

## Verschärfte Gerichtspraxis bei missbräuchlichen Kündigungen



**Prof. Dr. Kurt Pärli** studierte erst Soziale Arbeit an der Berner Fachhochschule und später Rechtswissenschaften an der Universität Fribourg. Er promovierte und habilitierte an der Universität Sankt Gallen bei Prof. Dr. Thomas Geiser zum Thema «Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung»; seine Habilitationsschrift trägt den Titel «Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis». Er war Gast-

forscher an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität Berlin und visiting scholar an der California University of Berkeley, Center for the study of Law and Society. An der Universität Sankt Gallen hat Kurt Pärli als Privatdozent die *venia legendi* in Arbeits- und Sozialversicherungsrecht und er ist Forschungsleiter und Dozent für Arbeitsrecht und für Europarecht am Institut für Wirtschaftsrecht der School of Management and Law (Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften). Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Diskriminierungsrecht (siehe dazu <http://www.non-discrimination.ch>) und im Schnittpunkt «Arbeit/Recht/Gesundheit» (siehe dazu <http://www.berufliche-wiedereingliederung.ch>).

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b> .....	187
<b>2.</b>	<b>Schutz vor missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336 OR</b> .....	188
2.1	Entstehung und Inhalt der Norm.....	188
2.2	Die einzelnen Missbrauchsgründe.....	189
2.2.1	Tatbestände nach Artikel 336 Abs. 1 OR.....	189
2.2.2	Die Tatbestände in Art. 336 Abs. 2 OR.....	192
<b>3.</b>	<b>Erweiterung der Missbrauchsgründe durch die Gerichtspraxis</b> ....	193
3.1	Keine abschliessende Liste.....	193
3.2	Missbräuchliche Änderungskündigungen.....	193
3.3	Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung.....	194
3.4	Missbräuchliche Kündigungen wegen Verletzung der Fürsorgepflicht.....	195
<b>4.</b>	<b>Missbräuchlichkeit von Kündigungen aufgrund des Alters</b> .....	196
4.1	Ein neues Thema: Diskriminierung gegenüber älteren Arbeitnehmenden.....	196
4.2	Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmende.....	198
4.2.1	Alter als Persönlichkeitsmerkmal im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR.....	198
4.2.2	BGE 132 III 115: Missbräuchlichkeit einer Kündigung nach 44 Dienstjahren.....	198
4.2.3	Die nachfolgenden Entscheidungen.....	199
<b>5.</b>	<b>Missbräuchlichkeit von Kündigungen wegen gesundheitlichen Beeinträchtigungen</b> .....	201
5.1	Ausgangslage: Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung oder einer Krankheit und rechtlicher Schutz.....	201
5.2	Diskriminierungsschutz wegen einer Behinderung oder einer Krankheit.....	201
5.3	Verstärkter Schutz vor Entlassungen aus gesundheitlichen Gründen durch das Bundesgericht.....	203
5.3.1	Krankheit und Gesundheit als persönliche Eigenschaften im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR.....	203
5.3.2	Eingeschränkte Arbeitsfähigkeit als Rechtfertigungsgrund.....	203
5.3.3	Pflicht zur erhöhten Rücksichtnahme auf Nichtraucher: BGE 132 III 257.....	204
5.3.4	Pflicht zur Rücksichtnahme bei Teilerwerbsfähigkeit.....	206
<b>6.</b>	<b>Zusammenfassung und Konsequenzen für das HRM</b> .....	208
	<b>Literatur</b> .....	211

## 1. Einleitung

In der gegenwärtigen angespannten Arbeitsmarktsituation kommt es vermehrt zu Entlassungen und dabei auch zu Konflikten darüber, ob die Entlassung im konkreten Fall rechtmässig war. Dabei ist zu berücksichtigen: Das schweizerische Kündigungsrecht gilt als ausgesprochen liberal. Ausgangslage bildet im Gegensatz zu den meisten Rechtsordnungen in Europa die Vertragsfreiheit und damit auch die Kündigungsfreiheit; diese wird lediglich durch Bestimmungen über die Kündigung zur Unzeit (Art. 336c Obligationenrecht OR) und durch die Sanktionierung missbräuchlicher Kündigungen (Art. 336, Art. 336a und Art. 336b OR) eingeschränkt. Besondere Vorschriften gelten überdies dann, wenn Entlassungen im grossen Stil vorgenommen werden. In diesen Fällen haben die Arbeitgebenden die Arbeitnehmervertretung oder, wo eine solche fehlt, die Arbeitnehmenden zu konsultieren.<sup>1</sup>

Je nach politischem Standpunkt wird das liberale Kündigungsrecht als Standortvorteil für die schweizerische Wirtschaft<sup>2</sup> oder aber als unsozial und nicht europatauglich bezeichnet.<sup>3</sup> Zumindest der mangelhafte Schutz für entlassene Gewerkschafter/innen bildet Gegenstand eines Verfahrens vor den Behörden der internationalen Arbeitsorganisation IAO.<sup>4</sup> Im vorliegenden Beitrag wird aufgezeigt, dass die Gerichte und namentlich das Bundesgericht die Praxis zur missbräuchlichen Kündigung verschärft haben. Hervorzuheben sind Entscheide, die auf eine verstärkte Sensibilisierung gegen alters- und krankheitsbedingte Kündigungen hindeuten.<sup>5</sup> Weiter lassen sich aus der bundsgerichtlichen Praxis eigentliche Verfahrensvorschriften beim Aussprechen einer Kündigung ableiten.<sup>6</sup> Flankiert wird dieser verstärkte soziale Schutz durch neue gesetzliche Gleichbehandlungsgebote im Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA) zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) und ihren Mitgliedsta-

---

1 Siehe dazu die Art. 335d bis 335g OR. Ab wie vielen Entlassungen die Vorschriften über die Massenentlassung Anwendung finden, hängt von der Betriebsgrösse ab, siehe dazu im Einzelnen Art. 335d OR.

2 Straubhaar/Werner (2003), S. 72. Einzelne Kantone versuchen mit diesem Hinweis sogar ausdrücklich, ausländische Unternehmen anzulocken.

3 So Gabathuler (2002), S. 28 ff.

4 Siehe dazu Molo (2009), S. 92 ff.

5 Siehe dazu hinten, 4. Missbräuchlichkeit von Kündigungen aufgrund des Alters.

6 Siehe dazu hinten, 3.3 Verstoß gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung und 3.4 Missbräuchliche Kündigung wegen Verletzung der Fürsorgepflicht.

ten<sup>7</sup> sowie im Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen (GUMG).<sup>8</sup> Beide Erlasse setzen dem privatautonomen Handeln der Arbeitgebenden bei Kündigungen zusätzliche Schranken. Für Verantwortliche des Human Resource Management (HRM) bedeuten diese Entwicklungen neue Herausforderungen; über die Kenntnis der einschlägigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen hinaus ist auch eine Auseinandersetzung mit den arbeitsrechtlichen Leitentscheiden zur missbräuchlichen Kündigung notwendig. Die Analyse entsprechender bundesgerichtlicher Leitentscheide und ausgewählter kantonaler Entscheide steht im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen. Vorerst werden die einschlägigen Normen zum Verbot der missbräuchlichen Kündigung erläutert. Schluss des Beitrages bilden Überlegungen, wie HRM-Verantwortliche dazu beitragen können, missbräuchliche Kündigungen zu vermeiden.

## 2. Schutz vor missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336 OR

### 2.1 Entstehung und Inhalt der Norm

Auf den grundsätzlich liberalen Ansatz im schweizerischen Kündigungsrecht wurde bereits hingewiesen. Vor der Gesetzrevision im Jahre 1988 kam die Anfechtung einer Kündigung nur unter Berufung auf den in Art. 2 des Zivilgesetzbuches (ZGB) verankerten allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben in Frage. Unter dem Eindruck einer Volksinitiative des Christlich Nationalen Gewerkschaftsbundes (CNG) mit der Forderung nach einem stark verbesserten Kündigungsschutz stimmte das Parlament einem Vorschlag des Bundesrates mit moderaten Verbesserungen zu.<sup>9</sup>

Art. 336 OR hält in Abs. 1 lit. a bis e fünf und in Abs. 2 lit. a bis c drei Tatbestände fest, bei deren Vorliegen eine Kündigung missbräuchlich ist. Damit konkretisiert der Gesetzgeber das allgemeine Rechtsmissbrauchsgebot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB. Auf eine wichtige Unterscheidung ist hinzuweisen: Eine Kündigung ist nicht etwa nichtig, wie dies bei anderen

7 Siehe dazu Pärli (2007), S. 25 ff.

8 Siehe dazu Pärli (2007a), S. 79 ff.

9 Geiser/Müller (2009), S. 206.

Verstößen gegen das Rechtsmissbrauchsgebot vorgesehen ist. Eine aus missbräuchlichen Motiven ausgesprochene Kündigung bleibt eine gültige Kündigung; der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, einer missbräuchlichen Kündigung die Gültigkeit zu versagen.<sup>10</sup> Die kündigende Partei – der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung ist paritätisch ausgestaltet, auch eine Kündigung durch den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin kann missbräuchlich sein<sup>11</sup> – muss der gekündigten Partei eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen ausrichten (Art. 336a Abs. 1 und 2 OR). Die Gerichte schöpfen den oberen Rahmen der Entschädigung eher selten aus. Sehr häufig werden lediglich Entschädigungen von zwei bis drei Monatslöhnen gewährt.<sup>12</sup> Zu beachten sind weiter Verfahrensvorschriften: Wer eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben und danach, wenn keine Einigung zustande kommt, innert 180 Tagen beim Gericht Klage einreichen (Art. 336b OR).

Damit eine Kündigung wegen Missbräuchlichkeit angefochten werden kann, ist die Kenntnis der Kündigungsgründe von entscheidender Bedeutung. Nach Art. 336 Abs. 2 OR muss die kündigende der gekündigten Partei auf deren Verlangen die Kündigung schriftlich begründen. Im Prozess wird damit der von der klagenden Partei zu erbringende Beweis der Missbräuchlichkeit erleichtert.

## 2.2 Die einzelnen Missbrauchsgründe

### 2.2.1 Tatbestände nach Artikel 336 Abs. 1 OR

Eine Kündigung ist nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR immer dann missbräuchlich, wenn sie wegen einer persönlichen Eigenschaft der gekündigten Partei ausgesprochen wird, sofern diese Eigenschaft nicht in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb massgeblich beeinträchtigt. Eine Kündigung etwa wegen der Rasse, der Religion, der sexuellen Orientierung oder spezifischen Charaktereigenschaften einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters ist demzufolge missbräuchlich, wenn die Arbeitgeberin nicht erfolgreich die

10 Geiser/Müller (2009), S. 213.

11 Dazu kritisch: Geiser/Müller (2009), S. 211.

12 Zur Entschädigungspraxis der Gerichte siehe im Einzelnen: Portmann (2007), N 4 zu Art. 336a OR; Streiff/Von Kaenel (2006), N 3 zu Art. 336a OR.

im Gesetz aufgeführten Rechtfertigungsgründe – Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder wesentliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit im Betrieb – geltend machen kann. Zu ergänzen ist, dass Kündigungen unter Berufung auf das Geschlecht, den Zivilstand, eine Schwangerschaft oder die familiäre Situation eine nach Art. 3 des Gleichstellungsgesetzes (GIG) verbotene Diskriminierung darstellen. Im Anwendungsbereich des GIG gelten Beweislasteilericherungen, es genügt, wenn eine geschlechtsspezifische Kündigung glaubhaft gemacht wird.

Missbräuchlich ist eine Kündigung weiter dann, wenn die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt und ihr deswegen gekündigt wird (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR). Wer in einem Arbeitsverhältnis steht, muss demzufolge nicht auf die Ausübung der durch die Bundesverfassung gewährten Grundrechte wie namentlich die Religionsfreiheit (Art. 15 BV), die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 23 und 28 BV), die Meinungsäusserungsfreiheit oder auf das Recht «Schutz der Privatsphäre» (Art. 13 BV) verzichten. Die Missbräuchlichkeit einer solchen Kündigung entfällt, wenn bei der Ausübung des verfassungsmässigen Rechts eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt wird. Besonders heikel sind in diesem Zusammenhang Kündigungen, weil eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer von der Meinungsfreiheit Gebrauch macht. Auch die Kritik am Arbeitgeber steht unter dem Schutz der Meinungsfreiheit, jedoch nur in den Grenzen der Treuepflicht der Arbeitnehmenden. Der Gerichtspraxis zufolge muss öffentlich geäusserte Kritik am Arbeitgeber zurückhaltend erfolgen.<sup>13</sup> Nicht missbräuchlich war deshalb beispielsweise die Entlassung eines Schulpsychologen, nachdem dieser die Selektionspraxis der Schule öffentlich kritisiert und als «Segregation» bezeichnet hatte.<sup>14</sup>

Gemäss Tatbestand in Art. 336 Abs. 1 lit. c OR ist eine Kündigung missbräuchlich, die ausschliesslich mit dem Ziel ausgesprochen wird, Ansprüche der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln. Missbräuchlich ist z.B. eine Kündigung, die mit dem Ziel ausgesprochen wird, die Fälligkeit einer bestimmten Leistung zu verhindern, z.B. ein Dienst-

13 Streiff/Von Kaenel (2006), N 6 zu Art. 336 OR.

14 Bundesgerichtsentscheid vom 23. November 2001, 4C.91/2000, ARV 2002, S. 23 ff.

altersgeschenk oder eine Abgangsentschädigung.<sup>15</sup> Gemäss einer unterinstanzlichen Gerichtsentscheid war eine Kündigung missbräuchlich, die ausgesprochen wurde, nach dem die Arbeitnehmerin ihre Arbeitgeberin über eine bevorstehende Operation informiert hatte.<sup>16</sup> Eine weitere Form von Missbräuchlichkeit besteht in der so genannten Rache Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR). Eine solche liegt vor, wenn der Arbeitgeber die Kündigung ausspricht, weil die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben ihm bzw. ihr zustehende Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Ob sich der Anspruch in einem Gerichtsverfahren als rechtmässig herausstellt oder nicht, spielt keine Rolle. Der Gesetzgeber will verhindern, dass Arbeitnehmenden sanktionslos gekündigt werden darf, bloss weil sie ihre Rechte geltend machen. Der Hinweis auf «Treu und Glauben» ist als Schranke vor haltlosen und schikanösen Ansprüchen zu verstehen. Zur Rache Kündigung besteht eine reichhaltige Rechtsprechung.<sup>17</sup> Als missbräuchliche Kündigung wurde beispielsweise die Kündigung an einen Maler erachtet, der sich bei seinem Vorgesetzten darüber beschwert hatte, dass fehlerhafte Malerarbeiten als «Juden» bezeichnet würden. Der Maler hätte mit seinem Vorgehen lediglich den ihm zustehenden Persönlichkeitsschutz geltend gemacht, befand das Gericht.<sup>18</sup>

Eine missbräuchliche Kündigung liegt nach Art. 336 Abs. 1 lit. e OR schliesslich dann vor, wenn die Kündigung erfolgt, weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt. Im Lichte des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA) der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten ist davon auszugehen, dass EU-Arbeitnehmende, die Dienst in ihren Heimatstaaten leisten, ebenfalls unter den Schutz dieser Norm fallen. Das FZA verbietet jede direkte und indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses.<sup>19</sup> Unter die «nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflichten» fallen alle Funktionen mit Amtszwang und auch die zivilrechtliche Pflicht zur Pflege

15 Streiff/Von Kaenel (2006), N 7 zu Art. 336 OR.

16 Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 24. Februar 1992, ZR 1994, Nr. 54.

17 Siehe die ausführliche Dokumentation bei Streiff/Von Kaenel (2006), N 8 zu Art. 336 OR.

18 Entscheid des Bezirksgerichts St. Gallen vom 8. November 1999, JAR 2000, S. 178.

19 Siehe dazu Pärli (2009), S. 369.

eines erkrankten Kindes oder des Partners, soweit die Erfüllung dieser Pflichten nicht zumutbarerweise anderweitig sichergestellt werden kann.<sup>20</sup>

### 2.2.2 Die Tatbestände in Art. 336 Abs. 2 OR

Anders als die Missbrauchstatbestände in Art. 336 Abs. 1 OR schützt Art. 336 Abs. 2 lit. a bis c OR in drei Konstellationen ausschliesslich Arbeitnehmende. Missbräuchlich ist eine Kündigung, die ein Arbeitgeber ausspricht,

- weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine rechtmässige Tätigkeit ausübt;
- während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist, und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte;
- im Rahmen einer Massenentlassung, ohne dass die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer konsultiert worden sind.

Diese Bestimmungen schützen Arbeitnehmende insbesondere vor Entlassungen als Folge der Teilnahme an einem rechtmässigen Streik.<sup>21</sup> Grosse praktische Bedeutung hat der Schutz vor Kündigungen für Arbeitnehmende, die Aufgaben der Personalvertretung wahrnehmen. Gegenüber solchen Personen darf die Arbeitgeberin die Kündigung nur dann aussprechen, wenn sie beweisen kann, dass ein begründeter Anlass für eine Kündigung vorliegt. Damit liegt im Ergebnis eine eigentliche Beweislastumkehr vor. Wird einem Arbeitnehmer oder einer Arbeitnehmerin gekündigt, der oder die Personalvertretungsfunktionen wahrnimmt, ist die Kündigung missbräuchlich, ohne dass die klagende Partei die Missbräuchlichkeit weiter zu beweisen hat. Es obliegt nun vielmehr der Arbeitgeberin, den Beweis zu erbringen, dass es für die Kündigung einen begründeten Anlass gegeben hat. Sinn und Zweck dieser Regelung ist, den gewählten Arbeitnehmervertreter/innen zu ermöglichen, ihr gesetz-

<sup>20</sup> Streiff/Von Kaenel (2006), N 20 zu Art. 324a/b OR.

<sup>21</sup> Das Bundesgericht hat in BGE 125 III 277, Erw. 3c die Teilnahme an einem rechtmässigen Streik fälschlicherweise als Missbrauchstatbestand eigener Art bezeichnet. Richtig ist, dass eine solche Kündigung missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a ist. Siehe dazu: Streiff/Von Kaenel (2006), N 4 zu Art. 336 OR.



lich oder gesamtarbeitsvertraglich begründetes Mandat ungehindert ausüben zu können.<sup>22</sup> Die Beweislastumkehr erweist sich in der Praxis denn auch als wirksam: Seit einigen Jahren kommt es nur noch zu wenigen Gerichtsfällen wegen Kündigungen von gewählten Arbeitnehmervertreter/innen. Die Beweislasthürde vermag Arbeitgebende vor Kündigungen abzuhalten.<sup>23</sup>

### 3. Erweiterung der Missbrauchsgründe durch die Gerichtspraxis

#### 3.1 Keine abschliessende Liste

Die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR ist nicht abschliessend. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt jedoch voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener in Art. 336 OR vergleichbar ist.<sup>24</sup> Die Anforderungen an die Zulassung weiterer Missbrauchsgründe sind somit hoch. Dem Bundesgericht genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers nicht, damit eine Kündigung als missbräuchlich qualifiziert werden kann.<sup>25</sup>

#### 3.2 Missbräuchliche Änderungskündigungen

Als missbräuchlich beurteilte das Bundesgericht jedoch eine Änderungskündigung, mit der die Arbeitgeberin eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durchsetzen wollte, ohne dass sie dafür sachliche Gründe geltend machen konnte. Die Änderungskündigung ist in Art. 336 OR nicht als Missbrauchstatbestand aufgeführt. Der Missbrauch besteht gemäss Bundesgericht darin, «dass für die Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe bestehen». Ein solches Vorgehen sei ebenso verwerflich, wie wenn die gesetzlich geregelte missbräuchliche Kündigung wegen der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis erfolge (Art. 336 Abs. 1 lit. c OR).<sup>26</sup>

22 Humbert (1991), S. 3.

23 So die Analyse von Reiter (2006), S. 1087 ff.

24 BGE 131 III 535, Erw. 4.2/3.

25 BGE 131 III 535, Erw. 4.2., 128 III 129, Erw. 3 (nicht publiziert).

26 BGE 123 III 246, Erw. 3c.

### 3.3 Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung

Als einen Missbrauchstatbestand eigener Art ist eine schwere Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung zu bezeichnen. In einem ersten Leitentscheid dazu hat das Bundesgericht in BGE 118 II 157 festgehalten, das Gebot der schonenden Rechtsausübung sei verletzt, wenn die eine Vertragspartei ein falsches und verstecktes Spiel treibe und entgegen ausdrücklichen Zusicherungen handle. Nach einem jüngeren Entscheid (BGE 132 III 115) verletzt ein Arbeitgeber das Gebot der schonenden Rechtsausübung krass, wenn er einen Arbeitnehmer entlässt, der 44 Dienstjahre im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war und wenn die Kündigung «ohne jegliches Vorgespräch und ohne auch nur den Versuch einer sozial verträglicheren Lösung zu unternehmen und unter sofortiger Freistellung» ausgesprochen wurde.<sup>27</sup> Die Rechtsmissbräuchlichkeit einer Kündigung kann ferner in einer krassen Interessendisparität bestehen. Eine solche nahm das Bundesgericht im gerade erwähnten Fall an, als dem langjährig Beschäftigten kurz vor der Pensionierung gekündigt wurde, ohne dass dem Arbeitnehmer Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages ein schützenswertes Arbeitgeberinteresse entgegenstand.<sup>28</sup>

Zum Gebot der schonenden Rechtsausübung gehört nach BGE 125 III 70 weiter das Gebot, eine an sich rechtmässige Kündigung nicht in einer die Persönlichkeit verletzenden Art und Weise auszusprechen.<sup>29</sup> In der gleichen Entscheidung hielt das Bundesgericht auch fest, eine Kündigung sei rechtsmissbräuchlich, wenn sie wegen einer Leistungseinbusse erfolge, die sich als Folge des vom Arbeitgeber nicht verhinderten Mobbing erweise.<sup>30</sup> Darauf wird noch zurückzukommen sein.<sup>31</sup>

Uneinheitlich ist die Rechtspraxis bezüglich der Frage, ob vor der Kündigung eine Anhörung notwendig ist. Vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit ausgehend, bedarf es vor dem Aussprechen einer Kündigung keiner besonderen Verfahrensschritte. So hat das Bundesgericht in einer nicht

27 BGE 132 III 115, Erw. 5.4.

28 BGE 132 III 115, Erw. 5.5.

29 BGE 125 II 70, Erw. 2b.

30 BGE 125 II 70, Erw. 2a.

31 Siehe hinten, 5.3.3 Missbräuchliche Kündigung wegen unterlassener Fürsorge.

in die amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide aufgenommen. Die Entscheidung vom 5. August 2004 entschied, die Arbeitgeberin sei nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer vor dessen Entlassung anzuhören. Das Bundesgericht differenziert hier klar zwischen einem ethisch geforderten und einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten: «Einem gesitteten Vorgehen im Geschäftsverkehr entspricht es grundsätzlich, das Gespräch mit der Gegenpartei zu suchen, bevor Schritte ergriffen werden, die für die andere Partei dramatische Folgen haben können. Es ist aber zwischen einem unanständigen und einem rechtswidrigen Verhalten zu unterscheiden. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, jedes Fehlverhalten zu sanktionieren. Nur Verstösse gegen gesellschaftliche Verhaltensnormen, die so krass sind, dass sie von der Gesellschaft nicht toleriert werden können, muss die Rechtsordnung durch geeignete Massnahmen unterbinden.»<sup>32</sup>

### 3.4 Missbräuchliche Kündigungen wegen Verletzung der Fürsorgepflicht

Im Entscheid vom 18. Dezember 2001 erachtete das Bundesgericht eine Kündigung als missbräuchlich, die als Folge von Konflikten zwischen zwei Mitarbeiterinnen ausgesprochen wurde. Die Missbräuchlichkeit bestand nach dem Bundesgericht darin, dass die Arbeitgeberin nichts oder zu wenig zur Schlichtung des Streites beigetragen hat und damit ihrer Fürsorgepflicht gegenüber den Konfliktparteien nicht nachgekommen ist.<sup>33</sup>

Gegenüber einem Mitarbeiter, der fast sein ganzes Berufsleben klaglos für den gleichen Arbeitgeber tätig war, gilt nach BGE 132 III 115 eine erhöhte Fürsorgepflicht. Das Bundesgericht hält fest: «Die Vorinstanz übersah, dass die Beklagte ihre Fürsorgepflicht nach Art. 328 Abs. 1 OR verletzt hat, wenn sie den Kläger auf Betreiben des Serviceleiters ohne weiteres entliess, weil sich der Kläger mit diesem nicht verstand. Dem angefochtenen Urteil ist nicht zu entnehmen, dass sich die Beklagte vorgängig auch nur ansatzweise darum bemüht hätte, das Verhältnis zu den genannten Personen zu entspannen. (...)»<sup>34</sup> Darüber hinaus hat die Beklagte das Gebot der schonenden Rechtsausübung krass verletzt, indem

32 Bger v.05.08.2004, 4C.174/2004, Erw. 2.4.

33 Bger v.18.12.2001, 4C.253/2001. Siehe zu dieser Entscheidung: Blesi (2002), S. 17 ff.

34 BGE 132 III 115, Erw. 5.1.

sie den Kläger ohne jegliches Vorgespräch und ohne auch nur den Versuch einer sozial verträglichen Lösung zu unternehmen, unter sofortiger Freistellung entliess. Die Vorinstanz verkannte, dass die jahrzehntelange Treue des Klägers für denselben Betrieb die Fürsorgepflicht der Beklagten erhöhte.»<sup>35</sup>

Mit den beiden letztgenannten Entscheiden hat das Bundesgericht einerseits einen neuen, nicht gesetzlich geregelten Missbrauchstatbestand geschaffen – die Verletzung der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR – und andererseits klargestellt, dass bei der Beurteilung der Art und des Ausmasses der Fürsorgepflicht auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abzustützen ist. Im einen Fall verlangt die Fürsorgepflicht vor einer Kündigung den Einsatz eines tauglichen Konfliktmanagements, im anderen Fall verbietet die jahrelange Betriebstreue die Entlassung ohne Vorgespräch. Hier wie dort hat die Missachtung dieser Pflichten die Missbräuchlichkeit der Kündigung und damit eine Entschädigungspflicht der Arbeitgeberin zur Folge.

## **4. Missbräuchlichkeit von Kündigungen aufgrund des Alters**

### **4.1 Ein neues Thema: Diskriminierung gegenüber älteren Arbeitnehmenden**

In den USA bilden Fragen der Altersdiskriminierung im Erwerbsleben Gegenstand zahlreicher ökonomischer, psychologischer, soziologischer und rechtlicher Untersuchungen. Dieses Interesse ist auch die Folge des in den USA – im Gegensatz zu europäischen Staaten – seit Jahrzehnten fest im Arbeitsrecht verankerten Diskriminierungsverbots. Erst seit 2006 verpflichtet in der Europäischen Union (EU) eine Rahmenrichtlinie die Mitgliedstaaten zu einem umfassenden rechtlichen Diskriminierungsschutz im Erwerbsleben, u.a. aus Gründen des Alters.<sup>36</sup> Im Kontext der Umsetzung der erwähnten Richtlinie werden auf dem Gebiete der EU vermehrt Studien zur Altersdiskriminierung durchgeführt<sup>37</sup> und in den

35 BGE 132 III 115, Erw. 5.4.

36 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, Amtsblatt Nr. L 303 vom 02/12/2000 S. 0016–0022.

37 Pärli (2009), S. 45 f.

Mitgliedstaaten werden vermehrt Gerichtsverfahren wegen Altersdiskriminierung angestrebt.<sup>38</sup> Zwar definiert die erwähnte Richtlinie nicht, welches Lebensalter vor Diskriminierung zu schützen sei, die meisten gerichtlichen Auseinandersetzungen betreffen jedoch die Diskriminierung älterer Arbeitnehmenden.<sup>39</sup>

In der Schweiz dagegen fristet die sozialwissenschaftliche Forschung zu Altersdiskriminierung im Erwerbsleben noch ein Mauerblümchendasein. Auffallend sind die Ergebnisse des vom Personalvermittlungsunternehmen Kelly Services durchgeführten «Global Workforce Index 2006»: Immerhin 24% der Befragten fühlen sich bei der Stellensuche aufgrund ihres Alters benachteiligt.<sup>40</sup> Benachteiligungen zeigen sich auch im Zusammenhang mit Kündigungen. Müssen Unternehmen aus wirtschaftlichen Gründen die Belegschaft reduzieren, so sind ältere Arbeitnehmende, die aus wirtschaftlichen Gründen entlassen werden müssen, überproportional vertreten, wobei die Entlassungen oft mit Frühpensionierungen einhergehen.<sup>41</sup>

Das schweizerische Arbeitsrecht kennt über das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und aufgrund des genetischen Status kein ausdrücklich gesetzlich verankertes Diskriminierungsverbot. Einen gewissen Schutz vor diskriminierenden Kündigungen bewirken jedoch auch die Bestimmungen zum Verbot der missbräuchlichen Kündigungen. Noch 1993 erblickte das Obergericht Zürich keine Diskriminierung im Umstand, dass im Zusammenhang mit Restrukturierung vorwiegend ältere Mitarbeitende entlassen wurden.<sup>42</sup> Die gleich folgende Analyse ausgewählter jüngerer Gerichtsentscheide zeigt jedoch eine wachsende Sensibilität gegenüber diskriminierenden Entlassungen älterer Arbeitnehmenden.

---

38 Zu ersten Leitentscheiden des Europäischen Gerichtshofes siehe Pärli (2009), S. 445.

39 Pärli (2009), S. 445.

40 Kellyservices, Discrimination emerging in new forms in the global jobs market, S. 5. Quelle: <http://www.reports-and-materials.org/Kelly-discrimination-survey-2006.pdf> (Zugriff: 7.12.2009).

41 Höpflinger (2005), S. 25.

42 Obergericht Zürich v. 6.9.1993 (OG ZH I. ZK), siehe plädoyer 6/93, S. 63 ff.

## 4.2 Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmende

### 4.2.1 Alter als Persönlichkeitsmerkmal im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR

In der bundesrätlichen Botschaft zur Revision des Kündigungsschutzes im Jahre 1984 wird als persönliche Eigenschaften, aufgrund der eine Kündigung missbräuchlich ist, unter anderem das «Alter» genannt. Auch die juristische Lehre und das Bundesgericht führen «Alter» als möglichen missbräuchlichen Kündigungsgrund auf.<sup>43</sup> Einen wichtigen Entscheid fällt dazu das Genfer Appellationsgericht am 22. März 2005. Die Kündigung, die wegen des fortgeschrittenen Alters des Arbeitnehmers ausgesprochen wurde, war missbräuchlich, da «Alter» unter die Eigenschaften falle, die einer Person «kraft ihrer Persönlichkeit» zusteht.<sup>44</sup> Die Arbeitgeberin vermochte im konkreten Fall keinen Rechtfertigungsgrund wie etwa eine abnehmende Leistungsfähigkeit darzulegen. Ob die abnehmende Leistung als eine aufgrund des fortgeschrittenen Alters des Arbeitnehmenden ausgesprochene Kündigung zu rechtfertigen vermag, ist allerdings zweifelhaft.

### 4.2.2 BGE 132 III 115: Missbräuchlichkeit einer Kündigung nach 44 Dienstjahren

Ein Heizungsmonteur arbeitete seit 1958 ununterbrochen im gleichen Betrieb. Er hatte die Absicht, Ende Mai 2003 bei Erreichen von 45 Dienstjahren in Pension zu gehen. Kurz vor dem Ende seines 44igsten Dienstjahres wurde ihm mit sofortiger Freistellung gekündigt. Die Arbeitgeberin begründete ihre Kündigung u.a. mit der negativen Einstellung gegenüber neuen Projekten und seiner Kritik an der Jahresarbeitszeitregelung. Der gekündigte Arbeitnehmer reichte danach eine Klage wegen missbräuchlicher Kündigung ein, die vom erstinstanzlichen Gericht gutgeheissen wurde. Die nächste Instanz indessen war der Auffassung, die Kündigung sei nicht missbräuchlich, da sie wegen des schlechten Verhältnisses zum Vorgesetzten ausgesprochen worden sei. Zwar sei es moralisch verwerflich, einen 63-jährigen Angestellten in seinem 44igsten Dienstjahr unter sofortiger Freistellung 14 Monate vor der ordentlichen Pensionierung ohne vorherige Anhörung zu kündigen. Eine rechtlich verbotene Missbräuchlichkeit liege jedoch nicht vor.

<sup>43</sup> Siehe dazu ausführlich: Pärli (2009), S. 524 ff.

<sup>44</sup> Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève, Urteil vom 10. November 2005 (Aufhebung des Urteils des Tribunal des prud'hommes vom 22. März 2005), JAR 2006, S. 469 f.

Aus mehreren Gründen erachtete das Bundesgericht die Kündigung als missbräuchlich und verurteilte die Arbeitgeberin zur maximal vorgesehenen Entschädigung von sechs Monatslöhnen. So habe die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht verletzt, weil sie den Arbeitnehmer ohne Vorgespräch entliess. Es hätte gemäss Bundesgericht anstelle der Kündigung verhältnismässige Lösungen des Konfliktes mit dem Vorgesetzten gegeben. Missbräuchlich war die Kündigung zudem, weil sie wegen der Kritik an der Berechnung der Jahresarbeitszeit erfolgt ist und die Kritik berechtigt war. Die mit Blick auf den Diskriminierungsschutz älterer Arbeitnehmenden entscheidende Erwägung 5.3 des Entscheides lautet:

*«Hinzu kommt, dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben (vorliegend 44 Jahre) im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt. Dazu gehört die Sorge dafür, einem wenige Monate vor der ordentlichen Pensionierung stehenden Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbussen zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rufen.»*

Diese Entscheidung wurde in der Lehre unterschiedlich aufgenommen. Kritisiert wurde, das Bundesgericht weiche den Grundsatz der Kündigungsfreiheit (weiter) auf.<sup>45</sup> Andere Stimmen befürworteten die Entscheidung und interpretieren sie als Vorbote einer Rechtsprechung zum Schutz vor Diskriminierung älterer Arbeitnehmenden.<sup>46</sup>

### 4.2.3 Die nachfolgenden Entscheidungen

In einem Nachfolgeentscheid zu BGE 132 III 115 hat das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz gestützt, die entschieden hatte, die Entlassung eines 58-jährigen Arbeitnehmers, der 33 Jahre im Betrieb verbracht habe, sei missbräuchlich.<sup>47</sup> Die Arbeitgeberin erwähnte in der schriftlichen Kündigungsbegründung, der Mitarbeiter sei «certes ancien, mais malheureusement inefficace».<sup>48</sup> Die Vorinstanz begründete die Missbräuchlichkeit der Kündigung wie folgt: «le congé était derechef abusif puisqu'il avait été décidé pour une raison inhérente à la personnalité du

45 Senti (2006), S. 611 ff.

46 Pärli (2009), S. 446.

47 Bger v. 22.5.2007, 4C.326/2006, Erw. 4.2.1.

48 Bger v. 22.5.2007, 4C.326/2006, Sachverhalt.

demandeur (cf. art. 336 al. 1 let. a CO), soit l'âge de ce dernier, proche de celui de la retraite, et son salaire élevé, cela sans que la défenderesse ait pu démontrer que le licenciement était absolument nécessaire dans le cadre de la réorganisation interne qu'elle a mise sur pied dès novembre 2002». <sup>49</sup> Die ausgesprochene Entschädigung über CHF 55 000.– war «très proche du maximum prévu par la loi». <sup>50</sup> Geschützt hat das Bundesgericht demgegenüber die Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen eines 57-jährigen Arbeitnehmers, der ebenfalls 33 Dienstjahre vorweisen konnte. Es sei unbestritten, so das Bundesgericht, dass die Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen erfolgt sei und somit als solche nicht missbräuchlich wäre. Eine Analogie zu BGE 132 III 115 sei ausgeschlossen. <sup>51</sup>

Materialien, Lehrmeinungen und Praxis zeigen, dass insbesondere die *Entlassung älterer Arbeitnehmenden* zumindest den *Verdacht einer missbräuchlichen Kündigung* intendiert. Weit gehend Konsens besteht jedoch darin, dass eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Erreichen des gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Pensionsalters keine missbräuchliche Kündigung darstellt. <sup>52</sup> Keine Altersdiskriminierung, aber eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts lag vor, weil eine Spitalangestellte nicht über die Pensionierungszeit hinaus arbeiten konnte, um ihre berufliche Vorsorge aufzubessern. <sup>53</sup>

49 Bger v. 22.5.2007, 4C.326/2006, Erw. 2.

50 Bger v. 22.5.2007, 4C.326/2006, Erw. 2.

51 Bger v. 2.4.2008, 4A\_72/2008. Siehe auch Bger v. 5.3.2007, 4C.388/2006, in dieser Entscheidung hält das Bundesgericht fest, das Alter alleine stelle keinen Grund für die Missbräuchlichkeit einer Kündigung dar (Erw. 4.2 der genannten Entscheidung).

52 BGE 114 II 394: Die Vereinbarung einer derartigen Befristung des Arbeitsverhältnisses auf den Zeitpunkt des Erreichens einer bestimmten Altersgrenze durch den jeweiligen Mitarbeiter ist grundsätzlich zulässig. Siehe in der Lehre: Barbey (1994), S. 81, Streiff/Von Kaenel (2006), N 5 zu Art. 336 OR, Staehelin (1996), N 14 zu Art. 336 OR, Zoss (1997), S. 186, Brühwiler (1996), N 2 zu Art. 336 OR. A.M. Rehinder (2002), N 3 zu Art. 336 OR. Für Rehinder hat der Gesetzgeber vergessen, für den Fall einer Kündigung wegen Erreichens des AHV-Alters einen Vorbehalt der Missbräuchlichkeit anzubringen, zudem weist der Autor darauf hin, die unterschiedliche Altersgrenze könnte Anlass zu Klagen nach dem Gleichstellungsgesetz bilden.

53 Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil v. 19.11.2002, JAR 2004, S. 430 f.



## 5. Missbräuchlichkeit von Kündigungen wegen gesundheitlichen Beeinträchtigungen

### 5.1 Ausgangslage: Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung oder einer Krankheit und rechtlicher Schutz

Arbeitnehmende mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen – sei es aufgrund einer Behinderung oder aufgrund einer Krankheit oder Krankheitsdisposition – werden sowohl beim Zugang zum Arbeitsmarkt wie auch innerhalb des Arbeitsverhältnisses und bei Entlassungen benachteiligt. Entsprechende empirische Belege finden sich für die Benachteiligung behinderter Arbeitnehmender<sup>54</sup> sowie für Diabetiker/innen<sup>55</sup> und HIV-Positive.

Verschiedene Studien weisen den Zusammenhang zwischen Arbeitsbedingungen und Invalidisierung nach.<sup>56</sup> Erkannt ist auch, dass die Partizipation älterer Arbeitnehmender wesentlich von der gesundheitlichen Belastung durch die Arbeitsverhältnisse abhängt.<sup>57</sup> Zu den arbeitsassoziierten Gesundheitsbelastungen gehören die Folgen von Stress und Mobbing. Die gesundheitsschädigenden Folgen und die finanziellen Konsequenzen davon wurden in mehreren Untersuchungen nachgewiesen.<sup>58</sup>

### 5.2 Diskriminierungsschutz wegen einer Behinderung oder einer Krankheit

Über das auch im Arbeitsrecht geltende Diskriminierungsverbot aufgrund des genetischen Status und die arbeitsrechtlichen Normen zum Persönlichkeitsschutz und die Bestimmungen zum sachlichen Kündigungsschutz hinaus finden sich im schweizerischen Arbeitsrecht keine Normen zum Diskriminierungsschutz aufgrund einer Krankheit oder Behinderung. Namentlich ist der Bereich privater Arbeitsverhältnisse im Behindertengleichstellungsgesetz ausdrücklich ausgeschlossen.<sup>59</sup>

54 Siehe z.B. die Behindertenstatistik 2002. Zum Ganzen: Pärli (2009), S. 43 ff.

55 Nebiker-Pedrotti/Keller/Iselin/Ruiz/Pärli/Caplazi/Puder (2009), S. 103 ff.

56 Barnay (2006), S. 119–131, Flückiger (2007), S. 5 ff.

57 Seco (2007), S. 19 ff.

58 Kiener (2002), S. 50 ff., Ramaciotti/Perriard (2003), S. 46 ff.

59 Siehe dazu ausführlich Pärli (2009), S. 483 ff.

Anders ist die Rechtslage in den EU-Mitgliedstaaten. Diese werden durch eine EU-Rahmenrichtlinie zu wirksamen Massnahmen gegen die Diskriminierung aufgrund einer Behinderung verpflichtet.<sup>60</sup> In einer ersten Leitentscheidung zur Auslegung dieser Richtlinie hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschieden, der Begriff der Behinderung sei von dem der Krankheit abzugrenzen.<sup>61</sup> Das ist entscheidend, nur «Behinderung» nicht aber «Krankheit» fällt unter den Schutz der Rahmenrichtlinie. Als Abgrenzungskriterium ist gemäss EuGH die Dauer der gesundheitlichen Beeinträchtigung heranzuziehen.<sup>62</sup> Länger dauernde gesundheitliche Beeinträchtigungen fallen deshalb unter den Begriff der Behinderung und somit sind auch chronischkranke Arbeitnehmende vor Diskriminierung geschützt.

Wichtiger Bestandteil des Diskriminierungsschutzes für behinderte Arbeitnehmer/innen bildet die Verpflichtung an die Arbeitgeber zu so genannten angemessenen Vorkehrungen. Es geht dabei um eine Verpflichtung zum Ausgleich behinderungsbedingter Nachteile. Grenze solcher Pflichten bildet die Zumutbarkeit, die von Art und Grösse des Betriebes abhängt. Diese dem US-amerikanischen Arbeitsrecht nachgebildete Konzeption soll sozialstaatliche Massnahmen zugunsten behinderter Arbeitnehmenden ergänzen. Sofern den Verhältnissen des Betriebes angemessen, müssen beispielsweise an Diabetes leidenden Arbeitnehmenden längere Pausen gewähren, damit diese sich mit Insulin versorgen und die notwendigen regelmässigen Mahlzeiten einnehmen können. Die Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen trifft auch auf Kündigungen zu. Der EuGH hat in der oben erwähnten Entscheidung klargestellt, dass behinderten Arbeitnehmer/innen nur dann wegen behinderungsbedingter Einschränkung ihrer beruflichen Fähigkeit gekündigt werden darf, wenn diese Einschränkung trotz den vom Arbeitgeber zu treffenden angemessenen Vorkehrungen bestehen bleiben.

Mit der EU-Regelung vergleichbare Regelungen zum Schutz (chronisch) kranker Arbeitnehmer/innen kennt das schweizerische Arbeitsrecht nicht. Die nähere Analyse ausgewählter jüngerer Gerichtsentscheide zeigt jedoch, dass namentlich das Bundesgericht die geltenden Normen zur missbräuchlichen Kündigung weit auslegt und den Kündigungsschutz verstärkt.

60 Dazu ausführlich Pärli (2009), S. 430 ff.

61 EuGH vom 11.7.2006, Rs. C-13/05, Chacon Navas, Rn 43.

62 EuGH vom 11.7.2006, Rs. C-13/05, Chacon Navas, Rn 45.

## 5.3 Verstärkter Schutz vor Entlassungen aus gesundheitlichen Gründen durch das Bundesgericht

### 5.3.1 Krankheit und Gesundheit als persönliche Eigenschaften im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR

Krankheit wird in der Lehre übereinstimmend zu den geschützten Eigenschaften im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR gezählt.<sup>63</sup> Das Arbeitsrecht kennt *keine Legaldefinition* des Begriffs Krankheit. Im Sozialversicherungsrecht ist der Begriff «Krankheit» im Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) definiert. Nach Art. 3 ATSG liegt eine Krankheit vor bei einer «Beeinträchtigung der körperlichen, psychischen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erforderlich macht». Diese Legaldefinition stellt die *Voraussetzung für den Leistungsbezug* in der Sozialversicherung dar,<sup>64</sup> sie bildet allenfalls ein Indiz für das Vorliegen einer Krankheit als geschützter Aspekt der Persönlichkeit im Sinne von Art. 328 OR oder 336 Abs. 1 lit. a OR<sup>65</sup>. Eine schützenswerte gesundheitliche Beeinträchtigung kann jedoch auch dann vorliegen, wenn weder eine medizinische Untersuchung noch eine Behandlung notwendig ist.

### 5.3.2 Eingeschränkte Arbeitsfähigkeit als Rechtfertigungsgrund

Der Kündigungsschutz wegen persönlichen Eigenschaften und somit auch wegen einer Krankheit entfällt, wenn die Krankheit oder die Folgen der Krankheit dazu führen, dass die Arbeitgeberin die in Art. 336 Abs. 1 lit. a vorgesehenen Rechtfertigungsgründe geltend machen kann. Die beiden Gründe sind: «wesentliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit» oder ein «Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis».

Führt die Krankheit zu einer Arbeitsunfähigkeit, so stellt dies einen Rechtfertigungsgrund (Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis) dar, und nach *Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes* gemäss Art. 336c OR darf das Arbeitsverhältnis in der Regel gekündigt werden.<sup>66</sup> Anders ist die

63 Streiff/Von Kaenel (2006), N 5 zu Art. 336 OR, Brühwiler (1996), N 2 zu Art. 336 OR, Portmann (2007), N 6 zu Art. 336 OR, Nordmann (1998), S. 88 ff., Geiser (1994), S. 340.

64 Zum Krankheitsbegriff in der Sozialversicherung siehe Kieser (2008), S. 147 ff.

65 Im Zusammenhang mit Art. 324a/b OR und Art. 336c OR: Streiff/Von Kaenel (2006), N 10 zu Art. 324a/b OR, Von Kaenel/Wyler (2005), S. 154 f.

66 BGE 123 III 246, Erw. 5 b., Bger v. 5.8.2004, 4C.174/2004, Erw. 2.2.2.

Rechtslage allerdings dann, wenn die Arbeitgeberin infolge *fehlender oder unzureichender Wahrnehmung ihrer Fürsorgepflicht* den Grund für die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit zu verantworten hat.<sup>67</sup> In mehreren Fällen entschied das Bundesgericht, dass eine Kündigung wegen Leistungsabfall missbräuchlich sei, wenn der Leistungsabfall auf Mobbing zurückzuführen ist.<sup>68</sup> *Mobbing* kann nicht nur zu Leistungsabfall, sondern auch zu Krankheit und Arbeitsunfähigkeit führen. Die Missbräuchlichkeit der Kündigung ist in solchen Fällen gegeben, wenn die Arbeitgeberin ihre Pflichten zum Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 OR nicht oder nicht ausreichend wahrgenommen hat.<sup>69</sup>

### 5.3.3 Pflicht zur erhöhten Rücksichtnahme auf Nichtraucher: BGE 132 III 257

In Kategorie «Missbräuchliche Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit als Folge einer Fürsorgepflichtverletzung» kann auch *BGE 132 III 257* eingeteilt werden.<sup>70</sup> Ein unter Rauchallergie leidender Mitarbeiter versuchte vergeblich, von seinem Arbeitgeber klageweise die Durchsetzung eines allgemeinen Rauchverbotes im Betrieb zu verlangen. Nur kurze Zeit später erhielt er von seinem Arbeitgeber die ordentliche Kündigung, die auf sein Verlangen damit begründet wurde, dass für seine Stelle ein besser geeigneter Arbeitnehmer gefunden worden sei. Die Kündigung wurde wegen Missbräuchlichkeit angefochten. Vor dem Arbeitsgericht wurde festgestellt, das Verlangen eines angemessenen Nichtraucherschutzes sei für die Kündigung nicht kausal, die Klage wurde folgedessen abgewiesen. Die Kündigung sei weiter nicht missbräuchlich, weil die Arbeitgeberin in allen Räumen, die der Kläger während der Arbeit aufsuchen musste, mit Ausnahme des Sitzungszimmers ausserhalb der Sitzungen und der Gänge, ein Rauchverbot galt. Auch vor Obergericht drang der Arbeitnehmer mit seinem Begehren nicht durch.

Das Bundesgericht prüfte die wegen häufigen gesundheitlich bedingten Absenzen erfolgte Kündigung des Klägers im Lichte der Fürsorgepflicht

67 Geiser (1994), N 3.8, GSGE vom 3.2.2000 in Sachen B. gegen Z. AG (BS), BJM 203, S. 324 ff. A.M. ist das Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, Entscheid vom 3. Januar 2008, Erw. III.2.

68 BGE 125 III 70, Erw. 2a, Bger v.20.3.2006, 4C.320/2005, Erw. 3, v. 12.10.2004, 4C.276/2004, Erw. 5.

69 Bger v. 31.5.2006, 4C.109/2005, Erw. 4 (zur Definition von Mobbing).

70 Der Entscheid wurde nur teilweise in die amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide aufgenommen (ab Erwägung 5), Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen finden sich unter Bger v. 8.2.2006, 4C.354/2005.

des Arbeitgebers. Es würde eine verpönte Treuwidrigkeit des Arbeitgebers vorliegen, wenn die für die Kündigung verantwortlichen zahlreichen krankheitsbedingten Absenzen auf die unterlassene oder nicht ausreichend wahrgenommene Pflicht zum Gesundheitsschutz (Art. 328 OR) zurückzuführen wäre.<sup>71</sup> Es stellte sich die Frage, ob die getroffenen Massnahmen zum Schutze des Rauchallergikers ausreichend waren.

Das Bundesgericht verwies auf Art. 328 Abs. 2 OR, wonach der Arbeitgeber zum Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer jene Massnahmen zu treffen hat, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind, soweit sie ihm mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden können. Diese Norm beziehe sich nicht nur auf Massnahmen zum Schutz vor Berufsunfällen, sondern ganz allgemeine Gesundheitsgefahren. Aus dieser Vorschrift erwachse Arbeitnehmenden ein Schutz vor Passivrauchen selbst dann, wenn ein Rauchverbot aus betrieblichen Gründen nicht notwendig sei.

Die Verpflichtung zum Nichtraucherschutz ergibt sich für den Arbeitgeber zudem aus dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz. Nach Art. 19 ArGV 3 hat der Arbeitgeber im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass die Nichtraucher nicht durch das Rauchen anderer Personen belästigt werden. Mit dieser Bestimmung sollen Nichtraucher und Nichtraucherinnen vor Belästigungen durch Passivrauchen bewahrt werden. Das Bundesgericht bekräftigte die Position des Arbeitsgerichtes, wonach der Schutzbereich auch die subjektive Empfindung der Belästigung umfasse und damit mehr als die blosse Gesundheit und das entsprechende Risiko.

Vor dem bundesgerichtlichen Verfahren stellte sich die Frage, ob die Arbeitgeberin mit dem angeordneten (teilweisen) Rauchverbot ihrer Fürsorgepflicht hinlänglich nachgekommen sei. Massgeblich ist dabei, «dass der Kläger als Allergiker wegen der verbleibenden Rauchimmissionen gesundheitlich derart beeinträchtigt war, dass er verschiedentlich der Arbeit fernbleiben musste. Das kann nur bedeuten, dass die getroffenen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers objektiv nicht

71 Bger v. 8.2.2006, 4C.354/2005, Erw. 2.3.

genügte. Unter diesen Umständen ist eine Verletzung der Fürsorgepflicht nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil die Beklagte bereits vergleichsweise ausgedehnte Massnahmen zum Schutz des Klägers ergriffen hat. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob mit zusätzlichen, der Beklagten zumutbaren Massnahmen eine Beeinträchtigung der Gesundheit und damit der Arbeitsfähigkeit des Klägers hätte vermieden werden können». <sup>72</sup> Das Bundesgericht hiess die Klage des Rauchallergikers teilweise gut und wies die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.

Diese Entscheidung des Bundesgerichts ist in mehrfacher Hinsicht bedeutend. Zum einen hielt das Bundesgericht fest, die Verpflichtungen aus Art. 328 OR gingen unter Umständen weiter als diejenigen gestützt auf den öffentlich-rechtlichen Gesundheitsschutz. Zum anderen postulierte das Bundesgericht eine erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber einem Rauchallergiker im Vergleich zum gewöhnlichen Nichtraucher. Die Verletzung dieser Fürsorgepflicht stellt per se eine Vertragsverletzung dar. Darüber hinaus steht eine an den betroffenen Arbeitnehmer oder die betroffene Arbeitnehmerin ausgesprochene Kündigung im konkreten Verdacht der Missbräuchlichkeit.

#### **5.3.4 Pflicht zur Rücksichtnahme bei Teilerwerbsfähigkeit**

Einen weiteren Anwendungsfall erhöhter Fürsorgepflicht erkannte das Bundesgericht im Entscheid vom 27. Mai 2008 (4A\_102/2008). Ein bis dahin zu 100% angestellter Automechaniker erlitt am 7. November 2005 einen Berufsunfall, wobei sein linkes Auge schwer verletzt wurde. Infolgedessen war er zunächst 100% und ab dem 10. April 2006 zu 50% arbeitsunfähig. Am 10. April 2006 nahm er seine Arbeit wieder auf, arbeitete jedoch nur zu 50% anstatt wie vertraglich vereinbart zu 100%. Aus arbeitsorganisatorischen Gründen kündigte die Arbeitgeberin am 14. Juni 2006 den Arbeitsvertrag.

Der betroffene Arbeitnehmer klagte daraufhin gegen seinen Arbeitgeber auf missbräuchliche Kündigung. Unter anderem begründete er seine Klage damit, dass von ihm ein volles Arbeitspensum verlangt worden sei, obwohl er ein ärztliches Zeugnis vorweisen konnte, welches eine reduzierte Arbeitsfähigkeit attestierte. Die Arbeitgeberin machte demgegen-

---

72 BGE 132 III 257, Erw. 6.1.

über geltend, die Kündigung sei nicht missbräuchlich gewesen, da ein reduziertes Pensum zu erheblichen Organisationsproblemen geführt hätte. Sowohl das Arbeitsgericht wie das Appellationsgericht erkannten auf eine Missbräuchlichkeit der Kündigung, worauf die Arbeitgeberin den Fall ans Bundesgericht weiterzog.

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass die Parteien an die vertraglichen Vereinbarungen – vorliegend also die 100-prozentige Beschäftigung – gebunden seien und dass ein Arbeitsvertrag entsprechend dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit auch ohne Vorliegen besonderer Gründe gekündigt werden kann. Die Vorinstanzen hätten indes verbindlich festgestellt, dass die Kündigung wegen der Weigerung des Arbeitnehmers erfolgt sei, 100% zu arbeiten, was ihm jedoch aufgrund der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit gar nicht möglich gewesen sei. Das Bundesgericht kam zum Schluss, der Arbeitnehmer habe berechtigterweise eine Rücksichtnahme auf seinen Gesundheitszustand gemäss der aus Art. 328 OR fliessenden Fürsorgepflicht zu fordern. Das Appellationsgericht sei daher zu Recht von einer Rache Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ausgegangen und die Arbeitgeberin könne sich nicht auf eine falsche Anwendung dieser Bestimmung berufen.<sup>73</sup>

Im konkreten Fall war der zeitliche Kündigungsschutz bereits abgelaufen. Im Ergebnis hat das Bundesgericht mit dem vorliegenden Urteil die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers gegenüber erkrankten Mitarbeitenden über den zeitlichen Kündigungsschutz hinaus eingeschränkt. Aus der juristischen Lehre wurde an diesem nicht in die amtliche Sammlung der Leitentscheide aufgenommenen Urteil Kritik geäussert. So wird gefragt, ob die Arbeitgeberin bei ärztlich bescheinigter Arbeitsunfähigkeit überhaupt noch eine Möglichkeit zur Kündigung hat oder ob im Lichte dieser Rechtsprechung eine eigentliche Beschäftigungspflicht gilt.<sup>74</sup> Das ist auch im Lichte dieser neuen Entscheidung zu verneinen: Die Arbeitgeberin kann auch gegenüber eingeschränkt arbeitsfähigen Arbeitnehmer/innen die Kündigung aussprechen. Gegenüber solchen Arbeitnehmenden besteht indes eine erhöhte Fürsorgepflicht. Eine Kündigung ist deshalb nur dann zulässig, wenn der Arbeitgeber beweisen kann, dass er alles ihm Zumutbare und Notwendige im Sinne von Art. 328 OR vorgekehrt

73 Bger v. 27.5.2008, 4A.102/2008, Erw. 2.

74 Abegg/Stebler (2009), S. 1178.

hat, um die Weiterbeschäftigung des gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zu ermöglichen.<sup>75</sup> Damit zeigt sich eine auf den ersten Blick erstaunliche Parallele zur Arbeitgeberverpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen nach den Vorschriften des Rechts der Europäischen Union. Bekanntlich ist die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied nicht verpflichtet, das schweizerische Arbeitsrecht mit einer entsprechenden Bestimmung anzupassen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass die Gerichte unter Bezugnahme auf die Generalklausel zum Persönlichkeitsschutz in Art. 328 OR den Rechtsschutz für gesundheitlich angeschlagene Arbeitnehmende erhöhen (können).<sup>76</sup>

## 6. Zusammenfassung und Konsequenzen für das HRM

Der rechtliche Rahmen, innerhalb dessen sich die Trennung von Arbeitnehmenden abzuspielen hat, gewährt den Unternehmungen einen grossen Handlungsspielraum. Die fehlbare Partei muss lediglich der gekündigten Partei eine Entschädigung ausrichten. Insbesondere braucht es für eine Kündigung grundsätzlich keinen besonderen Grund. Einzuhalten sind für beide Parteien die gesetzlichen oder vertraglich erweiterten ordentlichen Kündigungsfristen. Nach den einschlägigen OR-Bestimmungen beschränken nur gerade die Bestimmungen zum zeitlichen und sachlichen Kündigungsschutz den Grundsatz der Kündigungsfreiheit (Sperrfristen gemäss Art. 336c OR und Verbot der Kündigung aus missbräuchlichen Motiven gemäss Art. 336, 336a, 336 b OR). Zu beachten sind weiter gesetzliche Einschränkungen der Kündigungsfreiheit im Bereich des Gleichstellungsgesetzes aufgrund des Geschlechts, des Personenfreizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und des Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen (GUMG).

Die gekündigte Partei kann von der kündigenden Partei eine schriftliche Begründung verlangen. Damit soll der gekündigten Partei der Nachweis einer missbräuchlichen Kündigung erleichtert werden. Ausdruck des freiheitlichen Kündigungsrechts bilden: Nach Ablauf der Sperrfrist ist eine Kündigung möglich und auch eine missbräuchliche Kündigung ändert nichts an deren Gültigkeit.

75 So auch Abegg/Stebler (2009), S. 1179.

76 Pärli (2009), S. 554.



Die Analyse der jüngeren Rechtsprechung zur missbräuchlichen Kündigung zeigt, dass namentlich das Bundesgericht den unternehmerischen Handlungsspielraum im Umgang mit Kündigungen eingeschränkt hat. Festzustellen ist:

- Die Liste der Missbrauchsgründe in Art. 336 Abs. 1 und 2 ist nicht abschliessend. Die Gerichte anerkennen weitere, auf Art. 2 ZGB gestützte Missbrauchsgründe. Dazu gehören ein Verstoß gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung, die missbräuchliche Änderungskündigung und die Missbräuchlichkeit einer Kündigung wegen (vorgängig) verletzter Fürsorgepflicht.
- Grundsätzlich braucht es vor einer Kündigung keine Anhörung. Das Bundesgericht hat jedoch in BGE 132 III 115 entschieden, dass gegenüber einem Arbeitnehmer mit 44 Dienstjahren eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt, die auch erfordert, vor einer Kündigung das Gespräch zu suchen und Alternativen zur Kündigung in Erwägung zu ziehen.
- In mehreren Entscheiden erwähnt das Bundesgericht eine erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber bestimmten Personen. In BGE 132 III 115 betrifft die erhöhte Fürsorgepflicht einen Arbeitnehmer mit 44 Dienstjahren, in BGE 132 III 273 einen Rauchhalleriker und im Entscheid 4A\_102/2008 einen teilerwerbsunfähigen Arbeitnehmer. Gegenüber diesen Personen kann eine Kündigung nur noch dann sanktionsfrei ausgesprochen werden, wenn der erhöhten Fürsorgepflicht nachgekommen ist, also z.B. alles Zumutbare unternommen wurde, um den Rauchhalleriker vor Rauchbelästigung zu schützen.

Für die HRM-Verantwortliche gilt es, die geschilderten Entwicklungen zur Kenntnis zu nehmen und bei Entscheiden über die Entlassung von Mitarbeitenden zu berücksichtigen. Ein Gerichtsverfahren um eine missbräuchliche Kündigung birgt dabei nicht nur ein finanzielles Risiko. Die Entschädigungssummen sind bekanntlich nicht so hoch, und ein Unternehmen könnte geneigt sein, diese finanziellen Folgen in Kauf zu nehmen, sofern damit ein unliebsamer Mitarbeiter oder eine unliebsame Mitarbeiterin «entledigt» werden kann. Eine solche Sichtweise greift jedoch zu kurz. Durch ein Gerichtsverfahren um eine missbräuchliche Kündigung entsteht für eine Unternehmung ein Reputationsrisiko. Populäre Medien wie der «Beobachter» oder «K-Tipp» greifen gerne Geschichten auf, in denen Arbeitnehmenden tatsächlich oder vermeintlich Un-

recht widerfahren ist. Dazu kommt ein weiterer Aspekt: Kündigungen wegen tatsächlicher oder behaupteter schlechter Leistungen an verletzte Personen wie ältere oder gesundheitlich angeschlagene Arbeitnehmende wirken sich auch auf die Motivation der übrigen Beschäftigten aus. Die Botschaft kann so ankommen: «So wird es mir hier in diesem Betrieb also ergehen, wenn ich aus Gründen des Alters oder einer gesundheitlichen Beeinträchtigung nicht mehr die volle Leistung bringen kann.»

Kündigungen, die als ungerecht empfunden werden, werden von den betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nur schlecht akzeptiert. Daran ändert nichts, dass sich besonders bei Konflikten im Team oder mit Vorgesetzten aus einer objektiven Warte aus betrachtet die Kündigung für alle Beteiligten als die einzig gangbare Lösung erweist. Vom Arbeitgeber die Kündigung zu erhalten, stellt in vielen Fällen ein sehr einschneidendes Erlebnis dar. Besonders hart trifft es Arbeitnehmende, die einen beachtlichen Teil ihrer Lebenszeit für ein bestimmtes Unternehmen eingesetzt haben oder die, wenn auch nur für eine beschränkte Zeit, ihre ganze Lebensenergie in den Aufbau einer Unternehmung oder in ein bestimmtes Projekt gesteckt haben.

Der vorliegende Beitrag hat die rechtlichen Schranken solcher Kündigungen aufgezeigt. Es versteht sich von selbst, dass kluge Unternehmungen auch ohne Drohung des rechtlichen Zwangsapparats Kündigungen nur als Ultima Ratio aussprechen, beim Kündigungsentscheid ihrer Fürsorgepflicht gegenüber den Betroffenen nachkommen und gleichzeitig die Wirkung und Auswirkung einer Kündigung im Team, im Betrieb und auf die Öffentlichkeit miteinbeziehen.

## Literatur

- Abegg, Andreas/Steblér, Simone** (2008), Kommentar zum Bundesgerichtssentscheid 4A: Missbräuchliche Kündigung infolge Krankheit, in: AJP, St. Gallen 2008, S. 177 ff.
- Barbey, Richard** (1994), Les congés abusifs selon l'art. 336 alinéa 1 CO, in : Le droit du travail en pratique, Heft 8, Zürich 1994, S. 71–96.
- Barnay, Thomas** (2006), L'état de santé comme facteur de cessation d'activité en Europe, in: Revue Santé, Societé et Solidarité, Paris 2006, S. 119–131.
- Blesi, Alfred** (2002), Besprechung des Urteils des Bundesgerichts, I. Zivilabteilung, vom 18. Dezember 2001 (4C.253/2001), in: ARV, Zürich 2002 S. 17–21.
- Brühwiler, Jürg** (1996), Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Hrsg. vom Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, Bern 1996.
- Flueckiger, Yves** (2007), Macht Arbeit krank? Eine Analyse der Gründe für den Anstieg der Fälle psychischer Invalidität in der Schweiz, Pro Menta Sana, Zürich 2007.
- Geiser, Thomas** (1994), Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, in: BJM, Basel 1994, S. 169–196.
- Geiser, Thomas/Müller, Roland** (2009), Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009.
- Gabathuler, Thomas** (2002), Kündigungsschutz revisionsbedürftig, in: Plädoyer Nr. 5/02, Zürich 2002, S. 28 ff.
- Höpfinger, François** (2005), Demografische Alterung und Erwerbsbeteiligung älterer Arbeitskräfte in der Schweiz, in: Clemens, Wolfgang/Höpfinger, François/Winkler, Ruedi (Hrsg.): Arbeit in späteren Lebensphasen. Sackgassen, Perspektiven, Visionen, Bern 2005, S. 15–35.
- Humbert, Denis** (1999), Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Zürich 1999.
- Kiener, Alain** (2002), Mobbing und andere psychosoziale Spannungen am Arbeitsplatz in der Schweiz, Staatssekretariat für Wirtschaft (seco), Bern 2002.

**Kieser, Ueli** (2008), Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zürich 2008.

**Molo, Romolo** (2009), Das ILO-Übereinkommen Nr. 98 und die Koalitionsfreiheit in der Schweiz, in: Andermatt/Bianchi/Bruchez/Gabathuler/Häberli/Kuster/Zürcher/Molo/Rieger/Roncoroni/Schmid (Hrsg.): Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009.

**Nebiker-Pedrotti, Pierra M./Keller, Ulrich/Iselin, Hans-Ulrich/Ruiz, Juan/Pärli, Kurt/Caplazi, Alexandra./Puder, Jardena** (2009), Perceived discrimination against diabetics in the workplace and in work-related insurances in Switzerland, In: SWISS MED WEEKLY, Basel 2009, S. 103–109.

**Nordmann, Philippe** (1998), Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Basel 1998.

**Pärli, Kurt** (2009), Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2009.

**Pärli, Kurt** (2007), Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot europäischer Arbeitnehmer nach Gemeinschaftsrecht und nach dem Personenfreizügigkeitsrecht mit der Schweiz, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht Nr. 1/07, Berlin 2007, S. 25–34.

**Pärli, Kurt** (2007a), Arbeits- und Sozialversicherungsrechtliche Aspekte des Bundesgesetzes über den Schutz des Menschen vor Missbrauch in der Gentechnologie, in: AJP, St. Gallen 2007, S. 79–88.

**Portmann, Wolfgang** (2007), Kommentar zum Arbeitsvertrag, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Peter Nedim/Wiegand Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Basel 2007, S. 1735–2167.

**Ramaciotti, Daniel/Perriard, Julien** (2003), Die Kosten des Stresses in der Schweiz, Studie im Auftrag des seco, Bern 2003.

**Rehbinder, Manfred** (2002), Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002

**Reiter, Catherine** (2006), Die Reformbedürftigkeit des Rechts der missbräuchlichen Kündigung im Lichte des Menschenrechtsschutzes, in: AJP, St. Gallen 2006, S. 1087–1092.

**Seco** (2007), Erhöhung der Partizipation älterer Erwerbstätiger im Arbeitsmarkt, Bern 2007.

**Senti, Christoph** (2006), Urteilsbesprechung Bundesgerichtsentscheid vom 20.12.2005, 4. Zivilabteilung, 4C.215/2005, in: AJP, St. Gallen 2006, S. 611 ff.

**Stahelin, Adrian** (1996), OR – Art. 319–362, Der Arbeitsvertrag (Der Einzelarbeitsvertrag), Zürcher Kommentar, Vc., Zürich 1996.

**Straubhaar, Thomas/Werner, Heinz** (2003), Arbeitsmarkt Schweiz – ein Erfolgsmodell? in: Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung 1/2003, Stuttgart 2003, S. 60–76.

**Von Kaenel, Adrian/Streiff, Ullin:** Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zürich 2006.

**Von Kaenel, Adrian/Wyler, Rémy** (2005), Effets de la LPGA sur le droit du travail, in: ARV 2005 S. 153–166.

**Zoss, Marie-Gisèle** (1997), La résiliation abusive du contrat, Lausanne 1997.

