine Vertragsverletzung darstellen (z.B. das Tragen von Kopftüchern durch angestellte Muslima). Dem ist zuzustimmen.

⁴⁵ BGE 136 III 513 E. 2.5 und 2.6.

⁴⁶ BGer Urteil 4C_189/2003 vom 23.9.2003.

⁴⁷ BGer Urteil 4A_384/2014 E 4.2.2 vom 12.11.2014 = ARV 2014, 263.

⁴⁸ Vgl. zur Konkretisierung, wann eine Dienstzeit als «lang» und wann sich ein Arbeitnehmer im «fortgeschrittenen Alter» befindet, nachstehend II.3.3.

⁴⁹ JAR 2012, 574.

⁵⁰ Ebenso FRANK VISCHER, Die Betriebstreue des Arbeitnehmers als Schranke der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers, in: recht 3/2006, 113.

⁵¹ Vgl. hierzu vorstehend I.2. und I.4.

⁵² PORTMANN (FN 24), BSK OR I, Art. 328 N 1; REHBINDER/STÖCKLI (FN 41), BK OR, Art. 328 N 2.

⁵³ BGer Urteil 4A_384/2014 E 4.2.2. vom 12.11.2014.

⁵⁴ BGer Urteil 4A_384/2014 E 5.2. vom 12.11.2014.

⁵⁵ BGer Urteil 4A_384/2014 E. 3.1. vom 12.11.2014.

die schärfstmögliche arbeitsrechtliche Sanktion, die Auflösung des Anstellungsverhältnisses, ergebenden Anspruchs des betroffenen Arbeitnehmers auf pfleglichen, die gegensätzlichen Interessenlagen sorgsam abwägenden Umgang».⁵⁶

Diese strenge Rechtsprechung ist nur gegenüber älteren Mitarbeitern zu beachten und somit nicht generell. Grundsätzlich gilt deshalb nach wie vor, dass gegenüber einem unter 59-Jährigen keine (Anhörungs-) Pflicht besteht, vor einer beabsichtigten Kündigung das Gespräch mit diesem Mitarbeiter zu suchen⁵⁷, auch wenn ein solches Verhalten unanständig ist und einem gesitteten Vorgehen im Geschäftsverkehr widerspricht. Das Bundesgericht tritt mit diesem aktuellen Entscheid «Neuland», indem es vom Arbeitgeber gegenüber älteren Arbeitnehmern (in casu über 59-jährigen) mit über elfjähriger Dienstzeit vor einer Kündigung drei neue Handlungspflichten verlangt, nämlich (1) die Pflicht zur Information, (2) zur Anhörung⁵⁸ und (3) zur Lösungssuche (Gewährung einer «letzten Chance»). Dieser Entscheid verstärkt zweifellos den Schutz älterer Arbeitnehmer und ist daher in sozialpolitischer Hinsicht zu begrüssen, obgleich es streng genommen die Aufgabe der Legislative und nicht der Judikative wäre, entsprechende Schutznormen in Art. 336 OR einzuführen. Es ist offensichtlich, dass mit diesem «Leading Case» die im schweizerischen Arbeitsrecht geltende Kündigungsfreiheit zumindest gegenüber über 59-jährigen Mitarbeitern deutlich eingeschränkt wird. Mit Spannung bleibt abzuwarten, ob das Bundesgericht inskünftig die Altersgrenze noch weiter senken wird, so z.B. auf 55, was angesichts der Tatsache, dass gemäss dem Willen des Gesetzgebers Mitarbeiter ab 55 besonders schutzbedürftig sind⁵⁹, nicht auszuschliessen ist.

cc. *Abklärungspflicht vor der Kündigung (Pflicht zur Prüfung der Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung im Betrieb)*

Das Bundesgericht warf 2008 in einem zu beurteilenden Fall die Frage auf, ob der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, welcher den technischen Anforderungen seines Berufes nicht mehr gewachsen war, ohne weiteres entlassen

darf oder zuerst abklären muss, ob er ihn auf eine andere Weise im Unternehmen beschäftigen kann.⁶⁰ Leider beantwortete das Bundesgericht die Frage im zitierten Entscheid nicht klar, was zu einer Rechtsunsicherheit führte.⁶¹ In einem Urteil aus dem Jahre 2014 klärte unser oberstes Gericht nun diese Frage.⁶² Es hielt fest, dass der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht verpflichtet sei, dem (depressiven) Lebensmittelverkäufer eine Ersatzstelle in einer anderen Filiale anzubieten. Diese Klärung ist zu begrüssen angesichts der besonderen Schutzwürdigkeit von älteren Arbeitnehmern und der erhöhten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Dieser hat somit vor einer Kündigung stets die Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung des älteren Arbeitnehmers im Betrieb abzuklären. Diese Pflicht steht übrigens auch im Einklang mit den «Richtlinien» des schweizerischen Arbeitgeberverbandes.⁶³ Sollte er diese Abklärung nicht oder bloss ungenügend vorgenommen haben, wäre eine Kündigung i.S.v. Art. 336 OR missbräuchlich.

b. *Restrukturierung und Alter/Sozialplan*

Es stellt sich die Frage, ob die Entlassung eines älteren Arbeitnehmers, welche im Zusammenhang mit einem infolge Restrukturierung vorzunehmenden Arbeitsplatzabbau ausgesprochen wird, missbräuchlich ist, wenn primär die älteren, teureren Arbeitnehmer entlassen werden? Das Obergericht des Kantons Zürich verneinte dies in einem älteren Entscheid aus dem Jahr 1993.⁶⁴ Diesem Urteil ist nicht vorbehaltlos zuzustimmen, da für die Beurteilung der Frage der Missbräuchlichkeit meines Erachtens zwingend auch auf die Anzahl geleisteter Dienstjahre abzustellen ist.⁶⁵ Ist von einer solchen Umstrukturierung beispielsweise ein über 63-jähriger Arbeitnehmer mit über zehn Dienstjahren betroffen und kann ihm keine Verletzung seiner Arbeits- und Treuepflichten vorgeworfen werden, so müsste aufgrund der zeitlichen Nähe zum Pensionierungsalter und der langen Betriebszugehörigkeit von zehn Dienstjahren die Missbräuchlichkeit wohl bejaht werden.

⁵⁶ BGer Urteil 4 A_384/2014 E 5. vom 12.11.2014.

⁵⁷ ArGer ZH, Entscheide 2011 Nr. 14 = JAR 2012, 580; BGer Urteil 4C.174/2004 vom 5.8.2004.

⁵⁸ Die Pflicht zur Anhörung besteht auch bei der Verdachtskündigung als Sonderfall der fristlosen Entlassung, vgl. hierzu REHBINDER/STÖCKLI (FN 24), BK OR, Art. 337 N 12; DENIS HUMBERT/ALFONS VOLKEN, Fristlose Entlassung (Art. 337 OR) unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung, in: AJP/PJA 2004, 564 ff.

⁵⁹ Vgl. hierzu vorstehend II.1.2.

⁶⁰ BGer Urteil 4A_291/2008 vom 2.12.2008 E. 4.3. Vgl. zu dieser Frage auch BGer Urteil 4A_72/2008 vom 2.4.2008.

⁶¹ Ebenso THOMAS PIETRUSZAK, Zulässiger Lohnabzug am Jahresende wegen aufgelaufener Minusstunden? Missbräuchliche Kündigung wegen fehlender Suche nach anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten?, in: ARV 2009, 128.

⁶² BGer Urteil 4A_2/2014 vom 19.2.2014.

⁶³ Schweizerischer Arbeitgeberverband, Altersstrategie, Zürich 2006, 36 ff.

⁶⁴ JAR 1995, 158 sowie Plädoyer 1993/6, 63 mit Kritik von MARC SPESCHA. Für die Zulässigkeit der Kündigung STAHELIN (FN 24), ZK OR, Art. 336 N 16.

⁶⁵ Vgl. hierzu nachstehend II.3.3.

Wenn aus wirtschaftlichen Gründen Massentlassungen nach Art. 335d ff. OR notwendig werden, sind in der Praxis die Bestimmungen über den Sozialplan gemäss Art. 335h ff. OR zu beachten⁶⁶. Darin legen der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer Massnahmen fest, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden (Art. 335h Abs. 1 OR).⁶⁷ Sozialpläne sehen i.d.R. besondere Bestimmungen⁶⁸ für ältere Mitarbeiter vor wie z.B. die Möglichkeit frühzeitiger Pensionierung, Anstellungsgarantien, verlängerte Kündigungsfristen, Abgangsentschädigungen⁶⁹, Lohngarantien für eine beschränkte Zeit, Umzugserleichterungen etc. So gewährt beispielsweise der Sozialplan Post den Mitarbeitenden mit vollendeten zwanzig Anstellungsjahren und über 55 Altersjahren sowie einem Beschäftigungsgrad von über 20% eine Anstellungsgarantie bis zum vollendeten 62. Altersjahr.⁷⁰ Andere Sozialpläne sehen eine Beschäftigungsgarantie für Mitarbeiter vor, die älter als 58 sind.⁷¹ Der Sozialplan der Swiss für das Bodenpersonal sieht in Art. 6 für Mitarbeitende, die 60 Monate vor der ordentlichen Pensionierung stehen und deren Arbeitsverhältnis aufgelöst werden soll, die Leistung einer Übergangsrente und einer Einmaleinlage vor, letztere abgestuft nach dem Altersjahr (beginnend ab dem vollendeten 62. Altersjahr). Ferner gewährt dieser Sozialplan in Art. 10 den Mitarbeitenden im Alter ab 50 und mit mindestens zwanzig Dienstjahren eine um drei Monate verlängerte Kündigungsfrist. Der Sozialplan der UBS sieht vor, dass bei Mitarbeitern, die während der Kündigungsfrist weder innerhalb noch ausserhalb der Bank eine neue Stelle finden, im Rahmen des sogenannten Coach-Prozesses befristete Arbeitsverträge in Kraft treten. Diese bein-

halten eine Weiterbeschäftigung, abgestuft nach Alter und Dienstjahren, während maximal zwölf Monaten nach der Kündigung. Sodann erhalten Mitarbeiter ab dem 58. Altersjahr eine Abfindung in der Höhe von einem Viertel des möglichen Einkaufs bei vorzeitiger Pensionierung sowie eine einmalige AHV-Überbrückungsleistung bis zum 63. (Arbeitnehmerin) bzw. 64. Altersjahr (Arbeitnehmer). Dies aber nur, sofern sich nach der Kündigung keine angemessene Stelle finden lässt.

c. Nachlassende Motivation eines 64-jährigen Arbeitnehmers

Das Bundesgericht verneinte das Vorhandensein des in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR erwähnten Rechtfertigungsgrundes des «Zusammenhangs mit dem Arbeitsverhältnis» bei nachlassender Motivation eines 64-jährigen Mitarbeiters.⁷² Mangelnde Motivation bildet somit, soweit sie nicht zu einer Verletzung der Arbeits- oder der Treuepflicht führt, bei einem Mitarbeiter, der kurz vor der Pensionierung steht, keinen Rechtfertigungsgrund für die Kündigung.

d. Altersbedingte Leistungseinbusse

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die derzeitige Altengeneration gegenüber der Vorgängergeneration über ein höheres Bildungsniveau verfügt, wesentlich flexibler ist und einen grösseren Austausch und mehr Begegnung mit ihrer Umwelt pflegt.⁷³ Ältere Mitarbeiter waren nie zuvor in einer so guten körperlichen und geistigen Verfassung und so aktiv wie heute.⁷⁴ Dennoch führt der biologische Alterungsprozess zu einem unvermeidbaren, körperlichen Verschleiss, wobei dieser unterschiedliche graduelle Ausprägungen annehmen und sich von einer leicht erhöhten Beschwerdeanfälligkeit bis hin zur ernsthaften Behinderung erstrecken kann.⁷⁵ Mit zunehmendem Lebensalter ist auch ein kognitiver Verschleiss feststellbar, was die Leistungen der Informationsverarbeitung, Konzentrations- und Gedächtnisleistungen, der Psychomotorik sowie das Arbeiten unter Zeitdruck betrifft. Bei älteren Mitarbeitern können demzufolge vermehrt altersbedingte Leistungseinbussen auftreten. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob beispielsweise die Kündigung eines 63-jährigen Mitarbeiters, dessen Leistung nach über zwanzigjähriger Arbeitstätigkeit massiv

⁶⁶ Vgl. zum Thema MARTIN L. MÜLLER, Sozialpläne bei Umstrukturierungen, in: AJP/PJA 8/2009, 939 ff.

⁶⁷ Wird der Sozialplan zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerverbänden vereinbart und regelt er Fragen zur Ausgestaltung oder zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen, stellt er einen Gesamtarbeitsvertrag dar, vgl. hierzu Näheres u.a. bei REHBINDER (FN 24), BK OR, Art. 335h N 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), Art. 335fN 11.

⁶⁸ Vgl. hierzu MÜLLER (FN 66), 942 ff.

⁶⁹ Zu unterscheiden sind von den Abgangsentschädigungen gemäss Art. 339b ff. OR Abfindungen im Rahmen von Sozialplänen, mit welchen anlässlich von Massentlassungen oder gar Betriebschliessungen versucht wird, die sozialen und wirtschaftlichen Härten für die Arbeitnehmer zu mildern. Der Arbeitgeber bezahlt derartige Abfindungen unabhängig von der beruflichen Vorsorge. Die Voraussetzungen für die Auszahlung solcher Abfindungen sind denn auch nicht gesetzlich definiert.

⁷⁰ Art. 52 Anhang 5 GAV Post vom 1.1.2011.

⁷¹ OECD-Bericht 2014, Alterung und Beschäftigungspolitik (FN 4) 125 f.; Sozialplan UPC Cablecom, vgl. hierzu www.inside-it.ch/articles/39311.

⁷² BGer Urteil 4A_558/2012 vom 18.2.2013.

⁷³ WINKELS (FN 12) 63.

⁷⁴ WINKELS (FN 12) 63.

⁷⁵ Bundesanstalt für Arbeitsmedizin (1994): Alter und Arbeit. WHO Technical Report Series 835, Berlin 1994, zitiert in WINKELS (FN 12), 65.

nachlässt, im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR missbräuchlich ist, wenn sie eben gerade in dieser auf das Alter zurückzuführenden Leistungseinbusse liegt. Lehre und Rechtsprechung verneinen die Missbräuchlichkeit einer solchen Kündigung.⁷⁶ Dem ist im Grundsatz zuzustimmen, denn kausal für die Kündigung war ja nicht das Alter des Mitarbeiters, sondern dessen stark (!) gesunkene Leistungsfähigkeit, weshalb der Rechtfertigungsgrund des Zusammenhangs mit dem Arbeitsverhältnis zu bejahen ist. Allerdings ist der Arbeitgeber vor dem Hintergrund des neuesten Leitentscheids des Bundesgerichtes⁷⁷ (in Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Uri) gehalten, einen solchen Mitarbeiter über die beabsichtigte Kündigung zu informieren, anzuhören und intern nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen (Einräumung einer letzten Chance). Unterlässt er dies, wäre die Kündigung missbräuchlich.

e. Altersbedingte Krankheit

Das fortschreitende Alter bringt unweigerlich einen körperlichen Abbau und damit verbundene Krankheiten mit sich. Es ist zulässig, einem älteren Mitarbeiter wegen seiner Krankheit, welche zu einer ganz oder teilweisen Beeinträchtigung seiner Arbeitsfähigkeit führt, nach Ablauf der in Art. 336c Abs. 1 lit. b geregelten Sperrfrist zu kündigen.⁷⁸ Dies deshalb, weil eine die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigende Krankheit vorliegt und damit der Rechtfertigungsgrund des «Zusammenhangs mit dem Arbeitsverhältnis» i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR gegeben ist.

f. Kündigung wegen Erreichen des ordentlichen Pensionsalters

Eine Kündigung wegen Erreichen des ordentlichen Pensionsalters⁷⁹ ist gemäss einem Urteil des Bundesgerichtes aus dem Jahre 2014 vorbehaltlich besonderer Umstände nicht missbräuchlich.⁸⁰ Dem ist zuzustimmen. Da das

Erreichen des Pensionsalters nicht automatisch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Folge hat, muss es sanktionslos ordentlich gekündigt werden können.⁸¹ Es ist jedoch möglich, im Einzelarbeitsvertrag, im Personalreglement oder in einem Gesamtarbeitsvertrag die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Rentenalters vorzusehen. Dabei genügt es, wenn sich eine solche Vereinbarung auch aus einem Verweis auf das Vorsorgereglement⁸² oder aus einer betrieblichen Übung⁸³ ergibt.

g. Vertraglich vereinbarte Altersgrenze

Es stellt sich die Frage, ob durch Einzelarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag vertraglich vereinbarte Altersgrenzen als altersdiskriminierend zu qualifizieren sind⁸⁴. Ist es also beispielsweise zulässig, für eine bestimmte Berufskategorie, wie z.B. Verkehrspiloten, durch einen Gesamtarbeitsvertrag vorzusehen, dass diese nicht über das vollendete 60. Altersjahr hinaus tätig sein dürfen.⁸⁵ Der EuGH verneinte diese Frage und hielt in einem Entscheid aus dem Jahr 2011 fest, dass in einem solchen Fall eine Altersdiskriminierung vorliegen würde und mit dem Europäischen Gleichbehandlungsrecht nicht vereinbar sei.⁸⁶ Dieses Urteil betraf allerdings nur EU-Recht und ist für die Schweiz nicht bindend. Im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht ist eine vertragliche Vereinbarung, wonach bei Erreichen eines bestimmten Alters auch vor dem ordentlichen AHV-Pensionsalter das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung endet, zulässig. Solche Altersgrenzen finden sich häufig in Personalreglementen und in Gesamtarbeitsverträgen.⁸⁷

⁷⁶ BGer Urteil 4A_60/2009 vom 3.4.2009 E.3.2 = JAR 2010, 271; BGer Urteil 4A_419/2007 vom 29.1.2008 E. 2.6 = JAR 2009, 180; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), Art. 336 N 5, S. 1012.

⁷⁷ Vgl. hierzu vorstehend II.1.4.e.

⁷⁸ Vgl. hierzu die zitierten Urteile in PORTMANN (FN 24), BSK OR I, Art. 336 N 6; REHBINDER/STÖCKLI (FN 24), BK OR, Art. 336 N 17; STAEHELIN (FN 24), ZK OR, Art. 336 N 17; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), Art. 336 N 5, S. 1011.

⁷⁹ Das ordentliche AHV-Pensionierungsalter tritt nach Vollendung des 64. Altersjahrs für Frauen bzw. 65. Altersjahr für Männer ein (Art. 21 Abs. 1 AHVG).

⁸⁰ BGer Urteil 4A_399/2013 vom 17.2.2014.

⁸¹ Ebenso STAEHELIN (FN 24), ZK OR, Art. 336, N 16; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), Art. 336 N 5, S. 1012; HUMBERT (FN 24), 67.

⁸² BGE 114 II 349 = Pra 1989 Nr. 114.

⁸³ AGer ZH Entscheide 2008, Nr. 21; ZR 2001 Nr. 81; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), Art. 335 N 4.

⁸⁴ Vgl. zur Frage der Zulässigkeit von Altersgrenzen im öffentlichen Personalrecht KURT PÄRLI, Altersgrenzen als Diskriminierungsproblem, Die Zulässigkeit von Altersgrenzen im Lichte völker-, verfassungs- und europarechtlicher Diskriminierungsverbote, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St.Gallen 2011, 107 ff.

⁸⁵ Vgl. zur Problematik der Erhöhung des Pensionsalters für Verkehrspiloten von 58 auf 60: NZZ vom 22.12.2014, abrufbar unter www.nzz.ch/wirtschaft/newsticker-swiss-einigt-sich-mit-pilotengewerkschaft-aeropers-auf-gav-eckwerte.

⁸⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), Art. 328 N 12, S. 537.

⁸⁷ Z.B. Art. 170 Abs.1 GAV SBB; Art. 17.6 GAV Swiss und SEV/GATA/PUSH/KV/VPOD; Art. 18 GAV Spital Wallis und SCIV/VPOD/SYNA, Ausgabe 2013.

2. Missbräuchlichkeit bei Erreichen einer fixen Altersgrenze?

2.1. Pro und contra einer fixen Altersgrenze

Es fragt sich, ob eine Kündigung bei Erreichen einer bestimmten Altersschwelle, z.B. ab 60, wegen Altersdiskriminierung per se als missbräuchlich zu qualifizieren ist, wenn die Rechtfertigungsgründe von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR fehlen.⁸⁸ Für eine solche fixe Altersgrenze spricht der Umstand, dass ein Arbeitnehmer ab sechzig Jahren gemäss den statistischen Erhebungen⁸⁹ mit grosser Wahrscheinlichkeit keine neue Stelle mehr finden und arbeitslos bleiben wird bis zum Zeitpunkt seiner Aussteuerung (Ausschöpfung des Taggeldanspruchs). Die Arbeitslosenentschädigung beträgt bei Arbeitslosen mit einer Unterhaltspflicht gegenüber Kindern 80% des versicherten Verdienstes (derzeit maximal CHF 126'000)⁹⁰ und bei solchen ohne Kinder 70%.⁹¹ Die Aussteuerung ist für die betroffene Person mit grossen Existenzängsten verbunden. Nach ihrer Aussteuerung müsste sie je nach Vermögenslage Sozialhilfe beziehen. Die ausgesteuerte Person, die noch über genügend Vermögen verfügt, muss dieses vor Beanspruchung der Sozialhilfe zuerst aufbrauchen, wobei tiefe Vermögensfreibeträge beibehalten werden können⁹². Mit einer Strafentschädigung nach Art. 336a Abs. 2 OR von bis zu sechs Monatslöhnen könnten die finanziellen Einbussen der Entlassung immerhin ein Stück weit abgefedert werden, was angesichts der Tatsache, dass das private Arbeitsrecht im Gegensatz zum öffentlichen Personalrecht⁹³ eine in der Praxis zunehmend bedeutungslose Abfindungsnorm enthält,⁹⁴ sachgerecht ist. Zwar hätte der gekündigte Arbeitnehmer die Möglichkeit, sich bereits ab dem vollendetem 58. Altersjahr frühpensionieren zu lassen⁹⁵, doch würde dies – im Vergleich zu einem ordentli-

chen Rentenbezug aus der beruflichen Vorsorge ab dem 65. Altersjahr – zu einer deutlich tieferen BVG-Rente führen.⁹⁶ Der ältere Arbeitnehmer bedarf vor diesem Hintergrund eines besonderen Sozialschutzes, was für eine fixe Altersschwelle sprechen würde.

Andererseits spricht gegen eine fixe Altersgrenze der Umstand, dass eine solche starre Grenze der in der Schweiz herrschenden liberalen Wirtschaftsordnung widerspricht und es grundsätzlich wohl eher die Aufgabe des Sozialstaates und nicht des Unternehmers sein sollte, solche Härtefälle wirtschaftlich abzufedern. Zudem könnte eine solche Altersschwelle kontraproduktiv sein und dazu führen, dass Arbeitgeber ältere und insbesondere über 60-jährige Arbeitnehmer nicht mehr anstellen, weil sie befürchten, bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses eine Strafentschädigung wegen Missbräuchlichkeit von bis zu sechs bzw. sogar zwölf Monatslöhnen (dies allerdings nur bei Annahme der vorgeschlagenen Gesetzesrevision⁹⁷) bezahlen zu müssen. Zudem könnte es auch zu vermehrten Kündigungen kurz vor Erreichen der Altersgrenze führen.⁹⁸

Sozialpläne sehen teilweise Altersgrenzen vor. So gewährt beispielsweise der Sozialplan Post den Mitarbeitenden mit vollendeten zwanzig Anstellungsjahren und über 55 Altersjahren eine Anstellungsgarantie bis zum vollendeten 62. Altersjahr. Andere Sozialpläne statuieren eine Beschäftigungsgarantie für Mitarbeiter, die älter als 58 sind.⁹⁹

Das deutsche Arbeitsrecht sieht vereinzelt fixe Altersgrenzen vor. In der Bundesrepublik Deutschland kann den Arbeitnehmern ab einem bestimmten Alter oder nach langer Betriebszugehörigkeit in bestimmten Fällen grundsätzlich nicht mehr gekündigt werden. Dies aber nicht etwa aufgrund einer expliziten gesetzlichen Vorschrift, sondern bloss deshalb, weil gewisse sogenannte Tarifverträge¹⁰⁰ eine bestimmte Altersgrenze vorsehen,

⁸⁸ Vgl. vorstehend II.1.3.

⁸⁹ Vgl. vorstehend I.2.

⁹⁰ Art. 23 AVIG i.V. m. Art. 22 Abs. 1 UVV.

⁹¹ Art. 22 AVIG.

⁹² Vgl. hierzu Beobachter-Artikel «Ausgesteuert, Wenn kein Arbeitslosengeld mehr kommt – wie weiter?», abrufbar unter www.beobachter.ch/geld-sicherheit/sozialhilfe/artikel/arbeitslos.

⁹³ Art. 19 Abs. 3 und 4 BPG; Art. 78 f. BPV. Gemäss Art. 78 Abs. 1 lit. c BPV erhalten Angestellte, die über 50-jährig sind, eine Entschädigung, die nach Art. 79 BPV bis zu einem Jahreslohn entsprechen kann.

⁹⁴ Zwar gewährt Art. 339b OR Arbeitnehmern, die mindestens 50 Jahre alt sind und mehr als 20 Dienstjahre aufweisen können, eine Abgangsentschädigung, doch können gemäss Art. 339d OR Leistungen von einer Personalfürsorgeeinrichtung von der Abgangsentschädigung abgezogen werden. Die Bedeutung der Bestimmung von Art. 339b OR hat stark abgenommen, vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), Art. 339b N 1.

⁹⁵ Art. 1 Abs. 3 BVG i.V.m. Art. 11 BVV2.

⁹⁶ Dies zeigt folgendes Berechnungsbeispiel bei einem durchschnittlichen Jahreseinkommen von CHF 120'000.– mit obligatorischem und überobligatorischem Altersguthaben: Ordentliche Pensionierung mit 65 (Freizügigkeitsguthaben Fr. 720'000.–, durchschnittlicher Umwandlungssatz 6.2%); Jahresrente von Fr. 44'640.–. Frühpensionierung mit 58 (Freizügigkeitsguthaben Fr. 600'000.–, durchschnittlicher Umwandlungssatz 5.3%); Jahresrente von Fr. 31'800.–.

⁹⁷ Abrufbar unter www.bj.admin.ch/dum/data/bj/wirtschaft/vn-veberd.pdf. Der Erläuternde Bericht zum Vorentwurf vom September 2010 sieht eine Erhöhung der Strafentschädigung auf zwölf Monatslöhne vor (vgl. S. 23).

⁹⁸ Ebenso OECD-Bericht 2014, Alterung und Beschäftigungspolitik Schweiz (FN 4), 126.

⁹⁹ Vgl. hierzu vorstehend II.1.4.b.

¹⁰⁰ Gemäss den §§ 1 und 2 des deutschen Tarifvertragsgesetzes (TVG) enthält ein Tarifvertrag schriftliche Rechtsnormen, die den Inhalt,

ab welcher der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht mehr auflösen kann (sogenannter Tarifkündigungsschutz im Alter). So regelt beispielsweise § 4 Ziff. 4.4 des Baden-Württembergischen Manteltarifvertrags für Beschäftigte in der Metall- und Elektroindustrie, dass einem Arbeitnehmer, der das 53., aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat und dem Betrieb mindestens drei Jahre angehört, nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden darf. Gemäss § 2, 5 Abs. 3 des Bayrischen Manteltarifvertrags für Angestellte der Bayrischen Metall- und Elektroindustrie (IG Metall-Tarifvertrag) kann das Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern, die das 55. Lebensjahr vollendet und dem Betrieb mindestens zehn Jahre angehört haben oder das 50. Lebensjahr vollendet und dem Betrieb mindestens fünfzehn Jahre angehört haben, nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. Nicht als wichtige Gründe gelten betriebsbedingte Gründe. Eine tiefere Altersschwelle sieht der Manteltarifvertrag für die Angestellten der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und in Brandenburg vor. Gemäss diesem Tarifvertrag kann das Arbeitsverhältnis nach mindestens zehnjähriger Betriebszugehörigkeit ab dem vollendeten 45. Lebensjahr ebenfalls nur aus wichtigen Gründen gekündigt werden.

2.2. Rechtsprechung

Das Bundesgericht und die Gerichte unterer Instanzen haben sich bis zum heutigen Zeitpunkt nicht konkret zur Frage geäussert, ob ab einem bestimmten Alter die Kündigung eines älteren Arbeitnehmers, dem gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR nichts vorgeworfen werden kann, per se missbräuchlich ist, was angesichts des Fehlens einer gesetzlich fixierten Altersgrenze nicht weiter erstaunt. Immerhin hat unser oberstes Gerichtes in seinem Urteil vom 12. November 2014 insofern eine wichtige Leitplanke gesetzt, als es die Kündigung eines 59-Jährigen (sechs Jahre vor dem ordentlichen Pensionsalter) mit elf bzw. fünfundreissig Dienstjahren (mit Unterbrüchen) als missbräuchlich qualifizierte¹⁰¹ (dies trotz Defiziten in seiner Arbeitsweise), nicht aber die Kündigung eines 57-jährigen Arbeitnehmers acht Jahre vor dem Erreichen des ordentlichen Pensionsalters¹⁰² (vgl. nachstehend).

a. Kündigung eines 64-jährigen nach zwölf Dienstjahren

In einem Entscheid aus dem Jahr 2013 hatte das Bundesgericht die Kündigung eines 64-jährigen Arbeitnehmers mit rund zwölf Dienstjahren¹⁰³ zu beurteilen, der rund ein Jahr vor seiner Pensionierung stand. Unser höchstes Gericht erachtete diese Kündigung als missbräuchlich. Dies trotz der Tatsache, dass der Arbeitnehmer mit gewissen Motivationsproblemen zu kämpfen hatte, im Wesentlichen aber genügende Arbeitsleistungen erbrachte. Das Bundesgericht bejahte unter Hinweis auf BGE 132 III 115 (Heizungsmonteurfall) die Missbräuchlichkeit der Kündigung. Bemerkenswert ist dessen Hinweis, dass einem Arbeitnehmer kurz vor seiner Pensionierung nicht vorgeworfen werden könne, dass er weniger motiviert sei als ein jüngerer Mitarbeiter, und diese tiefere Motivation den Arbeitgeber nicht davon dispensiere, einen solchen Mitarbeiter zu schonen, zumal seine Leistungen in objektiver Hinsicht befriedigend waren.

b. Kündigung eines 64-jährigen nach vier Dienstjahren

Ein zürcherisches Bezirksgericht bejahte im Jahr 2009 die Missbräuchlichkeit einer Kündigung gestützt auf Art. 336 OR mit der Begründung, dass diese nur fünf Monate vor der Pensionierung erfolgte.¹⁰⁴

c. Kündigung eines 63-jährigen nach 44 Dienstjahren

Das Bundesgericht qualifizierte die Entlassung eines 63-jährigen Heizungsmonteurs mit rund 44 Dienstjahren als missbräuchlich, da diese kurz d.h. vierzehn Monate vor Erreichung des Pensionsalters von 65 Jahren ohne Suche nach einer einvernehmlichen Lösung ausgesprochen wurde und daher ein krasses Missverhältnis der auf dem Spiel stehenden Interessen vorgelegen hat.¹⁰⁵ Als Grund für die Entlassung gab die Arbeitgeberin ihr schlechtes Verhältnis zum Heizungsmonteur an, der die Kündigung schliesslich veranlasst habe. Sie wurde verpflichtet, dem Heizungsmonteur die maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen zu bezahlen. Das Bundesgericht begründete in diesem Urteil die Missbräuchlichkeit der Kündigung damit, dass die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht verletzt habe, weil sie trotz des gespannten Verhältnisses des Arbeitnehmers zum Vorgesetzten keine Massnahmen zur Konfliktentschärfung unternommen und gegenüber dem

Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können (Vertrag zwischen einem Arbeitgeberverband oder Arbeitgeberin und einer Gewerkschaft).

¹⁰¹ BGer Urteil 4A_384/2014 vom 12.11.2014.

¹⁰² BGer Urteil 4A_72/2008 vom 2.4.2008.

¹⁰³ BGer Urteil 4A_558/2012 vom 18.2.2013.

¹⁰⁴ KassGer ZH in JAR 2011, 620.

¹⁰⁵ BGE 132 III 115 ff.

Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben (44 Jahre) klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gelte. Ferner hielt das Bundesgericht fest, dass die Arbeitgeberin das Gebot der schonenden Rechtsausübung im Grundsatz verletzt habe und ein krasses Missverhältnis der auf dem Spiele stehenden Interessen vorliegen würde. Es gewichtete das Interesse des kurz vor der Pensionierung stehenden Arbeitnehmers, dem es angesichts seines Alters kaum gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden und der mit Einbussen bei den Einkommensersatzleistungen zu rechnen haben wird, höher als das Interesse der Arbeitgeberin.¹⁰⁶ Auch wenn die Richter in Lausanne ausführten, dass die Frage, welche Rolle das Alter des Arbeitnehmers bei der Kündigung spiele, ohne Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens sei, steht fest, dass das fortgeschrittene Alter eines gekündigten Arbeitnehmers ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung ist und das höchste Gericht unter dem Titel «krasses Missverhältnis der auf dem Spiele stehenden Interessen» das Alter eines 63-jährigen Arbeitnehmers entsprechend gewichtet.¹⁰⁷

d. Kündigung eines 63-jährigen nach zwanzig Dienstjahren

Das Arbeitsgericht Zürich erachtete eine Änderungskündigung bei einem 63-jährigen Arbeitnehmer mit zwanzigjähriger Firmenzugehörigkeit als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR. Es begründete seinen Entscheid damit, dass die Arbeitgeberin im Hinblick auf ihre erhöhten Fürsorgepflichten ungeachtet der Zurückweisung der letzten Änderungsangebote das Interesse des Kadermitarbeiters (Geschäftsführer) am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu veränderten Konditionen hätte höher gewichten sollen. Es wies darauf hin, dass dem eminenten Interesse des 63-jährigen Mitarbeiters, «dem es nur mit erheblichen Schwierigkeiten gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden», angesichts des bescheidenen Sparpotentials der vorgeschlagenen Lohnmodifikation kein hinreichend schützenswertes Interesse der Arbeitgeberin gegenüber stehen würde. Das Arbeitsgericht sprach dem Mitarbeiter eine Pönalentschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen zu, dies unter anderem mit der Begründung, dass die lange Dauer der zwanzigjährigen Anstellung zu berücksichtigen sei, ferner sein Alter von 63 und die Tatsache, dass es ihm ausgesprochen schwer fallen dürfte, kurz vor der Pensionierung nochmals eine Anstellung zu finden.

e. Kündigung eines 59-jährigen nach elf bzw. fünfundreissig Dienstjahren (mit Unterbruch)

Das Bundesgericht fällte am 12. November 2014 ein wegweisendes Urteil¹⁰⁸, dem folgender Sachverhalt zu Grunde lag: Der Arbeitnehmer mit Jahrgang 1951 war seit dem 1. Januar 1999 als Key-Account-Manager angestellt bzw. mit Unterbruch während fünfunddreissig Jahren für dieselbe Arbeitgeberin tätig. Am 16. Februar 2010 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist per Ende August 2010. Rund drei Wochen später liess sich der Arbeitnehmer vollumfänglich krankschreiben, wobei er zunächst während drei Monaten den vollen Lohn und danach Krankentaggeldleistungen während 720 Tagen auf der Basis von 80% des vormaligen Verdienstes erhielt. Der Arbeitnehmer hatte im Jahre 2007 ein Burn-Out. In der Folge unternahm die Arbeitgeberin verschiedene Anstrengungen, ihn wieder vollwertig in den Betrieb zu integrieren (Abgabe von Führungsaufgaben ohne Lohnkürzungen, Einrichtung eines Home-Offices in der Absicht, das mit einem Grossraumbüro verbundene Stresspotential zu vermindern). Zwecks Verbesserung des Arbeitsklimas wurden diverse Gespräche geführt, anschliessend ein «Act of Commitment» vereinbart sowie Teamveranstaltungen durchgeführt. Das Bundesgericht anerkannte zwar die Bemühungen der Arbeitgeberin, das Arbeitsklima zu verbessern und die bereits seit geraumer Zeit vorhandenen Defizite des Arbeitnehmers in seiner Arbeitsweise zu beheben, doch waren diese eingeleiteten Massnahmen nach Ansicht des Bundesgerichtes ungenügend. Wörtlich hielt das Bundesgericht hierzu fest:

«Angesichts des Alters des Beschwerdegegners, dessen, wenn auch mit Unterbruch, langjährigen Betriebstreue und den ihr zumindest ansatzweise bekannten Frühpensionierungsabsichten galt für die Beschwerdeführerin jedoch eine erhöhte arbeitgeberische Fürsorgepflicht, welche sich rechtsprechungsgemäss insbesondere anhand der Kündigungsmodalitäten zu manifestieren hatte. Die Beschwerdeführerin war gehalten, diesbezüglich ein möglichst schonendes, den sich gegenüberstehenden Interessen Rechnung tragendes Verhalten an den Tag zu legen.»

Das Bundesgericht bemängelte am Verhalten der Arbeitgeberin, dass sie vor der Kündigung nie klar signalisiert habe, dass die gerügten Mängel für sie einen Schweregrad aufweisen, der bei Nichtbehebung eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach sich zöge. Den wegweisenden Hinweis hielt das Bundesgericht unter Erwägung 5.2 wie folgt fest:

¹⁰⁶ BGE 132 III 122, E.5.5.

¹⁰⁷ JEAN-FRITZ STÖCKLI, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, in: ArbR 2007, 193 ff.

¹⁰⁸ BGER Urteil 4A_384/2014 vom 12.11.2014. Vgl. hierzu die kritische Urteilsbesprechung von JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: ARV 1/2015, 17 ff.

«Vorgängig der Kündigung vom 16. Februar 2010 mit sofortiger Freistellung wäre es deshalb an der Beschwerdeführerin gewesen, ein entsprechendes Gespräch zu führen, den Beschwerdegegner nachdrücklich auf die Folgen seiner Unterlassungen hinzuweisen und ihm mit Fristansetzung und Zielvereinbarung eine letzte Chance zu geben, seinen Aufgaben in genügendem Masse nachzukommen. [] Vielmehr ist die aufgezeigte Vorgehensweise Ausfluss der im vorliegenden Fall erweiterten Fürsorgepflicht.»

Das Bundesgericht bestätigte in seinem Entscheid das Urteil des Obergerichtes des Kantons Uri, welches ebenfalls die Missbräuchlichkeit der Kündigung bejahte, dies mit der Begründung, dass die Arbeitgeberin vorher mit dem Arbeitnehmer das Gespräch hätte suchen und ihm eine letzte Chance hätte bieten müssen, sein Verhalten zu ändern. Dies stelle Ausfluss ihrer arbeitgeberischen Fürsorgepflicht gegenüber einem Mitarbeiter dar, der während der Dauer seiner Tätigkeit grundsätzlich gut und loyal für die Arbeitgeberin tätig gewesen sei.¹⁰⁹ Dieser Bundesgerichtsentscheid ist insofern bemerkenswert, als er erstmals¹¹⁰ bei der besonderen Arbeitnehmerkategorie der älteren Arbeitnehmer mit langer Dienstzeit, bei welchen eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt, das «Ultima-Ratio-Prinzip» konkret einführt. Das Bundesgericht verlangt, dass ältere Arbeitnehmer mit langer Dienstzeit rechtzeitig erstens über die beabsichtigte Kündigung zu informieren und zweitens anzuhören sind. Drittens ist der Arbeitgeber bei dieser Arbeitnehmerkategorie verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen.¹¹¹ Konkret forderte das Bundesgericht von der Arbeitgeberin das Führen eines Gesprächs mit Hinweis auf die Folgen bei nochmaliger Pflichtverletzung unter Ansetzung einer Bewährungsfrist mit einer Zielvereinbarung als «letzte Chance».¹¹² Die Erwägungen des Bundesgerichts können nur so gedeutet werden, dass nur dann, wenn sich der Arbeitnehmer trotz Verwarnung während der angesetzten Bewährungsfrist nicht verbessert, die ordentliche Kündigung unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist als «ultima ratio» zulässig und damit nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR ist. Dieser Entscheid ist dem Grundsatz nach zu begrüssen, trägt er doch dem Umstand Rechnung, dass die besondere Arbeitnehmerkategorie der über 59-jährigen Mitarbeiter mit über zehnjähriger Dienstzeit wegen der starken Auswirkungen einer solchen Alterskündigung¹¹³ eines erhöh-

ten Sozialschutzes bedürfen. Auffallend ist, dass unser höchstes Gericht in diesem Entscheid – im Gegensatz zu seinen früheren Entscheiden¹¹⁴ – dem Kriterium der kurzen verbleibenden Zeit bis zur Pensionierung (sechs Jahre) gegenüber der Anzahl Dienstjahre (elf Jahre) ein höheres Gewicht einräumt, wie in der Rechtslehre zutreffend bemerkt wurde.¹¹⁵ Mit diesem neuesten Urteil verstärkt das Bundesgericht seine Tendenz, die Vertragsfreiheit zugunsten der Vertragsgerechtigkeit einzuschränken und die Kündigungsschutzbestimmungen verschärft anzuwenden¹¹⁶ (vgl. auch vorstehend II.1.4.a.bb.).

f. Kündigung eines 57-Jährigen nach 33 Dienstjahren

Für das Bundesgericht war die Kündigung eines 57-jährigen Offsetdruckers, welcher seit 33 Jahren in derselben Druckerei arbeitete, acht Jahre vor dem Erreichen des ordentlichen Pensionsalters nicht missbräuchlich, dies in Bestätigung der beiden vorinstanzlichen Entscheide, welche das Vorliegen eines krassen Missverhältnisses der Interessen verneinten.¹¹⁷ Sämtliche drei Instanzen erachteten die beiden angegebenen Kündigungsgründe als hinreichend belegt (wirtschaftlichen Gründe, ferner genügte der Arbeitnehmer den aktuellen technischen Anforderungen seines Berufes nicht mehr). Eine ernsthafte Alternative für eine Weiterbeschäftigung im Betrieb bestand offenbar nicht.

g. Kündigung eines 56-Jährigen nach 27 Dienstjahren

In einem Entscheid aus dem Jahre 2008 erachtete das Bundesgericht die Kündigung eines bald 56 Jahre alten Arbeitnehmers nach über 27-jähriger Arbeitstätigkeit im selben Betrieb ebenfalls nicht als missbräuchlich. Es wies darauf hin, dass für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung nicht bloss auf das Alter des Arbeitnehmers abzustellen sei, sondern sämtliche relevanten Umstände, die zur Kündigung geführt haben, zu berücksichtigen seien (dem Arbeitnehmer wurde ein zu langsames Arbeitstempo sowie qualitativ schlechte Arbeitsleistung vorgeworfen).¹¹⁸

¹⁰⁹ BGer Urteil 4A_384/2014 E.3.1 vom 12.11.2014.

¹¹⁰ Gl. M. RENÉ HIRSIGER, Erhöhte Anforderungen bei ordentlicher Kündigung von (Dienst-) älteren Arbeitnehmenden?, in: dRSK vom 19.3.2015.

¹¹¹ BGer Urteil 4A_384/2014 E.4.2.2 vom 12.11.2014.

¹¹² BGer Urteil 4A_384/2014 E.5.2. vom 12.11.2014.

¹¹³ Vgl. hierzu vorstehend I.4.

¹¹⁴ BGer Urteil 4A_72/2008 (57-Jähriger mit 33 Dienstjahren); BGer Urteil 4A_419/2007 (55-Jähriger mit 27 Dienstjahren).

¹¹⁵ ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Elektronischer Update-Service zum Praxiskommentar, N 4 zu Art. 336 OR.

¹¹⁶ Vgl. DENIS G. HUMBERT, Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, in: AJP/PJA 11/2011, 1471.

¹¹⁷ BGer Urteil 4A_72/2008 vom 2.4.2008.

¹¹⁸ BGer Urteil 4A_419/2007 vom 29.1.2008 = JAR 2009, 180 ff.

h. Kündigung eines 53-jährigen nach sieben Dienstjahren

Die Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève hatte die Kündigung eines 53-jährigen Arbeitnehmers nach rund siebenjähriger Dienstzeit zu beurteilen. Sie sah es in Abweichung der Vorinstanz als erwiesen an, dass die Arbeitgeberin ihm allein wegen dessen fortgeschrittenem Alter gekündigt hatte und dass die von ihr geltend gemachten anderen Kündigungsgründe (Umstrukturierung und rückläufiger Geschäftsgang) nur vorgeschoben waren. Es erachtete daher die Kündigung gestützt auf Art. 336 Abs. 1 lit. a OR (Altersdiskriminierung) als missbräuchlich.¹¹⁹ Bemerkenswert ist dieser Entscheid insofern, als das höchste Genfer Gericht bereits die Kündigung eines 53-jährigen Arbeitnehmers als altersdiskriminierend i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR qualifiziert hatte. Eine Altersdiskriminierung bei einem erst 53-Jährigen anzunehmen, geht meines Erachtens jedoch zu weit.

i. Kündigung eines 70-jährigen Teilzeitangestellten

Fehlende Missbräuchlichkeit nahm unser höchstes Gericht (und die Vorinstanzen) bei der Entlassung eines nebenamtlichen, 70-jährigen Fachlehrers mit einem Arbeitspensum von weniger als 20% an.¹²⁰ Das Bundesgericht wies in diesem Entscheid interessanterweise auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes hin, der wiederholt festgehalten hat, dass Altersgrenzen dem «legitimen sozialpolitischen Ziel» entsprechen würden, eine ausgewogene Altersstruktur zu schaffen und im Interesse einer Verteilung der Beschäftigung zwischen den Generationen die berufliche Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer zu fördern sei. Nebenbei erwähnte das Bundesgericht, dass eine Kündigung, die gegenüber einem Angestellten ausgesprochen werde, der mit seinen 70 Jahren das allgemeine Pensionsalter längst überschritten habe, auch deshalb nicht missbräuchlich werde, weil vier Monate später ein Betriebsübergang stattfindet.

3. Missbräuchliche Alterskündigung gestützt auf die Generalklausel von Art. 336 OR

3.1. Die Generalklausel von Art. 336 OR

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR nicht abschliessend, sondern sie konkretisiert viel-

mehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot.¹²¹ Das Bundesgericht subsumiert unter anderem auch die Verletzung des Gebots schonender Rechtsausübung und den Sachverhalt des Vorliegens eines krassen Missverhältnisses der auf dem Spiele stehenden Interessen unter die Generalklausel von Art. 336 OR und betrachtet diese beiden Fallgruppen als Missbrauchstatbestände eigener Art.¹²² Diese beiden Fallgruppen sind Konkretisierungen des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB.¹²³

3.2. Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung/krasses Missverhältnis der auf dem Spiele stehenden Interessen

Das Bundesgericht beurteilt Kündigungen von älteren Arbeitnehmern regelmässig unter dem Gesichtspunkt, ob der Arbeitgeber das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzt bzw. ob ein krasses Missverhältnis der auf dem Spiele stehenden Interessen vorgelegen hat.¹²⁴ Es bejaht eine Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer «ohne jegliches Vorgespräch und ohne auch nur den Versuch einer sozialverträglicheren Lösung zu unternehmen», entlässt.¹²⁵ Das Bundesgericht betont, dass aufgrund der gegenüber älteren Mitarbeitern geltenden erhöhten arbeitgeberischen Fürsorgepflicht «ein möglichst schonendes, den gegenüberstehenden Interessen Rechnung tragendes Verhalten an den Tag zu legen» sei.¹²⁶ Für die Beurteilung der Frage, ob ein krasses Missverhältnis der auf dem Spiele stehenden Interessen vorliegt, nimmt das Bundesgericht eine Interessensabwägung wie folgt vor: «Dem eminenten Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags des Klägers (Arbeitnehmer), dem es angesichts seines Alters kaum gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden, und der mit Einbussen bei den Einkommenserstattungsleistungen zu rechnen haben wird, steht nach dem Gesagten kein schützenswertes Interesse der Beklagten gegenüber».¹²⁷ In einem weiteren Entscheid betont das Bundesgericht den Anspruch des Mitarbeiters «auf pfleg-

¹¹⁹ Urteil vom 10.11.2005 = JAR 2006, 469 ff.

¹²⁰ BGer Urteil 4A_399/2013 vom 17.2.2014.

¹²¹ BGE 136 III 515 E. 2.3 = Pra 100 (2011) Nr. 40; BGE 4a_430/2010 E. 2.1.1, publiziert in: ARV 2011, 33; vgl. hierzu auch HUMBERT (FN 116), 1474 f.

¹²² Vgl. hierzu die Hinweise bei HUMBERT (FN 116), 1475.

¹²³ HEINRICH HONSELL in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, ZGB I, 4. A., Basel 2010, Art. 2 ZGB N 37, 41, 22.

¹²⁴ Vgl. hierzu vorstehend II.1.1.

¹²⁵ BGE 132 III 115 E. 5.4.

¹²⁶ BGer Urteil 4A_384/2014 vom 12.11.2014. Vgl. hierzu auch vorstehend II.1.4.a.

¹²⁷ BGE 132 III 115 E. 5.5.

lichen, die gegensätzlichen Interessenlagen sorgsam abwägenden Umgang». ¹²⁸ Im Urteil 4A_419/2007 E. 2.7. weist unser höchstes Gericht auf Folgendes hin. «*Dans ce contexte, il faut toutefois examiner si l'on peut considérer qu'il existe une disproportion des intérêts en présence, pouvant faire apparaître le congé comme abusif.*»

3.3. Berücksichtigung der verbleibenden Zeit bis zur ordentlichen Pensionierung und der Anzahl der geleisteten Dienstjahre

In der Regel korreliert mit einem höheren Alter auch eine längere Zugehörigkeit zum Betrieb. Dies trifft insbesondere auf die über 55-jährigen Arbeitnehmer zu. Das Bundesgericht hat in seinem aktuellen Leitentscheid vom 12. November 2014 zu Recht darauf hingewiesen, dass für Arbeitnehmer im «fortgeschrittenen Alter» mit «langer Dienstzeit» eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gelten würde, ohne zu konkretisieren, was es unter «fortgeschrittenem Alter» und unter «langer Dienstzeit» versteht. ¹²⁹ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob beispielsweise Kündigungen eines 64-jährigen Mitarbeiters mit nur rund fünf Dienstjahren, eines 59-Jährigen mit fünfzehn Dienstjahren, eines 61-Jährigen mit zehn Dienstjahren oder eines 55-Jährigen mit dreissig Dienstjahren bezüglich der Frage der Missbräuchlichkeit gleich zu beurteilen sind. Für die Beurteilung dieser Frage sind meiner Meinung nach folgende zwei Kriterien relevant:

- Einerseits das Alter bzw. die bis zur ordentlichen Pensionierung ¹³⁰ verbleibende Zeit, welche auch für das Bundesgericht und die Gerichte unterer Instanzen entscheidend sind. ¹³¹ Je höher das Alter und je näher damit die ordentliche Pensionierung, desto eher ist die Entlassung missbräuchlich. Diese Schlussfolgerung drängt sich auf, denn ein Arbeitnehmer ab 55 wird nur mit äusserster Mühe eine neue Stelle finden und muss somit mit erheblichen finanziellen Einbussen rechnen. ¹³²
- Andererseits kann die Missbräuchlichkeit einer Kündigung nicht völlig losgelöst vom Dienstalter, d.h. von der Beschäftigungsdauer und damit von der Loyalität des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber betrachtet werden. Neben dem fortgeschrittenen Lebensalter muss

auch das Dienstalter und die damit zum Ausdruck gebrachte Dienstreue ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung der Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung eines älteren Arbeitnehmers sein. Die Dauer der Betriebszugehörigkeit wirkt sich – neben dem Alter ¹³³ – ebenfalls auf die Intensität der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 OR) aus: Je höher das Dienstalter, desto höhere Anforderungen sind an die Fürsorgepflicht zu stellen, worauf auch das Bundesgericht zu Recht hinwies ¹³⁴. Bei der Kündigung eines älteren Mitarbeiters mit sehr vielen Dienstjahren ist angesichts dessen besonderer Schutzwürdigkeit demzufolge ein strengerer Massstab anzulegen und von einer Kündigung im Zweifelsfall abzusehen, denn die Fürsorgepflicht beinhaltet namentlich auch die Pflicht, die berechtigten Interessen des (älteren) Mitarbeiters in guten Treuen zu wahren. Da die Fürsorgepflicht primär eine Unterlassungspflicht ist, hat der Arbeitgeber alles zu unterlassen, was die Interessen des Arbeitnehmers schädigen könnte. ¹³⁵

Das OR stellt denn auch verschiedentlich auf die Anzahl Dienstjahre ab, so z.B. bei der Dauer der Kündigungsfristen (Art. 335c OR), beim zeitlichen Kündigungsschutz (Art. 336c OR), bei der Lohnfortzahlungspflicht (Art. 324a OR) und bei der Abgangsentschädigung (Art. 339b OR). Auch im öffentlichen Personalrecht sind eine Vielzahl von Regelungen vom Dienstalter abhängig, so z.B. für die Höhe der Abfindung ¹³⁶ oder für die Ausrichtung einer Treueprämie ¹³⁷. Die Bundespersonalverordnung berücksichtigt für die Bemessung der Abfindungshöhe gemäss Art. 79 Abs. 4 neben dem Alter des Angestellten u.a. auch die gesamte Dauer seiner Anstellung. Sozialpläne stellen für den Umfang der Leistungen neben dem Alter ebenfalls auf das Dienstalter ab. ¹³⁸ Sodann berücksichtigt auch das Arbeitslosenversicherungsrecht für die Dauer des Taggeldanspruchs zumindest indirekt das Kriterium

¹²⁸ BGer Urteil 4A_384/2014 vom 12.11.2014.

¹²⁹ BGer Urteil 4A_384/2014 vom 12.11.2014 E. 4.2.2; vgl. hierzu auch vorstehend II.1.4.a.

¹³⁰ Das ordentliche AHV-Pensionierungsalter tritt nach Vollendung des 64. Altersjahrs für Frauen bzw. 65. Altersjahr für Männer ein (Art. 21 Abs. 1 AHVG).

¹³¹ Vgl. hierzu vorstehend II.2.2.

¹³² Vgl. hierzu vorstehend I.2 und 4.

¹³³ Vgl. vorstehend II.A.4.a.aa.

¹³⁴ BGE 132 III 115 ff., 121 E.5, 3. Vgl. hierzu auch vorstehend II.1.4.a.aa.

¹³⁵ PORTMANN (FN 24), BSK OR I, Art. 328 OR N 1, allerdings mit dem zutreffenden Hinweis in N 2, dass Rationalisierungsmassnahmen nicht deshalb unzulässig sind, weil sie zu Entlassungen von Arbeitnehmern führen.

¹³⁶ Auf Bundesebene Art. 19 Abs. 3 und 4 BPG; Art. 78 BPV. Vgl. zum Personalrecht des Kt. ZH § 16 VVO.

¹³⁷ Art. 32 lit. b BPG; Art. 73 BPV.

¹³⁸ Vgl. z.B. Sozialplan zw. Swisscom und Syndicom/Transfair 2013 Ziff.4.2 oder den Sozialplan Post (Art. 52 Anhang 5 GAV Post vom 1.1.2011): Mitarbeitende geniessen mit vollendeten 20 Anstellungsjahren und über 55 Altersjahren eine Anstellungsgarantie bis zum vollendeten 62. Altersjahr.

des Dienstalters (Beitragszeit).¹³⁹ Bei den vorstehend erwähnten deutschen Tarifverträgen ist für die Beurteilung der Rechtmässigkeit einer Kündigung neben dem Lebensalter auch das Dienstalter massgebend.¹⁴⁰

Das Kriterium der Korrelation zwischen Alter und Dienstjahre ist daher sinnvoll. In unserer heutigen schnelllebigen Zeit sind bereits zehn Dienstjahre als lang zu bezeichnen. Je fortgeschrittener das Lebensalter ist und je höher die Anzahl Dienstjahre sind, desto stärker hat der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht und das Gebot der schonenden Rechtsausübung zu beachten. Deshalb ist beispielsweise bei einem 58-jährigen Arbeitnehmer mit fünfzehn Dienstjahren oder bei einem 60-Jährigen mit zehn Dienstjahren der Kündigungsmisbrauch anzunehmen.

Der Verfasser ist sich bewusst, dass die Grenzziehung für die Beurteilung der Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung eines älteren Mitarbeiters (gestützt auf die Generalklausel von Art. 336 OR) nicht einfach ist und dieser immer auch etwas Willkürliches anhaftet. Zu berücksichtigen ist hierbei der Umstand, dass es einem Arbeitgeber wegen dem fehlenden Bestandesschutz¹⁴¹ ja nach wie vor möglich ist, auch einen älteren Mitarbeiter zu entlassen, dies für ihn aber finanzielle Konsequenzen in Form einer Pönalentschädigung von maximal sechs Monatslöhnen (Art. 336a Abs. 2OR) zur Folge haben kann. Ein möglicher Lösungsansatz, der sowohl das Lebensalter (Zeit bis zur Pensionierung) als auch das Dienstalter und somit die Diensttreue und die Loyalität des Arbeitnehmers berücksichtigt, könnte wie folgt aussehen:

Lebensalter	Dienstalter	Erhöhte Fürsorgepflicht
64	>6	Ja
63	>7	Ja
62	>8	Ja
61	>9	Ja
60	>10	Ja
59	>10	Ja
58	>15	Ja
57	>15	Ja
56	>20	Ja
55	>20	Ja

¹³⁹ Art. 27 AVIG.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu vorne II.2.1.

¹⁴¹ REHBINDER/STÖCKLI (FN 24), Art. 336 N 2.

4. Schlussfolgerungen de lege ferenda

Der gesetzliche Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmer, zu denen solche ab dem 55. Altersjahr zu zählen sind¹⁴², ist ungenügend.¹⁴³ Diese Arbeitnehmerkategorie ist besonders stark von einer Langzeitarbeitslosigkeit bzw. von einer Aussteuerung mit all den sich daraus ergebenden negativen Konsequenzen betroffen,¹⁴⁴ weshalb diese eines besonderen Schutzes bedürfen, was auch die Meinung des Gesetzgebers¹⁴⁵ (zumindest ausserhalb des Kündigungsschutzrechts) und der Sozialpartner ist.¹⁴⁶ Das Bundesgericht erkannte diese Problematik und qualifizierte die Kündigung eines 59-jährigen Arbeitnehmers mit rund elf Dienstjahren (bzw 35 Dienstjahren mit Unterbruch) als missbräuchlich, ohne sich jedoch konkret dazu zu äussern, ab welcher Altersschwelle eine missbräuchliche Entlassung als altersdiskriminierend zu qualifizieren ist.¹⁴⁷ Die Altersdiskriminierungsschutznorm von Art. 336 Abs. 1 lit.a OR (Alter als persönliche Eigenschaft¹⁴⁸) ist zu wenig griffig und lässt zuviel Interpretationsspielraum zu. Das Bundesgericht beruft sich bei der Beurteilung von Kündigungen älterer Arbeitnehmer praktisch ausschliesslich auf die Generalklausel von Art. 336 OR und nicht auf Art. 336 Abs. 1 lit. a OR.¹⁴⁹ Es beurteilt eine Alterskündigung jeweils unter dem Gesichtspunkt, ob der Arbeitgeber das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzt bzw. ob ein krasses Missverhältnis der auf dem Spiele stehenden Interessen vorgelegen hat.¹⁵⁰ Zu Recht hält es fest, dass den Arbeitgeber gegenüber einem ältere-

¹⁴² Vgl. vorstehend II.1.2.

¹⁴³ Vgl. zu den notwendigen Reformen beim Kündigungsschutz auch FARNER (FN 14), 202 ff.

¹⁴⁴ Vgl. vorstehend I.2.

¹⁴⁵ Vgl. vorstehend II.1.2.

¹⁴⁶ Die Sozialpartner haben dieses Problem erkannt. So hat Bundesrat Johann N. Schneider-Ammann am 27.4.2015 mit Kantonen und Sozialpartnern Massnahmen zur Verbesserung der Situation von älteren Arbeitnehmenden beschlossen. Die Beteiligten einigten sich an der ersten Nationalen Konferenz zudem auf eine Roadmap. An der nächsten Konferenz im April 2016 soll eine Bilanz der Massnahmen gezogen werden. Um die Situation der älteren Arbeitnehmenden zu verbessern, wurden mehrere Massnahmen verabschiedet. Das Instrumentarium der ALV mit den RAV soll optimiert werden. Weiter machen die Kantone eine Bestandesaufnahme und führen ein Monitoring bei den kantonalen Arbeitsmarktbehörden durch, um effiziente Massnahmen für die Wiedereingliederung zu dokumentieren. Bezüglich Weiterbildungsmassnahmen wird empfohlen, regelmässig sogenannte Standortbestimmungen betriebsintern durchzuführen (vgl. hierzu die Medienmitteilung des Staatssekretariats für Wirtschaft vom 27.4.2015, abrufbar unter www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilung).

¹⁴⁷ Vgl. vorne II.2.2.

¹⁴⁸ Vgl. vorne II.1.1.

¹⁴⁹ Vgl. vorne II.1.1. und II.3.1.

¹⁵⁰ Vgl. vorne II. 3.

ren Arbeitnehmer mit langer Dienstzeit eine erhöhte Fürsorgepflicht trifft.¹⁵¹ Unser höchstes Gericht setzt Recht und übernimmt damit die Rolle der Legislative, wenn es aus dieser erhöhten Fürsorgepflicht verschiedene im Arbeitsvertragsrecht nicht vorgesehene Arbeitgeberpflichten, wie z. B. die Pflicht zur Information, Anhörung und Lösungssuche («Gewährung einer letzten Chance»¹⁵²) und die Pflicht zur Prüfung einer anderweitigen Beschäftigung im Betrieb¹⁵³, ableitet. Der Gesetzgeber müsste hier zweifellos Abhilfe schaffen.¹⁵⁴ Sachgerecht wäre vor diesem Hintergrund eine im OR zu verankernde Diskriminierungsschutznorm, welche für Arbeitnehmer ab dem 55. Altersjahr unter Berücksichtigung der geleisteten Dienstjahre¹⁵⁵ einen sachlichen Kündigungsschutz mit den in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR genannten Rechtfertigungsgründen und den vom Bundesgericht vorstehend erwähnten Arbeitgeberpflichten (verbunden mit einer Strafanschädigung als Sanktion, abgestuft nach Lebensalter und Dienstalter¹⁵⁶) vorsieht. De lege ferenda müssten ferner für zu entlassende Mitarbeiter ab dem 55. Altersjahr analog den Bestimmungen in den Sozialplänen¹⁵⁷ und im öffentlichen Personalrecht¹⁵⁸ moderate Abgangsentschädigungen¹⁵⁹, gestaffelt nach Lebensalter und Dienstalter, und eine Verlängerung der bestehenden Kündigungsfristen um etwa drei Monate eingeführt werden, dies zwecks Ausgleich oder Linderung der harten Kündigungsfolgen für die besondere Kategorie der «älteren Arbeitnehmer».

¹⁵¹ Vgl. vorne II.1.4.a.aa.

¹⁵² Vgl. vorne II.1.4.a.bb.

¹⁵³ Vgl. vorne II.1.4.a.cc.

¹⁵⁴ Das Personalgesetz des Kantons Zürich (Öffentliches Personalrecht) sieht z.B. in § 19 vor, dass vor einer Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigendem Verhalten eine Bewährungsfrist anzusetzen ist, die gemäss § 18 VVO zum PG i.d.R. 3 bis 6 Monate ab dem 2. Dienstjahr beträgt.

¹⁵⁵ Vgl. hierzu vorstehend die Tabelle unter II.3.3.

¹⁵⁶ Ebenso FARNER (FN 14), 205.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu vorstehend II.1.4.b.

¹⁵⁸ Das Bundespersonalrecht sieht bereits Entschädigungen ab dem 50. Altersjahr von mindestens einem Monatslohn und maximal einem Jahressalar vor (Art. 19 Abs. 3 lit. b BPG; Art. 78 und 79 BPV).

¹⁵⁹ Zwar gewähren die Art. 339b und c OR Arbeitnehmern, die mindestens 50 Jahre alt sind und mehr als 20 Dienstjahre aufweisen können, eine Abgangsentschädigung von mindestens zwei Monatslöhnen, doch können gemäss Art. 339d OR Leistungen von einer Personalfürsorgeeinrichtung von der Abgangsentschädigung abgezogen werden. Die Bedeutung der Bestimmung von Art. 339b OR hat stark abgenommen, vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 24), Art. 339b N 1.