



Kurzabsenzen und Sperrfristenschutz

Kurze Arbeitsverhinderungen während der Kündigungsfrist bewirken keine Vertrags- verlängerung

MATTHIAS MEIER*



SIMON HAMPL**

Aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 336c OR verlängern sich Arbeitsverhältnisse nach einer Arbeitgeberkündigung auch bei nur sehr kurzen Absenzen des Arbeitnehmers während der Kündigungsfrist um einen ganzen Monat. Gemäss ständiger Rechtsprechung versagt das Bundesgericht der Norm nur bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten des Arbeitnehmers die Anwendung, womit Arbeitgeber selten durchdringen. Die Autoren meinen, dass triftige Gründe bestehen, Kurzabsenzen von drei bis fünf Tagen im Regelfall mittels teleologischer Reduktion vom Anwendungsbereich der Bestimmung auszunehmen. Nur so wird der Sinn und Zweck der Norm korrekt abgebildet, welcher den Arbeitnehmer vor der drohenden Arbeitslosigkeit bewahren soll. Durch eine solche Auslegung wird weder die Chance auf eine Neuanstellung durch einen potenziellen zukünftigen Arbeitgeber noch die Möglichkeit zur Stellensuche während der Kündigungsfrist beeinträchtigt.

Il ressort clairement de la teneur de l'art. 336c CO que les rapports de travail qui ont été résiliés par l'employeur se prolongent d'un mois entier en cas d'absence du travailleur durant le délai de congé, même si ces absences sont de très courte durée. Selon une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral refuse d'appliquer cette norme uniquement si le travailleur commet un abus, ce que les employeurs auront toutefois de la peine à démontrer. Les auteurs estiment qu'il existe des raisons valables pour exclure les courtes absences de trois à cinq jours du champ d'application de cette disposition, en se basant sur une réduction téléologique. Cela permet de refléter correctement le but de la norme qui vise à protéger le travailleur contre le risque de chômage. Cette interprétation n'affecte ni les chances de retrouver un emploi chez un futur employeur, ni la possibilité de chercher un emploi durant le délai de congé.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Auslegeordnung
 - A. Grundlagen des Sperrfristenschutzes
 - B. Historischer Werdegang
 - C. Fünf Entscheide
- III. Zwei Argumentationslinien und ihre Schwachstellen
 - A. Die ungekürzte Kündigungsfrist
 - B. Die Chance auf die Neuanstellung
 - C. Fünf Alltagsbeispiele
- IV. Lösungen
 - A. Teleologische Reduktion von Art. 336c OR
 1. Vorliegen von triftigen Gründen
 2. Leitsatz
 3. Offene Fragen
 - B. Alternative Lösungen
 1. Arbeitsvertragliche Ausgestaltung
 2. Berufung auf Rechtsmissbrauch
- V. Schluss

I. Einleitung

Ein Tag Kopfschmerzen, zwei Tage Schutzdienst, drei Tage Bettlägerigkeit infolge eines Beinbruchs: Die meisten Absenzen von Arbeitnehmern der Schweiz sind von kurzer Dauer. Ein Grossteil davon, 78%, sind nach Angaben des Bundesamtes für Statistik Folge einer Erkran-

kung oder eines Unfalls, wobei Arbeitnehmer je nach Berufsgruppe und Position im Unternehmen während 1,9 bis 4,7 Prozent der Arbeitstage gesundheitsbedingt fehlen.¹ Die Ausfalldauer beträgt in rund einem Drittel der Fälle ein bis drei Tage, in rund einem weiteren Drittel höchstens sieben Tage.²

Der Gesetzgeber schützt Arbeitnehmer während gewisser Zeiträume vor einer Vertragskündigung durch den Arbeitgeber. Treten bestimmte, in Art. 336c Abs. 1 OR aufgelistete Absenzen *nach* ausgesprochener Kündigung auf, wird der Ablauf der Kündigungsfrist gehemmt und das Arbeitsverhältnis einerseits um die Anzahl Abwesenheitstage verlängert, andererseits aufgrund der gesetzlichen Konzeption (Art. 336c Abs. 3 OR) bis zum nächsten Monatsende erstreckt. Daran ändert nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts auch nichts, wenn es sich um eine sehr kurze Arbeitsverhinderung handelt. Das heisst also: Ein einzelner Krankheitstag während der Kündigungsfrist, sogar wenn er auf einen Feiertag fällt, bewirkt in der Regel, dass das Vertragsende automatisch

* MATTHIAS MEIER, MLaw, Rechtsanwalt, Bachmann Rechtsanwälte AG, Doktorand UZH (Prof. Dr. Wolfgang Portmann, Lehrstuhl für Privat- und Arbeitsrecht).

** SIMON HAMPL, MLaw, Rechtsanwalt, Streiff von Kaenel AG.

¹ Jährliches Absenzvolumen der Arbeitnehmenden, 2018, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeits-erb/erwerbstaetigkeit-arbeitszeit/arbeitszeit/absenzen.html> (Abruf 5.10.2019).

² DAK-Gesundheitsreport 2019 (Deutschland), 10 f. (Internet: <https://www.dak.de/dak/bundesthemen/gesundheitsreport-2019-2099306.html> [Abruf 5.10.2019]). Diese Kurzabsenzen betreffen gemäss dieser Statistik insgesamt lediglich 18 Prozent der Gesamtzahl der Ausfalltage von Arbeitnehmern.

um einen Monat hinausgeschoben wird. Oft ist gerade die Kündigung des Arbeitgebers selbst, und eine solche ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 336c OR, Auslöser krankheitsbedingter Absenzen.

Es dürfte unbestritten sein, dass eine grosse Mehrheit der Arbeitnehmer und auch viele Arbeitgeber sich dieser konkreten Auswirkungen des Sperrfristenschutzes nicht bewusst sind. Zwar ist in der Regel bekannt, dass während des Militärdienstes oder einer Schwangerschaft und auch bei einer Absenz infolge Krankheit oder Unfall nicht gekündigt werden kann. Gerade gut ausgebildete bzw. rechtlich versierte Personen wissen auch, dass bei entsprechenden Abwesenheiten während der Kündigungsfrist eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses stattfindet. Dass die schematische Anwendung von Art. 336c OR indes auch bei einer Kurzabsenz von einem Tag das Vertragsende um einen Monat verschiebt, überrascht oft beide Parteien und nicht selten selbst ausgebildete Juristen. Es erstaunt daher nur wenig, dass sich bei Kurzabsenzen regelmässig nur beratene Arbeitnehmer auf den Sperrfristenschutz berufen.

Arbeitgeber werfen Arbeitnehmern in solchen Fällen regelmässig Rechtsmissbrauch vor, tun dies aber vielfach erfolglos, weil man dem Gekündigten nicht vorhalten kann, dass er sich auf den Wortlaut einer Gesetzesbestimmung stützt. Es geht denn auch nicht an, von einer festen Rechtsregel abzuweichen, nur weil sie regelmässig unerwünschte bzw. sachlich kaum zu rechtfertigende Resultate hervorbringt. Die Autoren sind allerdings der Ansicht, dass gute Gründe dafür sprechen, tatbestandliche Kurzabsenzen ganz generell vom Sperrfristenschutz auszunehmen.

Einleitend sei erwähnt, dass sämtliche nachfolgenden Ausführungen unter der Prämisse stehen, dass über das effektive Vorliegen einer (krankheits- oder unfallbedingten) Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers keine Streitigkeit besteht – mithin dass die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber anerkannt wird.

II. Auslegeordnung

A. Grundlagen des Sperrfristenschutzes

Der zeitliche Kündigungsschutz verwehrt den Parteien – namentlich dem Arbeitgeber³ – nach Ablauf der Probe-

zeit⁴ die ordentliche Auflösung des Arbeitsvertrages während bestimmter Zeiträume. Das Gesetz zählt in Art. 336c Abs. 1 OR abschliessend vier Schutztatbestände auf, welche die Dauer der Sperrfrist festlegen. Der Arbeitgeber kann den Vertrag 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;
- d. während der Arbeitnehmer mit Zustimmung des Arbeitgebers an einer von der zuständigen Bundesbehörde angeordneten Dienstleistung für eine Hilfsaktion im Ausland teilnimmt.

Eine Kündigung zu einer solchen Unzeit ist nichtig (Art. 336c Abs. 2 Halbs. 1 OR) und muss nach Ablauf der Sperrfrist wiederholt werden. Zu unterscheiden ist diese Konstellation vom Eintritt einer Sperrfrist während der Kündigungsfrist, also nach Aussprechen der Kündigung. Der sperrfristenrelevante Zeitraum ist durch Rückrechnung vom Endtermin des Arbeitsverhältnisses zu bestimm-

³ Während Art. 336c OR (Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber) eine reichhaltige Gerichtspraxis hervorgerufen hat, ist Art. 336d OR (Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitnehmer) in der Praxis ohne Bedeutung geblieben.

⁴ Zu beachten ist hier zweierlei: Einerseits verlängert sich die Probezeit bei Krankheit, Unfall und der Erfüllung gesetzlicher Pflichten (nicht aber bei Schwangerschaft oder Ferien). Andererseits können auch während der Probezeit ausgesprochene Kündigungen missbräuchlich sein – z.B. bei Kündigungen wegen Schwangerschaft (Verstoss gegen Art. 3 GIG), in der Regel aber nicht bei Krankheit oder Unfall (vgl. BGE 123 III 246 E. 5). An die Missbräuchlichkeit der Kündigung sind während der Probezeit generell höhere Anforderungen zu stellen (BGE 134 III 108 E. 7).

men.⁵ Wird also beispielsweise bei dreimonatiger Kündigungsfrist am 15. September auf Ende Jahr gekündigt, dauert dieser sperrfristrelevante Zeitraum vom 1. Oktober bis 31. Dezember.

Es erfolgt eine automatische Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um die Anzahl der Sperrtage (Art. 336c Abs. 2 Halbs. 2 OR). Falls das Arbeitsverhältnis nur auf einen bestimmten Endtermin gekündigt werden kann – der Gesetzgeber sieht als Regelfall, von dem in der Praxis (noch) selten abgewichen wird, vor, dass das Arbeitsverhältnis auf das Ende eines Monats zu kündigen ist (Art. 335c Abs. 1 OR) –, verlängert sich das Arbeitsverhältnis bis zum nächstfolgenden Endtermin (Art. 336c Abs. 3 OR). Keine neue oder fortsetzende Sperrfrist wird ausgelöst, wenn in der nach Art. 336c Abs. 3 OR verlängerten Frist ein Tatbestand nach Art. 336c Abs. 1 OR auftritt, sei der Grund nun neu oder nicht.⁶ Die Sperrfristen sind einseitig zwingend und werden in der Praxis teilweise zu Gunsten der Arbeitnehmer abgeändert.⁷ Jeder auf einem neuen Grund beruhende Verhinderungsfall löst eine neue Sperrfrist aus.⁸

Die Dauer der Arbeitsverhinderung ist für die Anwendung von Art. 336c OR grundsätzlich irrelevant: Nach konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung beschlägt der Sperrfristenschutz auch Kurzausenzen.⁹ Durch die Kombination mit Art. 336c Abs. 3 OR verlängert sich so entsprechend das Arbeitsverhältnis auch bei einer kurzen Arbeitsverhinderung während der Kündigungsfrist um einen vollen Monat. Bei der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses handelt es sich um eine objektive Rechtsfolge; der Arbeitnehmer kann also nicht einseitig darauf verzichten, selbst wenn er bereits eine Stellenzusage hat.¹⁰

B. Historischer Werdegang

Die Grundlage der Sperrfristenregelung wurde durch die Totalrevision des Arbeitsvertragsrechts, welche am 1. Januar 1972 in Kraft trat, mit dem damals neuen aArt. 336e OR geschaffen. Bis auf einzelne, für vorliegende Thematik unbeachtliche Änderungen wurde die Bestimmung in den seit 1. Januar 1989 geltenden Art. 336c OR umgegos-

sen. Der Gesetzgeber wurde bei der Gesetzesnovelle von aArt. 336e OR einerseits von den Bestimmungen des Fabrikgesetzes inspiriert.¹¹ Dieses sah unter anderem eine Beschränkung des Kündigungsrechts während bzw. für eine bestimmte Dauer nach einer Krankheit, einem Unfall, einer Militärdienstleistung und der Niederkunft vor (Art. 23 und 69 Abs. 2 und 5) – es handelt sich um den ersten Anwendungsfall des heutigen Art. 336c Abs. 2 OR, wonach eine Kündigung während einer Sperrfrist nichtig ist. Das bis 1972 geltende Dienstvertragsrecht enthielt hingegen keine entsprechenden Normen.

Andererseits geht die gesetzliche Regelung auf das Bundesgesetz über die Beschränkung der Kündigung von Anstellungsverhältnissen bei Militärdienst vom 1. April 1949 zurück.¹² Während dessen Artikel 3 die Regelung des Fabrikgesetzes aufnahm, wonach eine Kündigung während bestimmter Zeiträume nichtig sei, sah dessen Artikel 4 vor, dass bei Aussprache der Kündigung vor der Sperrfrist zum einen der Ablauf der Kündigungsfrist gehemmt wird und zum anderen eine Verlängerung bis zum nächsten Kündigungstermin stattfindet – es handelt sich um den zweiten Anwendungsfall des heutigen Art. 336c Abs. 2 OR bzw. um den heutigen Art. 336c Abs. 3 OR.¹³ Zweck der Verlängerung zum nächsten Kündigungstermin war, sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Arbeitnehmer den Anschluss an die herkömmlichen Stellenänderungstermine zu ermöglichen.¹⁴

⁵ BGE 134 III 354 E. 3.

⁶ BGE 124 III 474 E. 2.

⁷ Vgl. etwa den Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe 2019 (Art. 21) sowie den Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes 2017 (Art. 7).

⁸ BGer, 1C_296/2008 und 1C_310/2008, 5.3.2009, E. 2.1.

⁹ BGer, 4D_6/2009, 7.4.2009 (dazu unten II.C).

¹⁰ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 336c OR N 10.

¹¹ Botschaft vom 5. Oktober 1967 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), BBl 1967 II 241 ff. (zit. Botschaft 1967), 265, 281 und 379. Vom Einfluss des Fabrikgesetzes zeugt auch die heute praktisch bedeutungslose Erwähnung der Arbeitswoche in Art. 336c Abs. 3 OR. Das Fabrikgesetz trat mit dem Inkrafttreten des Arbeitsgesetzes am 1. Februar 1966 grösstenteils ausser Kraft.

¹² Die Botschaft 1967 (FN 11), 381, verweist darauf.

¹³ Der Wortlaut von Artikel 4 des Bundesgesetzes über die Beschränkung der Kündigung von Anstellungsverhältnissen bei Militärdienst lautete wie folgt: «Mit dem Einrücken eines Arbeitnehmers in den Militärdienst steht eine vorher ausgesprochene, noch nicht abgelaufene Kündigung des Anstellungsverhältnisses in ihrem Ablauf während der Dauer des Militärdienstes still und nimmt nach dem Entlassungstage ihren Fortgang. Ist ein gesetzlicher oder vertraglicher Kündigungstermin (z.B. Monatsende) zu beachten und fällt dieser nicht mit dem Ablauf der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin.»

¹⁴ Botschaft vom 4. Juni 1948 betreffend einen Bundesbeschluss über die Beschränkung der Kündigung von Anstellungsverhältnissen bei Militärdienst, BBl 1948 II 657 ff. (zit. Botschaft 1948), 662, zitiert auch in Botschaft 1967 (FN 11), 382.

C. Fünf Entscheide

BGE 115 V 437: In diesem Leitentscheid, welcher kurz nach Inkrafttreten der heute gültigen Fassung von Art. 336c OR erging,¹⁵ entschied das Bundesgericht, dass der sperrfristenrelevante Zeitraum durch Rückrechnung vom Kündigungstermin zu bestimmen sei. Es bestätigte den Entscheid des Solothurner Versicherungsgerichts. Dieses hatte einer Arbeitnehmerin im ersten Dienstjahr, welcher am 13. Juni auf Ende Juli gekündigt worden und welche vom 1. bis 12. Juli krankheitshalber ausgefallen war, Leistungen der Arbeitslosenkasse für den Monat August verweigert, weil sich das Arbeitsverhältnis bis zum 31. August verlängert habe und entsprechend der Lohn beim Arbeitgeber hätte eingefordert werden müssen. Die Arbeitnehmerin hatte sich vergeblich auf den Standpunkt gestellt, dass die Kündigungsfrist ab Zugang der Kündigung zu laufen begonnen habe. Dies hätte zur Folge gehabt, dass unter Hinzurechnung der zwölf Abwesenheitstage die Kündigungsfrist am 26. Juli und der Vertrag infolgedessen am 31. Juli geendet hätte.

Das Bundesgericht teilte die in Lehre und Rechtsprechung teilweise geäusserten Bedenken, wonach mit diesem System auch kurze Absenzen während der Kündigungsfrist eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses zur Folge hätten, nicht (E. 3d): «*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 [...] 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.*»

BGer, 1P.250/2000, 26.2.2001: Ein Chefarzt, dem am 16. Dezember unter Einhaltung der sechsmonatigen Kündigungsfrist auf den 30. Juni gekündigt worden war, war nach einer Knieoperation am 30. Dezember einen Monat krankgeschrieben, erschien jedoch ab dem 7. Januar

wieder regelmässig zur Arbeit. Das Zuger Verwaltungsgericht verneinte eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis zum 31. Juli und erteilte unter anderem dem Anspruch auf Lohnzahlung des Arztes für den Monat Juli eine Absage. Es entschied, dass die Dauer der Absenz im Vergleich zur Länge der Kündigungsfrist unbedeutend sei und sich eine Berufung auf Art. 336c Abs. 3 OR auch mit Blick auf die viermonatige Freistellung ab dem 1. März als rechtsmissbräuchlich erweisen würde. Die öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts erachtete diesen Entscheid als nicht willkürlich und die Einwendungen des Arztes als offensichtlich unbegründet.¹⁶

BGE 128 III 212: Mit dem Generalsekretär eines Sportverbands war eine automatische Verlängerung seines befristeten Dreijahresvertrags um jeweils weitere drei Jahre vereinbart worden, wenn der Vertrag von keiner Partei gekündigt wird. Nach der fristgerechten Kündigung durch die Arbeitgeberin berief sich der Arbeitnehmer auf ein medizinisches Gutachten, wonach er zum Zeitpunkt des Erhalts der Kündigung an Leukämie erkrankt gewesen, entsprechend die Kündigung nichtig sei. Das Bundesgericht schützte diese Ansicht in teilweiser Korrektur des vorinstanzlichen Urteils, wodurch sich das Arbeitsverhältnis um drei weitere Jahre verlängerte.

Es führte aus (E. 2c): «*Diese Bestimmung [Art. 336c Abs. 1 lit. b OR] wurde nicht eingeführt, weil der Gesundheitszustand den Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Erhalts der Kündigung daran hindert, eine andere Anstellung zu suchen, sondern weil eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wegen der Unsicherheit in Bezug auf die Dauer und den Grad der Arbeitsunfähigkeit sehr unwahrscheinlich ist (Botschaft des Bundesrates vom 9. Mai 1984, in BBl 1984 II 551). Es geht im Übrigen nicht um die Frage, ob der Arbeitnehmer völlig arbeitsunfähig ist, weil Art. 336c Abs. 1 lit. b OR auch eine teilweise Arbeitsunfähigkeit meint. Diese Bestimmung ist im Krankheitsfall nur dann nicht anwendbar, wenn sich die Beeinträchtigung der Gesundheit als so unbedeutend erweist, dass sie kein Hindernis darstellt, um eine neue Anstellung anzunehmen (Entscheid 4C.331/1998 vom 12. März 1999, E. 2b).*» Die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer an Leukämie erkrankt sei, stelle offensichtlich einen Anlass zur Beunruhigung dar und vermindere folglich die Chance, von einem neuen Arbeitgeber angestellt zu werden. Es handle sich um einen Umstand, der den gesetzlichen Schutz rechtfertige,

¹⁵ Der Entscheid beruhte auf dem alten Recht, das allerdings bezüglich Verlängerung des Arbeitsverhältnisses dem neuen, im Januar 1989 in Kraft getretenen Recht entsprach.

¹⁶ Vgl. den ähnlich gelagerten Fall aus dem Kanton St. Gallen aus dem Jahr 2004 (dazu PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 336c und 336d OR N 9).

selbst wenn die Ursachen des Gesundheitszustandes des Arbeitnehmers erst später erkannt worden seien.

BGer, 4D_6/2009, 7.4.2009: Im Gegensatz zur öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts acht Jahre zuvor¹⁷ gab die zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts einer Willkürbeschwerde statt. Ein Mitarbeiter eines privaten Sicherheitsdienstes war nach einer Kündigung am 20. November auf den 31. Januar während zweier Weihnachtstage (24. und 25. Dezember) krank gewesen. Die Genfer Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes hatte seine Lohnklage für den Monat Februar abgewiesen mit der Begründung, dass an jenen zwei Tagen erfahrungsgemäss keine Stellensuch-Bemühungen stattfänden. Das Bundesgericht erwog, dass das Gesetz nicht zwischen Arbeits- und Werktagen unterscheide. Und weiter (E. 3): *«On ne saurait donc déduire de la ratio legis de l'art. 336c al. 2 CO que seule une incapacité survenue durant un jour ouvrable permettrait de suspendre le délai de congé. L'admettre irait à l'encontre de la volonté clairement exprimée du législateur, qui ne fait du reste l'objet d'aucune discussion en doctrine. Il sied en outre de relever que le processus de recherche d'emploi ne se résume pas à la prise de contact effective avec de potentiels futurs employeurs – comme le sous-entend l'autorité cantonale –, mais peut également comprendre la constitution de dossiers de candidature ou diverses recherches (par exemple, sur l'internet ou sur d'autres supports).»* Entsprechend wurde die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis Ende Februar angenommen und der Arbeitgeber zur Bezahlung eines weiteren Monatssalärs verpflichtet.¹⁸

*Tribunal Cantonal VD, 22.7.2013:*¹⁹ In einem sehr differenziert begründeten Urteil bejahte das Waadtländer Tribunal Cantonal die Anwendbarkeit der Sperrfristenregeln in einem Fall, in welchem der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist zweimal während eines Tages eine Arbeitsunfähigkeit infolge Zahnschmerzen nachweisen konnte. Das Gericht analysierte beide Argumentationslinien, welche Lehre und Praxis hinsichtlich des Zwecks von Art. 336c OR herauschälten.²⁰ Es kam dabei zum Schluss, dass trotz der zwei Krankheitstage eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nicht sehr unwahr-

scheinlich erscheine, weil die Zahnprobleme als gelöst angesehen werden konnten und entsprechend keine Unsicherheit mehr über Dauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit bestanden habe. Gleichzeitig kam es indes zum Schluss, dass die Gesundheitsstörung nicht unbedeutend gewesen sein könne, wofür unter anderem sprach, dass sich der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist sechs medizinischen Eingriffen unterziehen musste. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, insbesondere den Bundesgerichtsentscheid 4D_6/2009, sei deshalb davon auszugehen, dass dem Arbeitnehmer die Berufung auf die Sperrfristenregeln nicht verwehrt werden könne.

III. Zwei Argumentationslinien und ihre Schwachstellen

Um diesen und anderen Problematiken²¹ rund um Art. 336c OR Herr zu werden, ergründen Lehre und Praxis, wie bereits angetönt, aussergewöhnlich oft Sinn und Zweck der Bestimmung. Dabei sind mit Blick auf Kurzausenzen während der Kündigungsfrist zwei Argumentationslinien zu beobachten. Die erste bezieht sich auf das aktuelle, die zweite auf das potenzielle zukünftige Arbeitsverhältnis.

A. Die ungekürzte Kündigungsfrist

Soweit es um den zweiten Anwendungsfall von Art. 336c Abs. 2 OR (Hemmung der Kündigungsfrist) geht, hat das Bundesgericht in mehreren Entscheiden betont, dass der Sinn und Zweck der Sperrfristenregelung darin bestehe, dem gekündigten Arbeitnehmer trotz zeitweiliger Arbeitsunfähigkeit eine ungekürzte Kündigungsfrist zu garantieren, damit er in der Lage sei, sich nach einer neuen Stelle umzusehen.²² Das Bundesgericht hebt hervor, dass sich die Stellensuche nicht im Kontakt zum potenziellen zukünftigen Arbeitgeber erschöpfe, sondern auch entsprechende Recherchen (beispielsweise im Internet) oder die Zusammenstellung des Bewerbungsdossiers umfasse. Entsprechend, so das Bundesgericht, sei auch unerheblich, ob eine Arbeitsverhinderung an einem Arbeitstag,

¹⁷ Vgl. oben II.C., BGer, 1P.250/2000, 26.2.2001.

¹⁸ Vgl. die Kritiken an diesem Entscheid bei CARRUZZO (FN 16), Art. 336c und 336d OR N 9, Fn 49; GEORGES CHANSON, ARV online 2009, 323; OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, Droit du travail, Lausanne 2010, Art. 336c OR N 24, Fn 1641; ROBERTA PAPA, Kündigungsschutz trotz Arbeitsleistung?, dRSK vom 17.9.2009, N 8.

¹⁹ TC VD, 22.7.2013, in: JAR 2014, 503.

²⁰ Vgl. unten III.

²¹ Auch bei der Diskussion rund um arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeiten und die Anwendbarkeit der Sperrfristen wird auf den Telos von Art. 336c OR abgestellt, vgl. dazu etwa BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336c N 6, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser).

²² BGE 109 II 332 E. 2b; 115 V 437 E. 3b; 124 III 474 E. 2a; 134 III 354 E. 2.2; BGer, 4D_6/2009, 7.4.2009, E. 3.

am Wochenende oder an einem Feiertag auftrete.²³ Bei Kurzabsenzen während der Kündigungsfrist stützen sich die Gerichte regelmässig auf diese Argumentationslinie.

B. Die Chance auf die Neuanstellung

Mit der Revision des Kündigungsrechts vom Jahr 1989 wurde der Passus «ganz oder teilweise» in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR eingefügt. Die Botschaft begründete das wie folgt: «Die Norm stellt klar, dass der Kündigungsschutz sowohl bei totaler wie auch bei teilweiser Arbeitsverhinderung infolge Krankheit oder Unfalls besteht. Dadurch wird positivrechtlich verankert, was die Gerichtspraxis bereits festgestellt hat: 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.»²⁴ Dieser Gedanke ist allen vier Schutztatbeständen von Art. 336c Abs. 1 OR inhärent: Es geht darum, den Arbeitnehmer während einer gewissen Zeitspanne, in welcher er durch den Verlust der Arbeitsstelle mit seinen sozialen Auswirkungen besonders hart getroffen würde und Arbeitslosigkeit droht, vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu schützen.²⁵ Der potenzielle zukünftige Arbeitgeber soll nicht über den Zeitpunkt der vollen Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers spekulieren müssen.²⁶

Das Bundesgericht hat diesen Aspekt in seinem Leitentscheid aus dem Jahr 2002 hervorgehoben und festgestellt, dass es keine Rolle spiele, ob der Arbeitnehmer bei der Stellensuche tatsächlich behindert sei.²⁷ Bei Kurzabsenzen rückt diese Argumentationslinie in den Hintergrund, weil kaum begründet werden kann, dass eine Neu-

anstellung wegen eines Krankheitstages oder eines Tages im Zivilschutz gefährdet ist. Das Kantonsgericht Waadt hat im Fall des wegen seiner Zahnschmerzen während zweier Tage arbeitsunfähigen Arbeitnehmers denn auch festgestellt, dass es keine Unsicherheit über Dauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit gegeben habe.²⁸

C. Fünf Alltagsbeispiele

Die beiden Interpretationen stellen die Gerichte bei der Begründung des Kündigungsschutzes nicht nur bei Kurzabsenzen oft vor erhebliche Schwierigkeiten. Dies lässt sich etwa durch die folgenden (alltäglichen) Fallkonstellationen illustrieren:²⁹

- a. Ein Maler hat sich eine Luxation an der rechten Schulter zugezogen und fällt zwei Wochen aus. Seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt sind erheblich gesunken, weil der Heilungsverlauf möglicherweise ungewiss ist oder die Beschwerden gar bei einem Bewerbungsgespräch zur Sprache kommen. Der Maler wird die Zeit seiner Arbeitsverhinderung indes ohne weiteres für Internetrecherchen, das Zusammenstellen von Bewerbungsunterlagen oder Kontakte zu einem potenziellen zukünftigen Arbeitgeber brauchen können.
- b. Eine Sekretärin leidet während vier Tagen an einer Grippeerkrankung und erscheint infolgedessen nicht zur Arbeit. Ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt sind kaum tangiert, weil eine solche Erkrankung häufig vorkommt und gleichzeitig in aller Regel keine Spätwirkungen zeitigt. In der Stellensuche ist sie während dieser Tage aber eingeschränkt.
- c. Ein Logistiker besucht einen dreiwöchigen militärischen Wiederholungskurs. Einer Anstellung bei einem neuen Arbeitgeber dürfte dies nicht entgegenstehen, Ausschau nach einer neuen Stelle kann der Logistiker in dieser Zeit indes nicht halten.³⁰
- d. Eine Servicemitarbeiterin ist im dritten Monat schwanger. Ihre Aussichten auf eine neue Arbeitsstelle sind gesunken. Sondierungen nach potenziellen Arbeitgebern sind im Regelfall aber trotzdem und ohne Einschränkungen möglich.

²³ BGer, 4D_6/2009, 7.4.2009, E. 3.

²⁴ Botschaft vom 9. Mai 1984 zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht, BBl 1984 II 551 ff., 605. MANFRED REHBINDER/ JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362, 2. A., Bern 2014, Art. 336c OR N 3, meinen, dass diese Rechtslage nicht gerade ein Beitrag zur Rechtssicherheit sei.

²⁵ ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 330b–355, Art. 361–362 OR, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Zürich 2013, Art. 336c OR N 1. Als erschwerend für die Stellensuche stufte das Bundesgericht etwa eine Depression ein (BGer, 4C.346/2004, 15.2.2005).

²⁶ SUBILIA/DUC (FN 18), Art. 336c OR N 22.

²⁷ Oben II.C. Vgl. auch BGer, 8C_451/2013, 20.11.2013, E. 6.3.

²⁸ TC VD, 22.7.2013, in: JAR 2014, 503, E. 5c.

²⁹ Vgl. auch die Beispiele bei JÜRIG OSKAR LUGINBÜHL/TONI BRÜHLMANN, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine Problematik an der Schnittstelle von Medizin und Recht, Jusletter vom 19.8.2013, N 2.

³⁰ Dass während militärischer Wiederholungskurse zuweilen ausreichend Freizeit und entsprechend auch Zeit für eine Stellensuche zur Verfügung steht, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden.

- e. Ein Versicherungsangestellter wird entlassen und freigestellt. Während der Kündigungsfrist bricht er sich bei einem Fahrradunfall den linken Unterarm und verbringt drei Tage im Spital. Arbeitslosigkeit droht ihm deswegen nicht, zudem kann er aufgrund der Freistellung trotz des Unfalls insgesamt mehr Zeit für die Stellensuche aufwenden.

Bereits diese Auflistung verdeutlicht, dass keiner der beiden Ansätze als Allzweckmittel für sämtliche Sachverhalte taugt. Es ist zu beobachten, dass die Gerichte je nach Fallkonstellation auf die eine oder die andere Argumentationslinie einschwenken.³¹ Beide Kriterien weisen denn auch praktische Schwachstellen auf. Nicht beachtet wird mit beiden Argumentationslinien zunächst, ob der Arbeitnehmer überhaupt eine neue Stelle sucht (Pensionierung, Weiterbildung, Sabbatical). Das scheinbar objektivierte Kriterium «Chance auf eine Neuanschließung» entspricht kaum den ökonomischen Realitäten. Die Perspektiven auf dem Stellenmarkt hängen in hohem Masse von den subjektiven Voraussetzungen des Betroffenen, vom gesuchten Beschäftigungsgrad sowie vom gesuchten Stellenprofil und von der Arbeitsmarktlage ab. Pointiert ausgedrückt: Ein 62-jähriger Mann ohne Ausbildung hat selbst bei bester Gesundheit weniger Aussicht auf eine neue Arbeitsstelle als eine 40-jährige Fachspezialistin mit einwöchiger Grippeerkrankung. Der Einfluss einer Kurzausenz auf die Chance einer Neuanschließung tendiert in der Praxis gegen Null.

Auf der anderen Seite läuft die Forderung nach einer «ungekürzten Kündigungsfrist zur Stellensuche» dem vom Gesetzgeber geäußerten Zweckgedanken von Art. 336c OR zuwider, wonach es unerheblich sei, ob der Arbeitnehmer faktisch an der Stellensuche gehindert sei oder nicht. Auch werden Faktoren, welche die effektive Zeit zur Stellensuche massgeblich beeinflussen (Freistellung, Länge der Kündigungsfrist, vollständige oder teilweise Arbeitsunfähigkeit), nicht berücksichtigt. Zudem ist die Vorstellung, wonach der Arbeitnehmer während der gesamten Kündigungsfrist Tag und Nacht nach einer Stelle sucht bzw. die Möglichkeit dazu haben muss, doch eher theoretischer Natur und gerade mit Blick auf die ausserordentliche Freizeit für die Stellensuche (Art. 329 Abs. 3 OR), welche dem Arbeitnehmer im Ausmass eines Halbtags pro Woche gewährt werden soll, auch schwer verständlich – selbst wenn man bedenkt, dass die Sperrfrist nach der gesetzlichen Konzeption eben unabhängig

davon greift, ob der Arbeitnehmer tatsächlich auf diese angewiesen ist.

IV. Lösungen

A. Teleologische Reduktion von Art. 336c OR

Gesetze sind in erster Linie aus sich selbst heraus, also nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode, auszulegen. Die Auslegung ist auf Sinn und Zweck der Norm auszurichten, die zu ermitteln dem Gericht nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Führt die Auslegung der *ratio legis* einer Norm zur Feststellung, dass der Wortlaut einer Norm zu weit geht, kann dies dazu führen, dass ein vordergründig klarer Wortlaut einer Norm auf einen Sachverhalt nicht angewendet wird. Man spricht in diesem Fall von einer teleologischen Reduktion. Es handelt sich dabei um einen heute allgemein anerkannten Akt richterlicher Rechtsschöpfung.³² Voraussetzung für eine richterliche Korrektur ist, dass triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass der klare Wortlaut den wahren Sinn der Norm nicht korrekt zum Ausdruck bringt,³³ was namentlich bei einer planwidrigen Unvollständigkeit der Fall ist.³⁴

Es dürfte unbestritten sein, dass der Wortlaut von Art. 336c OR als «klar» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu betrachten ist. Somit ist zu prüfen, ob triftige Gründe für die Annahme vorliegen, dass dieser vordergründig «klare» Wortlaut den wahren Sinn der Norm nicht korrekt wiedergibt.

1. Vorliegen von triftigen Gründen

a. Entstehung: Fraglich, ob Fall der Kurzausenzen bedacht

Das Bundesgericht führt aus, dass nichts darauf schliessen lasse, dass der Gesetzgeber den Kündigungsschutz nur für Arbeitsunfähigkeit von einer gewissen Mindestdauer habe gewähren wollen.³⁵ Auch die herrschende Lehre geht davon aus, dass der Gesetzgeber ein allfälliges Missverhältnis zwischen Arbeitsverhinderung und Verlängerung des Arbeitsverhältnisses in Kauf genommen

³¹ Eine Ausnahme macht hier das TC VD, 22.7.2013, in: JAR 2014, 503, welches beide Argumentationslinien eingehend analysiert (dazu oben II.C.).

³² BGE 128 I 34 E. 3b.

³³ BGE 131 III 314 E. 2.2. Vgl. zum Ganzen auch ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. A., Bern 2016, 233 ff.

³⁴ BGE 140 III 501 E. 4.

³⁵ BGE 115 V 437 E. 3d.

habe.³⁶ Nach dieser Lesart fallen auch Kurzabsenzen unter Art. 336c OR.

Die Historie von Art. 336c OR gibt indes Anlass zu Skepsis. Die Entstehungsgeschichte von Art. 336c OR legt erstens offen, dass der Gesetzgeber generell unter dem Eindruck kürzerer Kündigungsfristen stand. Im Fabrikgesetz konnte ein Arbeitsverhältnis auf vierzehn Tage (Art. 21) und einen beliebigen Termin bzw. Samstag oder Zahltag (Art. 22) gekündigt werden, im Dienstvertragsrecht je nach Dauer und Anstellung innert Wochen- oder Monatsfrist (aArt. 347 Abs. 2 und aArt. 348 Abs. 1 OR). Kurzabsenzen hätten bei Weitergeltung dieses Regimes zumindest zum Teil Arbeitsverhältnisse nicht über Gebühr verlängert. Es darf gezweifelt werden, ob die Auswirkungen der einheitlichen Neuregelung hinsichtlich Kündigungsfrist und -termin für alle Arbeitnehmerkategorien (aArt. 336b OR entspricht heute inhaltlich Art. 335c OR) bedacht worden sind, zumal die heutige Regelung erst im Parlament in dieser Form beschlossen wurde.³⁷

Zu diesem Schluss führt zweitens vor allem auch der Umstand, dass der zweite Anwendungsfall von Art. 336c Abs. 2 respektive Art. 336c Abs. 3 OR einer Regelung für Militärdienstleistende entspringt. Der Gesetzgeber hatte dabei längere Dienstleistungen vor Augen.³⁸ Solche Abwesenheiten führen, wenn es um die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses geht, regelmässig nicht zu derart krasen Missverhältnissen, wie das bei Kurzabsenzen, häufig durch kurze Erkrankungen bedingt, der Fall ist. Auch das spricht dafür, dass man bei der Schaffung der neuen Bestimmungen bzw. der Ausdehnung der Vorschriften für den Militärdienst auf sämtliche Sperrfristentatbestände die konkreten Auswirkungen von Kurzabsenzen während der Kündigungsfrist nicht auf dem Radar hatte.

Insgesamt liegt die Annahme einer planwidrigen Unvollständigkeit bei der Schaffung der gesetzlichen Bestimmungen zumindest nicht fern. Es muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den Normalfall regeln wollte und nicht im Blick hatte, dass im Normalfall – und Kurzabsenzen entsprechen dem Normalfall –

krasse Missverhältnisse zwischen der Dauer der Absenz und der zeitlichen Erstreckung der Kündigungsfrist entstehen.

b. Botschaft 1984: Betonung der Ungewissheit

Der Sperrfristenschutz bei Krankheit und Unfall fusst auf dem Gedanken, dass eine Neuanschaffung «im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit» höchst unwahrscheinlich erscheint, wie es in der Botschaft zum erneuerten Kündigungsrecht aus dem Jahr 1984 heisst. Aus dieser Passage erhellt, dass der historische Gesetzgeber den Fokus auf die Unsicherheit über die sachliche und zeitliche Dimension der Arbeitsverhinderung gelegt hat bzw. legen wollte. Das heisst: Besteht Ungewissheit, ob eine Gesundheitsstörung eine Neuanschaffung höchst unwahrscheinlich macht, muss Art. 336c OR greifen. Besteht sogar Gewissheit über die Chancenverringerung auf dem Arbeitsmarkt, muss dies umso deutlicher gelten. Kann hingegen mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Chancen einer Neuanschaffung nicht beeinträchtigt sind, darf konsequenterweise keine Sperrfrist ausgelöst werden.

Nun ist es so, dass auch geringfügige gesundheitliche Leiden, welche sich in Kurzabsenzen niederschlagen, Risiken bergen. Im Normalfall – und hier muss bei der Sinnerfassung einer Bestimmung angesetzt werden – ist eine medizinische Prognose über deren Entwicklung aber mit hoher Wahrscheinlichkeit möglich. Die Ausfälle dauern denn auch regelmässig nur wenige Tage. Kurzabsenzen, das liegt in der Natur der Sache, sind in den meisten Fällen auf geringfügige Gesundheitsbeeinträchtigungen zurückzuführen. Das muss zur Folge haben, dass bei ebensolchen Absenzen grundsätzlich keine Sperrfrist Platz greift.³⁹ Im Einklang mit der Botschaft versagt das Bundesgericht bei einer bloss unbedeutenden Gesundheitsstörung bzw. einer unbedeutenden Dauer der Arbeitsunfähigkeit Art. 336c Abs. 1 lit. b OR die Anwendung.⁴⁰

c. Verlängerung des Arbeitsverhältnisses als objektive Rechtsfolge

Art. 336c Abs. 3 OR soll den Antritt einer neuen Stelle insofern erleichtern, als der Beginn von Arbeitsverhältnissen in der Regel auf Monatsanfang gelegt wird. Wenn aber kurze Gesundheitsstörungen oder andere Kurzabsenzen den Kündigungsschutz auslösen, wird das gesetzgeberische Schutzziel im Ergebnis unterlaufen. Wird Art. 336c OR konsequent angewendet, ist der Zeitpunkt

³⁶ Statt vieler: BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 21), Art. 336c N 13a; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 10), Art. 336c OR N 3; ADRIAN VON KAENEL, Besprechung eines Urteils des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 18. März 2008, ARV 2008, 191 ff., 192.

³⁷ ULLIN STREIFF, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertrags-Recht, Glattbrugg/Zürich 1972, Art. 336a–336d OR N 1. Der Bundesrat wollte etwa an der Unterscheidung der Kündigungsfristen je nach Arbeitnehmerkategorie festhalten (Botschaft 1967 [FN 11], 374 f.).

³⁸ Die Botschaft 1948 (FN 14), 664, verweist insbesondere auf Rekruten- und Kaderschulen, Beförderungsdienste, Wiederholungskurse sowie Ausbildungskurse.

³⁹ Vgl. aber unten IV.A.3.a.

⁴⁰ Vgl. oben II.C.

des Antritts einer neuen Stelle kaum mehr planbar, weil mit einer Kurzkrankheit, gerade während einer langen Kündigungsfrist, jederzeit zu rechnen ist – namentlich auch nachdem bereits ein neuer Arbeitsvertrag unterzeichnet wurde.

Auch wenn in solchen Konstellationen selten ein Arbeitgeber auf die Idee kommt, auf der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses zu beharren,⁴¹ wird der Bewerbungsprozess des Arbeitnehmers von diesem gesetzlich geschaffenen Unsicherheitsfaktor begleitet. Der Schutzgedanke des Gesetzgebers, den Arbeitnehmer vor Arbeitslosigkeit zu bewahren,⁴² wird also geradezu konterkariert, wenn sich der Arbeitnehmer nicht sicher sein kann, ob er eine neue Stelle zum vereinbarten Termin antreten kann. Dass dies nicht dem Sinn und Zweck der Gesetzesvorschrift entsprechen kann, muss einleuchten. Das Bundesgericht hat richtigerweise festgehalten, dass derjenigen Lösung den Vorzug zu geben ist, welche dem mit Art. 336c OR angestrebten Arbeitnehmerschutz am besten gerecht wird.⁴³

2. Leitsatz

Die aufgelisteten Gründe sind triftig und lassen den Schluss zu, dass der Wortlaut von Art. 336c OR Sinn und Zweck der Norm nicht korrekt wiedergibt. Es rechtfertigt sich somit, Kurzausenzen im Regelfall mittels teleologischer Reduktion vom Anwendungsbereich von Art. 336c OR auszunehmen. Hierfür spricht nicht zuletzt, dass Art. 336c OR im internationalen Vergleich ein Unikum darstellt⁴⁴ und die heutige Praxis der Gerichte juristischen Laien weitgehend unbekannt ist. Sie gibt den Parteien vielmehr ein Instrument in die Hand, das nicht selten zweckwidrig (und umso häufiger erst nach einer Rechtsberatung) eingesetzt wird. Das ist aus Sicht des Rechtsanwenders bzw. des Arbeitnehmers kaum wünschenswert. Wenn Gerichte heute bei unbedeutenden Gesundheitsstö-

rungen oder arbeitsplatzbezogenen Krankheiten Art. 336c OR die Anwendung versagen, so nehmen sie bereits eine teleologische Reduktion vor.⁴⁵

Nach der hier vertretenen Ansicht lässt sich der Zweckgedanke der Norm nur durch die kumulative Anwendung der beiden Argumentationslinien («Möglichkeit zur Stellensuche» und «Chance auf eine Neuanstellung») verwirklichen.⁴⁶ Das ist nur konsequent, schliesslich bedingen sich die beiden Kriterien gegenseitig: Wer sich länger und intensiver um eine neue Stelle kümmern kann, hat – trotz Einfluss diverser anderer Faktoren – tendenziell auch bessere Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Würde man beispielsweise allein auf die Chancen auf eine Neuanstellung abstellen, müsste bei einem Arbeitnehmer, der während der Kündigungsfrist mehrere Kurzausenzen verzeichnet (z.B. Abwesenheiten aufgrund medizinischer Routineeingriffe), welche allesamt keine Auswirkungen auf sein Erwerbsleben haben, Art. 336c OR die Anwendung versagt werden.

Wie ausgeführt, besteht insbesondere bei auf Erkrankungen zurückzuführenden Kurzausenzen regelmässig keine Ungewissheit über deren Dauer und Ausmass. Entsprechend ist Art. 336c OR nur anwendbar, wenn weder die Möglichkeit zur Stellensuche noch die Chance auf eine Neuanstellung wesentlich eingeschränkt sind. Das bedeutet: Der Sperrfristenschutz kann nur greifen, *wenn die Möglichkeit zur Stellensuche oder die Chance auf eine Neuanstellung erheblich beeinträchtigt ist*. Eine solche Sinnerfassung entspricht letztlich auch dem Kern der gesetzgeberischen Intention, wonach Art. 336c OR den Schutz vor der drohenden Arbeitslosigkeit ins Zentrum stellt.⁴⁷ Konsequenterweise sollten Kurzausenzen ganz generell vom Anwendungsbereich von Art. 336c OR ausgenommen werden. Es gibt keinen Grund, ähnliche Fallstricke anderer Tatbestände (ein- oder mehrtägiger Schutzdienst, Schwangerschaftsabbruch oder Frühabort kurz nach der Befruchtung) anders zu behandeln.

3. Offene Fragen

a. Erheblichkeit der Beeinträchtigung und Beweisfragen

Entscheidend ist selbstredend die Frage, ab welcher Dauer der Absenz diese als erhebliche Beeinträchtigung der

⁴¹ Eine Berufung des Arbeitgebers auf Art. 336c OR kann sich in solchen Fällen namentlich dann als rechtsmissbräuchlich erweisen, wenn ihm die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses keinen Nutzen bringt (z.B. bei bereits erfolgter Neueinstellung eines Nachfolgers auf das geplante Vertragsende des Vorgängers), dem Arbeitnehmer aber schadet (z.B. bei bereits erfolgter Stellenzusage bei einem neuen Arbeitgeber auf das geplante Vertragsende beim alten Arbeitgeber). A.M. CARRUZZO (FN 16), Art. 336c und 336d OR N 4, wonach sich der gesetzliche Schutz generell nicht mehr rechtfertigt, sobald der Arbeitnehmer eine neue Stelle innehat.

⁴² Vgl. oben III.B.

⁴³ BGE 115 V 437 E. 3d.

⁴⁴ DENIS HUMBERT/ANDRÉ LERCH, Kündigungsschutz, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2018, N 11.148.

⁴⁵ In BGE 128 III 212 E. 2c und BGer, 4C.346/2004, 15.2.2005, E. 4.2, verzichtete das Bundesgericht auf eine solche dogmatische Begründung.

⁴⁶ Ähnlich RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit de travail, 3. A., Bern 2014, 685.

⁴⁷ Vgl. oben III.B.

Stellensuche oder der Chancen auf eine Neuanstellung zu betrachten ist – bzw. im Umkehrschluss bis zu welcher Dauer diese gerade keine wesentliche Beeinträchtigung mit sich bringt.

Nach hier vertretener Auffassung müssten Absenzen von drei bis fünf Tagen – und somit der überwiegende Anteil aller gesundheitsbedingten Abwesenheiten –⁴⁸ durch teleologische Reduktion vom Sperrfristenschutz ausgenommen sein, weil dadurch in der Regel weder die Stellensuche noch die Chancen auf eine Neuanstellung erheblich beeinträchtigt werden. Als Kriterium dürfte dabei sicherlich die Dauer der Kündigungsfrist zu berücksichtigen sein: Eine fünftägige Krankheit wird hinsichtlich der Möglichkeit zur Stellensuche bei einer einmonatigen Kündigungsfrist in aller Regel mehr ins Gewicht fallen als bei einer sechsmonatigen. Abzulehnen sind u.E. starre Richtwerte, wonach etwa pro Monat Kündigungsfrist zwei Tage Absenz – und somit bei zwei Monaten Kündigungsfrist vier Tage usw. – noch als «kurz» gälten und damit vom Sperrfristenschutz ausgenommen wären. Ein solches System würde sowohl Missbrauchsversuchen als auch -vorwürfen Tür und Tor öffnen.

Unzweifelhaft erscheint, dass stets eine Einzelfallbetrachtung erfolgen muss.⁴⁹ Ein Arbeitnehmer kann beweisen, dass die Erheblichkeit der Beeinträchtigung auch bei kürzeren Absenzen als vorgängig beschrieben vorliegt: Er muss in Fällen von kurzen Arbeitsverhinderungen vom Sperrfristenschutz profitieren können, wenn er den Beweis erbringt, dass die Möglichkeit zur Stellensuche oder die Chancen auf dem Arbeitsmarkt wesentlich beeinträchtigt sind. Zu denken ist etwa an die Konstellation, dass ein Arbeitnehmer für diverse vereinbarte Vorstellungsgespräche für einen Tag in eine andere Stadt reisen will, aber just an diesem Tag wegen einer starken Migräne an der Reise gehindert wird. Diesfalls ist der Arbeitnehmer trotz nur eintägiger Krankheit in seiner Stellensuche erheblich beeinträchtigt. Auf der anderen Seite kann der Arbeitgeber beweisen, dass Erheblichkeit auch bei längeren Absenzen nicht vorliegt.

b. Anwendung auf beide Varianten von Art. 336c OR

Fraglich ist, ob die Anwendung des Leitsatzes nur dazu führen soll, dass bei Kurzabsenzen keine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses erfolgt, oder auch, dass während Kurzabsenzen ausgesprochene Kündigungen entgegen

dem Wortlaut von Art. 336c Abs. 2 OR nicht als nichtig zu qualifizieren sind.

Für die zweitgenannte Sichtweise spricht, dass der Wortlaut von Art. 336c Abs. 2 OR keine Differenzierung zwischen Nichtigkeit der Kündigung und der Verlängerung der Kündigungsfrist vornimmt. Indessen sind hinsichtlich der Erklärung der Kündigung – im Unterschied zur Verlängerung der Kündigungsfrist⁵⁰ – keine triftigen Gründe ersichtlich, vom klaren gesetzlichen Wortlaut abzuweichen. Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis, sofern keine Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 OR läuft, jederzeit kündigen, auch wenn dies noch immer häufig erst Ende Monat – unter Berücksichtigung der Kündigungsfrist in der Regel auf Ende eines Monats – gemacht wird. Dass der Arbeitnehmer Ende Monat für kurze Zeit erkrankt (oder einen Unfall hat), liegt aber in der Risikosphäre des Arbeitgebers. Er hat die Folgen davon zu tragen, dass er nicht zu einem früheren Zeitpunkt gekündigt hat, die Kündigung damit erst im «neuen» Monat ausgesprochen werden kann und sich das Arbeitsverhältnis damit faktisch ebenfalls um einen vollen Monat verlängert. Entsprechend sind während Kurzabsenzen ausgesprochene Kündigungen nicht als gültig zu betrachten.

B. Alternative Lösungen

1. Arbeitsvertragliche Ausgestaltung

Eine Möglichkeit, unerwünschte Verlängerungen des Arbeitsverhältnisses aufgrund von Art. 336c Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 OR zu verhindern, liegt in der arbeitsvertraglichen Vereinbarung, dass das Arbeitsverhältnis entgegen der gesetzlichen Regelung in Art. 335c Abs. 1 OR auf einen beliebigen Termin gekündigt werden kann. Dies ist unstrittig zulässig.⁵¹ Von diesem Instrument machen Arbeitgeber in der Praxis je länger desto häufiger Gebrauch. Bei dieser vertraglichen Ausgestaltung verlängert sich das Arbeitsverhältnis exakt um jene Anzahl Tage, während welcher eine Sperrfrist lief. Eine Verlängerung gestützt auf Art. 336c Abs. 3 OR erfolgt nicht, da kein fixer Endtermin vereinbart worden ist.

Für den Arbeitnehmer hat diese Lösung jedoch die unschöne Konsequenz, dass im Arbeitszeugnis der untermonatige Austritt ersichtlich ist. Insbesondere bei arbeitgeberseitigen Kündigungen, bei welchen der Austritt nicht «auf Wunsch des Arbeitnehmers» erfolgt, erweckt dies unweigerlich den Anschein einer fristlosen Kündigung, was den Arbeitnehmer bei der Stellensuche beträchtlich

⁴⁸ Vgl. oben I.

⁴⁹ Illustrativ zur Prüfung der konkreten Verhältnisse TC VD, JAR 2014, 503 (vgl. oben).

⁵⁰ Vgl. oben IV.A.1.

⁵¹ BGE 128 III 212 E. 3b/aa.

behindert. Dieses Problem liesse sich allenfalls dadurch lösen, dass die Parteien eine befristete Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis Ende jenes Monats vereinbaren, in welchem das Arbeitsverhältnis enden würde.⁵²

2. Berufung auf Rechtsmissbrauch

Im Leitentscheid BGE 115 V 437 hielt das Bundesgericht fest, dass Arbeitsunfähigkeiten von unbedeutender Dauer unter dem Blickwinkel des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 ZGB) zu prüfen sind. Dies wird von den Gerichten bis heute so gehandhabt. Das Bundesgericht ist bei der Annahme von Rechtsmissbrauch zu Recht sehr zurückhaltend. Es bejahte beispielsweise den Sperrfristenschutz selbst bei einer zweitägigen Krankheit über die Weihnachtstage.⁵³

Die kantonale Rechtsprechung ist heterogen. Einigkeit besteht immerhin dahingehend, dass die Berufung auf die Sperrfrist nicht bereits deshalb rechtsmissbräuchlich ist, weil die Arbeitsunfähigkeit kurz war. Zu berücksichtigen ist namentlich, ob der Arbeitnehmer freigestellt war, ob er bereits eine neue Stelle hatte, ob eine verlängerte Kündigungsfrist zur Verfügung stand und ob die Arbeitsunfähigkeit gegen Ende der Kündigungsfrist eintrat.⁵⁴

Nach hier vertretener Auffassung ist die Prüfung von Kurzausenzen unter dem Blickwinkel des Rechtsmissbrauchs in der Regel nicht zweckdienlich. Die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses ist auch bei kurzen Ausenzen die objektive Rechtsfolge des Wortlauts von Art. 336c OR; die Norm differenziert nicht nach der Dauer der Arbeitsunfähigkeit. Einem Arbeitnehmer, welcher sich auf eine vom Gesetzeswortlaut vorgesehene Rechtsfolge beruft, kann man nicht die missbräuchliche Ausübung eines Rechts vorwerfen – es sei denn, es liegen qualifizierende Elemente vor.⁵⁵ Dies wäre u.E. etwa der Fall, wenn ein freigestellter Arbeitnehmer bereits eine neue Stelle hat, diese jedoch erst einen Monat nach Beendigung des aktuellen Arbeitsverhältnisses antreten kann – und die Berufung auf den Sperrfristenschutz so die (finanzielle) «Lücke» zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen füllt.

V. Schluss

Die Analyse von Art. 336c OR hat ergeben, dass triftige Gründe vorliegen für die Annahme, dass der Gesetzeswortlaut bei Kurzausenzen den Sinn und Zweck der Norm nicht korrekt abbildet. Es bestehen entgegen der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung Zweifel daran, dass der Gesetzgeber das bei konsequenter Anwendung von Art. 336c OR verursachte Missverhältnis zwischen Dauer der Absenz und Dauer der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bei Kurzausenzen – welche den häufigsten Fall der Ausenzen darstellen – bedacht hat. Entsprechend ist die Norm dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass Kurzausenzen vom Anwendungsbereich von Art. 336c OR auszunehmen sind. Als «kurz» sind dabei Ausenzen von drei bis fünf Tagen zu betrachten. Bei solchen Abwesenheiten besteht im Regelfall keine Ungewissheit über Dauer und Ausmass der Beeinträchtigung. Solche Kurzausenzen haben für gewöhnlich keinen negativen Einfluss auf die Möglichkeit zur Stellensuche oder die Chance auf eine Neuanstellung des Arbeitnehmers bzw. beeinträchtigen diese nicht erheblich.

⁵² Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 10), Art. 336c OR N 3.

⁵³ BGer, 4D_6/2009, 7.4.2009, vgl. auch oben II.C.

⁵⁴ Vgl. die Übersicht bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 10), Art. 336c OR N 3 m.w.Nw.; vgl. auch die Ausführungen bei KURT PÄRLI/JULIA HUG/ANDREAS PETRIK, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Bern 2015, N 502 ff.

⁵⁵ Gl.M. VON KAENEL (FN 36), 192.