
Rechte und Pflichten während der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität
Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der
Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Matthias Meier

von Bülach ZH

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Roger Rudolph

und

Prof. Dr. Thomas Gächter

2022



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXI
Einleitung	1
1. Teil: Beginn der Kündigungsfrist	5
A. Gültigkeit der Kündigung.....	5
1. Kündbarkeit des Arbeitsvertrags.....	5
1.1 Unwissenheit über einen Sperrfristtatbestand	5
1.1.1 Verschweigen von Arbeitsunfähigkeit oder Schwangerschaft.....	5
1.1.2 Nicht bemerkte Krankheit oder Schwangerschaft.....	8
1.2 Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit	8
2. Gültigkeitserfordernisse an die Kündigung.....	11
2.1 Form und Zuständigkeit	11
2.2 Inhalt.....	12
2.2.1 Klarheit.....	12
2.2.2 Bedingungsfeindlichkeit.....	14
2.3 Wirksamwerden der Kündigung	16
B. Rechtsfolgen der ungültigen Kündigung	18
1. Konversion in einen Aufhebungsvertrag?.....	19
2. Neue Kündigung und Bestätigung der Kündigung.....	20
3. Vorsorgliche Ersatzkündigung.....	21
2. Teil: Fragen während der Kündigungsfrist	23
1. Kapitel: Kündigungsbegründung und -einsprache	23
A. Begründung	24
1. Form.....	24
2. Inhalt.....	24
3. Zeitpunkt.....	26
B. Einsprache	27
1. Form.....	27
2. Inhalt.....	28
3. Zeitpunkt.....	30
C. Rechtsfolgen bei mangelhafter Begründung.....	30
1. Einfluss auf die Einspracheobliegenheit?.....	31
2. Kostenfolgen im Prozess und Schadenersatz	34
3. Missbräuchlichkeit der Kündigung	34
2. Kapitel: Treuepflichten und deren Verletzung.....	37
A. Grundlagen.....	37
B. Schwarzarbeit	38
1. Grundlagen.....	38
2. Nebentätigkeiten	40

Inhaltsverzeichnis

3.	Vorbereitungshandlungen	42
3.1	Selbstständige Erwerbstätigkeit	43
3.2	Tätigkeit für einen Dritten	45
C.	Abwerbung von Kunden und Mitarbeiterinnen	46
1.	Begriff der Abwerbung	47
2.	Kundenabwerbung	48
2.1	Grundsatz	48
2.2	Einschränkung bei Vertrauensverhältnis zum Kunden	49
2.3	Information über das Ausscheiden	50
2.3.1	Inhalt der Mitteilung	51
2.3.2	Modalitäten und Adressaten der Mitteilung	52
3.	Mitarbeiterabwerbung	52
3.1	Treuepflichten der abwerbenden Mitarbeiterin	52
3.2	Exkurs: Treuepflichten des umworbenen Mitarbeiters und von Dritten	54
4.	Vereinbarung und Erlass von Abwerbeklauseln	55
4.1	Form	56
4.2	Inhalt	57
4.2.1	Abwerbungsverbot	57
4.2.2	Kontaktverbot	57
	a) Kundinnen	57
	b) Mitarbeiter	59
D.	Kopie und Mitnahme von Unterlagen des Arbeitgebers	59
E.	Rechtsfolgen	62
1.	Zivilrechtliche Sanktionen	62
1.1	Fristlose Kündigung	62
1.2	Schadenersatz	67
1.2.1	Grundsatz	67
1.2.2	Insbesondere: Abwerbungen	68
1.2.3	Geltendmachung des Schadenersatzes	69
1.3	Konventionalstrafe	70
2.	Strafrechtliche Sanktionen	71
3.	Kapitel: Ferien	73
A.	Grundsatz des Naturalbezugs	73
1.	Gesetzliches Abgeltungsverbot	73
2.	Vertraglich festgelegte Ferien	75
B.	Ausnahmen	76
1.	Ferienunfähigkeit	76
2.	Ferienanordnung	77
2.1	Festsetzung durch die Arbeitgeberin	77
2.2	Festsetzung durch den Arbeitnehmer?	79
3.	Ankündigungsfrist	81
4.	Stellensuche	84
5.	Betriebliche Gründe	84
C.	Anzahl der zu beziehenden Ferientage	86
1.	Ausgangspunkt: Jährlicher Ferienanspruch	87
2.	Weitere Faktoren	88
2.1	Länge der Kündigungsfrist und Anzahl der Ferientage	88

2.2	Freistellung?.....	89
2.3	Stellensuche / Betriebliche Gründe / Tätigkeit nach Austritt	91
D.	Zeitpunkt der zu beziehenden Ferien.....	91
1.	Zusammenhänge Ferienwochen.....	91
2.	Wünsche des Arbeitnehmers.....	93
E.	Rechtsfolgen.....	94
1.	Unzulässige Ferienverweigerung	94
2.	Unzulässige Ferienanordnung.....	96
3.	Unzulässiger eigenmächtiger Ferienbezug.....	97
F.	Fragen rund um Bezug und Auszahlung von Ferien.....	98
1.	Welche Ferien werden bezogen?.....	98
2.	Höhe des Ferienlohns.....	99
3.	Verjährung	99
4.	Kapitel: Mehr- und Minderarbeit.....	101
A.	Vorliegen von Mehr- oder Minderarbeit	101
1.	Gesetzliche Höchstarbeitszeit	101
2.	Vertragliche Arbeitszeit	103
2.1	Überstunden	103
2.2	Minusstunden.....	105
3.	Arbeitszeitmodell.....	106
3.1	Fixe Arbeitszeiten	106
3.2	Flexible Arbeitszeiten	106
3.2.1	Vollständige Zeitsouveränität.....	107
3.2.2	Teilweise Zeitsouveränität.....	110
a)	Blockzeiten und Fixtermine	110
b)	Zeitanordnungen im Einzelfall.....	111
3.2.3	Zwischenfazit	111
B.	Kompensation von Mehr- oder Minderarbeit	112
1.	Überzeit und Überstunden.....	112
1.1	Entschädigung.....	112
1.2	Zeitkompensation.....	114
1.3	Verwirkung infolge verspäteter Geltendmachung?	117
1.4	Problemfelder während der Kündigungsfrist	119
1.4.1	Freistellung.....	119
1.4.2	Kompensationsverzicht?.....	120
2.	Minusstunden.....	121
2.1	Grundlagen.....	121
2.2	Lohnabzug.....	122
2.3	Nacharbeit.....	124
3.	Gleitzeitsaldo	125
3.1	Grundlagen.....	125
3.2	Ausgleich während der Kündigungsfrist	126
3.2.1	Positiver Saldo.....	126
3.2.2	Negativer Saldo	127
4.	Sonderfragen rund um Kompensation und Auszahlung von Mehrarbeit.....	129
4.1	Welche Mehrstunden werden kompensiert?.....	129
4.2	Höhe der Mehrarbeitsentschädigung.....	129
4.3	Verjährung	129

Inhaltsverzeichnis

5. Kapitel: Konkurrenzen zwischen Stellensuche, Ferien und Mehr- und Minderarbeit	131
A. Stellensuche und Ferien.....	131
1. Grundlagen.....	131
2. Arbeitnehmerkündigung	133
3. Arbeitgeberkündigung	133
3.1 Anforderungen an die Stellensuche.....	133
3.2 Zugestandene Zeit für die Stellensuche.....	134
3.3 Beweis der Stellensuche.....	135
B. Stellensuche und Mehrarbeit	136
C. Ferien und Mehrarbeit.....	136
D. Überzeit, Überstunden und positiver Gleitzeitsaldo	138
E. Ferien und Minderarbeit.....	139
F. Mehr- mit Minderarbeit.....	140
6. Kapitel: Fragen rund um den Stellenwechsel.....	143
A. Ausstellung eines Zwischenzeugnisses	143
1. Inhalt.....	144
2. Zeitpunkt.....	146
3. Rechtsfolgen verweigerter, unrichtiger oder verspäteter Ausstellung.....	147
3.1 Erfüllungs- und Berichtigungsanspruch	147
3.2 Schadenersatzanspruch	150
B. Freizeit für die Stellensuche	152
1. Anspruch auf Arbeitsbefreiung	152
1.1 Tatbestand.....	152
1.1.1 Inhalt.....	152
1.1.2 Umfang.....	154
1.1.3 Rücksicht auf Arbeitgeberinteressen	155
1.1.4 Vorgehen im Einzelfall.....	155
1.2 Rechtsfolgen	156
1.2.1 Arbeitsbefreiungsanspruch erfüllt.....	156
1.2.2 Arbeitsbefreiungsanspruch nicht erfüllt.....	156
2. Lohnzahlung und Zeitkompensation	157
2.1 Arbeitsbefreiungsanspruch erfüllt	157
2.2 Arbeitsbefreiungsanspruch nicht erfüllt	158
C. Stellenantritt während der Kündigungsfrist.....	159
1. Vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses	159
1.1 Bei bestehender Arbeitspflicht	160
1.2 Bei fehlender Arbeitspflicht.....	161
2. Keine vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	162
2.1 Während der Freistellung.....	163
2.1.1 Recht zum Stellenantritt	163
2.1.2 Pflicht zum Stellenantritt	164
2.1.3 Verdienstanrechnung bei Stellenantritt.....	167
2.2 Während der Ferien.....	169
2.3 Während der Freizeit.....	170
7. Kapitel: Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung	173
A. Prüfungsverfahren	174
1. Antrag der Arbeitnehmerin	174

2. Arbeitgeberbescheinigung.....	175
3. Weitergehende Untersuchungen	175
B. Häufige Einstellgründe.....	176
1. Selbstverschuldete Arbeitslosigkeit	176
1.1 Selbstkündigung.....	178
1.2 Selbstverursachte Kündigung.....	179
2. Mangelhafte Stellensuche	180
2.1 Grundlagen.....	180
2.2 Einzelne Faktoren	182
2.2.1 Quantität der Bewerbungen	182
2.2.2 Qualität der Bewerbungen	183
2.2.3 Regelmässigkeit der Bewerbungen.....	184
2.2.4 Sachliche und persönliche Bewerbungsverhältnisse.....	184
2.2.5 Pflicht hinsichtlich ausserberuflicher Bewerbungen.....	185
2.2.6 Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit	186
2.2.7 Bewerbungen trotz Arbeitsunfähigkeit	187
2.2.8 Ferienbezug	188
2.2.9 Stellensuche und bereits erfolgte Stellenzusage	190
2.3 Nachweis der Suchbemühungen	191
3. Teil: Ende der Kündigungsfrist	193
A. Fragen rund um den Austritt.....	193
1. Fälligkeit aller Forderungen.....	193
2. Herausgabe aller Gegenstände und Kopien aller Daten	194
3. Löschung aller Daten	195
4. Versicherungsrechtliche Informationspflichten	196
4.1 Unfallversicherung.....	196
4.2 Krankentaggeldversicherung.....	197
4.2.1 Nachleistungen	198
4.2.2 Übertritt in die Einzelversicherung.....	199
4.3 Pensionskasse.....	200
4.4 Rechtsfolgen unterlassener Information.....	201
B. Vorkehrungen im Streitfall.....	201
1. Arbeitgeberin	202
2. Arbeitnehmer	202
Checkliste	205