

BRIEF

Nr. 71.08

19. November 2008
SC-MH

Arbeitsrecht: Das Vorgehen bei der Kündigung eines Arbeitsvertrags

Die Unrechtmässigkeit einer Kündigung kann sich aus der Art und Weise ergeben, wie die Kündigung ausgesprochen worden ist. Die Rechtsprechung der Gerichte zu diesem Bereich des Kündigungsschutzes befindet sich in starker Bewegung. Die nachfolgenden Ausführungen sollen Personalverantwortlichen bei der Planung und Durchführung von Kündigungsgesprächen eine erste Orientierung bieten.

1. Einleitung

Auch wenn die Kündigungsfreiheit gross ist, besteht in der Schweiz durchaus ein gewisser Kündigungsschutz. So ist eine *ordentliche* Kündigung (unter Einhaltung der Kündigungsfrist) in der Regel zwar zulässig, ausnahmsweise aber missbräuchlich, insbesondere dann, wenn die Kündigung aus einem in Art. 336 OR erwähnten Grund erfolgt. Eine *fristlose* Kündigung (ohne Einhaltung der Kündigungsfrist) ist demgegenüber – umgekehrt – nur dann gerechtfertigt, wenn sich derjenige, der die Kündigung ausspricht, auf einen wichtigen Grund für eine derart einschneidende Massnahme berufen kann (Art. 337 OR).

Die Unrechtmässigkeit einer Kündigung kann sich nicht nur aus ihrem Grund, sondern auch aus der *Art und Weise* ergeben, wie die Kündigung ausgesprochen worden ist: Wenn ein Verhalten im Umfeld der Kündigung die rechtliche Qualität eines offensichtlich vertragswidrigen Verhaltens, namentlich einer *schweren Persönlichkeitsverletzung* erreicht, ist die Kündigung missbräuchlich und damit eine Entschädigung geschuldet (BGE 131 III 535). Eine schwere Persönlichkeitsverletzung kann allerdings nicht nur zu einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung führen, sondern auch einen Anspruch auf eine *Genugtuung* begründen. Dieser Anspruch kann alternativ (vgl. BGer 4C.259/2004), exklusiv (vgl. BGE 130 III 699) oder sogar kumulativ (vgl. BGer JAR 1998, 199) gegeben sein.

Ein bloss *unanständiges Verhalten* genügt noch nicht, um eine Kündigung als missbräuchlich erscheinen zu lassen (BGE 133 III 512; BGE 132 III 115; BGE 131 III 535). *Wenn* eine ordentliche Kündigung *aus einem missbräuchlichen Grund* bzw. eine fristlose Kündigung *ohne wichtigen Grund* ausgesprochen worden ist und deshalb eine Entschädigung an die gekündigte Partei geschuldet ist, *dann* wird allerdings – für die Bemessung der Entschädigung – auch ein bloss unanständiges Verhalten rechtlich relevant (BGer 4C.253/2005). Im Übrigen kann sich im Rahmen einer *Gesamtwürdigung* ergeben, dass das unanständige Verhalten (in quantitativer Hinsicht) ein Ausmass angenommen hat, das ausnahmsweise zur Missbräuchlichkeit der Kündigung führt (BGer 4C.174/2004).

2. Gerichtspraxis

Welches Verhalten im Umfeld einer Kündigung nicht mehr als bloss unanständiges Verhalten, sondern bereits als schwere Persönlichkeitsverletzung zu werten ist, ist in generell-abstrakter Weise nicht einfach zu beantworten. Die neuere Rechtsprechung lässt aber immerhin einige Leitlinien erkennen:

- Ein Arbeitgeber, der mit der Entlassung eines Arbeitnehmers einen *Konflikt innerhalb der Belegschaft*, der sich auf die Zusammenarbeit im Betrieb auswirkt, beenden will, handelt missbräuchlich, wenn vorgängig nicht – erfolglos – zumutbare *Vorkehrungen zur Entschärfung* des Konflikts getroffen worden sind (z.B. BGE 132 III 115; BGE 125 III 70). Die Vorkehrungen können etwa in der Versetzung eines Konfliktbeteiligten bestehen. Unge- nützlich wäre z.B. eine Verwarnung bloss *eines* Konfliktbeteiligten (BGer 4C.253/2001).
- Eine *fristlose* Kündigung ist in der Regel nur dann gerechtfertigt, wenn sich ein mehr o- der weniger gravierender Vorfall zum wiederholten Mal ereignet hat und dem Arbeit- nehmer die fristlose Entlassung für den Wiederholungsfall einmal *angedroht* worden war (z.B. BGE 116 II 145). Wenn der Arbeitgeber eine *ordentliche* Kündigung – aus Gründen der Leistung oder des Verhaltens des Arbeitnehmers – aussprechen will, muss dem Ar- beitnehmer hingegen nicht vorgängig die Kündigung angedroht und ihm eine *Bewäh- rungsfrist* eingeräumt worden sein (vgl. BGer 4C.36/2004). Im Arbeitsvertrag oder in ei- nem Gesamtarbeitsvertrag kann jedoch vorgesehen werden, dass eine Kündigung nur möglich ist, wenn der Arbeitnehmer bereits verwarnt worden ist. In einem solchen Fall ist die Kündigung ohne vorgängige Verwarnung ungültig (OGer LU JAR 2006, 486).
- Ein Arbeitgeber darf kein *falsches und verdecktes Spiel* treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 131 III 535; BGE 125 III 70; BGE 118 II 157). Dass der Arbeitge- ber dem Arbeitnehmer versichert hat, der Arbeitsvertrag werde nicht gekündigt, eine Woche später aber dennoch die Kündigung ausspricht, macht die Kündigung noch nicht missbräuchlich (BGE 131 III 535; BGer 4C.234/2001). Wenn der Arbeitgeber während mehreren Monaten vortäuscht, das Arbeitsverhältnis fortführen zu wollen, und dem Ar- beitnehmer seinen wahren Standpunkt erst kurz vor dem Zeitpunkt bekannt gibt, an dem der Nachfolger – gemäss dem bereits abgeschlossenen Arbeitsvertrag – seine Stelle antreten soll, liegt jedoch ein widersprüchliches Verhalten vor, das die Missbräuchlichkeit der Kündigung begründet (vgl. BGE 118 II 157; vgl. auch BGer 4C.174/2004).
- Vor dem Aussprechen einer *ordentlichen* Kündigung muss ein Arbeitgeber einen Arbeit- nehmer nicht *anhören* und auch keine Alternativen zur Kündigung mit dem Arbeitneh- mer erörtern (BGE 133 III 512; BGer 4C.253/2005; BGer 4C.174/2004; vgl. BGer 4P.74/2004). Eine Anhörung ist allerdings dann angezeigt, wenn der Arbeitgeber auf Grund des blossen *Verdachts*, dass der Arbeitnehmer eine strafbare Handlung begangen hat, eine *fristlose* Kündigung aussprechen will (CAPH GE JAR 1996, 247; vgl. BGer 4C.325/2000).
- Im Falle einer *Änderungskündigung* besteht die Gefahr, dass die Kündigung als miss- bräuchlich beurteilt wird, etwa dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor der Kündigung ein Angebot für einen neuen Arbeitslohn unterbreitet und ihm eine *zu kurze Bedenkzeit* zur Annahme des Angebots eingeräumt hatte (CAPH GE JAR 1993, 192).
- Die *Anzeige* eines Arbeitnehmers, der einer Straftat verdächtigt wird, bei der Polizei kann die Missbräuchlichkeit einer in der Folge ausgesprochenen Kündigung begründen, insbe- sondere dann, wenn dem Arbeitgeber mildere Mittel zur Verfügung standen, beispiels- weise eine private Überwachung (BGer 4C.174/2004). Dafür, dass die Polizei mit fünf Po- lizisten aufmarschiert, den Arbeitnehmer sogleich festnimmt und die Arbeitsräumlichei-

ten durchsucht, kann der Arbeitgeber jedoch nicht verantwortlich gemacht werden (vgl. BGer 4A_208/2007).

- Wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer über dessen Entlassung erst informiert, *nachdem* die Massnahme der Belegschaft bekannt gegeben worden ist, kann eine Persönlichkeitsverletzung vorliegen, deren Schwere es rechtfertigt, dem Arbeitnehmer eine Genugtuung zuzusprechen; besondere Umstände des Einzelfalls können jedoch dazu führen, von der Genugtuung abzusehen (CAPH GE JAR 1984, 138).
- *Verleumderische Vorwürfe* des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer bei Gelegenheit der Kündigung machen eine Kündigung missbräuchlich und können darüber hinaus einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Genugtuung entstehen lassen (BGer JAR 1998, 199).
- Der Arbeitgeber, der die Entlassung eines langjährigen Arbeitnehmers mit einer *Freistellung* verbindet und den Arbeitnehmer auffordert, den Betrieb *sofort* zu verlassen, so dass sich der Arbeitnehmer nicht einmal von seinen Arbeitskollegen verabschieden kann, schuldet dem Arbeitnehmer eine Genugtuung, jedenfalls dann, wenn dem Arbeitnehmer nichts vorgeworfen werden kann, das die Aufforderung verhältnismässig erscheinen lässt (BGer 4C.259/2004).
- Der Arbeitgeber, der seine Belegschaft über die erfolgte Entlassung eines Arbeitnehmers informiert und die betreffende Person dabei z.B. als Sektenführer stigmatisiert und die Belegschaftsangehörigen auffordert, in Zukunft jeglichen Kontakt mit ihrem ehemaligen Arbeitskollegen zu unterlassen, begeht eine Persönlichkeitsverletzung, die zu einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Genugtuung führt (BGE 130 III 699). Im Übrigen schuldet auch der Arbeitgeber eine Genugtuung, der den Entscheid, einen Arbeitnehmer fristlos zu entlassen, der Belegschaft durch *Aushang* zur Kenntnis bringt, sofern sich die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt erweist (CAPH GE JAR 1996, 247).
- Im Falle des *Anschwärzens* eines ehemaligen Arbeitnehmers bei potentiellen Arbeitgebern kann es gerechtfertigt sein, dem Arbeitnehmer ausser einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung auch eine Genugtuung zuzusprechen (BGer JAR 1998, 199).

3. Strengere Anforderungen bei erhöhter Fürsorgepflicht

Von den im Allgemeinen geltenden Leitlinien muss allenfalls abgewichen werden, wenn den Arbeitgeber eine *erhöhte Fürsorgepflicht* trifft. In einem solchen Fall kann es sich z.B. ergeben, dass der Arbeitgeber vor dem Aussprechen einer Kündigung Alternativen zur Kündigung mit dem Arbeitnehmer erörtern muss (BGE 133 III 512; BGE 132 III 115). Eine erhöhte Fürsorgepflicht trifft den Arbeitgeber etwa dann, wenn der Arbeitnehmer, der kurz vor der ordentlichen Pensionierung steht, dem Arbeitgeber während 44 Jahren treu geblieben war und während dieser Zeit im Wesentlichen keinen Anlass zu Klagen gegeben hatte (BGE 132 III 115). Keine erhöhte Fürsorgepflicht besteht demgegenüber z.B. dann, wenn das Arbeitsverhältnis erst 19 Jahre gedauert hatte und sich der Arbeitnehmer zudem ein Fehlverhalten vorwerfen lassen muss (BGer 4C.73/2006), aber auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis zwar 33 Jahre gedauert hatte, der Arbeitnehmer aber noch acht Jahre bis zur ordentlichen Pensionierung zu arbeiten hat (BGer 4A_72/2008). Eine erhöhte Fürsorgepflicht besteht übrigens auch gegenüber lernenden Personen (OGer BE JAR 2005, 356).

4. Fazit

Kündigungsgespräche verlaufen nicht immer angenehm. Personalverantwortliche tun gut daran, die sachliche Ebene nicht zu verlassen, so berechtigt die Kündigung auch sein mag. Kündigungsgespräche sind sorgfältig zu protokollieren, damit im Falle eines Gerichtsverfahrens notfalls der (Gegen-)Beweis erbracht werden kann, dass es zu keiner Verletzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers gekommen ist.

Für weitere Informationen und Fragen steht Ihnen unsere Geschäftsstelle gerne zur Verfügung. Kontaktieren Sie Philip Schneiter unter der Telefonnummer 062 837 18 04 oder per E-Mail an philip.schneiter@aihk.ch.