



Kommentar zu: Urteil [4A\\_227/2009](#) vom 28. Juli 2009  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Arbeitsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#)

## Kündigungsschutz trotz Arbeitsleistung?

Autor / Autorin

Roberta Papa



Redaktor / Redaktorin

Thomas Geiser



Eine Kündigung, die der Arbeitgeber ausspricht, währenddem der Arbeitnehmer trotz ärztlich bescheinigter Krankheit zur Arbeit erscheint, muss nicht ungültig sein. In Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung hat das Bundesgericht im Urteil [4A\\_227/2009](#) vom 28. Juli 2009 festgehalten, dass eine Sperrfrist nur dann greift, wenn nicht bloss eine unbedeutende Beeinträchtigung der Gesundheit vorliegt, die den Arbeitnehmer auch nicht daran hindern würde, eine neue Stelle anzutreten.

### Zusammenfassung

[Rz 1] Das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin (Beschwerdeführerin) wurde von der Arbeitgeberin (Beschwerdegegnerin) am 25. April 2007 per 31. Mai 2007 gekündigt. Die Kündigung wurde der Arbeitnehmerin im Rahmen einer Besprechung am Sitz der Arbeitgeberin mündlich mitgeteilt und mit Schreiben vom gleichen Tag, das der Arbeitnehmerin am 1. Mai 2007 zugeht, schriftlich bestätigt.

[Rz 2] Bevor die Arbeitnehmerin am 25. April 2007 zur Arbeit erschienen war, hatte sie wegen einer Infektion einen Arzt konsultiert. In einem vom 11. August 2007 datierten Arztzeugnis bestätigte dieser Arzt, dass die Arbeitnehmerin am 25. April 2007 an einer behandlungsbedürftigen Infektion gelitten habe; die Arbeitnehmerin habe sich indessen trotz ärztlicher Anweisung geweigert, zu Hause zu bleiben mit der Begründung, wichtige geschäftliche Verpflichtungen zu haben. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin für die Dauer vom 25. April 2007 bis 13. Mai 2007 wurde noch von zwei weiteren Ärzten rückwirkend bestätigt.

[Rz 3] Gestützt auf die erwähnten Arztzeugnisse und die darin bescheinigte Arbeitsunfähigkeit machte die Arbeitnehmerin daraufhin (unter anderem) geltend, dass die Kündigung vom 25. April 2007 nichtig und das Arbeitsverhältnis daher noch ungekündigt sei.

[Rz 4] Das Bundesgericht beurteilt die (Rechts-)Frage, ob die Krankheit der Arbeitnehmerin auch zu einer Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR geführt habe. Es hält fest, dass die vorgebrachten Arztzeugnisse hierfür keinen abschliessenden Beweis bilden, insbesondere weil die

Arbeitnehmerin zur Arbeit erschienen war. In Bestätigung seiner Rechtsprechung (s. Urteil 4C.346/2004 vom 15. Februar 2004; BGE 128 III 212 E. 2c m.w.H. = Pra 2002 Nr. 153) führt es aus, dass der Kündigungsschutz zwar auch dann greifen kann, wenn die Arbeitnehmerin trotz Krankheit (oder Unfall) zur Arbeit kommt; eine Ausnahme gilt allerdings dann, wenn es sich um eine bloss unbedeutende Beeinträchtigung der Gesundheit handelt, welche die Arbeitnehmerin auch nicht daran hindern würde, eine neue Stelle anzutreten. Die Infektion der Arbeitnehmerin erachtet es in diesem Sinn als unbedeutend, so dass die Kündigung gültig war.

### **Kommentar**

[Rz 5] Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, währenddem der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem 2. bis und mit dem 5. Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem 6. Dienstjahr während 180 Tagen. Eine Kündigung, die während einer solchen Sperrfrist ausgesprochen wird, ist nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR).

[Rz 6] Nach dem Gesetzeswortlaut knüpft der zeitliche Kündigungsschutz an die Arbeitsverhinderung und nicht an die Krankheit an. Daher löst nicht automatisch jede Krankheit eine Sperrfrist aus, sondern nur dann, wenn sie eine Arbeitsverhinderung bewirkt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich ein Arbeitnehmer allerdings auch dann auf den Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR berufen, wenn er trotz bestehender (und ihm allenfalls unbekannter) Krankheit zur Arbeit erscheint (BGE 128 III 212 E. 2c m.w.H. = Pra 2002 Nr. 153; siehe die Zusammenstellung von Lehre und Rechtsprechung bei Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 336c OR N 2). In solchen Fällen soll der pflichtbewusste Arbeitnehmer, der sich trotz bestehender Krankheit zur Arbeit zwingt, nicht bestraft werden.

[Rz 7] Dass der zeitliche Kündigungsschutz nicht greifen soll, wenn die gesundheitliche Beeinträchtigung unbedeutend ist, steht im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut und folgt auch aus Sinn und Zweck von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Diese Bestimmung will zum einen sicherstellen, dass dem Arbeitnehmer die gesamte Kündigungsfrist zur Stellensuche zur Verfügung steht (vgl. BGE 134 III 354; 124 III 474 m.w.H.). Zum andern trägt sie dem Umstand Rechnung, dass eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist sehr unwahrscheinlich ist, wenn eine grosse Unsicherheit in Bezug auf die Dauer und das Ausmass der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmenden (eine Teilarbeitsunfähigkeit genügt) besteht (Botschaft vom 9. Mai 1984, BBl 1984 II 551, 605).

[Rz 8] Wendet man diese Kriterien konsequent an, so wäre bei Kurzabsenzen generell eine kritische Haltung angezeigt. Das Bundesgericht hat sich in anderen Entscheiden allerdings an den Wortlaut des Gesetzes gehalten und, unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs, auch bei Kurzabsenzen vollen Kündigungsschutz gewährt, unbesehen davon, ob der Arbeitnehmer bei der Stellensuche oder in seinen Chancen, von einem neuen Arbeitgeber angestellt zu werden, überhaupt beeinträchtigt war oder nicht (vgl. Urteil 4D\_6/2009 vom 7. April 2009 [zweitägige Krankheit am 24./25. Dezember] und BGE 115 V 437, 442 E. 3d).

[Rz 9] Zweifelhafte Arbeitsunfähigkeiten müssen einen Arbeitgeber im Ergebnis nicht zwingend daran hindern, eine Kündigung auszusprechen. Der Arbeitgeber muss sich aber bewusst sein, dass sich die Kündigung nachträglich als ungültig erweisen könnte; er sollte diese daher vorsorglich wiederholen, sobald keine Gefahr einer Sperrfrist mehr besteht.

**Zitiervorschlag:** Roberta Papa, Kündigungsschutz trotz Arbeitsleistung?, in: dRSK, publiziert am 17. September 2009

**EDITIONS WEBLAW**

**Weblaw AG** | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern  
T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**[www.weblaw.ch](http://www.weblaw.ch)**