



## Welche Kündigung ist massgebend?

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass eine Partei eines Arbeitsverhältnisses dieses kündigt, worauf die andere Partei ihrerseits eine eigene Kündigung ausspricht. Ob und inwiefern dies möglich ist, soll nachfolgend erörtert werden.

### ■ Von Leena Kriegers-Tejura

Einleitend ein Anwendungsbeispiel: Ein Arbeitgeber entscheidet sich nach diversen Gesprächen mit einem Arbeitnehmenden, der bereits seit neun Jahren im Betrieb arbeitet, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist – nehmen wir an, diese beträgt drei Monate – kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis Mitte Juli 2017 auf Ende Oktober 2017. Es wird zwar diskutiert, dass der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis auch selber kündigen könne, trotzdem spricht der Arbeitgeber die Kündigung aus.

Ein paar Tage später, somit immer noch im Juli 2017, kündigt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis doch noch von sich aus, und zwar auf denselben Termin, also auf Ende Oktober 2017.

Während der Kündigungsfrist wird der Arbeitnehmer krank und ist sehr lange arbeitsunfähig. Kurz vor Ende Oktober 2017 meldet sich der Arbeitgeber beim Arbeitnehmenden und will die Austrittsmodalitäten per Ende Oktober 2017 klären. Daraufhin macht der Arbeitnehmer geltend, nicht seine, sondern die Kündigung des Arbeitgebers sei massgebend. Entsprechend werde die Kündigungsfrist durch die Sperrfrist, welche durch die Krankheit ausgelöst wurde, unterbrochen, und das Arbeitsverhältnis werde um die Sperrfrist von 180 Tagen verlängert.

### Anwendung von Sperrfristen

Der Arbeitnehmer stützt sich auf Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Danach geniesst der Arbeitnehmer bei einer Arbeitgeberkündigung einen gewissen zeitlichen Schutz. Ab dem sechsten Dienstjahr beträgt die sogenannte Sperrfrist 180 Tage. Die Arbeitgeberkündigung, die vor einer Sperrfrist erfolgt, ist zwar gültig (was hier zutrifft), die Kündigungsfrist, die bis dahin noch nicht abgelaufen ist, wird jedoch unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. Das wiederum führt zur

Verschiebung des Enddatums nach hinten. Wenn jedoch die Kündigung des Arbeitnehmers Wirkung entfaltet, entfällt der zeitliche Kündigungsschutz von Art. 336c OR.

Die Frage, welche Kündigung im Falle Kündigung – Gegenkündigung nun wirksam ist, hat demnach konkrete Relevanz. Im Folgenden werden die verschiedenen Konstellationen genauer unter die Lupe genommen.

### Welche Aspekte sind zu berücksichtigen?

Gemäss den einschlägigen Lehrmeinungen gilt Folgendes: Wird das Arbeitsverhältnis durch eine Partei gekündigt, bleibt es der anderen Partei freigestellt, das Arbeitsverhältnis von sich aus ebenfalls zu kündigen. Allerdings ist diese «zweite» Kündigung nur noch **auf ein früheres Datum** möglich.

Auch Gerichte haben sich mit dieser Frage verschiedentlich auseinandergesetzt. Nachfolgend werden ein paar Praxisentscheide vorgestellt. Ersichtlich wird daraus, dass es nicht immer einfach zu beantworten ist, ob es sich bei der «zweiten» Kündigung um eine erlaubte Gegenkündigung oder allenfalls um eine missbräuchliche Kündigung handelt.

### Urteil Arbeitsgericht Zürich vom 30. Juli 1992

In diesem Fall kündigte zuerst der Arbeitnehmer am 26. Februar 1992 auf den 30. September 1992. Daraufhin stellte die Arbeitgeberin ihrerseits eine Kündigung aus, und zwar auf den 31. März 1992, unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist von einem Monat. Der Arbeitnehmer forderte daraufhin eine Entschädigung von drei Monatslöhnen gestützt auf Art. 336 bzw. 336a OR (missbräuchliche Kündigung). Der Arbeitnehmer begründete die Klage u.a. damit, dass die Arbeitgeberkündigung als Racheakt zu qualifizieren und deshalb missbräuchlich sei. Die Arbeitgeberin

machte geltend, es habe Spannungen gegeben und es sei ohnehin beabsichtigt gewesen, sich vom Arbeitnehmer zu trennen.

Das Gericht macht allgemeine Ausführungen zur Kündigungsthematik und bestätigt die obige Lehrmeinung, dass die andere Partei nur noch eine Kündigung auf ein früheres Datum aussprechen kann. Angesichts der geschilderten Situation stand es der Arbeitgeberin, als gekündigter Partei, demnach zu, selber auf einen früheren Termin zu kündigen. Das Gericht bestätigte, dass es sich dabei bloss um eine Gegenkündigung und nicht um eine Rachekündigung handelte (Urteil, S. 183). Die Klage des Arbeitnehmers wurde vollumfänglich abgewiesen.

### Urteil Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt vom 23. November 1992

In diesem Fall hingegen wurde die Gegenkündigung als missbräuchlich qualifiziert. Im konkreten Fall hatte die Arbeitnehmerin bei einer vertraglichen Kündigungsfrist von einem Monat auf einen drei Monate entfernten Zeitpunkt gekündigt. Das Appellationsgericht BS beurteilte die Kündigung des Arbeitgebers, die postwendend auf die Kündigung der Arbeitnehmerin erfolgte, als missbräuchlich.

Im vorliegenden Fall gab es erhebliche Differenzen über die Organisation des Nachdienstes und der Arbeitsbedingungen. Der Arbeitgeber hatte in der Verhandlung sogar bestätigt, dass diese Kritik teils berechtigt war. Der Arbeitnehmerin konnte kein Verstoss gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten vorgeworfen werden. Das Gericht kam daher unter Berücksichtigung aller Umstände zum Schluss, die Arbeitgeberkündigung sei missbräuchlich gewesen (vgl. Urteil S. 201).

### BGE 4A\_663/2010 vom 28. Februar 2011

In diesem Fall kündigte die Arbeitnehmerin am 21. April 2009 auf den 31. Juli 2009. Am 5. Mai 2009 erhielt die Arbeitnehmerin ihrerseits die Kündigung der Arbeitgeberin auf den 30. Juni 2009. Im konkreten Fall war strittig, welche Kündigungsfrist anzuwenden war, und somit auch die Frage, ob die Gegenkündigung zulässig war. Das Bundesgericht führte in diesem Entscheid zur Gegenkündigung was folgt aus:



Bei einer Gegenkündigung muss das Datum der Vertragsauflösung vor dem der Kündigung liegen.

Wie der Rekurrent selber zugibt, kann eine Partei die Kündigung auf einen späteren Zeitpunkt aussprechen, als dies rechtlich oder vertraglich vorgesehen ist, doch in diesem Fall behält die andere Partei die Möglichkeit, ihrerseits eine Kündigung unter Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist auf einen früheren Zeitpunkt auszusprechen.

Wenn also eine Partei eine Kündigung mit einer längeren Kündigungsfrist als vertraglich vereinbart ausspricht und die Gegenseite danach mit der vertraglichen Kündigungsfrist eine zweite Kündigung ausspricht, und zwar auf einen früheren Termin, ist das rechtens. Das Bundesgericht hat die Gültigkeit der Gegenkündigung unter diesem Aspekt ohne Weiteres anerkannt.

#### **BGE 4A\_22/2014 vom 23. April 2014**

In diesem Fall hatte ein Arbeitnehmer eine Kündigung mit einer überlangen Kündigungsfrist von 18 Monaten ausgesprochen. Die Arbeitgeberin sprach daraufhin eine Gegenkündigung aus, und zwar mit der vertraglichen Kündigungsfrist von zwei Monaten.

Bei der zweiten Kündigung handelte es sich um eine *«überholende Gegenkündigung»* zur eigenen Kündigung des Arbeitnehmers, mit dem Ergebnis, die vom Arbeitnehmer gesetzte überlange Kündigungsfrist auf die vertraglichen zwei Monate zu verkürzen. Dies wurde im konkreten Fall nicht beanstandet.

Insbesondere wurde in diesem Entscheid nicht thematisiert, ob es sich dabei um eine missbräuchliche Kündigung handelte. Hier war die Kündigung unter dem Blickwinkel von Art. 340c Abs. 2 OR (Wegfall des Konkurrenzverbotes) zu beurteilen, worauf hier nicht näher eingegangen wird.

#### **Fazit**

Mit Aussprechen der Kündigung durch eine Partei ist die vertragsauflösende Gestaltungswirkung bereits eingetreten. Auf den gleichen Zeitpunkt ist keine weitere Kündigung mehr möglich. Es bleibt die Möglichkeit, eine Gegenkündigung auf einen früheren Zeitpunkt auszusprechen. Das ist denkbar, wenn die erste Partei eine Kündigung auf einen weit in der Zukunft liegenden Zeitpunkt ausgesprochen hat.

Das Bundesgericht bestätigt die Gültigkeit von Gegenkündigungen, wohingegen das Basler Gericht im Einzelfall immerhin ein anderes Urteil gefällt hat und die Missbräuchlichkeit bejaht hat. Das zeigt, dass immer der Einzelfall massgebend ist! Selbst wenn man grundsätzlich davon ausgeht, dass eine Gegenkündigung rechtens ist, kann sie im Einzelfall dennoch eine missbräuchliche Kündigung darstellen.

Zu beachten ist insbesondere Folgendes: Wäre eine Gegenkündigung missbräuchlich, könnte jeder Arbeitnehmer auf einen weit in der Zukunft liegenden Termin kündigen und

so seine Arbeitsstelle sichern und dem Arbeitgeber die Möglichkeit nehmen, das Arbeitsverhältnis ordentlich auf einen früheren Zeitpunkt zu beenden. Vor diesem Hintergrund muss es dem Arbeitgeber offenstehen, ordentlich auf einen kürzeren Termin zu kündigen, ohne gegen Art. 336 OR (missbräuchliche Kündigung) zu verstossen.

#### **Lösungsansatz für eingangs geschildertes Beispiel**

Im obigen Beispiel ist als massgebende, weil vertragsauflösende, Kündigung die Arbeitgeberkündigung zu werten. Die zweite Kündigung des Arbeitnehmers kann keine Wirkungen mehr auf den gleichen Endtermin entfalten und ist daher unbeachtlich.

Wenn die Arbeitgeberkündigung vorliegt, ist Art. 336c OR zu beachten, und die Sperrfristen kommen zum Tragen. In diesem Fall ist eine Sperrfrist von 180 Tagen zu berücksichtigen. Da der Arbeitnehmer im aufgezeigten Fall sehr lange krank ist, mithin länger als 180 Tage, wird die Kündigungsfrist für die Dauer von 180 Tagen unterbrochen und nach Ablauf der Sperrfrist fortgesetzt. Das Arbeitsverhältnis wird somit effektiv verlängert und wird nicht Ende Oktober 2017 beendet.



#### **AUTORIN**

**Leena Kriegers-Tejura** ist selbstständige Rechtsanwältin und Partnerin bei Morad, Bürgi & Partner. Sie ist Fachvorsteherin Arbeitsrecht für eidg. Berufs- und höhere Fachprüfungen in Human Resources.