

Art. 336 OR: Missbräuchliche Kündigung (Grundsatz)

Funktion, System und Anwendungsbereich

Art. 336 OR bildet den Kern des sachlichen Kündigungsschutzes im privatrechtlichen Einzelarbeitsvertrag. Ausgangspunkt bleibt die Kündigungsfreiheit: Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Partei gekündigt werden **Art. 335 OR**, und die Rechtmässigkeit einer Kündigung setzt grundsätzlich keine besonderen Gründe voraus, «da das schweizerische Arbeitsrecht vom Prinzip der Kündigungsfreiheit ausgeht» **BGE 132 III 115**. Art. 336 OR begrenzt diese Freiheit, indem er bestimmte Motive und Arten der Rechtsausübung missbilligt: «Die Kündigungsfreiheit findet aber ihre Grenzen am Missbrauchsverbot.» **4A_44/2021**.

Die Norm schützt nicht den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Die missbräuchliche Kündigung bleibt gültig; Rechtsfolge ist eine Entschädigung nach Art. 336a OR, die nur nach fristgerechter Einsprache und Klage gemäss Art. 336b OR durchgesetzt werden kann **Art. 336a OR Art. 336b OR**. Das Bundesgericht hält für die Massenentlassung ohne Konsultation ausdrücklich fest: «Die missbräuchliche Kündigung ist gültig.» **4A_571/2008**. Darin unterscheidet sich Art. 336 OR grundlegend von den Sperrfristen nach Art. 336c OR, deren Verletzung die Nichtigkeit der Kündigung bewirkt **Art. 336c OR**, und vom Rachekündigungsschutz nach Art. 10 GIG, der eine gerichtliche Anfechtung mit provisorischer Wiedereinstellung erlaubt **Art. 10 GIG**.

Diese Systementscheidung wurde parlamentarisch mehrfach bestätigt. Die Rechtskommission des Nationalrats lehnte 2000 eine Initiative ab, die den Kündigungsschutz nach dem Modell des IAO-Übereinkommens Nr. 158 (Kündigung nur aus triftigem Grund, grundsätzlich Weiterbeschäftigung) umgestalten wollte, weil dies «einen Systemwechsel im Kündigungsschutz des Obligationenrechts zur Folge» hätte

Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates: Bericht vom 31. Oktober 2000 zu 99.459

. 2005 verwarf die WAK-N den Vorschlag, Kündigungen nach Art. 336 Abs. 2 lit. a und b OR anfechtbar zu machen und eine vorsorgliche Wiedereinstellung zu ermöglichen; die Mehrheit hielt die Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen für genügend

Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates: Bericht vom 22. August 2005 zu 04.494

. Ein Vorentwurf von 2010 wollte die Höchstentschädigung auf zwölf Monatslöhne anheben und Kündigungen gewählter Arbeitnehmervertreter aus wirtschaftlichen Gründen als missbräuchlich erfassen **BBI 2010 6905**; geltendes Recht wurde daraus nicht. Zum hängigen Ausbau des Schutzes gewählter Arbeitnehmervertreter siehe unten bei Abs. 2 lit. b.

Parteien, zwingender Charakter und Verhältnis zum GAV

Abs. 1 erfasst Kündigungen beider Parteien («wenn eine Partei sie ausspricht»), Abs. 2 nur Kündigungen durch den Arbeitgeber **Art. 336 OR**. Spiegelbildlich verpflichtet Art. 336a Abs. 1 OR «Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt», zur Entschädigung der anderen Partei **Art. 336a OR**. Nach dem Wortlaut kann somit auch der Arbeitgeber anspruchsberechtigt sein; die hier behandelte Rechtsprechung betrifft aber durchwegs Arbeitgeberkündigungen.

Der zwingende Charakter ist abgestuft: Abs. 1 sowie Art. 336a und 336b OR sind beidseitig zwingend **Art. 361 OR**, Abs. 2 nur zugunsten

des Arbeitnehmers **Art. 362 OR**. Abweichende Abreden zuungunsten der geschützten Partei sind nichtig. Günstigere GAV-Regeln werden eng ausgelegt: Eine GAV-Klausel, welche die Kündigung von Arbeitnehmervertretern und Gewerkschaftsdelegierten wegen ihrer Tätigkeit verbietet, aber keine eigene Sanktion vorsieht, begründet weder Nichtigkeit noch Anfechtbarkeit. Sie ist nach dem Bundesgericht eine Ergänzung, die sich in das gesetzliche System einfügt, «de sorte que sa violation ne trouve pas d'autre sanction que celle prévue par l'art. 336a CO» (sodass ihre Verletzung keine andere Sanktion als jene nach Art. 336a OR nach sich zieht); auch Art. 336b OR gilt **4A_316/2012**. Ebenso wenig erweitert ein GAV-Anhörungsverfahren vor der Kündigung eines Personalvertreters den materiellen Schutz: Wirtschaftliche Gründe bleiben ein begründeter Anlass **4A_656/2016**. Ob ein GAV mit ausdrücklich vereinbarter Nichtigkeitsfolge wirksam wäre, hat das Bundesgericht in **4A_316/2012** nicht entschieden, weil die Klausel keine Sanktion nannte.

Probezeit

Der sachliche Kündigungsschutz gilt auch während der Probezeit, in der nach Art. 335b OR mit sieben Tagen Frist gekündigt werden kann **Art. 335b OR**; anders als die Sperrfristen nach Art. 336c OR wird er nicht ausgeschlossen **4A_521/2023**. Der Massstab ist jedoch gelockert. Zu prüfen ist, ob eine Kündigung, die sonst als missbräuchlich gälte, «mit Blick auf den durch die Probezeit verfolgten Zweck zulässig erscheint»; wegen der in die Probezeit nachwirkenden Abschlussfreiheit ist die Kündigung auch zulässig, wenn den Arbeitnehmer an der unbefriedigenden Zusammenarbeit kein Verschulden trifft **4A_432/2009**. Missbrauch ist nur «mit Zurückhaltung anzunehmen; es braucht qualifizierte Umstände» **4A_521/2023**.

Qualifizierte Umstände bejahte das Kantonsgericht St. Gallen, als ein Arzt in der Probezeit entlassen wurde, weil er auf seinem vereinbarten 80-%-Pensum beharrte und eine sofortige Ausdehnung seiner Tätigkeit ablehnte, mit der er nicht rechnen musste; das Beharren auf dem Vertrag war die Geltendmachung eines Anspruchs nach lit. d **BZ.2007.1**. Das Gericht betonte: «Auch während der Probezeit sind die Parteien nicht grenzenloser Willkür ausgesetzt» **BZ.2007.1**. Zur verkürzten Einsprachefrist in der Probezeit siehe unten beim Verfahren.

Öffentliches Personalrecht

Art. 336 OR gilt unmittelbar nur für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Das öffentliche Personalrecht verweist teils ausdrücklich darauf: Nach Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG besteht ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung, wenn die Kündigung aus Gründen erfolgt, die in Art. 336 OR umschrieben werden; fehlt die Missbräuchlichkeit, besteht «kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung» **8C_334/2015**. Im Kanton Zürich gilt das OR nach dem Personalgesetz als ergänzendes kantonales Recht **8C_370/2021**.

Ohne Verweis ist die analoge Anwendung kantonale uneinheitlich. Das Obergericht Appenzell Ausserrhodan wendet das OR lückenfüllend an, wenn das öffentliche Recht in seiner Gesamtheit den Kündigungsschutz des OR unterschreitet **ARGVP-2009-2281**. Das Verwaltungsgericht Solothurn verneinte dagegen eine analoge Übernahme der Entschädigungslösung, weil rechtswidrige

Kündigungen im öffentlichen Recht grundsätzlich aufgehoben werden und eine blosser Strafzahlung einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage bedürfe **VWKL A.2002.15**. Das Verwaltungsgericht Graubünden hielt fest, dass Art. 336b Abs. 1 OR wegen der Besonderheit des Verfügungsverfahrens nicht analog anwendbar ist und eine nicht angefochtene Kündigungsverfügung rechtskräftig wird **U 2022 88**. Die Tragweite hängt somit vom jeweiligen Personalrecht ab.

Zeitlicher Anwendungsbereich

Der Wortlaut ist seit der Einfügung von Abs. 2 lit. c und Abs. 3 (in Kraft seit 1. Mai 1994) und der Neufassung von Abs. 1 lit. e durch das Zivildienstgesetz (in Kraft seit 1. Oktober 1996) unverändert **Art. 336 OR**. Übergangsrechtliche Fragen stellen sich für Art. 336 OR selbst daher nicht.

Generalklausel: offener Katalog, Schwereschwelle, Motiv und Art und Weise

Nicht abschliessender Katalog

Die Aufzählung in Art. 336 OR ist nach ständiger Rechtsprechung nicht abschliessend **BGE 132 III 115**. Weitere Tatbestände leitet das Bundesgericht aus dem allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot ab, das «réprime bien davantage que de simples chicanes» (weit mehr als blosser Schikanen erfasst) **BGE 131 III 535**. Anerkannt sind namentlich die zweckwidrige Rechtsausübung und das krasse Missverhältnis der Interessen **BGE 132 III 115**. In **BGE 131 III 535** war die Kündigung eines Bankkaders missbräuchlich, das ohne nachgewiesenes eigenes Verschulden als «fusible» (Sicherung, Sündenbock) zum Schutz des Images der Bank entlassen wurde; der Fall entsprach keinem Katalogtatbestand, war aber nicht mehr von der Kündigungsfreiheit gedeckt **BGE 131 III 535**.

Zugleich setzt die Rechtsprechung eine klare Schwelle: Die Missbräuchlichkeit «setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die vergleichbar ist mit der Schwere der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgezählten Gründe» **4A_368/2023**. Kantonale Gerichte übernehmen diese Formel **12.2023.69**. Die Generalklausel ist kein allgemeiner Billigkeitsvorbehalt. In **BGE 136 III 513** verneinte das Bundesgericht den Missbrauch, weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, dessen reizbares und aggressives Verhalten das Arbeitsklima störte, verwarnet und eine Verhaltensänderung angestrebt hatte; man könne nicht sagen, «que le congé ne répond à aucun intérêt digne de protection ou qu'il a été donné sans ménagement» (dass die Kündigung keinem schutzwürdigen Interesse entspreche oder rücksichtslos ausgesprochen worden sei) **BGE 136 III 513**.

Missbrauch durch das Motiv und durch die Art und Weise

«Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an.» **4A_368/2023**. Massgebend ist das wirkliche Motiv **BGE 136 III 513**. Daneben kann sich die Missbräuchlichkeit aus der Art und Weise der Rechtsausübung ergeben; auch wer aus zulässigem Motiv kündigt, «muss das Gebot schonender Rechtsausübung beachten» **BGE 132 III 115**.

Die Schwelle ist hoch. Erforderlich ist ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld der Kündigung; «ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten der Arbeitgeberin» genügt nicht **4A_186/2022**. Eine allgemeine Pflicht, den Arbeitnehmer vor der Kündigung anzuhören, besteht nicht; das Bundesgericht behält nur besondere Umstände vor **4A_186/2022**. In diesem Fall verneinte es den Missbrauch trotz betriebsinterner Kommunikation der Trennung, fehlender Verabschiedung, Sperrung von Telefon- und Bürozugang und einer kurzen Bedenkfrist bis Sonntagabend für eine Aufhebungsvereinbarung **4A_186/2022**. Das Kantonsgericht Freiburg verneinte ebenso einen Missbrauch bei einer direkten, aber nicht brutalen oder demütigenden Mitteilung im Rahmen einer

Restrukturierung **102 2017 294**.

Bejaht wird der Missbrauch bei Stigmatisierung und leichtfertigen Ehrverletzungen. Ein Heimbetreiber hatte Mitarbeiterinnen ohne ernsthafte Indizien der Misshandlung von Bewohnern bezichtigt und den Verdacht einer amtlichen Aufsichtsstelle gemeldet. Das Bundesgericht wertete die Meldung als «un acte caractéristique de stigmatisation» (typischen Akt der Stigmatisierung), der die berufliche Zukunft der Betroffenen gefährde, und bestätigte die Missbräuchlichkeit **4A_99/2012**. Die Abgrenzung zur zulässigen Verdachtskündigung folgt unten bei den Fallgruppen der Generalklausel.

Abs. 1 lit. a: Eigenschaften kraft Persönlichkeit

Tatbestand und die beiden Ausnahmen

Erfasst sind alle Merkmale, die eine Person individualisieren und von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannt sind: «toutes les caractéristiques qui servent à individualiser une personne et qui sont dignes d'être protégées par l'ordre juridique» **4C.72/2002**. Das Bundesgericht nennt als Beispiele unter anderem Rasse, Nationalität, Alter, Homosexualität, Vorstrafen, Krankheit, Seropositivität und Religion **4A_419/2007**. Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Sie erfolgt wegen eines solchen Merkmals, und dieses hat weder einen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis noch beeinträchtigt es wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb **4C.189/2003**.

Die Ausnahmen sind eng. Vorstrafen und Strafverfahren sind Elemente der Persönlichkeit; eine Kündigung wegen einer Verurteilung für Taten im privaten und familiären Bereich ohne jeden Bezug zur Arbeit war missbräuchlich, weil der Arbeitgeber bloss Unannehmlichkeiten, aber keine schwere Betriebsstörung erwarten musste: «N'importe quelle perturbation dans l'entreprise, même peu importante, ne suffit pas à justifier le licenciement d'un travailleur en raison d'un fait inhérent à sa personnalité.» (Nicht jede, auch geringfügige Störung im Betrieb genügt, um die Kündigung wegen eines persönlichkeitsbezogenen Umstands zu rechtfertigen.) **4C.431/2005**. Eine Pflicht, den Arbeitgeber über das Strafverfahren zu informieren, verneinte das Bundesgericht in diesem Fall **4C.431/2005**.

Der Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis kann sich aus Vertragspflichten ergeben. Ob eine Lebensgemeinschaft oder Liebesbeziehung überhaupt unter lit. a fällt, liess das Bundesgericht offen; die Beziehung einer Angestellten mit Zugang zu sensiblen Daten zu einem Mitarbeiter der Konkurrenz stand jedenfalls in direktem Zusammenhang mit ihrer Vertraulichkeitspflicht **4C.72/2002**. Ähnlich wertete das Kantonsgericht Waadt private Kontakte einer Pflegeperson zu einem verletzlichen Patienten als arbeitsbezogen **CACI p319-033593-181/2021**. Das Alter allein begründet keinen Missbrauch; im entschiedenen Fall erklärten ungenügende Leistungen und wiederholte Mahnungen die Kündigung **4A_419/2007**. Die besondere Schutzlage älterer, langjähriger Arbeitnehmer gehört zur Generalklausel und wird unten behandelt.

Schwieriger Charakter und Konflikte

Ein schwieriger Charakter hat kaum je keinen Bezug zur Arbeit; die Kündigung ist gleichwohl missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber nicht alle zumutbaren Massnahmen zur Entschärfung des Konflikts ergriffen hat. Diese Pflicht folgt aus Art. 328 OR; andernfalls nutzt der Arbeitgeber «la propre violation de ses devoirs contractuels» (die eigene Verletzung seiner Vertragspflichten) aus **4C.189/2003**. Im Spitalfall war der Charakter der Angestellten arbeitsbezogen, die Kündigung aber missbräuchlich, weil der Arbeitgeber keine konkreten Verbesserungsmassnahmen ergriffen hatte und die Angestellte nicht allein für den Teamkonflikt verantwortlich war **4C.189/2003**. Das Kantonsgericht St. Gallen entschied gleich, als die Arbeitgeberin den Konflikt zwischen Arbeitnehmer und Geschäftsführer nur an Letzteren delegierte, und sprach CHF 12'000 zu **BZ.2007.67**. Diese

Konfliktrechtsprechung hat sich zu einer eigenständigen Fallgruppe der Generalklausel entwickelt (unten).

Krankheit

Krankheit ist ein Persönlichkeitsmerkmal; beeinträchtigt sie die Arbeitsfähigkeit, ist eine Kündigung deswegen grundsätzlich nicht missbräuchlich, ausser die Arbeitsunfähigkeit beruht auf einer Pflichtverletzung des Arbeitgebers **4A_98/2025**. In **4A_437/2015** wurde ein Arbeitnehmer bei einer Stellenreduktion ausgewählt; seine Arbeitsunfähigkeit war durch das Verhalten der Arbeitgeberin verursacht und deshalb kein schutzwürdiger Kündigungsgrund, und die Arbeitgeberin bewies nicht, dass sie ihn auch ohne seine Absenz ausgewählt hätte **4A_437/2015**. In **4A_98/2025** war die Verursachung durch den Arbeitgeber nicht erstellt, sodass die Kündigung trotz Krankheit als wahren Motiv zulässig blieb **4A_98/2025**.

Zur subjektiven Seite verlangt **4A_293/2019** zusätzlich die Kenntnis des Arbeitgebers: Danach liegt eine verpönte Treuwidrigkeit nur vor, wenn die Krankheit einer Fürsorgepflichtverletzung zuzuschreiben ist «und dieser um diesen Umstand gewusst habe»; das Bundesgericht verwarf das Argument, Kenntnis sei nicht erforderlich **4A_293/2019**. Spätere Entscheide formulieren nur das Erfordernis der Verursachung **4A_98/2025**, ohne die Kenntnisvoraussetzung aufzugeben. Für die Praxis empfiehlt sich, die Kenntnis des Arbeitgebers im Kündigungszeitpunkt (etwa durch Meldungen über Überlastung) zu substantiieren. Das Kantonsgericht Neuenburg qualifizierte eine Kündigung wegen mobbingbedingter Arbeitsunfähigkeit als missbräuchlich, hielt aber fest, dass ein Arbeitgeber, der alle zumutbaren Massnahmen gegen das Mobbing ergriffen hat, die gemobbte Person entlassen darf, wenn das Unternehmensinteresse es gebietet **CACIV.2021.64**.

Verhältnis zu den Sperrfristen nach Art. 336c OR

Während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit schützt Art. 336c Abs. 1 lit. b OR je nach Dienstjahr während 30, 90 oder 180 Tagen; eine in der Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig **Art. 336c OR**. Nach Ablauf der Sperrfrist darf der Arbeitgeber grundsätzlich frei kündigen, «alors même que cette maladie est elle-même la cause de la résiliation» (selbst wenn die Krankheit der Kündigungsgrund ist) **BGE 150 III 78**. Missbräuchlich ist dies nach **BGE 150 III 78** nur in «krassen Fällen», wenn sich «de manière univoque» (eindeutig) ergibt, dass der Arbeitgeber die Krankheit direkt verursacht hat, etwa durch Unterlassen von Schutzmassnahmen nach Art. 328 Abs. 2 OR; ein Konflikt mit einem neuen Vorgesetzten genügt in der Regel nicht, und der Arbeitgeber muss nicht beweisen, alle denkbaren Massnahmen zur Konfliktvermeidung getroffen zu haben **BGE 150 III 78**. Im gleichen Verfahren verneinte das Bundesgericht auch eine Rachekündigung, weil der Arbeitnehmer keine nach Treu und Glauben geltend gemachten Ansprüche behauptet und bewiesen hatte **4A_396/2022**.

Vor diesem Leitscheid hatte das Kantonsgericht Neuenburg die Kündigung eines 62172-jährigen Arbeitnehmers nach 28 Dienstjahren, ausgesprochen am Tag nach Ablauf der Sperrfrist per eingeschriebenem Brief ohne Gespräch, als missbräuchlich beurteilt; die Krankheit war zumindest teilweise durch den Vorgesetzten verursacht, und die Kündigung erfolgte im Wesentlichen, weil dessen Aufgaben während der Absenz verteilt worden waren **CACIV.2018.10**. Der Entscheid stützte sich kumulativ auf die Art und Weise und die erhöhte Fürsorgepflicht. Ob die blosser Teilverursachung nach dem strengeren Massstab von **BGE 150 III 78** noch genügen würde, ist fraglich; tragfähig bleibt eine solche Begründung vor allem über die Art und Weise der Kündigung.

Diskriminierende Kündigung nach dem Gleichstellungsgesetz

Für Kündigungen wegen des Geschlechts, namentlich wegen Schwangerschaft, Zivilstand oder familiärer Situation, gilt das GIG.

Das Diskriminierungsverbot erfasst ausdrücklich die Entlassung **Art. 3 GIG**. Bei diskriminierender Kündigung besteht «lediglich Anspruch auf eine Entschädigung» von höchstens sechs Monatslöhnen, berechnet auf der Grundlage des Lohns; Schadenersatz und Genugtuung bleiben vorbehalten **Art. 5 GIG**. Für das Verfahren verweist Art. 9 GIG auf Art. 336b OR **Art. 9 GIG**: Auch hier sind die schriftliche Einsprache bis Ende der Kündigungsfrist und die 180-Tage-Klagefrist einzuhalten **12.2025.18**. Das Obergericht Zürich lehnte es ab, bei einer behaupteten Schwangerschaftskündigung und sehr kurzer Kündigungsfrist vom Einspracheerfordernis abzusehen, gerade weil Art. 9 GIG Art. 336b OR vorbehält **LA070024**.

Die Kantone ordnen das Verhältnis zu Art. 336 OR unterschiedlich ein, ohne dass dies im Ergebnis abweicht: Die Genfer Cour de justice sieht in der diskriminierenden Kündigung einen Sonderfall der missbräuchlichen Kündigung («un cas particulier de résiliation abusive») mit gleichen Rechtsfolgen **CAPH/102/2023**, das Tessiner Appellationsgericht das GIG als Spezialgesetz gegenüber Art. 336 OR («lex specialis rispetto all'art. 336 CO») **12.2025.18**.

Der praktische Unterschied liegt im Beweis. Nach Art. 6 GIG wird eine Diskriminierung bei der Entlassung vermutet, wenn sie glaubhaft gemacht wird **Art. 6 GIG**. Die Arbeitgeberin muss dann «mit dem Regelbeweismass der vollen Überzeugung» nachweisen, dass Schwangerschaft oder Mutterschaft keine massgebliche Rolle spielten, etwa durch Nachweis einer Reorganisation **4A_208/2021**. In **4A_59/2019** misslang dieser Beweis; das Bundesgericht bestätigte drei Monatslöhne **4A_59/2019**. In **4A_537/2021** griff die Vermutung zwar (Kündigung am ersten Arbeitstag nach der Schutzfrist, positive Beurteilungen, wechselnde Darstellungen), wurde aber durch vorbestehende Leistungs- und Verhaltensmängel widerlegt; die zeitliche Nähe zum Ende der Sperrfrist ist nur ein Indiz **4A_537/2021**. Kantonal wurden je nach Umständen vier **CAPH/102/2023** bzw. wegen kurzer Anstellungsdauer zwei Monatslöhne **12.2025.18** zugesprochen.

Rachekündigung nach Art. 10 GIG: Die Kündigung, die ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Diskriminierungsbeschwerde oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts folgt, ist anfechtbar; der Schutz gilt während des Verfahrens und sechs Monate darüber hinaus, die Anfechtung muss vor Ende der Kündigungsfrist beim Gericht erfolgen, und das Gericht kann die provisorische Wiedereinstellung anordnen **Art. 10 GIG**. Die Frist ist streng: In **4A_33/2021** war die Klage verwirkt, sodass offenbleiben konnte, ob überhaupt eine Diskriminierungsbeschwerde vorlag **4A_33/2021**. Eine Kündigung mehr als ein Semester nach Abschluss der Beschwerde ist nicht mehr anfechtbar, ohne dass der Anlass zu prüfen ist **4A_178/2010**. Das Obergericht Zürich konkretisierte 2025: Ein Schlichtungsgesuch löst eine eigene neue Schutzfrist aus, der Arbeitgeber muss den Verfahrensabschluss mitteilen, er trägt die Beweislast für den begründeten Anlass und dafür, dass er tatsächlich aus diesem Anlass kündigte, und «Allein das unkooperative Verhalten» genügt nicht **LA240029**.

Abs. 1 lit. b: Ausübung verfassungsmässiger Rechte

Missbräuchlich ist die Kündigung, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, ausser die Rechtsausübung verletzt eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtigt wesentlich die Zusammenarbeit **Art. 336 OR**. Nicht jedes grundrechtlich geschützte Interesse ist «Ausübung» eines Rechts: Eine Liebesbeziehung ist zwar durch Art. 8 EMRK geschützt, stellt aber keine Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts im Sinne von lit. b dar **4C.72/2002**. Die Zugehörigkeit zu einer religiösen Gemeinschaft (im Fall: Verbindungen zu einer Sekte) behandelte das Bundesgericht im Rahmen des Beweises des wahren Kündigungsmotivs **BGE 130 III 699**.

Die praktisch wichtigste Ausnahme ist die Treuepflicht (Art. 321a OR). Kritik am Arbeitgeber steht unter dem Schutz der

Meinungsausserungsfreiheit, darf aber die Treuepflicht nicht verletzen; an Kaderangestellte sind erhöhte Anforderungen zu stellen, und «Der öffentlichen Kritik sind erheblich engere Grenzen gesetzt als jener in privaten Kreisen» **LA150002**. Öffentliche, beleidigende Forenkommentare eines Kadermitarbeiters rechtfertigten deshalb die Kündigung **LA150002**. Das Bundesgericht verneinte in einem Journalistenfall den Missbrauch, weil die Journalistin nicht wegen ihrer Meinung, sondern wegen wiederholter Missachtung redaktioneller Weisungen entlassen worden war **4A_303/2020**.

Auch wo die Äusserung geschützt ist, entscheidet die Kausalität. Das Kantonsgericht St. Gallen erachtete private WhatsApp-Statusmeldungen als von der Meinungsausserungsfreiheit gedeckt, wies die Klage aber ab, weil frühere Verwarnungen und Verfehlungen die Kündigung trugen und der geschützte Aspekt «nicht kausal für die Kündigung» war **BO.2024.11-K3**.

Abs. 1 lit. c: Vereitelung von Ansprüchen

Lit. c schützt vor einer Kündigung, die den Arbeitnehmer einer besonderen, an einen bestimmten Zeitpunkt des Arbeitsverhältnisses geknüpften Leistung berauben soll, die auf Vertrag oder Gesetz beruhen kann, etwa einer Gratifikation, Treueprämie oder Dienstaltersleistung **4C.388/2006**. Nicht erfasst ist der bloss normale Zuwachs einer Leistung: Die höhere BVG-Rente, die bei Weiterarbeit ohne Wechsel der Altersklasse entstanden wäre, «ne revêt aucun caractère particulier» (hat keinen besonderen Charakter) **4C.388/2006**. Ob das Wort «ausschliesslich» jedes Nebenmotiv ausschliesst, liess das Bundesgericht ausdrücklich offen **4C.388/2006**. Das Kantonsgericht Jura legt das Erfordernis streng aus: Selbst wenn die Kündigung kurz vor Ende des ersten Dienstjahres auch die längere Kündigungsfrist vermeiden sollte, fehlte das Ausschliesslichkeitsmotiv, weil der Vertrag ohnehin gekündigt worden wäre **CC 2015 116**.

Lit. c betrifft nur künftige Ansprüche. Bereits geleistete Überstunden sind kein «in der Zukunft entstehender Anspruch»; wird deswegen gekündigt, nachdem der Arbeitnehmer sie verlangt hat, liegt eine Racheekündigung nach lit. d vor **ZOR.2022.49**. Als Anwendungsbeispiel beurteilte die Genfer Cour de justice die Kündigung, mit der eine Bank einem garantierten Bonus von CHF 400'000 entgegen wollte, nach lit. c als missbräuchlich **CAPH/14/2024**; das Bundesgericht hob das Urteil in anderen Punkten teilweise auf, die Missbräuchlichkeit war vor ihm nicht mehr strittig **4A_173/2024**.

Abs. 1 lit. d: Racheekündigung

Geltendmachung von Ansprüchen nach Treu und Glauben

Lit. d erfasst die Kündigung, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Ob der Anspruch besteht, ist unerheblich; es genügt, dass der Arbeitnehmer in guten Treuen an ihn glauben durfte **BGE 136 III 513 4A_89/2022**. Der gute Glaube wird vermutet **4C.60/2006**. Der Begriff der Geltendmachung ist weit: Er umfasst Lohnansprüche ebenso wie das Verlangen nach Schutz der Persönlichkeit **4A_368/2022**, die Beschwerde über sexuelle Belästigung mit der Aufforderung an den Arbeitgeber, Massnahmen zu ergreifen **4C.60/2006**, und das Gesuch um Verzicht auf die Verjährungseinrede für Überstundenforderungen, das «Wertungsmässig» der Geltendmachung eines Anspruchs gleichzusetzen ist **4A_402/2023**. In BGE 132 III 115 erfüllte die Kündigung nach Einwänden des Arbeitnehmers gegen möglicherweise rechtswidrige Produktivitätsmassnahmen den Tatbestand **BGE 132 III 115**.

Grenzen ziehen der gute Glaube und die Kausalität. Wer weiss oder wissen musste, dass sein Vorgehen unbegründet ist, verletzt Treu und Glauben; bei «pretese totalmente ingiustificate il licenziamento è lecito» (völlig ungerechtfertigten Ansprüchen ist die Kündigung zulässig) **4C.229/2002**. Im entschiedenen Fall hatte ein Bankberater

keinen Anspruch auf ein Einzelbüro, widersetzte sich legitimen Weisungen und zerstörte das Vertrauen **4C.229/2002**. Der Arbeitnehmer kann eine zulässige Kündigung nicht durch offensichtlich unberechtigte Ansprüche abwenden **4A_402/2023**.

Kausalität und zeitliche Nähe

Die Ansprüche müssen für die Kündigung kausal gewesen sein; das ist eine Tatfrage **4A_89/2022**. Fehlt sie, scheidet lit. d aus, etwa wenn Auskunftsbegehren und Zwischenzeugnisgesuch keine Rolle spielten **BGE 136 III 513** oder der Kündigungsentschluss bereits vor der ersten Beanstandung gefasst war **4A_521/2023**. Das Kantonsgericht Neuenburg verlangt, dass die Geltendmachung zumindest «le motif déterminant» (das ausschlaggebende Motiv) war, und verneinte die Racheekündigung, weil die Leistungen des Arbeitnehmers den wahren Grund bildeten **CACIV.2019.75**. Umgekehrt ist die zeitliche Nähe zwischen Forderung und Kündigung ein gewichtiges Indiz: In **4A_402/2023** lagen zwischen dem Verjährungsverzichtsbesuch vom 31. Oktober 2019 und der Kündigung vom 19. November 2019 knapp drei Wochen **4A_402/2023**; zur Beweiswirkung siehe unten beim Beweis.

Änderungskündigung

Eine Kündigung, weil der Arbeitnehmer eine Vertragsänderung ablehnt, «n'est pas abusif en tant que tel» (ist nicht schon als solche missbräuchlich) **4A_166/2018**. Die Verknüpfung von Änderungsangebot und Kündigung ist aber missbräuchlich, «wenn die Kündigung als Druckmittel dient, um eine für die Gegenseite belastende Vertragsänderung herbeizuführen, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt»; eine Anpassung an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Bedürfnisse bleibt zulässig **BGE 123 III 246**. Drei Konstellationen lassen sich unterscheiden:

- Änderung vor Ablauf der Kündigungsfrist: Die Weigerung, eine Lohnreduktion ohne Einhaltung der Kündigungsfrist anzunehmen, ist Geltendmachung eines Anspruchs; die Kündigung ist nach lit. d missbräuchlich, unabhängig davon, ob die Lohnreduktion angemessen war **BGE 123 III 246**. Bei sechs Monaten Kündigungsfrist und einer Rückstufung nach rund drei Wochen ist ein solches Vorgehen stets missbräuchlich («toujours un congé abusif») **4C.177/2003**.
- Sachlich nicht gerechtfertigte Verschlechterung: Das Obergericht Zürich beurteilte eine Lohnkürzung um knapp 29 % ohne betriebliche oder marktbedingte Gründe als missbräuchlich **LA130001**. Das Bundesgericht erachtete die Pensenreduktion von rund 83 % auf 31 % als ungerechtfertigt, weil die Arbeitgeberin zuvor ihre Schutzpflicht nach Art. 328 OR in einem langen Konflikt verletzt hatte **4A_166/2018**.
- Zulässige Änderungskündigung: Kein Missbrauch liegt vor, wenn die Änderung erst nach Ablauf der Kündigungsfrist wirken soll, die Arbeitnehmerin die Folgen einer Ablehnung kannte und ein Rückgang der Tätigkeit glaubhaft ist **CACIV.2022.87**.

Abs. 1 lit. e: Militär-, Schutz- und Zivildienst, gesetzliche Pflichten

Lit. e schützt vor einer Kündigung, weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär-, Schutz- oder Zivildienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt **Art. 336 OR**. Während der Dienstleistung selbst, und bei Diensten von mehr als elf Tagen auch während vier Wochen davor und danach, greift zusätzlich die Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. a OR mit Nichtigkeitsfolge **Art. 336c OR**; lit. e wirkt darüber hinaus, wenn die Dienstleistung das Motiv einer ausserhalb der Sperrfrist ausgesprochenen Kündigung bildet.

Zur gesetzlichen Pflicht hielt das Bundesgericht fest, dass die Kündigung missbräuchlich ist, wenn sie erfolgt, weil die Arbeitnehmerin einer polizeilichen Vorladung Folge leistete und dort präzise Fragen beantworten musste, auch wenn sie nicht Zeugin war;

eine Beeinträchtigung der Arbeitgeberinteressen durch die Aussagen ist keine Anwendungsvoraussetzung («pas une condition d'application») **4A_422/2008**. In den parlamentarischen Beratungen von 1987 wurde der Amtszwang in Gemeinden und Kantonen als typischer Anwendungsfall genannt; die Mehrheit lehnte einen Minderheitsantrag ab, den Schutz auf Pflichten zu beschränken, welche die Vertragserfüllung weder unmöglich machen noch übermässig erschweren **20015725**. Der Schutz besteht daher auch, wenn die Pflichterfüllung die Arbeitsleistung zeitweise verhindert.

Abs. 2: Kollektive Schutztatbestände bei Arbeitgeberkündigung

Lit. a: Verbandszugehörigkeit und gewerkschaftliche Tätigkeit

Lit. a enthält zwei Varianten: die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Arbeitnehmerverband und die gewerkschaftliche Tätigkeit. Letztere ist nur geschützt, wenn sie rechtmässig ausgeübt wird, das heisst wenn sie Vertrag, Gesetz und allenfalls den GAV respektiert («si elle respecte le contrat et la loi, voire les dispositions de la convention collective»); zudem muss ein Kausalzusammenhang bestehen **4A_485/2015**. Im entschiedenen Fall war das vorgebrachte wirtschaftliche Motiv blosser Vorwand, der wahre Grund die Gewerkschaftszugehörigkeit und die Rolle des Arbeitnehmers bei den Forderungen der Belegschaft **4A_485/2015**. Das Kantonsgericht Neuenburg schützte auch das Eingreifen der Gewerkschaft, das betriebliche Spannungen erzeugte, da die Bestimmung sonst ihren Sinn verlöre **CCC.2000.49**.

Die Grenze bildet die Treuepflicht. Die Genfer Cour de justice verneinte den Missbrauch bei einem Buschauffeur, der während laufender Schlichtungsverhandlungen per WhatsApp zur Verweigerung von Überstunden aufrief, Beschwerden ohne Rücksprache mit der Geschäftsleitung an Dritte richtete und während der Arbeitszeit kritische Funkdurchsagen machte; dieses Verhalten überschreite den Rahmen einer rechtmässigen gewerkschaftlichen Tätigkeit («excède le cadre d'une activité syndicale conforme au droit») **CAPH/197/2022**.

Die Kündigung wegen Teilnahme an einem rechtmässigen Streik ist missbräuchlich, wenn der Arbeitnehmer nachweist, dass der Streik «mit hoher Wahrscheinlichkeit Anlass zur Kündigung gab»; rechtmässig ist ein Streik, der von einer tariffähigen Organisation getragen wird, durch GAV regelbare Ziele verfolgt, die Friedenspflicht wahrt und verhältnismässig ist **BGE 125 III 277**. Das Bundesgericht ordnete diesen Fall nicht lit. a zu, sondern versteht ihn als Missbrauchstatbestand eigener Art **BGE 125 III 277**. Das Tessiner Appellationsgericht wandte diese Kriterien 2022 an und qualifizierte die Kündigung nach einem Streik als Vergeltung, weil die behaupteten finanziellen Gründe keine objektive Bestätigung fanden **12.2021.71**.

Lit. b: Gewählte Arbeitnehmervertreter

Lit. b kehrt die Beweislast um: Die Kündigung eines gewählten Arbeitnehmervertreters in einer betrieblichen oder dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist während des Mandats missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber nicht beweist, dass er einen begründeten Anlass hatte **Art. 336 OR**. Das Tessiner Appellationsgericht spricht von einer Umkehr der Beweislast («inversione dell'onere della prova»): Es genügt, dass die Kündigung während des Mandats ausgesprochen wurde; der Arbeitgeber muss den begründeten Anlass und dessen Kausalität beweisen **12.2021.179**. Erfasst sind etwa Mitglieder einer Personalkommission **BGE 138 III 359** und Arbeitnehmervertreter im Stiftungsrat der Vorsorgeeinrichtung **CAPH/264/2005**, nicht aber Personen, die in einem externen Organ wie einer Gewerkschaft gewählt sind **CAPH/197/2022**.

Der begründete Anlass «geht weniger weit als der "wichtige Grund" gemäss Art. 337 OR» **4A_387/2016**. Er kann in der Person liegen: Ein Personalvertreter, der umfangreiche vertrauliche

Unternehmensdaten auf sein persönliches Laufwerk kopiert und eine Parallelstruktur geschaffen hatte, durfte wegen des Vertrauensverlusts entlassen werden **4A_387/2016**. Er kann auch rein objektiv sein: Wirtschaftliche Gründe genügen, «soweit kein Zusammenhang mit der Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter besteht»; die Restrukturierungsnotwendigkeit muss nicht durch eine klar erwiesene schlechte Geschäftslage belegt sein, die Gründe dürfen aber nicht vorgeschoben werden, und auf das Mandat zurückgehende Leistungseinbussen erfüllen den Missbrauchstatbestand **BGE 133 III 512**. Das Bundesgericht lehnt einen absoluten Bestandesschutz und eine Privilegierung gegenüber anderen Arbeitnehmern bei Massenkündigungen ab; es verwarf die These, wirtschaftliche Kündigungen seien während laufender Verhandlungen ausgeschlossen, weil dies einer faktischen Sperrfrist gleichkäme **BGE 138 III 359**. Eine Praxisänderung lehnte es 2017 erneut ab **4A_656/2016**. Ein blosser, nicht durch Umstände belegter Vertrauensverlust genügt dagegen nicht **12.2021.179**.

Die Rechtslage ist im Fluss. Der Ständerat beriet am 30. September 2026 im Rahmen des Pakets Bilaterale III eine Binnenmassnahme, die gewählten Arbeitnehmervertretern einen Kündigungsschutz verschaffen soll, «der über das heutige Niveau hinausgeht»: kein Kündigungsverbot, aber eine vorgängige Aussprache und eine Erhöhung der Höchstentschädigung von sechs auf zehn Monatslöhne **Amtliches Bulletin, Ständerat, 2026-09-30, 26.023**. Bis zum Inkrafttreten einer solchen Änderung gilt der geltende Wortlaut.

Lit. c: Massenentlassung ohne Konsultation

Lit. c knüpft an das Konsultationsverfahren nach Art. 335f OR an. Massenentlassungen sind Kündigungen innert 30 Tagen aus nicht personenbezogenen Gründen ab den Schwellenwerten des Art. 335d OR **Art. 335d OR**. Der Arbeitgeber muss der Arbeitnehmervertretung oder den Arbeitnehmern zumindest die Möglichkeit geben, Vorschläge zur Vermeidung, Beschränkung oder Milderung der Kündigungen zu unterbreiten, alle zweckdienlichen Auskünfte erteilen und schriftlich Gründe, Zahl der zu Entlassenden, Zahl der Beschäftigten und Zeitraum mitteilen **Art. 335f OR**. Die Konsultation muss stattfinden, bevor der Arbeitgeber den definitiven Entschluss gefasst hat; eine Information erst nach dem Entscheid genügt nicht **4A_571/2008**.

Missbräuchlich ist nicht nur die vollständig unterlassene Konsultation, im Fall **4A_238/2009** bei 29 Kündigungen ohne Konsultation und ohne Anzeige **4A_238/2009**, sondern auch die mangelhafte: Eine unvollständige und irreführende Information («information incomplète et trompeuse») ist mit Art. 335f Abs. 3 OR unvereinbar, und das Konsultationsrecht steht auch einem Generaldirektor zu **4A_173/2011**. Wer über die Pflichtangaben hinaus Informationen verlangt, muss aber konkret aufzeigen, inwiefern diese zur Ausarbeitung weiterer oder besserer Vorschläge hätten dienen können **4A_483/2010**.

Die Rechtsfolge ist besonders begrenzt: Die Kündigung bleibt gültig, der Anspruch setzt Einsprache und Klage nach Art. 336b OR voraus **4A_571/2008**, und die Entschädigung beträgt höchstens zwei Monatslöhne **Art. 336a OR**. Massgebend für die Bemessung ist die Schwere des Verschuldens gegenüber der gesamten Belegschaft; die individuelle Lage zählt nur, soweit sie Besonderheiten aufweist **4A_173/2011**. Unabhängig davon endet das Arbeitsverhältnis frühestens 30 Tage nach der Anzeige an das kantonale Arbeitsamt **Art. 335g OR**.

Abs. 3: Nachwirkung des Vertreterschutzes beim Betriebsübergang

Geht das Arbeitsverhältnis nach Art. 333 OR auf einen Erwerber über **Art. 333 OR** und endet deshalb das Mandat eines Arbeitnehmervertreters, besteht der Schutz nach Abs. 2 lit. b so lange weiter, als das Mandat ohne Übertragung gedauert hätte **Art. 336 OR**. Abs. 3 verlängert damit nur den Vertreterschutz; einen allgemeinen Kündigungsschutz beim Betriebsübergang begründet er nicht. Nur Arbeitsverhältnisse, die im Zeitpunkt des Übergangs bestehen, gehen

über, und eine wirtschaftlich begründete Kündigung vor dem Übergang ist nicht nützlich **BGE 136 III 552**.

Fallgruppen der Generalklausel

Konfliktkündigung und Mobbing

Ist ein Konflikt am Arbeitsplatz Anlass der Kündigung, muss der Arbeitgeber gestützt auf seine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) zuvor zumutbare Massnahmen zur Entschärfung treffen: «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**. Für Mobbing gilt: «Der Arbeitgeber, der Mobbing nicht verhindert, verletzt seine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR).» Er kann die Kündigung nicht mit den Folgen seiner eigenen Vertragsverletzung rechtfertigen; im entschiedenen Fall war Mobbing aber nicht bewiesen, gekündigt wurde wegen Weisungsmissachtung und Unverträglichkeit **BGE 125 III 70**.

Die Pflicht hat Grenzen. Sie setzt einen Konflikt von gewisser Intensität voraus; Differenzen mit einem Vorgesetzten, die nicht die Schwere erreichen, die zu Schlichtungsmassnahmen verpflichtet hätte, genügen nicht, zumal bei einem 40-jährigen Arbeitnehmer mit 2,5 Dienstjahren keine erhöhte Pflicht zu schonendem Vorgehen bestand **4A_39/2023**. Sie entfällt, wenn nicht der Konflikt, sondern Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers (Widersetzlichkeit gegenüber Vorgesetzten, ehrverletzende Äusserungen) den Kündigungsgrund bilden **4C.73/2006**. Ist streitig, ob ein Dritter den Konflikt verursacht hat und ob der Arbeitgeber sich um Lösungen bemüht hat, muss die Vorinstanz dies feststellen; das Bundesgericht wies in **4A_430/2010** zurück.

Kantonale Gerichte konkretisieren die Pflicht unterschiedlich streng. Das Obergericht Zürich erkannte in einer Kündigung wenige Tage nach der Eskalation mit einem neuen Vorgesetzten den Konflikt als «wahren» Kündigungsgrund und den Leistungsgrund als vorgeschoben **LA220026**. Die Genfer Cour de justice beurteilte die Kündigung eines Kaders nach einer ungenügenden internen Untersuchung als missbräuchlich, weil der Arbeitgeber die Lage nicht geklärt und keine Entschärfung versucht hatte, berücksichtigte aber den Beitrag des Arbeitnehmers zum Konflikt als Mitverschulden bei der Bemessung **CAPH/41/2023**.

Ältere, langjährige Arbeitnehmer

Gegenüber einem Arbeitnehmer, der «sein gesamtes Arbeitsleben (vorliegend 44 Jahre) im Wesentlichen klaglos» für eine Arbeitgeberin tätig war, gilt eine erhöhte Fürsorgepflicht; die Arbeitgeberin verletzte das Gebot schonender Rechtsausübung krass, indem sie ihn wenige Monate vor der Pensionierung «ohne jegliches Vorgespräch und ohne auch nur den Versuch einer sozial verträglicheren Lösung» unter sofortiger Freistellung entliess **BGE 132 III 115**. **4A_384/2014** leitete daraus Ansprüche auf Information, Anhörung und Lösungssuche ab und verlangte im konkreten Fall vor einer Kündigung wegen Leistungsmängeln ein Gespräch mit Fristansetzung und Zielvereinbarung **4A_384/2014**.

Diese Linie hat das Bundesgericht relativiert. «Doch entgegen der apodiktischen Formulierung im Urteil **4A_384/2014**» bestimmt sich der Umfang der Fürsorgepflicht auch bei älteren Arbeitnehmern aufgrund einer Gesamtwürdigung; das OR kennt keine allgemeine Anhörungs-, Verwarnungs- oder Verhältnismässigkeitspflicht **4A_117/2023**. Im Ergebnis bestätigte es dort gleichwohl die Missbräuchlichkeit (64 Jahre, rund 30 Dienstjahre, Kündigung 11 Monate vor der Pensionierung ohne frühzeitige Information und Prüfung einer Alternative) **4A_117/2023**. Bei einem Geschäftsführer mit erheblicher Entscheidungsmacht verneinte es eine Pflicht zu Anhörung und Alternativensuche; fehlende Abmahnung macht die Kündigung eines Geschäftsführers für sich allein nicht missbräuchlich **4A_44/2021**. Alter und Dienstjahre allein genügen nicht, wenn die

Leistung ungenügend ist und der Arbeitnehmer mündlich gemahnt und eine Umplatzierung versucht wurde **4A_419/2007**; nicht das Alter per se, sondern die Art und Weise begründet den Missbrauch **4A_617/2023**.

Das Tessiner Appellationsgericht bejahte den Missbrauch bei einem 63-jährigen Arbeitnehmer mit fast 29 Dienstjahren, weil die Arbeitgeberin keine gewichtigen Gründe darlegte und Kurzarbeitsentschädigung bezog, deren Zweck es sei, Entlassungen zu vermeiden; es sprach vier Monatslöhne zu **12.2023.139**.

Verdachtskündigung und interne Untersuchung

«Demgegenüber sind im Arbeitsrecht Verdachtskündigungen zulässig und nicht einmal dann missbräuchlich, wenn sich der Verdacht später als unbegründet erweist.» **4A_368/2023**. Missbräuchlich ist die ordentliche Kündigung, wenn der Arbeitgeber einen ehrenrührigen Vorwurf erhebt, der sich als unbegründet erweist, und dies leichtfertig, ohne ernsthafte Indizien und ohne die gebotenen Abklärungen tat **4A_694/2015**. In **4A_694/2015** hatte ein Heimleiter einen Diebstahlsvorwurf allein auf die Aussage eines Bewohners gestützt, den Zimmernachbarn nicht befragt und der Angestellten keine Möglichkeit der Verbeistandung gegeben **4A_694/2015**.

Umgekehrt genügt ein auf ernsthafte Indizien gestützter Verdacht nach umfangreichen Abklärungen und Gelegenheit zur Stellungnahme **4A_335/2023**. Strafprozessuale Garantien gelten für interne Untersuchungen nicht unmittelbar; das Fehlen einer Vertrauensperson beim Gespräch ist kein so gravierender Mangel, dass die Kündigung missbräuchlich würde **4A_368/2023**. Das Tessiner Appellationsgericht bejahte den Missbrauch bei einer Kündigung auf einen fast 20 Jahre zurückliegenden, durch Hörensagen vermittelten Pädophilieverdacht ohne Anhörung des Betroffenen und ohne minimale Abklärungen; eine vorsorgliche Suspendierung wäre möglich gewesen **12.2023.69**.

Whistleblowing

Das gutgläubige Melden von Missständen ist geschützt, wenn es angemessen erfolgt. In **4A_2/2008** hatte ein Bankangestellter mangels eines sicheren internen Kanals seinen Verdacht gegen den Filialdirektor dem an das Berufsgeheimnis gebundenen Rechtsberater der Bank mitgeteilt; das Bundesgericht wertete dies als «una misura adeguata alle circostanze» (eine den Umständen angemessene Massnahme) und bestätigte die Missbräuchlichkeit der anschliessenden Kündigung, gestützt auf die Generalklausel in Verbindung mit Art. 328 OR **4A_2/2008**. Bei externen Meldungen gilt eine Stufenfolge, die das Bundesgericht für die Treuepflicht im Rahmen einer fristlosen Entlassung entwickelt hat: «Il doit d'abord interpellier son employeur, puis saisir l'autorité compétente» (zuerst den Arbeitgeber angehen, dann die zuständige Behörde); erst bei Untätigkeit der Behörde kommt die Öffentlichkeit in Betracht **BGE 127 III 310**. Für Art. 336 OR ist diese Stufenfolge ein Massstab für die Rechtmässigkeit des Vorgehens, nicht eine eigene Anwendungsvoraussetzung.

Das Obergericht Uri ordnete Whistleblowing lit. d zu, verlangte aber ein Vorgehen in guten Treuen und bei externer Bekanntgabe Verhältnismässigkeit; «Für ein schützenswertes Whistleblowing ist das Vorliegen eines Missstandes alleine nicht ausreichend.» **OG V 15 17**. Das Bundesgericht bestätigte im öffentlich-rechtlichen Verfahren, dass kein schützenswertes Whistleblowing vorlag, weil der Arbeitnehmer den Missstand nicht zuerst intern vorgebracht hatte **8C_484/2016**. Leichtfertige Anzeigen unter Beilage vertraulicher Unterlagen verletzen die Treuepflicht schwer und können sogar die fristlose Entlassung rechtfertigen **12.1997.254**.

Beurteilungszeitpunkt, Beweis, Begründungspflicht und Kognition

Massgebender Beurteilungszeitpunkt

Die Missbräuchlichkeit beurteilt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Kündigung: «Le comportement ultérieur de la partie qui a mis fin aux rapports de travail ne saurait rendre abusif, après coup, un congé qui ne l'était pas lors de sa notification.» (Späteres Verhalten der kündigenden Partei kann eine bei ihrer Mitteilung nicht missbräuchliche Kündigung nicht nachträglich missbräuchlich machen.) **4A_419/2007**. Entsprechend kommt es bei der krankheitsbedingten Kündigung auf den Kenntnisstand des Arbeitgebers im Kündigungszeitpunkt an **4A_293/2019**, und bei der Rachekündigung fehlt die Kausalität, wenn der Kündigungsentschluss vor der Beanstandung gefasst wurde **4A_521/2023**. Das Nachschieben von Gründen, die vor der Kündigung lagen, hielt das Obergericht Thurgau für eine fristlose Entlassung grundsätzlich für zulässig, vorbehaltlich Rechtsmissbrauchs **RBOG 2003 Nr. 13**; ob dies für die ordentliche Kündigung gleich gilt, ist in diesem Entscheid nicht beurteilt.

Beweislast und tatsächliche Vermutung

Die gekündigte Partei trägt nach Art. 8 ZGB die Beweislast für die Missbräuchlichkeit **BGE 121 III 60**. Weil das Motiv eine innere Tatsache ist, lässt die Rechtsprechung eine tatsächliche Vermutung zu: Der Richter kann einen Missbrauch vermuten, wenn der Arbeitnehmer genügend Indizien vorbringt, die den angegebenen Grund als nicht real erscheinen lassen; «Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau» (sie erleichtert den Beweis, kehrt die Beweislast aber nicht um), und der Arbeitgeber kann dann nicht untätig bleiben, sondern muss Beweise für seine eigene Darstellung liefern **BGE 130 III 699**. Das Bundesgericht hat diese Formel 2026 bestätigt **4A_390/2025**. Die blosser Behauptung, der angegebene Grund sei unwahr, genügt nicht; die Arbeitnehmerin muss den tatsächlichen und missbräuchlichen Kündigungsgrund benennen **BGE 121 III 60**.

Typische Indizien sind die zeitliche Nähe zu Forderungen und der Inhalt des Kündigungsschreibens **4C.64/2007**. Folgt die Kündigung kurz auf eine Forderung, genügen nach dem Tessiner Appellationsgericht pauschale Verweise auf betriebliche Gründe nicht; der Arbeitgeber muss die konkreten betrieblichen Probleme und den Grund für die Entlassung gerade dieses Arbeitnehmers zu diesem Zeitpunkt nachweisen **12.2022.81**. Kantonal genügt für den Motivbeweis eine hohe bzw. überwiegende Wahrscheinlichkeit **BO.2024.11-K3 12.2022.81**.

Mehrere Motive

Bei mehreren Motiven ist das wahrscheinlich vorherrschende und ausschlaggebende Motiv zu ermitteln **4A_390/2025**. Ist eines der Motive missbräuchlich, muss der Arbeitgeber beweisen, dass er auch ohne dieses gekündigt hätte; misslingt dies, ist die Kündigung missbräuchlich **4A_437/2015**. Die Gewichtung konkurrierender Motive ist eine Frage der natürlichen Kausalität und damit Tatfrage **BGE 130 III 699**.

Begründung nach Art. 335 Abs. 2 OR

Der Kündigende muss die Kündigung auf Verlangen schriftlich begründen **Art. 335 OR**. Die Kündigung ist aber «auch bei fehlender, unwahrer oder unvollständiger Begründung wirksam», und eine gesetzliche Vermutung der Missbräuchlichkeit knüpft daran nicht an **BGE 121 III 60**. Eine unwahre Begründung ist jedoch ein gewichtiges Indiz im Rahmen der tatsächlichen Vermutung **BGE 130 III 699**. Die Einsprachefrist wird durch eine verspätete Begründung nicht aufgeschoben **LA070024**.

Kognition des Bundesgerichts

Die Kündigungsmotive sind Tatsachenfeststellungen, an die das Bundesgericht nach Art. 105 Abs. 1 BGG gebunden ist, ausser sie

seien willkürlich **4A_390/2025**. Ob die Kündigung missbräuchlich ist, prüft es als Rechtsfrage frei, belässt der kantonalen Instanz aber einen gewissen Beurteilungsspielraum und greift nur bei offensichtlich unbilligem Ergebnis ein **4A_617/2023**. Rügen, die Tat- und Rechtsfragen untrennbar vermischen, etwa zur Ernsthaftigkeit eines Verdachts und zum Umfang der Abklärungen, dringen nicht durch **4A_335/2023**.

Rechtsfolgen und Verfahren

Entschädigung nach Art. 336a OR

Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt und beträgt höchstens sechs Monatslöhne, bei Abs. 2 lit. c höchstens zwei; Schadenersatz aus anderem Rechtstitel bleibt vorbehalten **Art. 336a OR**. Sie ist «nicht Schadenersatz und setzt daher auch keinen Schadensnachweis voraus»; sie richtet sich nach der Schwere der Verfehlung, namentlich Anlass der Kündigung, Mitverschulden, Vorgehen und Art des Arbeitsverhältnisses, und kann die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitgebers berücksichtigen **BGE 119 II 157**. Später betonte das Bundesgericht die doppelte Funktion, strafend und wiedergutmachend, weshalb auch die wirtschaftlichen Folgen der Kündigung zu berücksichtigen sind **BGE 123 III 391**. Die Entschädigung ist kein AHV-pflichtiger Lohn **BGE 123 V 5**.

Die Entschädigung deckt den Erwerbsausfall infolge der missbräuchlichen Kündigung; ein zusätzlicher Schadenersatz dafür ist ausgeschlossen **CAPH/54/2020**. Sie deckt grundsätzlich auch die immaterielle Unbill; eine zusätzliche Genugtuung nach Art. 49 OR kommt nur bei einer Persönlichkeitsverletzung in Betracht, die sich deutlich von jener der missbräuchlichen Kündigung unterscheidet **CACIV.2015.38 BGE 135 III 405**. Ein Mitverschulden des Arbeitnehmers mindert die Entschädigung **CAPH/41/2023**.

Verhältnis zur fristlosen Kündigung

Eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung, auch unter missbräuchlichen Umständen, gibt nicht Anspruch auf beide Entschädigungen; zugesprochen wird nur jene nach Art. 337c Abs. 3 OR, bei deren Bemessung die Missbräuchlichkeit zu berücksichtigen ist. Das gilt auch, wenn einer missbräuchlichen ordentlichen Kündigung eine ungerechtfertigte fristlose folgt **BGE 121 III 64**. Art. 337c OR regelt die vertraglichen Geldfolgen abschliessend; die Entschädigung ist gleicher Natur wie jene nach Art. 336a OR **BGE 135 III 405**.

Einsprache und Klagefrist nach Art. 336b OR

Wer eine Entschädigung will, muss bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben; einigen sich die Parteien nicht über die Fortsetzung, ist innert 180 Tagen nach Beendigung Klage anhängig zu machen, sonst ist der Anspruch verwirkt **Art. 336b OR**.

- Inhalt: Als Einsprache gilt «jede Willensäusserung, aus welcher hervorgeht, dass der Arbeitnehmer mit der Entlassung nicht einverstanden ist»; wer nur die Begründung bestreitet, erhebt keine Einsprache **4C.39/2004**. An die Formulierung sind keine hohen Anforderungen zu stellen, ein Schreiben, das zugleich das Ende des Arbeitsverhältnisses akzeptiert, genügt aber nicht **4A_59/2023**. Nach **4A_618/2024** setzt die Einsprache den tatsächlichen Willen zur Fortsetzung voraus («que l'employé ait la volonté de poursuivre les rapports de travail»); eine interne Notiz, die das Ende herbeisehnte, und ein neuer Arbeitsvertrag schlossen ihn aus **4A_618/2024**.
- Form und Zugang: Mündliche Einsprache genügt nicht; massgebend ist der Zugang in den Machtbereich des Empfängers **12.2019.57 BGE 136 III 96**.
- Probezeit: Wird die Kündigungsfrist in der Probezeit verkürzt, verkürzt sich die Einsprachefrist entsprechend; bei drei Tagen

Frist war die Einsprache verspätet **BGE 136 III 96.**

- **Klagefrist:** Die 180 Tage sind Verwirkungsfristen; eine Klage der dazu nicht legitimierten Gewerkschaft wahrt sie nicht **4A_316/2012.**

Praktische Folgerungen

Für Arbeitnehmer ist die fristgerechte, schriftliche und eindeutig gegen die Kündigung selbst gerichtete Einsprache das häufigste Prozesshindernis; die Begründung nach Art. 335 Abs. 2 OR sollte sofort verlangt, Indizien (zeitliche Nähe, widersprüchliche Gründe) sollten dokumentiert werden. Arbeitgeber sollten vor Konflikt- und Verdachtskündigungen Abklärungen und Entschärfungsmassnahmen dokumentieren, bei älteren, langjährigen Mitarbeitenden frühzeitig informieren und Alternativen prüfen, bei Arbeitnehmervertretern den begründeten Anlass beweisbar festhalten und bei Massenentlassungen vor dem definitiven Entscheid vollständig und schriftlich konsultieren.