

Thomas Wachter

WEKA

Kündigungen rechtssicher abwickeln

Praxisbeispiele und Praxistipps



Ein Problem? Kein Problem!

CIP-Kurztitelaufnahme der deutschen Bibliothek

Kündigungen rechtssicher abwickeln

Herausgeber: Thomas Wachter

Projektleitung: Jennyfer Aellen

WEKA Business Media AG, Schweiz

© WEKA Business Media AG, Zürich, 2017

Alle Rechte vorbehalten, Nachdruck – auch auszugsweise – nicht gestattet.

Die Definitionen, Empfehlungen und rechtlichen Informationen sind von den Autoren und Verlag auf deren Korrektheit in jeder Beziehung sorgfältig recherchiert und geprüft worden. Trotz aller Sorgfalt kann eine Garantie nicht übernommen werden. Eine Haftung der Autoren bzw. des Verlags ist daher ausgeschlossen. Der Einfachheit halber und zwecks besserer Lesbarkeit wurden meist die männlichen Formen verwendet. Die weiblichen Formen sind dabei selbstverständlich mitgemeint.

WEKA Business Media AG

Hermetschloostr. 77, CH-8010 Zürich

Telefon 044 434 88 88, Telefax 044 434 89 99

www.weka.ch

Zürich • Kissing • Paris • Amsterdam • Wien

ISBN 978-3-297-02000-5

3. Auflage 2017

Druck: Kessler Druck + Medien GmbH & Co. KG, Layout: Dimitri Gabriel, Satz: Dimitri Gabriel



Ein Problem? Kein Problem!

Inhaltsverzeichnis

1.	Grundlagen	5
1.1	Überblick über die Kündigungsbestimmungen	7
1.1.1	Kündigungsbestimmungen	7
1.1.2	Kündigungsfristen	8
1.1.3	Wer darf wann kündigen und was gilt?	8
2.	Kündigung durch den Arbeitnehmenden	13
2.1	Kündigungsfrist	14
2.2	Bestätigung der Kündigung	15
3.	Ordentliche Kündigung	17
3.1	Kündigungsfristen	18
3.2	Zeitpunkt der Zustellung	24
3.3	Gültigkeit und Formvorschriften	26
3.4	Sonderfälle	28
4.	Fristlose Kündigung	29
4.1	Grundsätzliches	31
4.2	Verwarnung	31
4.3	Detailbestimmungen	32
4.4	Wichtige Gründe auf Seiten des Arbeitgebers	34
4.4.1	Eigenmächtiger Ferienbezug	34
4.4.2	Nichtbeachten von Weisungen	37
4.4.3	Unwahre Angaben bei der Anstellung	37
4.4.4	Strafbare Handlungen	38
4.4.5	Unverschuldete Arbeitsverhinderungen	39
4.4.6	Ungenügende Arbeitsleistung	39
4.4.7	Unerlaubte Nebentätigkeit	40
4.4.8	Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht	40
4.4.9	Überblick für die Praxis	41
4.5	Wichtige Gründe auf Seiten des Arbeitnehmers	42
4.6	Folgen bei Auflösung durch den Arbeitgeber	42
4.6.1	Folgen einer gerechtfertigten fristlosen Entlassung	42
4.6.2	Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung	43
4.7	Folgen der Auflösung durch den Arbeitnehmer	46
5.	Sperrfristen – Kündigung zur Unzeit	47
5.1	Grundsätze	50
5.1.1	Schutz bei Dienstleistungen im Landesinteresse	50
5.1.2	Schutz bei Krankheit und Unfall	51
5.1.3	Schutz bei Schwangerschaft und Geburt	53
5.1.4	Schutz bei Hilfsaktionen	53
5.2	Anwendung der Regelungen	54
5.3	Folgen der Kündigung zur Unzeit und während der Sperrfristen	55
5.3.1	Ferien oder Urlaub bewirken keine Sperrfristen	55
5.3.2	Kündigung während einer Sperrfrist ist ungültig	55
5.3.3	Verlängerung der Kündigungsfrist um die Sperrfrist	55

6.	Missbräuchliche Kündigung	61
6.1	Was gilt als missbräuchlicher Kündigungsgrund?.....	63
6.1.1	Persönliche Eigenschaft.....	64
6.1.2	Ausübung verfassungsmässiger Rechte	65
6.1.3	Vereiteln von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis.....	67
6.1.4	Geltendmachen von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis	68
6.1.5	Dienstleistungen oder Erfüllung gesetzlicher Pflichten.....	71
6.1.6	Gewerkschaftszugehörigkeit	72
6.1.7	Gewählte Arbeitnehmervertretungen.....	73
6.1.8	Massenentlassungen.....	74
6.1.9	Missachtung der schonenden Rechtsausübung.....	74
6.1.10	Kündigung aus blosser Annehmlichkeit.....	78
6.1.11	Konflikte und Mobbing.....	78
6.1.12	Missbräuchliche Kündigung während der Probezeit.....	80
6.1.13	Zusammenwirken von verschiedenen Gründen	80
6.2	Folgen einer missbräuchlichen Kündigung	81
6.2.1	Kündigung ist gültig.....	81
6.2.2	Entschädigung.....	81
6.2.3	Einsprache und Klage.....	81
7.	Änderungskündigung	83
7.1	In welchen Fällen wird die Änderungskündigung eingesetzt?.....	85
7.1.1	Lohnkürzung	85
7.1.2	Arbeitszeitänderungen	85
7.1.3	Privilegien beseitigen	86
7.1.4	Änderung zur Arbeit auf Abruf	86
7.1.5	Betriebsübergang.....	86
7.1.6	Änderung von Reglementen.....	86
7.2	Vorgehen.....	86
7.2.1	Gegenseitiges Einvernehmen	88
7.2.2	Änderungskündigung.....	88
7.2.3	Verzichtsverbot.....	89
8.	Verwarnung	91
8.1	Verwarnung vor einer Kündigung ist nicht verlangt	92
8.2	Verwarnung vor einer fristlosen Entlassung	93
8.3	In welchen Situationen verwarnen?	93
8.4	Wie verwarnen?	94
9.	Aufhebungsvereinbarung	95
9.1	Wann ist eine Aufhebungsvereinbarung gültig?.....	96
9.1.1	Zweck.....	96
9.1.2	Verzichtsverbot.....	96
9.1.3	Gültigkeit von Vereinbarungen	96
9.2	Konsequenzen einer Aufhebungsvereinbarung.....	98
9.3	Inhalt einer Aufhebungsvereinbarung	98

10.	Freistellung	99
10.1	Freistellung – ja oder nein?	100
10.2	Vorbehaltlose Freistellung	101
10.3	Freistellung mit Bedingungen.....	102
10.4	Lohnfortzahlung während der Freistellung.....	102
10.5	Freistellung und Ferien	103
10.6	Freistellung und Überstunden	104
10.7	Inhalt einer Aufhebungsvereinbarung mit Freistellung.....	105
11.	Kündigung vor Stellenantritt	107
11.1	Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor Stellenantritt.....	109
11.2	Kündigung vor Stellenantritt durch den Arbeitgeber	109
11.3	Nichtantreten der Stelle	110
11.4	Kündigung vor Stellenantritt durch den Arbeitnehmer	111
11.5	Annulation des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber wegen falschen Angaben.....	111
12.	Kündigung während der Probezeit	113
12.1	Befristetes Arbeitsverhältnis.....	114
12.2	Unbefristetes Arbeitsverhältnis.....	114
12.3	Gesetzliche Regelung	115
12.3.1	Allgemeines.....	115
12.3.2	Abweichungen durch Abrede, NAV oder GAV.....	115
12.4	Verlängerung der Probezeit.....	116
12.4.1	Verlängerung der Probezeit bei Arbeitsverhinderung	116
12.4.2	Dauer der Verkürzung.....	116
12.4.3	Verlängerung über drei Monate hinaus?	116
12.5	Kein Kündigungsschutz	117
12.6	Unabänderliche Bestimmungen	117
12.7	Ausweichmöglichkeiten.....	117
12.8	Missbräuchliche Kündigung	117
12.9	Begründung der Kündigung	117
12.10	Lohnfortzahlung	118
13.	Verlassen des Arbeitsplatzes	119
13.1	Fristlose Entlassung?.....	120
13.2	Schadenersatz?	121
14.	Kündigungsgespräch	123
14.1	Vorbereiten des Kündigungsgesprächs.....	125
14.2	Durchführen des Kündigungsgesprächs	127
14.2.1	Phase 1 – Aussprechen der Kündigung	127
14.2.2	Phase 2 – Auffangen der emotionalen Reaktionen	128
14.2.3	Phase 3 – Besprechen/Darlegen der Hilfestellungen	128
14.2.4	Phase 4 – Absprechen des weiteren Vorgehens.....	129
15.	Austritt	131
15.1	Administration bei einem Austritt	134
15.1.1	Zeit für die Stellensuche	134
15.1.2	Finanzielle Ansprüche.....	134

15.1.3	Rückgabepflichten.....	137
15.1.4	Darlehen und Mieträumlichkeiten	137
16.	Personalabbau	139
16.1	Massenentlassungen.....	140
16.1.1	Was gilt als Massenentlassung?.....	141
16.1.2	Vorgehensvorschriften.....	142
17.	Häufige Fragen und Antworten	145
17.1	Fragen zur Kündigungsfrist/Sperrfristen	146
17.2	Fragen zum Zustellungszeitpunkt.....	147
17.3	Fragen zur fristlosen Kündigung.....	148
17.4	Fragen zum Sonderfall Schwangerschaft und Mutterschutz	150
17.5	Fragen zum Sonderfall Militärdienst und Pensionierung	154
18.	Mustertexte, Checklisten und Merkblätter für die Kündigung	155
18.1	Abwicklung einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung (Checkliste).....	156
18.2	Missbräuchliche Kündigung (Merkblatt)	158
18.3	Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Merkblatt).....	159
18.4	Kündigungsschutz und Sperrfristen (Merkblatt)	160
18.5	Entlassungsgespräch (Leitfaden)	161
18.6	Kündigung des Anstellungsverhältnisses (Musterbrief)	165
18.7	Schriftliche Verwarnung mit Androhung der Kündigung (Musterbrief)	166
Herausgeber und Autoren		167

1.

Grundlagen

1.1	Überblick über die Kündigungsbestimmungen	7
1.1.1	Kündigungsbestimmungen.....	7
1.1.2	Kündigungsfristen	8
1.1.3	Wer darf wann kündigen und was gilt?	8

1. Grundlagen

DAS WICHTIGSTE IN KÜRZE

30 Artikel des OR befassen sich mit der Beendigung, wovon sich 19 unmittelbar auf die Kündigung beziehen. Da besteht die Gefahr, dass man vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr sieht.

Es soll deshalb hier zuerst ein kurzer Überblick über die Bestimmungen gegeben werden mit den entsprechenden Hinweisen, wo die Detailbestimmungen zu finden sind.

Zunächst stellt sich die Frage, welche Kündigungsfristen gelten. In der Regel sind dies nach der Probezeit 1 Monat im ersten Anstellungsjahr, anschliessend 2 Monate und ab dem 10. Anstellungsjahr 3 Monate. Abweichende Regelungen sind möglich. Oftmals vereinbaren Firmen in den Arbeitsverträgen alle Arbeitsverhältnisse mit Kündigungsfristen von drei Monaten, bei Kaderverträgen teilweise auch länger.

Muss eine Kündigung ausgesprochen werden, so stehen die Vorgesetzten vor der schwierigen Aufgabe, ein Kündigungsgespräch zu führen. Zwei Praxisbeispiele zeigen in kompakter Form auf, wie ein erfolgreiches Kündigungsgespräch geführt wird.

Bei einer Kündigung ist zu beachten, dass nicht während einer sogenannten Sperrfrist infolge von Arbeitsverhinderung, Dienstleistung oder Schwanger- resp. Mutterschaft gekündigt wird. Solche Kündigungen sind ungültig.

Zudem darf nicht aus einem Grund gekündigt werden, welcher als missbräuchlich gilt. Solche Gründe sind beispielsweise eine persönliche Eigenschaft (Geschlecht, Alter, Nationalität, Religion etc.) oder aber eine Verhinderung von Ansprüchen wie Lohnfortzahlung, Überstundenentschädigung oder höhere Sozialversicherungsbeiträge. Eine solche Kündigung ist zwar gültig, löst aber bei einer Klage eine Entschädigungspflicht aus.

Wollen die Firma und eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter vertragliche Abmachungen oder gesetzliche Vorschriften wie beispielsweise eine Kündigungsfrist nicht einhalten, ist es möglich, eine Auflösungsvereinbarung abzuschliessen. Vor Gericht haben aber nur Vereinbarungen Bestand, welche beiden Seiten Vorteile bringen. Damit wird verhindert, dass Arbeitgeber erfolgreich Druck auf Mitarbeitende ausüben, eine für sie ungünstige Vereinbarung zu unterschreiben.

Sehr viele Gerichtsurteile betreffen die fristlose Entlassung. Beachten Sie, dass hier die Anforderungen an gültige fristlose Entlassungen sehr hoch sind: Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist muss unzumutbar sein. Wird ungerechtfertigt fristlos entlassen, ist der Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist geschuldet.

1.1 Überblick über die Kündigungsbestimmungen

1.1.1 Kündigungsbestimmungen

Eine häufige Praxisfrage

Häufige Praxisfragen von Mitarbeitenden lauten ähnlich wie die folgende:

PRAXISFRAGE



Frage:

Ich arbeite seit 5 Jahren in einer Firma am Empfang. Ich muss auch die Arbeitszeitabrechnungen machen. Immer wieder gab es Schwierigkeiten mit meiner Vorgesetzten. Sie bemängelte Kleinigkeiten an meiner Arbeit, z.B. weil eine Arbeitszeitabrechnung nicht stimmte oder weil ein Kunde mal kurz warten musste. Vor einem Jahr musste ich eine zusätzliche Arbeit übernehmen: Daten erfassen. Als ich reklamierte, wurde ich abgewiesen. In letzter Zeit war ich überlastet und konnte die gesetzten Termine nicht einhalten. Am letzten Freitag erhielt ich aus heiterem Himmel die Kündigung. Das ist reine Schikane und Mobbing. Welche Möglichkeiten habe ich, mich gegen die Kündigung zu wehren? Schliesslich wurde ich nicht einmal verwarnt.

Antwort:

Das OR ermöglicht es den Vertragspartnern, ein Arbeitsverhältnis aufzulösen. Dabei sind bloss die Kündigungsfristen einzuhalten.

Lediglich während einer sogenannten Sperrfrist darf nicht gekündigt werden. Sperrfristen gelten bei Arbeitsunfähigkeit, Schwangerschaft und Mutterschaft sowie bei Dienstleistungen. In diesen Fällen ist die Kündigung ungültig.

In allen andern Fällen ist die Kündigung gültig. Ist die Kündigung aus einem missbräuchlichen Grund erfolgt, löst dies bei Klage eine Entschädigungspflicht aus. Missbräuchlich wäre die Kündigung beispielsweise, wenn sie rechtzeitig vor einem bevorstehenden Spitalaufenthalt ausgesprochen würde, um keine Lohnfortzahlung leisten zu müssen. Ein solcher Grund liegt jedoch nicht vor.

Neben dem Obligationenrecht sind auch die Vorschriften des Gleichstellungsgesetzes einzuhalten. Dieses verbietet diskriminierende Kündigungen aufgrund des Geschlechts. Das oben geschilderte Vorgehen ist ungünstig, weil die Kündigung die Mitarbeiterin offenbar unvorbereitet getroffen hat. Wenn immer möglich sollte den Mitarbeitenden die Chance gegeben werden, sich zu äussern und/oder die kritisierte Arbeitsleistung oder das Verhalten zu verbessern. Dies ist aber keine rechtliche Vorschrift.

In manchen Gesamtarbeitsverträgen oder bei öffentlichen Arbeitgebern werden oftmals nur bestimmte Kündigungsgründe zugelassen und/oder es bestehen weitergehende Verfahrensvorschriften, bevor eine Kündigung ausgesprochen werden darf. Zum letzteren gehört, dass eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter zwingend vor dem Aussprechen ei-

ner Kündigung angehört werden muss und eine angemessene Frist zur Verbesserung der Situation gewährt werden muss. Aber auch hier gilt: Werden solche Vorschriften verletzt, ist die Kündigung in aller Regel gültig, kann aber eine Entschädigungspflicht auslösen.

Zusammenfassend muss also festgestellt werden, dass das Vorgehen des Arbeitgebers den rechtlichen Vorschriften genügt. Dies heisst nicht, dass der Arbeitgeber alles richtig gemacht hat, sondern lediglich, dass wir keine erfolgsversprechende Möglichkeit sehen, die Kündigung vor Gericht anzufechten.

1.1.2 Kündigungsfristen

Haben Sie nichts anderes vereinbart, gelten die Kündigungsfristen gemäss Obligationenrecht. Bei einem unbefristeten Arbeitsvertrag betragen diese:

während der Probezeit	7 Tage auf jeden Termin
anschliessend im 1. Anstellungsjahr	1 Monat auf ein Monatsende
ab dem 2. Anstellungsjahr	2 Monate auf ein Monatsende
ab dem 10. Anstellungsjahr	3 Monate auf ein Monatsende

Wird etwas anderes abgemacht, so gelten diese Fristen. Es dürfen auch kürzere Fristen vereinbart sein (ausser im ersten Anstellungsjahr, es sei denn ein Gesamtarbeitsvertrag regle dies).

Nach OR beträgt die Probezeit einen Monat. Abweichend darf eine Probezeit von maximal drei Monaten vereinbart werden.

1.1.3 Wer darf wann kündigen und was gilt?

Mitarbeitende

Am häufigsten kündigen die Mitarbeitenden selbst. Mitarbeitende dürfen praktisch in jedem Fall und zu jeder Zeit eine Kündigung aussprechen.

Als Arbeitgeber haben Sie das Anrecht – genauso wie die Mitarbeitenden – dass die Kündigung rechtzeitig bei Ihnen eintrifft, nämlich vor Monatsende. Andernfalls beginnt die Kündigungsfrist einen Monat später zu laufen.

Ob Arbeitgeber auf den häufigen Wunsch von Mitarbeitenden, die Kündigungsfrist zu verkürzen, eingehen wollen, ist gut zu überlegen.

PRAXISBEISPIEL



Herr Luftibus nimmt das Leben locker. So läuft es auch in Ihrer Firma mehr schlecht als recht. Als er kündigt, sind Sie durchaus erleichtert. Auf seine erste Idee, ihn sofort freizustellen, gehen Sie nicht ein. Dann schlägt er vor, die Kündigungsfrist von zwei auf einen Monat zu verkürzen, «weil ich eh nicht mehr viel leisten werde». Das leuchtet Ihnen sofort ein, dennoch überlegen Sie sich die Konsequenzen gut: Das macht Sie für die Zukunft erpressbar, weil jede Mitarbeiterin oder jeder Mitarbeiter das gleiche Recht fordern kann. Sie entschliessen sich deshalb für den steinigten Weg. Sie legen ihm dar, dass Sie auch während der Kündigungsfrist noch eine tippotpe Leistung erwarten und keinen Schlendrian tolerieren werden. Sie sind klar entschlossen, bei Leistungszurückhaltung mit einer Verwarnung und im schlimmsten Fall mit einer fristlosen Entlassung zu reagieren.

Es empfiehlt sich, bei Kündigung von Mitarbeitenden jeweils eine Kündigungsbestätigung auszufertigen.

Manchmal kündigen Mitarbeitende gar nicht, sondern erscheinen einfach nicht mehr zur Arbeit, oder aber sie halten die Kündigungsfrist nicht ein. Dabei ist Folgendes zu tun: Erstens sind die Mitarbeitenden sofort aufzufordern, zur Arbeit zu kommen, anschliessend ist die Lohnzahlung einzustellen und schliesslich Schadenersatz zu fordern.

Arbeitgeber

Kündigungen durch den Arbeitgeber, sei dies aus Kapazitätsgründen (Personalabbau, wegfallende Aufgaben) oder aus Leistungsgründen, sind grundsätzlich möglich, ohne dass dabei spezielle Gründe erforderlich sind. Es sind im Wesentlichen lediglich die Fristen einzuhalten.

Zwei Vorschriften des OR sind dabei jedoch besonders zu beachten:

1. Arbeitgeber dürfen während Arbeitsverhinderungen der Mitarbeitenden nicht kündigen, wenigstens so lange nicht, als die sogenannten Sperrfristen nicht abgelaufen sind. Als Arbeitsverhinderungen gelten dabei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall. Sperrfristen gelten auch bei Dienstleistungen (Militär, Zivildienst und Zivildienst) sowie bei Schwangerschaft und Mutterschaft.

PRAXISBEISPIEL



Als die Mitarbeiterin ihrem Vorgesetzten mitteilt, dass sie schwanger sei, kündigt er umgehend das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist von 2 Monaten. Eine solche Kündigung, welche während einer Sperrfrist ausgesprochen wird, ist ungültig («nichtig»). Das Arbeitsverhältnis läuft weiter, wie wenn die Kündigung nicht geschrieben worden wäre.

Wurde hingegen die Kündigung vor Beginn der Sperrfrist ausgesprochen, so ist sie gültig. Hingegen verlängert sich die Kündigungsfrist maximal um die Sperrfrist.

PRAXISBEISPIEL



Einem Mitarbeiter im 2. Anstellungsjahr wurde auf Ende März unter Einhaltung der zweimonatigen Kündigungsfrist gekündigt. Am 1. März erkrankt er und ist während 6 Wochen, also bis am 11. April arbeitsunfähig.

Die Kündigungsfrist verlängert sich um die Dauer der Arbeitsunfähigkeit, jedoch längstens um die Sperrfrist. Die Sperrfrist im zweiten Anstellungsjahr beträgt 90 Tage.

Im Beispiel verlängert sich die Kündigungsfrist um 6 Wochen bis am 22. Mai. Da die Beendigung immer auf Ende Monat erfolgt, endet das Arbeitsverhältnis neu Ende Mai.

Der Mitarbeiter erhält während der Krankheit vom 1. März bis 11. April für die gesetzliche oder vereinbarte Dauer Lohnfortzahlung. Nach der anwendbaren Berner Skala dauert die Lohnfortzahlung 4 Wochen, also bis am 28. März. Anschliessend erhält er keinen Lohn mehr. Am 12. April nimmt er die Arbeit wieder auf, erhält wieder Lohn und arbeitet bis Ende Mai.

2. Arbeitgeber dürfen aus verschiedenen Gründen nicht kündigen, beispielsweise um die Lohnfortzahlung während einer Arbeitsunfähigkeit zu umgehen, oder weil der Firma das Geschlecht, die Nationalität oder politische Gesinnung einer Person nicht gefällt. Eine solche Kündigung wäre missbräuchlich.

PRAXISBEISPIEL



In die Falle tappen könnten Sie beispielsweise bei einem Personalabbau, wenn Sie hauptsächlich jungen Frauen kündigen, «weil die sowieso schwanger werden».

Eine solches Verhalten ist diskriminierend und löst – im Falle einer rechtzeitigen Klage – eine Entschädigung aus. Die ausgesprochenen Kündigungen sind dennoch gültig.

Dabei spielt es keine Rolle, ob die Kündigung «so gemeint war» oder ob unüberlegt mehrheitlich Gewerkschaftsmitglieder oder Frauen die Stelle verlieren oder reklamierende Mitarbeitende gerne entlassen werden.

Eine Verwarnung vor einer Kündigung ist nicht verlangt. Dennoch können Verwarnungen in vielen Fällen helfen, den Mitarbeitenden den Ernst der Lage deutlich zu machen und eine allfällig erforderliche Kündigung vorzubereiten.

Kündigungsgespräche sind für Vorgesetzte unangenehm und belastend. Es gilt dabei, nicht mit der Tür ins Haus zu fallen und dennoch bereits am Anfang des Gespräches die Kündigung zu eröffnen, um anschliessend ausreichend Zeit zu haben, um die erste emotionale Reaktion der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters aufzufangen und im optimalen Fall wieder Perspektiven zu erarbeiten.

PRAXISBEISPIEL



Vorgesetzter Müller hat lange gezögert, sich nun aber doch durchgerungen, Frau Rieger zu kündigen. Anlässlich der wöchentlichen Arbeitsbesprechung kritisiert er verschiedene Punkte der Arbeiterledigung. Gegen Ende des Gesprächs lässt er endlich die Katze aus dem Sack: die Kündigung. Als sich die Mitarbeiterin empört, klemmt er das Gespräch ab mit der Bemerkung, dass sie nun kaum konstruktiv Stellung nehmen könne. Sie solle sich doch an die Personalabteilung wenden.

Anders Vorgesetzte Brunner. Sie lädt Herrn Ulmer zu einem einstündigen Gespräch ein, welches sie damit eröffnet, dass sie in letzter Zeit öfters deutlich Kritik an seinem Kundenverhalten üben musste. Sie ergänzt, dass sich die Reklamationen in letzter Zeit gar noch gehäuft hätten. Nach der kurzen Besprechung dieses Sachverhalts («Wie sehen Sie das?») erklärt sie ihm, dass sich die Firma von ihm trennen werde. Den Rest der Zeit verwendet sie, um die emotionale Reaktion des Mitarbeiters aufzufangen. «Ich verstehe, dass Sie sich brüskiert fühlen. Ich sehe das so, dass Sie in der Kundenbetreuung nicht optimal eingesetzt sind. Sie wissen, dass ich Ihre fachlichen Qualitäten immer sehr geschätzt habe. Das sehe ich auch heute noch so. Wie beurteilen Sie das?» Im weiteren Verlauf des Gesprächs schlägt sie dem Mitarbeiter eine berufliche Standortbestimmung vor.

Im gegenseitigen Einvernehmen

Es ist grundsätzlich zulässig, ein Arbeitsverhältnis durch eine Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer aufzuheben. Besteht Einvernehmen, sind weder Fristen einzuhalten noch gelten Sperrfristen. Der «Knackpunkt» dabei ist, dass im Falle einer Klage ersichtlich sein muss, dass die Aufhebungsvereinbarung im gegenseitigen Interesse lag und nicht einen einseitigen Verzicht des Arbeitnehmers darstellt.

PRAXISBEISPIEL



Eine Mitarbeiterin möchte in 2 Wochen eine neue Stelle antreten. Der Arbeitgeber ist einverstanden, weil sich die Zusammenarbeit nicht so entwickelt hat, wie er sich das vorgestellt hat. Eine solche Auflösungsvereinbarung ist möglich (sofern sie nicht noch Lohnverzicht, Ferienverzicht etc. enthält). Würde die Mitarbeiterin innert der 2 Wochen krank, so könnte sie nicht auf der Einhaltung der Sperrfristen bestehen.

Anders ist die folgende Situation zu beurteilen: Ein psychisch angeschlagener Mitarbeiter unterschreibt in seiner Not eine Vereinbarung, das Arbeitsverhältnis kurzfristig aufzulösen. Es handelt sich um einen nicht geschützten einseitigen Verzicht des Mitarbeiters.

2.

Kündigung durch den Arbeitnehmenden

2.1	Kündigungsfrist.....	14
2.2	Bestätigung der Kündigung.....	15

2. Kündigung durch den Arbeitnehmenden

DAS WICHTIGSTE IN KÜRZE

Mitarbeitende haben, wie der Arbeitgeber das Recht, ein Arbeitsverhältnis aufzulösen. Atmen Sie bei manchen Kündigungen erleichtert auf, so bedeuten andere für Sie den herben Verlust von Know-how. Manchmal trifft eine Kündigung auch persönlich, zum Beispiel, weil Sie sich für die Weiterentwicklung einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters eingesetzt haben.

Unabhängig von der Situation gilt es bei Kündigungen durch Mitarbeitende, die rechtlichen Aspekte im Auge zu behalten. Die Mitarbeitenden sind – wie der Arbeitgeber – verpflichtet, die vertraglichen Abmachungen einzuhalten.

Mitarbeitende sind mit den rechtlichen Rahmenbedingungen nicht immer vollständig vertraut. Manchmal trifft eine Kündigung zu spät ein, der Austrittstermin ist falsch oder nicht klar formuliert. Eine Kündigungsbestätigung klärt dann diese Fragen und gleichzeitig können darin erste Hinweise auf das Vorgehen im Hinblick auf den Austritt gegeben werden.

2.1 Kündigungsfrist

Haben Sie nichts anderes vereinbart, gelten die Kündigungsfristen gemäss Obligationenrecht. Wird etwas anderes vereinbart, so gelten diese Fristen. Bei einem unbefristeten Arbeitsvertrag betragen diese:

während der Probezeit	7 Tage auf jeden Termin
anschliessend im 1. Anstellungsjahr	1 Monat auf ein Monatsende
ab dem 2. Anstellungsjahr	2 Monate
ab dem 10. Anstellungsjahr	3 Monate

Es dürfen auch kürzere Fristen vereinbart sein (ausser im ersten Anstellungsjahr, es sei denn ein Gesamtarbeitsvertrag regle dies).

PRAXISBEISPIELE



Frage 1: Ich habe die Kündigung am letzten Tag des Monats April der Post übergeben. Mein Chef ist nun der Meinung, die Kündigung sei zu spät eingetroffen und die Kündigungsfrist beginne erst Anfang Juni. Stimmt das?

Antwort 1: Ja, das ist korrekt. Die Kündigung ist eine «empfangsbedürftige Willenserklärung». Entscheidend ist dabei, wann die Kündigung in die Hände der andern Vertragspartei gelangt (oder hätte gelangen können, wenn beispielsweise die Post nicht abgeholt wird).

Frage 2: Ein Mitarbeiter ist am 1.1.2016 in unsere Firma eingetreten. Wir haben Kündigungsfristen nach OR vereinbart. Kurz vor Weihnachten 2016 schickt er die Kündigung auf Ende Januar 2017. Der Mitarbeiter ist Ende Dezember noch im 1., Ende Januar hingegen im 2. Anstellungsjahr. Beträgt die Kündigungsfrist nun nicht 2 Monate?

Antwort 2: Nein. Die Kündigungsfrist richtet sich nach dem Zeitpunkt, in welchem Sie die Kündigung erhalten haben oder hätten erhalten können. Dies war kurz vor Weihnachten und folglich gilt die kürzere Kündigungsfrist des 1. Anstellungsjahres.

Frage 3: Eine Mitarbeiterin im zwölften Anstellungsjahr hat Mitte Januar eine Kündigung auf Ende März geschrieben. Die Kündigungsfrist ist falsch. Richtig wären 3 Monate nach OR. Ist die Kündigung nun ungültig?

Antwort 3: Nein, aber das Arbeitsverhältnis endet erst Ende April.

Frage 4: Die obige Mitarbeiterin hat bereits auf Anfang April eine neue Stelle in Aussicht und drängt mich nun, ich müsse mit dem vorgängigen Arbeitsende einverstanden sein. Soll ich darauf eingehen?

Antwort 4: Sie können frei entscheiden. Falls ein vorzeitiges Arbeitsende auch in Ihrem Interesse liegt: ja. Andernfalls: nein.

Frage 5: Die Mitarbeiterin droht mir auch, einfach nicht mehr zu Arbeit zu kommen im April. Was kann ich tun?

Antwort 5: Es kommt häufig vor, dass Mitarbeitende versuchen einen früheren Austrittstermin zu erzwingen. Offenbar stehen sie von neuen Arbeitgebern unter Druck, die neue Stelle früher anzutreten. Sprechen Sie Ihre Mitarbeiterin darauf an und erläutern Sie ihr die Konsequenzen eines Vertragsbruches. Diese Konsequenzen finden Sie im Kapitel «Verlassen des Arbeitsplatzes». Die wichtigsten sind eine Schadenersatzpflicht sowie ein entsprechender Vermerk im Arbeitszeugnis.

2.2 Bestätigung der Kündigung

Mitarbeitende formulieren eine Kündigung oftmals unklar oder halten rechtliche oder vertragliche Bestimmungen nicht ein. Es empfiehlt sich deshalb, die Kündigung schriftlich zu bestätigen, damit für beide Seiten der Austrittstermin klar ist und die notwendigen Schritte bis zum Austritt festgehalten sind. Falls Sie einer Mitarbeiterin oder einem Mitarbeiter zum Beispiel mit einem früheren Austrittstermin entgegenkommen möchten, so das erfordert auch dies eine klare Regelung.

3.

Ordentliche Kündigung

3.1	Kündigungsfristen.....	18
3.2	Zeitpunkt der Zustellung.....	24
3.3	Gültigkeit und Formvorschriften.....	26
3.4	Sonderfälle.....	28

3. Ordentliche Kündigung

DAS WICHTIGSTE IN KÜRZE

Wenn Sie ein Arbeitsverhältnis auflösen wollen, können Sie das auch tun. Sie brauchen keine wichtigen Gründe. Sofern Sie nichts vereinbart haben, braucht die Kündigung auch keine bestimmte Form, Sie können also auch mündlich kündigen. Im Grundsatz geht das Kündigungsrecht von der Kündigungsfreiheit aus.

Dabei sind die Kündigungsfristen einzuhalten. In der Probezeit kann bis am letzten Tag mit der kurzen Frist gekündigt werden. Haben Sie nichts anderes vereinbart, gelten anschliessend die üblichen Kündigungsfristen gemäss Obligationenrecht. Diese sind vom Dienstjahr abhängig. Dabei sind beispielsweise die Lehrjahre anzurechnen, wenn kein Unterbruch des Arbeitsverhältnisses vorliegt.

Es steht Ihnen frei, andere Kündigungsfristen abzumachen. Es ist sogar möglich, die Kündigung auf jeden Termin zu vereinbaren.

Oftmals kommt es vor, dass eine Kündigung zu spät geschrieben wird. Sie trifft dann erst bei der Mitarbeiterin oder beim Mitarbeiter ein, wenn das Monatsende schon überschritten ist. Die Kündigung ist trotzdem gültig, die Kündigungsfrist beginnt aber einen Monat später zu laufen. Das Arbeitsverhältnis endet somit später.

RECHTLICHE GRUNDLAGEN



Befristetes Arbeitsverhältnis

- OR Art. 334: Befristetes Arbeitsverhältnis
- OR Art. 335: Kündigung im Allgemeinen
- OR Art. 335a: Kündigungsfristen im Allgemeinen
- OR Art. 335b: Kündigungsfrist während der Probezeit
- OR Art. 335c: Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit

3.1 Kündigungsfristen

Nach Obligationenrecht

Art. 335b und 335c OR sehen folgende Kündigungsfristen vor:

	Kündigungsfrist
während der Probezeit	7 Tage auf jeden Tag
1. Dienstjahr	1 Monat auf ein Monatsende
2. bis 9. Dienstjahr	2 Monate auf ein Monatsende
ab 10. Dienstjahr	3 Monate auf ein Monatsende

Diese Kündigungsfristen gelten

- bei einem unbefristeten Arbeitsvertrag
- wenn nichts anderes vereinbart wurde

Welche Kündigungsfrist gilt?

Oftmals stellt sich die Frage, ob beispielsweise bei einer Kündigung nach knapp einem Dienstjahr nun noch die kürzere Kündigungsfrist des ersten Dienstjahres gilt oder ob bereits die längere Frist des zweiten Dienstjahres gültig ist. Antwort: Entscheidend für die gültige Kündigungsfrist ist nicht, wann die Kündigungsfrist beginnt oder wann sie endet, sondern wann die Kündigung der anderen Partei zugeht. Dieser Zeitpunkt ist massgebend, ob die ein-, zwei- oder dreimonatige Frist einzuhalten ist und auf welchen Termin das Arbeitsverhältnis beendet wird.

PRAXISBEISPIEL



Der Arbeitnehmer hat die Tätigkeit am 1. März 2016 aufgenommen. Wird die Kündigung Ende Februar 2017 ausgesprochen, befindet sich der Arbeitnehmer noch im ersten Dienstjahr, weshalb die einmonatige Frist zur Anwendung kommt. Dabei spielt es keine Rolle, dass das Arbeitsverhältnis erst im zweiten Dienstjahr beendet wird. Kann die Kündigung – ohne Verschulden des Arbeitnehmers – diesem erst am 1. März 2017 oder später zugestellt werden, gilt hingegen die zweimonatige Frist. Das Arbeitsverhältnis endet dann am 31. Mai 2017.

Auflösung während der Probezeit

Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen aufgelöst werden. Ist nichts anderes schriftlich vereinbart, gilt der erste Monat als Probezeit. Die maximale Dauer der Probezeit ist drei Monate.

Die Kündigung kann auf jeden Termin erfolgen. Soll die Auflösung nur auf einen bestimmten Wochentag, wie z.B. das Ende einer Woche möglich sein, muss dies schriftlich vereinbart werden.

PRAXISBEISPIEL



Eine Vorgesetzte kündigt einem Mitarbeiter in der Probezeit. Die Kündigung wird am Mittwoch ausgesprochen. Das Arbeitsverhältnis endet am nächsten Mittwoch.

Die kurze Kündigungsfrist während der Probezeit ist gültig, wenn die Kündigung spätestens am letzten Tag der Probezeit bei der Gegenpartei eintrifft. Ob dann das Arbeitsverhältnis erst nach deren Ablauf beendet ist, spielt keine Rolle.

PRAXISBEISPIEL

Herr Türler nimmt am 1. Oktober die Arbeit auf. Im Vertrag wurde nichts betreffend Probezeit vereinbart. Schon in der ersten Zeit zeigt sich, dass er fachlich überfordert ist. Der Vorgesetzte will deshalb wissen, wann er mit welcher Frist kündigen kann.



Nach OR gilt der erste Monat als Probezeit, sofern nichts anderes vereinbart ist. Übergibt ihm der Vorgesetzte spätestens am letzten Tag der Probezeit, am 31. Oktober, die Kündigung, so gilt noch die Kündigungsfrist von 7 Tagen. Das Arbeitsverhältnis endet dann am 7. November.

Berechnung der Dienstjahre

Die Kündigungsfristen nach OR sind vom «Dienstjahr» abhängig. Es ist deshalb entscheidend, wie das Anstellungsjahr berechnet wird.

Grundsatz: Bei der Berechnung der Dienstjahre gilt die ganze Zeit der Anstellung bei einem Arbeitgeber, auch wenn kürzere Unterbrechungen vorliegen. Auch die Lehrzeit wird dann zu den Dienstjahren gezählt, wenn nicht ein längerer Unterbruch zwischen Lehre und Arbeitsbeginn lag.

In der Praxis stellt sich häufig die Frage, ob die Berechnung der Dienstjahre bei einem neuen Vertragsabschluss neu beginnt oder ob die früher im Unternehmen geleistete Zeit anzurechnen ist. Wir empfehlen Folgendes:

- Liegt ein neues Arbeitsverhältnis nach einem Unterbruch vor, ist die frühere Beschäftigungsdauer nicht anzurechnen.

PRAXISBEISPIEL

Eine kaufmännische Mitarbeiterin arbeitete rund 5 Jahre in einer Speditionsfirma. Anschliessend war sie während knapp zwei Jahren in einer Garage angestellt. Nun übernimmt sie in der Speditionsfirma die Leitung der Administration. Sind die früheren Dienstjahre (z.B. für die Berechnung der Kündigungsfrist) anzurechnen?

Nein, es handelt sich eindeutig um ein neues Arbeitsverhältnis. Eventuell hat die Firma ein Reglement, welches die Berücksichtigung der früheren Anstellungsjahre für das Dienstaltersgeschenk vorschreibt. Das hat aber mit dem Dienstalter für die Kündigungsfrist keinen Zusammenhang, sofern das Reglement sich in diesem Punkt nach dem OR richtet.

