

Erhebliche Gefahren erkennen und Streitigkeiten vor Gericht vermeiden

Alterskündigung: erhöhte Fürsorgepflichten bei älteren Mitarbeitern

Personalabteilungen sind sich häufig über die erhöhten Fürsorgepflichten bei Kündigungen von älteren Mitarbeitern nicht im Klaren. Der ältere Mitarbeiter hat unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, die Kündigung als missbräuchlich vor Gericht erfolgreich anzufechten. Es drohen Entschädigungszahlungen von bis zu sechs Monatslöhnen.

Der folgende Artikel hilft, in der Personalabteilung Klarheit zu schaffen.

Missbräuchliche Kündigung – eine allgemeine Kurzübersicht

In der Schweiz herrscht im Bereich des Arbeitsrechts Kündigungsfreiheit. Eingeschränkt wird diese Freiheit durch Kündigungen zur Unzeit

(Krankheit, Unfall, etc.; vgl. Art. 336c OR) oder durch Kündigungen, welche als missbräuchlich zu qualifizieren sind (vgl. Art. 336 OR).

Eine missbräuchliche Kündigung liegt vor, wenn der Grund der Kündigung unter einen Tatbestand der in Art. 336 OR aufgezählten Umstände fällt. Zu erwähnen ist insbesondere eine Kündigung, welche wegen der Eigenschaft, die dem Mitar-

beiter kraft seiner Persönlichkeit zusteht, ausgesprochen wird. Darunter fällt beispielsweise das Alter.

Einzuhaltende Fristen: Einsprache- und Klagefrist

Der gekündigte Mitarbeiter, welcher gegen den Arbeitgeber wegen einer missbräuchlichen Kün-





Kaufmann Rüedi Rechtsanwälte ist ein starker Partner im Bereich des Gesundheitswesens. Als national und international tätige Wirtschaftskanzlei, mit Büros in Luzern und Baar (ZG), berät das Healthcare-Team der Kanzlei seine Mandanten kompetent in allen rechtlichen Belangen mit Berührungspunkten zum Gesundheitswesen. Diesen Fachartikel in einer regelmässigen «clinicum»-Serie schrieben Raffael Steger, Rechtsanwalt und Partner und Nicole Prince, Rechtsanwältin.

digung vorgehen will, hat sowohl die sog. Einsprachefrist wie auch die Klagefrist zu beachten, ansonsten verliert er seine Ansprüche.

Die **Einsprachefrist** bedeutet, dass der Mitarbeiter schriftlich dem Arbeitgeber erklären muss, dass er mit der Kündigung nicht einverstanden ist und somit Einsprache erhebt. Diese Einsprache hat spätestens bis zum Ende der Kündigungsfrist zu erfolgen.

Gelingt es – wie in den meisten Fällen – nicht, dass die Parteien eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses vereinbaren, hat der Mitarbeiter spätestens innerhalb von 180 Tagen seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses (**Klagefrist**) Klage vor dem zuständigen Gericht zu erheben. Erfolgt die Klageanhebung nicht rechtzeitig, verliert der Mitarbeiter seine Ansprüche ebenfalls.

Rechtsfolgen der missbräuchlichen Kündigung

Trotz rechtzeitiger Einsprache und Klageanhebung endet das Arbeitsverhältnis. Diese Handlungen bewirken keine Weiterführung des Vertrags. Hingegen kann der Mitarbeiter vom Arbeitgeber eine **Entschädigung** nach Art. 336a OR verlangen. Diese darf maximal sechs Monatslöhne betragen und wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt.

Ansprüche aus anderen Rechtstiteln bleiben vorbehalten, d.h. Ansprüche, welche nicht in

direktem Zusammenhang mit der missbräuchlichen Kündigung stehen, können ebenfalls geltend gemacht werden. Zu denken ist allenfalls an eine Genugtuung. Die Chancen dazu sind aber in den allermeisten Fällen nicht gegeben.

Das ist bei der Kündigung von älteren Mitarbeitern zu beachten

1. Wann gilt ein Mitarbeiter als älterer Mitarbeiter?

Im Recht des Arbeitsvertrages selbst findet sich kein direkter Hinweis, wann ein Mitarbeiter als älterer Mitarbeiter gelten soll. Indirekt finden sich Hinweise bei der Regelung zur Verpfändung von Freizügigkeitsleistungen (Art. 331d OR) oder bei der Regelung zur Abgangsentschädigung (Art. 339b OR). Dort gilt die Altersschwelle von **50 Jahren**. Ausserhalb des Arbeitsvertragsrechts finden sich Hinweise bei den Taggeldern der Arbeitslosenversicherung: Dort hat ein Versicherter ab **55 Jahren** Anspruch auf (zusätzliche) Taggelder. Eine Altersgrenze von **58 Jahren** findet sich bei der Möglichkeit der vorzeitigen Pensionierung.

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur missbräuchlichen Kündigung ist ein 59 Jahre alter Mitarbeiter, welcher 11 Dienstjahre hatte, als älterer Mitarbeiter qualifiziert worden. Die Dienstjahre spielen somit ebenfalls eine Rolle. Je länger die Betriebszugehörigkeit dauert, umso eher wird das Gericht bei der Beurteilung aller Umstände diesen Umstand zugunsten des Arbeitnehmers auslegen.

Studien belegen zudem, dass die Langzeitarbeitslosigkeit ab dem 55. Altersjahr stark zunimmt. Es ist davon auszugehen, dass die (bisherige) durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts gesetzte Untergrenze von 59 Jahren noch weiter herabgesetzt wird. Bis zu diesem höchstrichterlichen Urteil aber ist mit Blick auf diesen konkret beurteilten Fall festzustellen, dass ein 59 Jahre alter Mitarbeiter, welcher 11. Dienstjahre hatte, als älterer Mitarbeiter gilt.

Unter Berücksichtigung all dieser Aspekte vermuten wir, dass künftig ein **Mitarbeiter ab dem 55. Altersjahr als älterer Mitarbeiter gilt** und daher den Arbeitgeber erhöhte Fürsorgepflichten treffen, denen insbesondere bei der Kündigung besondere Beachtung zu schenken sind.

2. Welches sind die erhöhten Fürsorgepflichten?

Die Kündigung eines älteren Mitarbeiters ist dann nicht missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber folgende Punkte beachtet hat:

- a. Der Arbeitgeber hat zu prüfen, ob eine **mildere Massnahme** als eine Kündigung in Betracht kommt. Zu denken ist an eine andere Arbeitsstelle innerhalb des Unternehmens.

Das Bundesgericht prüft insbesondere, ob dem Gebot der schonenden Rechtsausübung Rechnung getragen wurde. Dabei ist ein möglichst schonendes, den gegenüberstehenden Interessen Rechnung tragendes Verhalten durch den Arbeitgeber an den Tag zu legen. Dabei werden die entgegenstehenden Interessen gegenübergestellt und abgewogen, d.h. das Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages und seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt, eine andere Stelle zu finden, werden den Interessen des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis aufzulösen und durch einen anderen Mitarbeiter zu besetzen, gegenübergestellt.

Das Bundesgericht vertritt die Meinung, dass der Mitarbeiter Anspruch auf einen pfleglichen, die gegensätzlichen Interessenlagen sorgsam abwägenden Umgang hat. Wer handfeste Lösungsvorschläge sucht, mag ab solcher Worthülsen sich zu Recht fragen, ob sein Verständnis eines sorgsam abwägenden Umgangs sich mit demjenigen der Richter decken wird. Es lohnt sich auf jeden Fall, sich mit einem Aussenstehenden darüber auszutauschen und die Besprechungen mit dem Mitarbeiter und die getroffenen Entscheidungen zu protokollieren und bestenfalls vom Mitarbeiter unterschrieben bestätigen zu lassen.

- b. Der Mitarbeiter ist rechtzeitig über eine beabsichtigte Kündigung zu informieren und er ist anzuhören, welche Lösungsvorschläge er selbst hat, um eine Kündigung abzuwenden (**Informations- und Anhörungsrecht**).

Bei nachlassenden, **schlechten Leistungen des älteren Mitarbeiters** wird dringend empfohlen, die Mitarbeiterbeurteilungen genau zu dokumentieren und dem älteren Mitarbeiter eine letzte Chance einzuräumen, sollten sich seine Leistungen nicht verbessern. Wird die letzte Chance nicht genutzt, kann gekündigt werden.

Vorsicht geboten ist bei **nachlassender, aber noch befriedigender Arbeitsleistung**. Ein bisher tadellos arbeitender Mitarbeiter, welcher aufgrund des Alters eine gewisse Leistungseinbusse aufweist, wird bei einer Kündigung aller Voraussicht nach eine missbräuchliche Kündigung erfolgreich geltend machen können.

- c. Der Arbeitgeber hat eine Lösung zu suchen (**Lösungssuche, Gewährung einer «letz-**

ten Chance»), um das Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten.

Rechtfertigungsgründe

Schliesslich kann der Arbeitgeber die Missbräuchlichkeit einer Kündigung abwehren, sofern er sich auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann. Ein solcher liegt vor, wenn die betreffende persönliche Eigenschaft im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht und dieses negativ beeinflusst. In der Rechtsprechung zu den Rechtfertigungsgründen finden sich diverse Urteile. So wurde eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist bei Krankheit oder eine Kündigung aufgrund der schwierigen Persönlichkeit des Mitarbeiters, welcher das Arbeitsklima in einem Spital stark belastet hat, nicht als missbräuchlich qualifiziert.

Fazit: Fürsorgepflichten beachten und individuelle Lösungen suchen

Vor einer Kündigung eines Mitarbeiters, welcher das 55. Altersjahr erreicht und mehrere Dienstjahre im Betrieb gearbeitet hat, sind die erhöhten

Fürsorgepflichten zu beachten. Es sind mildere Massnahmen zu prüfen, sodann ist der Mitarbeiter frühzeitig zu informieren und anzuhören und es ist nach Lösungen zu suchen. Kann trotz dieser Massnahmen keine andere Lösung gefunden werden, kann eine Kündigung ausgesprochen werden.

Weitere Informationen

Kaufmann Rüedi Rechtsanwältinnen AG
Alpenquai 28A
6005 Luzern
Telefon 041 417 10 70
www.krlaw.ch

Autoren

Raffael Steger
Rechtsanwalt und Partner
raffael.steger@krlaw.ch

Nicole Prince
Rechtsanwältin
nicole.prince@krlaw.ch



shp



Intelligente Vorsorgekonzepte

Wir bringen Leben in Ihre Vorsorge

Als Spezialist für die Vorsorgebedürfnisse des schweizerischen Gesundheitswesens bietet die SHP für jedes in diesem Bereich tätige Unternehmen, von Einzelfirmen bis zu Institutionen mit einigen hundert Versicherten, intelligente und preisgünstige Vorsorgekonzepte.

Sie möchten Ihre berufliche Vorsorge optimieren?

Dann kontaktieren Sie unsere Experten für ein kostenloses und unverbindliches Beratungsgespräch.