

## Arbeitsrecht

Banken & Finanzdienstleister

Bau- & Immobilienrecht

Datenrecht

Energierecht

Erbrecht & Nachlassplanung

Finanzierungen

Finanzmarktinfrastrukturrecht

FinTech

Gesellschafts- & Handelsrecht

Immaterialgüterrecht

Medienrecht

Mergers & Acquisitions

Notariat

Pharma- & Gesundheitsrecht

Prozessführung &  
Schiedsgerichtsbarkeit

Restrukturierung & Insolvenz

Steuerrecht

Technologierecht (IT)

Venture Capital & Private Equity

Wettbewerbsrecht

Wirtschaftsstrafrecht

Version 2018

## Wenger & Vieli AG

Dufourstrasse 56

Postfach

CH-8034 Zürich

Büro Zug

Metalstrasse 9

CH-6300 Zug

T +41 (0)58 958 58 58  
spotlight@wengervieli.ch  
www.wengervieli.ch

## Die ordentliche Kündigung – im Zweifel missbräuchlich?

Das Bundesgericht bestätigte im November 2014 die Missbräuchlichkeit einer Kündigung eines 59-jährigen Arbeitnehmers mit elf Dienstjahren. Die Missbräuchlichkeit wurde dabei vorwiegend im Umstand erblickt, dass der Arbeitnehmer 59 Jahre alt war und elf Dienstjahre hatte. Dieser Fall ist kein klassischer Fall einer missbräuchlichen Kündigung. Er steht aber als prominentes Beispiel für eine stetige richterliche Weiterentwicklung der Rechtslage betreffend die missbräuchliche Kündigung. Dabei ist zu erkennen, dass nicht selten im Zweifel für die Missbräuchlichkeit und damit gegen die kündigende Partei entschieden wird. Diese GUIDELINES thematisieren die gesetzlichen Grundlagen missbräuchlicher Kündigungen sowie deren Anwendung und Weiterentwicklung durch die Gerichte.

### Einleitung

Im schweizerischen Arbeitsrecht gilt das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Es muss kein bestimmter Grund vorliegen oder geltend gemacht werden, um ein Arbeitsverhältnis zu beenden. Als Korrektiv zu dieser sehr liberalen Kündigungspolitik hat der Gesetzgeber\* jedoch bestimmte Beendigungsgründe als missbräuchlich qualifiziert. Diesbezüglich ist zentral: **Auch eine missbräuchlich ausgesprochene Kündigung ist grundsätzlich gültig und damit rechtswirksam.** Als Rechtsfolge der Missbräuchlichkeit sieht das Gesetz jedoch eine Entschädigungspflicht in Form einer Strafzahlung vor. Die gesetzliche Aufzählung der Missbrauchstatbestände ist nicht abschliessend. Die Gerichtspraxis hat denn auch in den letzten Jahren in Weiterentwicklung der gesetzlichen Prinzipien weitere Missbrauchstatbestände definiert. Dabei ist eine Entwicklung weg vom Wortlaut des Gesetzes zu

beobachten: Die traditionellen Missbrauchstatbestände wie zum Beispiel eine Kündigung wegen Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts sind dabei in der Praxis in den Hintergrund getreten. Dafür hat die Rechtsprechung unter anderem den im Gesetz nicht explizit vorgesehenen, inhaltlich vagen Missbrauchstatbestand der «Art und Weise» der Ausübung des Kündigungsrechts entwickelt. Demgemäss kann also bereits die Art und Weise, wie die Kündigung ausgesprochen wird, diese missbräuchlich machen. Ausgehend von den gesetzlichen Grundlagen beschreiben diese GUIDELINES zwei Fallgruppen dieser «aussergesetzlichen» Missbrauchstatbestände.

### Gesetzliche Grundlagen

In Konkretisierung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots nennt das Gesetz einzelne Missbrauchstatbestände in Art. 336 des Obligationenrechts («OR»). Eine Kündigung, welche wegen der

\* Im Interesse der einfacheren Lesbarkeit wurde durchgehend die männliche Geschlechtsform verwendet.

im Gesetz genannten Gründe ausgesprochen wird, ist missbräuchlich. Es sind dies die folgenden:

– *Kündigung wegen einer Eigenschaft, die einer Person kraft ihrer Persönlichkeit zusteht:*

Hier geht es um Kündigungen wegen persönlicher Eigenschaften wie Herkunft, Religion, Nationalität, sexuelle Orientierung, Alter oder Gesundheitszustand. Steht die betreffende Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtigt sie die Zusammenarbeit, ist die Kündigung aber trotz des an sich verpönten Motivs nicht missbräuchlich. Die Grenzziehung zwischen z. B. einer gerechtfertigten Kündigung infolge altersbedingter Leistungseinbusse und einer altersdiskriminierenden Kündigung ist im Einzelfall jedoch schwierig.

– *Kündigung wegen Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts:*

Unter verfassungsmässigen Rechten sind die Grundrechte der Bundesverfassung, der Kantonsverfassungen und der Europäischen Menschenrechtskonvention zu verstehen. So kann z. B. eine Kündigung wegen sichtbaren Tragens eines Glaubensbekenntnisses missbräuchlich sein.

– *Kündigung zur Vereitelung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis:*

Bei der sog. Vereitelungskündigung handelt es sich um eine Kündigung, die ausgesprochen wird, um das Entstehen von Ansprüchen des Arbeitnehmers zu vereiteln. In Frage kommen dabei insbesondere Ansprüche auf Gratifikation, Treueprämie oder Abgangsentschädigung, die bei Weiterführung des Arbeitsverhältnisses in naher Zukunft entstehen würden.

– *Kündigung, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht:*

Eine solche Kündigung wird auch als Rache Kündigung bezeichnet. Dahinter steckt die Überlegung, dass eine Partei – in der Regel der Arbeitnehmer – ihr zustehende Rechte geltend machen soll, ohne die Konsequenz einer Kündigung tragen zu müssen. Eine mit der Rache Kündigung verwandte Spezialregelung findet sich in Art. 10 des Gleichstellungsgesetzes («GIG»). Im Gegensatz zur Rache Kündigung kommt die Bestimmung des GIG aber nur zur Anwendung, wenn die Kündigung im Nachgang eines Beschwerdeverfahrens über eine Diskriminierung ergeht (zur speziellen Rechtsfolge dieses Anwendungsfalls siehe sogleich).

– *Kündigung wegen Erfüllung gesetzlicher Pflichten:*  
Eine Kündigung ist missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Zivildienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt. Aufgrund der bilateralen Verträge mit der EU können sich auch EU-Ausländer im Zusammenhang mit einem allfälligen Heimatwehrdienst auf diesen Grund berufen.

– *Kündigung wegen Gewerkschaftszugehörigkeit; Kündigung eines gewählten Arbeitnehmervertreters:*

Hier gilt die Kündigung als missbräuchlich, wenn sie erfolgt, weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt. Rechtmässige Aktivitäten sind etwa die Teilnahme an der Organisation und Durchführung eines rechtmässigen Streiks sowie das Anwerben neuer Mitglieder. Stets missbräuchlich ist sodann eine Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer, solange dieser gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist.

– *Missbräuchliche Massenentlassung:*

Eine im Rahmen einer Massenentlassung ausgesprochene Kündigung ist dann missbräuchlich, wenn die Vorschriften über die Massenentlassung nicht eingehalten wurden.

Im jeweiligen Fall bestehen nicht selten neben missbräuchlichen auch zulässige Kündigungsgründe (z. B. schlechte Leistung). Damit die Kündigung als missbräuchlich gilt, ist es jedoch nicht erforderlich, dass der missbräuchliche Grund alleiniges Motiv der Kündigung war. Das verpönte Motiv muss für die Kündigung aber ursächlich sein. Zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung ist grundsätzlich der Zeitpunkt ihrer Begründung massgeblich.

Wie eingangs erwähnt, ist der Arbeitgeber anlässlich der Kündigung nicht verpflichtet, den Grund der Kündigung mitzuteilen. Die gekündigte Partei hat aber Anspruch auf eine schriftliche Begründung der Kündigung. Damit soll der Arbeitnehmer erfahren können, ob die Kündigung allfällig missbräuchlich ausgesprochen wurde. In der Praxis stellt das Begründungsbegehren denn auch oft den Auftakt für eine arbeitsrechtliche Auseinandersetzung dar.

Die gesetzlichen angeführten Gründe sind nicht abschliessend, eine Kündigung aus einem ähnlichen schweren Grund ist ebenfalls missbräuchlich.



## Wenger & Vieli – Stark im Arbeitsrecht

Wenger & Vieli ist eine Anwaltskanzlei mit rund 50 Anwälten und Steuerberatern mit Büros in Zürich und Zug. Seit mehr als vierzig Jahren sind wir unseren Klienten und ihren Bedürfnissen vorwiegend im Bereich des Wirtschaftsrechtes verpflichtet. Arbeitsrecht gehört dabei zu einer unserer besonderen Stärken. Mit einem Team von vier Anwältinnen und Anwälten beraten wir Arbeitgeber und Arbeitnehmer in allen Fragestellungen des Arbeitsrechts. Dazu gehören das Erstellen bedürfnisgerechter Arbeitsverträge, insbesondere die Arbeitsvertragsgestaltung für Führungskräfte, die Ausarbeitung von Reglementen, Betriebshandbüchern, Mitarbeiterentschädigungsmodellen und Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen. Die Tätigkeit von Wenger & Vieli umfasst des Weiteren Beratungen bei betrieblichen Restrukturierungen (Personalabbau, Massentlassungen), Kündigungen und Freistellungen sowie Aufhebungsvereinbarungen. Wir unterstützen unsere Klienten zudem in Sachen Entsendung von Mitarbeitern und beim Erlangen von Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungen für ausländische Arbeitnehmer in der Schweiz. Unsere Arbeitsrechtsspezialisten prozessieren regelmässig vor Arbeitsgericht und beraten im Rahmen von aussergerichtlichen Problemlösungen.

### Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Kündigung

Eine missbräuchliche Kündigung ist grundsätzlich rechtswirksam. Die Kündigung beendet somit das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist. Auch wenn ein Gericht die Kündigung als missbräuchlich qualifiziert, bleibt die Kündigung als solche bestehen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sieht das GIG für den Fall der missbräuchlichen Kündigung infolge eines Beschwerdeverfahrens wegen Diskriminierung vor: Gemäss Art. 10 GIG kann der Richter in einem solchen Fall die Kündigung aufheben. Diese Rechtsfolge ist im schweizerischen Privatrecht die einzige Ausnahme vom Grundsatz, dass eine missbräuchliche Kündigung «bloss» eine Entschädigungspflicht in Form einer Strafzahlung auslöst. Diese Pönale ist vom Richter unter Würdigung aller Umstände festzulegen und beträgt maximal sechs Monatslöhne. Dabei berücksichtigt der Richter insbesondere die Schwere der Rechtsverletzung. Weitergehende Ansprüche aus anderen Rechtstiteln, insbesondere aus Persönlichkeitsverletzung, sind aber vorbehalten.

### Verfahren bei missbräuchlicher Kündigung

Das Gesetz sieht ein formelles Verfahren vor, um die Entschädigung geltend zu machen. Der Gekündigte hat bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Einsprache gegen die Kündigung zu erheben. Die Einsprache muss schriftlich und fristgerecht beim Kündigenden eintreffen. Wird keine oder keine gültige Einsprache erhoben, ist der Entschädigungsanspruch verwirkt.

Kommt nach der Einsprache keine gütliche Einigung (was in der Praxis praktisch nie vorkommt) zustande, so hat der Gekündigte innert 180 Tagen ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses Klage zu erheben. Mit dieser Frist soll der Zeitraum der Unsicherheit, ob geklagt wird oder nicht, kurz gehalten werden.

### Entwicklungen in der Rechtsprechung

In Ergänzung der oben genannten gesetzlichen Missbrauchstatbestände hat die Rechtsprechung weitere Anwendungsfälle missbräuchlicher Kündigungen hervorgebracht. Ausgangspunkt der Wei-

**ROMAN HEIZ**

Dr. iur. | LL.M. | Rechtsanwalt  
r.heiz@wengervieli.ch  
T +41 (0)58 958 58 58

**PATRICK NÄF**

lic. iur. | LL.M. | Rechtsanwalt  
p.naef@wengervieli.ch  
T +41 (0)58 958 58 58

terentwicklung ist die Überlegung, dass nicht (nur) das Kündigungsmotiv, sondern auch die Art und Weise, wie das Kündigungsrecht ausgeübt wird, missbräuchlich sein kann. Demgemäss gebietet die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, das Kündigungsrecht schonend auszuüben. Dabei kann ein krasses Missverhältnis der beteiligten Interessen ebenfalls die Missbräuchlichkeit auslösen. Nachstehend wird auf zwei Fallgruppen dieser «aussergesetzlichen» Missbrauchstatbestände näher eingegangen:

### Schonende Rechtsausübung und langjährige Betriebszugehörigkeit

Im Jahr 2006 hat das Bundesgericht die Kündigung eines Arbeitnehmers mit 44 Dienstjahren rund ein Jahr vor der Pensionierung als missbräuchlich beurteilt. Dabei berücksichtigte das Gericht die Tatsache, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit stets «klaglos» erbracht und der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht vorgängig angehört hatte. Das Bundesgericht sprach die maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen zu.

Unlängst hat das Bundesgericht, wie eingangs erwähnt, die Kündigung eines 59-jährigen Arbeitnehmers mit elf Dienstjahren als missbräuchlich qualifiziert. Im Vorfeld der Kündigung hatte der Arbeitgeber diverse Anstrengungen unternommen, um den Mitarbeiter nach einem Burnout wieder in den Betrieb zu integrieren. Das Bundesgericht befand, dass das fortgeschrittene Alter des Arbeitnehmers die Anforderungen an die arbeitgeberische Fürsorgepflicht erhöht habe. Daher sei der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken. Trotz der zahlreichen Massnahmen hätte der Arbeitgeber vor der Kündigung das Gespräch suchen und dem Arbeitnehmer eine letzte Chance geben sollen. Das Gericht sprach dem Arbeitnehmer eine Pönale von zwei Monatslöhnen zu.

Im Übrigen sind derzeit auch auf dem politischen Weg Bestrebungen im Gange, den Schutz älterer Arbeitnehmer zu verstärken. Aufgrund dieser Rechtsprechung ist also bei Kündigungen von (dienst-)älteren Arbeitnehmern besondere Vorsicht geboten.

### Kündigung in Konfliktsituationen

Gemäss Rechtsprechung kann eine Kündigung auch missbräuchlich sein, wenn sie in einer Konfliktsituation ausgesprochen wird, ohne dass der Arbeitgeber vorgängig zumutbare Massnahmen zur Konfliktentschärfung getroffen hat. Die Anforderungen an die Massnahmen zur Deeskalation hängen vom konkreten Einzelfall ab. In Frage kommt aber die ganze Palette der Human Resources-Instrumente, von der Aussprache, dem Coaching, der Zielvereinbarungen bis hin zu einer Versetzung. Diesem Missbrauchstatbestand liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht verletzt, wenn er einen Konflikt am Arbeitsplatz einfach durch die Entlassung einer Konfliktpartei zu lösen versucht.

Unter diesen Tatbestand können sodann auch Kündigungen im Nachgang zu Mobbingvorwürfen gezählt werden. Bei Mobbingvorwürfen ist der Arbeitgeber gehalten, die Sachlage abzuklären und geeignete Massnahmen zu treffen. Entlässt der Arbeitgeber das vermeintliche Mobbingopfer oder den mutmasslichen Mobbingtäter ohne vorgängige Abklärungen, riskiert er, dass die Kündigung als missbräuchlich angefochten wird. Denn entweder hat er das Opfer ohne Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit entlassen, oder aber den Täter aufgrund eines nicht überprüften Vorwurfs. Beides kann dem Arbeitgeber als Verletzung seiner Fürsorgepflicht zur Last gelegt werden.

Mit Verweis auf diese Rechtsprechung sind daher Arbeitgeber gut beraten, Kündigungen in Konfliktsituation erst nach erfolgten Massnahmen zur Konfliktlösung auszusprechen.

Aus obigen Ausführungen ergibt sich für die Praxis zusammengefasst Folgendes:

- Auch eine missbräuchliche Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis.
- Zwingend notwendig für eine Entschädigungszahlung ist eine form- und fristgerechte Einsprache gegen eine allenfalls missbräuchliche Kündigung.
- Es besteht eine Pflicht des Arbeitgebers zur schonenden Rechtsausübung in gewissen Kündigungssituationen, insbesondere bei älteren Arbeitnehmern.
- Eine Kündigung sollte in Konfliktsituationen nicht vor dem Versuch der Konfliktbeilegung mit anderen Mitteln erfolgen.

