

MEDIZIN & ^{MÖ} NR. 1/22 ÖKONOMIE

DAS PRAXIS-BULLETTIN

Schwerpunkt

Personalsoptimierung

Seiten 7–29

Recht

**Kündigung und
Arbeitsunfähigkeit
des Arbeitnehmers**

lic. iur. Patrick Bühlmann

Seite 57

Medizin

**HPV-assoziierte Tumoren
im ORL-Bereich**

Prof. Dr. med. Stephan Haerle

Seite 67



KÜNDIGUNG UND ARBEITSUNFÄHIGKEIT DES ARBEITNEHMERS: WAS ARBEITGEBERINNEN WISSEN MÜSSEN

lic. iur. Patrick Bühlmann (Voser Rechtsanwälte)

Krankheits- oder unfallbedingte Arbeitsunfähigkeiten des Arbeitnehmers können für eine Arbeitgeberin, die das Arbeitsverhältnis durch Kündigung auflösen will, gleich in mehrfacher Hinsicht zum Problem werden. Zum einen verbieten die Kündigungsschutzbestimmungen des Obligationenrechts (OR) während solcher Arbeitsunfähigkeiten für eine bestimmte Zeit eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin. Zum anderen wirken sich Arbeitsunfähigkeiten des Arbeitnehmers, die nach erfolgter Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin auftreten, auf den Ablauf der Kündigungsfrist und damit auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus.

Zeitlicher Kündigungsschutz des Arbeitnehmers

Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht schützt den Arbeitnehmer in Art. 336c OR unter dem Randtitel «Kündigung zur Unzeit» vor einer Kündigung, welche die Arbeitgeberin zu einem Zeitpunkt ausspricht, in dem eine Kündigung für den Arbeitnehmer ausserordentlich unangelegen käme und ihn besonders hart treffen würde. Die betreffenden Zeiträume, während denen der Arbeitnehmer vor einer Kündigung bzw. vor deren Folgen geschützt werden soll, werden als Sperrfristen bezeichnet. Von grosser Bedeutung erscheint dabei die Sperrfrist, die von einer krankheits- oder unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ausgelöst wird.

Die für solche Fälle im OR enthaltene Gesetzesbestimmung lautet wie folgt:

Art. 336c

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

[...]

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;

[...]

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.

Eine erste Analyse dieser Gesetzesbestimmung führt zu folgenden Erkenntnissen:

1. Den durch die Sperrfristen gewährten zeitlichen Kündigungsschutz genießt der Arbeitnehmer erst, wenn die Probezeit seines Arbeitsverhältnisses bereits verstrichen ist. Gemäss Art. 335b OR gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses als Probezeit, sofern die Vertragsparteien nicht schriftlich eine davon abweichende Vereinbarung getroffen haben. Die Dauer der Probezeit dürfte durch eine solche schriftliche Vereinbarung jedoch maximal auf drei Monate verlängert werden.
2. Die Sperrfristen des Art. 336c OR schränken lediglich das Kündigungsrecht der Arbeitgeberin ein. Der Arbeitnehmer darf das Arbeitsverhältnis ungeachtet dieser Sperrfristen kündigen.
3. Nur eine Arbeitsunfähigkeit, die ohne eigenes Verschulden des Arbeitnehmers eingetreten ist, vermag eine Sperrfrist auszulösen. Erscheint die Arbeitsunfähigkeit als vom Arbeitnehmer selbst verschuldet, tritt die Sperrfristwirkung nicht ein.
4. Die Sperrfrist vermag sich in zweierlei Hinsicht auf eine von der Arbeitgeberin ausgesprochene Kündigung auszuwirken. Eine während der Dauer der Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig. Fängt hingegen erst nach gültig erfolgter Kündigung eine Sperrfrist an zu laufen, unterbricht diese lediglich den Ablauf der Kündigungsfrist.
5. Die Wirkung der Sperrfrist ist zeitlich beschränkt. Die maximale Dauer hängt von der Anzahl Dienstjahre des Arbeitnehmers ab, also davon, wie lange er schon in einem Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin steht.

Welche Zeitspanne gilt als Kündigungsfrist?

Entgegen der weitverbreiteten Meinung gilt im juristischen Sinne nicht einfach die gesamte Dauer zwischen dem Aussprechen der Kündigung und dem Kündigungstermin, auf den das Arbeitsverhältnis beendet werden soll, als Kündigungsfrist. Vielmehr entspricht es dem Wil-



len des Gesetzgebers, dass nur diejenige Frist, welche die Parteien gemäss Gesetz oder Vereinbarung einzuhalten haben, um das Arbeitsverhältnis einseitig auf einen bestimmten Termin aufzulösen, als Kündigungsfrist gelten soll, üblicherweise also jeweils ganze Monate. So betragen zum Beispiel die in Art. 335c Abs. 1 OR definierten gesetzlichen Kündigungsfristen ein, zwei oder drei Monate, je nachdem, wie viele Dienstjahre der Arbeitnehmer im Betrieb der Arbeitgeberin bereits geleistet hat. Die Vertragsparteien können jedoch durch schriftliche Vereinbarung Kündigungsfristen vereinbaren, die von den gesetzlichen Kündigungsfristen abweichen (Art. 335c Abs. 2 OR).

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Kündigungsfrist zudem nach der sogenannten Rückrechnungsmethode zu bestimmen, das heisst durch Rückrechnung der Kündigungsfrist ab dem Kündigungstermin, auf den das Arbeitsverhältnis aufgelöst werden soll. Kündigt also eine Arbeitgeberin ein Arbeitsverhältnis beispielsweise am 14. Januar 2022 unter Einhaltung der Kündigungsfrist von zwei Monaten per 31. März 2022, so gelten die beiden Monate Februar und März 2022 als Kündigungsfrist, die Zeit vom 14. Januar 2022 bis zum 31. Januar 2022 hingegen noch nicht.

Während Sperrfristen ausgesprochene Kündigungen sind nichtig

Spricht die Arbeitgeberin eine Kündigung aus, während für den Arbeitnehmer eine Sperrfrist läuft, ist diese Kündigung nichtig. Eine nichtige Kündigung ist wirkungslos und vermag deshalb das Arbeitsverhältnis nicht aufzulösen. Die Arbeitgeberin muss nach Ablauf der Sperrfrist erneut eine Kündigung aussprechen, wenn sie das Arbeitsverhältnis immer noch auflösen will.

Eine Kündigung gilt dabei dann als ausgesprochen, wenn sie vom Arbeitnehmer in

Empfang genommen wird. Wird die Kündigung per Post zugestellt, ist deshalb nicht das Datum des Poststempels massgebend, sondern der Zeitpunkt, in dem die Kündigung in den Herrschaftsbereich des Arbeitnehmers gelangt ist. Bei Verwendung eines Einschreibebriefes ist dies regelmässig noch nicht der Fall, wenn der Postbote den Empfänger beim Zustellversuch nicht antrifft und ihm deswegen eine Abholungseinladung in den Briefkasten legt. Mit der Abholungseinladung wird dem Empfänger jeweils mitgeteilt, dass er die Sendung ab dem Folgetag während maximal sieben Tagen bei der Post abholen kann. Der Einschreibebrief gilt dann in der Regel als am ersten Tag der sieben-tägigen Abholfrist in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt.

Während der Kündigungsfrist auftretende Sperrfristen verzögern das Ende des Arbeitsverhältnisses

Auch auf eine gültig, ausserhalb irgendwelcher Sperrfristen ausgesprochene Kündigung können sich nachträglich auftretende Sperrfristen noch auswirken. Tritt nach bereits erfolgter Kündigung während der Kündigungsfrist ein Sachverhalt auf, der eine Sperrfrist auslöst, so wird die Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt.

Dabei gilt es zu beachten, dass sich die verschiedenen in Art. 336c Abs. 1 OR definierten Sperrfristen kumulieren können. Mehrere Arbeitsunfähigkeiten wegen Unfall oder Erkrankung während der Kündigungsfrist – auch während einer bereits verlängerten Kündigungsfrist – unterbrechen und verlängern diese jeweils erneut. Sofern der Arbeitsunfähigkeit die gleiche Krankheit oder die Folgen des gleichen Unfalles zugrunde liegen, darf die maximale Sperrfrist von 30, 90 oder 180 Tagen durch die einzelnen Fälle

gesamthaft nicht überschritten werden. Die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit werden in solchen Fällen zusammengezählt. Eine andere Krankheit oder ein neuer Unfall löst hingegen erneut eine neue Sperrfrist aus, die ihrerseits wieder bis zu maximal 30, 90 oder 180 Tage dauern kann.

Erstreckt sich eine krankheits- oder unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit während der Kündigungsfrist in ein nächstes Dienstjahr des Arbeitnehmers, für das eine längere Sperrfrist gilt, so ist für diese Arbeitsunfähigkeit die längere Sperrfrist massgebend.

Wenn für das Arbeitsverhältnis ein Endtermin gilt, zum Beispiel üblicherweise das Ende eines Monats, und das Ende der wegen einer Sperrfrist verlängerten Kündigungsfrist nicht mit diesem Endtermin zusammenfällt, so verlängert sich die Kündigungsfrist von Gesetzes wegen noch bis zum nächsten Endtermin. Tritt während einer solchen Verlängerung erneut ein Ereignis auf, das an sich eine Sperrfrist auslösen würde, unterbricht und verlängert dies die Kündigungsfrist allerdings nicht mehr.

**lic. iur. Patrick Bühlmann**

Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Rechtsanwalt Patrick Bühlmann hat sich auf Arbeitsrecht spezialisiert und ist hauptsächlich in diesem Bereich tätig, sowohl beratend als auch prozessierend.

Voser Rechtsanwälte
Stadtturmstrasse 19
5400 Baden
056 203 14 84
p.buehlmann@voser.ch
www.voser.ch