



St.Galler Tagung zum Arbeitsrecht 2023

Dienstag, 05. September 2023
Grand Casino Luzern



Die Sperrfristen nach Art. 336c OR: Spezialfälle

Dr. iur. Christoph Senti
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
Advokaturbüro Frei Steger Senti
www.9450.ch

advokatur
— 9450 —

Die Sperrfristtatbestände nach Art. 336c OR

Art. 336c Abs. 1 OR nennt folgende Sperrfristtatbestände:

- a) Militär-, Schutzdienst, Zivildienst.
- b) Krankheit, Unfall (30 / 90 / 180 Tage).
- c) Schwanger- und Mutterschaft.
- d) Verlängerter Mutterschaftsurlaub nach Art. 329f Abs. 2 OR.
- e) Betreuungsurlaub nach Art. 329i OR.
- f) angeordnete Hilfsaktionen im Ausland.

Allgemeine Grundlagen (I)

Ziel des Gesetzgebers gemäss Botschaft:

«Der Kündigungsschutz besteht nicht, weil der Arbeitnehmer infolge der Arbeitsverhinderung keine Stelle suchen kann, sondern **weil eine Anstellung des Arbeitnehmers durch einen neuen Arbeitgeber** auf den Zeitpunkt des Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit **höchst unwahrscheinlich erscheint.**»

Krankheit/Unfall:

Sperrfristenschutz greift nicht, wenn Beeinträchtigung so unbedeutend, dass Arbeitnehmer nicht daran gehindert wird, neuen Arbeitsplatz anzutreten (BGer).



Auch Kurzabsenzen von nur wenigen Tagen (bspw. Zahnarzt) lösen Sperrfrist aus und verlängern Arbeitsverhältnis (auch BGer).

Allgemeine Grundlagen (II)

Kündigung durch Arbeitgeber:

Art. 336c OR gilt nur für die arbeitgeberseitige Kündigung. Arbeitnehmerkündigung zur Unzeit richtet sich nach Art. 336d OR.

Öffentliches Personalrecht:

Kann zeitlichen Kündigungsschutz autonom regeln, auch vom OR abweichend zu Lasten der Arbeitnehmenden.

Art. 336c Abs. 1 OR abschliessend:

Die Tatbestände sind abschliessend; keine Sperrfrist bspw. bei unbezahltem Urlaub, Untersuchungshaft, Status als gefährdete Person nach COVID-VO oder m. E. auch Betreuungsurlaub nach Art. 329i OR.

Allgemeine Grundlagen (III)

Krankheit/Unfall: Ob AUF bekannt, ist irrelevant:

Art. 336c OR gilt unabhängig davon, ob die Arbeitsverhinderung dem Arbeitgeber oder Arbeitnehmer bekannt ist.

Krankheit/Unfall: Es gilt eine objektive AUF:

Sperrfrist greift auch dann, wenn Arbeitnehmer trotz AUF arbeitet. Im Unterschied zu Art. 324a OR gilt eine objektiver Massstab bei der Frage, ob eine AUF besteht oder nicht.

Sperrfrist greift unabhängig von Mitteilung an Arbeitgeber:

Der Sperrfristenschutz gilt auch, wenn Arbeitnehmer die Krankheit oder einen anderen Sperrfristtatbestand (sofern er davon weiss) dem Arbeitgeber nicht mitteilt und/oder die Ursache nicht kennt.

Allgemeine Grundlagen (IV)

Sperrfrist und Probezeit:

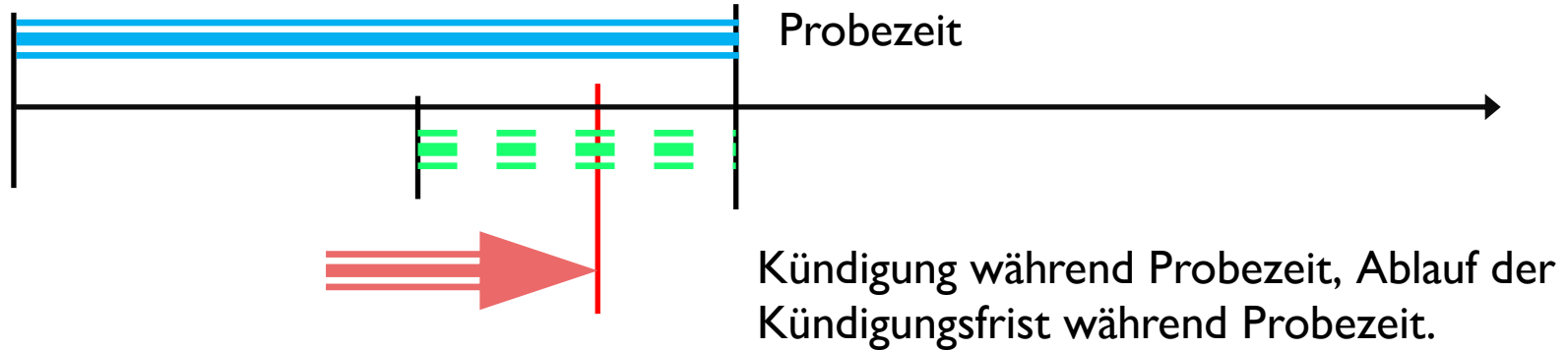
Sperrfrist gilt erst nach Ablauf der Probezeit. Bezüglich Probezeit ist auf die gesetzliche, allenfalls vertragliche Vereinbarung abzustellen.

Keine Sperrfrist während Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR:

Während der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten Endtermin nach Art. 336c Abs. 3 OR greift keine Sperrfrist mehr.

Sperrfristen und Probezeit (I)

Kein Sperrfristenschutz während Probezeit.

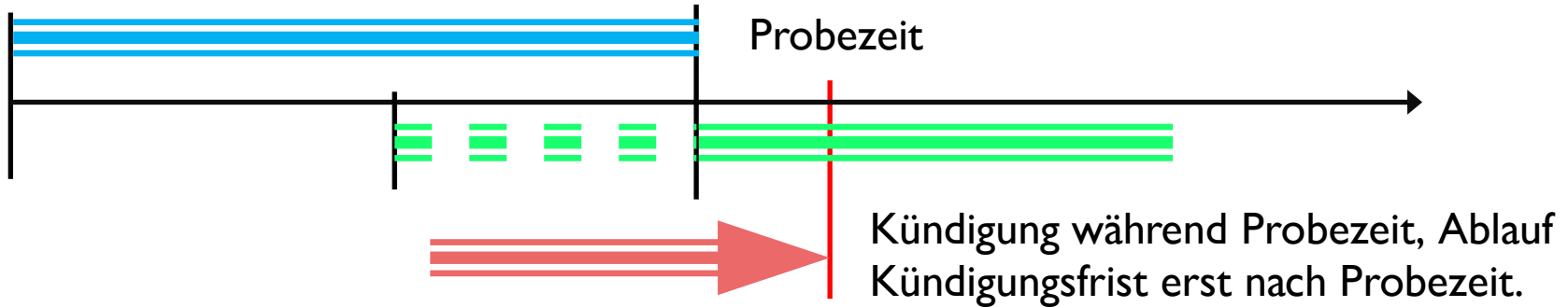


 Keine Sperrfrist während Probezeit

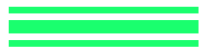
 Ende Arbeitsverhältnis

Sperrfristen und Probezeit (II)

Sperrfrist greift nicht, selbst wenn Kündigungsfrist über die Probezeit hinaus läuft, und zwar auch dann, wenn nach Ablauf der Probezeit eine (neue) Sperrfrist läuft.



Keine Sperrfrist während Probezeit



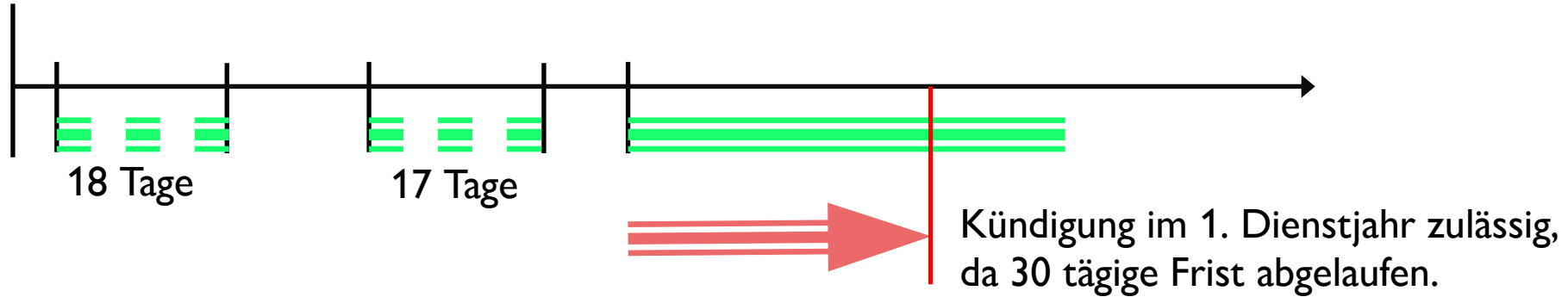
Sperrfrist nach Probezeit



Ende Arbeitsverhältnis

Kumulation von Sperrfristen bei zusammenhängender AUF

Sperrfristen können auch vor der Kündigung(sabsicht) zu laufen beginnen oder gar ablaufen.



(unbekannte) AUF mit Arbeitsleistung

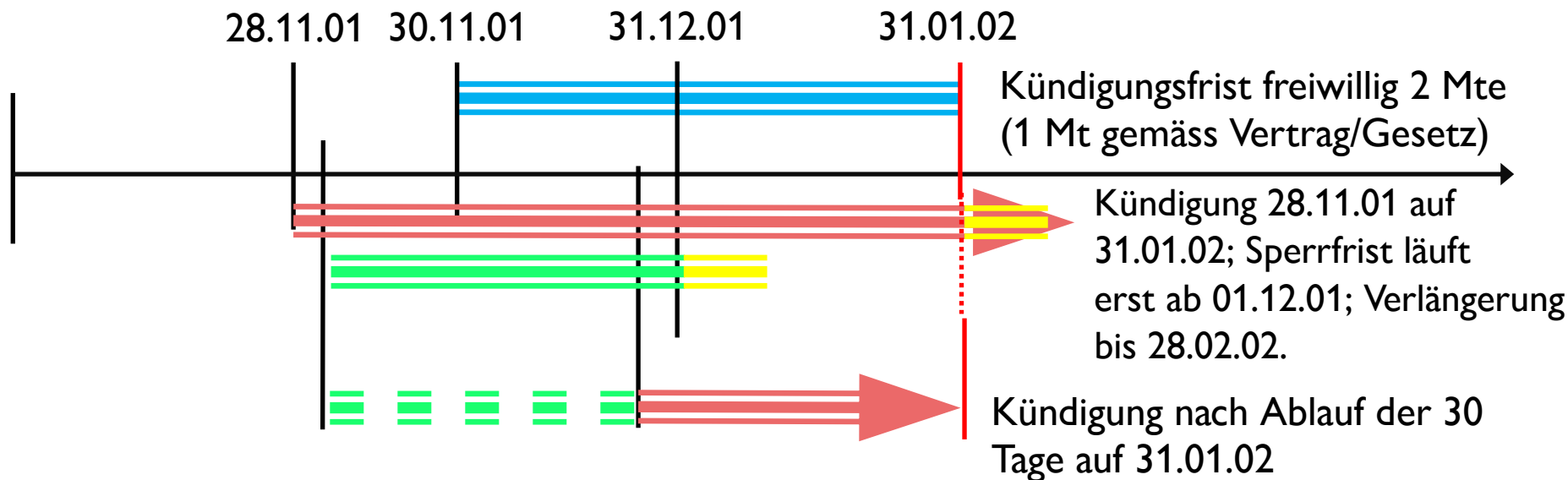


AUF ohne Arbeitsleistung (aus gleichem Grund)

| Ende Arbeitsverhältnis

Rückwärtsrechnung der Kündigungsfrist

Die Rückwärtsrechnung der Kündigungsfrist bestraft denjenigen Arbeitgeber, welcher freiwillig eine verlängerte Kündigungsfrist einhält.



AUF vor Kündigung: wird an Sperrfrist angerechnet



AUF nach Kündigung: Anrechnung erst 1 Monat vor Ende Arbeitsverhältnis (**GELB**)

Teilweise AUF bei Teilzeitarbeit: Sperrfristenschutz? (I)

Beispiel:

Arbeitnehmer arbeitet 50% und wird zu 25% AUF geschrieben. Greift Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR oder ist der Arbeitnehmer für die 50% zu 100% arbeitsfähig?

Lösungsversuch:

- Sperrfristenschutz greift auch bei teilweiser AUF (vgl. Gesetzestext).
- Greift Sperrfristenschutz auch dann, wenn 25%-AUF die Tätigkeit nicht betrifft und deshalb keine Lohnfortzahlungspflicht besteht aber *objektiv* AUF bestünde?
- Falls Verteilung der teilweisen AUF auf Arbeitszeit oder Freizeit unklar: Ansatz von GEISER zur Lohnfortzahlung? («Dem Arbeitnehmer ist nicht zuzumuten, seine ganze AUF in seine Freizeit zu legen.»)

Teilweise AUF bei Teilzeitarbeit: Sperrfristenschutz? (II)

Lösungsversuch (II):

- M. E.: Sperrfristenschutz greift, wenn AUF subjektiv oder objektiv die Arbeitsleistung tangiert, was auch dann der Fall ist, wenn eine teilweise AUF nur schon zum Teil der Arbeitsleistung zugeordnet werden kann.

Sperrfristenschutz und missbräuchliche Kündigung (I)

Ist eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist missbräuchlich?

Nein:

Bei Kündigung wegen Krankheit nach Ablauf der Sperrfrist, sofern Krankheit im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnis steht oder Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt (vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR).

Ja:

- Kündigung nach Mutterschaftsurlaub weil Arbeitnehmerin schwanger wurde und nun Mutter ist.
- Nach Ablauf der Sperrfrist weil:
 - Rache Kündigung: Arbeitnehmer macht Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend.
 - Persönliche Eigenschaft: Wenn AUF keinen Zusammenhang bzw. keine Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis hat.

Sperrfristenschutz und missbräuchliche Kündigung (II)

Ja:

- Nach Ablauf der Sperrfrist:
 - M.E.: Persönliche Eigenschaft: Kündigung wegen vergangener Krankheit, wenn Arbeitnehmer wieder gesund und frühere AUF keinen Einfluss mehr auf Arbeitsverhältnis hat.
 - Vereitelungskündigung: Kündigung um der gesetzlichen/vertraglichen Lohnfortzahlungspflicht zu entgehen.
- Nach Ablauf der Sperrfrist, wenn Arbeitgeber für AUF ganz oder teilweise selbst verantwortlich (Verletzung Gesundheitsschutzvorschriften, unterlassener Lösungsversuch bei internen Konflikten etc.).
- Missbräuchliche Alterskündigung? Ja, falls Arbeitnehmer mindestens teilweise wieder arbeitsfähig (BGer 4A_117/2023); nein, falls Arbeitnehmer weiterhin vollumfänglich AUF (BGer 4A_390/2021).

Verzichtsverbot

Der Sperrfristenschutz ist relativ zwingend. Keine Abweichung zuungunsten des Arbeitnehmers zulässig (Art. 362 OR). Beachte: Das Verzichtsverbot wirkt auch gegen den Arbeitnehmer selbst.

Beispiel:

Arbeitnehmer wird gekündigt, Kündigungsfrist verlängert sich infolge Krankheit um einen Monat. Arbeitnehmer tritt neue Stelle trotzdem während verlängerter Kündigungsfrist an. Arbeitgeber verlangt, dass Arbeitnehmer bis zum Ende der verlängerten Kündigungsfrist weiterhin bei ihm arbeitet.

Variante:

Arbeitgeber stimmt dem vorzeitigen Stellenwechsel zu, was schriftlich vereinbart wird. Arbeitnehmer wird an der neuen Stelle noch während der Probezeit im ersten Monat gekündigt und verlangt nun die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beim alten Arbeitgeber.

Sperrfristtatbestände ausserhalb von Art. 336c OR?

Die Sperrfristtatbestände sind abschliessend. Aus diesem Grund führen Arbeitsverhinderungen ausserhalb von Art. 336c OR nicht zu einem (weiteren) Sperrfristenschutz.

Beispiel: Arbeitsverhinderung infolge Betreuung von Angehörigen

Ein Arbeitnehmer bezieht freie Tage für die Betreuung seines kranken Kindes.

- Vor Einführung von Art. 329h OR: Kein Sperrfristenschutz (vgl. SvKR, Art. 336c N 8)
- Neues Recht: Art. 329h OR wurde – im Unterschied zu Art. 329i OR – nicht in den Katalog der Sperrfristtatbestände aufgenommen. M.E. kein Sperrfristenschutz, an der Rechtslage hat sich mit Einführung von Art. 329h OR nichts geändert.

Kumulation von Sperrfristen: Cumul inter- und intralittéral

Cumul interlittéral:

Eine Arbeitnehmerin erkrankt 2 Wochen nach ihrer Niederkunft an einer Grippe.

- Unterschiedliche Sperrfristen greifen kumulativ, es gilt die längere.

Cumul intralittéral:

Ein krankheitsbedingt an der Arbeitsleistung veränderter Arbeitnehmer erleidet einen Unfall.

- Auch innerhalb derselben litera gilt eine neue Sperrfrist, falls die alte gestützt auf einen alten Tatbestand abgeschlossen ist (bspw. Militärdienst). Bei Krankheit/Unfall greift eine neue Frist von 30/90/180 Tagen, falls die beiden AUF keinen Zusammenhang haben («acun lien»).

Sperrfrist bei Verlängerung infolge Vaterschaftsurlaub?

Ein gekündigter Vater bezieht seinen Vaterschaftsurlaub noch während der Kündigungsfrist, weshalb sich das Arbeitsverhältnis verlängert. Während dieser Verlängerung und damit während des Bezugs seines Vaterschaftsurlaubes erkrankt der Arbeitnehmer.

- Gemäss Wortlaut «verlängert» sich die «Kündigungsfrist» um die noch nicht bezogenen Urlaubstage (Art. 335c Abs. 3 OR). Gemäss Wortlaut nach Art. 336c Abs. 2 OR steht die «Kündigungsfrist» still. Insofern könnte nach grammatikalischer Interpretation von einer Verlängerung ausgegangen werden.
- Systematischer / teleologischer Ansatz: Tatbestand des Vaterschaftsurlaubes wurde im Unterschied zu anderen Tatbeständen nicht in Katalog von Art. 336c Abs. 1 OR aufgenommen. Daher keine Verlängerung.
- Meines Erachtens kritisch: Verlängerung des verlängerten Arbeitsverhältnisses nach Art. 336c Abs. 3 OR, obwohl Gesetzgeber nach Art. 335c Abs. 3 OR dies nicht wollte?

Sperrfrist bei Verlängerung wegen nicht gemeldeter Massenentlassung?

- Arbeitgeber verpasst, Massenentlassung beim zuständigen Amt zu melden, weshalb sich Arbeitsverhältnis bis 30 Tage nach erfolgter Meldung verlängert (Art. 335g Abs. 4 OR).
- Nach Auffassung SvKR handelt es sich hier um einen «Aufschub» der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, nicht aber um eine Verlängerung der Kündigungsfrist (Analog «Aufschub» nach Art. 336c Abs. 3 OR?).
- Ist die Kündigungsfrist abgelaufen, führt eine Krankheit während dieser «Aufschubfrist» zu keiner (weiteren) Verlängerung des Arbeitsverhältnisses.

Sperrfrist bei Kündigung wegen ordentlicher Pensionierung?

Greifen die Sperrfristen, bspw. infolge Krankheit/Unfall, auch bei einer Kündigung im Hinblick auf die ordentliche Pensionierung des Arbeitnehmenden?

- Nach Wortlaut des Gesetzes: ja
- Nach teleologischer Auslegung: M. E. nein, sicher aber dann nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Erwerbstätigkeit aufgibt und keine neue Stelle mehr sucht.

