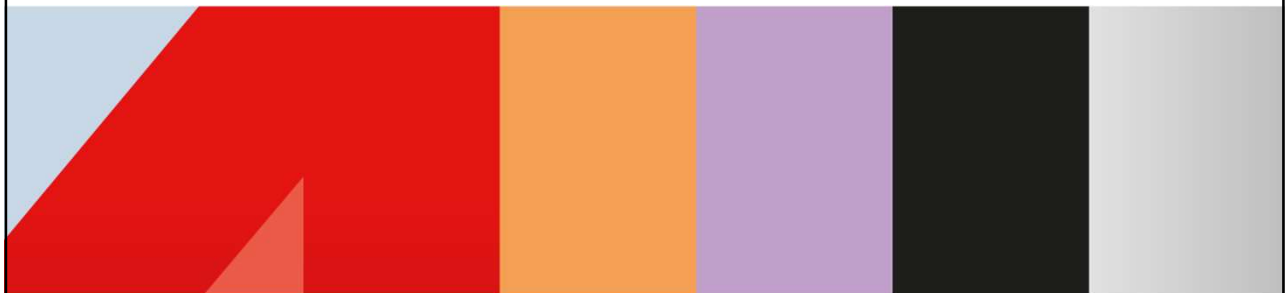




ZÜRICH GENEVA ZUG LAUSANNE LONDON MADRID

## Trennung mit Risiken für die Arbeitgeberin – Alterskündigung, Verdacht, Krankheit & Co.

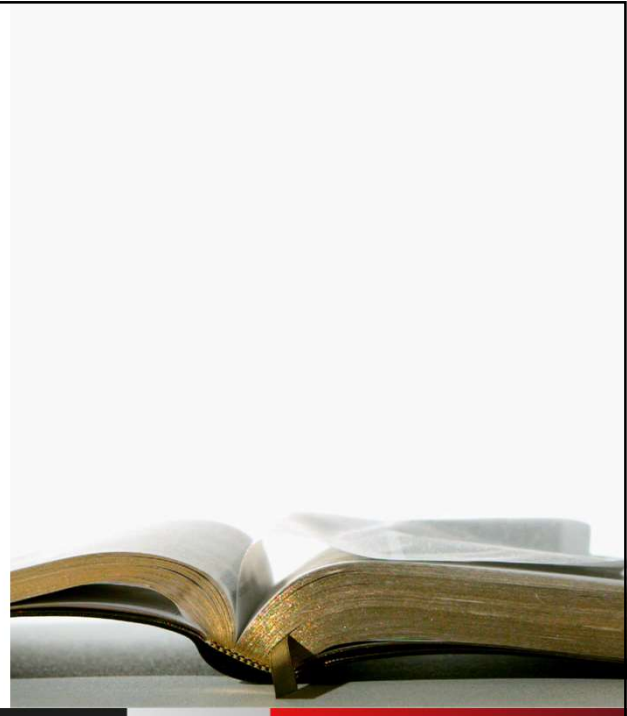
Thomas Kälin, 20. Januar 2026



- 1

### Agenda

1. Grundsatz der Kündigungsfreiheit / Grenzen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis
2. Aktuelles aus der Rechtsprechung
  - a. Alterskündigung
  - b. Verdachtskündigung
  - c. Konfliktkündigung
  - d. Kündigung nach Krankheit
3. Take-Aways



- 2

# 1. Grundsatz der Kündigungsfreiheit / Grenzen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

ML

• 3

## Grundsatz der Kündigungsfreiheit / Grenzen

### ▪ Grundsatz

- Kündigungsfreiheit
- Beachtung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist (und ggf. Formvorschriften)

### ▪ Grenzen

- Zeitlicher Kündigungsschutz: Kündigung zur Unzeit / Sperrfristen
  - Art. 336c (und 336d) OR
  - Schutz gilt erst nach Probezeit
- Sachlicher Kündigungsschutz: Missbräuchliche Kündigung
  - Art. 336, 336a und 336b OR
  - Schutz gilt auch während Probezeit

ML

• 4

## Grundsatz der Kündigungsfreiheit / Grenzen

### ▪ Missbräuchliche Kündigung

- Kündigung darf nicht gegen Grundsatz von Treu und Glauben verstossen
- Sachlicher Kündigungsschutz knüpft grundsätzlich am Motiv der Kündigung an
- Missbrauchstatbestände im Gesetz (Art. 336 OR) nicht abschliessend
- Missbräuchlichkeit kann sich auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt

ML

• 5

## Grundsatz der Kündigungsfreiheit / Grenzen

### ▪ Missbräuchliche Kündigung – Verfahren und Rechtsfolgen

- Gekündigte Partei muss bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich Einsprache erheben und innert 180 Tagen seit Beendigung Klage anhängig machen
- Falls Missbräuchlichkeit gerichtlich bejaht, grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung (bis zu 6 Bruttomonatslöhne, sozialversicherungs-/steuerbefreit)
- Kündigung bleibt aber gültig (zusätzlicher Kündigungsschutz im Rahmen des Gleichstellungsgesetzes)
- Gekündigte Partei trägt Behauptungs- und Beweislast (Beweismass: hohe Wahrscheinlichkeit) für Missbräuchlichkeit und Kausalzusammenhang zwischen missbräuchlichem Grund und Kündigung
- Frage, ob eine Kündigung missbräuchlich ist, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei prüft; kantonale Instanz verfügt aber über ein gewisses Ermessen, in welches das Bundesgericht nicht ohne Not eingreift

ML

• 6

## 2. Aktuelles aus der Rechtsprechung

ML

- 7

### a. Alterskündigung

**Wovon sprechen wir?** Wie kamen wir zum Status Quo? Was gilt denn nun (derzeit)?

ML

- 8

## Alterskündigung

- Am Anfang stand BGE 132 III 115: Einem 63-jährigen Heizungsmonteur mit 44 Dienstjahren wurde 14 Monate vor der Pensionierung gekündigt
- Das Bundesgericht hielt erstmals fest, dass eine Kündigung wenige Monate vor der Pensionierung **ohne betriebliche Notwendigkeit** und **ohne nach einer sozialverträglicheren Lösung gesucht** zu haben die Fürsorgepflicht verletze und somit missbräuchlich sei:
  - Ausgangspunkt für die Rechtsprechung zum Thema Alterskündigung
  - Arbeitgebende haben eine erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber «älteren» Arbeitnehmenden mit «vielen» Dienstjahren; eine Kündigung bei «älteren» Arbeitnehmenden mit «vielen» Dienstjahren kann missbräuchlich sein
  - Die Vertrags-/Kündigungsfreiheit ist somit eingeschränkt, wenn die Kündigung zu einem «sozial stossenden Missverhältnis der Interessen» führen würde
- Danach ergingen immer wieder Entscheide zur Thematik, wobei die Ausgänge unterschiedlich waren

ML

• 9

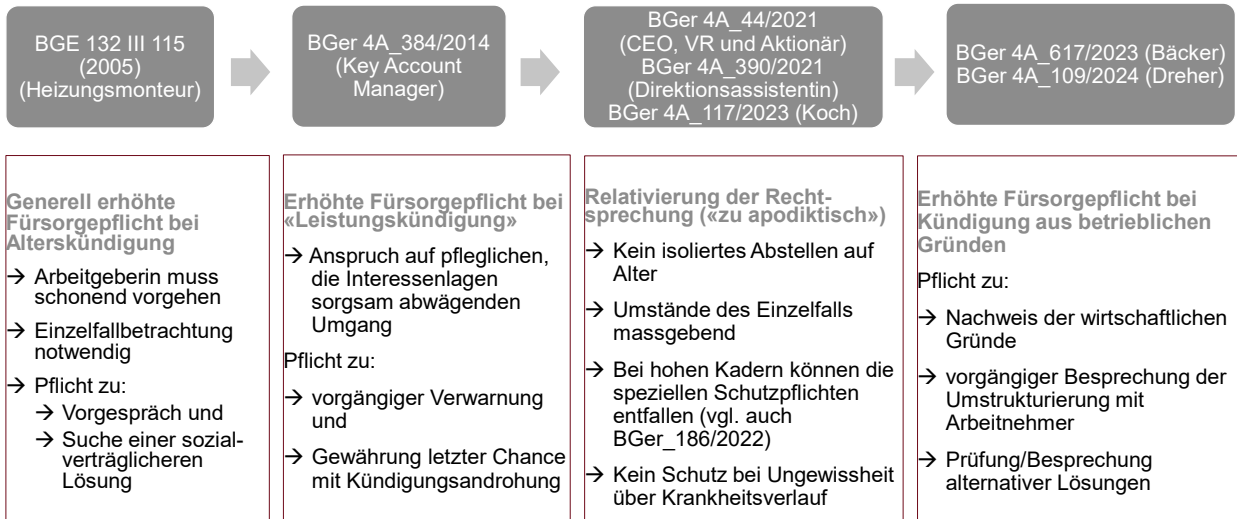
## a. Alterskündigung

Wovon sprechen wir? **Wie kamen wir zum Status Quo?** Was gilt denn nun (derzeit)?

ML

• 10

## Alterskündigung: Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung



ML

• 11

## Alterskündigung – Aktuelle Fälle

### Fall 1 (BGer 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021)

- Ordentliche Kündigung eines 60-jährigen CEO, der zugleich auch Mitglied des Verwaltungsrates der Arbeitgeberin war und insgesamt während 37 Jahren für die Arbeitgeberin tätig war
- Kündigungsgrund: Verhalten des Arbeitnehmers gegenüber anderen Arbeitnehmenden (negative Rückmeldungen von anderen Arbeitnehmenden) sowie finanzielle Probleme der Arbeitgeberin

Im Gegensatz zu den Vorinstanzen **verneinte** das Bundesgericht das Vorliegen einer **missbräuchlichen Kündigung**:

- Die Arbeitgeberin hat bei älteren Arbeitnehmern betreffend Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken
- Aber: Umfang der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht bestimmt sich auch in Bezug auf die älteren Arbeitnehmer **einzelfallbezogen aufgrund einer Gesamtwürdigung der Gesamtumstände**
- Vorliegend:
  - Nicht «normaler» Arbeitnehmer, sondern Geschäftsführer mit entsprechend hohem Lohn
  - Alternative Weiterbeschäftigung schwierig zu gestalten und nicht geltend gemacht
  - Grosses Interesse der Arbeitgeberin an der Kündigungsfreiheit
- BGer 4A\_186/2022 vom 22. August 2022: «[...] wo es um die oberste Position im Unternehmen geht, [kommt] von vornherein keine Umplatzierung als Alternative zur Kündigung in Frage»

ML

• 12

## Alterskündigung – Aktuelle Fälle

### Fall 2 (BGer 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022)

- 63-jährige Arbeitnehmerin mit mind. 14 Dienstjahren war langzeiterkrankt – Krankschreibung vom 8. Juli 2015 bis 1. September 2016 (zunächst 100%, dann partiell)
- Während Phase der Arbeitsunfähigkeit: Arbeitnehmerin hielt die Arbeitgeberin betreffend gesundheitliche Entwicklung nicht auf dem Laufenden
- Ordentliche Kündigung seitens Arbeitgeberin erfolgte 10 Monate vor Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters der Arbeitnehmerin

Das Bundesgericht **verneinte** das Vorliegen einer **missbräuchlichen Kündigung**:

- Es ist zulässig, jemandem nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit zu kündigen
- Vorliegend hatte die Langzeiterkrankung zur Folge, dass die Arbeitgeberin in Bezug auf die betreffende Stelle eine Reorganisation vornehmen musste
- Zudem: weder war die Beziehung der Klägerin zu anderen Angestellten der Arbeitgeberin noch ihre Arbeitsleistung die Grundlage für die Kündigung gewesen, sondern einzig die Langzeiterkrankung
- Ebenfalls: Die Arbeitnehmerin hat keine Angaben darüber machen können, wann sie nach mehr als sechs Monaten krankheitsbedingter Abwesenheit wieder an ihren Arbeitsplatz zurückkehren würde

ML

- 13

## Alterskündigung – Aktuelle Fälle

### Fall 3 (BGer 4A\_117/2023 vom 15. Mai 2023)

- Einem 64-jährigen Koch wurde 11 Monate vor seiner Pensionierung ordentlich gekündigt
- Der Arbeitnehmer war während 30 Jahren für die Arbeitgeberin tätig (zuletzt als stellvertretender Küchenchef)
- Grund der ordentlichen Kündigung: Infolge eines schweren Knieleidens war der Arbeitnehmer wiederkehrend in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt. Aus betrieblichen Gründen sei Kündigung unabdingbar, da Arbeitgeberin auf ein voll funktionierendes Team angewiesen war

**Missbräuchliche Kündigung bestätigt (Entschädigung: 4,5 Monatslöhne)**

- (Zu) apodiktische Formulierung des Bundesgerichts aus dem Jahr 2014, wonach für Arbeitnehmer im fortgeschrittenen Alter und mit langer Dienstzeit eine erhöhte Fürsorgepflicht gelte, woraus sich die Pflicht ableite, die Arbeitnehmer vor Aussprechen einer Kündigung zu informieren, anzuhören und nach alternativen Lösungen zu suchen
- Aber: Bestätigung, dass Arbeitgebende bei älteren Arbeitnehmern mit längerer Dienstzeit betreffend Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken haben, wobei sich der Umfang der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gegenüber älteren Arbeitnehmern aufgrund **einer Gesamtwürdigung der jeweiligen Umstände** beurteilt
- Erhöhte Fürsorgepflicht bejaht, die Arbeitgeberin hätte den Arbeitnehmer **frühzeitig über die beabsichtigte Kündigung informieren und eine sozialverträglichere Lösung prüfen müssen**
- Unterschied zum Fall «Direktionsassistentin»:
  - Direktionsassistentin «war aufgrund ihrer Krankheit unfähig, irgendeine Arbeitsleistung zu erbringen
  - Arbeitgeberin hatte in jenem Fall keinerlei Informationen diesbezüglich

ML

- 14

## Alterskündigung – Aktuelle Fälle

### Fall 4 (BGer 4A\_617/2023 vom 8. Oktober 2024)

- Einem 62-jährigem Bäcker wurde nach 19 Dienstjahren gekündigt
- Die Backstube, in der der Arbeitnehmer arbeitete, wurde zweimal vorübergehend geschlossen (Umbau, COVID-19); die Kündigung erfolgte am Tag der zweiten Wiedereröffnung, als der Arbeitnehmer die Arbeit nach dem Ende der Kurzarbeit im Zusammenhang mit der COVID-19 Pandemie wieder aufnahm
- Als Grund für die Kündigung wurden «betriebliche Reorganisationsgründe» (u.a. zufolge Pandemie) genannt; erneute vorübergehende Schliessung für mehrere Monate
- Arbeitgeberin stellte für eine andere Filiale einen neuen Bäcker ein

### Missbräuchliche Kündigung bejaht (Entschädigung: 3 Monatslöhne)

- Wiederholung der bisherigen Rechtsprechung sowie Feststellung, dass Arbeitgeber auf Arbeitnehmer, die kurz vor dem Rentenalter stehen und lange im Unternehmen tätig waren, besondere Rücksicht nehmen müssen
- Alle Umstände des Einzelfalls seien zu berücksichtigen:
  - die Arbeitgeberin führte selber aus, sie schliesse die Filiale nur vorübergehend
  - gleichzeitig stellte sie einen anderen Bäcker für eine andere Filiale ein
  - die Arbeitgeberin hätte den Arbeitnehmer ohne Weiteres auch in dieser anderen Filiale, in der er früher auch schon gearbeitet hatte, weiterbeschäftigen können
- Arbeitgeberin hätte die geplante Umstrukturierung mit dem Arbeitnehmer besprechen und prüfen müssen, welche alternativen Lösungen ggf. bestehen

MIL

• 15

## Alterskündigung – Aktuelle Fälle

### Fall 5 (BGer 4A\_109/2024 vom 18. März 2025)

- Einem 63-jährigen «CNC-Dreher», welcher auch Mitglied der Personalkommission war, wurde nach 29 Dienstjahren gekündigt
- Aufgrund der COVID-19 Pandemie reduzierte das Unternehmen zuvor bereits die operative Tätigkeit und ging in Kurzarbeit
- In der Folge wurde der Arbeitnehmer dennoch mit Verweis auf betriebliche Reorganisationsgründe gekündigt
- Die Kündigung des unstrittig zuverlässigen Mitarbeiters wurde ohne Ankündigung und ohne eine Alternative zur Kündigung zu suchen ausgesprochen

### Missbräuchliche Kündigung bejaht (Entschädigung: 4 Monatslöhne)

- Wiederholung der bisherigen Rechtsprechung und Feststellung, dass ältere Arbeitnehmer mit langer Anstellungsdauer und keinen Beanstandungen einen weitergehenden Kündigungsschutz geniessen
- Alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen:
  - Der Arbeitnehmer war kein leitender Angestellter und habe stets zuverlässig gearbeitet und war zudem auch flexibel einsetzbar
  - Sein Verhalten gab keinerlei Anlass zu Beanstandungen
  - Vorliegend hätte die Arbeitgeberin zudem Kurzarbeitsentschädigung bezogen, weshalb das Bundesgericht keine schwerwiegenden Gründe für die Entlassung sah
  - Das Bundesgericht kritisierte, dass die Arbeitgeberin trotz den behaupteten «triftigen wirtschaftlichen Gründen» keine Beweise dafür ins Recht gelegt habe, dass sie bei der Aussprache der Kündigung oder deren Gründe gebührende Rücksichtnahme walten liess, die einem Arbeitnehmer mit langer Betriebszugehörigkeit entsprochen hätte
- Bei der vorliegenden Gesamtsituation hätte (i) eine sozialverträgliche Lösung angestrebt und (ii) Alternativen geprüft werden müssen

MIL

• 16

## a. Alterskündigung

Wovon sprechen wir? Wie kamen wir zum Status Quo? Was gilt denn nun (derzeit)?

ML

- 17

### Alterskündigung

- Ab wann ist man ein *älterer* Arbeitnehmer?
  - Gesetzlich nicht definiert
  - Unklar
- Wann ist von einer langen Dienstzeit auszugehen?
  - Gesetzlich nicht definiert
  - Unklar
- Wechselwirkung zwischen Lebensalter und Dienstalter
- Klarheit besteht immerhin insofern, als *«eine ordentliche Kündigung bei Erreichen des Pensionsalters – vorbehaltlich besonderer Umstände – nicht missbräuchlich»* ist (BGer 4A\_399/2013 vom 17. Februar 2014, E. 3.4)
  - Somit faktisch kein Kündigungsschutz mehr ab Erreichen Referenzalter aufgrund der persönlichen Eigenschaft «Alter»

ML

- 18

### Alterskündigung: Was gilt (derzeit)?

- Eine Kündigung ist nicht *per se* missbräuchlich, wenn sie einen älteren Arbeitnehmer mit langjähriger Betriebszugehörigkeit betrifft
- Arbeitgeberin ist gemäss OR nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer anzuhören oder zu warnen, bevor sie ihm die Kündigung mitteilt – es besteht also kein formelles Recht auf Anhörung vor der Kündigung, dessen blosse Verletzung eine ordentliche Kündigung missbräuchlich machen würde
- Das Privatrecht schreibt auch keine allgemeine Pflicht vor, eine Kündigung dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu unterwerfen, d.h. die mildestmögliche Massnahme zu ergreifen und eine Entlassung nur als letztes Mittel vorzunehmen
- Arbeitgeberin muss gegenüber Arbeitnehmern, die kurz vor dem Rentenalter stehen und einen Grossteil ihrer beruflichen Laufbahn in ihrem Unternehmen verbracht haben, besondere Rücksichtnahme walten lassen
- Das Ausmass dieser Rücksichtnahme ist von Fall zu Fall zu prüfen; massgebend sind die (Gesamt-) Umstände des Einzelfalls

MIL

• 19

### Alterskündigung: Empfehlungen für die Praxis

- Prüfen, ob eine beabsichtigte Trennung als «Alterskündigung» betrachtet werden könnte
- Bei beabsichtigten (Alters-)Kündigungen wegen *mangelnder Leistung oder Verhalten*:
  - Mangelhafte Leistung/beanstandendes Verhalten dokumentieren
  - Ggf. schriftliche Verwarnung / letzte Chance mit Kündigungsandrohung / Performance Improvement Plan
  - Sozialverträglichere Lösung / alternative Beschäftigung prüfen
- Bei beabsichtigten (Alters-) Kündigungen *aus betrieblichen Gründen / Reorganisation*:
  - Die betriebsbedingten Kündigungsgründe sollten dokumentiert sein
  - Frühzeitige Information über beabsichtigte Kündigung
  - Ggf. Anhörung des Arbeitnehmers zu geplanter Reorganisation
  - Suche nach alternativen Lösungen gemeinsam mit dem Arbeitnehmer (bspw. alternative Beschäftigungen im selben Betrieb oder bei einer Gruppengesellschaft, Frühpensionierung, Umschulung, Reduktion des Pensums)

MIL

• 20

## b. Verdachtskündigung

Wovon sprechen wir? Was gilt (derzeit)?

ML

- 21

### Verdachtskündigung

- Gemeint sind Kündigungen, welche aufgrund vorhandener Verdachte auf Fehlverhalten eines Arbeitnehmers ausgesprochen werden
- Arbeitgeberin hat keine abschliessende Gewissheit, ob ein Fehlverhalten vorliegt
- Trotz dieser Ungewissheit entschliesst sich die Arbeitgeberin zur Kündigung

ML

- 22

## b. Verdachtskündigung

Wovon sprechen wir? Was gilt (derzeit)?

ML

• 23

### Verdachtskündigung

- Bei einer Verdachtskündigung ist insbesondere Folgendes zu beachten:
  - Die Kündigung muss auf ernsthaften Indizien beruhen und die Arbeitgeberin muss diese sorgfältig überprüfen
  - Werden Vorwürfe leichtfertig erhoben, keine ausreichenden Abklärungen vorgenommen und wenn keine faire Anhörung der betroffenen Person erfolgt, ist eine Verdachtskündigung missbräuchlich
  - BGer 4A\_694/2015 vom 4. Mai 2016: Pflegehelferin wurde von einem Heimbewohner vorgeworfen, sie hätte CHF 9 gestohlen. Arbeitgeberin hat gestützt auf eine zweifelhafte Aussage ohne Durchführung der erforderlichen Abklärungen und Gewährung einer wirksamen Verteidigungsmöglichkeit gekündigt.
- In einem neueren Entscheid (BGer 4A\_368/2023 vom 19. Januar 2024) sprach sich das Bundesgericht erneut für die Kündigungsfreiheit aus und bestätigte, dass Verdachtskündigungen zulässig seien, wenn Arbeitgeber genügend Abklärungen tätigen und diese den Verdacht erhärten. Dies gelte selbst dann, wenn sich der Verdacht später als unbegründet erweisen sollte. Ein Beweis des Wahrheitsgehalts der gegen den Arbeitnehmer erhobenen Vorwürfe ist vor Aussprache der Kündigung nicht erforderlich.

ML

• 24

## Verdachtskündigung

- Im Entscheid (BGer 4A\_368/2023 vom 19. Januar 2024) hat das Bundesgericht zudem ausdrücklich klargestellt, dass die **strafprozessualen Garantien bei internen Untersuchungen der Arbeitgeberin nicht zur Anwendung kommen**. Dies bedeutet namentlich:
  - Keine Pflicht der Arbeitgeberin, den Arbeitnehmer vorgängig über Gesprächsinhalte zu informieren: mithin muss ein beschuldigter Arbeitnehmer nicht vorgängig zu seiner Anhörung über Zweck und Inhalt dieser Befragung informiert werden
  - Eine Kündigung ist auch dann nicht missbräuchlich, wenn sich ein Arbeitnehmer nicht durch eine Vertrauensperson begleiten lassen konnte (selbst dann nicht, wenn das Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson – wie im vorliegenden Fall – in einem internen Dokument der Arbeitgeberin vorgesehen ist)
  - Es bestehe keine Aufklärungspflicht analog zum strafprozessualen Anklageprinzip: Dies bedeutet, dass dem Arbeitnehmer nicht sämtliche Details (insb. Personalien der mutmasslich belästigten Person) wie in einem Strafverfahren mitgeteilt werden müssen. Vielmehr reicht es aus, wenn dem beschuldigten Arbeitnehmer die Vorwürfe «hinreichend präzise» beschrieben werden

ML

• 25

## Verdachtskündigung: Empfehlung für die Praxis

- Vor einer Kündigung aufgrund Anschuldigungen (bspw. durch andere Mitarbeitende):
  - Tätigen von im Einzelfall «genügenden» Abklärungen
  - Die Vorwürfe sollten gegenüber der beschuldigten Person «hinreichend präzise» vorgetragen werden
- Nicht «leichtfertig» kündigen; nur kündigen, wenn die Abklärungen den Verdacht erhärten
- Abklärungen dokumentieren

ML

• 26

## c. Konfliktkündigung

Wovon sprechen wir? Was gilt (derzeit)?

ML

- 27

### Konfliktkündigung

- Gemeint ist eine Kündigung, welche die Arbeitgeberin in einer Situation oder aufgrund bestehender Konflikte zwischen Mitarbeitenden oder zwischen Mitarbeitenden und Vorgesetzten ausspricht
- Der Arbeitgeberin wird vorgeworfen, vor Aussprache der Kündigung angemessene Schritte zur Lösung des Konflikts unterlassen zu haben

ML

- 28

## c. Konfliktkündigung

Wovon sprechen wir? Was gilt (derzeit)?

ML

- 29

### Konfliktkündigung

- Sobald eine Arbeitgeberin Kenntnis eines Konfliktes hat, ist sie aufgrund der Fürsorgepflicht verpflichtet, alle zumutbaren Massnahmen zur Konfliktbeseitigung zu ergreifen und umzusetzen. Mögliche Massnahmen (grosses Ermessen der Arbeitgeberin bei der Auswahl der Massnahme):
  - Verhaltensanweisungen
  - Gespräche (Einzel- und/oder Gruppengespräche)
  - Beizug einer Fachperson / Vertrauensstelle
  - Beizug eines externen Beratungsunternehmens bspw. zwecks Teamcoaching
  - Unterbreitung von Vorschlägen zur Beilegung des Streits
  - Versetzung
  - Verwarnung
- Ungenügende (bspw. nur eine einzige) oder verspätete Massnahmen reichen nicht aus und können gleichwohl als Verletzung der Fürsorgepflicht angesehen werden
- Eine Kündigung ist grundsätzlich nicht missbräuchlich, wenn eine Arbeitgeberin sämtliche ihr zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen

ML

- 30

## Konfliktkündigung

- Sofern sämtliche zumutbaren Massnahmen getroffen wurden, ist auch eine Kündigung grundsätzlich nicht missbräuchlich, die wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers, welcher zu einer konfliktgeladenen Situation am Arbeitsplatz führte und die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, ausgesprochen wird:

*«Daraus hat das Bundesgericht abgeleitet, dass eine Kündigung nicht missbräuchlich ist, wenn wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden ist, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, und wenn der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen. Hat sich der Arbeitgeber nicht oder ungenügend um die Lösung des Konflikts bemüht, ist er seiner Fürsorgepflicht nicht hinreichend nachgekommen, weshalb sich die Kündigung als missbräuchlich erweist [...]» (BGE 132 III 115, E. 2.2)*

*«Eine Kündigung kann missbräuchlich sein, wenn der Arbeitgeber in einer Konfliktsituation am Arbeitsplatz eine Kündigung ausspricht, ohne zuvor zumutbare Massnahmen zur Entschärfung des Konflikts getroffen zu haben. Demgegenüber ist eine Kündigung rechtmässig, wenn wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden ist, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, und wenn der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen [...]» (BGer 4A\_39/2023 vom 14. Februar 2023, E. 3.2)*

ML

- 31

## Konfliktkündigung: Empfehlung für die Praxis

- Vor einer Kündigung:
  - Implementierung von zumutbaren Massnahmen / Vorkehren zur Konfliktentschärfung
  - Massnahmen / Vorkehren dokumentieren

ML

- 32

## d. Kündigung nach Krankheit

Was gilt (derzeit)?

ML

- 33

### Kündigung nach Krankheit

- Krankheit stellt grundsätzlich «*eine Eigenschaft kraft der Persönlichkeit*» dar
- Kündigung ist nicht missbräuchlich, wenn die Kündigung wegen einer Eigenschaft erfolgt, die mit dem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang steht oder die Zusammenarbeit wesentlich beeinträchtigt
  - Kündigung (nach Ablauf der Sperrfrist) somit nicht *per se* missbräuchlich und grundsätzlich zulässig
  - Aber: Kündigung kann missbräuchlich sein:
    - wenn Krankheit direkt durch Arbeitgeberin verursacht wurde oder Folge einer Fürsorgepflichtverletzung der Arbeitgeberin ist (BGer 4A\_295/2024 vom 20. August 2024)
    - zudem wohl auch dann, wenn die Krankheit keine Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis hat

ML

- 34

## Kündigung nach Krankheit

- BGer 4A\_295/2024 vom 20. August 2024, E. 3.1.2:

*«Es ist grundsätzlich zulässig, jemandem wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit zu kündigen, jedenfalls soweit die Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR abgelaufen ist [...]. Dagegen läge eine nach Art. 336 OR verpönte Treuwidrigkeit vor, wenn die krankheitsbedingte Beeinträchtigung der Verletzung einer dem Arbeitgeber obliegenden Fürsorgepflicht zuzuschreiben wäre [...].»*

*Eine Kündigung wegen andauernder Krankheit ist nur in sehr schwerwiegenden Fällen ("krasse Fälle") als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR zu qualifizieren [...]. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn aus der Beweisführung eindeutig hervorgeht, dass der Arbeitgeber die Krankheit des Arbeitnehmers direkt verursacht hat, z.B. wenn er es unterlassen hat, Massnahmen zum Schutz des Arbeitnehmers wie in Art. 328 Abs. 2 OR vorgesehen zu treffen und der Arbeitnehmer deshalb krank wurde. Wenn die Situation diesen Schweregrad nicht erreicht, wie es bei Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer psychischen Krankheit häufig der Fall ist, ist die Kündigung nicht missbräuchlich. Denn Schwierigkeiten am Arbeitsplatz können häufig zu Depressionen oder anderen psychischen Störungen führen, die keine direkt durch den Arbeitgeber verursachte Krankheit darstellen [...].»*

ML

- 35

## Kündigung nach Krankheit: Empfehlung für die Praxis

- Generell:
  - Arbeitnehmerschutz beachten und einhalten
  - Vorsicht bei Beschwerden oder Anzeichen wegen übermässiger Arbeitsbelastung

ML

- 36

## 3. Take-Aways

ML

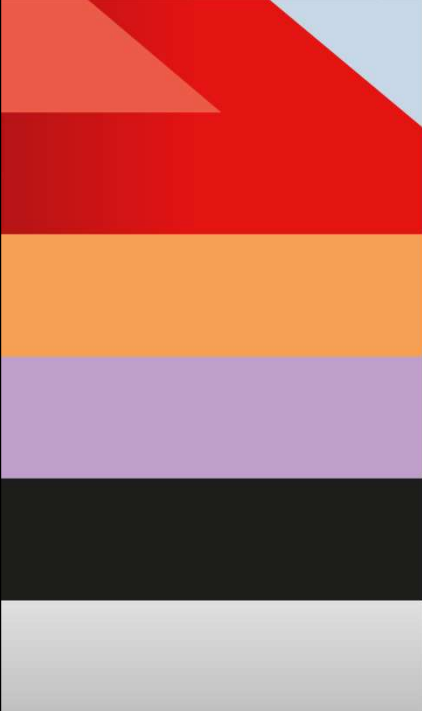
- 37

### Take-Aways


- Direkte Kündigung im Dunstkreis «arbeitgeberseitige Fürsorgepflicht» ist oft heikel
- Für Arbeitgebende: Um Risiko einer Missbräuchlichkeit zu reduzieren, vor einer Kündigung:
  - Situation frühzeitig sauber abklären
  - Alternativen zur Kündigung prüfen und allenfalls mit der betroffenen Person besprechen
  - auf Einzelfall passend erscheinende Massnahmen implementieren, um die Situation zu verbessern
  - Abklärungen und Handlungen dokumentieren
  - Grund zur Kündigung gut überlegen – nicht erst im Kündigungsgespräch auf Nachfrage
  - Sorgfältige Formulierung der Kündigungsbegründung
- Für Arbeitnehmende: Missbräuchlichkeit behaupten – nichts ist unmöglich

ML

- 38



Vielen Dank!



**Thomas Kälin**  
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht  
Eidg. Dipl. Sozialversicherungsexperte  
Partner und Head Arbeitsrecht &  
Sozialversicherungen, MLL Legal  
[thomas.kaelin@mll-legal.com](mailto:thomas.kaelin@mll-legal.com)  
[www.mll-legal.com](http://www.mll-legal.com)

- 39