

Stellenkündigung: Spezialfälle bei

Christoph Senti

Fachanwalt SAV Arbeitsrecht,
Altstätten

Ein Überblick über verschiedene Fallkonstellationen, in denen Arbeitgebern die Entlassung von Angestellten während einer bestimmten Sperrfrist gesetzlich untersagt ist.¹

Der Sperrfristenschutz nach Artikel 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 ungeklärte Fragen. Das Folgende soll ein Einblick in verschiedene, in der Anwendungspraxis anzutreffende Spezialfälle bieten. Dies weder mit dem Anspruch einer abschliessenden Darstellung noch einer ultimativen Meinung zu gewissen Rechtsfragen.

1. Grundlagen

1.1 Gesetzliche Anspruchsgrundlage

Ausgangspunkt ist Artikel 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 Ta-

gen, 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 festgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin.

Während Artikel 336c OR als solcher bereits seit Januar 1989 in Kraft ist,² kamen per 1. Januar 2021 weitere Ergänzungen hinzu. Eingeführt wurden neu eine Sperrfrist für die Zeit vor der Ver-

längerung des Mutterschaftsurlaubes nach Artikel 329f Absatz 2 OR,³ sowie für die Dauer eines Anspruches auf Betreuungsurlaub nach Artikel 329i OR.⁴

1.2 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.»⁵ Nach Auffassung des Gesetzgebers ging es also bei Erlass von Artikel 336c OR nicht darum, dass ein kranker oder verunfallter Arbeitnehmer nicht in der Lage wäre, eine Stelle zu suchen.⁶ Vielmehr sollte verhindert werden, dass arbeitsunfähigen oder aus einem anderen Grund nach Artikel 336c OR verhinderten Angestellten keine Stelle angeboten wird.⁷

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 anzutreten.⁸ 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 Rechtsmissbrauchs,⁹ was aber eine hohe Hürde darstellt.

Sperrfristen

Artikel 336c OR gilt nur für die arbeitgeberseitige Kündigung und grundsätzlich nur für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.¹⁰ Die Gerichte bestätigten regelmässig, dass das öffentliche Personalrecht den zeitlichen Kündigungsschutz autonom regeln kann und sich nicht im Sinne eines minimalen Schutzniveaus an Artikel 336c OR zu halten hat.¹¹ Dies gilt allerdings nur, falls das betreffende öffentliche Personalrecht den zeitlichen Kündigungsschutz autonom regelt und nicht subsidiär auf die Bestimmungen zum Obligationenrecht verweist.¹²

Die in Artikel 336c OR aufgezählten Tatbestände des zeitlichen Kündigungsschutzes sind abschliessend.¹³ So lösen beispielsweise verschuldete oder unverschuldete Untersuchungshaft¹⁴ oder unbezahlter Urlaub keine Sperrfristen aus, ebenso wenig die Notwendigkeit der Betreuung eines kranken Kindes.¹⁵

2. Einzelfälle

2.1 Rund um die Probezeit

Wie dem Gesetzestext zu entnehmen ist, greift der zeitliche Kündigungsschutz erst nach Ablauf der Probezeit.¹⁶ Wurde keine Probezeit vereinbart, oder wurde sie wegbedungen, gelten die Sperrfristen ab Beginn des Arbeitsverhältnisses.¹⁷ Umgekehrt aber verschiebt sich auch der Sperrfristenschutz, wenn sich die Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder aus anderen Gründen nach Artikel 335b Absatz 3 OR verlängert.¹⁸ Ist die Kündigung noch während der Probezeit beim Arbeitnehmer eingegangen, löst ein

Sperrfristtatbestand auch dann keinen Kündigungsschutz aus, wenn die Kündigungsfrist über die Probezeit hinausreicht.¹⁹ Dies gilt nach Auffassung von Streiff, von Kaenel und Rudolph selbst dann, wenn die durch eine Kündigung während der Probezeit ausgelöste Kündigungsfrist über die Probezeit hinausreicht und der Sperrfristtatbestand erst nach Ablauf der Probezeit, aber noch während der Kündigungsfrist eintritt oder beginnt.²⁰ 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.

2.2 Artikel 336c Absatz 1

litera b: Krankheit, Unfall

2.2.1 Beginn der Sperrfrist 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 sieben Monate später entdeckt. Daraufhin lässt sich der Arbeitnehmer vollumfänglich krankschreiben und beginnt mit verschiedenen Therapien. Die Arbeitgeberin kündigt zwei 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

¹ Ergänztes und bereinigtes Fassung des Referates der Arbeitsrechtstagung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen vom 5.9.2023.

² AS 1988 1472; BBl 1984 II 551; vgl. Art. 336c OR, Fussnote 196 der amtlichen Gesetzessammlung.

³ AS 1996 1445; BBl 1994 III 1609; vgl. Art. 336c OR, Fussnote 197 der amtlichen Gesetzessammlung.

⁴ AS 2020 4525; BBl 2019 4103; vgl. Art. 336c OR, Fussnote 200 der amtlichen Gesetzessammlung, ursprünglich lit. cbis.

⁵ BBl 1984 II 605.

⁶ 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 474, E. 2.b)aa): «(...) damit er in der Lage ist, eine neue Stelle zu suchen; Adrian Staehelin, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Zürich 2014, Art. 336c, N 19: «(...) in den Genuss der Sperrfrist, auf die er in diesem Zeitpunkt für die Stellensuche besonders angewiesen ist».

⁷ BGE 4A_587/2020 vom 28.5.2021, E. 3.1.1.; BGE 128 III 212, E. 3 a).

⁸ BGE 4A_587/2020 vom 28.5.2021, E. 3.1.1., mit Verweis auf BGE 128 III 212, E. 2 c) und BGE 4A_227/2009 vom 28.7.2009, E. 3.2.

⁹ Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Artikel 319–362 OR, Zürich 2012, Art. 336c, N 3; Manfred Rehbindler/Jean-Fritz Stöckli, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bern 2014, Art. 336c, N 7; Nicolas Facinani/Nena Bazzell, in: Boris Etter/Nicolas Facinani/Reto Sutter (Hrsg.); Stämpfli Handkommentar, Arbeitsvertrag,

Bern 2021, Art. 336c, N 16, alle mit Verweis auf diverse Bundesgerichtsentscheide; ausführliche Darstellung in: Denis G. Humbert/André Lerch, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, N 11.148 ff.; kritisch: Dominik Milani, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2022, Art. 336c, N 6 und 14.

¹⁰ Vgl. den Wortlaut in Art. 336c Abs. 1 OR, sowie den Sperrfristenschutz des Arbeitgebers nach Art. 336d OR, welcher heute keine praktische Rolle spielt (Humbert/Lerch, a.a.O., N 11.128).

¹¹ Vgl. dazu die diversen Entscheide in Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Update zu Art. 336c OR, N 2, S. 1070.

¹² BGE 8C_451/2013 vom 20.11.2013 = JAR 2014, S. 3.

¹³ Humbert/Lerch, a.a.O., N 11.126; Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 15; Milani, a.a.O., Art. 336c, N 4.

¹⁴ Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 5.

¹⁵ Staehelin, a.a.O., 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.

¹⁶ Art. 336c Abs. 1 OR.

¹⁷ Facinani/Bazzell, a.a.O., Art. 336c OR, N 5, mit Verweis auf Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 4.

¹⁸ Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 2.

¹⁹ Facinani/Bazzell, a.a.O., Art. 336c, N 5; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 2, je mit Verweis auf diverse Gerichtsentscheide.

²⁰ Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 2 mit Verweisen.

Fahrzeuge mehr führen darf. Nach fünf 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 Tatbestandes.²¹ Dies wirft die Frage auf, wann die Frist nach Artikel 336c Absatz 1 litera b OR zu laufen beginnt oder beginnen kann.

Kann eine Sperrfrist beginnen, noch bevor die Arbeitgeberin kündigt oder nur schon eine Kündigungsabsicht hatte? Für Streiff, von Kaenel und Rudolph scheint die Antwort ziemlich klar: «Damit ist auch gesagt, dass der Schutz durch die Sperrfrist bereits vor der Kündigung konsumiert werden kann (...).»²² 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 widersprechen,²³ und auch die Rechtsprechung dazu scheint nicht ganz einheitlich zu sein.²⁴ Dazu folgende Überlegungen:

a) Der Sperrfristenschutz gilt unabhängig davon, ob Arbeitgeber oder Angestellte von der unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit wissen.²⁵ Voraussetzung bleibt jedoch eine ganze oder teilweise Arbeitsunfähigkeit so, «dass bei objektiver Betrachtung tatsächlich ein Grund für eine Arbeitsverhinderung bestünde».²⁶ Im Unterschied zu Artikel 324a OR geht es beim Sperrfristenschutz also um eine Arbeitsverhinderung, die sich 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 fernbleibt.²⁷

b) Da, wie soeben erwähnt, von einer Arbeitsverhinderung nach einem objektiven Massstab auszugehen ist, schützt die Sperrfrist den Angestellten selbst dann vor einer Kündigung, wenn er trotz bescheinigter Arbeitsunfähigkeit arbeitet.²⁸

c) Der Sperrfristenschutz greift auch, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit seinem Arbeitgeber nicht mitteilt,²⁹ und selbst dann, wenn Ersterer selbst nichts von seiner (objektiv bestehenden) Arbeitsunfähigkeit weiss oder die Ursache für seine Arbeitsunfähigkeit nicht kennt.³⁰

Wenn der zeitliche Kündigungsschutz nach Artikel 336c Absatz 1 litera b OR zum Tragen kommt, unabhängig davon, ob die Vertragsparteien von der objektiv vorliegenden Arbeitsunfähigkeit wissen und unabhängig davon, ob der Angestellte 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 einen Arbeitgeber, welcher eine längere Krankheit eines Angestellten duldet, läuft die Sperrfrist nicht, während für den anderen Betrieb, welcher 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 und Stöckli verfolgte Ansatz, dass für die Berechnung der Sperrfrist vergangene Ereignisse nicht von Bedeutung sind, wenn der Angestellte seine Tätigkeit wieder aufgenommen

hat, selbst wenn die vergangene mit der später wieder eingetretenen Arbeitsunfähigkeit zusammenhängt.³¹ Zugunsten der Lösung von Streiff, von Kaenel und Rudolph entschied das Bundesgericht im Ergebnis in BGr 4C.346/2004, E. 4.2: Die Kündigung vom 16. Januar 2002 wurde als nichtig qualifiziert, obwohl der Arbeitnehmer in jenem Zeitpunkt arbeitete.³²

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 führte.³³ Das Bundesgericht bestätigte, dass die Sperrfrist bereits am 7. Dezember 2001 zu laufen begonnen hatte und bis zum 7. März 2002 dauerte.³⁴ Die Sperrfrist begann zu laufen, obwohl der Arbeitnehmer arbeitete, die sich verschärfende Arbeitsunfähigkeit aber auf eine Ursache zurückging, die bereits vor der Kündigung bestand.

Sperrfristen beginnen also zu laufen, sobald aus objektiver Sicht eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt,³⁵ unabhängig davon, ob der Arbeitgeber oder der Angestellte davon wissen³⁶ und auch unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer arbeitet³⁷ und der Arbeitgeber die Kündigung ausgesprochen hat oder nur schon eine Kündigungsabsicht besitzt. Damit ist in Übereinstimmung mit der Meinung von Streiff, von Kaenel und Rudolph³⁸ auch klar, dass eine Sperrfrist ablaufen kann, noch bevor die Vertragsparteien wissen, dass eine solche überhaupt läuft oder lief.³⁹

In Bezug auf Beispiel 1 ist daher festzustellen, dass im Zeitpunkt der arbeitgeberseitigen Kündigung die Sperrfrist von 180 Tagen abgelaufen ist, denn sie erfolgte neun Monate nach Krankheitsbeginn. Es liegt eine unverschuldete Krankheit vor, die

– aus objektiver Sicht – von Beginn weg zu einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit führte. Dass weder Arbeitgeber 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 der Angestellte arbeitet oder nicht oder nur schon davon wusste.⁴⁰

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 weiterführen.⁴¹ Somit begann die Sperrfrist nach Artikel 336c Absatz 1 litera b OR, welche 90 Kalendertage nach dem ersten epileptischen Anfall abließ.

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 Sperrfristenschutz ab dem Zeitpunkt der Vertragsänderung entfallen würde.

2.2.2 Inkonsistenz als Folge der Rückwärtsrechnung

Mit BGE 131 III 467 und dem darauffolgenden, widersprechenden BGer 4C.230/2005 wurde eine lebhaftige Diskussion⁴² losgetreten, wie die sperrfristengeschützte Kündigungsfrist zu berechnen sei.⁴³ Das Bundesgericht stellte im später publizierten BGE 134 III 354 dann aber klar, dass diese rückwärts vom ur-

sprünglichen Endtermin her zu rechnen sei.⁴⁴ Das erste Urteil wird seither als «Ausreisser»⁴⁵ oder «Ausrutscher»⁴⁶ bezeichnet, auch wenn die rückwirkende Art der Fristenberechnung der allgemeinen, zivilrechtlichen Methodik der Fristenberechnung zuwiderläuft.⁴⁷ Diese rückwirkende Art der Fristenberechnung führt aber 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 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 litera 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 Kündigungsfrist⁴⁸ läuft die Sperrfrist nicht und ist auch nicht an die später beginnende 30-tägige Frist anzurechnen.⁴⁹ Somit endet

21 Z.B. lit. a: bis zum Ende des Militär- oder Schutzdienstes bzw. 4 Wochen danach; lit. c: bis 16 Wochen nach Niederkunft.

22 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., 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, a.a.O., N 11.127; Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 9, allerdings nur in Bezug auf Krankheitsfälle.

23 Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 24.

24 Vgl. dazu die Ausführungen in: Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 8, mit Verweis auf den Leukämiefall in BGE 128 III 212 und einem späteren Urteil des Obergerichts Zürich (Entscheid NE100023-O/U vom 2.8.2011): «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.»

25 Pra 9/2002 Nr. 153 = BGE 128 III 212, E. 2 c; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., 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, a.a.O., Art. 336c, N 9, S. 1088).

26 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 8, S. 1081.

27 Ebd., in Übereinstimmung mit dem Gesetzeszweck.

28 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 8, S. 1081; Facincani/Bazzell, a.a.O., Art. 336c, N 17, mit Verweis auf BGer 4A_227/2009 vom 28.7.2009, E. 3.2.

29 Facincani/Bazzell, a.a.O., Art. 336c, N 17, mit Verweis auf BGer 4C.346/2004 vom 15.2.2005, E. 5.4.

30 Facincani/Bazzell, a.a.O., Art. 336c, N 17, mit Verweis auf BGE 128 III 217 und BGer

4C.413/2004 vom 10.3.2005, E. 2.2.

31 Vgl. Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 9.

32 Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 4, S. 1076.

33 BGer 4C.346/2004 vom 15.2.2005, E. 4.2.

34 Ebd.

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 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 4, S. 1076.

39 Vgl. dazu kritisch differenzierend: Humbert/Lerch, a.a.O., N 11.127.

40 Vgl. oben, Ziff. 3.2.1, lit. b und c.

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

42 Vgl. die diversen Literaturhinweise in Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 2.

43 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 2, S. 1071; Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 7; Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 19.

44 BGE 134 III 359 ff; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 2, S. 1071; Humbert/Lerch, a.a.O., N 11.137.

45 Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 7.

46 Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 19.

47 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 2, S. 1071, mit Verweis auf Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Zürich 1984, S. 49.

48 29.11. bis 31.12.2022.

49 Humbert/Lerch, a.a.O., N 11.139; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 2, S. 1073 (Fall B); Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 19.

die 30-tägige Schutzfrist erst am 30. Januar 2023. Das Arbeitsverhältnis verlängert sich bis Ende Februar 2023.

Demgegenüber beginnt in der Variante gemäss litera a) die – theoretische – Sperrfrist (mangels erfolgter Kündigung) bereits am 1. Tag⁵⁰ zu laufen und endet nach 30 Kalendertagen, das heisst am 28. Dezember 2022.⁵¹ Theoretisch stünde es dem Arbeitgeber in der Variante a) also offen, noch im Dezember 2022 auf 31. Januar 2023 zu kündigen, was ihm 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 unberührt,⁵² 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.

Dieser Widerspruch liesse sich eigentlich einzig so auflösen, dass sich die Sperrfrist in Übereinstimmung mit der aktuellen Rechtsprechung rückwärts vom Endtermin des Arbeitsverhältnisses her berechnet,⁵³ die maximale Dauer der Sperrfrist aber bereits mit Beginn der Arbeitsunfähigkeit zu laufen beginnt.⁵⁴ Dann wiederum entstünde aber die absurde Situation, dass die 30-tägige Frist abläuft,⁵⁵ noch bevor die rückwärts berechnete Sperrfrist ihre Wirkung entfaltet.⁵⁶

2.2.3 Teilweise Arbeitsunfähigkeit bei Teilzeitarbeit

■ **Beispiel 4:** Ein Arbeitnehmer leistet ein Pensum von 50 Prozent und wird dann zu 25 Prozent arbeitsunfähig. Kann ihm gekündigt werden?

Der Sperrfristenschutz greift nicht nur bei vollständiger, sondern auch bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit.⁵⁷ Wie handhabt man den Kündigungsschutz bei Teilzeitmitarbeitenden, die teilweise krank sind?

Der Sperrfristenschutz greift nur, wenn der Angestellte ohne eigenes Verschulden durch Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert ist.⁵⁸ Auch wenn sich diese Arbeitsunfähigkeit nach objektiven Kriterien bemisst und es im Prinzip daher keine Rolle spielt, ob der Angestellte tatsächlich arbeitet,⁵⁹ 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 Krankheit.⁶⁰ 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 Prozent bei einem Teilzeitpensum von 50 Prozent vertritt Geiser die Auffassung, dass es dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten sei, die ganze Arbeitsunfähigkeit in seine Freizeit zu legen, da ihm das Recht zustehe, während seiner Freizeit zu tun, was er will, insbesondere auch einer anderen Erwerbstätigkeit nachzugehen.⁶¹ 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 richtet.⁶²

Übernimmt man diese Betrachtungsweise für den Sperrfristenschutz nach Artikel 336c Absatz 1 litera 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 Artikel 324a OR geführten Diskussionen, ob und wie die teilweise Arbeitsunfähigkeit eines Teilzeitangestellten 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 Artikel 324a OR, eine nur teilweise Arbeitsunfähigkeit die Sperrfristen von 30, 90 oder 180 Tagen nicht verlängert.⁶³

Differenzierende Urteile finden sich zur teilweisen Arbeitsunfähigkeit, wenn sich letztere nicht in Prozent bemisst, sondern aus gesundheitlichen Gründen gewisse Tätigkeiten nicht 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 verrichtete.⁶⁴

Demgegenüber schützte das Obergericht Luzern ein vorinstanzliches Urteil, in welchem sich der Arbeitnehmer erfolglos auf ein Arztzeugnis berief, welches ihm eine vollumfängliche Unfähigkeit zur Leistung von Nacharbeit attestierte, er ansonsten aber vollumfänglich einsatzfähig war.⁶⁵

In beiden Urteilen stellten die Gerichte auf Sinn und Zweck der Sperrfrist ab, kamen aber im konkreten Einzelfall zu einem unter-

schiedlichen 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 entgegenstand.⁶⁶

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.»⁶⁷

Entscheidend ist also nicht nur die Frage, ob eine teilweise Arbeitsunfähigkeit vorliegt, sondern ebenso, ob diese den Angestellten bei der Stellensuche beeinträchtigt.

2.3 Verhältnis der Artikel 336c und Artikel 336 OR

Inwieweit gibt es eine Wechselwirkung zwischen dem Sperrfristenschutz und der missbräuchlichen Kündigung?⁶⁸ Anerkannte Rechtsprechung ist, dass eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist selbst dann nicht missbräuchlich im Sinne von Artikel 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 führt.⁶⁹ Ebenso ist klar, dass eine während einer Sperrfrist ausgesprochene

Kündigung nicht missbräuchlich sein kann, da diese eben nichtig⁷⁰ und damit rechtlich so zu behandeln ist, wie wenn sie nie erfolgt wäre.⁷¹ 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 Angestellte schwanger war und nun Mutter ist, ist die Kündigung missbräuchlich.⁷²

b) Die Kündigung wegen Krankheit nach Ablauf der Sperrfrist ist an sich nicht missbräuchlich,⁷³ da die Krankheit im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht.⁷⁴ Aber auch hier gibt es diverse Ausnahmen:

■ Mit Verweis auf BGE 107 II 169 verweisen Reh binder, 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).⁷⁵

■ Ebenfalls als missbräuchlich qualifizierte das Tribunal des prud'hommes de Genève im Jahre 1991 eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist, welche durch den Arbeitgeber in der Absicht erfolgte, der gesetzlich vorgeschriebenen oder vertraglich zugesicherten Lohnfortzahlungspflicht zu entgehen.⁷⁶

■ 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 besteht.⁷⁷ Ebenso missbräuchlich dürfte meines Erachtens eine Kündigung sein, welche wegen einer vergangenen Krankheit ausge-

50 29.11.2022.

51 Letzter Tag; 28.12.2022.

52 Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 19.

53 Vorliegend also ab dem 1.1.2023.

54 Vorliegend also ab dem 29.11.2023.

55 29.12.2022.

56 1.1.2023.

57 Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

58 Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

59 Vgl. oben, Ziff. 3.2.1, lit. b.

60 Art. 324a OR.

61 Thomas Geiser, «Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit», in: AJP 2003, S. 323 ff.; zustimmend: Reh binder / Stöckli, a.a.O., Art. 324a OR, N. 12.

62 Geiser, a.a.O., S. 325.

63 Reh binder / Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 3; Streiff / von Kaenel / Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 8.

64 Arbeitsgericht Zürich, Entscheid AH110201 vom 23.5.2012, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2012, Nr. 16.

65 Obergericht Luzern, Entscheid 11 08 74 vom 24.11.2008, in: LGVE 2008 I Nr. 17, E. 3.2.

66 Arbeitsgericht Zürich, AH110201 vom 23.5.2012, a.a.O.

67 Obergericht Luzern, Entscheid 11 08 74 vom 24.11.2008, a.a.O., E. 3.2.

68 Art. 336 ff. OR.

69 Streiff / von Kaenel / Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 14, mit diversen Verweisen, insbesondere auf BGE 123 III 246, E. 5; Reh binder / Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 6.

70 Art. 336c Abs. 2 OR.

71 Streiff / von Kaenel / Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 14.

72 Streiff / von Kaenel / Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 14.

73 Streiff / von Kaenel / Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 14, mit diversen Verweisen, insbes. auf BGE 123 III 246 E. 5; Reh binder / Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 6.

74 Vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR.

75 Art. 336 Abs. 1 lit. d OR; Reh binder / Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 7; Angela Hensch, Kündigung bei Krankheit, Vortrag vom 27.9.2017, Zentrum Paul Klee, Bern, N 43 f. mit diversen Beispielen; vgl. auch Nina Rabaeus, «Urlaub und Kündigung», in: ARV, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, 2023, S. 111 ff., S. 114, welcher die Kündigung durch den Arbeitgeber wegen des Bezugs eines Urlaubstarbestands als missbräuchlich qualifiziert.

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

77 Hensch, a.a.O., N 40, mit diversen Verweisen; vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR.

sprochen 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 ist,⁷⁸ oder wenn die Arbeitgeberin im Rahmen eines Konfliktes, welcher zur Krankheit führte, ihrer Fürsorgepflicht nicht genügend nachgekommen ist, beispielsweise durch Unterlassen der erforderlichen, realisierbaren und zumutbaren Massnahmen zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers.⁷⁹

c) Ein erwähnenswertes neueres Urteil des Bundesgerichts zur missbräuchlichen Kündigung stellt BGer 4A_117/2023 dar: Einem Arbeitnehmer wurde nach 30-jähriger Tätigkeit im Alter von 64 Jahren gekündigt, 11 Monate vor Erreichen des ordentlichen Pensionsalters.⁸⁰ 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 Alterskündigung.⁸¹ Als entscheidend betrachtete das Bundesgericht wohl die Tatsache, dass der Arbeitnehmer offenbar nicht vollumfänglich arbeitsunfähig war und die Arbeitgeberin über die Verhältnisse Bescheid wusste.⁸²

Dies im Unterschied zu dem im Urteil erwähnten Bundesgerichts-urteil 4A_390/2021 vom 1. Februar 2022, wo es um die Kündigung einer 63-jährigen kranken Arbeitnehmerin ging, welcher nach Ablauf der Sperrfrist im 23. Dienstjahr und 10 Monate vor Erreichen des ordentlichen Rentenalters gekündigt wurde.⁸³ In letzterem Fall erachtete das Bun-

desgericht die Kündigung als nicht missbräuchlich.⁸⁴

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.

2.4 Sperrfristenschutz und fristlose Kündigung

Die Kündigungsbeschränkungen gelten nicht bei fristloser Kündigung.⁸⁵ Eine fristlose Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis in jedem Fall, und zwar unabhängig davon, ob die fristlose Kündigung gerechtfertigt war oder nicht.⁸⁶ Von Bedeutung ist die Arbeitsverhinderung nach Artikel 336c OR einzig für die Berechnung des Schadenersatzanspruches nach Artikel 337c OR, da sich dieser danach bemisst, was der Arbeitnehmer «verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist (...) beendet worden wäre».⁸⁷

2.5 Verzichtsverbot

■ **Beispiel 5:** Einer Arbeitnehmerin wird auf Ende Mai 2023 gekündigt, sie erkrankt während der dreimonatigen Kündigungsfrist. Das Arbeitsverhältnis verlängert sich um zwei Monate auf Ende Juni 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.

Artikel 336c OR findet sich in der Liste der relativ zwingenden Gesetzesbestimmungen, womit nicht zuungunsten des Angestellten davon abgewichen werden darf.⁸⁸ Dies bedeutet, dass nicht nur vertragliche Vereinbarungen zulasten des Angestellten unzulässig und damit nichtig sind.⁸⁹ Vielmehr können Angestellte auf diese Rechte während des laufenden Arbeitsverhältnisses und während eines Monats nach dessen Beendigung auch nicht auf solche Forderungen verzichten.⁹⁰

Beim Sperrfristenschutz kann daraus die – an sich etwas absurde – Situation entstehen, dass sich auch ein Arbeitgeber auf diese Schutzvorschrift berufen kann, selbst wenn der gekündigte Angestellte 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.»⁹¹

2.6 Arbeitsverhinderungen ausserhalb Artikel 336c OR

Die in Artikel 336c Absatz 1 OR genannten Sperrfristtatbestände sind abschliessend.⁹² Dies bedeutet meines Erachtens, dass andere Arbeitsverhinderungen keine Sperrfrist auslösen, selbst wenn die betreffende Arbeitsverhinderung durch die Lohnfortzahlungspflicht nach Artikel 324a OR gedeckt ist.⁹³ «Nicht ausgelöst wird die Sperrfrist durch Krankheit oder Unfall einer Drittperson, die der Arbeitnehmer pflegen muss.»⁹⁴ Daran dürfte meines Erachtens auch der neue Artikel 329h OR nichts geändert haben: Artikel 329h OR wurde im Unterschied zu Artikel 329f OR und 329i OR nicht in den Sperrfristenkatalog aufgenommen, was meines Erachtens den Schluss zulässt, dass der Gesetzgeber in Bezug auf den Kündigungsschutz an

der bestehenden Regelung nichts ändern wollte.⁹⁵ Ebenfalls kein Sperrfristenschutz greift zum Beispiel bei einer unverschuldeten Untersuchungshaft, selbst wenn für diese Arbeitsverhinderung im konkreten Einzelfall eine Lohnfortzahlungspflicht bestehen sollte.⁹⁶

2.7 Überlagerung von Sperrfristen

2.7.1 Cumul interlittéral

■ **Beispiel 6:** Eine Arbeitnehmerin erkrankt zwei 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 Mutterschaft⁹⁷ als auch ein Kündigungsschutz wegen Krankheit.⁹⁸ Verschiedene Sperrfristtatbestände nach verschiedenen Buchstaben des Artikels 336c Absatz 1 OR greifen kumulativ⁹⁹ und es gilt die jeweils längere Sperrfrist.¹⁰⁰ «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.»¹⁰¹

2.7.2 Cumul intralittéral

■ **Beispiel 7:** Ein krankheitsbedingt an der Arbeitsleistung verhin- dert Arbeitnehmer erleidet einen Unfall.

Überlagern sich verschiedene Sperrfristen innerhalb eines Buchstabsens, so gilt eine neue Sperrfrist, wenn die alte gestützt auf einen alten Tatbestand abgeschlossen ist.¹⁰² Dies gilt auch bei der Sperrfrist infolge Krankheit oder Unfall nach Artikel 336c Absatz 1 litera 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»)¹⁰³ In diesem Fall gilt auch bei Artikel 336c Absatz 1 litera 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 zusammenzuzählen.¹⁰⁴

2.7.3 Andere Kumulationen

■ **Beispiel 8:** Einem Arbeitnehmer wird gekündigt. Aufgrund des noch nicht bezogenen Vaterschaftsurlaubes verlängert sich das Arbeitsverhältnis gestützt auf Artikel 335c Absatz 3 OR. Während dieser Verlängerung und damit während des Bezugs seines Vaterschaftsurlaubes erkrankt der Arbeitnehmer. Verlängert sich das Arbeitsverhältnis?

■ **Beispiel 9:** Ein Betrieb kündigt sämtliche Arbeitsverhältnisse im Rahmen einer Massentlassung. Die Meldung an die zuständige Behörde erfolgt zu spät, weshalb die Arbeitsverhältnisse als Folge von Artikel 335g Absatz 4 OR über die Kündigungsfrist hinaus weiterlaufen. Während dieser Frist verunfallt ein Arbeitnehmer. Verlängert sich das Arbeitsverhältnis weiter?

2.7.3.1 Vaterschaftsurlaub nach Artikel 335c OR

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang meines Erachtens aber auch die Verlängerung der Kündigungsfrist bei noch nicht bezogenem Vaterschaftsurlaub nach Artikel 335c Absatz 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 Urlaubstage.¹⁰⁵ Im Unterschied zum zeitlichen Kündigungsschutz nach Artikel 336c OR ist eine Kündigung aber in

78 Z.B. als Folge von Bossing durch den Vorgesetzten.

79 Hensch, a.a.O., N 41 f.

80 BGer 4A_117/2023 vom 15.5.2023, E. 3.4.4.

81 Ebd.

82 Ebd.

83 BGer 4A_390/2021 vom 1.2.2022, A.a. und A.h., E. 3.4.2.

84 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.»

85 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 2; Rehbindler/Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 1; Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 3; Facincani/Bazzell, a.a.O., Art. 336c, N 6; Milani, a.a.O., Art. 336c, N 2; Humbert/Lerch, a.a.O., N 11.11.

86 Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 3; Facincani/Bazzell, a.a.O., Art. 336c, N 6.

87 Art. 337c Abs. 1 OR.

88 Art. 362 OR.

89 Art. 20 OR.

90 Art. 341 OR.

91 Hensch, a.a.O., N 25, mit Verweis auf Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 10.

92 Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 15; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 5; Rehbindler/Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 2; Milani, a.a.O., Art. 336c, N 4.

93 Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 15; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 5.

94 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 8, mit Verweisen. Daran wird wohl auch

die Inkraftsetzung des Betreuungsurlaubs nach Art. 329h OR nichts geändert haben.

95 Gleicher Meinung: Rabaeus, a.a.O., S. 114.

96 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 5.

97 Art. 336c Abs. 1 lit. c OR.

98 Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

99 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 4; Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 24; Milani, a.a.O., Art. 336c, N 4; Facincani/Bazzell, a.a.O., Art. 336c, N 8.

100 Rehbindler/Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 8.

101 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 4, mit Verweis auf BGE 120 II 124, E. 3 b und e.

102 Beispiel: Zwei Militärdienste hintereinander nach Art. 336c Abs. 1 lit. a OR lösen zwei separate Sperrfristen aus (Rehbindler/Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 8).

103 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 4 mit Verweis auf BGE 120 II 124, E. 3 d; Rehbindler/Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 8; Milani, a.a.O., Art. 336c, N 4; Facincani/Bazzell, a.a.O., Art. 336c, N 8; wohl anderer Ansicht: Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 24 am Ende.

104 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 4 mit Verweis auf BGE 120 II 124, E. 3 d; Rehbindler/Stöckli, a.a.O., Art. 336c, N 8; Milani, a.a.O., Art. 336c, N 4; Facincani/Bazzell, a.a.O., Art. 336c, N 8.

105 Vgl. dazu den genauen Wortlaut von Art. 335c Abs. 3 OR; die (analoge) Anwendung von Art. 336c Abs. 3 OR, wonach sich das Arbeitsverhältnis nach Ablauf dieser Verlängerung bis zum nächsten Endtermin (Monatsende) noch einmal verlängert, wird überwiegend abgelehnt (vgl. Rabaeus, a.a.O., S. 120 mit diversen Verweisen).

jedem Fall gültig und das Arbeitsverhältnis verlängert sich nur um die Anzahl der noch nicht bezogenen Tage des Vaterschaftsurlaubes. Im Gegensatz zu Artikel 336c Absatz 3 OR verlängert sich das Arbeitsverhältnis jedoch nicht bis zum Ende des dann zum laufenden Monats.¹⁰⁶

Wie ist das Verhältnis zum Sperrfristen-schutz, beispielsweise wenn der Arbeitnehmer während der verlängerten Kündigungsfrist den restlichen Vaterschaftsurlaub bezieht und dann erkrankt? Folgt man dem Wortlaut des Gesetzes, scheint das Ergebnis klar: Artikel 335c Absatz 3 OR sieht vor, dass sich die Kündigungsfrist verlängert und Artikel 336c Absatz 2 OR erklärt den Stillstand der Kündigungsfrist. Insofern wäre davon auszugehen, dass der Sperrfristen-schutz auch während der Verlängerung nach Artikel 335c Absatz 3 OR gilt. Ob man gestützt auf eine historische, teleologische oder systematische Gesetzesauslegung zu demselben Schluss gelangt, wäre zu prüfen. Die diesbezüglichen Meinungen hierzu scheinen gespalten.¹⁰⁷

Das Zusammenspiel dieser beiden Gesetzesbestimmungen wird sicherlich auch in anderen Fällen noch zu Diskussionen Anlass geben, beispielsweise ob sich das Arbeitsverhältnis auch dann nach Artikel 335c Absatz 3 OR verlängert, wenn der Arbeitnehmer den Vaterschaftsurlaub infolge Krankheit oder Unfall nicht beziehen konnte oder wenn die Verlängerung in die Aufrundungsfrist nach Artikel 336c Absatz 3 OR fällt, während welcher kein Sperrfristen-schutz mehr besteht.¹⁰⁸

2.7.3.2 Massenentlassung nach Artikel 335g OR

Ebenfalls nicht als Sperrfrist qualifizieren Streiff, von Kaenel und Rudolph Artikel 335g Absatz 4 OR, wonach das Arbeitsverhältnis bei Massenentlassungen frü-

hestens 30 Tage nach deren Anzeige an das kantonale Arbeitsamt endet.¹⁰⁹ Dies mit der Begründung, dass es sich hierbei, unabhängig vom Lauf der Kündigungsfrist, lediglich um einen Aufschub der Beendigung des Arbeitsverhältnisses handle.¹¹⁰ 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 Artikel 335g Absatz 4 OR besteht.

In einem solchen Fall wäre dieser «Aufschub» eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses, wie sie in Artikel 336c Absatz 3 OR vorgesehen ist, welche bei Eintritt eines Sperrfristtatbestandes ebenfalls keine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses mehr auslöst.¹¹¹ Folgt man dieser Überlegung, löst also ein Sperrfristtatbestand keinen Kündigungsschutz mehr aus, wenn die Kündigungsfrist abgelaufen ist, das Arbeitsverhältnis aber nach Artikel 335g Absatz 4 OR weiter andauert.

2.7.3.3 Parallel laufende Arbeitsverhinderung

«Bisher ungelöst ist die Frage, ob die Sperrfrist auch dann greift, wenn gleichzeitig ein anderer, von Artikel 336c Absatz 1 OR nicht erfasster Grund für eine Arbeitsverhinderung vorliegt (beispielsweise die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit während der Untersuchungshaft).»¹¹² Meines Erachtens ist die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes auch in solchen Fällen zu bejahen. Dazu folgende beispielhafte Anwendungsfälle:

a) Wie oben erwähnt,¹¹³ greift die Sperrfrist beispielsweise nicht, wenn der Angestellte deshalb an der Arbeitsleistung verhindert ist, weil er sich um das kranke Kind

kümmern muss.¹¹⁴ Erkrankt der Angestellte noch während dieser arbeitsfreien Zeit, bspw. weil er durch das eigene Kind angesteckt wurde, dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass die Sperrfrist nach Artikel 336c Absatz 1 litera b OR zu laufen beginnt.

b) Im Urteil vom 27. August 2021 hatte das Arbeitsgericht Zürich zu klären, ob die Sperrfrist nach Artikel 336c OR greift, weil eine Arbeitnehmerin als besonders gefährdete Person im Sinne von Artikel 10c der Covid-19-Verordnung 2 galt. Nach eingehender Auseinandersetzung mit diversen Lehrmeinungen¹¹⁵ verneinte dies das Arbeitsgericht im konkreten Fall: Artikel 336c OR enthalte eine abschliessende Aufzählung, weshalb ein zusätzlicher Sperrfristtatbestand für gefährdete Personen durch den Bundesrat im Rahmen des von ihm erlassenen arbeitsrechtlichen Notrechts hätte geregelt werden müssen.¹¹⁶

Die Autoren, auf welche sich das Arbeitsgericht in diesem Fall abstützte, führten aus, dass der Kündigungsschutz nach Artikel 336c OR in jedem Fall dann greift, wenn der Angestellte infolge einer Corona-Infektion krankheitsbedingt nicht arbeiten kann.¹¹⁷ Liegt jedoch keine Arbeitsverhinderung (wegen Krankheit) vor, greift der Sperrfristen-schutz nicht, und zwar selbst dann nicht, wenn der Angestellte zwar arbeitsfähig ist, als Folge seiner Gefährdung und gestützt auf die Covid-Verordnung der Arbeit fernbleiben darf,¹¹⁸ also von einem «Urlaub sui generis» profitiert.¹¹⁹ Darf der Angestellte der Arbeit fernbleiben (Arbeitsverhinderung), greift also nach Auffassung von Dunand und Wyler¹²⁰ und wohl auch des Zürcher Arbeitsgerichts¹²¹ trotz Arbeitsverhinderung keine Sperrfrist.

Unbestritten aber wird wohl sein, dass ein Kündigungsschutz nach Artikel 336c Absatz 1 lite-

ra b OR dennoch griff, falls Angestellte während dieser Arbeitsverhinderung effektiv erkrankten oder schwanger wurden. Damit hatten wir folgende Situation: Arbeitnehmer, welche aufgrund ihres Status als gefährdete Person der Arbeit fernbleiben durften,¹²² genossen keinen Kündigungsschutz. Kam während dieser Zeit jedoch ein Sperrfristtatbestand nach Artikel 336c Absatz 1 OR hinzu, übersteuerte dieser quasi den nicht sperrfristgeschützten «Urlaub sui generis» und der Angestellte profitierte vom Kündigungsschutz im gesetzlichen Umfang.¹²³

c) Nach Auffassung diverser Autoren greift der Sperrfristenschutz wegen Krankheit nicht bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit.¹²⁴ Die diesbezügliche Rechtsprechung ist jedoch nicht einheitlich.¹²⁵ Klar dürfte meines Erachtens aber sein, dass eine Sperrfrist zum Schutze des Angestellten beginnt, wenn er während einer arbeitsplatzbezogenen Krankheit einen Unfall erleidet und während der unfallbedingten Rekonvaleszenz arbeitsunfähig ist.

d) Ebenfalls darf angenommen werden, dass ein Sperrfristtatbestand nach Artikel 336c OR (etwa Krankheit oder Unfall) auch dann greift, wenn eine stillende Arbeitnehmerin nach der 16. Woche ihrer Niederkunft¹²⁶ eine Beschäftigung ablehnt oder bestimmte Arbeiten nicht ausführen darf.¹²⁷

Meines Erachtens ist angesichts dieser Fälle davon auszugehen, dass der Sperrfristenschutz nach Artikel 336c Absatz 1 OR auch dann greift, wenn Angestellte aus einem anderen, nicht von Artikel 336c Absatz 1 OR erfassten Grund, der Arbeit fernbleiben. Dies – selbstverständlich – aber nur, wenn während dieser quasi «nicht geschützten» Arbeitsverhinderung ein Sperrfristtatbestand

etwa wegen Krankheit oder Unfall eintritt.¹²⁸

2.8 Artikel 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.

Der zeitliche Kündigungsschutz hat zum Zweck, dem Angestellten mehr Zeit zu verschaffen, wenn 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 erscheint.¹²⁹ Der Wortlaut von Artikel 336c OR differenziert nicht nach dem Kündigungsgrund, womit im Grundsatz davon auszugehen ist, dass der Sperrfristenschutz auch dann zur Anwendung gelangt, wenn der Angestellte 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 Artikel 336c OR ab, müsste man die Anwendbarkeit von Artikel 336c OR in diesem Fall hinterfragen, wie immer, wenn der Angestellte gar keine Stelle sucht.¹³⁰

3. Zusammenfassung

Der Sperrfristenschutz nach Artikel 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.

- ¹⁰⁶ Vgl. Botschaft, BBl 2019 3417.
¹⁰⁷ Rabaeus, a.a.O., S. 120.
¹⁰⁸ Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 21; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 4.
¹⁰⁹ Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 13.
¹¹⁰ Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 13.
¹¹¹ Staehelin, a.a.O., Art. 336c, N 21; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 4.
¹¹² Humbert/Lerch, a.a.O., N 11.126.
¹¹³ Vgl. Ziff. 1.2 am Ende.
¹¹⁴ Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 8 mit Verweisen.
¹¹⁵ Arbeitsgericht Zürich, Entscheid AH210077 vom 27.8.2021, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2021, Nr. 13, E. 3.4.2 f.
¹¹⁶ Ebd., 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: Droitdu travail.ch, Newsletter vom 28.5.2020, Droitdu travail.ch/campagne/1975, abgerufen am 28.8.2023., S. 14 f.
¹¹⁷ Dunand/Wyler, a.a.O., S. 15.
¹¹⁸ Art. 10c Abs. 6 und 7 Covid-19-Verordnung 2 vom 13.3.2020 (Stand 17.4.2020).
¹¹⁹ Dunand/Wyler, a.a.O., S. 15.
¹²⁰ Art. 10c Abs. 6 und 7 Covid-19-Verordnung 2 vom 13.3.2020 (Stand 17.4.2020).
¹²¹ Arbeitsgericht Zürich, Entscheid AH210077 vom 27.8.2021, a.a.O., E. 3.4.3.
¹²² Art. 10c Abs. 6 und 7 Covid-19-Verordnung 2 vom 13.3.2020 (Stand 17.4.2020).
¹²³ Dunand/Wyler, a.a.O., S. 15.
¹²⁴ Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 8; Humbert/Lerch, a.a.O., N 11.144 f.; Facincani/Bazzell, a.a.O., Art. 336c, N 14; Milani, a.a.O., Art. 336c, N 6.
¹²⁵ Vgl. dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c, N 8; Humbert/Lerch, a.a.O., N 11.145.
¹²⁶ Bis zur 16. Woche greift der Kündigungsschutz nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR.
¹²⁷ Art. 35a Abs. 1 bzw. Abs. 2 ArG.
¹²⁸ Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.
¹²⁹ BBl 1984 II 605.
¹³⁰ Vgl. Matthias Meier/Simon Hampl, «Kurzabsenzen und Sperrfristenschutz», in: AJP 2019, S. 1249 ff., S. 1255 ff.