



1 Beendigung während der Probezeit

Bei Arbeitsverhältnissen, die auf unbestimmte Dauer eingegangen werden, besteht oft das Bedürfnis nach einer Probezeit. Möglich ist die Vereinbarung einer Probezeit allerdings auch bei befristeten Arbeitsverträgen. Während dieser Probezeit sollen die Vertragspartner die Möglichkeit haben, das Arbeitsverhältnis unter erleichterten Bedingungen wieder auflösen zu können. Sofern nichts anderes bestimmt ist, gilt der erste Monat als Probezeit (OR 335b I). Die Dauer der Probezeit kann auf **höchstens drei Monate** festgelegt werden (OR 335b II). Dies muss allerdings schriftlich erfolgen.

Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis von beiden Seiten mit **verkürzten Kündigungsfristen und jederzeit gekündigt** werden. Wenn nichts anderes bestimmt ist, beträgt die Frist sieben Tage.

Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende **automatische Verlängerung der Probezeit** um die verpassten Arbeitstage (OR 335b III).

Während der Probezeit **gelten die Bestimmungen über die Kündigung zur Unzeit nicht** (OR 336c I). Deshalb kann z.B. einem kranken Arbeitnehmer während der Probezeit gekündigt werden.

2 Kündigung zur Unzeit

Das Recht zur **ordentlichen Kündigung** wird durch eine Anzahl von Vorschriften **zeitlich und sachlich beschränkt**. Dadurch wird dem Arbeitsverhältnis ein gewisser Bestandesschutz gewährt.

Dieser Kündigungsschutz gilt **nur für die ordentliche Kündigung**. Er kann nicht auf die ausserordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses übertragen werden, da dies dem Zweck der ausserordentlichen Kündigung, nämlich der sofortigen Auflösung aus wichtigem Grunde, entgegenstehen würde. Ebenfalls keinen Einfluss auf die Beendigung hat der zeitliche Kündigungsschutz beim befristeten Arbeitsverhältnis, denn dieses endet ohne Kündigung. Zeitliche Kündigungsbeschränkungen sind in diesem Falle weder logisch möglich noch sachlich begründbar.

Die zeitlichen Kündigungsbeschränkungen sind **Sperrfristen**, während denen der Arbeitgeber (OR 336c I) bzw. der Arbeitnehmer (OR 336d I) das Arbeitsverhältnis nicht kündigen darf. Diese Sperrfristen gelten während der Probezeit nicht. Sie entfalten aber unmittelbar nach der Probezeit ihre Wirkung.

Eine Kündigung, die **während einer Sperrfrist** ausgesprochen wird, ist **nichtig**, d.h. sie entfaltet keinerlei Wirkung und muss betrachtet werden, wie wenn sie gar nie erklärt worden wäre. Es ist rechtlich also auch nicht möglich, eine Kündigung während einer Sperrfrist auszusprechen, mit dem Hinweis, dass die Kündigungsfrist erst nach Ablauf der Sperrzeit wirksam wird.

Die Kündigung entfaltet ihre Wirkungen mit dem Empfang. Wird eine Kündigung zwar vor Beginn einer Sperrfrist geschrieben, der Gekündigte erhält die Kündigung aber erst während einer Sperrfrist, so ist die Kündigung nichtig.

Erfolgt die Kündigung **vor Beginn einer Sperrfrist**, so ist die Kündigung gültig. Ist die Kündigungsfrist hingegen beim Beginn einer Sperrfrist noch nicht abgelaufen, so wird die **Kündigungsfrist unterbrochen** und erst nach Beendigung der Sperrfrist oder bei wieder erlangter Arbeitsfähigkeit fortgesetzt.

Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein **Endtermin**, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der (nach dem Unterbruch) fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin (OR 336c III).

Unbestritten ist, dass verschieden begründete Sperrfristen, wie sie in den lit. a-d erwähnt sind, **kumulativ** anzuwenden sind. So finden etwa bei Krankheit (lit. b) und anschließendem Militärdienst (lit. a) beide gesetzlich vorgesehenen Sperrfristen Anwendung. Sperrfristen können somit nacheinander und parallel laufen, und die Verlängerung kann mehr als das Höchstmass von 30/90/180 Tagen betragen.

Gemäss Bundesgerichtsentscheid 120 II 124 vom 19. April 1994 lösen unfall- und krankheitsbedingte Arbeitsverhinderungen separat je eine neue Sperrfrist aus. Dies bedeutet, dass der volle Kündigungsschutz gemäss OR 336c lit. b sowohl für Krankheit als auch für Unfall besteht. Das Bundesgericht geht im erwähnten Entscheid noch weiter und lässt bei zwei Unfällen oder zwei Krankheiten, die nicht dieselbe Ursache haben, ebenfalls je eine neue Sperrfrist laufen.



Ist die Kündigungsfrist einmal abgelaufen (und läuft somit nur noch die Verlängerung bis zum nächsten üblichen Endtermin), so kann sie durch eine Sperrfrist nicht mehr unterbrochen werden (so auch der BGE 131 III 467).

3 Kündigungsbegründung - Missbräuchliche Kündigung

3.1 Kündigungsbegründung

Der Kündigende muss die Kündigung **schriftlich** begründen, wenn die andere Partei dies verlangt (OR 335 II). Eine mündliche Begründung ist vorab möglich. Nur auf spezielles Verlangen hin muss die Begründung schriftlich abgefasst werden.

Sachlich und formal dürfen an die Begründung keine hohen Anforderungen gestellt werden. Problemlos zu begründen sind alle sachlichen Anlässe für eine Kündigung wie Auflösung des Vertrages durch den Arbeitgeber wegen Betriebsaufgabe, Einschränkung der Produktion, Reorganisation oder Ähnliches. Gleiches gilt für den Arbeitnehmer, der einen Berufswechsel ins Auge fasst oder wegzieht.

Liegen die Gründe für die Kündigung jedoch nicht im sachlichen Bereich, sondern in der Person des Arbeitnehmers (oder Arbeitgebers), dann ist die Begründung wegen den Tatbeständen der missbräuchlichen Kündigung heikler.

Werturteile haben sich im Rahmen der Verkehrsüblichkeit zu bewegen. Objektivierbare und belegbare Feststellungen sollten gegenüber Werturteilen den Vorzug haben. Die Kündigungsbegründung soll aber nicht detailliert die Verfehlungen auflisten. Sie soll stets **objektiv und ausgewogen** sein.

3.2 Tatbestände der missbräuchlichen Kündigung

Der Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung in OR 336 verbietet dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, Kündigungen aus bestimmten Gründen auszusprechen. Dies gilt bereits während der Probezeit (BGE 134 III 108). Die Gründe sind in OR 336 eigentlich vom Wortlaut her abschliessend aufgezählt. In der Praxis sollte man sich aber doch in Acht nehmen vor "Missbrauchstatbeständen", die in Anwendung von ZGB 2 II, welcher das allgemeine Missbrauchsverbot enthält, sanktioniert werden könnten.

OR 336 I lit. a

„Eigenschaften, die Kraft der Persönlichkeit zustehen“:

Geschlecht, Familienstand, Herkunft, Rasse, Nationalität, Alter, Religion, Weltanschauung, Homosexualität, Vorstrafen, Krankheiten.

Der Schutz der Persönlichkeit wird eingeschränkt, indem eine Kündigung als rechtmässig bezeichnet wird, wenn diese Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder sie die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt.

OR 336 I lit. b

„Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts“:

Damit sind die Grundrechte gemäss EMRK und Bundesverfassung gemeint, wie Glaubens- und Gewissensfreiheit, Versammlungsfreiheit, Meinungsäusserungsfreiheit, Koalitionsfreiheit (z.B. Ein- und Austritt aus einer politischen Partei, Unterschreiben einer Initiative).

Auch dieser Schutz ist begrenzt, wenn die Rechtsausübung eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt wird.

Die Gegenüberstellung der Ausübung von verfassungsmässigen Rechten mit der Loyalitätspflicht gegenüber dem Arbeitgeber ist heikel und im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu gewichten.

Bei Tendenzbetrieben (Betriebe mit besonderer weltanschaulicher Ausrichtung) trifft die Mitarbeiter oft eine erweiterte Treuepflicht. Es kann ihnen beispielsweise untersagt werden, in der Öffentlichkeit bestimmte Meinungen zu vertreten.

OR 336 I lit. c

„Ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln“:

Damit sind Kündigungen gemeint, die ausschliesslich deswegen ausgesprochen werden, damit die andere Partei nicht in den Genuss von Sondervergütungen (Dienstaltersgeschenk, Gratifikation) oder anderen Ansprüchen (Abgangsentschädigung, Anteil am Arbeitgeberbeitrag der Personalvorsorgeeinrichtung) aus dem Arbeitsverhältnis gelangt.

OR 336 I lit. d

„Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis“:

Wer nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend machen will, wenn nötig sogar auf dem Gerichtsweg, soll deswegen nicht mit einer Kündigung bestraft werden können. Solche Rachekündigungen sind missbräuchlich.

OR 336 I lit. e

„Erfüllung von obligatorischem Militärdienst, Zivildienst oder einer unfreiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht“:

Wer Pflichten im Interesse der Landesverteidigung oder im Interesse anderer Staatsaufgaben übernimmt, soll geschützt werden. Eine Kündigung, die deswegen ausgesprochen wird, ist missbräuchlich.

Das Gesetz sagt klar, dass nur der schweizerische Militärdienst, Zivildienst und Zivildienst (inkl. Frauendienst) gemeint ist.

Die nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht (Schulpflege, Gemeinderat, Rechnungsprüfungskommission, Stimmzähler, Geschworene) kann hingegen auch aus ausländischem Recht entstehen. Es darf sich dabei aber nicht um Militärdienst handeln.

Diese fünf Missbrauchstatbestände sind so ausgestaltet, dass sie sowohl **vom Arbeitgeber wie vom Arbeitnehmer** gleicherweise verletzt werden können. Praktisch dienen sie jedoch speziell dem Schutz des Arbeitnehmers.

Drei weitere Tatbestände (OR 336 II lit. a-c) sind speziell auf eine **Verletzung durch den Arbeitgeber** zugeschnitten:

OR 336 II lit. a

„Gewerkschaftszugehörigkeit - gewerkschaftliche Tätigkeit“:

Geschützt werden die positive und die negative Koalitionsfreiheit. Die positive Koalitionsfreiheit bedeutet, sich einer Gewerkschaft anschliessen zu können, eine zu gründen oder in einer Gewerkschaft zu bleiben. Die negative Koalitionsfreiheit meint, nicht einer Gewerkschaft beitreten zu müssen oder aus der Gewerkschaft austreten zu dürfen.

Die Ausübung gewerkschaftlicher Tätigkeit muss rechtmässig erfolgen, d.h. sie hat sich innerhalb der aus einem Gesamtarbeits- oder dem Einzelarbeitsvertrag fliessenden Rechte und Pflichten (z.B. Treuepflicht) und innerhalb der Gesetzmässigkeit zu bewegen.

OR 336 II lit. b

„Gewählter Arbeitnehmervertreter“:

Unter den betrieblichen Einrichtungen sind nur institutionalisierte, d.h. reglementarisch oder gesamtarbeitsvertraglich vorgesehene Einrichtungen zu verstehen (z.B. Betriebskommission).

Zu den angeschlossenen Einrichtungen zählen etwa die Personalvorsorgeeinrichtungen (z.B. als Stiftungsrat der Pensionskasse).

Der Schutz ist zeitlich begrenzt: Er gilt nur, solange der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter ist.

Der Schutz wirkt nicht, wenn der Arbeitgeber einen begründeten Anlass zur Kündigung hat. Der Arbeitgeber hat zu beweisen, dass ein solcher Anlass vorliegt. Dazu genügt jeder Grund, der bei vernünftiger Betrachtung den Anlass zur Kündigung geben kann (z.B. auch wirtschaftliche Gründe, vgl. BGE 133 III 512). Ein Verschulden des Arbeitnehmers ist nicht zwingend nötig.

Der "begründete Anlass" geht weniger weit als der "wichtige Grund" bei der fristlosen Entlassung. Er verlangt aber mehr als nur ein Bagatelereignis. Ein begründeter Anlass liegt dann vor, wenn die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erheblich getrübt und das Vertrauensverhältnis beeinträchtigt worden ist, so dass eine weitere Zusammenarbeit als nicht mehr erspriesslich erscheint.

Art. 336 II lit. c

„Im Rahmen einer Massenentlassung“:

Dies ist der Fall, wenn der Arbeitgeber eine Massenentlassung gemäss OR 335d ausspricht und dabei das gesetzlich vorgesehene Verfahren gemäss OR 335f nicht einhält.

Neben den Tatbeständen missbräuchlicher Kündigungen nach OR 336 gibt es solche nach dem **Gleichstellungsgesetz** (GIG). Eine diskriminierende Kündigung nach GIG 3 kann bejaht werden, wenn eine objektive Diskriminierung vorliegt, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt. Das Diskriminierungsverbot umfasst sowohl die direkte als auch die indirekte Benachteiligung aufgrund des Geschlechts. Eine direkt diskriminierende Kündigung liegt vor, wenn sie sich ausdrücklich auf die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht bezieht oder sich auf ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann, wie z.B. die Schwangerschaft. Eine indirekt diskriminie-



rende Kündigung liegt vor, wenn sie unter Berufung auf ein grundsätzlich geschlechtsneutrales Kriterium erfolgt, dessen Anwendung sich jedoch faktisch vorwiegend auf Angehörige eines bestimmten Geschlechts auswirkt (z.B. die prioritäre Entlassung von Teilzeitangestellten, weil es sich dabei statistisch gesehen vorwiegend um Arbeitnehmerinnen handelt).

3.3 Verfahren

Wer eine Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung **schriftlich Einsprache** erheben. Die Einsprache muss beim Kündigenden eingereicht werden und zwar bis spätestens zum Ende der Kündigungsfrist (OR 336b I).

Sofern die Einsprache gültig (d.h. schriftlich und rechtzeitig) erfolgt ist und die Parteien sich nicht auf eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einigen, kann die gekündigte Partei den Entschädigungsanspruch geltend machen. Hierzu hat sie **innert 180 Tagen** nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine entsprechende **Klage** beim Richter einzureichen. Geschieht dies nicht, ist der Anspruch verwirkt (OR 336b II).

Auch bei diskriminierender Kündigung richtet sich das Verfahren nach dem OR (GIG 9).

3.4 Sanktion

Die Partei, die missbräuchlich kündigt, muss der anderen Partei eine **Entschädigung** zahlen. Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgelegt; sie darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Schadenersatzansprüche aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen bleiben vorbehalten (OR 336a).

Das **Arbeitsverhältnis bleibt** mit Ablauf der Kündigungsfrist jedoch **beendet**.

Die **Entschädigung bei Diskriminierung in der Kündigung** eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses darf den Betrag von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen. Vorbehalten bleiben Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung sowie weitergehende vertragliche Ansprüche (GIG 5).

4 Fristlose Auflösung

4.1 Grundsatz

Als Dauervertrag mit besonders engen persönlichen Beziehungen zwischen den Parteien verlangt der Arbeitsvertrag ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis. Tritt eine Störung dieses Vertrauensverhältnisses in einem Ausmass ein, dass das weitere Festhalten am Vertrag der einen oder anderen Partei oder beiden Parteien absolut unzumutbar ist, so steht **der betroffenen Partei** nach OR 337 das Recht zu, den **Vertrag einseitig per sofort aufzulösen**.

4.2 Wichtige Gründe

Die Voraussetzungen für die sofortige Auflösung sind vom Gesetz mit dem **Begriff "wichtige Gründe"** umschrieben.

Bei der Vielfalt des Lebens ist es ausgeschlossen, in ganz bestimmter Weise festzulegen, wann infolge welcher Störung das mit dem Arbeitsverhältnis untrennbar verbundene Vertrauensverhältnis gestört ist; und zwar derart gestört, dass die Fortführung des Vertrages einer Partei nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann.

Der Gesetzgeber hat es dem **Ermessen des Richters** überlassen, im Einzelfall festzulegen, ob die Voraussetzungen für eine sofortige Beendigung des Arbeitsvertrages gegeben sind oder nicht. Erst nach Würdigung der beidseitigen Interessen und aller Umstände kann festgestellt werden, ob die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses dem Zurücktretenden nicht mehr zugemutet werden kann.

Der wichtige Grund liegt vor, wenn die wesentlichen Voraussetzungen **persönlicher und sachlicher Art**, unter denen der Vertrag abgeschlossen wurde, sich als hinfällig erweisen. Das Verhalten muss also geeignet sein, das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien zu zerstören, und es muss auch tatsächlich zerstört sein.

Bei der Prüfung der Frage, ob nach Treu und Glauben dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden dürfe, sind **sämtliche massgebenden Umstände in Betracht zu ziehen**, so namentlich die Position im Betrieb und der Grad der Verantwortlichkeiten des Arbeitnehmers, die Natur und die Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie die Art und Bedeutung des begangenen Fehlers.

Dabei können gravierende Verletzungen ohne vorangegangene Warnung zur fristlosen Entlassung führen. Weniger bedeutende Verfehlungen dagegen erfordern stets eine **vorherige Verwarnung**, verknüpft **mit der ausdrücklichen Androhung der fristlosen Entlassung im Wiederholungsfall**.

Die "wichtigen Gründe" bereiten in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten, da es sich um einen unklaren Ermessensbegriff handelt. Daher kommt der Gerichtspraxis eine grosse Bedeutung zu. Die Gerichte wenden im Allgemeinen einen **strengen Massstab** an. Eine fristlose Vertragsauflösung soll die letzte mögliche Sanktion (ultima ratio) darstellen – wenn das Arbeitsverhältnis auf keine andere Art ordentlich beendet werden kann.

Beispiele für wichtige Gründe:

- Diebstahl, Vertrauensmissbrauch
- Konkurrenzierung des Arbeitgebers
- Arbeitsverweigerung; Weigerung, sich an wichtige Instruktionen zu halten
- Tätlichkeiten, Beschimpfungen (schwerwiegende) gegen den Arbeitgeber, Mitarbeiter oder die Kundschaft
- Verreisen in die Ferien entgegen dem ausdrücklichen Verbot des Arbeitgebers während einer Zeit mit besonders grossem Arbeitsanfall im Betrieb.

Entscheidend ist jedoch immer der konkrete Einzelfall. Obgenannte Sachverhalte müssen deshalb in den Gesamtkontext gestellt werden.

4.3 Vorkommen

Die fristlose Auflösung ist sowohl bei befristeten wie auch bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen möglich. Befristete Arbeitsverhältnisse können also auch vorzeitig enden. Dies bedeutet, dass bei einer ausserordentlichen Kündigung auf gesetzliche oder vertragliche Vertragsdauer sowie auf Kündigungsfristen oder Kündigungstermine keine Rücksicht genommen werden muss.

"Jederzeit" heisst, dass die fristlose Entlassung auch zulässig ist, wenn der Arbeitnehmer zur Zeit der Entdeckung des wichtigen Grundes z.B. krank ist. Der Sperrfristschutz gilt nicht.

4.4 Unverzüglichkeit

Die fristlose Kündigung muss **unverzüglich** ausgesprochen werden, sobald der wichtige Grund bekannt ist.

Was noch als "unverzüglich" gelten kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Bei natürlichen Personen dauert dies gemäss Bundesgericht im Allgemeinen maximal 2-3 Arbeitstage. Danach wird davon ausgegangen, dass eine weitere Zusammenarbeit offenbar noch zumutbar ist.

4.5 Verwarnung

Oftmals bedarf es für eine begründete fristlose Entlassung einer Wiederholung derselben Vorkommnisse und einer ausdrücklichen **Verwarnung**.

Liegen jedoch genügend wichtige Gründe vor, dann braucht es keine Wiederholung und Verwarnung, um rechtsgültig eine sofortige Vertragsauflösung zu erwirken. Im Zweifel ist eine schriftliche Verwarnung mit Androhung der fristlosen Entlassung zu empfehlen.

Jeder Fall ist ein separat zu entscheidendes Ereignis. Für die Entscheidungsfindung empfiehlt es sich, gut darüber nachzudenken und die Meinung eines juristischen Beraters einzuholen.

4.6 Folgen bei gerechtfertigter fristloser Auflösung

Der Vertrag ist aufgelöst, sobald die betroffene Person von der fristlosen Vertragsauflösung Kenntnis hat.

Liegt der wichtige Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses im vertragswidrigen Verhalten einer Vertragspartei, so hat diese **vollen Schadenersatz** zu leisten, unter Berücksichtigung aller aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Forderungen. In den anderen Fällen, z.B. wenn keine Partei oder beide Parteien ungefähr gleichermassen die Vertragsauflösung verschuldet haben, bestimmt der Richter die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen (OR 337b).

Die Abgangsentschädigung kann herabgesetzt werden, wenn das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber aus wichtigem Grund fristlos aufgelöst wird (OR 339c III).

4.7 Folgen bei ungerechtfertigter fristloser Auflösung

Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf **Ersatz dessen, was er verdient hätte**, wenn das Arbeitsverhältnis **unter Einhaltung der Kündigungsfrist** oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (OR 337c I), z.B. Naturallohn, Kinderzulagen, Gratifikation und 13. Monatslohn, Ferienanspruch, Versicherungen.

Der Arbeitnehmer muss sich daran **anrechnen lassen**, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient hat oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (OR 337c II).

Zudem kann der Richter den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine **Entschädigung** zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt. Sie darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen (OR 337c III). Die Entschädigung kann nicht mit jener für eine missbräuchliche Kündigung kumuliert werden.

4.8 Nichtantritt oder Verlassen der Arbeitsstelle (OR 337d)

Tritt ein Arbeitnehmer die Arbeitsstelle ohne wichtigen Grund nicht an oder verlässt er sie fristlos, so gilt das Arbeitsverhältnis durch Vertragsbruch als **per sofort aufgelöst**.

Für den daraus erwachsenen **Schaden** hat der Arbeitgeber Anspruch auf eine pauschale Entschädigung von einem Viertel des abgemachten Monatslohns. Will der Arbeitgeber einen höheren Schaden geltend machen, so hat er diesen zu beweisen.

Der Anspruch muss durch Verrechnung, Klage oder Betreibung **innert 30 Tagen** nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, d.h. dem Nichtantritt der Stelle oder dem fristlosen Verlassen der Stelle, geltend gemacht werden. Andernfalls ist der Anspruch verwirkt.

Zur Klärung der Situation ist es oft angebracht, bzw. wird dies zum Teil von der Rechtsprechung verlangt, den Arbeitnehmer schriftlich zur sofortigen Wiederaufnahme der Arbeit aufzufordern oder seine Absenz begründen zu lassen.

5 Kündigung vor Stellenantritt

Die Frage, ob eine Kündigung erst nach Stellenantritt wirksam ausgesprochen werden kann oder jederzeit zwischen Vertragsabschluss und Stellenantritt, ist umstritten. Sowohl die Lehrmeinungen als auch die Rechtsprechung sind sich uneinig.

Unserer Ansicht nach ist eine Kündigung vor Stellenantritt möglich. Erfolgt diese **durch den Arbeitgeber**, so ist sie der Situation gleichzustellen, wie wenn dem Arbeitnehmer am ersten Tag der Arbeitsaufnahme gekündigt wird. Folge davon ist, dass der Arbeitgeber eine **Entschädigung schuldet: Den Lohn bis zum Ablauf der vereinbarten Kündigungsfrist** (bei vereinbarter Probezeit wird diese Frist oft sehr kurz sein, nach Gesetz 7 Tage).

Erfolgt die Kündigung vor Stellenantritt **durch den Arbeitnehmer** (ohne die Absicht, je zu arbeiten), ist dies gleich zu handhaben wie ein Nichtantritt der Arbeitsstelle. Folge davon ist, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich eine **Entschädigung** schuldet, die **einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht**. Der Richter kann diese Entschädigung nach seinem Ermessen herabsetzen oder sogar davon absehen, insbesondere wenn der Arbeitnehmer frühzeitig gekündigt und sich nicht illoyal verhalten hat (OR 337d).