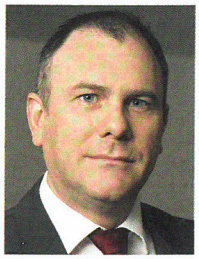


ARBEITSRECHT

APRIL 2022
NEWSLETTER **04**

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

Wenn ein Mitarbeitender während der Kündigungsfrist erkrankt oder anderweitig unverschuldet an der Arbeit verhindert ist, sind die sog. Sperrfristen zu beachten. In unserem ersten Top-Thema wird Ihnen das **«Einmaleins der Sperrfristen(-berechnung)»** erläutert.

In unserem zweiten Top-Thema wird aufgezeigt, welche **Auswirkungen die Datenschutzrevision auf arbeitsrechtliche Themen** hat, wobei in erster Linie auf die sog. Datenschutz-Folgenabschätzung eingegangen wird.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema: Sperrfristberechnung — Seite 1
- Fragen und Antworten: Sperrfristberechnung — Seite 4
- Top-Thema: Datenschutzrevision — Seite 5
- Gerichtsentscheid: Betriebszulagen — Seite 8
- Gerichtsentscheid: Entschädigung des Ferienlohns — Seite 11

«Einmaleins der Sperrfristen (-berechnung)»

Wenn Mitarbeitende[1] unverschuldet an der Arbeit verhindert sind, tritt der sogenannte Sperrfristenschutz auf den Plan. Relevant wird dieser zeitliche Kündigungsschutz hauptsächlich im Kontext der Beendigung von Arbeitsverhältnissen und führt in diesen Konstellationen oftmals zu schwierigen Verhältnissen zwischen Arbeitgebenden und Mitarbeitenden. Doch was genau beinhaltet der gesetzliche Sperrfristenschutz – und was nicht?

Von Simone Wetzstein, lic. iur., LL.M., und Chiara Wirz, MLaw

Kernwissen zum gesetzlichen Sperrfristenschutz

Unter dem von Juristen und anderen Praktikern häufig mit dem Schlüsselbegriff «Sperrfrist» bezeichneten zeitlichen Kündigungsschutz sind diejenigen Sachverhalte zu verstehen, die Art. 336c des Obligationenrechts (OR) in Abs. 1 auflistet und welche besagen, dass während gewisser Zeiträume keine Kündigungen möglich sind bzw. eine Kündigungsfrist unterbrochen wird und stillsteht. Die «berühmtesten» Sperrfrist-Tatbestände sind krankheits- oder unfallbedingte Absenzen. Obligatorischer Militär-, Schutz- oder Zivildienst, Schwangerschaft mitsamt den 16 Wochen nach der Geburt sowie von Bundesbehörden angeordnete Hilfsaktionen im Ausland lösen den zeitlichen Kündigungsschutz ebenso aus. Schliesslich sind mit dem zeitlichen Kündigungsschutz bei verlängertem Mutterschaftsurlaub (Art. 329f Abs. 2 OR) und dem Betreuungsurlaub (Art. 329i OR) unlängst zwei neue familiengerechte Sperrfrist-Tatbestände geschaffen worden.[2]

Die mit der Sperrfrist einhergehende zeitliche Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten besteht allerdings erst nach abgelaufener Probezeit und auch nur dann, wenn die Kün-

digung vonseiten der Arbeitgeberin erfolgt bzw. noch erfolgen soll. Ferner findet der zeitliche Kündigungsschutz grundsätzlich auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen, die ohne Kündigung enden, keine Anwendung. Unbeachtlich für die Anwendbarkeit der Sperrfristenregelung ist hingegen, ob die betroffene Mitarbeitende Vollzeit oder Teilzeit arbeitet oder ob ein (gekündigter) Mitarbeitender von der Arbeitgeberin freigestellt worden ist. In beiden soeben genannten Fällen kann der zeitliche Kündigungsschutz greifen.

Anerkannter Schutzzweck der Sperrfristenregelung ist es, den gekündigten Mitarbeitenden vom Verlust seiner Arbeitsstelle zu bewahren, solange er aufgrund bestimmter Umstände wie etwa einer Krankheit tatsächlich daran gehindert ist, eine neue Stelle zu suchen und diese schliesslich anzutreten. Dieser Schutzzweck scheint mindestens fraglich, wenn ein Mitarbeitender aufgrund einer rein arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit (siehe dazu unseren Beitrag im WEKA-Newsletter vom Juni 2021) an der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gehindert ist, beispielsweise weil das konkrete Arbeitsumfeld für ihn eine nicht zumutbare psychische Belastung darstellt. Die Geltung des zeitlichen Kündigungsschutzes ist in solchen Fällen umstritten und wird von den Schweizer Gerichten überwiegend abgelehnt. Arbeitgebende dürfen sich also, je nach den konkreten Umständen, auf den Standpunkt stellen, dass eine vom Mitarbeitenden geltend gemachte Sperrfristenwirkung aufgrund des (offensichtlichen) Arbeitsplatzbezugs ins Leere läuft.

Der zeitliche Kündigungsschutz enthält – entgegen der beim breiten Publikum anzutreffenden Meinung – keine Regelung zur Lohnfortzahlungspflicht von Arbeitgebenden während der Dauer der Sperrfristenwirkung. Eine solche Verpflichtung ergibt sich insbesondere aus den Bestimmungen zur Lohnfortzahlung bei (unverschuldeter) Arbeitsverhinderung (Art. 324 und 324a f. OR; siehe unser FAQ).

Der Beweis für das Vorliegen eines Sperrfristen-Tatbestands liegt bei der Mitarbeitenden, die daraus Rechte ableitet. Typischerweise geschieht dies durch ein ärztliches Zeugnis. Sofern die Arbeitgeberin Zweifel an einem erhaltenen ärztlichen Zeugnis hat, lassen sich diese oftmals einzig durch die Zweitbeurteilung einer Vertrauensärztin rechtswirksam untermauern. Wird die Arbeitsfähigkeit in der Folge zweitärztlich bescheinigt, liegen gewichtige Gründe vor, welche das ärztliche Zeugnis der Mitarbeitenden entkräftigen. Damit liegt auf der Hand, wie wichtig Auswahl und Instruktion einer Vertrauensärztin für Arbeitgebende sind (siehe unser FAQ).

Das Gesetz unterscheidet zwei Rechtsfolgen, welche durch den Eintritt eines Sperrfristen-Tatbestands kraft Gesetzes ausgelöst werden können:

- Liegt ein Sachverhalt mit Sperrfristwirkung bereits *zum Zeitpunkt* der Kündigung der Arbeitgeberin vor (entscheidend ist der Zugang der Kündigung beim Mitarbeitenden), so ist die Kündigung nichtig, das heisst sie gilt als nicht ausgesprochen, und die Kündigungsfrist beginnt gar nicht erst zu laufen.
- Tritt der Sachverhalt mit Sperrfristwirkung *nach* erfolgter Kündigung der Arbeitgeberin ein, ist die Kündigung im Prinzip gültig, die Kündigungsfrist wird jedoch für die Dauer der Sperrfristenwirkung unterbrochen und setzt sich erst danach wieder fort; gegebenfalls wird die Kündigungsfrist bis zum nächstfolgenden (gesetzlichen) Kündigungstermin erstreckt.

Man rechne:
1 × eine, zwei, drei etc. Sperrfrist(en)[3]

Damit die Sperrfrist den Unterbruch und eine faktische Verlängerung der Kündigungsfrist bzw. des Arbeitsverhältnisses verursacht, muss ihre Ursache *innerhalb* der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist liegen. Mit anderen Worten muss die Kündigungsfrist schon vor dem erstmaligen Eintritt der Sperrfrist zu laufen begonnen haben, und dies ist durch Rückwärtsrechnen vom Endtermin der Anstellung festzustellen. Kündigt die Arbeitgeberin z.B. mit schriftlicher Mitteilung (Zugang beim Mitarbeitenden am 23. Oktober) unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist per 31. Januar, wirkt ein Sperrfrist-Tatbestand erst ab dem 1. November, nicht aber schon früher (z.B. eine Krankheit vom 24. bis 31. Oktober) (siehe Abbildung 1).

Relativ unkompliziert erweist sich folglich die Sperrfristenberechnung, wenn eine einzelne Sperrfrist ausgelöst wird. Ausgehend vom obigen Beispiel würde etwa eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit vom 10. bis und mit 23. Dezember eine Sperrfrist auslösen (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR), die Kündigungsfrist um 14 Tage unterbrechen bzw. erstrecken, womit diese am 14. Februar (theoretisch) enden würde. Faktisch – weil ein vertraglicher Endtermin häufig nicht geregelt ist und das Arbeitsverhältnis dann nur per Monatsende beendet werden kann (siehe unser FAQ) – endet das Vertragsverhältnis dann regelmässig erst am 28. Februar (siehe Abbildung 2).

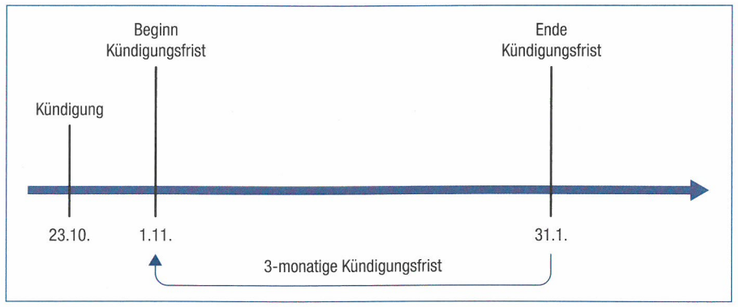


Abbildung 1

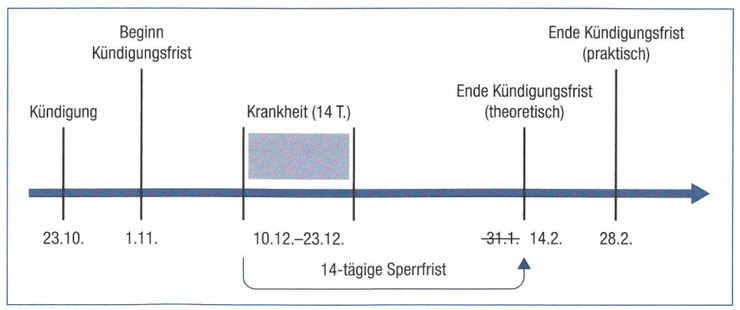


Abbildung 2

Mehrere unterschiedliche Tatbestände einer Sperrfrist, beispielsweise ein Betreuungsurlaub (Art. 329i OR) und eine Krankheit, lösen verschiedene Sperrfristen von meist unterschiedlicher Länge aus (siehe Abbildung 3).

Mehrere gleichartige Sperrfrist-Tatbestände, z.B. mehrere Krankheiten, lösen nur dann verschiedene Sperrfristen aus, wenn sie auf unterschiedlichen (gesundheitlichen) Ursachen beruhen. Ist die neu hinzutretende Krankheit hingegen eine Rückfallerscheinung oder blosse Nachwirkung der früheren Krankheit oder eines Unfalls, löst sie keine neue Sperrfrist aus. In solchen Fällen findet eine Anrechnung der Krankheitstage der neuen Arbeitsunfähigkeit an die früheren Krankheitstage statt, wobei der betroffene Mitarbeitende nur den Rest einer nicht vollständig konsumierten Sperrfrist in Anspruch nehmen kann.

Die beiden Sperrfristenursachen gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR – Krankheit und Unfall – stellen auf die Anzahl Dienstjahre einer Mitarbeitenden ab: Im ersten Dienstjahr dauert die Sperrfrist 30 Tage; im zweiten bis und mit fünften Dienstjahr 90 Tage; ab dem sechsten Dienstjahr schliesslich 180 Tage. Wie verhält es sich also mit der Sperrfristenberechnung, wenn eine arbeitsunfähige Mitarbeitende die Schwelle vom ersten zum zweiten bzw. vom fünften zum sechsten Dienstjahr mit ein und derselben Arbeitsunfähigkeit (Krankheit oder Unfall) überschreitet? Beginnt diese Arbeitsunfähigkeit z.B. im ersten Dienstjahr und dauert bis nach Beginn des zweiten Dienstjahrs fort, findet nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich die längere Sperrfrist von 90 Tagen Anwendung, wobei der Beginn der längeren Sperrfrist auf den allerersten Tag der relevanten Arbeitsunfähigkeit im früheren, also dem ersten Dienstjahr zurückzubeziehen ist. Diese Lösung kann dazu führen, dass die kürzere Sperrfrist bereits im ersten Dienstjahr abläuft, somit die Kündigungsfrist trotz fortdauernder Arbeitsunfähigkeit wieder zu laufen beginnt, und mit dem Übertritt in das sperrfristrelevante «Schwellen-Dienstjahr» erneut eine (längere) und massgebliche Sperrfrist in Kraft tritt – verkürzt jedoch um den bereits im Vorjahr abgelaufenen Sperrfristenanteil (siehe Abbildung 4).

Wie das letzte Fallbeispiel deutlich macht, kann die Berechnung der Sperrfristen gemäss Art. 336c OR je nach Fallkonstellation durchaus Tücken aufweisen, die es sorgfältig zu analysieren gilt. Einige sich häufig stellende Spezialfragen werden im Folgenden im Rahmen eines FAQ beantwortet. Komplexe Fälle von Arbeitsunfähigkeit eines Mitarbeitenden spielen sich zudem häufig auf verschiedenen Schauplätzen ab, wobei z.B. Vertrauensärzte, die Krankentaggeld- oder Unfallversicherung eine wichtige Rolle spielen können. Schliesslich müssen HR-Verantwortliche auch datenschutzrechtliche Anforderungen an die Bearbeitung von Mitarbeiterdaten einhalten. Angesichts dieser Komplexität diverser Rechtsfragen kann das Beiziehen einer Rechtsvertretung insgesamt angezeigt sein.



Abbildung 3

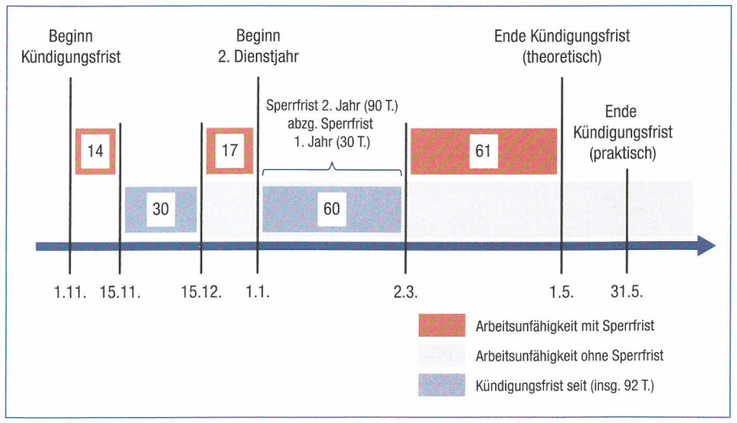


Abbildung 4

FUSSNOTEN

1 Im Sinne einer ausgewogenen Sprache werden Personenbezeichnungen in diesem Beitrag alternierend in männlicher und weiblicher Form verwendet.
2 Die neuen Art. 336c Abs. 1 lit. c^{bis} und c^{ter} OR sind per 1. Juli 2021 in Kraft getreten.
3 Die Autorinnen danken MLaw Dominik J. Kawa, Anwaltspraktikant bei Walder Wyss AG, für das sorgfältige Erstellen der grafischen Darstellungen der folgenden Sperrfristenkonstellationen.

AUTORINNEN



Simone Wetzstein, lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin und Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, ist Partnerin bei Walder Wyss und berät Unternehmen sowie Privatpersonen in sämtlichen Fragen des Arbeitsrechts.



Chiara Wirz, MLaw, Rechtsanwältin, ist Associate bei Walder Wyss und berät Unternehmen sowie Privatpersonen im Arbeitsrecht mit Spezialisierung auf den Datenschutz im Arbeitsverhältnis.