

### **Kurzdokumentation zur Frage:**

### **Ist es rechtlich möglich, jemandem während eines unbezahlten Urlaubes zu kündigen?**

Eine Kündigung während des unbezahlten Urlaubs ist von Gesetzes wegen leider nicht ausgeschlossen; der - beschränkte - zeitliche Kündigungsschutz besteht nur während Krankheit, Unfall, Schwangerschaft, Militärdienst usw (vgl. Art. 336c OR). Sofern diese Thematik vertraglich - im Einzelarbeitsvertrag samt Personalreglement oder in einem allfälligen GAV - nicht klar geregelt ist, stellt sich die Frage, ob die Kündigung während des unbezahlten Urlaubs wirksam wird und / oder missbräuchlich ist (Art. 336 OR). Es lässt sich gestützt auf die Rechtsprechung argumentieren, dass die Kündigungsfrist erst am Tag des vereinbarten Wiederbeginns der Arbeit zu laufen beginnt, so dass die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer noch für die ganze Dauer der Kündigungsfrist den Lohn entsprechend dem bisherigen Pensum erhält.

Die konkreten Umstände jedes Einzelfalles spielen also eine grosse Rolle, insbesondere die Frage, ob der/die Mitarbeitende während dem unbezahlten Urlaub tatsächlich die Möglichkeit hat, eine neue Stelle zu suchen. Dies dürfte z.B. bei einem Auslandsaufenthalt oder bei einem freiwilligen unbezahlten Arbeitseinsatz im Sozial- oder Umweltbereich nicht der Fall sein. Eine sorgfältige Abklärung aller Umstände (Vereinbarungen, vertragliche Regelungen), vor allem aber eine vorgängig schriftliche Vereinbarung über die Modalitäten des unbezahlten Urlaubs ist daher enorm wichtig.

Weder der Gesetzgeber noch die höchstrichterliche Rechtsprechung haben die Kündigung während einem unbezahlten Urlaub geregelt. Die Frage muss daher anhand der allgemeinen Prinzipien des Arbeitsrechts beantwortet werden. Der Sinn und Zweck der Kündigungsfrist liegt grundsätzlich darin, dass dem/der Gekündigten Zeit zur Stellensuche eingeräumt werden soll. Eine Kündigung während unbezahltem Urlaub ist somit nur dann zulässig, wenn der/die Arbeitnehmende de facto die Möglichkeit hat, eine neue Stelle zu suchen.

In diesem Sinne hat beispielsweise das Genfer Kantonsgericht (obere kantonale Instanz) in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils entschieden. Es bezeichnete zwar die Kündigung während eines unbezahlten Urlaubs nicht als nichtig, aber als missbräuchlich und bestimmte, dass die Kündigungsfrist erst am ersten Arbeitstag nach dem unbezahlten Urlaub zu laufen Beginne. Im zu beurteilenden Fall ging es um einen Angestellten eines Architekturbüros, dem ein unbezahlter Urlaub von zwei Monaten gewährt wurde, um an seiner Doktorarbeit schreiben zu können und dem dann während dieses Urlaubs gekündigt wurde (vgl. Streiff/von Känel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Zürich 1993, N. 5 zu Art. 335, S. 316 f.; Wortlaut des Urteils Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts JAR, Bern 1987, S. 246 ff.).

Es besteht die Möglichkeit, gestützt auf Art. 336b Abs.1a OR, dem Arbeitgeber mitzuteilen, dass die Kündigungsfrist nicht während des unbezahlten Urlaubs zu laufen beginnen könne und damit gegen die ausgesprochene Kündigung Einsprache zu erheben (schriftlich, eingeschrieben).