



Kündigung

Kündigungsfreiheit ein Mythos?

Im Schweizerischen Arbeitsrecht gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit für beide Parteien (Art. 335 Abs. 1 OR). Allerdings gelten nicht zu vernachlässigende Einschränkungen und Hürden zulasten des Arbeitgebers bei ordentlichen Kündigungen.

Von Nicole Vögeli Galli

Diese können die Vornahme von Kündigungen oft erschweren oder zumindest verzögern. Unterschieden wird zwischen dem sachlichen und dem zeitlichen Kündigungsschutz. Bevor jedoch überhaupt derartige Fragestellungen zu prüfen sind, scheitern Kündigungen nicht selten an formellen Fehlern. Dabei erlegen sich Arbeitgeber in bester Absicht selbst zusätzliche Schranken auf.

Aussprechen der Kündigung

Das Gesetz schreibt keine besondere Form für die Kündigungserklärung vor.

Es kann und wird oft auf Wunsch des Arbeitgebers die Schriftform vereinbart, welche nach gesetzlicher Vermutung als Gültigkeitserfordernis (Art. 16 Abs. 1 OR) angesehen wird. E-Mail und SMS stellen dabei keine Schriftlichkeit dar, ausser das E-Mail erfolge mit qualifizierter elektronischer Unterschrift (Art. 14 OR). Hingegen liegt Schriftlichkeit vor, wenn dem E-Mail ein eingescanntes Dokument mit Unterschrift angehängt wird. Mithin muss immer geprüft werden, ob die Kündigung gemäss Arbeitsvertrag oder Personalreglement schriftlich auszusprechen ist.

Die Kündigungserklärung ist empfangsbedürftig. Vielfach versuchen sich Arbeitnehmende dem Empfang der Kündigung in der Hoffnung auf eine längere Kündigungsfrist zu entziehen. So werden Kündigungen auf der Post nicht abgeholt oder bei persönlicher Übergabe nicht mitgenommen. Allerdings gilt bei verweigerter Annahme die Kündigung dennoch als zugestellt.

Die Kündigung ist von den beim Arbeitgeber zuständigen Personen gemäss Eintragung im Handelsregister oder internen Richtlinien auszusprechen. Kündigungen anderer Personen benötigen eine Genehmigung, und die Kündigung kann erst nach Genehmigung Wirkung entfalten. Dies ist besonders in Konzernverhältnissen zu berücksichtigen. Sollen Organpersonen entlassen werden, wozu auch ein Geschäftsführer zählt, ist für den Entscheid ein Verwaltungsratsbeschluss notwendig (Art. 716a Ziff. 4 OR). Die Kündigung kann indes in der Folge von anderen Vertretern effektiv ausgesprochen werden.

Vorangehende personalrechtliche Massnahmen

Das Gesetz verlangt weder, dass der Arbeitgeber vor einer Kündigung anderweitige Massnahme getroffen oder geprüft hat, noch die Ankündigung der Kündigung. Allerdings sind völlig überraschende Kündigungen eher mit dem Risiko der Qualifikation als missbräuchliche Kündigung behaftet, ausser der Kündigungsgrund habe sich kurz vorher manifestiert. Hat der Arbeitgeber jedoch selbst festgelegt, dass vor einer Kündigung anderweitige Massnahmen wie Bewährungsfrist oder Abmahnung stattfinden sollen, ist er daran gebunden. Bei Nichtbeachtung ist die Kündigung ungültig.



Arbeitnehmende müssen beweisen, ob eine Kündigung missbräuchlich ist oder nicht.



Es ist immer zu regeln, was gilt, falls der Arbeitgeber sich nicht an seine eigenen Vorgaben hält. Die Notwendigkeit von Verwarnungen vor dem Aussprechen einer fristlosen Entlassung bei nicht derart gravierenden Vorkommnissen ergibt sich aus dem Wegfall der Kündigungsfristen.

Sachlicher Kündigungsschutz

Angesichts der geltenden Kündigungsfreiheit und der effektiv eher kurzen gesetzlichen Kündigungsfristen hat der Schutz vor missbräuchlichen und diskriminierenden Kündigungen eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Wichtig zu wissen ist, dass grundsätzlich eine Kündigung nur in den vom Gesetz genannten Fällen missbräuchlich (Art. 336 OR) bzw. diskriminierend (Art. 3 GIG) ist und der Missbrauchstatbestand von den Arbeitnehmenden darzulegen sowie zu beweisen ist. Neben den in der Öffentlichkeit bekannten Fällen wie Missbräuchlichkeit einer Kündigung wegen Tragen eines Kopftuchs (Ausübung verfassungsmässiges Recht, Religionsfreiheit)¹ oder wegen interner Meldung eines Fehlverhaltens durch einen anderen Mitarbeiter (Geltendmachung von Ansprüchen, «Whistleblowing»)² werden seitens der Rechtsprechung weitere Fälle über das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zugelassen. Voraussetzung dafür ist, dass eine ähnliche Schwere wie bei den im Gesetz genannten Fällen vorliegt.

Ausgangspunkt ist die Verpflichtung des Arbeitgebers, die Persönlichkeit der Mitarbeitenden zu schützen (Art. 328 OR). Eine Verletzung kann in der Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts liegen. Das Bundesgericht forderte bei einem kurz vor der Pensionierung stehenden Mitarbeiter mit 44 Dienstjahren, dass vor dessen völlig überraschender Entlassung die innerbetrieblichen Konflikte zu klären gewesen wären, zumal gute Leistung vorlag und eine sozialverträglichere Lösung hätte geprüft werden müssen. Da dies nicht erfolgt sei, habe der Arbeitgeber das Gebot der schonenden Rechtsübung verletzt und die Kündigung sei missbräuchlich.³

Insofern sind trotz Fehlen von entsprechenden Vorschriften im Gesetz zusätzliche Massnahmen vor einer Kündigung zu empfehlen. Dabei ist es nicht nur für die betroffenen Mitarbeitenden wichtig, dass sie die Kündigungsgründe nachvollziehen können, sondern auch, dass die Beweismöglichkeit im Rahmen eines Streitfalles, insbesondere vor Gericht, gegeben ist.

Empfohlenes Vorgehen

- Regelmässige, korrekte und ehrliche Qualifikationen vornehmen.
- Verwarnungen und Bewährungsfristen gezielt und realistisch einsetzen.
- Abklärungen bei Konflikten und der Kündigungsgründe durchführen.
- Prüfen aller möglichen Massnahmen.

Es darf nicht vergessen werden, dass Mitarbeitende nur bei Kenntnis der Kritikpunkte Verbesserungen vornehmen können.

Zeitlicher Kündigungsschutz

Im Fokus stehen die Sperrfristen wegen Diensten, Arbeitsunfähigkeit, Schwangerschaft und Mutterschaft nach Art. 336c OR. Eine Beschwerde aufgrund von Diskriminierung löst indes ebenso einen zeitlichen Kündigungsschutz für die Dauer des Beschwerdeverfahrens sowie sechs Monate nach dessen Abschluss aus (diskriminierende Rache Kündigung, Art. 10 GIG).

Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Unfalls oder Krankheit

Die Sperrfrist wirkt so lange, wie die Arbeitsunfähigkeit dauert, jedoch maximal 30 Tage im ersten, 90 Tage im zweiten bis und mit fünften oder 180 Tage ab dem sechsten Dienstjahr. Dauert die Arbeitsunfähigkeit über den Dienstjahreswechsel ins zweite bzw. sechste Dienstjahr an, kommt die längere Sperrfrist zur Anwendung. Dabei ist vorausgesetzt, dass die verlängerte Kündigungsfrist ebenfalls erst im neuen Dienstjahr abläuft. Ab Beginn der Arbeitsunfähigkeit wird in diesen Fällen die Sperrfrist des ersten oder fünften Dienstjahres gezählt. Danach läuft die Kündigungsfrist bis zum Beginn des neuen Dienstjahres, und



Offene Jobs online

Wir bleiben dran, bis es passt.

Sind Sie auf der Suche nach einer qualifizierten Fachperson für Ihr Personalwesen? Oder suchen Sie eine neue Herausforderung im HR?

Careerplus ist die führende Schweizer Personalberatung für die Rekrutierung von qualifizierten Fachleuten für die Berufsgruppen HR, Finanzen, Sales, Bau, Industrie, IT und Gesundheit.

 **careerplus**
Passt perfekt.

www.careerplus.ch



es folgt die Sperrfrist des zweiten bzw. sechsten Dienstjahres abzüglich der bereits gelaufenen Sperrfrist des vorherigen Dienstjahres.⁴



Praxistipp

Es sollte so rasch wie möglich eine vertrauensärztliche Untersuchung angeordnet werden oder dem behandelnden Arzt ist zumindest ein Stellenbeschrieb zu übergeben, sodass eine fundierte Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit möglich ist.

Einzelabsenzen wegen Krankheit oder Unfall

Verschiedene Arbeitsunfähigkeiten mit zwischendurch vorhandener Arbeitstätigkeit können für die Beurteilung, ob die Sperrfrist erreicht wurde, zusammengezählt werden, sofern sie auf derselben Ursache beruhen. Ist nicht offensichtlich, dass unterschiedliche Gründe vorliegen, kann der Arbeitgeber von einer einheitlichen Ursache ausgehen. Es obliegt infolge dem Mitarbeitenden, dies zu bestreiten und das Gegenteil zu beweisen.

Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

Angeichts der strengen gesetzlichen Regelung soll bei entsprechenden Hinweisen, vor allem psychischen Erkrankungen, vom Arzt eine Aussage darüber verlangt werden, ob es sich um eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit handelt. Mithin sollte sich der Arzt darüber äussern, ob der Mitarbeitende an einem anderen Arbeitsplatz oder bei einem anderen Arbeitgeber arbeitsfähig ist. Sollte dies der Fall sein, kommen die Sperrfristen nicht zur Anwendung.⁵

Konsequentes und nachvollziehbares Vorgehen

Obwohl das Gesetz von der Kündigungsfreiheit beider Parteien ausgeht, ist der Arbeitgeber erheblich eingeschränkt. Die Wahrung seiner Rechte nimmt er am sinnvollsten wahr, indem er die Kündigung sorgfältig vorbereitet und die Gründe belegen kann. Bei Arbeitsunfähigkeiten erscheint eine aktive Betreuung des Falles unter Einschaltung eines Vertrauensarz-

tes und der allfällig vorhandenen Krankentaggeldversicherung am zielführendsten. Dabei hilft oft der Hinweis, dass bei Auslauf der Lohnfortzahlungspflicht die Taggelder der Versicherer erst weitergeleitet werden, wenn sie beim Arbeitgeber eingegangen sind.

Fussnoten

- 1 Urteil Regionalgericht Bern-Mittelland, in Sonntagszeitung online vom 23. Oktober 2016
- 2 Urteil Bundesgericht vom 8. Juli 2008, 4A_2/2008
- 3 Urteil Bundesgericht vom 20. Dezember 2005, 4C.215/2005, BGE 132 III 115; Urteil Bundesgericht vom 12. November 2014, 4A_384/2014
- 4 Urteil Bundesgericht vom 10. Juli 2007, 4C.89/2007, publiziert BGE 133 III 517, übersetzt in Pra 97 (2008) Nr. 26
- 5 Urteil Arbeitsgericht Zürich vom 19. September 2014, publiziert Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2014 Nr. 18



Autorin

Dr. Nicole Vögeli Galli ist Fachanwältin SAV Arbeitsrecht und Partnerin bei Küng & Vögeli Rechtsanwälte in Kloten.



Ticket Restaurant® eine Strategie auch für Sie?!

- Wertet das Firmen-Image auf
- Steigert die Mitarbeitermotivation
- Fördert die Leistungsfähigkeit
- Erhöht die Kaufkraft
- Unterstützt eine gute Ernährung
- Senkt die Lohnnebenkosten

So simple. So good.

Ticket Restaurant®



So erreichen Sie uns:
021 966 80 90
info@ticket-restaurant.ch
www.ticket-restaurant.ch