

**41 Bundesgericht, Urteil vom 10. Juli 2007, 4C.89/2007, BGE 133 III 517 - Mit Kommentar von RA lic. iur. Georges Chanson****Art. 336c OR. Dauer der Sperrfrist bei Dienstjahreswechsel**RA lic. iur. [Georges Chanson](#), Fachanwalt SAV Arbeitsrecht**Kommentar zu BGer 4C.89/2007, BGE 133 III 517****Wichtiger Leitentscheid zur Sperrfrist mit problematischer Berechnung**

Mit [BGE 133 III 517](#) (Urteil der I. Zivilabteilung in französischer Sprache vom 10. Juli 2007, Berufung in Fünfer-Besetzung, [4C.89/2007](#)) hat das Bundesgericht eine alte Kontroverse geklärt, indem es entschied, dass die längere Sperrfrist anwendbar ist, wenn eine krankheits- oder unfallbedingte Absenz in ein Dienstjahr reicht, für welches das Gesetz eine längere Sperrfrist vorsieht als für das unmittelbar vorangehende. Dies kann beim Wechsel vom ersten ins zweite und vom fünften ins sechste Dienstjahr auftreten. Dabei ist der Beginn der Sperrfrist (dies a quo) auf den Beginn der Arbeitsunfähigkeit zu legen. Laut der Auffassung des Bundesgerichts hatte die Rekurskammer des Kantonsgerichts Waadt die Sperrfrist richtig berechnet. Dies trifft deshalb nicht zu, weil die Vorinstanz nicht richtig zählte, den nicht abgelaufenen Teil der Kündigungsfrist mit 13 statt 14 Tagen in ihre Berechnung einbezog und nach der hier vertretenen Auffassung überdies Abs. 3 von [Art. 336c OR](#) falsch interpretierte.

**Klage eines erkrankten Temporär-Mitarbeiters**

Konkret ging es um den Arbeitsvertrag eines seit dem 5. Mai 2003 temporär beschäftigten Schlossers, dessen Rahmenvertrag ab dem 7. Monat eine Kündigungsfrist von einem Monat auf den gleichen Tag des folgenden Monats vorsah ("... un délai d'un mois pour le même jour du mois suivant"). Er erhielt am 7. April 2004, also noch im ersten Dienstjahr, mit Brief vom Vortag die Kündigung, mit welcher der Vertrag auf den 7. Mai 2004 aufgelöst wurde. Vom 24. April bis am 31. Juli 2004 war er infolge Krankheit voll arbeitsunfähig. Nach einem Unterbruch mit voller Arbeitsfähigkeit vom 1. August bis am 15. September trat am 16. September 2004 nochmals eine Arbeitsunfähigkeit von 25% ein, über deren Ende nichts bekannt ist. Der Arbeitnehmer klagte gegen seine Arbeitgeberin und in einem Teilbetrag auch gegen die Krankentaggeldversicherung auf Ersatz von 2 Wartetagen, auf nicht bezahltes Krankentaggeld für die Zeit vom 5. Juni bis Ende Juli 2004 und auf den vollen Lohn für 7 Arbeitstage vom 1. bis 7. August, was insgesamt CHF 1'737.40 brutto und CHF 7'942.40 netto ergab, womit er die altrechtliche Grenze für das Berufungsverfahren von Art. 46 OG (AS 1959 902 906, aufgehoben per 01.01.2007) erreichte. Das Arbeitsgericht des Bezirks Broye und nördliches Waadtland hiess die Klage am 22. Juni 2006 im Wesentlichen gut, während die Rekurskammer des Kantonsgerichts Waadt mit Entscheid vom 17. November eine Entschädigung für 7 Arbeitstage verweigerte, weil mangels Arbeitsangebot des Schlossers kein Annahmeverzug im Sinne von [Art. 324 OR](#) vorlag.

**Unzutreffende Sperrfristberechnung durch das Kantonsgericht VD**

Das Kantonsgericht wendete - was nachstehend noch zu behandeln ist - die 90-tägige Sperrfrist im zweiten Dienstjahr (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) an, die im konkreten Fall (bei Absenzbeginn am 24. April) am 22. Juli 2004 endete. Vom Folgetag zählte das Gericht 13 Tage, an denen die ursprüngliche Kündigungsfrist stillgestanden sei, und kam so auf einen neuen Ablauf der Kündigungsfrist am 4. August 2004. Das war falsch, denn vom 24. April bis am 7. Mai, d.h. vom Absenzbeginn bis zum Ende der ursprünglichen Kündigungsfrist, waren es 14 Tage. Ob dieser Fehler entstand, weil die Vorinstanz zuerst von den 17 "gesunden Tagen" vor der Absenz ausging, während denen die Kündigungsfrist lief, statt in Nachachtung von [BGE 121 III 107](#) (aus dem Italienischen übersetzt in Pra 84 Nr. 273) die Tage der Arbeitsunfähigkeit während der ursprünglichen Kündigungsfrist zu zählen, bleibt offen. Die korrekte Berechnung und die Differenz bei Anwendung der 30- oder 90-tägigen Sperrfrist sieht visualisiert wie folgt aus:

Kündigungsfrist ab 07.04.04	17 T	14 T	07.05.04
Arbeitsunfähigkeit vom 24.04.04 bis 31.07.04	Arbeitsunfähigkeit		
Sperrfrist 30 Tage bis 23.04.04	Sperrfrist 30 Tage	14 T	06.06.04
Sperrfrist 90 Tage bis 22.07.04	Sperrfrist 90 Tage		14 T 05.08.04

Somit hätte das Arbeitsverhältnis im vorliegenden Fall am 5. August, d.h. am 14. Tag nach Ablauf der (längeren) Sperrfrist geendet. Das Kantonsgericht Waadt verlängerte aber in Anwendung von Abs. 3 von Art. 336c OR auf den 7. August, was laut der Wiedergabe im bundesgerichtlichen Entscheid (dort Teil B.b auf S. 519) folgendermassen begründet wurde: "En vertu de l'art. 336c al. 3 CO, comme le terme stipulé était d'un mois calendaire, ce délai a été prolongé jusqu'au 7 août 2004, date à laquelle le contrat a pris fin.". Offenbar hat das Kantonsgericht den reichlich zufälligen Endtermin vom 7. Mai, d.h. dem Tag im Folgemonat, der dem Zugang der Kündigung entsprach, einem Endtermin auf das Ende eines Monats oder auf das Ende einer Arbeitswoche gemäss Abs. 3 von Art. 336c OR gleichgesetzt. Diese Bestimmung sieht eine Koordination auf den "für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen üblichen Endtermin" vor (vgl. *Portmann/Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2007, Rz 717, mit Verweis auf [BGE 124 III 474](#), und die dortigen Hinweise in E. 2, S. 475, einschliesslich Verweis auf die Botschaft BBl 1967 II 241 ff S. 383, letztere unter der Nummer 10043752 auffindbar auf [www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch](http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch)), setzt aber die Geltung eines solchen Stellenwechsel-Termins im konkreten Vertrag voraus. Dies war im hier beurteilten Fall gerade nicht gegeben, sondern der Vertrag konnte, in Abhängigkeit vom Zugang der Kündigung, faktisch auf jeden Tag innerhalb eines Monats gekündigt werden.

### Entscheid zugunsten der längeren Sperrfrist

Das Bundesgericht wies die Berufung der Arbeitgeberin ab und gab in ausführlicher Auseinandersetzung mit Lehre und Praxis der längeren Sperrfrist - beginnend mit dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit - den Vorzug, was Unterstützung verdient. Der Entscheid zeigt in der Erwägung 3.1 (S. 520 ff.) die ganze Palette von Meinungen, beginnend mit der Anknüpfung an den Zugang der Kündigung, über das Abstellen auf den Beginn der Arbeitsunfähigkeit, über die Anknüpfung an das Dienstjahr, in dem die kürzere Sperrfrist oder die ursprüngliche Kündigungsfrist endet, über pro rata temporis-Lösungen, bis hin zur herrschenden Meinung, die darauf abstellt, ob die Arbeitsunfähigkeit ins nachfolgende Dienstjahr mit der längeren Sperrfrist übergreift. Auch bei dieser Lösung wurden Varianten vertreten, indem der Beginn der Sperrfrist auf den ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit gelegt wird (so *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. Zürich 2006, N 8 zu Art. 336c OR) oder erst auf den Beginn des neuen Dienstjahres fällt. Nach der Präsentation dieser Meinungspalette folgert das Bundesgericht (E.3.2, S. 522/523), dass die Gerichtspraxis zur streitigen Frage ziemlich rar sei, und behandelt zwei Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich (ZR 84/1985 Nr. 117, S. 207 = JAR 1985 S. 226; ZR 93/1994 Nr. 55, S. 169) und ein Urteil des gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt (Bericht GSG über die Rechtsprechung 2003 und 2004, dort 2.12.2 = JAR 2005 S. 342 ff.), um sich anschliessend (E. 3.3, S. 523 ff.) im Detail mit den verschiedenen Lehrmeinungen auseinanderzusetzen.

Das Bundesgericht schliesst sich der herrschenden Meinung mit der Begründung an, diese entspreche der ratio legis am meisten. Sinn des Gesetzes ist, dem Arbeitnehmer eine ungekürzte Kündigungsfrist einzuräumen, damit er in der Lage ist, eine neue Stelle zu suchen (so [BGE 124 III 474](#), E. 2b aa). Dabei stellt es klar, dass dies nicht nur beim Wechsel vom ersten ins zweite Dienstjahr gilt, sondern auch dann, wenn die Krankheit vom fünften ins sechste Dienstjahr übergreift. Weiter hält das Bundesgericht fest, dass es bei der kürzeren Sperrfrist bleibt, wenn die verlängerte Kündigungsfrist bei Anwendung der kürzeren Sperrfrist noch vor dem Dienstjahreswechsel abläuft. Dies ist die konsequente Folgerung aus [BGE 124 III 474](#), wonach eine Arbeitsunfähigkeit, die während der Zusatzfrist gemäss Art. 336c Abs. 3 OR eintritt, keine neue Sperrfrist auslöst. Geklärt wird mit dem vorliegenden Entscheid auch, dass die verlängerte Sperrfrist nicht irgendwann während der Arbeitsunfähigkeit beim Dienstjahreswechsel, sondern bei deren Beginn zu laufen beginnt.

### Wertvolle Klärung für die Praxis

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 der verlängerten Kündigungsfrist im nächsten (zweiten oder sechsten) Dienstjahr klar, dass rückwirkend ab Beginn mit der längeren Frist zu rechnen ist. Ein aletorisches 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.

### **Unbehagen zur Anwendung von Art. 336c Abs. 3 OR**

Ein Wermutstropfen ist, dass es das Bundesgericht offensichtlich unterliess, die Sperrfristberechnung der Vorinstanz nachzurechnen und dem Kantonsgericht Waadt generell eine korrekte Anwendung der Sperrfristregeln attestiert hat (E. 3.4 S. 526). Vermutlich wäre bei genauerer Betrachtung nicht nur die falsche Zählung ans Licht gekommen, sondern es hätten sich wohl auch vertiefte Überlegungen zur Anwendung von Abs. 3 von [Art. 336c OR](#) aufgedrängt, wo das Bundesgericht nur feststellt, die Rekurskommission habe den Termin so verlängert, dass er mit dem vertraglichen Endtermin zusammenfalle. Keine Rolle kann spielen, dass im konkreten Fall das Ergebnis letztlich nur um zwei Tage differiert, d.h. ein Vertragsende am 7. statt am 5. August 2004 entsteht. Massgebend ist, ob die Rechtsanwendung generell richtig war.