

UNRUHESTIFTER KÜNDIGUNG – SICH TRENNEN, ABER WIE?

Arbeitsverhältnisse sind eine besonders enge Form der vertraglichen Bindung. Was während laufender Arbeitsverträge hilft, Probleme zu überwinden, kann sich bei der Kündigung schlagartig ins Gegenteil verkehren – Identifikation wird zu Abneigung, Motivation zu Frust. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Klippen es bei der Auflösung dieser «Ehe» zu umschiffen gilt.

■ Von Dr. Marco Kamber, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Kein Arbeitgeber¹ tut es gerne – Kündigungen aussprechen. Es gibt aber Situationen, in welchen dieser Schritt unumgänglich wird. Sei es, weil der Arbeitgeber mit Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers nicht mehr zufrieden ist, sei es, weil organisatorische oder wirtschaftliche Gründe eine Restrukturierung oder Reduktion des Personalbestands nötig machen. Während Kündigungen durch Arbeitnehmer weniger oft zu Auseinandersetzungen führen, mündet die vom Arbeitgeber ausgehende Trennung nicht selten in Anwaltskorrespondenz und Gerichtsverfahren.

Entsprechend wird der Fokus nachfolgend auf die Arbeitgeberkündigung gelegt. Mit sorgfältiger Vorbereitung und Umsetzung können einige Stolpersteine umgangen werden.

Psychologie der Trennung

Das Wichtigste wird oft vergessen: Arbeitnehmer sind Menschen mit Gefühlen. Da das Arbeitsverhältnis eine besonders enge Bindung aufbaut, hat die Arbeitgeberkündigung häufig eine Kränkung des Arbeitnehmers zur Folge. Das mag zu einer Trotzreaktion führen; Hemmungen, gegen den Arbeitgeber vorzugehen, fallen.

Die rechtlichen Leitplanken für das Vorgehen bei einer Kündigung zeigen nur abschnittsweise klar den Weg. Teilweise sind sie unscharf (insbesondere



der sachliche Kündigungsschutz) – und es ist in der Praxis zu vermeiden, dass der Arbeitnehmer durch eine unsensible Behandlung zum Vorwurf provoziert wird, der Arbeitgeber sei vom Pfad der rechtskonformen Kündigung abgekommen, namentlich er habe missbräuchlich gekündigt.

Das Gebot zum nicht unnötig verletzen Vorgehen reduziert die Gefahr der aus einer strittigen Kündigung resultierenden Folgekosten. Es gilt insbesondere dann, wenn die Trennung auf persönliche Differenzen zurückgeht, selbst wenn dies gerade in kleineren Unternehmungen den kündigenden Chefs in solchen Situationen zuweilen schwerfallen mag.

Fristen und Termine

Ein kontrollierbares Problemfeld sind die Kündigungsformalien. Zunächst sind die Fristen und Termine nach Gesetz (Art. 335a ff. OR), Gesamt- oder

Einzelarbeitsvertrag oder Reglement einzuhalten, wobei im Falle derer Missachtung die Kündigung als auf den nächstmöglichen Termin ausgesprochen gilt. In der Praxis bleibt aber zuweilen unbeachtet, dass die Kündigung dem Empfänger vor Monatsende zugehen muss und dies der Kündigende zu beweisen hat. Bei zeitlich knappen Verhältnissen empfiehlt sich die persönliche Übergabe gegen Empfangsquittung. Wird diese vom Arbeitnehmer verweigert, so ist ein Zeuge beizuziehen und der Vorgang schriftlich festzuhalten. Plant der Arbeitnehmer Ferien, so muss die Kündigung ebenfalls rechtzeitig zugestellt werden, denn der Arbeitgeber darf nicht damit rechnen, dass der Arbeitnehmer die Post während der Ferien entgegennimmt.

Formvorschriften

Das Gesetz enthält keine Vorgaben an die Form der Kündigung. Diese kann

¹ Der besseren Lesbarkeit wegen wird einheitlich von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gesprochen, gemeint sind damit aber ebenso Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmerinnen.



mündlich, per E-Mail oder SMS ausgesprochen werden – wobei der Kündigende für den Zugang beweispflichtig ist. Allerdings sehen nicht selten der Gesamt- oder Einzelarbeitsvertrag respektive das Personalreglement vor, dass die Kündigung «schriftlich» oder «per Einschreiben» ausgesprochen werden muss. Handelt es sich dabei nicht bloss um eine Beweisform, sondern um eine Gültigkeitsvorschrift – wovon grundsätzlich ausgegangen wird –, so droht bei Missachtung die Nichtigkeit der Kündigung. Eine E-Mail oder eine SMS erfüllen die Schriftform nicht.

Schliesslich berufen sich Arbeitnehmer in der Praxis ab und zu darauf, die Kündigung sei nicht von berechtigten Personen ausgesprochen worden. In der Tat müssen die kündigenden Vorgesetzten ermächtigt sein, solche rechtsgeschäftlichen Erklärungen abzugeben. Hat sich der Arbeitnehmer bereits als querulatorisch veranlagt erwiesen, sollte die Kündigung sicherheitshalber durch Personen ausgesprochen werden, welche gemäss Handelsregister zeichnungsberechtigt sind.

Zeitlicher Kündigungsschutz

Art. 336c OR regelt den zeitlichen Kündigungsschutz nach Ablauf der Probezeit. Schwangerschaft, Mutterschaft, Krankheit, Unfall und weitere

Tatbestände führen dazu, dass der Kündigungszugang während einer bestimmten, teilweise vom Dienstjahr abhängigen Zeitspanne schlicht ungültig ist. Tritt der fragliche, schutzauslösende Umstand während der bereits laufenden Kündigungsfrist ein, verzögert sich diese bis zum Wegfall des Grundes oder bis zum Ablauf der maximalen Sperrfrist (Art. 336c Abs. 2 OR).

In den häufigsten Fällen – der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit – beträgt der Schutz im ersten Dienstjahr 30 Kalendertage, vom zweiten bis und mit fünftem Dienstjahr 90 Tage und anschliessend gar 180 Tage.

Vergessen gehen dabei oft besondere Schutztatbestände wie ein obligatorischer militärischer Wiederholungskurs. Vor Aussprache der Kündigung lohnt sich ein Blick ins Gesetz: Art. 336c OR zeigt verständlich auf, welche Zustände für welche Dauer eine Sperrfrist auslösen. Die Berechnung ist aber nicht immer ganz einfach. So wird beispielsweise die Kündigungsfrist vom Enddatum zurückgerechnet und beginnt nicht mit dem Zugang der Kündigung. Wird also am 15. September 2017 (Zugang) unter Einhaltung der Kündigungsfrist von zwei Monaten auf den 30. November 2017 gekündigt, so bleibt eine Arbeitsunfähigkeit ab dem 16. September 2017 bis zum 30. September 2017 ohne Wirkung – wohin-

gegen eine solche ab dem 1. Oktober 2017 das Arbeitsverhältnis verlängert.

Die Erfahrung zeigt, dass sich Arbeitnehmer zuweilen nach Kündigungen krankschreiben lassen, um das Arbeitsverhältnis zu verlängern. Bereits eine Arbeitsunfähigkeit von einem oder wenigen Tagen genügt, um das Arbeitsverhältnis nach Art. 336c Abs. 3 OR um einen ganzen Monat zu erstrecken. Kommen beim Arbeitgeber Zweifel auf, kann der Arbeitnehmer einer vertrauensärztlichen Untersuchung zugeführt werden. Allerdings sollte der Arbeitgeber – Psychologie der Trennung! – nicht ohne Not zu diesem Mittel greifen.

Sachlicher Kündigungsschutz

In der Schweiz gilt die Kündigungsfreiheit. Der Arbeitgeber muss keine sachlichen Gründe anführen, um sich vom Arbeitnehmer zu trennen. Auf Aufforderung hin hat er die Kündigung aber schriftlich zu begründen (Art. 335 Abs. 2 OR).

Der Gesetzgeber zählt in Art. 336 OR indes nicht abschliessend eine Reihe von Tatbeständen auf, unter welchen die Kündigung «missbräuchlich» ist. Diesen Katalog hat die Rechtsprechung durch eine Vielzahl typischer Missbrauchstatbestände erweitert. Es geht dabei um die Gründe für die, aber ebenso um die Begleitumstände der Kündigung. Die Folge einer missbräuchlichen Kündigung ist nicht deren Ungültigkeit, aber eine Entschädigungsforderung des Arbeitnehmers von bis zu sechs Monatslöhnen (Art. 336a OR).

Diese Bestimmungen erfassen beispielsweise die «Rachekündigung». Reagiert der Arbeitgeber mit einer Kündigung auf (selbst unberechtigte) Forderungen des Arbeitnehmers – und sei es nur auf eine Lohnerhöhung –, so ist diese missbräuchlich. Hochkonjunktur haben auch Vorwürfe der Konfliktkündigung oder des Mobbing. Die Rechtsprechung hat hohe Anforderungen an die erforderlichen Bemühungen des Arbeitgebers entwickelt, welche umzusetzen sind, bevor einem

beteiligten Arbeitnehmer in einer internen Konfliktsituation die Kündigung ausgesprochen werden darf. Setzt der Arbeitgeber diese Massnahmen nicht um, ist die Kündigung missbräuchlich.

In der Praxis ist eine Zunahme der Missbräuchlichkeitsvorwürfe zu verzeichnen. Zwar ist der Arbeitnehmer dafür beweispflichtig. Schwierig wird es für den Arbeitgeber aber, wenn er sich in Widersprüche verwickelt. Eine «Falle» ergibt sich dabei aus der Kombination des Anspruchs des Arbeitnehmers auf schriftliche Kündigungsbegründung und demjenigen auf Einsicht ins Personaldossier. Führt der Arbeitgeber Kündigungsgründe ins Feld, welche im Personaldossier keinen Halt finden oder diesem gar widersprechen (etwa schlechte Leistungen, obwohl die Mitarbeiterbeurteilungen jeweils gut ausfielen), so ist dem Missbräuchlichkeitsvorwurf die Tür geöffnet. Ähnliches gilt, wenn wirtschaftliche Gründe angeführt werden, die Stelle aber sofort neu ausgeschrieben wird.

Bei der Kündigungsbegründung ist daher Vorsicht geboten. Umgekehrt empfiehlt es sich, Fehlverhalten des Arbeitnehmers oder Konfliktbeilegungsmassnahmen im Falle von Unstimmigkeiten mit einem Vermerk im Personaldossier festzuhalten. Dies erleichtert es später, die Kündigung sachlich zu begründen und dem Missbräuchlichkeitsvorwurf entgegenzutreten. In heiklen Fällen – insbesondere bei Konflikten – ist ein kontrolliertes Vorgehen zu wählen.

Fristlose Kündigung

Zuweilen kommt es im Arbeitsverhältnis zu Vorfällen, welche beim Arbeitgeber den Wunsch nach einer sofortigen Trennung wecken. Allerdings ist dabei grosse Vorsicht geboten: Erweist sich die fristlose Kündigung als nicht gerechtfertigt, so kann dies den Arbeitgeber teuer zu stehen kommen. Er hat dem Arbeitnehmer nicht bloss alle Leistungen zu entrichten, auf welche Letzterer während der ordentlichen Kündigungsfrist Anspruch erworben hätte (Lohn, Ferien etc.), sondern zu-

sätzlich eine Strafzahlung von bis zu sechs Monatslöhnen (Art. 337c OR).

Gerechtfertigt ist die «Fristlose», wenn es dem Arbeitgeber nicht zumutbar wäre, das Arbeitsverhältnis bis zum ordentlichen Beendigungstermin fortzusetzen. Das Empfinden des Arbeitgebers ist dabei nicht alleine massgebend. Vielmehr muss die Unzumutbarkeit auch objektiv gegeben sein. Dazu hat die Gerichtspraxis einen Strauss typischer Fallgruppen entwickelt. Diese zeigen aber, dass die Anforderungen sehr hoch sind. Was in aller Regel zur fristlosen Entlassung berechtigt, sind strafbare Handlungen zulasten des Arbeitgebers, und zwar bereits im Bagatellbereich. Hingegen sollte der Arbeitgeber dem unter Umständen nachvollziehbaren Impuls, eine heftige Auseinandersetzung mit der fristlosen Kündigung zu quittieren, nicht nachgeben, weil die «Fristlose» diesfalls in aller Regel nicht gerechtfertigt ist. Dasselbe gilt für kleinere Vertragsverletzungen. Immerhin kann der wiederholte Pflichtverstoss trotz expliziter, beweisbarer Abmahnung unter Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen (unbedingt: schriftlich und ins Personaldossier!) – beispielsweise wiederholtes unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz – die fristlose Kündigung rechtfertigen.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass die fristlose Kündigung in aller Regel innert zwei bis drei Arbeitstagen ausgesprochen werden muss, nachdem der Arbeitgeber vom Vorfall Kenntnis genommen hat. Wartet er länger zu, so ist die fristlose Kündigung unabhängig von den Motiven nicht gerechtfertigt.

Auch hier spielt die Psychologie eine Rolle: Eine fristlose Kündigung ist ein schwerer Schlag für den Arbeitnehmer. Dazu kommt, dass die Arbeitslosenkasse Einstelltag verfallen wird. Die Schwelle, sich gegen die «Fristlose» zur Wehr zu setzen, ist in der Folge tief. Da eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung gleichzeitig ins Geld gehen kann, sollte sie nur in klaren Fällen respektive nach entsprechenden rechtlichen

Abklärungen (welche aber wegen der kurzen Reaktionsfrist rasch zu erfolgen haben) ausgesprochen werden und nicht als emotionaler Schnellschuss.

Eine Alternative in Zweifelsfällen bildet die ordentliche Kündigung unter gleichzeitiger Freistellung des Arbeitnehmers. Zwar ist dann während der Kündigungsfrist weiterhin Lohn zu entrichten, aber das Risiko der Strafzahlung entfällt.

HINWEIS



Sonderfälle

Ausführungen über die Sonderfälle der Änderungskündigung (des Angebots zur einvernehmlichen Vertragsanpassung unter Androhung/Aussprache der Kündigung im Falle der Ablehnung), der Massenentlassung (Art. 335d ff. OR) und Sozialplanpflicht (Art. 335h ff. OR) würden den Rahmen dieser Übersicht sprengen. Da (auch) diese Sonderfälle zahlreiche Stolpersteine bergen, wird eine vorgängige rechtliche Beratung empfohlen.

Fazit

Eine Trennung schmerzt und kann zu Konflikten führen oder diese verschärfen. Kündigungen von Arbeitsverhältnissen sind ein Kostenfaktor, namentlich, wenn sie rechtliche Auseinandersetzungen zur Folge haben. Es lohnt sich daher, diesen Schritt behutsam und durchdacht anzugehen und umzusetzen. Formalien wie Fristen, Formen oder zeitlicher Kündigungsschutz sind kontrollierbar. Beim sachlichen Kündigungsschutz hingegen bestehen Graubereiche, wobei mit einem sorgfältigen Vorgehen Gefahren gemildert werden können. Den Schritt der fristlosen Kündigung schliesslich sollte man in der Regel nur wagen, wenn die (beweisbare) Sachlage eine klare Rechtfertigung schafft.

AUTOR



Dr. Marco Kamber,
Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV
Arbeitsrecht, Partner bei
RKR Rechtsanwälte, Zürich