

# Ist eine krankheitsbedingte Kündigung missbräuchlich?

**Eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist, weil der Arbeitnehmende erst 21 Stunden pro Woche arbeiten konnte, wurde vom Bundesgericht als missbräuchlich beurteilt, weil die Arbeitgeberin die behaupteten organisatorischen Schwierigkeiten nicht beweisen konnte. Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts?**

Besprechung von BGer 4A\_102/2008, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil (in französischer Sprache) vom 27. Mai 2008.

## Sachverhalt und Erwägungen

### Sachverhalt

Ein Arbeitnehmender mit einem Arbeitspensum von 42 Stunden pro Woche hatte einen Berufsunfall erlitten und war danach vollständig arbeitsunfähig geworden. Nach einer gewissen Zeit konnte er seine Arbeit wieder aufnehmen. Gemäss ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung war er allerdings erst in der Lage, ein Pensum von 21 Stunden pro Woche zu bewältigen. In der Folge kündigte die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag. Die Sperrfrist war im Zeitpunkt der Kündigung abgelaufen. Die Arbeitgeberin begründete die Massnahme mit «raisons d'organisation du travail». Im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens konnte die Arbeitgeberin aber die behaupteten organisatorischen Schwierigkeiten nicht beweisen.

### Aus den Erwägungen

Mit Urteil vom 27. Mai 2008 hat das Bundesgericht über den vom Arbeitnehmenden geltend gemachten Entschädigungsanspruch wegen missbräuchlicher Kündigung entschieden (BGer 4A\_102/2008). In seiner – knappen – Urteilsbegründung ging es davon aus, dass die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag gekündigt hat, weil der Arbeitnehmende es abgelehnt hatte, mit einem Pensum von 42 Stunden pro Woche zu arbeiten. Der Arbeitnehmende habe jedoch das Recht, von der Arbeitgeberin zu verlangen, dass sie auf seine teilweise Arbeitsunfähigkeit Rücksicht nimmt. Das Bundesgericht entschied daher, dass eine missbräuchliche Racheekündigung vorliegt, und verurteilte die Arbeitgeberin dazu, dem Arbeitnehmenden eine Entschädigung in Höhe von 4 Monatslöhnen zu bezahlen.

## Kommentar zum Urteil

### 1. Ausgangslage

Im schweizerischen Arbeitsrecht wird zwischen dem zeitlichen und dem sachlichen Kündigungsschutz unterschieden. Der zeitliche Kündigungsschutz schützt den Arbeitnehmenden nach Ab-

lauf der Probezeit während bestimmten Zeiten vor Kündigungen (Art. 336c OR). So ist z.B. eine Kündigung nichtig (d. h. unwirksam), die der Arbeitgeber in einem Zeitpunkt ausspricht, in dem der Arbeitnehmende ohne eigenes Verschulden durch Krankheit ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Der zeitliche Kündigungsschutz bei Krankheit besteht allerdings nur während einer begrenzten Dauer, die – je nach Dienstjahr des Arbeitnehmenden – 30, 90 oder 180 Tage beträgt (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR). Nach Ablauf dieser Sperrfrist ist eine Kündigung wirksam.

Der sachliche Kündigungsschutz verbietet Kündigungen, die aus einem verwerflichen Motiv ausgesprochen werden (Art. 336 OR). So ist z.B. eine Kündigung missbräuchlich, die der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmende deshalb ausspricht, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht hat (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR – Racheekündigung). Die Missbräuchlichkeit der Kündigung hat zur Folge, dass die kündigende Partei der anderen eine Entschädigung leisten muss, die bis zu 6 Monatslöhnen betragen kann (Art. 336a OR).

Auch wenn zahlreiche Detailfragen zum zeitlichen Kündigungsschutz bei Krankheit umstritten sind, ist im Grundsatz doch klar, dass der Arbeitnehmende bei Krankheit während einer beschränkten Zeit vor Kündigungen geschützt ist. Umstritten ist demgegenüber, ob und inwieweit ein kranker Arbeitnehmender *nach Ablauf der Sperrfrist* zusätzlich durch den *sachlichen* Kündigungsschutz geschützt wird. Das Bundesgericht ist bisher davon ausgegangen, dass der Kündigungsschutz bei Krankheit bloss ein zeitlicher ist. Es sei daher ohne weiteres «zulässig, nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes jemandem wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit zu kündigen» (BGE 123 III 246; BGer 4C.174/2004). Mit BGer 4A\_102/2008 hat das Bundesgericht jedoch ein Urteil gefällt, das – zumindest auf den ersten Blick – mit der bisherigen Bundesgerichtspraxis unvereinbar ist.

### 2. «Ausrutscher», Sonderfall oder neue Rechtslage?

Es ist durchaus denkbar, dass sich das Bundesgericht mit BGer 4A\_102/2008 einen «Ausrutscher» erlaubt hat. Kündigungen bei Krankheit müssten demnach nach Ablauf der Sperrfrist weiterhin ohne weiteres zulässig sein. Für diese Interpretation des Urteils spricht u.a., dass das Bundesgericht mit keinem Wort erwähnt, dass der Entscheid eine Praxisänderung beinhaltet.

Es ist sodann vorstellbar, dass der tragende Gesichtspunkt des Entscheids in der Urteilsbegründung schlicht zu wenig deutlich gemacht worden ist. Entscheidend könnte nämlich gewesen sein, dass die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer dazu *gedrängt* hatte, sein

volles Arbeitspensum zu erfüllen, d. h. mehr zu arbeiten, als medizinisch angezeigt war. Ist diese Vermutung richtig, so ist gegen die Annahme einer missbräuchlichen Rache Kündigung nichts einzuwenden. Das Bundesgericht entschied dann aber einen besonders gelagerten Fall, der sich wohl nur in Betrieben mit einer bestimmten Unternehmenskultur wiederholen kann. Für diese Lesart von BGer 4A\_102/2008 spricht vor allem, dass das Urteil nicht in der amtlichen Entscheidsammlung des Bundesgerichts veröffentlicht werden soll.

Es ist aber auch denkbar, dass das Bundesgericht mit BGer 4A\_102/2008 die Rechtslage dahingehend fortschreiben wollte, dass die Entlassung eines bloss teilweise arbeitsfähigen Arbeitnehmers nach Ablauf der Sperrfrist nun nur noch zulässig ist, wenn arbeitsorganisatorische Gründe der (teilweisen) Beschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen. Wenn sich erweisen wird, dass das Bundesgericht die Rechtslage tatsächlich verändern wollte, dann fragt sich insbesondere, welche Änderungen (Anpassungen) der Arbeitsorganisation vom Arbeitgeber – erfolglos – geprüft worden sein müssen, damit sich der Arbeitgeber in einem Gerichtsverfahren auf arbeitsorganisatorische (Kündigungs-) Gründe berufen darf. Es ist davon auszugehen, dass z. B. eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers und eine Versetzung des Arbeitnehmers auf einen geeigneten freien Arbeitsplatz, der bereits besteht, in Betracht gezogen werden müssen, aber die Schaffung eines neuen – «leidensgerechten» – Arbeitsplatzes nicht verlangt werden darf.

### 3. Diskussionspunkte

Insoweit, als ein kranker Arbeitnehmer sein Arbeitspensum nicht leisten kann, erlischt seine Leistungspflicht. Gegenüber dem Arbeitgeber muss er sich allenfalls auf diese Rechtslage berufen; ein kranker Arbeitnehmer, der nicht zur Arbeit erscheint, macht

jedoch keine «Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis» geltend. Wenn der Arbeitsvertrag wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit des Arbeitnehmers gekündigt wird, ist die Annahme einer missbräuchlichen Rache Kündigung dennoch vertretbar. Das letzte Wort ist aber sicher noch nicht gesprochen. Der Diskussion bedarf vor allem das Verhältnis des sachlichen zum zeitlichen Kündigungsschutz.

Soweit man bei einer krankheitsbedingten Kündigung eine missbräuchliche Rache Kündigung in Erwägung zieht, wird man auch auf beweisrechtliche Fragen eingehen müssen. Eine missbräuchliche Rache Kündigung kann bloss vorliegen, wenn die Krankheit als Kündigungsgrund feststeht. Als Indiz für diese innere Tatsache kann angesehen werden, dass keine arbeitsorganisatorischen Hindernisse für die (teilweise) Beschäftigung des Arbeitnehmers vorliegen. Nach den allgemeinen Beweislastregeln ist dieses Indiz vom Arbeitnehmer nachzuweisen. Wenn das Bundesgericht mit BGer 4A\_102/2008 eine Praxisänderung begründet hat, dann muss es sich folglich zumindest den Vorwurf gefallen lassen, von der Arbeitgeberin den Nachweis arbeitsorganisatorischer Schwierigkeiten verlangt und damit die Beweislast falsch verteilt zu haben.

### 4. Empfehlungen für Arbeitgeber

Jedenfalls bis das Bundesgericht klargestellt haben wird, ob es sich bei BGer 4A\_102/2008 um einen «Ausrutscher» oder Sonderfall handelt oder ob seit BGer 4A\_102/2008 eine neue Rechtslage besteht, werden Arbeitgeber gut daran tun, vor dem Aussprechen einer Kündigung wegen Krankheit ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen, mit dem abgeklärt wird, ob und gegebenenfalls mit welchen Massnahmen dem Arbeitnehmer sein Arbeitsplatz erhalten werden kann.