

# Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit

**Irène Suter-Sieber**

Dr. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht,  
Partnerin und Hiring Partner

Walder Wyss

# Übersicht

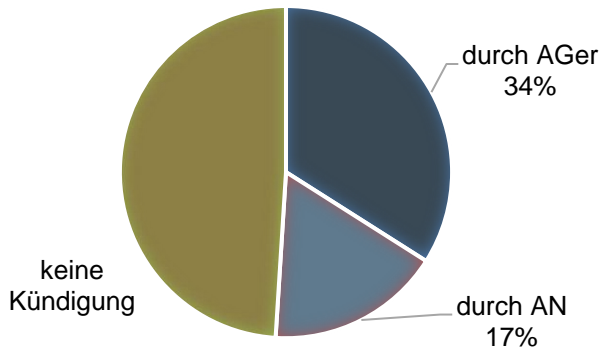
1. Zeitlicher Kündigungsschutz
2. Sachlicher Kündigungsschutz
3. Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit
4. Vertrauensärztliche Untersuchung
5. Aufhebungsvertrag während Sperrfrist
6. Erwähnung der Arbeitsunfähigkeit im Arbeitszeugnis

# Zahlen und Fakten

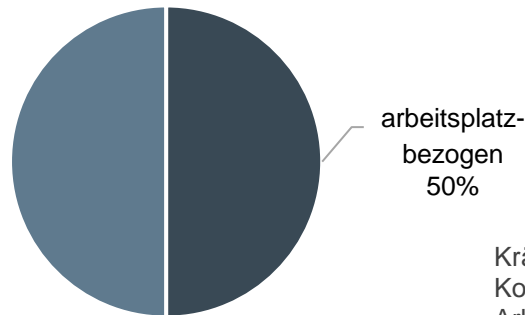
## Studie WorkMed/SWICA zur Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen (2022):

- Basis: 1350 Krankentaggeld-Dossiers von Arbeitnehmenden, die aus psychischen Gründen krankgeschrieben waren
- Dauer der Arbeitsunfähigkeit: Ø 218 Tage

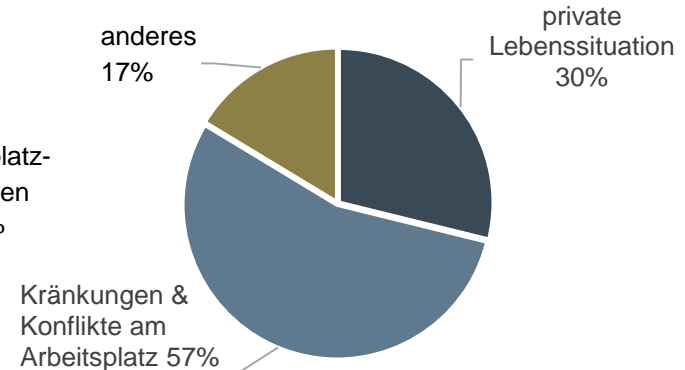
Kündigungen  
während Krankheit



Arbeitsunfähigkeit

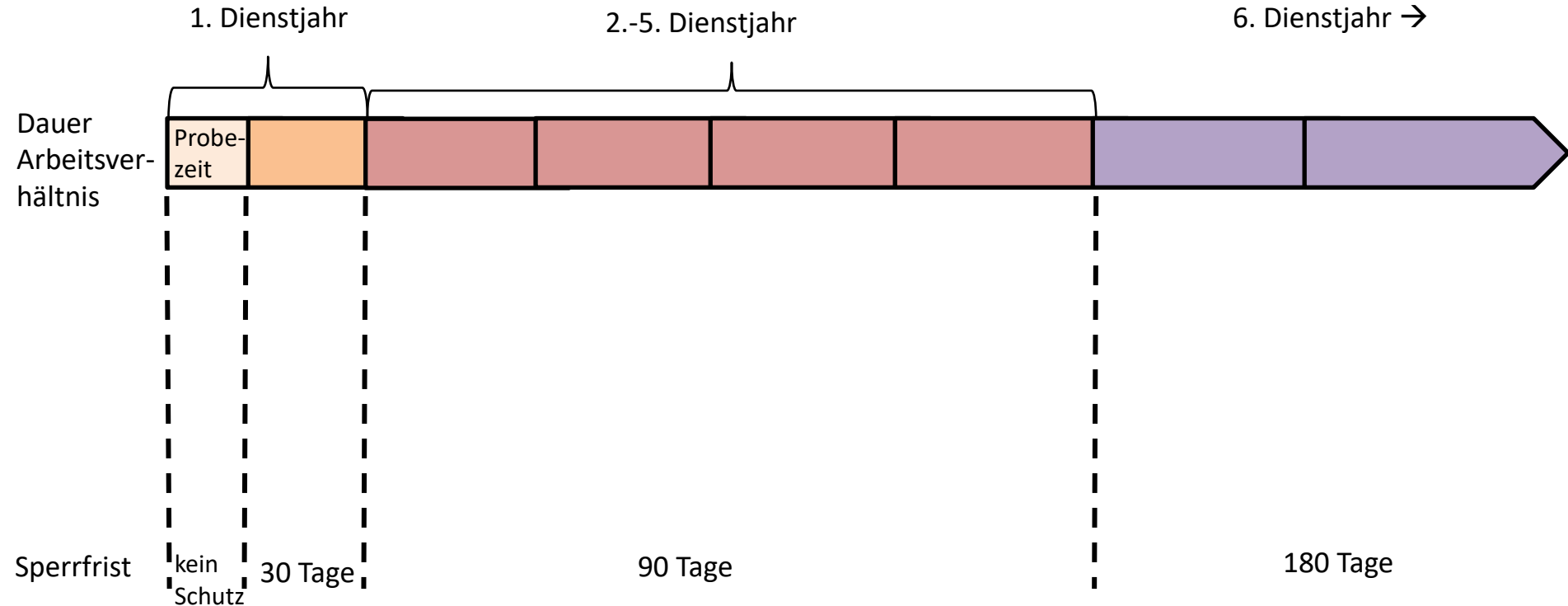


Auslöser



# Zeitlicher Kündigungsschutz

# Sperrfristen bei Arbeitsunfähigkeit



# Abweichende Parteivereinbarung

- Sperrfristschutz ist einseitig zwingend:
  - Verkürzung ist ungültig
  - Verlängerung ist gültig
- Beispiel:

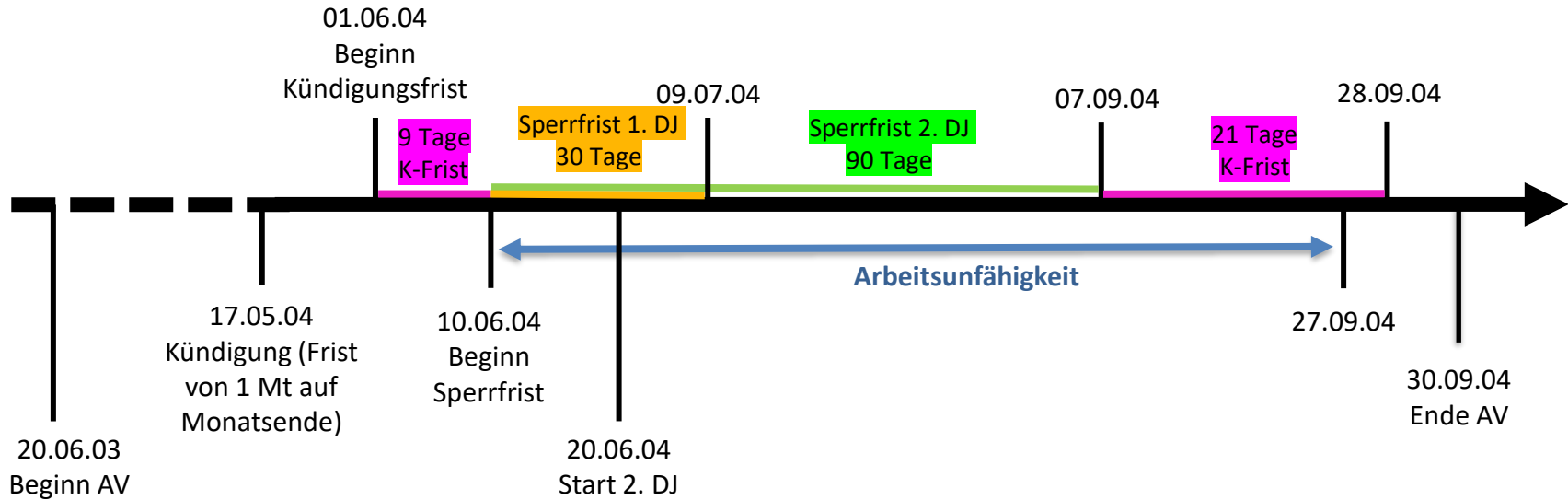
## «Job Protection

If your leave qualifies for job protection, it means your pre-leave position or, in some circumstances, an equivalent position is preserved for you during the job-protected portion of your leave. When you return from leave during or immediately after exhausting the job-protected period, you will be reinstated into your pre-leave position or an equivalent position. If there is a reduction in force during the job-protected portion of your leave, you will be treated the same as other similarly situated employees who are not on leave. [...] Even where there is no state or local law protection, [Company] will generally accommodate a job-protected leave for your own health condition, as long as it is for a reasonable period of time and does not impose an undue business hardship [...]. »

# Sperrfristen beim Dienstjahreswechsel (1/2)

- Relevant nur beim Übergang vom 1. zum 2. bzw. vom 5. zum 6. Dienstjahr
- Klärung mit BGE 133 III 517
- Wenn die Arbeitsunfähigkeit in ein Dienstjahr mit längerer Sperrfrist übergreift, ist der längere Schutz anwendbar, ausser die mit der kürzeren Sperrfrist verlängerte Kündigungsfrist ist beim Dienstjahreswechsel schon abgelaufen.
- Irrelevant ist, ob die aus der Anwendung von Art. 336 c Abs. 3 OR folgende Verlängerung der Kündigungsfrist im neuen Dienstjahr abläuft.
- Anknüpfung an den ursprünglichen Sperrfristbeginn

# Sperrfristen beim Dienstjahreswechsel (2/2)





# Sperrfristen Besonderheiten

- Jede(r) neue Krankheit/Unfall löst eine neue Sperrfrist aus:
  - «*aucun lien*» (BGE 120 II 124 E. 3d)
  - Lungenentzündung nach Erkältung = 1 Sperrfrist
- Rechtsfolgen:
  - Nichtigkeit der Kündigung während Sperrfrist → Ersatzkündigung
  - Verlängerung des Arbeitsverhältnisses nach erfolgter Kündigung
  - «*Es ist grundsätzlich zulässig, jemandem wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit zu kündigen, jedenfalls soweit die Sperrfrist [...] abgelaufen ist.*» (BGer 4A\_293 2019 E. 3.5.1)

# Sachlicher Kündigungsschutz

# Grundsätze

- Prinzip der Kündigungsfreiheit
- Schranke der Missbräuchlichkeit (Art. 336 OR)
- Kündigung ist gültig, aber Strafzahlung von bis zu 6 Monatslöhnen
- Beweislast: Arbeitnehmender (für Kündigungsgrund und Kausalzusammenhang)
- Beweisgrad: hohe Wahrscheinlichkeit

BGer 4A\_293/2019 vom 22.10.2019:

- Zwischen A. und dem VRP der B. AG kam es zu einer Auseinandersetzung.
  - Ab dem Folgetag war A. für die nächsten ca. 1.5 Jahre krankgeschrieben.
  - Nach Ablauf der 180-tägigen Sperrfrist kündigte die B. AG das Arbeitsverhältnis.
  - A. hält die Kündigung für missbräuchlich. B. AG habe ihn wegen einer Krankheit entlassen, die sie selbst durch jahrelange Überforderung verursacht habe.
- **BGer:** A. ist der Nachweis nicht gelungen, dass die B. AG um die Kausalität zwischen Fürsorgepflichtverletzung und Krankheit wusste. Ob überhaupt eine Fürsorgepflichtverletzung vorlag, konnte das Bundesgericht offenlassen.

Arbeitsgericht ZH, Entscheide 2018 Nr. 9:

- Metallbauer erlitt einen Arbeitsunfall, der es ihm verunmöglichte, in den Beruf zurückzukehren. Der Unfall war von der Arbeitgeberin mitverursacht.
  - Die Kündigung erfolgte eineinhalb Jahre nach Ablauf der Sperrfrist.
- **ArG ZH:** Arbeitgeberin hat alles Notwendige und Zumutbare i.S. der Fürsorgepflicht getan, um den Arbeitnehmer wieder zu integrieren. ArG verneinte eine Pflicht der Arbeitgeberin, für den Arbeitnehmer eine ganz andere Stelle zu schaffen, etwa eine Praktikantenstelle im kaufmännischen Bereich, obschon dafür möglicherweise kein Bedarf bestand oder eine solche Stelle gar wirtschaftlich untragbar gewesen wäre.

# Kasuistik: Missbräuchlichkeit bejaht

BGer 4A\_2/2014 vom 19.2.2014:

- Psychiater der KTG diagnostizierte schwere psychische Erkrankung. Der Arbeitnehmer sei an seinen früheren Arbeitsplätzen in Vich und Signy zu 100% arbeitsunfähig, könne aber in einer anderen Filiale arbeiten.
- Arbeitgeberin kündigt.
- **BGer:** Arbeitgeberin hat ihre Fürsorgepflicht verletzt, weil sie nicht geprüft hatte, ob die Versetzung in eine andere Filiale in Frage gekommen wäre.

BGE 132 III 257:

- Arbeitnehmer litt an schwerer Rauchallergie und hatte von der Arbeitgeberin die Durchsetzung eines Rauchverbotes verlangt.
- Es war erstellt, dass der Arbeitnehmer als Allergiker wegen der Rauchimmissionen gesundheitlich derart beeinträchtigt war, dass er verschiedentlich der Arbeit fernbleiben musste.
- Arbeitgeberin kündigte wegen seiner zahlreichen krankheitsbedingten Absenzen.
- **BGer:** Kündigung war missbräuchlich (Fürsorgepflichtverletzung)

# Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit ist missbräuchlich, wenn...

Kündigung durch Arbeitgeberin nach Ablauf der Sperrfrist

Kündigungsgrund ist die Krankheit

Fürsorgepflichtverletzung: z.B. Ursache der Krankheit ist eine Pflichtverletzung der Arbeitgeberin und die Arbeitgeberin weiss um die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Krankheit und kündigt dennoch **UND/ODER** nicht alles Notwendige und Zumutbare getan, um den Arbeitnehmer wieder zu integrieren

# Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

# Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

## Definition

Arbeitsunfähigkeit betrifft nur die konkrete Stelle. Ansonsten ist der Arbeitnehmende normal einsatzfähig.

## Mögliche Ursachen

Mobbing, schlechtes Arbeitsklima, Konflikte am Arbeitsplatz etc.

## Kündigungsschutz?

- Zeitlicher Kündigungsschutz: grundsätzlich nein. Da der Arbeitnehmende nicht gehindert ist, während der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden und anzunehmen.
- Aber: sachlicher Kündigungsschutz



# Vertrauensärztliche Untersuchung

# Vertrauensärztliche Untersuchung

- Vertrauensarzt = Arzt/Ärztin, welche(n) die Arbeitgeberin auswählt und bezahlt
- Pflicht des Arbeitnehmenden, die vertrauensärztliche Untersuchung zu dulden:
  - aus Arbeitsvertrag
  - wenn die Arbeitgeberin aufgrund objektiver Anhaltspunkte ein Arztzeugnis bezweifelt (z.B. nachträglich ausgestellt, Verdacht auf Scheinkrankheit)
- Wann macht es Sinn?
  - Verdacht auf Arbeitsplatzbezug der Arbeitsunfähigkeit
  - Vertrauensarzt ist ausreichend spezialisiert mit Bezug auf die Krankheit (Problematik Datenschutz)
- **Tipp Arbeitgeberin:** rasch handeln; detaillierter Fragenkatalog an den Vertrauensarzt
- **Tipp Arbeitnehmende:** Kooperation

# Aufhebungsvertrag während Sperrfrist

# Aufhebungsvertrag während Sperrfrist

- Auch während Sperrfrist grundsätzlich gültig
- Schafft Rechtssicherheit
- «*fair and balanced*»-Test
- Faustregel: Arbeitnehmender hat Anspruch auf Gegenwert jener Ansprüche, die ihm/ihr im Falle einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung zustehen:
  - hypothetische Kündigungsfrist
  - Risiko der (fortgesetzten) Sperrfrist/Lohnfortzahlung muss Rechnung getragen werden
  - Risiko der Missbräuchlichkeit kann mit Entschädigungszahlung ausgeglichen werden
- Fixes Enddatum mit Entschädigungszahlung vs. «open end» mit Krankentaggeldlösung
- **Tipp:** Unklarheiten vertraglich klar regeln (Ferienbezug, Ferienkürzung, Boni bei Verlängerung, Konkurrenzverbot, Freistellung und Rückruf)
- Rechtsfolge bei Verletzung dieser Grundsätze → wohl Nichtigkeit

# Erwähnung der Arbeitsunfähigkeit im Arbeitszeugnis

# Erwähnung Arbeitsunfähigkeit im Arbeitszeugnis

- Zweck des Zeugnisses: Beurteilung der Leistung und des Verhaltens des Arbeitnehmenden (nicht: Krankengeschichte)
- Grundsatz der Vollständigkeit, Klarheit und Wahrheit
- Aufnahme ins Arbeitszeugnis angezeigt (BGE 136 III 510):

Krankheit hat erheblichen Einfluss auf Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmenden oder stellt die Eignung für die Erfüllung der bisherigen Aufgaben infrage und stellt damit einen sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses dar.

Krankheit fällt im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer erheblich ins Gewicht, so dass ohne Erwähnung ein falscher Eindruck bezüglich der erworbenen Berufserfahrung entstünde.

# Kasuistik zur Erwähnung im Arbeitszeugnis

- ArG ZH vom 26. April 2005 (Entscheide 2005 Nr. 10) (**verneint**): 6 Monate Krankheit und 6 Monate Freistellung während 25 Monaten Anstellungszeit (wohl überholt)
- BGer 4A\_574/2017 (**bejaht**): 6 Monate Krankheit und 6 Monat Freistellung während 9 Jahren Anstellungszeit («*der Arbeitnehmer hat seit dem 1. Januar 2013 für die Arbeitgeberin keine Tätigkeit mehr ausgeführt und wurde in der Folge freigestellt.*»)
- BGE 144 II 345 (**bejaht**): 14 Monaten Abwesenheit während 30 Monaten Anstellungszeit («*Abwesenheit wegen Mutterschaft/Krankheit*»)
- BGE 136 III 510 (**bejaht**): Arbeitnehmer hatte während 1½ Jahren vor Ende des Arbeitsverhältnisses zufolge Krankheit nicht mehr gearbeitet. Genesung nicht absehbar. Krankheit bildete berechtigten Kündigungsgrund und Arbeitgeberin war «gehalten» die Krankheit im Zeugnis zu erwähnen.
- ArG ZH vom 9. September 2003 (Entscheide 2003 Nr. 15) (**bejaht**): Manisch-depressiver Krankenpfleger hatte unvermutet die Arbeit niedergelegt und blieb für knapp einen Monat unbekannt abwesend («*Herr X. verlässt uns zufolge gesundheitlicher Probleme*»).

# Danke für Ihre Aufmerksamkeit

## Kontakt

Dr. Irène Suter-Sieber  
Dr. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht  
Walder Wyss AG  
Seefeldstrasse 123  
8008 Zürich  
058 658 56 60  
[irene.suter@walderwyss.com](mailto:irene.suter@walderwyss.com)

