Ein neuer Angriff auf die Sperrfrist

Zum Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 26. März 2004[1]

Von Martin Farner

Bevor wir uns dem Urteil des Kantonsgerichts zuwenden, ist der historische Zusammenhang herzustellen, in dem der Entscheid steht. In BGE 115 V 437 hatte das EVG eine Fall zu entscheiden, bei dem die Arbeitslosenunterstützung strittig war. Die Arbeitslosenkasse hatte die Leistungen mit der Begründung verweigert, die Kündigungsfrist verlängere sich durch eine Krankheit der Entlassenen. Die Krankheit dauerte 12 Kalendertage. Das EVG schützte diesen Standpunkt. Der Entscheid enthält folgende Passage (Seite 442):

> Nach Art. 336c Abs. 2 OR hemmt indes auch eine kurze Arbeitsunfähigkeit den Lauf der Kündigungsfrist, denn nichts lässt darauf schliessen, dass der Gesetzgeber den Kündigungsschutz nur für Arbeitsunfähigkeit von einer gewissen Mindestdauer gewähren wollte. Im Lichte des anzustrebenden Interessenausgleichs zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber (Botschaft zum Arbeitsvertragsrecht vom 25. August 1967, BBl 1967 II 379; siehe auch BGE 113 II 262 Erw. 2a, 109 II 333 Erw. 2b) lässt sich allerdings fragen, *ob der Arbeitnehmer auch dann in den Genuss dieses Schutzes kommen soll, wenn die Dauer der Arbeitsunfähigkeit ganz unbedeutend ist und die oben dargelegten Arbeitnehmerinteressen dadurch praktisch nicht berührt werden.* Dieser unter dem Blickwinkel des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 ZGB) zu prüfende Sachverhalt ist jedoch kein hinreichender Grund, für den Regelfall nicht jener Lösung den Vorzug zu geben, die dem mit Art. 336c OR angestrebten Arbeitnehmerschutz am besten gerecht wird.

Dieser Entscheid aus dem Jahre 1989 hat immer wieder zu Versuchen geführt, bei mehr oder weniger kurzen Krankheiten in der Kündigungsfrist die Verlängerung um einen Monat nicht eintreten zu lassen. Dabei hatte das Bundesgericht damals überhaupt keinen Fall von Missbrauch zu entscheiden. Die Bemerkung ist nebenher erfolgt, weckte aber Wünsche, die Sperrfrist nur noch von Fall zu Fall wirksam werden zu lassen.

Es ist gar nicht so einfach, sich Fälle von Missbrauch vorzustellen. Die Kürze der Krankheit im Vergleich mit der Verlängerung um einen Monat kann jedenfalls allein keinen Missbrauch begründen, denn dieses Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge ist in der gesetzlichen Bestimmung bereits angelegt[2]. Es wäre eine ganz einfache Sache gewesen, kurze Krankheiten auszuschliessen, wenn man dies gewollt hätte.

Folglich muss etwas hinzutreten, um einen Rechtsmissbrauch im Bereich der Sperrfrist annehmen zu können.

Rechtsmissbräuchlich kann eine Rechtsausübung sein, die nicht auf einem wirklichen Interesse gründet, sondern eine Schikane ist. Der Arbeitnehmer hat in aller Regel ein wirkliches Interesse an einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses, da er so seine Existenz einen Monat länger sichern kann.

Wie bereits ausgeführt, kann das (Miss-)Verhältnis zwischen Länge der Krankheit und der Verlängerung kein Ansatzpunkt für Rechtsmissbrauch sein.

Der Mitarbeiter, der sich auf die Sperrfrist beruft, begeht aber auch keinen Institutsmissbrauch, weil er die Regelung genauso in Anspruch nimmt, wie sie gedacht ist.

---

[1] Schweizer Arbeitgeber, 2005, 72ff.

[2] Man kann sich allerdings fragen, wie kurz die Krankheit sein darf, um noch eine Sperrfrist auszulösen. Ganz vorübergehende Phänomene, wie etwa 2 Stunden Kopfschmerzen sind wohl nicht unter den Begriff der Krankheit zu subsumieren.

Der leading case zu dieser Frage am Arbeitsgericht Zürich ist der Entscheid im Prozess AN930300[3], dem folgender Sachverhalt zugrunde liegt:

> Die Beklagte kündigte dem Kläger zunächst am 28. Oktober 1992 auf Ende Dezember 1992 und zwar aus wirtschaftlichen Gründen. Der Kläger war damals jedoch noch 50% arbeitsunfähig, so dass die Beklagte ihre Kündigung am 30. November 1992 per Ende Januar 1993 wiederholte. Am Samstag, den 30. Januar 1993, erkrankte der Kläger und blieb gemäss ärztlichem Zeugnis bis zum 28. April 1993 arbeitsunfähig.

Die Arbeitgeberin machte im Prozess geltend, der Mitarbeiter berufe sich in missbräuchlicher Weise auf die Verlängerung der Kündigungsfrist, denn er habe die ganze Kündigungsfrist zur Verfügung gehabt. An den beiden letzten Tagen derselben (Samstag und Sonntag) könne er sich ohnehin nirgends mehr bewerben. Das Arbeitsgericht hat die These der Beklagten verworfen, weil der Kläger nichts anderes getan habe, als krank zu werden. Darin könne aber kein Rechtsmissbrauch erblickt werden, so dass sich der Endtermin des Arbeitsverhältnisses gemäss der Sperrfrist verschiebe.

Der Kommentator Brühwiler übte Kritik an diesem Entscheid mit der Begründung, der Entlassene sei durch die Krankheit an den beiden letzten Tagen des Arbeitsverhältnisses nicht mehr in seiner Stellensuche behindert[4]. Allerdings knüpft das Gesetz nicht an tatsächliche Behinderung bei der Stellensuche an, sondern an den Tatbestand der Krankheit in der Kündigungsfrist.

Ungefähr zwei Jahre später entschied die gleiche 4. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich entgegengesetzt (allerdings in anderer Besetzung). Der Sachverhalt war hier folgender (AN950414):

> Die Klägerin war seit Oktober 1988 als Sachbearbeiterin für die Beklagte tätig. Ihr Arbeitsplatz musste infolge Umstrukturierung aufgehoben werden. Nach Darstellung der Beklagten war dies der Klägerin bekannt. Am 31. Oktober 1994 erschien die Klägerin nicht zur Arbeit und meldete sich krank. Die Beklagte teilte ihr hierauf die Kündigung telefonisch mit und sandte ihr eine schriftliche Bestätigung. In der Folge liess die Klägerin der Beklagten ein Arztzeugnis zukommen, welches ihr eine Arbeitsverhinderung von drei Tagen attestierte.
>
> Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe sich wegen Kopfschmerzen krank gemeldet, blieb unbestritten. Hingegen hatte die Klägerin in einem Schreiben vom 1. November 1994 darauf hingewiesen, sie habe Herzbeschwerden. Als die Klägerin am 10. November 1994 die Arbeit wieder aufnahm, wurde ihr erneut per Ende Februar 1995 gekündigt, unter sofortiger Freistellung von der Arbeit. Der Erhalt der Kündigung wurde von der Klägerin bestätigt.
>
> Im Februar teilte die Klägerin der Beklagten eine erneute Arbeitsunfähigkeit mit und sandte ein entsprechendes Arztzeugnis ein. Das am 15. Februar 1995 ausgestellte Zeugnis attestiert ihr eine Arbeitsunfähigkeit vom 15. bis inkl. 17. Februar. Ende Februar wies die Klägerin auf die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses hin und bot ihre Arbeit an.

Die Missbrauchsthese begründet das Gericht wie folgt:

> Im hier zu beurteilenden Fall sind folgende Tatsachen zu berücksichtigen: Der Klägerin war seit dem 31. Oktober bekannt, dass das Arbeitsverhältnis aufgelöst wird, spätestens aber seit Erhalt der Kündigung am 10. November 1994. Somit standen ihr rund 20 Tage über die vereinbarte Kündigungsfrist zur Stellensuche zur Verfügung. Ab dem 10. November war die Klägerin bedingungslos freigestellt und konnte sich - im Gegensatz zu einem weiterhin tätigen Arbeitnehmer - ganztags voll der Stellensuche widmen.
>
> Die von der Klägerin im Februar behauptete Arbeitsverhinderung wurde vom behandelnden Arzt im voraus klar auf drei Tage beschränkt. Die Gefahr einer auf unbestimmte Zeit andauernden Arbeitsunfähigkeit bestand somit von vornherein nicht. Wie sich aus dem Arztbericht ergibt, litt die Klägerin unter Wirbelsäulenbe-

[3] Publiziert in JAR 1994, 213
[4] N7 zu Art. 336c OR

> schwerden und unterzog sich einer Physiotherapie. Sie war somit offensichtlich nicht ans Bett gebunden, sondern konnte den Arzt und den Physiotherapeuten aufsuchen. Dieser Zustand hätte wohl zu einer Arbeitsverhinderung führen können, wenn die Klägerin sich den ganzen Tag am Arbeitsplatz hätte aufhalten müssen. Die zeitlich begrenzten Beschwerden hinderten aber die Klägerin kaum daran, Stelleninserate zu studieren oder Telefongespräche zu führen. Dass in dieser Zeit Bewerbungsgespräche hätten abgesagt werden müssen, wurde nicht behauptet. Die Arbeitnehmerinteressen sind offensichtlich in keiner nennenswerten Weise berührt worden.

Auch hier kann man nichts anderes feststellen, als dass die Klägerin innerhalb der Kündigungsfrist krank geworden ist. Die Zeit zwischen Empfang einer Kündigung und dem Ende des Arbeitsverhältnisses ist in den meisten Fällen länger als die Kündigungsfrist selbst. Wenn die Klägerin also von der Kündigung 20 Tage vor dem Beginn der Kündigungsfrist erfährt, ist das nichts Besonderes. Die Sperrfrist gilt auch für freigestellte Mitarbeiter. Das Gericht scheint anzunehmen, dass, wer freigestellt ist, sowieso viel Zeit zur Neuorientierung habe und daher keine Verlängerung der Kündigungsfrist benötige. Und schliesslich findet das Gericht, die Krankheit im Februar habe die Klägerin nicht daran gehindert, allfällige Bewerbungen auch in den drei Krankheitstagen weiter zu verfolgen.

Diese Argumentation führt dazu, die Sperrfrist nur noch zu gewähren, wenn die Arbeitnehmerin besonders nachweisen kann, darauf angewiesen zu sein. Das hat aber mit Art. 336c OR nichts mehr zu tun. Das Gericht sagt mit keinem Wort, worin es denn einen Rechtsmissbrauch der Klägerin erblickt, sondern versteckt sich hinter der Einleitung, es seien folgende Fakten zu berücksichtigen. Das Gericht zitiert den bereits geschilderten Fall AN930300 und auch einen weiteren Entscheid des Arbeitsgerichts Solothurn-Lebern vom 1. Juni 1993[5] und hält lapidar fest, diese beiden Entscheide seien mit dem von ihm zu entscheidenden nicht vergleichbar. Der Entscheid aus dem eigenen Haus darum nicht, weil die Krankheit länger gedauert habe, der Solothurner Entscheid nicht, weil die Mitarbeiterin nicht freigestellt gewesen sei. Der Solothurner Entscheid gewährte die Verlängerung bei einem einzigen Krankheitstag, da nicht einzusehen sei, inwiefern die blosse Berufung auf Art. 336c OR rechtsmissbräuchlich sein könnte. Wieso das in Zürich anders sein soll, ist nicht einzusehen.

Die Kritik an diesem Entscheid aus dem eigenen Haus ist vergleichsweise mild ausgefallen. Egli findet den Entscheid zwar falsch, aber sachlich vertretbar[6].

Vor diesem Hintergrund ist der neueste Entscheid zum Thema zu würdigen. Der Sachverhalt ist folgender:

> Der Kläger trat am 5. August 1996 als Betriebsassistentin in den Dienst der Beklagten in X. ein. Mit Schreiben der Beklagten vom 27. August 2002 wurde dem Kläger das Arbeitsverhältnis unter Wahrung der arbeitsvertraglich vereinbarten sechsmonatigen Kündigungsfrist auf den 28. Februar 2003 gekündigt. Die Kündigung wurde ihm sodann wunschgemäss per Post zugestellt. Mit ärztlichem Zeugnis vom 18. September2002 wurden dem Kläger sechs bis sieben Tage voraussichtliche Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit ab dem 16. September 2002 attestiert. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2002 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass er ab dem 21. Dezember 2002 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 28. Februar 2003 freigestellt sei. Darin wurde u. a. auch festgehalten, dass mit der freien Zeit während der Freistellung auch noch die ihm zustehenden Ferien für 2002 und pro rata für 2003 sowie allfällige Überstunden zu kompensieren seien. Mit Schreiben vom 25. Februar 2003 teilte der Kläger der Beklagten mit, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund seiner Krankheit vom 16. bis zum 23. September 2002 erst am 31. März 2003 beendet sei. Dem entgegnete die Beklagte mit Schreiben vom 3. März 2003, dass die erwähnte Arbeitsunfähigkeit in keinem Verhältnis zu der Kündigungsfrist von 6 Monaten stehe, weshalb das Arbeitsverhältnis per 28. Februar 2003 als beendet betrachtet werden müsse.

---

[5] JAR 1994, 196f

[6] ArbR 1998, 136.

Das St. Galler Gericht hat die Kontoversen um die Sperrfrist bei kurzen Krankheiten ausführlich dargestellt. Es fährt nach dieser Auslegeordnung fort:

> Nach der von Merz vorgenommenen Fallgruppenbildung ist einer der Ansatzpunkte für Rechtsmissbrauch die Zweckwidrigkeit und das Fehlen eines Interesses (Hans Merz, Berner Kommentar, N. 50 ff. zu Art. 2 ZGB; ebenso Theo Mayer-Maly, Basler Kommentar, N 47 zu Art. 2 ZGB). Entscheidend ist somit die Einsicht in den von der relevanten Gesetzesbestimmung verfolgten Zweck. Nach dem oben Dargelegten liegt der Zweck des Art 336c Abs. 2 OR darin, dem gekündigten Arbeitnehmer trotz zeitweiliger Arbeitsunfähigkeit eine ungekürzte Kündigungsfrist zu garantieren, damit er in der Lage ist, sich nach einer neuen Stelle umzusehen. Mit BGE 115 V 442 und der herrschenden Lehre ist daher davon auszugehen, dass eine lediglich kurze Arbeitsunfähigkeit, die unter Würdigung aller übrigen Umstände den Arbeitnehmer in dieser Möglichkeit faktisch nicht einschränkt, Rechtsmissbrauch begründen kann.

In Zeiten unsicherer Wirtschaftslage haben Arbeitnehmer häufig ein grosses Interesse daran, ihre Stelle so lange behalten zu können wie möglich. Eine Krankheit in der Kündigungsfrist bietet ihnen diese Möglichkeit. Daher argwöhnen die Arbeitgeber sehr häufig, die Krankheit sei bloss vorgetäuscht. Die Annahme eines fehlenden Interesses ist daher nicht haltbar.

Nun verschiebt das Kantonsgericht die Optik von der Krankheit weg zur Frage, wieviel Zeit zur Stellensuche nötig ist. Dieser Ansatz steckt natürlich auch im Entscheid BGE 115 V 437, wenn dort ausgeführt wird, Rechtsmissbrauch sei denkbar, wenn die Arbeitnehmerinteressen wegen der Kürze der Krankheit praktisch nicht berührt werden[7]. Konsequent zu Ende gedacht müsste das bedeuten, dass die Sperrfrist überall dort unbeachtlich bleibt, wo noch genügend Zeit zur Stellensuche bleibt.

Der Kläger im Fall des Kantonsgerichts war vom 16. September 2002 bis zum 23. September 2002 krank und wurde am 21. Dezember 2002 feigestellt. Er hatte noch einen Ferienanspruch von 12,6 Tagen sowie einen Überstundensaldo von 22,8 Stunden oder 2,85 Tagen. Das Kantonsgericht rechnet dem Kläger nun vor, dass er in 47 Arbeitstagen der Freistellungszeit 15,5 Tage Ferien- und Überstundenguthaben kompensieren muss, womit ihm 31,5 Tage zur Stellensuche bleiben. Demgegenüber hätte der Kläger ohne Freistellung nach der Einschätzung des Kantonsgerichts nur 12 Tage für die Stellensuche beanspruchen können.

Diese Buchhaltung zeigt sehr schön, wohin die These des Rechtsmissbrauchs bei Sperrfristen führt. Man landet bei der Frage, ob die Kündigungsfrist genügende Möglichkeiten zur Stellensuche geboten hat. Das ist bei Freistellung praktisch immer der Fall. Folglich würde in diesen Fällen die Sperrfrist ihre Bedeutung völlig verlieren. Damit entfernt man sich in einer Weise vom Gesetzeswortlaut, die nicht zu vertreten ist.

Zusammengefasst muss man sagen, dass es schwierig bis unmöglich ist, eine Krankheit in der Kündigungsfrist als etwas Missbräuchliches zu betrachten. Wenn der kranke Mitarbeiter die Rechte wahrnimmt, die sich aus diesem Tatbestand und der Tatsache der Kündigung ergeben, so ist das eine ganz normale Rechtsausübung. Das Missverhältnis zwischen Länge (oder eben Kürze) der Krankheit und der Verschiebung des Endes des Arbeitsverhältnisses ist vom Gesetzgeber gewollt und kann nicht dem Mitarbeiter vorgehalten werden.

---

[7] BGE aaO. 442.