

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit

Bei krankheits- oder unfallbedingten Arbeitsunfähigkeiten besteht ein Sperrfristenschutz, und Mitarbeitende können nicht ordentlich gekündigt werden. Eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist kann aber dennoch missbräuchlich sein, insbesondere wenn im Vorfeld der Kündigung die Fürsorgepflicht verletzt worden ist.

Von Dr. Stefan Rieder

Das Schweizer Arbeitsrecht kennt im Grundsatz die Kündigungsfreiheit, und es braucht inhaltlich keinen besonderen Kündigungsgrund. Mitarbeitende werden in Kündigungssituationen aber dennoch geschützt, insbesondere indem eine Kündigung nicht missbräuchlich und nicht geschlechterdiskriminierend sein darf. Auch in zeitlicher Hinsicht besteht ein Schutz, weil das Gesetz in Art. 336c OR für gewisse Situationen, in denen eine neue Stellensuche schwierig oder unmöglich ist, Sperrfristen definiert, während derer eine ausgesprochene Kündigung nichtig ist. Bei einer Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit sind diese beide Schutzmechanismen von Relevanz.

Krankheit als persönliche Eigenschaft

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie «wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht», ausgesprochen wird. Zeitgleich lässt das Gesetz bei einer Kündigung wegen einer persönlichen Eigenschaft aber zwei Rechtfertigungsgründe zu. Es liegt keine missbräuchliche Kündigung vor, wenn diese persönliche Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Das Gesetz definiert nicht ausdrücklich, was alles unter diese persönlichen Eigenschaften fällt, dazu zählen aber unter anderem persönliche Eigenschaften wie Alter, Geschlecht, Herkunft, körperliche Merkmale und Beeinträchtigungen, Krankheiten, Schwangerschaft und sexuelle Orientierung.

Mitarbeitende können das Schicksal einer Krankheit erleiden, aber von dieser

Krankheit ist im Arbeitsverhältnis unter Umständen gar nichts bemerkbar, und es kommt auch nicht zu Ausfällen. Die Diagnose einer Krankheit führt nicht automatisch zu einem sofortigen Ausfall, und Arbeitsverhinderungen treten vielleicht erst später im Verlauf der Krankheit auf. Wenn Mitarbeitende mit dem Vorgesetzten zum Beispiel über ihre Krankheit sprechen oder das Vorhandensein klar kommunizieren, dann wäre eine Kündigung wegen dieser Krankheit (z.B., weil in einer späteren Krankheitsphase vielleicht Ausfälle befürchtet werden) missbräuchlich, weil eine Krankheit eben eine persönliche Eigenschaft darstellt. Eine Kündigung wegen einer Krankheit ist nur dann nicht missbräuchlich, wenn eine der beiden vorgenannten Rechtfertigungsgründe vorliegt. Das ist der Fall, sobald die Krankheit die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt. Entsprechend ist eine Kündigung wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der Sperrfrist zulässig und nicht missbräuchlich.

Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin

Heikel wird es, wenn der Vorwurf im Raum steht, dass die Arbeitgeberin die Krankheit des Mitarbeitenden – zum Beispiel ein Burn-out wegen dauerhafter Überlastung – verursacht hat. Die Arbeitgeberin unterliegt einer Fürsorgepflicht und muss deshalb auf die Gesundheit der Mitarbeitenden gebührend Rücksicht nehmen. Zudem sind notwendige und angemessene Massnahmen zu treffen, um die Gesundheit der Mitarbeitenden zu schützen. Eine Kündigung wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit kann also missbräuchlich sein, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeitenden einer Unterlassung der Fürsorgepflicht

der Arbeitgeberin zuzuschreiben ist. Insbesondere dort, wo sich Mitarbeitende im Vorfeld an die Arbeitgeberin gewendet und zum Beispiel eine Überlastung mitgeteilt haben und nach Entlastungsmassnahmen gefragt haben, ist von besonderer Relevanz, ob und was die Arbeitgeberin alles unternommen hat, um ihrer Fürsorgepflicht nachzukommen.

Das Bundesgericht hatte im Jahr 2024 einen solchen Fall, wo ein Mitarbeitender eine missbräuchliche Kündigung nach einer Krankheit aufgrund einer behaupteten Arbeitsüberlastung (nicht erfolgreich) geltend machte, zu beurteilen und hielt dazu Folgendes fest (BGer 4A_295/2024, E. 3.1.2):

«Es ist grundsätzlich zulässig, jemandem wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit zu kündigen, jedenfalls soweit die Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR abgelaufen ist (BGE 136 III 510 E. 4.4; 123 III 246 E. 5). Dagegen läge eine nach Art. 336 OR verpönte Treuwidrigkeit vor, wenn die krankheitsbedingte Beeinträchtigung der Verletzung einer dem Arbeitgeber obliegenden Fürsorgepflicht zuzuschreiben wäre (Urteile 4A_293/2019 vom 22. Oktober 2019 E. 3.5.1 mit Hinweisen).

Eine Kündigung wegen andauernder Krankheit ist nur in sehr schwerwiegenden Fällen («krasse Fälle») als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR zu qualifizieren (BGE 136 III 513 E. 2.3; 132 III 115 E. 2.1; 131 III 535 E. 4.2). Dies kann nur dann der Fall sein, wenn aus der Beweisführung eindeutig hervorgeht, dass der Arbeitgeber die Krankheit des Arbeitnehmers direkt verursacht hat, z.B. wenn er es unterlassen hat, Mass-

nahmen zum Schutz des Arbeitnehmers wie in Art. 328 Abs. 2 OR vorgesehen zu treffen und der Arbeitnehmer deshalb krank wurde. Wenn die Situation

diesen Schweregrad nicht erreicht, wie es bei Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer psychischen Krankheit häufig der Fall ist, ist die Kündigung nicht missbräuchlich. Denn Schwierigkeiten am Arbeitsplatz können häufig zu Depressionen oder anderen psychischen Störungen führen, die keine direkt durch den Arbeitgeber verursachte Krankheit darstellen (BGE 150 III 78 E. 3.1.3 mit Hinweisen).»

FORMULIERUNGSBEISPIEL VORSORGLICHE KÜNDIGUNG

Vorsorgliche Kündigung

Sehr geehrter Herr [Name]

Mit Schreiben vom [Datum] haben Sie die Gültigkeit der von uns am [Datum] per [Datum] ausgesprochenen Kündigung wegen Krankheit gestützt auf Art. 336c Abs. 2 OR bestritten. Wir halten an der Gültigkeit der Kündigung fest.

Weil Sie die Gültigkeit der Kündigung vom [Datum] infrage stellen, kündigen wir hiermit das Arbeitsverhältnis per [Datum]. Die erneute Kündigung erfolgt rein vorsorglich, und es ist damit keinerlei Anerkennung der Nichtigkeit der am [Datum] ausgesprochenen Kündigung verbunden.

Freundliche Grüsse
[Arbeitgeberin]

Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

Der vorgenannte Bundesgerichtsscheid erwähnt ausdrücklich, dass es bei psychischen Krankheiten schwer sein dürfte, der Arbeitgeberin einen Vorwurf zu machen, und eine Kündigung wegen Krankheit häufig nicht missbräuchlich ist. Im Zusammenhang mit einem belastenden Arbeitsumfeld stellt sich immer wieder auch die Frage, ob eine generelle Arbeitsunfähigkeit oder nur eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorliegt. Im Falle einer rein arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit gelangen die

Sperfristen nach Art. 336c OR nicht zur Anwendung, und eine Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit ist möglich. Die Frage, ob eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorliegt oder nicht, ist häufig umstritten, und gegebenenfalls liegen unterschiedliche ärztliche Einschätzungen vor. Wenn vom Mitarbeitenden dann nach einer Kündigung die Nichtigkeit der Kündigung geltend gemacht wird, dann sind Unternehmen gut beraten, nach Ablauf der Sperfrist eine vorsorgliche Kündigung auszusprechen.



Dr. Stefan Rieder ist als Fachanwalt SAV Arbeitsrecht im privaten Arbeitsrecht, öffentlichen Personalrecht und Sozialversicherungsrecht sowohl beratend als auch prozessierend tätig.

«Überzeugungskraft»

hat nichts mit Alter, Geschlecht oder Herkunft zu tun.



Skills Manager

Mit dem Skills-Manager
keine passenden Menschen
mehr übersehen.

