

En l'espèce, est **abusif** le licenciement d'un travailleur âgé de 64 ans et ayant une ancienneté de 30 ans.

L'appréciation du caractère abusif du licenciement des travailleurs âgés ayant une grande ancienneté, et le devoir de protection corrélatif pesant sur l'employeur, doit se faire au regard de **l'ensemble des circonstances** du cas particulier (cons. 3.4.2).

#### Besetzung

Bundesrichterin Jametti, Präsidentin,  
Bundesrichterin Hohl,  
Bundesrichter Rüedi,  
Gerichtsschreiber Matt.

#### Verfahrensbeteiligte

A.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Bruno Dohner,  
Beschwerdeführer,

gegen

B.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Christos Antoniadis,  
Beschwerdegegner.

#### Gegenstand

Arbeitsvertrag; missbräuchliche Kündigung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 12. Januar 2023 (LA220021-O/U).

#### Sachverhalt:

A.

A. (Arbeitgeber, Beschwerdeführer) ist Inhaber des im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens "X.". B. (Arbeitnehmer, Beschwerdegegner) arbeitete während rund 30 Jahren als Koch im Restaurant Y., zuletzt als stellvertretender Küchenchef. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis am 16. Juni 2020 schriftlich per Ende August 2020. Diese Kündigung erfolgte rund 11 Monate vor der Pensionierung des damals 64-jährigen Arbeitnehmers.

B.

Nach gescheitertem Schlichtungsversuch klagte der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht Zürich gegen den Arbeitgeber. An der Instruktionsverhandlung vom 18. Januar 2022 wurde ein Teilvergleich über die Überstunden geschlossen. Danach blieb streitig, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und Lohnersatz schuldet.

Mit Urteil vom 16. August 2022 sprach das Arbeitsgericht dem Arbeitnehmer wegen missbräuchlicher Kündigung eine Entschädigung von 4 ½ Monatslöhnen zu, nämlich Fr. 27'430.-- netto nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2021. Im Mehrumfang wies es die Klage ab.

Die dagegen gerichtete Berufung des Arbeitgebers wies das Obergericht des Kantons Zürich am 12. Januar 2023 ab.

C.

Der Arbeitgeber beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, die Klage des Arbeitnehmers sei abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zu neuem Entscheid an das Obergericht zurückzuweisen.

Der Arbeitnehmer trägt auf Abweisung der Beschwerde an, während das Obergericht auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wurde am 16. März 2023 präsidentialiter gutgeheissen.

Erwägungen:

1.

Die Eintretensvoraussetzungen geben keinen Anlass zu Bemerkungen. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

2.

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

3.

Umstritten ist, ob die Kündigung vom 16. Juni 2020 als missbräuchlich zu qualifizieren ist.

3.1. Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Damit gilt das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um kündigen zu können (vgl. BGE 136 III 513 E. 2.3 mit Hinweisen). Ihre Grenzen findet die Kündigungsfreiheit im Missbrauchsverbot.

Der sachliche Kündigungsschutz knüpft grundsätzlich am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel

treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 131 III 535 E. 4.2; 125 III 70 E. 2b). Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen (BGE 132 III 115 E. 2.2). Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers nicht, um die Kündigung als missbräuchlich erscheinen zu lassen. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren (BGE 132 III 115 E. 2.3; 131 III 535 E. 4.2; Urteile 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.1.2; 4A\_280/2017 vom 7. September 2017 E. 4.1 mit Hinweisen).

3.2. Die Erstinstanz hatte erwogen, der Arbeitsvertrag des damals 64-jährigen Beschwerdegegners sei nach einer Dienstzeit von rund 30 Jahren gekündigt worden. Diese Kündigung nur 11 Monate vor der Pensionierung habe dem mindestens teilweise arbeitsunfähigen Beschwerdegegner praktisch verunmöglicht, bis zur Pensionierung eine neue Stelle zu finden. Dies sei auch für den Beschwerdeführer offenkundig gewesen. Deshalb hätte der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner rechtzeitig zur Kündigung anhören und nach Lösungen zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses suchen müssen.

3.3.

3.3.1. Im kantonalen Verfahren brachte der Beschwerdeführer vor, die C. AG habe den Parteien am 17. März 2020 geschrieben, die Leistungen der Krankentaggeldversicherung seien per 23. Mai 2020 ausgeschöpft. Dieses Schreiben sei als Vorwarnung für die Kündigung zu verstehen gewesen. Auf diesen Einwand entgegneten die Vorinstanzen, der Beschwerdegegner habe nach der jahrzehntelangen Zusammenarbeit nicht mit einer Kündigung rechnen müssen, nur weil die Einstellung der Krankentaggeldzahlungen in Aussicht gestellt worden sei.

3.3.2. Der Beschwerdeführer brachte weiter vor, die Kündigung sei nicht unerwartet gekommen, nachdem die Sperrfrist von 180 Tagen gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR abgelaufen gewesen sei. Auch dieses Argument verwarfen die Vorinstanzen, indem sie erwogen, der Beschwerdegegner habe nach Ablauf der Sperrfrist nicht mit einer Kündigung rechnen müssen, zumal das Arbeitsverhältnis rund 30 Jahre gedauert habe und er nur 11 Monate vor der Pensionierung gestanden sei.

3.3.3. Der Beschwerdeführer hatte schon im kantonalen Verfahren geltend gemacht, die Kündigung habe es dem dauernd arbeitsunfähigen Beschwerdegegner ermöglicht, nach der Einstellung der Krankentaggeldzahlungen einer massiven Lohneinbusse zu entgehen und den fehlenden Lohnersatz bei einer Sozialversicherung einzufordern. Dazu erwogen die Vorinstanzen, selbst wenn die Kündigung für den Beschwerdegegner die finanziell günstigste Lösung gewesen wäre, hätte dies den Beschwerdeführer nicht von seiner Pflicht entbunden, zusammen mit dem Beschwerdegegner nach einer sozialverträglicheren Alternative zur Kündigung zwecks Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses zu suchen, zumal der Beschwerdegegner nicht voll arbeitsunfähig gewesen und vor der Kündigung nicht krankgeschrieben gewesen sei.

3.3.4. Der Beschwerdeführer brachte vor, er sei auf ein voll funktionierendes Team angewiesen gewesen, weshalb die Kündigung aus betrieblichen Gründen unabdingbar gewesen sei. Diese Argumentation überzeugte die Vorinstanzen nicht. Sie hielten fest, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verlange eine Kündigung nach langer Dienstdauer und kurz vor der Pensionierung stets eine schonende Rechtsausübung.

3.4.

3.4.1. Der Beschwerdeführer machte bereits im Berufungsverfahren geltend, es dürfe nicht allein auf das Alter des zur Kündigung 64-jährigen Beschwerdegegners abgestellt werden. Es habe keinen

Zusammenhang gegeben zwischen dessen Alter und der Kündigung. Massgebend seien allein sein schweres Knieleiden und die zweifelhafte Einsatzfähigkeit gewesen. Dem entgegnet die Vorinstanz, niemand habe angenommen, dass der Beschwerdeführer eine reine Alterskündigung ausgesprochen habe. Vielmehr habe bereits die Erstinstanz auch die rund 30-jährige Dauer des Arbeitsverhältnisses und die Kündigung nur 11 Monate vor der Pensionierung berücksichtigt.

3.4.2. Das Obligationenrecht kennt keine Pflicht, die Gegenpartei vor Aussprechen einer Kündigung anzuhören oder sie zunächst zu verwarnen. Ebenso wenig besteht im Privatrecht die generelle Pflicht, eine Kündigung einer Verhältnismässigkeitsprüfung zu unterziehen in dem Sinne, dass vorgängig stets mildere Massnahmen zu ergreifen wären (Urteil 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.2 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer bezieht sich auf BGE 132 III 115, wo das Bundesgericht entschied, ein Arbeitgeber handle missbräuchlich, wenn er einen Heizungsmonteur nach 44 klaglosen Dienstjahren nur wenige Monate vor der Pensionierung entlässt, wenn keine betriebliche Notwendigkeit besteht und er nicht nach einer sozialverträglicheren Lösung gesucht hat. In einem späteren Urteil stellte das Bundesgericht klar, bei BGE 132 III 115 habe es sich um einen aussergewöhnlichen, gar extremen Fall gehandelt. Demgemäss darf keine isolierte Betrachtung nur des Alters des Arbeitnehmers stattfinden, sondern es ist auf die gesamten Umstände des Einzelfalls abzustellen (Urteil 4A\_419/2007 vom 29. Januar 2008 E. 2.5).

Im Urteil 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 erwog das Bundesgericht, für Arbeitnehmer im fortgeschrittenen Alter und mit langer Dienstzeit gelte eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Daraus leitete es ab, dass die Arbeitgeber die Arbeitnehmer vorgängig zu informieren, anzuhören und nach alternativen Lösungen zu suchen haben (vgl. dort E. 4.2.2). Dieses Urteil ist in Teilen der Lehre auf Kritik gestossen. Es wird beanstandet, das Bundesgericht leite Pflichten des Arbeitgebers ab, die im kodifizierten Arbeitsrecht kaum eine Stütze fänden. Zudem werde das private Arbeitsrecht für eine bestimmte Arbeitnehmerkategorie dem öffentlichen Dienstrecht angenähert (vgl. namentlich ADRIAN VON KAENEL, Neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kündigungsschutz, in: Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, 2017, S. 481 ff., 489 f.). Andere Stimmen begrüssen den Entscheid in sozialpolitischer Hinsicht, da er den Schutz älterer Arbeitnehmer verstärke, was angesichts der gravierenden Auswirkungen solcher Kündigungen und der Tatsache, dass durch diese regelmässig jahrzehntelange, loyale Arbeitnehmer betroffen seien, zu begrüssen sei (DENIS G. HUMBERT, Die Alterskündigung, AJP 2015 S. 868 ff., 873 f.).

Auf die Kritik am Urteil 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 muss hier nicht im Einzelnen eingegangen werden. Der Arbeitgeber hat zwar bei älteren Arbeitnehmern der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken. Doch entgegen der apodiktischen Formulierung im Urteil 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.2.2 bestimmt sich der Umfang der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auch bei älteren Arbeitnehmern aufgrund einer Gesamtwürdigung der jeweiligen Umstände (vgl. bereits Urteil 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.2).

3.4.3. Die Vorinstanz hielt fest, dass eine Kündigung unter der Generalklausel von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR zu prüfen ist, wenn der Arbeitnehmer nach einer langen Dienstzeit beim Arbeitgeber kurz vor der Pensionierung steht. In dieser Konstellation bestehe eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die einer Kündigung zwar nicht entgegenstehe, aber eine schonende Rechtsausübung gebiete. Dies bedeute namentlich, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer frühzeitig über die beabsichtigte Kündigung informiere und eine sozialverträglichere Alternative zumindest prüft. Damit setzte sich die Vorinstanz nicht in Widerspruch zur dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

3.4.4. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass der Beschwerdegegner als älterer Arbeitnehmer mit langer Dienstzeit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzusehen ist. Er kritisiert aber, dass die Vorinstanz die bundesgerichtliche Rechtsprechung ungenügend beachtet habe. Bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Kündigungen älterer Arbeitnehmer mit langer Dienstzeit seien stets alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Im BGE 132 III 115 sei die Kündigung als missbräuchlich eingestuft worden, weil der Arbeitgeber hätte versuchen müssen, eine Lösung für

persönliche Konflikte zu finden, bevor er dem Arbeitnehmer kündigte, während im Urteil 4A\_558/2012 vom 18. Februar 2013 der Arbeitnehmer unter mangelnder Motivation gelitten, aber weiterhin ausreichende Arbeit geleistet habe. Anders verhalte es sich im vorliegenden Fall. Die Vorinstanz verkenne, dass er gekündigt habe, weil der Beschwerdegegner gesundheitliche Probleme gehabt und die C. AG die Einstellung ihrer Leistungen angekündigt habe.

Damit legt der Beschwerdeführer nicht dar, dass die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hätte. Denn sie verwies auf die unbestrittenen Umstände des vorliegenden Falls. Demnach hatte der im Zeitpunkt der Kündigung 64-jährige Beschwerdegegner während rund 30 Jahren für den Beschwerdeführer gearbeitet und war nur rund elf Monate vor der Pensionierung gestanden. Für die Vorinstanz stand daher ausser Frage, dass die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung einschlägig sei und den Beschwerdeführer eine erhöhte Fürsorgepflicht getroffen habe. Die Vorinstanz setzte sich mit dem Einwand des Beschwerdeführers auseinander, dass er dem Beschwerdegegner nur wegen dessen schlechten Gesundheitszustands und der fehlenden Einsatzfähigkeit gekündigt habe. Aus der erhöhten Fürsorgepflicht leitete die Vorinstanz aber ab, dass der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner frühzeitig über die beabsichtigte Kündigung hätte informieren und eine sozialverträglichere Alternative zumindest prüfen müssen. Damit sprach die Vorinstanz dem Beschwerdeführer nicht das Kündigungsrecht ab. Vielmehr qualifizierte sie die Art und Weise der Kündigung als missbräuchlich.

Der Beschwerdeführer trägt zutreffend vor, dass vorliegend nicht wie in BGE 132 III 115 eine Lösung für persönliche Konflikte gesucht werden musste und dass nicht wie im Urteil 4A\_558/2012 vom 18. Februar 2013 mangelnde Motivation zur Diskussion stand. Es sei um die Einstellung der Leistungen der C. AG und um die gesundheitlichen Probleme des Beschwerdegegners gegangen. Damit widerlegt der Beschwerdeführer nicht die vorinstanzliche Erwägung, wonach er zusammen mit dem Beschwerdegegner eine sozialverträglichere Alternative zur Kündigung zumindest hätte in Erwägung ziehen müssen, zumal der Beschwerdegegner nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht voll arbeitsunfähig gewesen und vor der Kündigung nicht krankgeschrieben war. Darin unterscheidet sich der vorliegende Fall vom Sachverhalt, der dem Urteil 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022 zugrunde lag. Dort war die Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Krankheit unfähig, irgendeine Arbeitsleistung zu erbringen. Zudem hatte die Arbeitgeberin in jenem Fall keinerlei Informationen zu diesem Punkt. Das Bundesgericht betonte in jenem Urteil, dass die Arbeitgeberin nicht verpflichtet war, die Arbeitnehmerin fast ein Jahr lang und ohne Hinweis darauf, dass sie in der Zwischenzeit wieder arbeiten könnte, weiter zu beschäftigen. Somit unterscheidet sich der vorliegende Fall durchaus vom Sachverhalt gemäss Urteil 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022. Der Hinweis des Beschwerdeführers auf die Corona-Pandemie ändert daran nichts.

3.4.5. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung zwar eine Rechtsfrage ist, welche das Bundesgericht frei prüft (Urteile 4A\_186/2022 vom 22. August 2022 E. 4; 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.2; 4A\_126/2020 vom 30. Oktober 2020 E. 3). Allerdings verbleibt den Vorinstanzen ein gewisses Ermessen, in welches das Bundesgericht nicht ohne Not eingreift.

3.5. Nach dem Gesagten ging die Vorinstanz zu Recht von einer missbräuchlichen Kündigung aus.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-  
- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 15. Mai 2023

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jametti

Der Gerichtsschreiber: Matt