

Referenz: arvonline 2009 n. 323
Publikationsdatum: 26.05.2009
Rechtsgebiet: Arbeitsrecht

Bundesgericht, Urteil vom 7. April 2009, 4D_6/2009 - Mit Kommentar von RA lic. iur. Georges Chanson

Selbst eine kurze Krankheit an Weihnachten löst eine Sperrfrist nach Art. 336c OR aus, wenn sie in der Kündigungsfrist liegt

RA lic. iur. [Georges Chanson](#), Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Arbeitsunfähigkeit an Weihnachten löst Sperrfrist aus

Im Entscheid vom 7. April 2009 über eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde ([4D_6/2009](#), französisch) hat die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts den Entscheid der Genfer Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes aufgehoben und eine Arbeitgeberin gestützt auf [Art. 336c OR](#) zur Zahlung eines weiteren Monatslohns verpflichtet, weil die Arbeitnehmerin am 24. und 25. Dezember während laufender Kündigungsfrist krank geworden war. Bereits die erste Instanz, die juridiction des prud'hommes, hatte so entschieden, während die Appellationsinstanz erkannte, das Arbeitsverhältnis sei dadurch nicht verlängert worden.

Sachverhalt und kantonale Verfahren

Konkret ging es um eine Mitarbeiterin einer Sicherheitsfirma, der am 20. November 2006 im dritten Dienstjahr auf Ende Januar 2007 gekündigt wurde, wobei für zwei als schwer bezeichnete Fehler eine Verwarnung ausgesprochen wurde. Die Sicherheitsdienstleisterin war am 24. und 25. Dezember 2006 (d.h. an einem Sonntag und Montag) krank, hatte danach zwei Freitage am 26. und 27. und nahm am 28. Dezember 2006 die Arbeit wieder auf. Sie berief sich darauf, dass sich ihre Kündigungsfrist verlängert habe, bot die Arbeit an und klagte schliesslich bei der juridiction des prud'hommes auf Zahlung des Februar-Lohns und einer weiteren Forderung, was im Grundsatz unter Zusprechung eines Teilbetrags an die Arbeitslosenkasse und bis auf eine anerkannte Gegenforderung von CHF 500 geschützt wurde, weil sich die Kündigungsfrist um 2 Tage auf den 2. Februar und dann auf Ende Februar 2007 verlängert habe.

Auf Berufung der Arbeitgeberin hin hob der Appellationshof das erstinstanzliche Urteil auf und verpflichtete die Arbeitnehmerin zur Rückzahlung dieser 500 Franken und einer weiteren Forderung an die Arbeitgeberin. Er verwies vorab auf [BGE 134 III 354](#) (vgl. dazu [ARVonline-2008-468](#)), der (so die zweite Instanz) erlaube, ohne Berechnung aufgrund der ratio legis dieser Praxis zu entscheiden. Wenn dem Arbeitnehmer die gesamte Kündigungsfrist für die Stellensuche zustehen müsse, sei es legitim, eine Krankheitsperiode ausser Acht zu lassen, welche diese Stellensuche nicht beeinträchtige, was für eine Krankheit, die auf einen Sonntag oder Feiertag fällt, zutreffe. Der 25. Dezember sei ein Feiertag und der 24. nach lokalem Brauch ein halber.

Erwägungen des Bundesgerichts

Dem hielt das Bundesgericht entgegen, der Wortlaut von [Art. 336c OR](#) unterscheide nicht zwischen Arbeitstagen und Feiertagen (jours fériés) und es ergebe sich daraus nicht, dass sich Sperrfristen nur auf Werktage bezögen oder dass nur Werktage zu berücksichtigen seien. Vielmehr müsse dem Arbeitnehmenden nach der ratio legis von Art. 336c Abs. 2 OR die gesamte Kündigungsfrist zur Verfügung stehen. Zu sagen, nur ein Werktag lasse die Kündigungsfrist stillstehen, verstosse gegen den klaren Willen des Gesetzgebers und finde auch keine Stütze in der Doktrin. Zudem beschränke sich die Stellensuche nicht auf die Kontaktnahme mit potentiellen Arbeitgebern, sondern umfasse auch das Zusammenstellen der Dossiers und diverse Abklärungen, z.B. im Internet. Deshalb sei es unhaltbar, dass die zweite Instanz die zwei Krankheitstage nicht berücksichtigt habe. Zudem sei der 24. Dezember nach dem Genfer Feiertagsgesetz kein offizieller Feiertag. Aus den tatsächlichen Feststellungen des zweitinstanzlichen Urteils sei kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Arbeitnehmerin zu erkennen. Somit sei es willkürlich, dass die kantonale Rechtsmittelinstanz die Kündigungsfrist nicht durch die zwei Krankheitstage habe unterbrechen wollen und stattdessen von einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende Januar 2007 ausgegangen sei. Mangels Einwendungen der Parteien zum Quantitativ beschränkte sich das Bundesgericht nicht auf eine Kassation des angefochtenen Urteils,

sondern sprach der Arbeitnehmerin im Grundsatz Lohn für den Monat Februar 2007 zu, wobei ein Anteil infolge gesetzlicher Subrogation direkt der Arbeitslosenkasse zustand.

Kritische Würdigung

Die Folgerungen des Bundesgerichts in einer doch sehr speziellen Konstellation hinterlassen ein ungutes Gefühl, auch wenn sie dogmatisch richtig erscheinen mögen. Sicher wäre falsch, für die Bestimmung der Sperrfristen nur einfach die Werktage zu zählen und die Sonn- und Feiertage wegzulassen. Ob dies der Genfer Appellationshof beabsichtigte oder in seiner Entscheidung wohl eher auf die besondere Lage dieser beiden Krankheitstage Bezug nahm, bleibt ohne genaues Kenntnis des zweitinstanzlichen Urteils offen. Immerhin ist die Möglichkeit, dass sich Arbeitnehmende gerade an Weihnachten einer intensiven Stellensuche widmen, theoretisch zwar gegeben, aber praktisch doch eher unwahrscheinlich. Man kann sich fragen, ob das Ziel des Gesetzgebers, die gesamte Kündigungsfrist für die Stellensuche zu gewähren, nicht dennoch das Prüfen erlaubt, ob eine konkrete Absenz die Stellensuche tatsächlich gehindert hat oder ob Korrekturen einer schematischen Anwendung der Sperrfristregeln nur über den Weg des Rechtsmissbrauchs möglich sind, wovon im Leitentscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [BGE 115 V 437](#) in E. 3d die Rede ist. Das Bundesgericht hat sich vorliegend bei der Beurteilung einer blossen Willkürüge - für deren Gutheissung eine unhaltbare Begründung ja nicht genügt, sondern ein Entscheid auch in seinen Folgen willkürlich erscheinen muss -, auf eine Gesetzesauslegung beschränkt und lapidar festgestellt, es ergäben sich keine Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch, weshalb das Nichtberücksichtigen dieser zwei Krankheitstage willkürlich sei. Die Frage, ob diese kurze Arbeitsunfähigkeit die Stellensuche behindert hat, blieb offen. Dazu mag beigetragen haben, dass sich die Arbeitgeberin im letztinstanzlichen Verfahren nicht vernehmen liess. Der Ausgang dieses Verfahrens lässt darauf schliessen, dass sich Arbeitgebende kaum noch gegen solche Kurzabsenzen in der Kündigungsfrist wehren können und stattdessen oft die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen hinnehmen müssen.

Steht aber fest, dass auch eine sehr kurze Absenz in der Kündigungsfrist zu deren Stillstand führt, so erleichtert dies Missbräuche erheblich, da aufgrund der Verlängerung auf den üblichen Endtermin, den Abs. 3 von [Art. 336c OR](#) vorgibt, praktisch mit einer ganz kurzen Absenz eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um einen ganzen Monat erwirkt werden kann, zumal in der Praxis häufig erst ab dem 3. Tag ein Arztzeugnis verlangt wird. Dies scheint bei einer Gesamtbetrachtung selbst aus Arbeitnehmersicht nicht unbedingt wünschbar und könnte dazu führen, dass Arbeitgebende freiwillig kaum noch die Kündigungsfrist verlängern oder der unerwünschten Anwendung dieses dritten Absatzes von Art. 336c OR aus dem Weg gehen, indem sie Kündigungstermine nicht mehr aufs Monatsende, sondern auf jeden Tag eines Monats vereinbaren.