

BRIEF

Nr. 02.09

21. Januar 2009
SC

Arbeitsrecht: Ist eine krankheitsbedingte Kündigung missbräuchlich?

Am 27. Mai 2008 hat das Bundesgericht einen Entscheid zur Frage der Missbräuchlichkeit einer Kündigung bei Krankheit gefällt, der einige Fragen offen lässt. Der nachfolgende Beitrag soll aufzeigen, worauf sich Arbeitgeberinnen, die keine finanziellen Risiken eingehen wollen, einstellen müssen.

1. Ausgangslage

Im schweizerischen Arbeitsrecht wird zwischen dem zeitlichen und dem sachlichen Kündigungsschutz unterschieden.

Der *zeitliche* Kündigungsschutz schützt den Arbeitnehmer nach Ablauf der Probezeit während bestimmten Zeiten vor Kündigungen (Art. 336c OR). So ist z.B. eine Kündigung nichtig (d.h. unwirksam), welche die Arbeitgeberin in einem Zeitpunkt ausspricht, in dem der Arbeitnehmer 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 Arbeitnehmers – 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, welche die Arbeitgeberin oder der Arbeitnehmer deshalb ausspricht, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht hat (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR – sog. Rachekündigung). Die Missbräuchlichkeit der Kündigung hat zur Folge, dass die kündigende Partei der anderen eine Entschädigung leisten muss, die bis zu sechs Monatslöhne betragen kann (Art. 336a OR).

Auch wenn zahlreiche Detailfragen zum zeitlichen Kündigungsschutz bei Krankheit umstritten sind, ist im Grundsatz doch klar, dass der Arbeitnehmer bei Krankheit während einer beschränkten Zeit vor Kündigungen geschützt ist. Umstritten ist demgegenüber, ob und inwieweit ein kranker Arbeitnehmer *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). Am 27. Mai 2008 hat das Bundesgericht jedoch mit BGer 4A_102/2008 ein Urteil gefällt, das – zumindest auf den ersten Blick – mit der bisherigen Bundesgerichtspraxis unvereinbar ist.

2. Neues Urteil des Bundesgerichts

BGer 4A_102/2008 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Arbeitnehmer mit einem Pensum von 42 Stunden pro Woche hatte einen Berufsunfall erlitten und war danach vollständig arbeitsunfähig geworden. Nach einer gewissen Zeit konnte der Arbeitnehmer 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.

In seiner – knappen – Urteilsbegründung ging das Bundesgericht davon aus, dass die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag gekündigt hat, weil der Arbeitnehmer es abgelehnt hatte, mit einem Pensum von 42 Stunden pro Woche zu arbeiten. Der Arbeitnehmer habe jedoch das Recht, von der Arbeitgeberin zu verlangen, dass sie auf seine teilweise Arbeitsunfähigkeit Rücksicht nimmt. Das Bundesgericht entschied daher, dass eine missbräuchliche Racheündigung vorliegt und verurteilte die Arbeitgeberin dazu, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen.

3. «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 Racheündigung an und für sich 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 v.a., dass das Urteil nicht in der amtlichen Entscheidungssammlung 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 von der Arbeitgeberin – erfolglos – geprüft worden sein müssen, damit sich die Arbeitgeberin 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.

4. Empfehlungen für Arbeitgeberinnen

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 Arbeitgeberinnen 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.

Für weitere Informationen und Fragen steht Ihnen unsere Geschäftsstelle gerne zur Verfügung. Kontaktieren Sie Philip Schneider unter der Telefonnummer 062 837 18 04 oder per E-Mail an philip.schneider@aihk.ch.