

Die arbeitsrechtliche Sperrfrist

Von Martin Farner

Inhalt

1	Einleitung	2
2	Die Mechanik der Sperrfrist	3
2.1	Kumulation von Sperrfristen	3
2.2	Sperrfrist und Probezeit	4
2.3	Sperrfrist und fristlose Entlassung	4
2.4	Vertragliche Regelung von Sperrfristen	4
2.5	Feste Vertragslaufzeit	5
2.6	Arbeitnehmerkündigung in der Sperrfrist	5
2.7	Aufhebungsvertrag	5
2.8	Rechtsfolge: Nichtigkeit	5
2.9	Der Sonderfall nach Art. 10 Abs. 2 GIG	5
2.10	Missbräuchlichkeit einer Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist	6
3	Kündigung vor Eintritt eines Sperrfristentatbestandes	6
3.1	Der Lauf der Kündigungsfrist	6
3.2	Die Verlängerung der Kündigungsfrist	8
3.3	Milderung von Sperrfristenfolgen	10
3.3.1	Rechtsmissbrauch	10
3.3.2	Denis Webers Bonustage	12
3.3.3	Sperrfristentatbestände, die vor der Kündigungsfrist einsetzen	13
3.4	Information über die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses	14
3.5	Die Länge der Sperrfrist bei Bereichsgrenzen	14
3.5.1	Gabriel Aubert	14
3.5.2	Denis Weber	14
3.5.3	Adrian Staehelin	14
3.5.4	Subilia/Duc	15
3.5.5	Thomas Geiser	15
3.5.6	Streiff/von Kaenel	15
3.5.7	Die Lösung des Bundesgerichts	16
3.6	Kündigungsmöglichkeiten bei Bereichsgrenzen	17
4	Der zeitliche Kündigungsschutz in den öffentlichen Personalrechten	18
4.1	Bundespersonalgesetz	19
4.2	Personalgesetz Kanton Zürich	19
4.3	Personalgesetz Kanton Schaffhausen	19
4.4	Personalgesetz Kanton Aargau	19
4.5	Personalgesetz Kanton Basel-Stadt	19
4.6	Personalgesetz Kanton St. Gallen	20
4.7	Personalgesetz Kanton Graubünden	20

1 Einleitung

Die arbeitsrechtliche Sperrfrist ist ein Verbot, zu gewissen Zeitpunkten die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses auszusprechen. Bei einer bereits ausgesprochenen und zulässigen Kündigung bedeutet die Sperrfrist eine Ablaufhemmung der Kündigungsfrist. Die Sperrfristenregelung des schweizerischen OR stammt ursprünglich aus dem Fabrikgesetz. Das Fabrikgesetz, heute Arbeitsgesetz, ist ein Gesetz das ursprünglich nicht nur Bestimmungen über Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer und die Höchstarbeitszeit enthielt, sondern auch gewisse arbeitsvertragliche Regeln, so etwa eine Kündigungsfrist von 14 Tagen.

In der Zeit vor dem 1. Weltkrieg gab es Bestrebungen zur Verschärfung des Fabrikgesetzes, die allerdings kriegsbedingt erst auf den 1. Januar 1920 in Kraft traten. Mit dieser Fabrikgesetznovelle wurde eine Sperrfrist bei Krankheit von 4 Wochen und eine weitere bei Militärdienst ins Fabrikgesetz aufgenommen¹. Das Fabrikgesetz war ein Sonderarbeitsrecht für Fabrikarbeiter. Ausserhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes galt das Dienstvertragsrecht des OR, das keine Sperrfristen für die Kündigung vorsah.

In den sechziger Jahren unterzog das Parlament das Fabrikgesetz einer tiefgreifenden Reform, die zum heutigen Arbeitsgesetz führte. Im Anschluss daran musste auch das Arbeitsrecht des OR angepasst werden. Dies führte zur Übernahme u. a. der Sperrfristenregelung ins OR. Mit der Kündigungsschutznovelle von 1989 wurden die Sperrfristen zum Teil erheblich verlängert.

Den Sperrfristen liegt der Gedanke zugrunde, dass die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses *durch den Arbeitgeber* zur Unzeit kommen kann. Wer krank, schwanger oder im Militärdienst ist, kann sich nicht leicht beruflich neu orientieren. Ausserdem belohnen die Sperrfristen, wie sie in der Kündigungsschutznovelle von 1989 verlängert wurden, die Betriebstreue, indem längere Betriebszugehörigkeit auch längere Sperrfristen bei Krankheit und Unfall zur Folge haben.

Die Sperrfrist ist eine Einschränkung der Kündigungsfreiheit. Man kann den Sozialschutz auch mit anderen Mitteln gewährleisten. So sehen zahlreiche ausländische Arbeitsrechte eine Inhaltskontrolle von Kündigungen vor, die nur bei nachgewiesener Sozialverträglichkeit oder beim Nachweis eines sachlichen Kündigungsgrundes geschützt werden. Wenn eine Kündigung ohnehin einer Inhaltskontrolle unterworfen ist, kann bei der Überprüfung der Kündigung auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass eine Kündigung z. B. bei Krankheit eine Härte darstellt.

Die schweizerischen Personalrechte sehen in aller Regel zwei Schutzmechanismen vor. Einerseits übernehmen sie aus dem OR die Sperrfristenregelung und andererseits muss die Kündigung sachlich begründet sein. Es gibt also Inhaltskontrolle der Kündigung *und* Sperrfristenregelung. Die Erfahrung zeigt, dass diese zweifache Begrenzung des Kündigungsrechts zu keinen besonderen Problemen führt. Auch in den öffentlichen Verwaltungen wird heute häufiger entlassen als früher.

¹ Vgl. O. Höppli, Das neue Fabrikgesetz, Arbon 1920 S. 18.

2 Die Mechanik der Sperrfrist

Jeder Militärdienst von ausreichender Länge, jede Krankheit, Schwangerschaft, um die wichtigsten Anwendungsfälle zu nennen, löst eine Sperrfrist aus. Dieser Schutz greift allerdings erst nach Ablauf der Probezeit² ein. Wenn die Vertragsparteien die Probezeit nicht schriftlich verlängert haben³, greift der Sperrfristenschutz bereits nach dem ersten Arbeitsmonat ein, während der Anspruch auf Krankenlohn erst nach drei Monaten⁴ beginnt. Der Anspruch auf Krankenlohn entsteht jedes Arbeitsjahr neu. Die Sperrfrist kennt diesen Jahresrhythmus nicht. Die Sperrfrist beginnt mit dem auslösenden Tatbestand und dauert so lange wie z. B. die Krankheit dauert oder bis zum Ablauf der Sperrfrist. Dauert die Krankheit nach Ablauf der Sperrfrist fort, kann trotz Krankheit gekündigt werden.

Die Sperrfrist gilt ab dem auslösenden Tatbestand unabhängig vom Wissen der Vertragsparteien. Die Schwangere, die noch nicht weiss, dass sie schwanger ist, ist trotzdem unkündbar. Die Sperrfrist besteht auch unabhängig von Meldepflichten. Wenn etwa ein Mitarbeiter eine Woche lang nicht zur Arbeit kommt und ihm der Arbeitgeber nach drei Tagen ordentlich kündigt, so kann diese Kündigung durch Vorlegung eines ärztlichen Zeugnisses aus den Angeln gehoben werden, obwohl der Arbeitgeber von der Krankheit und somit von der Sperrfrist nichts wusste.

Das Bundesgericht hat in BGE [135 \(2009\) III 349](#) entschieden, dass eine Schwangere den Schutz der Sperrfrist auch dann geniesst, wenn sie ihre Schwangerschaft nicht umgehend meldet. Die Gegenmeinung, der zufolge der Schutz der Sperrfrist bei nicht rechtzeitiger Meldung dahinfällt, hat das Bundesgericht verworfen.

2.1 Kumulation von Sperrfristen

Aus dem Grundsatz, dass jeder auslösende Tatbestand eine Sperrfrist auslöst, folgt, dass sich mehrere Sperrfristen ergeben können, die sich entweder überlappen oder die aufeinander folgen. So kann zunächst eine Krankheit eine Sperrfrist auslösen und danach eine *andere* Krankheit⁵ eine weitere Sperrfrist. Oder es kann zunächst eine Sperrfrist zufolge Krankheit eintreten und danach eine solche wegen Militärdienst usw. Anders verhält es sich nur dann, wenn aufgrund der gleichen gesundheitlichen Ursache sich mehrere Erkrankungen ergeben wie etwa, wenn sich aus einer Erkältung eine Lungenentzündung entwickelt⁶. In diesem Fall tritt nur eine Sperrfrist ein.

Nun gibt es Krankheiten, die nur in grösseren Abständen auftreten. Wenn zwischen einzelnen Krankheitsphasen längere Phasen ohne gesundheitliche Beeinträchtigungen liegen, müssen die einzelnen Phasen als selbständige Sperrfristentatbestände gewürdigt werden.

Umstritten war früher, ob auch innerhalb des gleichen Sperrfristentatbestandes⁷ mehrere oder maximal nur eine Sperrfrist ausgelöst werden. Brühwiler vertritt die Ansicht, dass mehrere verschiedene Krankheiten oder eine Krankheit und ein Unfall zusammen nur

² Art. 336c Abs. 1 OR.

³ Vgl. Art. 335b OR.

⁴ Art. 324a Abs. 1 OR.

⁵ Vgl BGE [124 III 474](#)

⁶ Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph N 4 zu Art. 336c OR.

⁷ Sog. Intraliterale Kumulation.

eine Sperrfrist auslösen können⁸. Das Bundesgericht ist jedoch der Mehrheitsmeinung gefolgt und lässt bei verschiedenen Krankheiten oder bei Krankheit und Unfall je eine eigene Sperrfrist laufen⁹. Es ist in der Tat nicht einzusehen, wieso es zwischen Krankheit und Militärdienst zu einer Kumulation von Sperrfristen kommen soll, bei einer Krankheit und einem Unfall aber nicht. Die Zulassung der intraliteralen Kumulation darf heute als herrschende Lehre betrachtet werden.

2.2 Sperrfrist und Probezeit

Der Sperrfristenschutz beginnt erst nach dem Ablauf der Probezeit. Wird das Arbeitsverhältnis noch in der Probezeit durch die Arbeitgeberin aufgelöst, so besteht kein Sperrfristenschutz und zwar auch dann nicht, wenn die Kündigungsfrist selbst nicht mehr in der Probezeit liegt und auch die Krankheit erst nach Ablauf der Probezeit eintritt.

Allerdings kann sich die Frage stellen, wann die Probezeit abläuft. Dazu ein Beispiel¹⁰: In einem Arbeitsvertrag wurde vereinbart: *Die Kündigungsfrist beträgt die ersten 3 Monate 1 Monat, später 2 Monate*. Das Arbeitsverhältnis begann am 6. August 2001 und wurde von der Arbeitgeberin am 5. Oktober 2001 gekündigt. Vom 29. Oktober bis zum 9. November 2001 musste der Arbeitnehmer Militärdienst leisten und war ab 1. Dezember 2001 arbeitslos. Das Bundesgericht hat in der Klausel keine Verlängerung der Probezeit gesehen, so dass die Kündigung nichtig war.

2.3 Sperrfrist und fristlose Entlassung

Während eine ordentliche Kündigung in einer Sperrfrist keine Wirkung entfaltet, bleibt eine fristlose Entlassung gleichwohl möglich. Eine fristlose Entlassung beendet das Arbeitsverhältnis auch während einer Sperrfrist. Sollte sie aber nicht begründet sein, so ist die Lohnzahlung bis zu dem Zeitpunkt geschuldet, auf den ordentlich hätte gekündigt werden können. Das Risiko ist also gross und wird durch eine mögliche Entschädigungszahlung noch vergrössert.

2.4 Vertragliche Regelung von Sperrfristen

Die Sperrfristenregelung des Art. 336c OR ist einseitig zwingend. Man kann die Sperrfristen also nicht verkürzen und kann sie auch nicht wegbedingen. Hingegen sehen einige Gesamtarbeitsverträge wesentlich schärfere Sperrfristenregelungen vor. So bestimmt etwa der Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe¹¹:

Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Probezeit durch den Arbeitgeber ist unter Vorbehalt von Art. 21 Abs. 2 und 3 solange ausgeschlossen, wie die Krankentaggeld-Versicherung oder die obligatorische Unfallversicherung für Arbeitnehmende Taggelderleistungen erbringt.

Ganz ähnlich ist die Regelung im Maler- und Gipsergewerbe¹²:

Sind Arbeitnehmende durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert, kann das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit durch den Arbeitgeber nicht gekündigt werden:

- im 1. Dienstjahr während 30 Tagen;

⁸ Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996 N 8b zu Art. 336c OR.

⁹ BGE [120 II 124](#).

¹⁰ BGer [4C.45/2004](#).

¹¹ LMV 2008 – 2010 Art. 21 Abs. 1.

¹² Gesamtarbeitsvertrag 2009 – 2012 für das Maler- und Gipsergewerbe, Art. 7.3.2.

- im 2.- 5. Dienstjahr während 90 Tagen;

- ab dem 6. Dienstjahr oder nach abgeschlossenem 45. Lebensjahr solange Taggelderleistungen ausbezahlt werden. Hat die Arbeitsunfähigkeit mehr als ein Jahr gedauert und ist die Wiedererlangung der vollen Arbeitsfähigkeit gemäss Anstellungsvertrag medizinisch unwahrscheinlich, so kann das Arbeitsverhältnis auf das Ende der Taggelderleistungen mit einer Vorankündigungsfrist von mindestens einem Monat aufgelöst werden.

Solche Regelungen bewirken sehr lange Sperrfristen und sind, da sie eine Besserstellung der Arbeitnehmer bewirken, selbstverständlich zulässig.

2.5 Feste Vertragslaufzeit

Die Sperrfristenregelung ist ein Schutz vor einer unerwarteten Kündigung der Arbeitgeberin zur Unzeit. Daraus folgt, dass bei einer zum Voraus vereinbarten festen Vertragslaufzeit keine Erstreckung des Arbeitsverhältnisses möglich ist.

2.6 Arbeitnehmerkündigung in der Sperrfrist

Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer ist auch während einer Sperrfrist möglich. Es kommt vor allem bei Schwangeren relativ häufig vor, dass sie aus Unkenntnis über den Schutz der Sperrfrist glauben, das Arbeitsverhältnis kündigen zu müssen, weil sie nach der Geburt des Kindes ihre Arbeitsbedingungen ändern möchten.

2.7 Aufhebungsvertrag

Etwas komplizierter liegen die Dinge beim Aufhebungsvertrag. Die Sperrfristenregelung ist einseitig zwingend, kann also nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer geändert werden. Verzichtet der Arbeitnehmer im Aufhebungsvertrag auf den Schutz einer bereits laufenden Sperrfrist, so ist unter dem Aspekt des Art. 341 OR zu prüfen, ob diesem Verzicht eine Gegenleistung der Arbeitgeberin gegenübersteht, die diesen Verzicht aufwiegt.

Bei einer Aufhebungsvereinbarung, die vor Eintritt eines Sperrfristentstandes geschlossen worden ist, muss untersucht werden, ob die Vereinbarung im wohlverstandenen Interesse des Arbeitnehmers liegt. Das ist in der Regel nicht der Fall, wenn die Aufhebungsvereinbarung dem Arbeitnehmer gegenüber der Kündigung keine Vorteile bietet. In diesem Fall dürfte der Aufhebungsvertrag eine Umgehung der Sperrfristenregelung sein, was zu seiner Ungültigkeit führt. In solchen Fällen tritt die Sperrfrist trotz Aufhebungsvertrag ein.

2.8 Rechtsfolge: Nichtigkeit

Eine ordentliche Kündigung innerhalb einer Sperrfrist ist nichtig. Sie entfaltet keinerlei Wirkung und wird nicht etwa nach Ablauf der Sperrfrist gültig. Sie muss wiederholt werden. Das ist vor allem dort in Erinnerung zu rufen, wo unklar ist, ob eine Sperrfrist läuft oder nicht. In diesem Fall ist der Arbeitgeberin dringend zu empfehlen, nach Ablauf der von ihr bestrittenen Sperrfrist vorsorglich, d. h. für den Fall dass es noch nötig sein sollte, erneut zu kündigen.

2.9 Der Sonderfall nach Art. 10 Abs. 2 GIG

Das Gleichstellungsgesetz enthält einen zeitlichen Kündigungsschutz bei innerbetrieblichen Beschwerden wegen einer Geschlechterdiskriminierung. Die Arbeitgeberin darf auf

eine solche Beschwerde nicht mit Kündigung reagieren. Tut sie es dennoch, so kann nicht nur die Kündigung angefochten, sondern auch die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses verlangt werden. Dieser Sonderfall ist allerdings kaum bekannt. Der zeitliche Kündigungsschutz gilt während der Dauer des innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens sowie eines daran anschließenden Schlichtungsverfahrens und sechs Monate darüber hinaus. Das kann zu sehr langen Sperrfristen führen. Allerdings ist eine Kündigung in diesem Fall nicht völlig wirkungslos (nichtig), sondern muss angefochten werden und zwar vor Ende der Kündigungsfrist. Im Grunde genommen liegt hier eine Mischform zwischen sachlichem (Schutz vor Retorsion) und zeitlichem Kündigungsschutz vor.

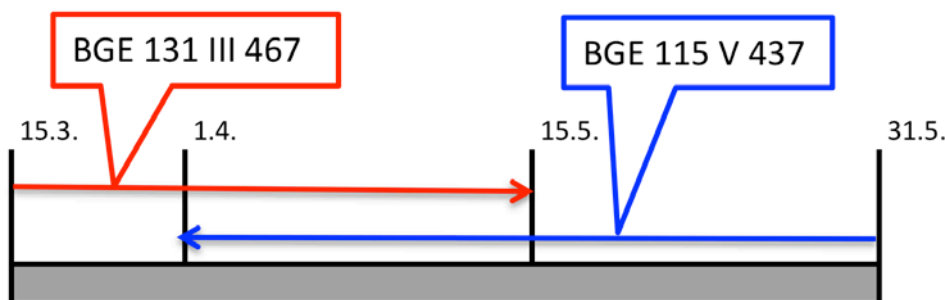
2.10 Missbräuchlichkeit einer Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist

Ist eine Sperrfrist abgelaufen, besteht wieder Kündigungsfreiheit. Krankheiten, die nach der Sperrfrist fortbestehen, sind in der Regel längere Krankheiten. Daher ist es legitim, wenn der Arbeitgeber nach Ablauf der Sperrfrist kündigt, weil er die Stelle wieder neu besetzen will. Ein Missbrauchsproblem stellt sich nur dort, wo die Krankheit durch die Arbeitgeberin selbst verschuldet ist. Denkbar sind Fälle von Mobbing, die zur Krankheit bei der Arbeitnehmerin führen, der dann nach Ablauf der Sperrfrist gekündigt wird.

3 Kündigung vor Eintritt eines Sperrfristentatbestandes

3.1 Der Lauf der Kündigungsfrist

Im Gegensatz zur Kündigung während der Sperrfrist bleibt eine Kündigung der Arbeitgeberin ausserhalb einer Sperrfrist gültig, auch wenn der Arbeitnehmer innerhalb der Kündigungsfrist erkrankt. Der Schutz des Arbeitnehmers wird dadurch bewirkt, dass die Kündigungsfrist während der Sperrfrist nicht ablaufen kann. Daher muss man als Erstes sich Klarheit darüber verschaffen, wie die Kündigungsfrist läuft. Das Problem wird durch das folgende Diagramm veranschaulicht:



Die Kündigung ist am 15. März erklärt worden, die Kündigungsfrist beträgt in unserem Beispiel zwei Monate und läuft entweder vom 15. März bis zum 15. Mai mit Erstreckung zum Monatsende Mai oder sie wird vom Endzeitpunkt zurück gerechnet und beginnt am 1. April und endet Ende Mai.

In BGE [115 V 437](#) hat sich das Bundesgericht für das Zurückrechnen entschieden. Seine Kernargumente waren¹³:

Zu den Zielsetzungen des Art. 336c Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 336c Abs. 3 OR gehört ferner, dass es zwischen dem alten und dem neuen Arbeitsverhältnis nach Möglichkeit zu keinem Unterbruch kommen soll, damit die Kontinuität des Erwerbseinkommens (während der Krankheitsperiode allenfalls über Art. 324a OR) erhalten bleibt. Würde nun aber die Kündigungsfrist vor dem Kündigungstermin ablaufen und das Arbeitsverhältnis demzufolge ohne Rücksicht auf eine allfällige Arbeitsunfähigkeit enden, bestünde in erhöhtem Masse die Gefahr, dass der unterbruchsfreie Anschluss an ein neues Arbeitsverhältnis nicht gelingt, weil sich der Arbeitnehmer in der Schlussphase des bisherigen Arbeitsverhältnisses krankheitsbedingt nicht oder nur eingeschränkt der Stellensuche widmen oder weil er der Krankheit wegen eine neue Stelle nicht antreten kann. Die Lösung, welche die Kündigungsfrist mit dem Empfang der Kündigungserklärung einsetzen lässt, hätte schliesslich zur Folge, dass die Kündigungsfrist unter Umständen mehrere Wochen oder Monate vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses ablaufen würde. Damit würde bei frühzeitiger Kündigung eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 336c Abs. 2 OR zu Lasten des Arbeitnehmers weitgehend ausgeschaltet bzw. nur noch bei langdauernden Arbeitsunfähigkeitsperioden in Frage kommen. Zwar stände dem Arbeitnehmer auch in diesen Fällen für die Stellensuche die der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist entsprechende Zeit zur Verfügung. *Doch ist nach dem oben Gesagten entscheidend, dass der Arbeitnehmer auch in der Schlussphase des bisherigen Arbeitsverhältnisses ausreichend Zeit für die Stellensuche haben soll.*

Die Entscheidung BGE [131 III 467](#) hatte dem nichts entgegensetzen, sondern führte lediglich aus:

Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht bis jetzt noch nie ausdrücklich zu dieser Frage Stellung genommen¹⁴. In Bezug auf Kündigungen in der Probezeit stellt sie sich in der Regel nicht, weil nach Art. 335b Abs. 1 OR die Kündigung auf jeden beliebigen Zeitpunkt möglich ist. Demgegenüber spielt die Frage beim zeitlichen Kündigungsschutz eine Rolle, weil dort die Regel gilt, dass eine Arbeitsunfähigkeit die Kündigung nur dann nichtig macht bzw. die Kündigungsfrist verlängert, wenn sie in die Kündigungsfrist fällt (BGE 109 II 330 ff.; BGE 121 III 107 E. 2; BGE 124 III 474 E. 2 mit Literaturzitaten). Diese Rechtsprechung wurde zwar im Zusammenhang mit der Verlängerung der Kündigungsfrist nach einer Sperrfrist entwickelt. Es sind indessen keine Gründe ersichtlich, weshalb sie nicht allgemein für die Berechnung der Kündigungsfrist gelten soll. Daraus folgt, dass die Kündigungsfrist stets mit der Zustellung der Kündigung bzw. am darauf folgenden Tag zu laufen beginnt und am entsprechenden Tag des der Dauer der Frist entsprechenden Monats endet.

Diese Entscheidung hat in der Welt schweizerischer Arbeitsrechtler für ein mittleres Erdbeben gesorgt¹⁵. Daher hat das Bundesgericht bei nächster Gelegenheit seine Praxis wieder geändert¹⁶, so dass wir wieder bei der Rechtslage gemäss BGE 115 V 437 angeht sind. Ich stelle dies darum so ausführlich dar, weil dieser Streit bei der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses durch Sperrfristen eine sehr grosse Bedeutung hat. Wenn im oben grafisch dargestellten Beispiel eine Krankheit vom 5. bis zum 10. April gegeben ist, führt das bei Beginn der Kündigungsfrist mit Zustellung der Kündigung (roter Pfeil) zwar zu einer Verlängerung der Kündigungsfrist, die aber in der Restzeit zwischen 15. und 31. Mai Platz hat, so dass die Krankheit zu keiner Erstreckung des Arbeitsverhältnisses führt. Anders bei der Rückrechnung: Hier liegt die Zeit ausserhalb der eigentlichen Kündigungsfrist nicht am Ende des Arbeitsverhältnisses, sondern zwischen Kündigungserklärung und dem Beginn der Kündigungsfrist, d. h. sie läuft vom 15. bis zum 31. März. Eine Arbeitsunfähigkeit im April führt daher dazu, dass der Arbeitnehmer nicht in den Genuss der vollen Kündigungsfrist kommt. Die Ablaufhemmung wird daher an das Ende des Arbeitsverhält-

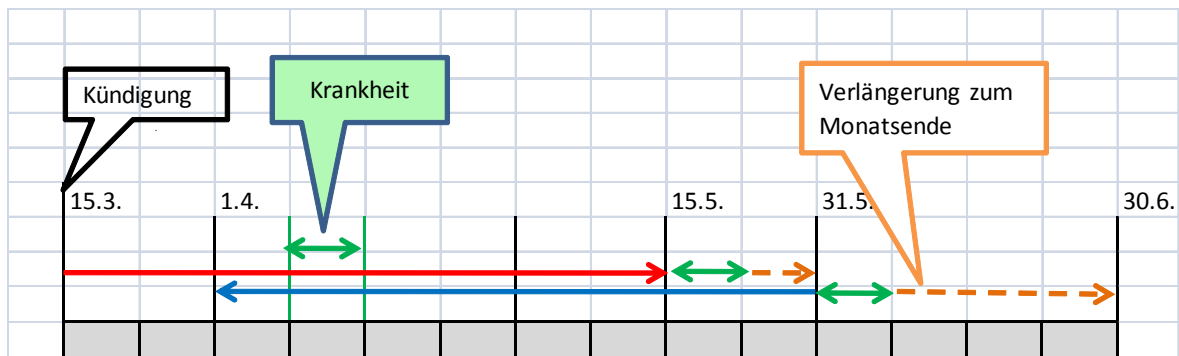
¹³ BGE aaO. S. 441f, Hervorhebung von mir.

¹⁴ Das ist, wie wir soeben gesehen haben, falsch.

¹⁵ Vgl. die Kritik von Gabriel Aubert in ARV 2005, S. 173ff.

¹⁶ BGE [134 III 354](#).

nisses angesetzt und führt zu einer Verlängerung um einen Monat. Die Grafik veranschaulicht dies:

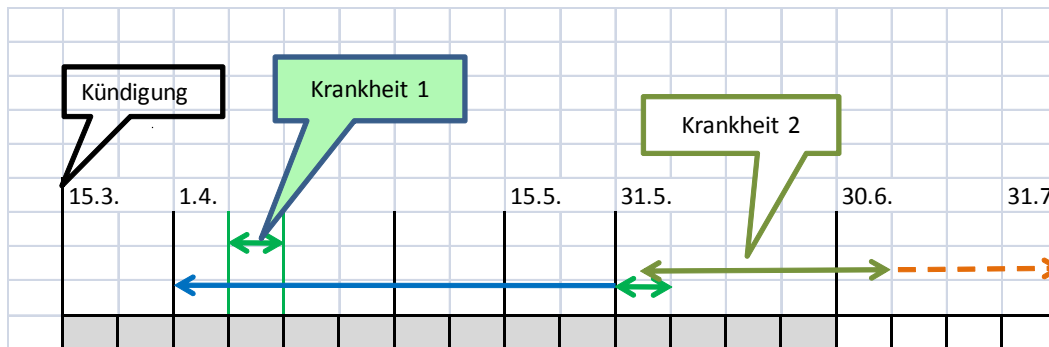


3.2 Die Verlängerung der Kündigungsfrist

Art. 336c OR will sicherstellen, dass der entlassene Mitarbeiter die volle Kündigungsfrist tatsächlich nutzen kann und dabei nicht durch Krankheit, Militärdienst usw. behindert ist. Ausserdem wollte man gewährleisten, dass an das gekündigte Arbeitsverhältnis möglichst nahtlos ein Folge-Arbeitsverhältnis anschliessen kann. Diesem Ziel dient Art. 336c Abs. 3 OR, der die Erstreckung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten Monatsende vorsieht. Das führt dazu, dass bereits eine kurze Krankheit zur Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um einen Monat führt.

Umgekehrt führt eine Krankheit vor Beginn der Kündigungsfrist oder nach ihrem vollständigen Ablauf zu keiner Verlängerung. In unserem Beispiel sind das die Perioden vom 15. bis zum 31. März und jene ab 1. Juni.

Mehrere Sperrfristentatbestände können dazu führen, dass die Verlängerung weiter erstreckt wird:

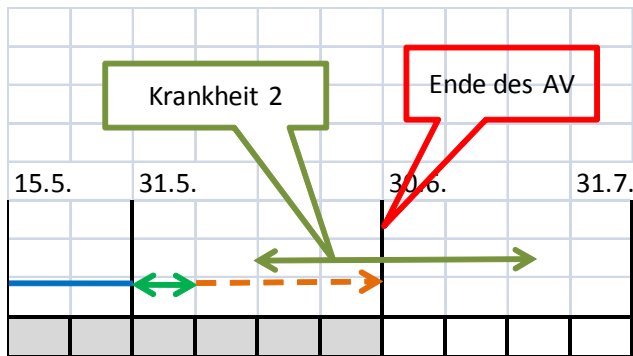


Dieses Beispiel zeigt, dass die zweite Krankheit auch erst in der Verlängerung der Kündigungsfrist eintreten kann. Da auch in diesem Fall eine Ablaufhemmung entsteht (im Diagramm nicht eingezeichnet), und da die Kündigungsfrist während der zweiten Krankheit nicht laufen kann, erstreckt sich das Arbeitsverhältnis um einen weiteren Monat.

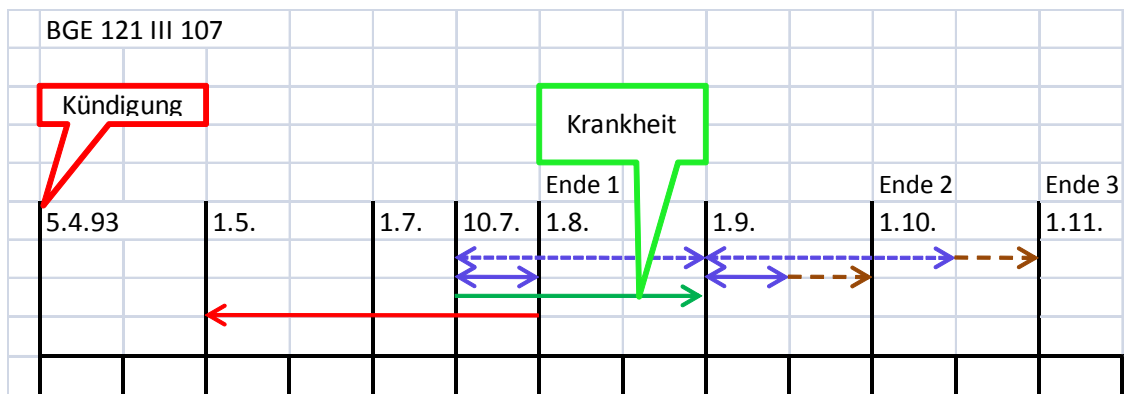
Anders verhält es sich, wenn die zweite Krankheit erst in der Verlängerung zum Monatsende gemäss Art. 336c Abs. 3 OR hin auftritt¹⁷. Diese Erstreckung will dem Arbeitnehmer nicht mehr die Kündigungsfrist sichern (er hat sie bereits durch die vorangegangenen Verlängerungen voll erhalten), sondern nur den Anschluss an den nächsten Monatsanfang

¹⁷ Im Bild gestrichelt eingezeichnet.

gewährleisten. Diese Verlängerung kann nicht mehr durch Sperrfristen gehemmt werden¹⁸.



Wie unterschiedlich man Sperrfristen Fälle beurteilen kann, zeigt sehr schön der Fall BGE 121 III 107. Dieser Fall wird durch das folgende Diagramm verdeutlicht:



Drei Gerichte haben drei verschiedene Lösungen entwickelt und der Anwalt des Klägers hat noch eine vierte beige-steuert. Der Pretore von Biasca ist davon ausgegangen, die Arbeitsvertragsparteien hätten einen Aufhebungsvertrag geschlossen, so dass es von vorneherein keine Verlängerung der Kündigungsfrist geben könne¹⁹. Wäre tatsächlich ein Aufhebungsvertrag geschlossen worden, so wäre er wohl wegen Gesetzesumgehung ungültig, denn es ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, dass der Aufhebungsvertrag dem Arbeitnehmer mehr gebracht hätte als das, was auch bei Kündigung zu leisten gewesen wäre.

Das Tessiner Appellationsgericht hat demgegenüber angenommen, wegen Krankheit sei nicht bloss die Kündigungsfrist zwischen dem 10. und dem 31. Juli in ihrem Ablauf gehemmt worden, sondern die Zeit vom 10. Juli bis zum 31. August. Daher hat es eine Restkündigungsfrist von 52 Tagen an das Ende der Krankheit angesetzt, was zur Lohnzahlungspflicht bis Ende Oktober führte²⁰.

Schliesslich hob das Bundesgericht mit Recht hervor, dass nur die Zeit an das Ende der Krankheit anzusetzen ist, während der sich Krankheit und ursprüngliche Kündigungsfrist überlappen, weil sonst der Arbeitnehmer in den Genuss einer viermonatigen Kündigungsfrist gekommen wäre, was dem Arbeitsvertrag nicht entsprach.

¹⁸ Das ist seit der Entscheidung BGE 109 II 330 klargestellt.

¹⁹ Ende 1 im Diagramm.

²⁰ Ende 3 im Diagramm und die gestrichelten blauen Linien.

Eine vierte Variante steuerte der Anwalt des Klägers bei: er ging davon aus, dass eine Aufhebungsvereinbarung gegeben sei und nicht eine Kündigung. Da die Aufhebungsvereinbarung nichtig sei, liege überhaupt keine Kündigung vor, so dass der Lohn auch noch für den Monat Dezember 1993 bezahlt werden müsse.

3.3 Milderung von Sperrfristenfolgen

3.3.1 Rechtsmissbrauch²¹

Die Sperrfrist zeichnet sich dadurch aus, dass insbesondere bei Krankheit und Unfall kleine Ursachen grosse Folgen haben können. Ein einziger Tag Krankheit kann eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um einen Monat bewirken. Ich möchte das an folgendem Fall illustrieren²²:

Die Bekl. kündigte dem Kl. zunächst am 28. Oktober 1992 auf Ende Dezember 1992, und zwar aus wirtschaftlichen Gründen. Der Kl. war damals jedoch noch 50% arbeitsunfähig, so dass die Bekl. ihre Kündigung am 30. November 1992 per Ende Januar 1993 wiederholte. Am Samstag, den 30. Januar 1993, erkrankte der Kl. und blieb gemäss ärztlichem Zeugnis bis zum 28. April 1993 arbeitsunfähig. Der Kl. verlangt von der Bekl. den Lohn ab 1. Februar 1993 bis zu seiner Genesung im Betrag von Fr. 10000.-.

Im Prozess um die Verlängerung der Kündigungsfrist machte die Arbeitgeberin geltend, dass die Berufung auf die Sperrfrist in diesem Fall missbräuchlich sei, denn der Arbeitnehmer habe entweder bereits eine Stelle gefunden oder nicht; im zweiten Fall ändere der wegen Krankheit für Bewerbungen ausfallende Samstag nichts an dieser Situation, da man sich an Samstagen nicht vorstellen gehe. Daher müsse die Sperrfrist hier entfallen. Die Arbeitgeberin ist durch folgende Passage in BGE 115 V 437 zu ihrer Haltung ermutigt worden²³:

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, BGE 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.

Im konkreten Fall hat das Arbeitsgericht Zürich den Rechtsmissbrauch verneint, weil dem Arbeitnehmer seine Krankheit nicht vorgeworfen werden konnte und er sonst nichts getan hat, was den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs hätte rechtfertigen können. Die Klage wurde daher gutgeheissen.

Das Bundesgericht hat in einem neueren Fall gleich entschieden²⁴: Es ging um eine am 20. November 2006 per Ende Januar 2007 ausgesprochene Kündigung. Die Arbeitnehmerin war am 24. und 25. Dezember krank und berief sich auf die Verlängerung der Kündigungsfrist. Das Arbeitsgericht Genf hat die Klage gutgeheissen, während das Appellationsgericht sie abwies mit der Begründung, dass eine Krankheit, die die Möglichkeiten der Stellensuche überhaupt nicht beeinträchtigt, keine Sperrfrist auslöse. Dazu hielt das Bundesgericht fest:

²¹ Vgl. dazu auch mit weiteren Beispielen meinen Aufsatz Ein neuer Angriff auf die Sperrfrist, publiziert unter <http://www.farnerlaw.ch/Publi.html>.

²² JAR 1994 S. 213f

²³ BGE aaO. S. 442, Hervorhebung von mir.

²⁴ BGer. [4D_6/2009](#).

Le texte de la loi ne fait pas référence aux jours ouvrables et/ou fériés. Il n'indique pas que les périodes de protection ne couvrent que les jours ouvrables et que seuls de tels jours devraient donc être pris en considération.

Par ailleurs, le but poursuivi par l'art. 336c al. 2 CO est d'accorder au travailleur, même en cas de maladie ou d'accident ou dans l'une des autres éventualités prévues par la loi, un délai de congé complet pour lui permettre de chercher un autre emploi (ATF 134 III 354 consid. 3.1 p. 359 124 III 474 consid. 2 p. 475 s. et les références citées). 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.

In einem weiteren Fall, diesmal aus dem Kanton Thurgau lag folgender Sachverhalt zugrunde²⁵:

Der Arbeitnehmerin K.Z. war von ihrer Arbeitgeberin GL AG am 18. Mai 2005 auf Ende August 2005 gekündigt worden. Vom 8. bis 10. Juni 2005 war K.Z. zufolge Krankheit vollständig arbeitsunfähig. Sie machte in der Folge eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses und dementsprechend einen Lohnanspruch zunächst bis Ende September 2005 geltend, wobei es diesfalls aufgrund einer Schwangerschaft noch zu einer weiteren Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um rund 13 Monate gekommen wäre. Vom 19. bis 28. August 2005 weilte K.Z. in den Ferien bei Verwandten.

Die erste Instanz wandte die Berechnungsweise der Kündigungsfrist gemäss BGE 131 III 467 an, die zwar zu einer Verlängerung um zwei Tage führt; diese zwei Tage setzte das Gericht jedoch an den 18. August an, so dass die Krankheit für sich allein zu keiner Verlängerung des Arbeitsverhältnisses führt²⁶.

Das thurgauische Obergericht fand folgenden Ausweg aus dieser Situation²⁷:

Bei der Beurteilung, ob im konkreten Fall eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses sachlich gerechtfertigt ist, darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die Berufungsklägerin obwohl sie bis zu diesem Zeitpunkt noch keine neue Arbeitsstelle gefunden hatte am 19. August 2005 in die Ferien begab und bis zum 28. August 2005 dort verweilte. Sie tat dies in der gemäss Bundesgericht besonders sensiblen Phase ganz am Schluss der Kündigungsfrist, und sie tat dies, obwohl gemäss ihrer eigenen Darstellung Arbeitsstellen in der Privatwirtschaft ganz generell kurzfristig besetzt werden. Damit verzichtete sie von sich aus auf insgesamt zehn Tage, an denen sie sich der Stellensuche hätte widmen können ... Vor diesem Hintergrund sich mit Hinweis auf die drei Tage dauernde Arbeitsunfähigkeit zu Beginn der Kündigungsfrist auf die Sperrfrist von Art. 336c Abs. 2 OR zu berufen, läuft dem Gerechtigkeitsempfinden hochgradig zuwider.

Auch durch diesen Entscheid geistert das Konzept, dass sich nur derjenige Arbeitnehmer auf die Sperrfrist berufen könne, der sie ganz konkret nötig habe. Und gerade das ist nicht der Sinn des Art. 336c OR. Unlogisch am Thurgauer Entscheid ist auch, dass das Barabgeltungsverbot des Art. 329d OR vom Arbeitnehmer ja gerade verlangt, die Ferien wenn immer möglich in natura zu beziehen. Daher kann die Erfüllung dieser aus der Treuepflicht abgeleiteten Pflicht²⁸ nicht zum Verlust anderer Rechtspositionen führen.

Es ist daher schwierig, den Kurzabsenzen mit der Figur des Rechtsmissbrauchs beizukommen. Das Bundesgericht hat im Entscheid BGE 115 V 437 einen Gedanken in die Welt gesetzt, der sich kaum umsetzen lässt.

²⁵ ARV 2008 Seite 191.

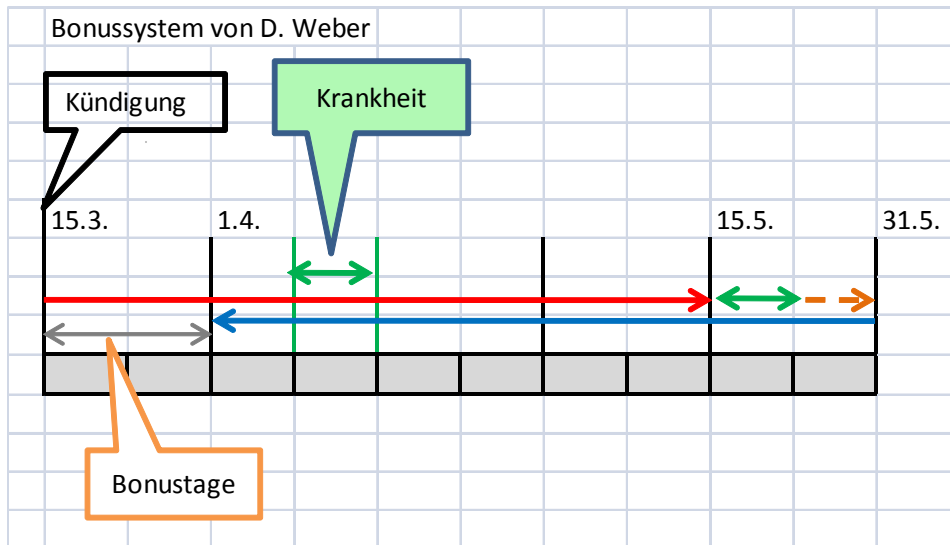
²⁶ Allerdings ist die Arbeitnehmerin offenbar am 19. August 2005 schwanger geworden, was zu einer weiteren Erstreckung hätte führen sollen. Der erstinstanzliche Entscheid ist also auch bei dieser Berechnung der Kündigungsfrist nicht haltbar.

²⁷ ARV 2008 S. 191f.

²⁸ Vgl. BGE [128 III 271](#).

3.3.2 Denis Webers Bonustage

Denis Weber hat 1991 seine Dissertation über Art. 336c OR geschrieben²⁹. Auch er fand, das Sperrfristen-system sei für den Arbeitnehmer zu vorteilhaft³⁰. Die Berechnung der Kündigungsfrist vom Ende des Arbeitsverhältnisses rückwärts stellt Weber offenbar nicht in Frage, denn würde er es tun, wäre sein System der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses überflüssig. Auszugehen ist nach Weber davon, dass der Arbeitnehmer die Kündigungsfrist ungeschmälert nutzen kann. Nun kündigen die Arbeitgeber nicht immer am letzten möglichen Tag vor Beginn der Kündigungsfrist, sondern meistens schon vorher. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer oft effektiv eine längere Zeit zur Stellensuche zur Verfügung hat als nur die Kündigungsfrist. Das sei wiederum grafisch dargestellt:



In diesem Beispiel gibt es vom 15. März bis zum 31. März 16 sog. Bonustage, d. h. Tage, die der gekündigte Arbeitnehmer zusätzlich zur Kündigungsfrist zur Verfügung hat. Webers Idee besteht darin, dass diese Tage, die zur Kündigungsfrist hinzukommen, bei der Frage der Verlängerung der Kündigungsfrist so berücksichtigt werden, dass eine Verlängerung der Kündigungsfrist erst eintritt, wenn die Krankheit länger dauert als die Bonustage. Eine Krankheit vom 5. bis zum 10. April von 6 Tagen ist kürzer als die Bonustage und führt somit noch zu keiner Erstreckung des Arbeitsverhältnisses.

Der Arbeitnehmer hat unter Berücksichtigung des Kündigungszeitpunktes also immer noch mehr Zeit für die Stellensuche zur Verfügung als die Kündigungsfrist lang ist. Daher hat er nach Webers System der Bonustage noch keinen Anspruch auf eine Erstreckung des Arbeitsverhältnisses sondern erst dann, wenn er länger als 16 Tage krank wäre. Umgekehrt generiert eine Kündigung, die am letzten möglichen Tag übergeben wird, keine Bonustage.

Hätte sich die Berechnung der Kündigungsfrist vom Erklärungszeitpunkt vorwärts durchgesetzt (vgl. oben Abschnitt 3.1), wäre damit dieses Bonustagesystem automatisch realisiert worden. Denn eine Krankheit innerhalb der Kündigungsfrist würde nur dann zur Erstreckung des Arbeitsverhältnisses führen, wenn die Krankheit länger dauern würde, als

²⁹ Denis Weber, La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun, Etude de l'article 336c CO, Thèse Lausanne 1991.

³⁰ Hier zitiert nach Valentine Gétaz Kunz, La Suspension du délai de congé selon l'art. 336c al. 2 CO in: Rémy Wyler (Hrsg.) Panorama en droit du travail, Bern 2009, S. 316.

die Tage zwischen dem Ende der Kündigungsfrist und dem Ende des Arbeitsverhältnisses. Und diese Periode ist gleich der Anzahl der Bonustage.

Es gibt allerdings einen Unterschied zwischen dem System der Bonustage und der von Erklärungszeitpunkt vorwärts berechneten Kündigungsfrist: Bei Webers Bonustagen liegt die Kündigungsfrist am Ende des Arbeitsverhältnisses. Beginnt dort eine Krankheit von genügender Länge (länger als die die Bonustage), kann eine Erstreckung der Kündigungsfrist in Frage kommen, während dies bei vorwärts gerechneter Kündigungsfrist nicht möglich ist, da die Krankheit nicht in die Kündigungsfrist fällt.

Eine Konsequenz des Systems der Bonustage ist, dass nun Krankheiten nicht nur in der eigentlichen Kündigungsfrist einen Einfluss auf die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses haben können, sondern auch Krankheiten in der Zeit zwischen Kündigungserklärung und Beginn der zurückgerechneten Kündigungsfrist³¹. Denn die Bonustage können nur angerechnet werden, wenn der Arbeitnehmer in dieser Zeit gesund ist und die Tage auch wirklich nutzen kann. Das System der vorwärts gerechneten Kündigungsfrist führt in dieser Frage zum selben Resultat.

Nehmen wir im Beispiel oben an, der Arbeitnehmer sei in der Periode 15. – 31. März während 9 Tagen krank und ein zweites Mal vom 24. – 31. Mai, somit weitere 8 Tage. Nach Webers System wird die zweite Krankheit in die Sperrfristenberechnung einbezogen, was dazu führt, dass 17 Krankheitstage 16 Bonustagen gegenüber stehen und somit eine Verlängerung um einen Monat stattfindet. Nach dem System der vorwärts gerechneten Kündigungsfrist verlängert sich die Kündigungsfrist vom 15. auf den 24. Mai, an welchem Tag der Arbeitnehmer aber bereits krank ist, so dass dieser Tag der Kündigungsfrist nicht ablaufen kann, sondern an den 31. Mai anzusetzen ist. Der Unterschied zum herrschenden System besteht darin, dass die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses erst eintritt, wenn die Arbeitsverhinderung länger dauert als die Differenz zwischen reiner Kündigungsfrist und der Periode zwischen Kündigungszugang und Ende des Arbeitsverhältnisses.

3.3.3 Sperrfristentatbestände, die vor der Kündigungsfrist einsetzen

Man ist sich einig darüber, dass ein Sperrfristentatbestand, der vor Beginn der Kündigungsfrist beginnt und endet, keinen Einfluss auf die Kündigungsfrist haben kann. Aus dem gleichen Grund kann ein Sperrfristentatbestand, der vor Beginn der Kündigungsfrist einsetzt, sich in der Kündigungsfrist jedoch fortsetzt, erst ab Beginn dieser Kündigungsfrist eine Sperrfristenrelevanz erhalten. Diese einfache Einsicht war im 2. Spezialisierungskurs Arbeitsrecht jedoch erstaunlicherweise umstritten.

Sinn der Sperrfristenregelung bei gültiger Kündigung ist die Gewährung der vollständigen Kündigungsfrist. Diese ist nicht vollständig gewährt, wenn der Entlassene in ihr krank ist, verunfallt oder Militärdienst leisten muss und sich daher nicht um eine neue Stelle bemühen kann. Wieso eine Krankheit vor Beginn der Kündigungsfrist als Sperrfristenzeit zu betrachten wäre, ist nicht ersichtlich, da Sperrfristentatbestände ausserhalb der Kündigungsfrist ja unbeachtlich bleiben.

Das ergibt sich nicht zuletzt aus BGE [121 III 107](#), demzufolge die Sperrfrist nur in der Überlappung von Sperrfristentatbestand und Kündigungsfrist bestehen kann. Daher ist der Meinung Pietruszak/Papa/Humbert ohne Einschränkung zu folgen³².

³¹ Vgl. Gétaz Kunz aaO.

³² Gl. M. wohl auch Gétaz Kunz Panorama, S. 317.

3.4 Information über die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses

Nicht alle Arbeitnehmer kennen den Mechanismus der Sperrfrist. Es kommt daher vor, dass trotz einer Krankheit innerhalb der Kündigungsfrist der Arbeitnehmer bei deren Ende ausscheidet und den Betrieb verlässt. Meldet er sich nicht sofort arbeitslos, erfährt er möglicherweise erst nach Ablauf der verlängerten Kündigungsfrist, dass er Lohn für einen weiteren Monat hätte beanspruchen können. Es stellt sich daher die Frage, ob der Arbeitgeber auf die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses hinweisen muss. Wie so vieles, ist auch diese Frage umstritten.

Nach der Praxis des Bundesgerichts besteht keine Hinweispflicht des Arbeitgebers³³. Das ist beim durchschnittlich ausgebildeten Arbeitnehmer, der mit unserem Rechtssystem vertraut ist, nicht zu beanstanden. Beim unbeholfenen, schlecht ausgebildeten oder ausländischen Arbeitnehmer halte ich eine Hinweispflicht für gegeben, sobald der Arbeitgeber Hinweise darauf hat, dass der betreffende Arbeitnehmer die Sperrfristenregelung nicht kennt³⁴. Das ergibt sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.

3.5 Die Länge der Sperrfrist bei Bereichsgrenzen

Beim Übergang vom 1. zum 2. Dienstjahr und vom 5. zum 6. Dienstjahr ändert sich die Länge der Sperrfrist. Es fragt sich daher, wie diese Übergänge zu behandeln sind. Auch diese Frage war lange umstritten bis das Bundesgericht im Entscheid BGE [133 III 517](#) Klarheit geschaffen hat. Das Erstaunliche an diesem Entscheid ist, dass es sich gar nicht um einen Fall handelte, bei dem die Sperrfrist über eine Bereichsgrenze hinausging.

Das Bundesgericht gibt zunächst einen Überblick über die verschiedenen Systeme der Sperrfristberechnung beim Übergang vom 1. zum 2. und vom 5. zum 6. Dienstjahr.

3.5.1 Gabriel Aubert

Da gibt es zunächst das System Aubert: Er stellt auf den Zeitpunkt ab, in welchem die Kündigung zugeht. Genauso wie eine Probezeitkündigungsfrist nicht vollständig in der Probezeit liegen muss, um dennoch massgebend zu sein, muss auch die Sperrfrist nicht vollständig im 1. Dienstjahr liegen, um die massgebliche zu sein. Daher ist ihm zufolge bei Kündigung im 1. Dienstjahr ausschliesslich die 30-Tage-Sperrfrist anzuwenden.

3.5.2 Denis Weber

Denis Weber³⁵ stellt demgegenüber auf den Beginn der Krankheit ab. Beginnt die Krankheit im 1. Dienstjahr, so beträgt die Sperrfrist 30 Tage, während sie 90 Tage betragen würde, wenn die Krankheit während jenes Teils der Kündigungsfrist beginnt, der bereits im 2. Dienstjahr liegt.

3.5.3 Adrian Staehelin

Adrian Staehelin³⁶ stellt auf die Länge der Krankheit und ihre Lage ab: Dauert die Krankheit bei Beginn des 2. Dienstjahres an, so gilt die längere Sperrfrist. Staehelin folgt dabei

³³ Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph N 11 S. 1092 zu Art. 336c OR.

³⁴ Gleicher Meinung: Hans-Peter Egli, Der zeitliche Kündigungsschutz, ArbR 1998, S. 115ff, hier 139f.

³⁵ Vgl. Denis Weber, La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun, Thèse Lausanne, 1991.

³⁶ ZK-Staehelin N 10 zu Art. 336c OR

dem Kommentar Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez³⁷, der dies ebenfalls apodiktisch feststellt. Dieses System würde dazu führen, dass von Anfang an eine 90-Tage-Sperrfrist gelten würde. Das ist auch die Auffassung von Rehbinder³⁸.

3.5.4 Subilia/Duc

Duc/Subilia³⁹ möchten die Alles-oder-Nichts-Optik mildern und schlagen vor, bei Kündigungsfristen, die im ersten und 2. Dienstjahr liegen, eine pro rata-Berechnung bei der Sperrfrist anzustellen, die dem Bundesgericht aber zu kompliziert erscheint. Nach Publikation des BGE [133 III 517](#) ist von Subilia/Duc⁴⁰ eine Neuauflage ihres Werks erschienen, die das pro rata-System weiterhin empfiehlt⁴¹. Sie bringen u. a. folgendes Beispiel:

Ende des 1. Dienstjahres am 31. August. Krankheit vom 3. August bis zum 21. Oktober (=80 Tage); weil davon 29/80 im 1. Dienstjahr liegen und 51/80 im 2. wird die Sperrfrist wie folgt berechnet: $29/80 \cdot 30$ plus $51/80 \cdot 90 = 68,3$ Tage, aufgerundet somit 69 Tage. Diese Sperrfrist läuft ohne Unterbrüche ab Beginn der Krankheit.

Man kann ja nicht behaupten, dass eine Dreisatzrechnung, wie sie Subilia/Duc vorschlagen, wirklich kompliziert ist⁴², so dass das eigentlich kein Argument ist. Zudem ist die Lösung des Bundesgerichts, wie wir noch sehen werden, aus anderen Gründen höchst kompliziert. Das wirkliche Argument gegen Subilia/Duc besteht aber darin, dass nach ihrem System das Maximum von 90 Tagen nicht zu erreichen ist, während das bei den anderen Systemen der Fall ist. Im Beispiel oben würde innerhalb des 1. Dienstjahres die 30-Tage-Sperrfrist voll zum Tragen kommen und im 2. Dienstjahr die längere Sperrfrist von 90 Tagen minus die Tage, die schon im 1. Dienstjahr abgelaufen sind, total also 80 Tage, so dass die Krankheit voll in die Sperrfrist fiel.

3.5.5 Thomas Geiser

Keine selbständige Behandlung erfährt Thomas Geiser im behandelten Entscheid des Bundesgerichts. Das ist umso erstaunlicher, als das Bundesgericht gerade seiner Ansicht schliesslich folgt. Geiser schrieb in einem Aufsatz 1996⁴³:

2.19. Für die Dauer [der Sperrfrist] ist das jeweils entsprechende Dienstjahr massgebend. Zieht sich die Arbeitsunfähigkeit in ein Dienstjahr hinüber, für welches eine längere Sperrfrist vorgesehen ist, gilt dieses. Eine Sperrfrist kann somit bereits abgelaufen sein und später neu beginnen.

Diese sehr knappe Bemerkung, die nur in zwei Beispielen ausgeführt wird und jede Auseinandersetzung mit anderen Ansätzen vermissen lässt, ist das, was wir heute haben.

3.5.6 Streiff/von Kaenel

Streiff/von Kaenel⁴⁴ scheinen ebenfalls die Meinung von Staehelin zu teilen. Sie stellen auf die effektive Erkrankung ab, die, wenn ins zweite Dienstjahr hinüberreichend, die län-

³⁷ Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, gegenwärtig 3. Auflage, N 8 zu Art. 336c OR.

³⁸ BK-Rehbinder N 3 am Ende zu Art. 336c OR.

³⁹ Das Bundesgericht zitiert noch die Erstaufgabe dieses Werks

⁴⁰ Subilia/Duc, Droit du travail, Lausanne 2010; die Umkehrung in der Reihenfolge der Namen zeigt, dass die Hauptverantwortung nun bei Olivier Subilia liegt.

⁴¹ Subilia/Duc N 35f zu Art. 336c OR.

⁴² Falsch daher wohl BGE 133 III 517, hier 524 unten; der durchschnittliche Arbeitgeber dürfte der Dreisatzrechnung in seiner Schulzeit begeben sein.

⁴³ AJP 1996, S. 550ff, hier 555.

gere Sperrfrist auslöst. Diese längere Sperrfrist ist nach Streiff/von Kaenel aber auf den Beginn der Arbeitsunfähigkeit zurückzubeziehen. Wörtlich:

Die längere Sperrfrist ist diesfalls aber auf den Krankheitsbeginn zurückzubeziehen und sie läuft nicht etwa erst ab Beginn des neuen Dienstjahres.

Als Beleg dafür wird eine Entscheidung des Arbeitsgerichts Zürich angeführt, in welcher sich die Frage stellte, ob eine Kündigung auch dann gültig sei, wenn die 90-tägige Sperrfrist des 2. Dienstjahres bereits im 1. Dienstjahr zu laufen begonnen hat oder ob die 90 Tage ganz im 2. Dienstjahr liegen müssen⁴⁵. Das Gericht ging davon aus, dass die längere Sperrfrist teilweise auch im 1. Dienstjahr ablaufen kann. Unmittelbar daran anschließend behaupten Streiff/von Kaenel, dass diese Lösung dazu führen könne, dass im ersten bzw. 5. Dienstjahr die kürzere Sperrfrist auslaufe und bei Beginn des folgenden Dienstjahres wieder einsetze. Diese Lösung ergibt sich aus den Belegen keineswegs, sondern ist eine Übernahme der Ansicht von Thomas Geiser⁴⁶.

3.5.7 Die Lösung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht folgt dieser Ansicht⁴⁷:

La solution la plus simple consiste à fixer ce dies a quo au premier jour de l'incapacité de travail: si la période de protection déclenchée par cette incapacité ne s'achève pas avant le début de la nouvelle année de service, la nouvelle période de protection plus longue prendra fin 90 jours, respectivement 180 jours, à compter du premier jour d'incapacité de travail; en revanche, si la première période de protection s'achève durant l'année de service en cours, que le délai de congé suspendu recommence à courir bien que le travailleur soit toujours incapable de travailler et qu'il soit derechef suspendu au début de l'année de service suivante, conformément à l'opinion de la doctrine majoritaire adoptée par la Cour de céans, il y aura lieu d'imputer sur la durée de la nouvelle période de protection le nombre de jours durant lesquels le délai de congé a été suspendu en raison de la même incapacité de travail au cours de l'année de service précédente (cf. STREIFF/VON KAENEL, ibid.).

Die Reaktionen auf dieses Urteil sind positiv. So führt Thomas Geiser aus⁴⁸:

Ogleich sich die Frage im konkreten Fall nicht stellte, prüfte das Gericht auch, wie es sich verhält, wenn die Sperrfrist gemäss dem alten Dienstjahr beim Wechsel des Dienstjahres bereits abgelaufen ist, das Arbeitsverhältnis aber noch andauert. Diesfalls wird die Kündigungsfrist mit Beginn des neuen Dienstjahres wieder unterbrochen. Auf die sich aus diesem Dienstjahr ergebende Sperrfrist ist aber auch in diesem Fall die bereits im alten Jahr abgelaufene Sperrfrist anzurechnen. Es ist zu beachten, dass nach der Auffassung des Bundesgerichts die nach Beendigung der Sperrfrist im alten Dienstjahr bis zum Beginn des neuen Dienstjahres verstrichene Zeit nicht auf die Sperrfrist, sondern auf die Kündigungsfrist anzurechnen ist.

Zufrieden ist auch Georges Chanson⁴⁹:

Die mit BGE 133 III 517 vorgenommene Klärung einer langen und in vielen Facetten strittigen Kontroverse ist aus Sicht des Verfassers zu begrüßen. Kernaussage des Entscheides ist, dass dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit in ein Dienstjahr mit längerer Sperrfrist übergreift, der längere Schutz anwendbar ist, ausser die mit der kürzeren Sperrfrist verlängerte Kündigungsfrist wäre beim Dienstjahreswechsel schon abgelaufen. Kombiniert mit der Anknüpfung an den ursprünglichen Sperrfristbeginn, wird damit zweifellos Rechtssicherheit geschaffen. Dauert eine Arbeitsunfähigkeit ununterbrochen an, so ist bei einem Ablauf

⁴⁴ Arbeitsvertrag 6. Auflage N 8 zu Art. 336c OR s. 726; gleichlautend Streiff/von Kaenel/Rudolph N 8 S. 1086 zu Art. 336c.

⁴⁵ ZR 1994 Nr. 55.

⁴⁶ Kündigungsschutz bei Krankheit, in Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1996, S. 555, Rz. 2.19, hier zitiert nach JAR 2005 S. 346.

⁴⁷ BGE 133 (2007) III 517 hier 525f.

⁴⁸ AJP 2009 S. 33.

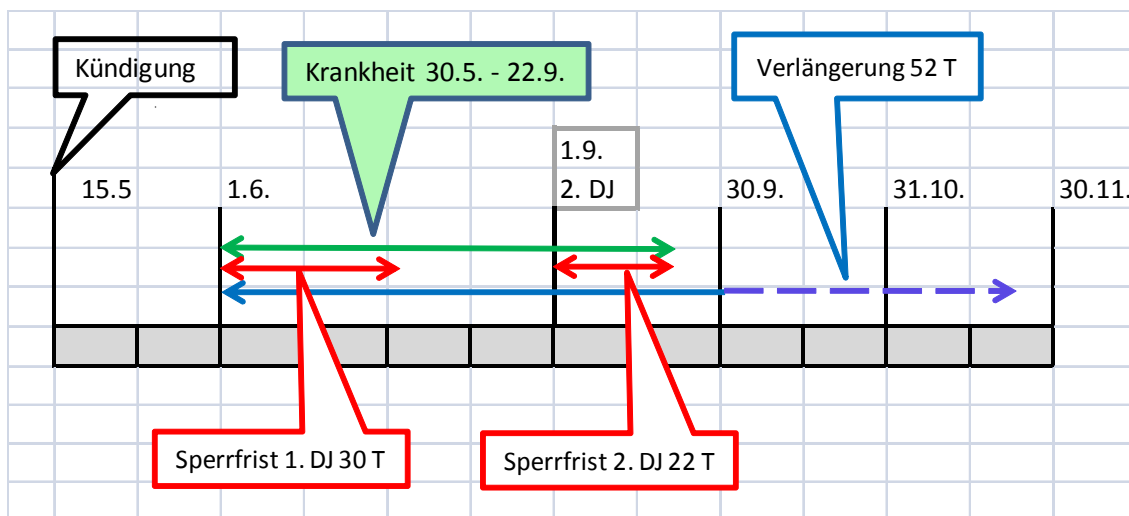
⁴⁹ ARVonline 2008 Nr. 41.

der verlängerten Kündigungsfrist im nächsten (zweiten oder sechsten) Dienstjahr klar, dass rückwirkend ab Beginn mit der längeren Frist zu rechnen ist. Ein aleatorisches Element bleibt nur in den nicht so häufigen Kombinationen, wo nach Erlangen der vollen Arbeitsunfähigkeit ein Rückfall eintritt, was hier auch der Fall war, aber sich nicht mehr auswirkte.

Kritischer lässt sich Philippe Carruzzo vernehmen⁵⁰. Er postuliert jedoch eine Rückkehr zur These von Gabriel Aubert (vgl. oben Abschnitt 3.5.1).

Und schliesslich ist die zustimmende Kommentierung von Thomas Koller zu erwähnen⁵¹. Das bedeutet, dass die Entscheidung des Bundesgerichts als herrschende Lehre anzusehen ist, die kaum umgestossen werden kann.

Dieses höchst komplizierte System lässt sich an einem Beispiel wie folgt darstellen: Die Kündigung wird am 15. Mai erklärt, die Kündigungsfrist beträgt 4 Monate, am 1. September beginnt ein neues, nämlich das zweite Dienstjahr und die Krankheit dauert vom 30. Mai bis zum 22. September.



Das bedeutet, dass vom 1. Juni bis zum 30. Juni die Sperrfrist des 1. Dienstjahres läuft. Danach kann die Kündigungsfrist wieder laufen bis zum Beginn des 2. Dienstjahres, wo die Sperrfrist des 2. Dienstjahres einsetzt, soweit sie nicht im 1. Dienstjahr schon abgelaufen ist. Maximal kann die Sperrfrist im Übergang vom 1. zum 2. Dienstjahr also nur total 90 Tage betragen, wovon jedoch 30 Tage bereits im 1. Dienstjahr abgelaufen sind.

3.6 Kündigungsmöglichkeiten bei Bereichsgrenzen⁵²

Dieses System der Sperrfristen bei Bereichsgrenzen hat eine Auswirkung auf die Kündigungsmöglichkeiten in diesen Übergangszeiten. Auch dazu ein Beispiel:

⁵⁰ Semaine Judiciaire, 2008 II 317f.; gleiche Stellungnahme in: ders. Le contrat de travail individuel, Zürich 2009 Abschnitt III zu Art. 336c OR

⁵¹ ZbJV 2009, S. 896ff.

⁵² An sich gehört dieser Abschnitt in das Kapitel 2 meiner Darlegung. Wegen des engen Bezugs zum Lauf der Kündigungs- und Sperrfristen nach gültiger Kündigung habe ich wegen des engen Sachzusammenhangs diese spezielle Frage dennoch hier behandelt.

Eintritt		01.01.2008
Kündigungsfristen nach Gesetz		
Krankheit		
Beginn		02.11.2008
Ende		15.03.2009
Ende Sperrfrist		02.12.2008
Kündigung		15.12.2008
wirkt per		31.01.2009
Beginn Küfrist		01.01.2009
Sperrfrist 2. DJ	60	
Ablauf Sperrfrist		02.03.2009
Kündigungsfrist	31	02.04.2009
Monatsende		30.04.2009

Hier ist bei Beginn der Krankheit noch nicht gekündigt, die Krankheit ist zuerst eingetreten und der Arbeitgeber fragt sich nun, ob er am 15. Dezember 2008 überhaupt kündigen kann. Der Lauf der Sperrfristen kann vor einer Kündigung kein anderer sein als nach einer gültigen Kündigung. Der Arbeitgeber weiss am 15. Dezember 2008 nicht, wie lange die Krankheit noch dauern wird. Es ist also in diesem Zeitpunkt fraglich, ob sie überhaupt in das 2. Dienstjahr hineinreicht. Würde die Krankheit schon im 1. Dienstjahr enden, kann die längere Sperrfrist des 2. Dienstjahrs nicht mehr zum Zuge kommen und die Kündigung wäre in diesem Fall gültig. Wenn die Krankheit wie hier fort dauert und in das 2. Dienstjahr hineinreicht, in welchem auch die Kündigungsfrist liegt, so kommt nach der Entscheidung BGE 133 III 517 der Rest der längeren Sperrfrist zum Zug, die am 2. März 2009 abläuft, was dann aufgrund kalendarischer Eigenheiten zu einer Erstreckung des Arbeitsverhältnisses bis Ende April 2009 führt.

Meines Erachtens ist jedoch die Kündigung am 15. Dezember in jedem Fall gültig, weil der Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Kündigung wissen muss, ob er kündigen kann oder nicht. Wenn man nachträglich – sobald klar ist dass die Krankheit ins 2. Dienstjahr reicht – die längere Sperrfrist von Anfang an laufen lassen würde, so könnte eine Kündigung, die bei früherer Genesung gültig wäre, nachträglich ungültig werden⁵³. Das scheint mir jedoch eine ungerechtfertigte Konsequenz, weil man im Zeitpunkt der Kündigung ihre Gültigkeit abschliessend beurteilen können muss.

4 Der zeitliche Kündigungsschutz in den öffentlichen Personalrechten

Die Kantone und teilweise auch die Gemeinden sind in der Gestaltung ihres eigenen öffentlichen Rechts frei. Das zeigt sich z. B. daran, dass kantonale Entscheide beim Bundesgericht nur insoweit anfechtbar sind, als eine Verletzung der Kantonsverfassung gerügt wird, während die Kontrolle des kantonalen Gesetzesrechts dem Bundesgericht entzogen ist. Das bedeutet, dass die Kantone und Gemeinden ihr eigenes Personalrecht mit nur wenigen Beschränkungen nach eigenem Gutdünken erlassen können.

⁵³ Dieser Meinung ist auch Thomas Geiser, AJP 1996, S. 550ff, hier 555.

Zu diesen Beschränkungen gehören die Pflicht zu gesetzmässigem Handeln, mithin das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage, das Gebot der Verhältnismässigkeit und der Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Das bedeutet, dass privates Arbeitsrecht nicht tel quel auf öffentliche Arbeitsverhältnisse übertragen werden kann⁵⁴. Insbesondere bedürfen Kündigungen öffentlicher Arbeitgeber einer sachlichen Begründung. Wie in der Einleitung bereits ausgeführt, gibt es im öffentlichen Personalrecht eine Inhaltskontrolle von Kündigungen. Damit könnte sich eine Sperrfristenregelung wie im OR erübrigen, denn man könnte die der Beurteilung des sachlichen Grundes die Überlegung einfließen lassen, dass die Kündigung eines kranken Mitarbeiters einer ganz besonderen Rechtfertigung bedarf, um geschützt werden zu können. Trotzdem finden sich in den kantonalen Personalrechten wie auch beim Bund häufig Verweise auf Art. 336c OR.

4.1 Bundespersonalgesetz

Hier gilt schon wegen Art. 6 Abs. 2 BPG (Globalverweis auf das OR) der zeitliche Kündigungsschutz gemäss OR. Das BPG hält es aber auch ausdrücklich fest: Art. 14 Abs. 1 lit. C BPG. Allerdings bedeutet die Nichtigkeit gemäss Art. 14 BPG nicht dasselbe wie in Art. 336c OR. Die nichtige Kündigung nach BPG kann in Rechtskraft erwachsen, sofern sie nicht angefochten wird⁵⁵.

4.2 Personalgesetz Kanton Zürich

Auch das Zürcher Personalgesetz verweist in § 20 PG auf Art. 336c OR. Weil sich auch die Rechtsfolgen einer Kündigung zur Unzeit nach Art. 336c OR richten, muss man wohl davon ausgehen, dass eine derartige Kündigung auch verwaltungsrechtlich nichtig ist. Entscheide dazu sind mir aber nicht bekannt.

4.3 Personalgesetz Kanton Schaffhausen

Art. 15 Abs. 2 PG bestimmt:

Voraussetzungen und Wirkungen der Kündigung zur Unzeit richten sich nach den Bestimmungen des OR.

Es ist also dieselbe Regelung wie im Kanton Zürich. Entscheide dazu sind jedenfalls nicht publiziert worden.

4.4 Personalgesetz Kanton Aargau

Dieses Personalgesetz verweist in § 7 PG für die Kündigung in allgemeiner Form auf die Art. 334 – 337d OR. Daraus folgt, dass nicht zur Unzeit gekündigt werden darf, doch dürfte eine Kündigung zur Unzeit nicht nichtig, sondern anfechtbar sein.

4.5 Personalgesetz Kanton Basel-Stadt

Basel hat eine sehr lange Sperrfrist festgelegt. Gemäss § 37 PG ist eine Sperrfrist von 365 Tagen zu beachten.

⁵⁴ Marco Donatsch, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, in: Jusletter 3. Mai 2010

⁵⁵ SHK-BPG-Nötzli N 4 zu Art. 14 BPG.

4.6 Personalgesetz Kanton St. Gallen

Art. 25 Abs 3 des Personalgesetzes lautet:

Im Übrigen werden die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 über den Kündigungsschutz sachgemäss angewendet.

Dass damit auch der zeitliche Kündigungsschutz gemeint ist, ist alles andere als klar und muss einer Fussnote entnommen werden. Weil kein Verweis auf die Rechtsfolgen des Art. 336c OR im Gesetz steht, ist wohl davon auszugehen, dass eine Kündigung zur unzeit angefochten werden muss und ohne Anfechtung in Rechtskraft erwächst.

Zudem hat das Verwaltungsgericht in einem Fall eines Lehrers entschieden, der fehlende Hinweis auf den zeitlichen Kündigungsschutz des OR sei nicht auf dem Weg der Lückenerfüllung zu schliessen, da das öffentliche Personalrecht gegenüber dem OR auch ohne Praktizierung der Sperrfrist gewisse Besserstellungen enthalte⁵⁶.

4.7 Personalgesetz Kanton Graubünden

Im Personalgesetz des Kantons Graubünden findet sich keine Bestimmung über den zeitlichen Kündigungsschutz. Art. 12 PG lautet:

Art. 12

Bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung im Sinne des Obligationenrechts oder von Artikel 9 Absatz 2 beträgt die Entschädigung maximal zwölf Monatslöhne.

Was heisst hier ungerechtfertigt? Die Fussnote, die es auch hier gibt, ist noch weniger aussagekräftig als jene in Art. 25 PG-SG, denn sie verweist nur auf SR 220, d. h. auf das OR. In einem Entscheid⁵⁷, der allerdings auf den Rechtszustand vor dem heute gültigen Personalgesetz Bezug nimmt, hat das Bündner Verwaltungsgericht die Anwendung von Art. 336c OR bejaht, wobei aber nicht klar ist, ob ein Verweis dies vorgeschrieben hat oder ob das Gericht eine Lücke gefüllt hat. Jedenfalls bedeutet die Anwendung der Sperrfristenregelung nur, dass Kündigungen in der Sperrfrist anfechtbar sind. Unterbleibt die Anfechtung, wird die Kündigung rechtskräftig.

⁵⁶ Verwaltungsgericht St. Gallen Az B 2005/170, Urteil vom 21. März 2006, Erw. 4; das Urteil ist vor Inkrafttreten des heute gültigen Personalgesetzes ergangen.

⁵⁷ VG Graubünden U 06 132 1. Kammer Urteil vom 21. Juni 2007