

Die Sperrfristen nach Art. 336c OR: Spezialfälle

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Partner, advokatur 9450, Altstätten SG

St.Galler Tagung zum Arbeitsrecht 2023
Dienstag, 5. September 2023, Grand Casino Luzern

Inhaltsverzeichnis

1	Vorbemerkungen	2
2	Grundlagen	2
2.1	Gesetzliche Anspruchsgrundlage	2
2.2	Allgemeine Bemerkungen zum Sperrfristenschutz	3
3	Einzelfälle	4
3.1	Rund um die Probezeit	4
3.2	Art. 336c Abs. 1 lit. b OR: Krankheit oder Unfall	4
3.2.1	Beginn der Sperrfristentatbestand noch vor Kündigungsentschluss?	4
3.2.2	Inkonsistenz als Folge der Rückwärtsrechnung bei Sperrfristen	7
3.2.3	Teilweise Arbeitsunfähigkeit bei Teilzeitarbeit?	9
3.3	Zusammenspiel Art. 336c OR mit Art. 336 OR	10
3.4	Sperrfristenschutz und fristlose Kündigung	12
3.5	Verzichtsverbot	12
3.6	Überlagerung von Sperrfristen	13
3.6.1	Cumul interlittéral	13
3.6.2	Cumul intralittéral	13
3.6.3	Andere Kumulationen?	14
3.6.3.1	Arbeitsverhinderung nach Art. 324a OR	14
3.6.3.2	Vaterschaftsurlaub nach Art. 335c OR	15
3.6.3.3	Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bei nicht angezeigter Massenentlassung nach Art. 335g OR	15
3.6.4	Kündigungsschutz bei parallel laufender, nicht geschützter Arbeitsverhinderung?	16
3.7	Art. 336c OR bei ordentlicher Pensionierung?	17
4	Zusammenfassung	18
	Literaturverzeichnis	19

1 Vorbemerkungen

Der Sperrfristenschutz nach Art. 336c OR ist im Schweizer Arbeitsrecht fest verankert und allgemein bekannt. Die Bestimmung wurde ursprünglich per 1. Januar 1989 und die jüngste Änderung auf den 1. Juli 2021 in Kraft gesetzt. Auch wenn die einzelnen, im Gesetz definierten Tatbestände mehr oder weniger klar umrissen sind, finden sich in der Rechtspraxis eine Vielzahl unklarer Fallkonstellationen und ungelöste Fragen. Vorliegender Aufsatz soll dem Leser einen Einblick in verschiedene, in der Anwendungspraxis leider anzutreffenden Spezialfälle zu bieten. Dies weder mit dem Anspruch einer abschliessenden Darstellung noch einer ultimativen Meinung zu gewissen Rechtsfragen.

2 Grundlagen

2.1 Gesetzliche Anspruchsgrundlage

Ausgangspunkt ist Art. 336c OR, welcher in der aktuell gültigen Fassung wie folgt lautet:

¹ Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen:

- a. während die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet, sowie, sofern die Dienstleistung mehr als elf Tage dauert, während vier Wochen vorher und nachher;
- b. während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen;
- c. während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin;
- c^{bis}. vor dem Ende des verlängerten Mutterschaftsurlaubs nach Artikel 329f Absatz 2;
- c^{ter}. solange der Anspruch auf Betreuungsurlaub nach Artikel 329i besteht, längstens aber während sechs Monaten ab dem Tag, an dem die Rahmenfrist zu laufen beginnt;
- d. während der Arbeitnehmer mit Zustimmung des Arbeitgebers an einer von der zuständigen Bundesbehörde angeordneten Dienstleistung für eine Hilfsaktion im Ausland teilnimmt.

² Die Kündigung, die während einer der in Absatz 1 festgesetzten Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt.

³ Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin.

Während Art. 336c OR als solches bereits seit Januar 1989 in Kraft ist¹, kamen per 1. Januar 2021 weitere Ergänzungen hinzu. Eingeführt wurden neu eine Sperrfrist für die Zeit vor der Verlängerung des Mutterschaftsurlaubes nach Art. 329f Abs. 2 OR², sowie für die Dauer eines Anspruches auf Betreuungsurlaub nach Art. 329i OR³.

2.2 Allgemeine Bemerkungen zum Sperrfristenschutz

«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.»⁴ Nach Auffassung des Gesetzgebers ging es also bei Erlass von Art. 336c OR *nicht* darum, dass ein kranker oder verunfallter Arbeitnehmer nicht in der Lage wäre, eine Stelle zu suchen⁵. Vielmehr sollte verhindert werden, dass einem/einer arbeitsunfähigen oder aus einem anderen Grund nach Art. 336c OR verhinderten Arbeitnehmer(in) keine Stelle angeboten wird⁶.

Bezüglich Krankheit oder Unfall ist ergänzend zu erwähnen, dass der Sperrfristenschutz nicht greift, wenn sich die Gesundheitsbeeinträchtigung als so unbedeutend erweist, dass sie den Arbeitnehmer nicht daran hindern kann, gegebenenfalls einen neuen Arbeitsplatz anzutreten⁷. Diese Aussage steht an sich im Widerspruch zur aktuell gültigen Praxis, dass auch Kurzabsenzen von nur einzelnen wenigen Tagen einen Sperrfristenschutz auslösen, unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs⁸, was aber eine sehr hohe Hürde darstellt.

Art. 336c OR gilt nur für die arbeitgeberseitige Kündigung⁹ und grundsätzlich nur für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Die Gerichte bestätigten regelmässig, dass das öffentliche Personalrecht den zeitlichen Kündigungsschutz autonom regeln kann und sich nicht im

¹ [AS 1988 1472](#); [BBI 1984 II 551](#), vgl. Art. 336c OR, FN 196 der amtlichen Gesetzessammlung.

² [AS 1996 1445](#); [BBI 1994 III 1609](#), vgl. Art. 336c OR, FN 197 der amtlichen Gesetzessammlung.

³ [AS 2020 4525](#); [BBI 2019 4103](#), vgl. Art. 336c OR, FN 200 der amtlichen Gesetzessammlung, ursprünglich lit. c^{bis}.

⁴ BBI 1984 II 605.

⁵ Dies wäre an sich die meines Erachtens intuitive Begründung für die Existenz von Art. 336c OR und erstaunlich ist, dass auch das Bundesgericht oder Literatur zuweilen auf diese Argumentation zurückgreifen (Pra 88 1999 Nr. 72 = BGE 124 III 474E. 2 b aa: «(...) damit er in der Lage ist, eine neue Stelle zu suchen; ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 19 «... in den Genuss der Sperrfrist, auf die er in diesem Zeitpunkt für die Stellensuche besonders angewiesen ist.»).

⁶ BGer 4A_587/2020, E. 3.1.1; BGE 128 III 212 E. 3 a.

⁷ BGer 4A_587/2020, E. 3.1.1, mit Verweis auf BGE 128 III 212 E. 2 c und BGer 4A_227/2009, E. 3.2.

⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c N 7 und SHK-FACINCANI/BAZZELL, Art. 336c N 16, beide mit Verweis auf diverse Gerichtsentscheide; Ausführliche Darstellung in HUMBERT/LERCH, N 11.148 ff.; Kritisch: OFK-MILANI, Art. 336c N 6 und 14.

⁹ Vgl. den Wortlaut in Art. 336c Abs. 1 OR, sowie der Sperrfristenschutz des Arbeitgebers nach Art. 336d OR, welcher heute keine praktische Rolle spielt (HUMBERT/LERCH, N 11.128).

Sinne eines minimalen Schutzniveaus an Art. 336c OR zu halten hat¹⁰. Dies gilt allerdings nur, falls das betreffende öffentliche Personalrecht den zeitlichen Kündigungsschutz autonom regelt und nicht subsidiär auf die Bestimmungen zum Obligationenrecht verweist¹¹. Die in Art. 336c OR aufgezählten Tatbestände des zeitlichen Kündigungsschutzes sind abschliessend¹². So lösen bspw. verschuldete oder unverschuldete Untersuchungshaft¹³ oder unbezahlter Urlaub keine Sperrfristen aus, ebenso wenig die Pflicht bzw. Notwendigkeit der Betreuung eines kranken Kindes¹⁴.

3 Einzelfälle

3.1 Rund um die Probezeit

Wie dem Gesetzestext zu entnehmen ist, greift der zeitliche Kündigungsschutz erst nach Ablauf der Probezeit¹⁵. Wurde keine Probezeit vereinbart, bzw. diese wegbedungen, gelten die Sperrfristen ab Beginn des Arbeitsverhältnisses¹⁶. Umgekehrt aber verschiebt sich auch der Sperrfristenschutz, wenn sich die Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder aus anderen Gründen nach Art. 335b Abs. 3 OR verlängert¹⁷. Ist die Kündigung noch während der Probezeit beim Arbeitnehmer eingegangen, löst ein Sperrfristtatbestand auch dann keinen Kündigungsschutz aus, wenn die Kündigungsfrist über die Probezeit hinaus reicht¹⁸. Dies gilt nach Auffassung von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH selbst dann, wenn die durch eine Kündigung während der Probezeit ausgelöste Kündigungsfrist über die Probezeit hinaus reicht und der Sperrfristtatbestand erst nach Ablauf der Probezeit, aber noch während der Kündigungsfrist eintritt bzw. beginnt¹⁹. Entsprechend greift der Kündigungsschutz auch dann nicht, wenn der Sperrfristtatbestand bereits während der Probezeit eingetreten ist und, zusammen mit der laufenden Kündigungsfrist, über die Probezeit hinaus andauert.

3.2 Art. 336c Abs. 1 lit. b OR: Krankheit oder Unfall

3.2.1 Beginn der Sperrfristtatbestand noch vor Kündigungsentschluss?

Beispiel 1:

Ein Arbeitnehmer erkrankt im zehnten Dienstjahr an einem in der Regel unheilbaren Krebs. Ohne dies zu wissen, arbeitet er weiter. Der Krebs wird erst 7 Monate später entdeckt.

¹⁰ Vgl. dazu die diversen Entscheide in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, update zu Art. 336c OR zu N 2, S. 1070.

¹¹ BGer 8C_451/2013 = JAR 2014 S. 3.

¹² HUMBERT/LERCH, N 11.126; ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 15; OFK-MILANI, Art. 336c N 4.

¹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 5.

¹⁴ ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 15 für die Zeit vor Einführung von Art. 329h OR. Da diese Bestimmung, im Unterschied zu Art. 329f OR und Art. 329i OR nicht in den Katalog von Art. 336c OR aufgenommen wurde, darf meines Erachtens davon ausgegangen werden, dass sich die diesbezügliche Rechtslage nicht geändert hat.

¹⁵ Art. 336c Abs. 1 OR.

¹⁶ SHK-FACINCANI/BAZZELL, SHK Art. 336c OR, N 5, mit Verweis auf ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 4.

¹⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 2.

¹⁸ SHK-FACINCANI/BAZZELL, Art. 336c N 5, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 2, je mit Verweis auf diverse Gerichtsentscheide.

¹⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 2, mit Verweisen.

Daraufhin lässt sich der Arbeitnehmer vollumfänglich krankschreiben und beginnt mit verschiedenen Therapien. Die Arbeitgeberin kündigt 2 Monate nach Krankschreibung das Arbeitsverhältnis.

Beispiel 2:

Ein Chauffeur im fünften Dienstjahr erleidet einen epileptischen Anfall. Die medizinischen Abklärungen ergeben, dass weitere Anfälle jederzeit wieder auftreten können, weshalb er seinen Führerschein per sofort abgeben muss. Er arbeitet weiter bei der gleichen Arbeitgeberin, mit angepasster Tätigkeit, da er keine Fahrzeuge mehr führen darf. Nach 5 Monaten kündigt die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis.

Im Unterschied zu den übrigen Sperrfristtatbeständen dauert der Kündigungsschutz während Krankheit oder Unfall eine bestimmte Anzahl von Tagen und nicht bis zum Ende eines im Gesetz erwähnten Tatbestandes²⁰. Dies wirft die Frage auf, wann die Frist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR zu laufen beginnt, bzw. beginnen kann. Kann eine Sperrfrist beginnen, noch bevor die Arbeitgeberin kündigt oder nur schon eine Kündigungsabsicht hatte? Für STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH scheint die Antwort ziemlich klar: «Damit ist auch gesagt, dass der Schutz durch die Sperrfrist bereits vor der Kündigung konsumiert werden kann, (...).»²¹ Sie gehen also offenbar davon aus, dass eine Sperrfrist beginnen und auch ablaufen kann, noch bevor eine Kündigung ausgesprochen wurde oder eine Kündigungsabsicht bestand. Dieser Erkenntnis scheinen andere Autoren allerdings zu widersprechen²², und auch die Rechtsprechung dazu scheint nicht ganz einheitlich zu sein²³. Dazu folgende Überlegungen:

- a) Der Sperrfristenschutz gilt unabhängig davon, ob die Arbeitgeberin oder die/der Arbeitnehmende von der unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit weiss²⁴. Voraussetzung bleibt jedoch eine ganze oder teilweise Arbeitsunfähigkeit so «(...) dass bei objektiver Betrachtung tatsächlich ein Grund für eine Arbeitsverhinderung bestünde.»²⁵. Im Unterschied zu Art. 324a OR geht es beim Sperrfristenschutz also um eine Arbeitsverhinderung, die sich

²⁰ Bspw. lit. a: bis zum Ende des Militär- oder Schutzdienstes, bzw. 4 Wochen danach; lit. c: bis 16 Wochen nach Niederkunft, etc.

²¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 4, S. 1076, zu einem Beispiel, in welchem die Sperrfrist noch vor der Kündigung(sabsicht) zu laufen begann, die Arbeitnehmerin nach erfolgter Kündigung dann aber wegen des Rückfalls noch den nicht konsumierten Rest der Sperrfrist beziehen konnte. Gleicher Meinung: HUMBERT/LERCH, N 11.127; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c N 9, allerdings nur in Bezug auf Krankheitsfälle.

²² ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 24.

²³ Vgl. dazu die Ausführungen in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 8, mit Verweis auf den Leukämiefall in BGE 128 III 212 und einem späteren Urteil des Obergerichts ZH (NE100023-O/U): «Mithin kann man dem Arbeitnehmer, der bis zum Ausbruch seiner Krankheit nie an der Arbeitsleistung verhindert war, den Schutz der Sperrfrist nicht versagen, indem man ihm ... entgegenhält, die Sperrfrist sei längst - unbemerkt - verstrichen. Man kann aber auch nicht nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, in welchem der Arbeitnehmer nie an der Arbeitsleistung verhindert war, nachträglich den Beginn einer Sperrfrist hineininterpretieren.»

²⁴ Pra 9/2002 Nr. 153 = BGE 128 III 212 E. 2 c; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 8, S. 1081, mit diversen Gerichtsentscheiden, was selbstredend auch für die Schwangerschaft nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR gilt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 9, S. 1088).

²⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 8, S. 1081.

nach objektiven Massstäben bemisst, weil es darauf ankommt. Es geht darum, ob ein Arbeitgeber in Kenntnis der objektiv gegebenen Arbeitsverhinderung den Arbeitnehmer anstellen würde, nicht aber, ob der Arbeitnehmer tatsächlich der Arbeit auch fernbleibt²⁶.

- b) Da, wie soeben erwähnt²⁷, von einer Arbeitsverhinderung nach einem objektiven Massstab auszugehen ist, schützt die Sperrfrist den/die Arbeitnehmenden selbst dann vor einer Kündigung, wenn er trotz bescheinigter Arbeitsunfähigkeit arbeitet²⁸.
- c) Der Sperrfristenschutz greift auch, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit seiner Arbeitgeberin nicht mitteilt²⁹ und selbst dann, wenn ersterer (d.h. der Arbeitnehmer) selbst nichts von seiner (objektiv bestehenden) Arbeitsunfähigkeit weiss oder die Ursache für seine Arbeitsunfähigkeit nicht kennt³⁰.

Wenn der zeitliche Kündigungsschutz nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR zum Tragen kommt, unabhängig davon, ob die Vertragsparteien von der objektiv vorliegenden Arbeitsunfähigkeit wissen und unabhängig davon, ob die/der Arbeitnehmende seiner Arbeit nachgeht oder nicht, kann es meines Erachtens nicht sein, dass die Schutzfrist nicht zu laufen beginnt. Würde der Beginn oder Bestand einer Sperrfrist tatsächlich davon abhängig gemacht, ob eine Kündigung ausgesprochen wird oder eine Kündigungsabsicht besteht, führte dies zu unsinnigen Ergebnissen: Für eine Arbeitgeberin, welche eine längere Krankheit ihres Angestellten duldet, läuft die Sperrfrist nicht, während für die andere Arbeitgeberin, welche bereits zu Beginn der Krankheit die Kündigung ausspricht (welche dann nichtig ist), die 30, 90 oder 180 Tage zu laufen beginnen. Zu ebenso inkonsistenten Ergebnissen führte meines Erachtens der von REHBINDER/STÖCKLI verfolgte Ansatz³¹, dass für die Berechnung der Sperrfrist vergangene Ereignisse nicht von Bedeutung sind, wenn die/der Arbeitnehmende seine Tätigkeit wieder aufgenommen hat, selbst wenn die vergangene mit der später wieder eingetretenen Arbeitsunfähigkeit zusammenhängt. Zu Gunsten der Lösung von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH³² entschied das Bundesgericht im Ergebnis in BGer 4C.346/2004, E. 4.2: Die Kündigung vom 16. Januar 2002 wurde als nichtig qualifiziert, obwohl der Arbeitnehmer in jenem Zeitpunkt arbeitete. Dabei berief sich das Bundesgericht auf eine seit dem 7. Dezember 2001 medizinisch festgestellte Depression, welche sich im Anschluss an die Kündigung verschärfte und zur Arbeitsunfähigkeit führte³³. Das Bundesgericht bestätigte, dass die Sperrfrist bereits am 7. Dezember 2001 zu laufen begonnen hatte und bis zum 7. März 2002 dauerte³⁴. Die Sperrfrist begann zu laufen, obwohl der Arbeitnehmer arbeitete, die sich verschärfende Arbeitsunfähigkeit aber auf eine Ursache zurück ging, die bereits vor der Kündigung bestand.

²⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 8, S. 1081, in Übereinstimmung mit dem Gesetzeszweck, vgl. oben, FN 4.

²⁷ Vgl. vorangehend, lit. a).

²⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 8, S. 1081; SHK-FACINCANI/BAZZELL, Art. 336c N 17, mit Verweis auf BGer 4A_227/2009, E. 3.2.

²⁹ SHK-FACINCANI/BAZZELL, Art. 336c N 17, mit Verweis auf BGer 4C_346/2004, E. 5.4.

³⁰ SHK-FACINCANI/BAZZELL, Art. 336c N 17, mit Verweis auf BGE 128 III 217 und BGer 4C.413/2004, E. 2.2.

³¹ Vgl. oben, FN 22.

³² Vgl. oben, FN 21.

³³ BGer 4C.346/2004, E. 4.2.

³⁴ BGer 4C.346/2004, E. 4.2.

Sperrfristen beginnen also zu laufen, sobald aus objektiver Sicht eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt³⁵, unabhängig davon, ob Arbeitgeberin und/oder Arbeitnehmende davon wissen³⁶ und auch unabhängig davon ob die/der Arbeitnehmende arbeitet³⁷ und/oder die Arbeitgeberin die Kündigung ausgesprochen hat oder nur schon eine Kündigungsabsicht besitzt. Damit ist in Übereinstimmung mit der Meinung von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH³⁸ auch klar, dass eine Sperrfrist ablaufen kann, noch bevor die Vertragsparteien wissen, dass eine solche überhaupt läuft oder lief³⁹.

In Bezug auf Beispiel 1 ist daher festzustellen, dass im Zeitpunkt der arbeitgeberseitigen Kündigung die Sperrfrist von 180 Tagen abgelaufen ist⁴⁰. Es liegt eine unverschuldete Krankheit vor, die – aus objektiver Sicht – von Beginn weg zu einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit führte. Dass weder Arbeitgeberin noch Arbeitnehmer von der Krankheit wussten, ist sowohl für Beginn als auch das Andauern der Sperrfrist bekanntlich irrelevant. Bei der Arbeitsunfähigkeit wird von einem objektiven Massstab ausgegangen, unabhängig davon, ob die/der Arbeitnehmende arbeitet oder nicht oder nur schon davon wusste⁴¹.

Dieselbe Lösung resultiert in Beispiel 2: Mit dem erstmaligen Auftreten des epileptischen Anfalls begann eine Krankheit, mit welcher der Arbeitnehmer für die Dauer weiterer möglicher Anfälle teilweise arbeitsunfähig war: Er musste seinen Führerschein abgeben und konnte deshalb die vertraglich vereinbarte Tätigkeit nicht mehr in vollem Umfang weiterführen⁴². Somit begann die Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR, welche 90 Kalendertage nach dem ersten epileptischen Anfall ablief. Spannend wäre dabei die Frage, ob es sich bei der anderen, dem Chauffeur neu zugewiesenen Arbeit um eine konkludente Änderung des Arbeitsvertrages (in Bezug auf die Tätigkeit) handelt. Wäre dies der Fall, müsste man den Arbeitnehmer im Grundsatz als vollumfänglich arbeitsfähig qualifizieren, womit der Sperrfristen-schutz ab dem Zeitpunkt der Vertragsänderung entfallen würde.

3.2.2 Inkonsistenz als Folge der Rückwärtsrechnung bei Sperrfristen

Mit BGE 131 III 467 und dem darauffolgenden, widersprechenden BGer 4C.230/2005 wurde eine lebhafte Diskussion⁴³ losgetreten, wie die sperrfristengeschützte Kündigungsfrist zu berechnen sei⁴⁴. Das Bundesgericht stellte im später publizierten BGE 134 III 354 dann aber klar, dass diese rückwärts vom ursprünglichen Endtermin her zu rechnen sei⁴⁵. Das erste Urteil wird seither als «Ausreisser»⁴⁶ bzw. «Ausrutscher»⁴⁷ bezeichnet, auch wenn die rückwirkende Art der Fristenberechnung der allgemeinen, zivilrechtlichen Methodik der

³⁵ Vgl. oben, Ziff. 3.2.1 lit. a).

³⁶ Vgl. oben, Ziff. 3.2.1 lit. c).

³⁷ Vgl. oben, Ziff. 3.2.1 lit. b).

³⁸ vgl. oben, FN 21.

³⁹ Vgl. dazu kritisch differenzierend: HUMBERT/LERCH, N. 11.127.

⁴⁰ Die Kündigung erfolgt 9 Monate nach Krankheitsbeginn.

⁴¹ Vgl. oben, lit. b) und c).

⁴² Art. 336c Abs. 1 lit. b OR gilt bei voller oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit.

⁴³ Vgl. die diversen Literaturhinweise in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 2.

⁴⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 2, S. 1071; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c N7; ZK-STAEHELIN, Art. 336 N 19.

⁴⁵ BGE 134 III 359 ff; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 2, S. 1071; HUMBERT/LERCH, N 11.137.

⁴⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c N7.

⁴⁷ ZK-STAEHELIN, Art. 336 N 19.

Fristenberechnung zuwider läuft⁴⁸. Diese rückwirkende Art der Fristenberechnung führt aber leider auch zu Kuriositäten.

Beispiel 3:

Einer Mitarbeiterin im ersten Dienstjahr mit Kündigungsfrist von einem Monat wird am 28. November 2022

- a) die Kündigungsabsicht eröffnet, man könne aber auch über einen Aufhebungsvertrag verhandeln, sofern sie (die Arbeitnehmerin) damit einverstanden sei.
- b) die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf den 31. Januar 2023 überreicht. (freiwillig verlängerte Kündigungsfrist um einen Monat, um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Dezember 2022 zu vermeiden).

In beiden Fällen begibt sich die Arbeitnehmerin im Anschluss an die Besprechung umgehend in ärztliche Behandlung und reicht ein Arztzeugnis ein, welches sie vom 29. November 2022 bis 10. Januar 2023 für vollständig arbeitsunfähig erklärt.

Wie sind diese beiden Fälle zu beurteilen? In der Variante gemäss lit. b) wird der Arbeitnehmerin die ordentliche Kündigung überreicht und dabei eine freiwillige Kündigungsfrist von einem zusätzlichen Monat eingehalten. Die rückwirkende Berechnungsmethode führt allerdings dazu, dass der Sperrfristenschutz erst am 1. Januar 2023 zu laufen beginnt. Während der freiwillig eingehaltenen, verlängerten Kündigungsfrist⁴⁹ läuft die Sperrfrist nicht und ist auch nicht an die später beginnende 30-tägige Frist anzurechnen⁵⁰. Somit endet die 30-tägige Schutzfrist erst am 30. Januar 2023. Das Arbeitsverhältnis verlängert sich bis Ende Februar 2023.

Demgegenüber beginnt in der Variante gemäss lit. a) die – theoretische - Sperrfrist (mangels erfolgter Kündigung) bereits am 1. Tag⁵¹ zu laufen und endet nach 30 Kalendertagen, d.h. am 28. Dezember 2022⁵². Theoretisch stünde es der Arbeitgeberin in der Variante a) also offen, noch im Dezember 2022 auf 31. Januar 2023 zu kündigen, was der Arbeitgeberin gemäss Variante b) infolge bereits erfolgter Kündigung nicht möglich ist.

Bei der vorzeitigen Kündigung bleibt daher die freiwillig gewährte zusätzliche Kündigungsfrist, die der ordentlichen gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist zeitlich vorangeht, von der Sperrfrist nicht nur unberührt⁵³, sondern führt im Ergebnis sogar dazu, dass mit dieser Kündigung der Beginn der Sperrfrist quasi blockiert wird, welche bei einem Verzicht auf eine sofortige Kündigung zu laufen beginnen würde.

⁴⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 2, S. 1071, mit Verweis auf THUR/ESCHER, S. 49).

⁴⁹ 29. November bis 31. Dezember 2022.

⁵⁰ HUMBERT/LERCH, N 11.139; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 2, S. 1073 (Fall B); ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 19.

⁵¹ 29. November 2022.

⁵² Letzter Tag: 28. Dezember 2022.

⁵³ ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 19.

3.2.3 Teilweise Arbeitsunfähigkeit bei Teilzeitarbeit?

Beispiel 4:

Ein Arbeitnehmer leistet ein Pensum von 50% und ist zu 25% arbeitsunfähig. Kann er gekündigt werden?

Der Sperrfristenschutz greift nicht nur bei vollständiger, sondern auch bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit⁵⁴. Wie handhabt man den Kündigungsschutz bei Teilzeitmitarbeitenden, die teilweise krank sind?

Der Sperrfristenschutz greift nur, wenn die/der Arbeitnehmende ohne eigenes Verschulden durch Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert ist⁵⁵. Auch wenn sich diese Arbeitsunfähigkeit nach objektiven Kriterien bemisst und es im Prinzip daher keine Rolle spielt, ob die/der Arbeitnehmende tatsächlich arbeitet⁵⁶, muss eine Arbeitsunfähigkeit vorliegen. Dies ist dann der Fall, wenn die Arbeitsunfähigkeit die Arbeitsleistung tangiert.

Die Problematik der teilweisen Arbeitsunfähigkeit bei Teilzeitarbeitenden findet sich auch bei der Lohnfortzahlungspflicht infolge Krankheit⁵⁷. Zwar wird dort bei der Arbeitsfähigkeit von einem subjektiven Massstab ausgegangen, es bietet sich aber trotzdem an, jene Lösungsansätze und Anwendungsfälle näher zu beleuchten. Mit dem Beispiel einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit von 25% bei einem Teilzeitpensum von 50% vertritt GEISER die Auffassung, dass es dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten sei, die ganze Arbeitsfähigkeit in seine Freizeit zu legen, da ihm das Recht zustehe, während seiner Freizeit zu tun, was er will, insbesondere auch einer anderen Erwerbstätigkeit nachzugehen⁵⁸. Dies selbstverständlich unter dem Vorbehalt, dass immer die Eigenheiten des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen sind, insbesondere weil sich die Arbeits(un)fähigkeit nach der konkreten Tätigkeit am konkreten Arbeitsplatz richtet⁵⁹.

Übernimmt man diese Betrachtungsweise für den Sperrfristenschutz nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR, wäre damit festzustellen, dass dieser immer dann greift, wenn die teilweise Arbeitsunfähigkeit die Arbeitsfähigkeit im konkreten Fall tangiert und aus objektiver Sicht zu einem Recht auf Fernbleiben vom Arbeitsplatz führt. Da nur schon eine marginale Arbeitsunfähigkeit zur Anwendbarkeit des Sperrfristenschutzes führt, erübrigen sich die unter Art. 324a OR geführten Diskussionen, ob und wie die teilweise Arbeitsunfähigkeit eines Teilzeitarbeitnehmenden auf die Arbeitszeit einerseits und die Freizeit andererseits zu verteilen ist. Tangiert die Arbeitsunfähigkeit auch bei einer proportionalen Verteilung die Arbeitszeit, greift der Sperrfristenschutz. Zu erwähnen bleibt, dass, im Unterschied zur Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR, eine nur teilweise Arbeitsunfähigkeit die Sperrfristen von 30, 90 oder 180 Tagen nicht verlängert⁶⁰.

Differenzierende Urteile finden sich zur teilweisen Arbeitsunfähigkeit, wenn sich letztere nicht in Prozent bemisst, sondern aus gesundheitlichen Gründen gewisse Tätigkeiten nicht

⁵⁴ Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

⁵⁵ Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

⁵⁶ Vgl. oben, Ziff. 3.2.1, lit. b.

⁵⁷ Art. 324a OR.

⁵⁸ THOMAS GEISER, S. 324 f.; Zustimmend: BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a OR N. 12.

⁵⁹ GEISER, S. 325.

⁶⁰ BK-REHBINDER, Art. 336c N 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 8.

ausgeübt werden können. In einem Entscheid des Zürcher Arbeitsgerichts erklärte dieses den zeitlichen Kündigungsschutz als anwendbar, obwohl die Rezeptionistin im Anschluss an eine vollständige Arbeitsunfähigkeit nur noch für Einzeleinsätze am Wochenende eine ärztliche Dispens vorweisen konnte, ansonsten ihre Arbeit aber im Vollpensum verrichtete⁶¹. Demgegenüber schützte das Obergericht Luzern ein vorinstanzliches Urteil, in welchem sich der Arbeitnehmer erfolglos auf ein Arzteugnis berief, welches ihm eine vollumfängliche Unfähigkeit zur Leistung von Nacharbeit attestierte, er ansonsten aber vollumfänglich einsatzfähig war⁶². In beiden Urteilen stellten die Gerichte auf Sinn und Zweck der Sperrfrist ab, kamen aber im konkreten Einzelfall zu einem unterschiedlichen Urteil. Das Arbeitsgericht Zürich begründete die gültige Sperrfrist wie folgt: «Von Bedeutung ist vielmehr, ob die Klägerin das vorgesehene Pflichtenheft aufgrund ihrer gesundheitlichen Situation uneingeschränkt erfüllen konnte und ob es ihr deshalb zum fraglichen Zeitpunkt vernünftigerweise zugemutet werden konnte, sich auf Stellensuche zu begeben.» Da für die Rezeptionistin Einzeleinsätze vorgesehen waren, ging das Arbeitsgericht implizit davon aus, dass dies eine allgemeine Anforderung für ihre Tätigkeit war, womit die Arbeitsunfähigkeit einer Neueinstellung bei einem zukünftigen Arbeitgeber entgegen stand⁶³. Demgegenüber erklärte das Obergericht Luzern in seinem Urteil: «Inwiefern die Arbeitsunfähigkeit während der Nacht einer Neuanstellung im Weg gestanden sein soll, ist indes nicht ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als der Kläger an der Verhandlung vor Arbeitsgericht klar ausgeführt hatte, dass er bei der Beklagten nicht mehr arbeiten möchte.»⁶⁴ Entscheidend ist also nicht nur die Frage, ob eine teilweise Arbeitsunfähigkeit vorliegt, sondern ebenso, ob diese die/den Arbeitnehmenden bei der Stellensuche beeinträchtigt.

3.3 Zusammenspiel Art. 336c OR mit Art. 336 OR

Inwieweit gibt es eine Wechselwirkung zwischen dem Sperrfristenschutz und der missbräuchlichen Kündigung⁶⁵? Anerkannte Rechtsprechung ist, dass eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist selbst dann nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR ist, wenn die Arbeitgeberin wegen eben dieser Krankheit kündigt, sofern diese Kündigung in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht, bspw. weil diese zur Arbeitsunfähigkeit führt⁶⁶. Ebenso ist klar, dass eine während einer Sperrfrist ausgesprochene Kündigung nicht missbräuchlich sein kann, da diese eben nichtig⁶⁷ und damit rechtlich so zu behandeln ist, wie wenn sie nie erfolgt wäre⁶⁸. Nichtsdestotrotz finden sich diverse Fälle, in welchen die im Anschluss an eine Sperrfrist ausgesprochene Kündigung missbräuchlich sein kann:

- a) Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der 16 Wochen nach Niederkunft, *weil* die Arbeitnehmerin schwanger war und nun Mutter ist, ist die Kündigung

⁶¹ ArbGer ZH, AH10201, Entscheide 2012, Nr. 16.

⁶² OGer LU, 11 08 74, LGVE 2008 I Nr. 17, E. 3.2.

⁶³ ArbGer ZH, AH10201, Entscheide 2012, Nr. 16.

⁶⁴ OGer LU, 11 08 74, LGVE 2008 I Nr. 17, E. 3.2.

⁶⁵ Art. 336 ff. OR.

⁶⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 14, mit diversen Verweisen, insbes. auf BGE 123 III 246 E. 5; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c N 6.

⁶⁷ Art. 336c Abs. 2 OR.

⁶⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 14.

missbräuchlich⁶⁹.

- b) Die Kündigung wegen Krankheit nach Ablauf der Sperrfrist ist an sich nicht missbräuchlich⁷⁰, da die Krankheit im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht⁷¹. Aber auch hier gibt es diverse Ausnahmen:
- Mit Verweis auf BGE 107 II 169 verweisen REHBINDER/STÖCKLI und HENSCH auf die Missbräuchlichkeit einer Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend machte (Rachekündigung)⁷².
 - Ebenfalls als missbräuchlich qualifizierte das Tribunal des prud'hommes de Genève im Jahre 1991 eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist, welche in der Absicht erfolgte, der gesetzlich vorgeschriebenen oder vertraglich zugesicherten Lohnfortzahlungspflicht zu entgehen⁷³.
 - Führt eine bestehende Krankheit nicht zu einer Arbeitsunfähigkeit, ist eine Kündigung wegen dieser Krankheit missbräuchlich, weil sie das Arbeitsverhältnis nicht tangiert und damit kein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis besteht⁷⁴. Ebenso missbräuchlich dürfte meines Erachtens eine Kündigung sein, welche wegen einer vergangenen Krankheit ausgesprochen wurde, wenn diese frühere Krankheit vorbei ist und damit keinen Zusammenhang mehr mit dem Arbeitsverhältnis hat.
 - Weiter missbräuchlich ist die Kündigung der Arbeitgeberin wegen Krankheit dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit mindestens teilweise durch die Arbeitgeberin selbst zu verantworten ist⁷⁵, oder wenn die Arbeitgeberin im Rahmen eines Konfliktes, welcher zur Krankheit führte, ihrer Fürsorgepflicht nicht genügend nachgekommen ist, bspw. durch Unterlassen der erforderlichen, realisierbaren und zumutbaren Massnahmen zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers⁷⁶.
- c) Ein erwähnenswertes neueres Urteil des Bundesgerichts zur missbräuchlichen Kündigung findet sich in BGer 4A_117/2023 vom 15. Mai 2023: Einem Arbeitnehmer wurde nach 30-jähriger Tätigkeit im Alter von 64 Jahren, 11 Monate vor Erreichen des ordentlichen Pensionsalters gekündigt⁷⁷. Obwohl die Sperrfrist von 180 Tagen abgelaufen war und damit – im Prinzip – eine ordentliche Kündigung zulässig gewesen wäre, bestätigte das Bundesgericht das vorinstanzliche Urteil einer missbräuchlichen Alterskündigung⁷⁸. Als entscheidend betrachtete das Bundesgericht wohl die Tatsache, dass der Arbeitnehmer offenbar nicht vollumfänglich arbeitsunfähig war und die Arbeitgeberin über die Verhältnisse Bescheid wusste⁷⁹. Dies im Unterschied zu dem im Urteil erwähnten BGer

⁶⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 14.

⁷⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 14, mit diversen Verweisen, insbes. auf BGE 123 III 246 E. 5; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c N 6.

⁷¹ Vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR.

⁷² Art. 336 Abs. 1 lit. d OR; BK-REHBINDER, Art. 336c N 7; HENSCH, N 43 f. mit diversen Beispielen.

⁷³ JAR 1992, S. 166 und 171 f., Urteil vom 21.11.1991, E. 4.

⁷⁴ HENSCH, N 40, mit diversen Verweisen; Vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR.

⁷⁵ Bspw. als Folge von Bossing durch den Vorgesetzten.

⁷⁶ HENSCH, N 41 f.

⁷⁷ BGer 4A_117/2023, E. 3.4.4.

⁷⁸ BGer 4A_117/2023, E. 3.4.4.

⁷⁹ BGer 4A_117/2023, E. 3.4.4.

4A_390/2021, vom 1. Februar 2022, wo es um die Kündigung einer 63-jährigen kranken Arbeitnehmerin ging, welche nach Ablauf der Sperrfrist im 23. Dienstjahr und 10 Monate vor Erreichen des ordentlichen Rentenalters gekündigt wurde⁸⁰. In letzterem Fall erachtete das Bundesgericht die Kündigung als nicht missbräuchlich⁸¹.

Diese Beispiele zeigen auf, dass eine Kündigung nach Ablauf des Sperrfristenschutzes zwar möglich und zulässig ist, die Frage der Missbräuchlichkeit aber trotzdem immer im Auge behalten werden muss, insbesondere was den Kündigungsgrund betrifft.

3.4 Sperrfristenschutz und fristlose Kündigung

Die Kündigungsbeschränkungen gelten nicht bei fristloser Kündigung⁸². Eine fristlose Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis in jedem Fall, und zwar unabhängig davon, ob die fristlose Kündigung gerechtfertigt war oder nicht⁸³. Von Bedeutung ist die Arbeitsverhinderung nach Art. 336c OR einzig für die Berechnung des Schadenersatzanspruches nach Art. 337c OR, da sich dieser danach bemisst, was der Arbeitnehmer «(...) verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist (...) beendet worden wäre.»⁸⁴

3.5 Verzichtverbot

Beispiel 5:

Eine Arbeitnehmerin wird auf Ende Mai 2023 gekündigt und erkrankt während der dreimonatigen Kündigungsfrist. Das Arbeitsverhältnis verlängert sich um zwei Monate auf Ende Juli 2023. Sie hat jedoch bereits einen neuen Arbeitsvertrag unterzeichnet, in welchem als Datum für den Stellenantritt der 1. Juni 2023 vereinbart wurde. Sowohl der neue Arbeitgeber wie auch der bisherige Arbeitgeber beharren darauf, dass die Arbeitnehmerin in den Monaten Juni und Juli 2023 am Arbeitsplatz erscheint.

Variante: Die Arbeitnehmerin tritt die neue Stelle per 1. Juni 2023 an. Da ihr der Job aber überhaupt nicht gefällt, kündigt sie die neue Stelle noch während ihrer Probezeit auf Ende Juni 2023.

⁸⁰ BGer 4A_390/2021, A.a. und A.h., E. 3.4.2

⁸¹ BGer 4A_390/2021, E. 3.4.2: «Quand bien même la demanderesse n'était qu'à dix mois de l'âge légal de la retraite, il n'était pas abusif pour l'employeuse défenderesse de la licencier, faute notamment de savoir quand elle pourrait regagner son poste après plus de six mois d'arrêt maladie et en l'absence de toute information sur ce point de la part de la demanderesse. En effet, malgré la péjoration de la prévoyance professionnelle de la demanderesse en raison de son licenciement, on ne saurait ici retenir que ledit licenciement serait abusif au motif qu'il n'aurait pas de portée propre pour la défenderesse; celle-ci n'était pas tenue de maintenir l'emploi de la demanderesse pendant presque une année et sans indication que celle-ci serait en mesure de recommencer à travailler dans l'intervalle, et ce dans le seul but de lui éviter des conséquences fâcheuses en termes de prévoyance professionnelle.»

⁸² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 2; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c N 1; ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 3; SHK-FACINCANI/BAZZELL, Art. 336c N 6; OFK-MILANI, Art. 336c N 2; HUMBERT/LERCH, N 11.11.

⁸³ ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 3; SHK-FACINCANI/BAZZELL, Art. 336c N 6.

⁸⁴ Art. 337c Abs. 1 OR.

Art. 336c OR findet sich in der Liste der relativ zwingenden Gesetzesbestimmungen, womit nicht zuungunsten der/des Arbeitnehmenden davon abgewichen werden darf⁸⁵. Dies bedeutet, dass nicht nur vertragliche Vereinbarungen zu Lasten der/des Angestellten unzulässig und damit nichtig sind⁸⁶. Vielmehr können Arbeitnehmende auf diese Rechte während des laufenden Arbeitsverhältnisses und während eines Monats nach dessen Beendigung auch nicht auf solche Forderungen verzichten⁸⁷.

Beim Sperrfristenschutz kann daraus die – an sich etwas absurde – Situation entstehen, dass sich auch ein Arbeitgeber auf diese Schutzvorschrift berufen kann, selbst wenn die/der gekündigte Arbeitnehmende daran kein Interesse hat und die Schutzvorschrift ihren Zweck eigentlich nicht erfüllt: «Der Arbeitnehmer kann nicht einseitig auf die Sperrfristen verzichten und so früher die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bewirken»⁸⁸.

3.6 Überlagerung von Sperrfristen

3.6.1 Cumul interlittéral

Beispiel 6:

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

Erkrankt eine Mutter innert 16 Wochen nach ihrer Niederkunft an einer Grippe, gilt für sie sowohl ein Kündigungsschutz während ihrer Mutterschaft⁸⁹ als auch ein Kündigungsschutz wegen Krankheit⁹⁰. Verschiedene Sperrfristtatbestände nach verschiedenen Buchstaben des Art. 336c Abs. 1 OR greifen kumulativ⁹¹ und es gilt die jeweils längere Sperrfrist⁹². «Verwirklicht sich ein Tatbestand des Absatzes 1 während einer bereits laufenden Sperrfrist, so beginnt dessen eigene Sperrfrist bereits nach dessen Eintritt zu laufen und nicht etwa erst, wenn die erste Sperrfrist abläuft (...)»⁹³.

3.6.2 Cumul intralittéral

Beispiel 7:

Ein krankheitsbedingt an der Arbeitsleistung veränderter Arbeitnehmer erleidet einen Unfall.

Überlagern sich verschiedene Sperrfristen innerhalb eines Buchstabens, so gilt eine neue Sperrfrist, wenn die alte gestützt auf einen alten Tatbestand abgeschlossen ist⁹⁴. Dies gilt

⁸⁵ Art. 362 OR.

⁸⁶ Art. 20 OR.

⁸⁷ Art. 341 OR.

⁸⁸ ANGELA HENSCH, N 25, mit Verweis auf STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 10.

⁸⁹ Art. 336c Abs. 1 lit. c OR.

⁹⁰ Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

⁹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 4; ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 24; OFK-MILANI, Art. 336c N 4; SHK-FACINCANI/BAZZELL, Art. 336c N 8.

⁹² BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c N 8.

⁹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 4, mit Verweis auf BGE 120 II 124 E. 3 b und e.

⁹⁴ Bsp.: Zwei Militärdienste hintereinander nach Art. 336c Abs. 1 lit. a OR lösen zwei separate Sperrfristen aus (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c N 8).

auch bei der Sperrfrist infolge Krankheit oder Unfall nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR, sofern es sich um eine *neue* Krankheit oder einen *neuen* Unfall handelt, welcher mit dem früheren Vorfall nichts zu tun hatte («aucun lien»)⁹⁵. In diesem Fall gilt auch bei Art. 336c Abs. 1 lit. b OR, welcher die Sperrfrist auf eine bestimmte Anzahl Tage beschränkt, für jeden neuen Fall die volle Laufzeit von 30, 90 oder 180 Tagen. Ist die Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall auf einen Rückfall oder eine andere, gemeinsame Ursache zurückzuführen, sind die Absenzen zusammenzuzählen⁹⁶.

3.6.3 Andere Kumulationen?

Beispiel 8:

Ein Arbeitnehmer wird gekündigt. Aufgrund des noch nicht bezogenen Vaterschaftsurlaubes verlängert sich das Arbeitsverhältnis gestützt auf Art. 335c Abs. 3 OR. Während dieser Verlängerung und damit während des Bezugs seines Vaterschaftsurlaubes erkrankt der Arbeitnehmer. Verlängert sich das Arbeitsverhältnis?

Beispiel 9:

Die Firma Z kündigt sämtliche Arbeitsverhältnisse im Rahmen einer Massenentlassung. Die Meldung an die zuständige Behörde erfolgt zu spät, weshalb die Arbeitsverhältnisse als Folge von Art. 335g Abs. 4 OR über die Kündigungsfrist hinaus weiterlaufen. Während dieser Frist verunfallt ein Arbeitnehmer. Verlängert sich das Arbeitsverhältnis weiter?

3.6.3.1 Arbeitsverhinderung nach Art. 324a OR

Die in Art. 336c Abs. 1 OR genannten Sperrfristtatbestände sind abschliessend⁹⁷. Dies bedeutet, dass bspw. andere Verhinderungsgründe als Krankheit keine Sperrfrist auslösen, auch wenn jene durch die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR gedeckt sind⁹⁸. «Nicht ausgelöst wird die Sperrfrist durch Krankheit oder Unfall einer Drittperson, die der Arbeitnehmer pflegen muss»⁹⁹. In den letzten Jahren wurden zwei neue Sperrfristtatbestände eingeführt, welche bezüglich Kumulation oder Überschneidung meines Erachtens nach denselben, bisherigen Regeln anzuwenden sind¹⁰⁰.

⁹⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 4 mit Verweis auf BGE 120 II 124 E. 3 d; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c N 8; OFK-MILANI, Art. 336c N 4; SHK-FACINCANI/BAZZELL, Art. 336c N 8; Wohl a. A. ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 24 am Ende.

⁹⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 4 mit Verweis auf BGE 120 II 124 E. 3 d; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c N 8; OFK-MILANI, Art. 336c N 4; SHK-FACINCANI/BAZZELL, Art. 336c N 8.

⁹⁷ ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 15; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 5; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336c N 2; OFK-MILANI, Art. 336c N 4.

⁹⁸ ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 15; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 5.

⁹⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 8, mit Verweisen. Daran wird wohl auch die Inkraftsetzung des Betreuungsurlaubes nach Art. 329h OR nichts geändert haben.

¹⁰⁰ Art. 336c Abs. 1 lit. c^{bis} OR (Verlängerter Mutterschaftsschutz nach Art. 329f Abs. 2 OR); Art. 336c Abs. 1 lit. c^{ter} OR (Kündigungsschutz während Betreuungsurlaub nach Art. 329i OR).

3.6.3.2 Vaterschaftsurlaub nach Art. 335c OR

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang meines Erachtens aber auch die Verlängerung der Kündigungsfrist bei noch nicht bezogenem Vaterschaftsurlaub nach Art. 335c Abs. 3 OR: Kündigt der Arbeitgeber und hat der Arbeitnehmer noch vor Ende des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Bezug des Vaterschaftsurlaubes, verlängert sich die Kündigungsfrist um die noch nicht bezogenen Urlaubstage¹⁰¹. Im Unterschied zum zeitlichen Kündigungsschutz nach Art. 336c OR ist eine Kündigung aber in jedem Falle gültig und das Arbeitsverhältnis verlängert sich nur um die Anzahl der noch nicht bezogenen Tage des Vaterschaftsurlaubes. Im Gegensatz zu Art. 336c Abs. 3 OR verlängert sich das Arbeitsverhältnis jedoch nicht bis zum Ende des dann zum laufenden Monats¹⁰². Wie ist das Verhältnis zum Sperrfristen-schutz, bspw. wenn der Arbeitnehmer während der verlängerten Kündigungsfrist den restlichen Vaterschaftsurlaub bezieht und dann erkrankt? Folgt man dem Wortlaut des Gesetzes, ist das Ergebnis meines Erachtens klar: Art. 335c Abs. 3 OR sieht vor, dass sich die *Kündigungsfrist* verlängert und Art. 336c Abs. 2 OR erklärt den Stillstand der *Kündigungsfrist*. Insofern wäre davon auszugehen, dass der Sperrfristenschutz auch während der Verlängerung nach Art. 335c Abs. 3 OR gilt. Ob man gestützt auf eine historische, teleologische oder systematische Gesetzesauslegung zu demselben Schluss gelangt, wäre zu prüfen. Das Zusammenspiel dieser beiden Gesetzesbestimmungen wird sicherlich auch in anderen Fällen noch zu Diskussionen Anlass geben, bspw. ob sich das Arbeitsverhältnis auch dann nach Art. 335c Abs. 3 OR verlängert, wenn der Arbeitnehmer den Vaterschaftsurlaub infolge Krankheit oder Unfall nicht beziehen konnte, oder wenn die Verlängerung in die Aufrundungsfrist nach Art. 336c Abs. 3 OR fällt, während welcher kein Sperrfristenschutz mehr besteht¹⁰³.

3.6.3.3 Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bei nicht angezeigter Massenentlassung nach Art. 335g OR

Ebenfalls nicht als Sperrfrist qualifizieren STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH Art. 335g Abs. 4 OR, wonach das Arbeitsverhältnis bei Massenentlassungen frühestens 30 Tage nach deren Anzeige an das kantonale Arbeitsamt endet¹⁰⁴. Dies mit der Begründung, dass es sich hierbei, unabhängig vom Lauf der Kündigungsfrist, lediglich um einen Aufschub der Beendigung des Arbeitsverhältnisses handle¹⁰⁵. Wenn es sich hierbei lediglich um einen «Aufschub» der Beendigung des Arbeitsverhältnisses handelt, darf man meines Erachtens auch unterstellen, dass die gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist ablaufen kann und das Arbeitsverhältnis nur noch gestützt auf Art. 335g Abs. 4 OR besteht. In einem solchen Fall wäre dieser «Aufschub» eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses, wie sie in Art. 336c Abs. 3 OR vorgesehen ist, welche bei Eintritt eines Sperrfristentatbestandes ebenfalls keine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses mehr auslöst¹⁰⁶. Folgt man dieser Überlegung, löst also ein Sperrfristentatbestand keinen Kündigungsschutz mehr aus, wenn die Kündigungsfrist abgelaufen ist, das Arbeitsverhältnis aber nach Art. 335g Abs. 4 OR weiter andauert.

¹⁰¹ Vgl. dazu den genauen Wortlaut in Art. 335c Abs. 3 OR.

¹⁰² Vgl. zu den Details die Ausführungen in der Botschaft: BBI 2019 3417.

¹⁰³ ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 21; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 4.

¹⁰⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 13.

¹⁰⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 13.

¹⁰⁶ ZK-STAEHELIN, Art. 336c N 21; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 4.

3.6.4 Kündigungsschutz bei parallel laufender, nicht geschützter Arbeitsverhinderung?

«Bisher ungelöst ist die Frage, ob die Sperrfrist auch dann greift, wenn gleichzeitig ein anderer, von Art. 336c Abs. 1 OR nicht erfasster Grund für eine Arbeitsverhinderung vorliegt (beispielsweise die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit während der Untersuchungshaft).»¹⁰⁷ Meines Erachtens ist die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes auch in solchen Fällen zu bejahen. Dazu folgende beispielhafte Anwendungsfälle:

- a) Wie oben erwähnt¹⁰⁸, greift die Sperrfrist bspw. nicht, wenn die/der Arbeitnehmende deshalb an der Arbeitsleistung verhindert ist, weil sie/er sich um das kranke Kind kümmern muss¹⁰⁹. Erkrankt die/der Arbeitnehmende noch während dieser arbeitsfreien Zeit, bspw. weil sie/er durch das eigene Kind angesteckt wurde, dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass die Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR zu laufen beginnt.
- b) Im Urteil vom 27. August 2021 hatte das Arbeitsgerichts Zürich zu klären, ob die Sperrfrist nach Art. 336c OR greift, weil die Arbeitnehmerin als besonders gefährdete Person im Sinne von Art. 10c der Covid-19-Verordnung 2 gelte. Nach eingehender Auseinandersetzung mit diversen Lehrmeinungen¹¹⁰ verneinte dies das Arbeitsgericht im konkreten Fall: Art. 336c OR enthält eine abschliessende Aufzählung, weshalb ein zusätzlicher Sperrfristentatbestand für gefährdete Personen durch den Bundesrat im Rahmen des von ihm erlassenen arbeitsrechtlichen Notrechts hätte geregelt werden müssen¹¹¹. Die Autoren, auf welche sich das Arbeitsgericht in diesem Fall abstützte, führten aus, dass der Kündigungsschutz nach Art. 336c OR in jedem Fall dann greift, wenn die/der Arbeitnehmende infolge einer Corona-Infektion krankheitsbedingt nicht arbeiten kann¹¹². Liegt jedoch keine Arbeitsverhinderung (wegen Krankheit) vor, greift der Sperrfristenschutz nicht, und zwar selbst dann nicht, wenn die/der Arbeitnehmende zwar arbeitsfähig ist, als Folge seiner Gefährdung und gestützt auf die Covid-Verordnung der Arbeit fernbleiben darf¹¹³, also von einem «Urlaub sui generis» profitiert¹¹⁴.

Darf die/der Arbeitnehmende der Arbeit fernbleiben (Arbeitsverhinderung), greift also nach Auffassung von DUNAND/WYLER¹¹⁵ und wohl auch des Zürcher Arbeitsgerichts¹¹⁶ trotz Arbeitsverhinderung keine Sperrfrist. Unbestritten aber wird wohl sein, dass ein

¹⁰⁷ HUMBERT/LERCH, N 11.126.

¹⁰⁸ Vgl. Ziff. 3.6.3.1.

¹⁰⁹ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 8, mit Verweisen.

¹¹⁰ ArbGer ZH, Entscheide 2021 Nr. 13, AH210077, E. 3.4.2 f.

¹¹¹ ArbGer ZH, Entscheide 2021 Nr. 13, AH210077, E. 3.4.3, mit Verweis auf JEAN-PHILIPP DUNAND/RÉMY WYLER, Coronavirus et droit suisse du travail: quelques questions en période de déconfinement, in: Newsletter, DroitDuTravail.ch, vom 28. Mai 2020, S. 14 f.

¹¹² JEAN-PHILIPP DUNAND/RÉMY WYLER, Coronavirus et droit suisse du travail: quelques questions en période de déconfinement, in: Newsletter, DroitDuTravail.ch, vom 28. Mai 2020, S. 15.

¹¹³ Art. 10c Abs. 6 und 7 COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 (Stand 17. April 2020).

¹¹⁴ JEAN-PHILIPP DUNAND/RÉMY WYLER, Coronavirus et droit suisse du travail: quelques questions en période de déconfinement, in: Newsletter, DroitDuTravail.ch, vom 28. Mai 2020, S. 15.

¹¹⁵ Art. 10c Abs. 6 und 7 COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 (Stand 17. April 2020).

¹¹⁶ ArbGer ZH, Entscheide 2021 Nr. 13, AH210077, E. 3.4.3.

Kündigungsschutz nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR dennoch griff, falls die/der Arbeitnehmende während dieser Arbeitsverhinderung effektiv erkrankte oder schwanger wurde. Damit hatten wir folgende Situation: Arbeitnehmende, welche aufgrund ihres Status als gefährdete Person der Arbeit fernbleiben durften¹¹⁷, genossen keinen Kündigungsschutz. Kam während dieser Zeit jedoch ein Sperrfristtatbestand nach Art. 336c Abs. 1 OR hinzu, übersteuerte dieser quasi den nicht sperrfristgeschützten «Urlaub sui generis»¹¹⁸ und die/der Arbeitnehmende profitierte vom Kündigungsschutz im gesetzlichen Umfang.

- c) Nach Auffassung diverserer Autoren greift der Sperrfristenschutz wegen Krankheit nicht bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit¹¹⁹. Die diesbezügliche Rechtsprechung ist jedoch nicht einheitlich¹²⁰. Klar dürfte meines Erachtens aber sein, dass eine Sperrfrist zum Schutze der/des Arbeitnehmenden beginnt, wenn sie/er während einer arbeitsplatzbezogenen Krankheit einen Unfall erleidet und während der unfallbedingten Rekonvaleszenz arbeitsunfähig ist.
- d) Ebenfalls darf angenommen werden, dass ein Sperrfristtatbestand nach Art. 336c OR (bspw. Krankheit oder Unfall) auch dann greift, wenn eine stillende Arbeitnehmerin nach der 16. Woche ihrer Niederkunft¹²¹ eine Beschäftigung ablehnt oder bestimmte Arbeiten nicht ausführen darf¹²².

Meines Erachtens ist angesichts dieser Fälle davon auszugehen, dass der Sperrfristenschutz nach Art. 336c Abs. 1 OR auch dann greift, wenn die/der Arbeitnehmende aus einem anderen, nicht von Art. 336c Abs. 1 OR erfassten Grund, der Arbeit fern bleibt. Dies – selbstverständlich – aber nur, wenn während dieser quasi «nicht geschützten» Arbeitsverhinderung ein Sperrfristtatbestand, bspw. Krankheit oder Unfall¹²³, eintritt.

3.7 Art. 336c OR bei ordentlicher Pensionierung?

Beispiel 10:

Die Arbeitgeberin kündigt das Arbeitsverhältnis auf das Ende desjenigen Monats, in welchem der Arbeitnehmer das ordentliche Pensionsalter erreicht. Der Arbeitnehmer hat im Vorfeld bereits angekündigt, nach Erreichen des Pensionsalters keiner anderen Erwerbstätigkeit mehr nachgehen zu wollen.

¹¹⁷ Art. 10c Abs. 6 und 7 COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 (Stand 17. April 2020).

¹¹⁸ JEAN-PHILIPP DUNAND/RÉMY WYLER, Coronavirus et droit suisse du travail: quelques questions en période de déconfinement, in: Newsletter, DroitDuTravail.ch, vom 28. Mai 2020, S. 15.

¹¹⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 8; HUMBERT/LERCH, N 11.144 f.; SHK-FACINCANI/BAZZELL, Art. 336c N 14; OFK-MILANI, Art. 336c N 6.

¹²⁰ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 8; HUMBERT/LERCH, N 11.145.

¹²¹ Bis zur 16. Woche greift der Kündigungsschutz nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR.

¹²² Art. 35a Abs. 1, bzw. Abs. 2 ArG.

¹²³ Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

Der zeitliche Kündigungsschutz hat zum Zweck, der/dem Arbeitnehmenden mehr Zeit zu verschaffen, wenn ihre/seine Anstellung 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 erscheint¹²⁴. Der Wortlaut von Art. 336c OR differenziert nicht nach dem Kündigungsgrund, womit im Grundsatz davon auszugehen ist, dass der Sperrfristenschutz auch dann zur Anwendung gelangt, wenn die/der Arbeitnehmende im Anschluss an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus dem Erwerbsleben ausscheidet, mithin also gar keine neue Arbeitsstelle sucht.

Stellte man hingegen auf Sinn und Zweck von Art. 336c OR ab, müsste man die Anwendbarkeit von Art. 336c OR in diesem Fall hinterfragen, wie immer, wenn die/der Arbeitnehmende gar keine Stelle sucht¹²⁵.

4 Zusammenfassung

Der Sperrfristenschutz nach Art. 336c OR ist in seiner ursprünglichen Form seit dem 1. Januar 1989, also seit nun schon 34 Jahren in Kraft. Trotzdem sind nach wie vor viele Fragen offen und die seither zu beobachtenden Entwicklungen (neue Rechtsprechung, Krankentaggeldversicherung, Covid-Pandemie, psychische Erkrankungen etc.) werfen immer wieder neue Fragen und Abgrenzungsprobleme auf. Es bleibt also weiterhin spannend und komplex!

Altstätten/Gais, 28.08.2023

Dr. Christoph Senti

www.9450.ch

¹²⁴ BBI 1984 II 605.

¹²⁵ Vgl. MATTHIAS MEIER/SIMON HAMPL, Kurzabsenzen und Sperrfristenschutz; AJP 2019 S. 1249 ff., welche zwei Lösungsvorschläge für eine differenziertere Betrachtungsweise unterbreiten (S. 1255 ff.).

Literaturverzeichnis

DUNAND, JEAN-PHILIPP; WYLER, RÉMY:

Coronavirus et droit suisse du travail: quelques questions en période de déconfinement; Newsletter; DroitDuTravail.ch; vom 28. Mai 2020; (<https://droitdutravail.ch/campagne/1975> [abgerufen am 28. August 2023]).

FACINCANI, NICOLAS; BAZZELL, NENA (zit.: SHK-FACINCANI/BAZZELL):

BORIS ETTER, NICOLAS FACINCANI, RETO SUTTER (Hrsg.); SHK – Stämpfli Handkommentar, Arbeitsvertrag; Bern 2021.

MILANI, DOMINIK (zit.: OFK-MILANI):

JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, STEPHAN WOLF, MARC AMSTUTZ, ROLAND FANKHAUSER (Hrsg.); Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht; 4. Auflage; Zürich 2022.

GEISER, THOMAS:

Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003, S. 323 ff.

HENSCH, ANGELA:

Kündigung bei Krankheit, Vortrag vom 27. September 2017, Zentrum Paul Klee, Bern.

HUMBERT, DENIS; G.; LERCH, ANDRÉ:

WOLFGANG PORTMANN, ADRIAN VON KAENEL (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich, 2018, Kapitel 11: Kündigungsschutz.

MEIER, MATTHIAS; HAMPL, SIMON:

Kurzabsenzen und Sperrfristenschutz; AJP 2019 S. 1249 ff.

REHBINDER, MANFRED; STÖCKLI, JEAN-FRITZ (zit.: BK-REHBINDER/STÖCKLI):

Heinz Hausheer, Hans Peter Walter (Hrsg.); Berner Kommentar; Schweizerisches Zivilgesetzbuch; Das Obligationenrecht; 2. Auflage, Bern 2014.

STAEHELIN, ADRIAN (zit.: ZK-STAEHELIN):

JÖRG SCHMID (Hrsg.); Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht; Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1 – 529 OR); Band Nr. V/2c; Zürich 2014.

STREIFF, ULLIN; VON KAENEL, ADRIAN; RUDOLPH, ROGER:

Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR; 7. Auflage; Zürich 2012.