

Employment News Nr.

73

---

## Neue Rechtsprechung des Bundesgerichts zur arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit

Das Bundesgericht hat kürzlich in einem wegweisenden Urteil über die Rechtmässigkeit von Kündigungen während einer sogenannten arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit entschieden. Im Zentrum des Urteils stand die Frage, ob der Sperrfristenschutz gemäss Art. 336c des Schweizer Obligationenrechts (OR) bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit anwendbar ist. Konkret ging es darum, ob Mitarbeitende auch dann vor einer Kündigung geschützt sind, wenn ihre Arbeitsunfähigkeit sie nur an der Ausübung ihrer aktuellen Tätigkeit hindert, sie jedoch in ihrem sonstigen Leben nicht beeinträchtigt sind und auch einer anderen Arbeitstätigkeit ohne Einschränkung nachgehen könnten. Zu dieser Frage hatte das Bundesgericht bis dato keine klare Position bezogen.



Von **Simone Wetzstein**  
**Rechtsanwältin**  
 Partnerin  
 Telefon +41 58 658 56 54  
[simone.wetzstein@walderwyss.com](mailto:simone.wetzstein@walderwyss.com)



**Joy Malka**  
**Rechtsanwältin**  
 Counsel  
 Telefon +41 58 658 57 94  
[joy.malka@walderwyss.com](mailto:joy.malka@walderwyss.com)



und **Melanija Jovanovic**  
**Rechtsanwältin**  
 Associate  
 Telefon +41 58 658 52 82  
[melanija.jovanovic@walderwyss.com](mailto:melanija.jovanovic@walderwyss.com)

### **Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit / Begriff und rechtliche Konsequenzen**

Eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn eine arbeitnehmende Person nur in Bezug auf ihre konkrete Stelle arbeitsunfähig ist, während die Einschränkungen in anderen Lebensbereichen wie Freizeit, Hobbys oder Ferien minimal oder gar nicht vorhanden sind. Typische Beispiele sind psychische Belastungen wie Mobbing und Stress am Arbeitsplatz. So kann beispielsweise eine arbeitnehmende Person, die aufgrund eines Konflikts mit ihrem Vorgesetzten eine depressive Verstimmung entwickelt, möglicherweise ihre Arbeitsleistung am bisherigen Arbeitsplatz nicht erbringen. Dennoch ist es vorstellbar, dass diese Person, trotz eines Arzteugnisses, im Fitnessstudio anzutreffen ist.

Im Falle einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit ergeben sich Fragestellungen hinsichtlich der daraus resultierenden rechtlichen Konsequenzen.

In der Rechtsprechung und Lehre besteht Einigkeit darüber, dass eine arbeitnehmende Person, die arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähig ist, gemäss Art. 324a OR für eine begrenzte Zeit Anspruch auf Lohn hat. Sie wird hierbei gleichgestellt mit Mitarbeitenden, die aufgrund von Krankheit arbeitsunfähig sind, diese jedoch nicht arbeitsplatzbezogen ist. Entscheidend ist allein, ob die arbeitnehmende Person in der Lage ist, die vertraglich vereinbarten Pflichten zu erfüllen.

Uneinigkeit bestand jedoch darüber, ob bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit der im Gesetz verankerte Sperrfristenschutz ebenfalls greift.

Unter diesem «Sperrfristenschutz» ist der im Obligationenrecht vorgesehene zeitliche Kündigungsschutz zu verstehen: Dieser findet im Falle von Krankheit oder Unfall von Mitarbeitenden Anwendung, und beläuft sich auf 30 Tage im ersten Dienstjahr, 90 Tage vom zweiten bis im

fünften Dienstjahr und 180 Tage ab dem sechsten Dienstjahr. Sofern die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis bereits vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit gekündigt hat, wird die Kündigungsfrist während der Sperrfristen ausgesetzt und erst nach Ablauf der Sperrfrist fortgesetzt. Eine Kündigung, die jedoch während einer Sperrfrist ausgesprochen wird, ist nichtig und somit unwirksam (Art. 336c Abs. 2 OR).

Diese Regelung gilt unumstritten für unverschuldete Arbeitsunfähigkeiten, die durch Krankheit oder Unfall bedingt sind und sich auf sämtliche Lebensbereiche einer arbeitnehmenden Person erstrecken. Ein Beispiel hierfür wäre eine Grippeerkrankung, die dazu führt, dass die arbeitnehmende Person weder ihrer beruflichen Tätigkeit nachgehen noch ihre Freizeit geniessen und gegebenenfalls auch keine Ferien beziehen kann.

Bislang war unklar, ob dieser Schutz auch bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit gilt. Diese Konstellation führte zur Manifestation des umgangssprachlich als „Röstigraben“ bezeichneten Phänomens. Während deutschsprachige Gerichte die Anwendbarkeit des Sperrfristenschutzes bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit in Frage stellten, hielten französischsprachige Gerichte mehrheitlich am Kündigungsschutz während arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit fest.

### **Zum bundesgerichtlichen Entscheid**

In seinem Entscheid 1C\_595/2023 vom 26. März 2024 hat sich das Bundesgericht mit der Anwendung des Sperrfristenschutzes bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit befasst. In diesem Fall hatte die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag eines Oberleutnants der Schweizer Armee während seiner ärztlich bescheinigten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit gekündigt. Der Arbeitnehmer argumentierte, dass die Kündigung während der laufenden Sperrfrist ausgesprochen worden und somit unwirksam sei.

Das Bundesgericht betonte in seinem Urteil, dass der zeitliche Sperrfristen-schutz eingeführt wurde, um Mitarbeit-ende in einem Zeitpunkt, in welchem sie sich aufgrund ihrer Arbeitsunfähigkeit keine neue Stelle suchen können, vor dem Stellenverlust zu schützen. Allerdings sei dieser Schutz gemäss Art. 336c OR nicht anwendbar, wenn die Gesundheitsbeeinträchtigung so gering ist, dass sie keinen neuen Stellenantritt verhindert. Dies ist der Fall, wenn die Arbeitsunfähigkeit ausschliesslich auf den konkreten Arbeitsplatz beschränkt ist. Das Bundesgericht entschied, dass bei einer rein arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit kein Sperrfristen-schutz gelte.

Diese Rechtsprechung gilt nur für Fälle, in denen die Arbeitsunfähigkeit ausschliesslich auf den Arbeitsplatz beschränkt ist. Eine Erkrankung ist nicht als rein arbeitsplatzbezogen anzusehen, wenn sie zwar durch arbeitsplatz-bezogene Faktoren wie Mobbing ausgelöst wurde, sich jedoch auf das gesamte Leben der arbeitnehmenden Person auswirkt und somit nicht ausschliesslich den Arbeitsplatz betrifft. Entsprechend falsch wäre die Folgerung, dass aufgrund der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nun jede Arbeitsunfähigkeit, die im Kontext eines Arbeitsplatz-konfliktes erfolgt, nicht zu beachten wäre.

### **Beweisschwierigkeiten und Handlungsempfehlungen**

Grundsätzlich liegt die Beweislast für eine Arbeitsverhinderung bei der arbeitnehmenden Person. Dies ergibt sich aus den allgemeinen Beweisregeln. Danach muss diejenige Person, die aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableiten will, deren Vorhandensein beweisen. In der Regel wird die arbeitnehmende Person diesen Beweis mittels eines Arztzeugnisses erbringen, wobei dieses von anderen Faktoren und Beweismitteln widerlegt oder in Frage gestellt werden kann.

Bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit hingegen wird in der Praxis die Ansicht vertreten, dass die Beweislast bei der Arbeitgeberin liegt. Diese muss nachweisen, dass es sich lediglich um eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit handelt – und oftmals wird es in der Praxis sehr schwierig sein, diesen Beweis zu erbringen.

Eine Möglichkeit, welche Arbeitgeberinnen bei Zweifeln hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeit oder bei Verdacht auf eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit haben, ist die arbeitnehmende Person zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung aufzufordern. Dies kann auch über die Krankentaggeldversicherung erfolgen. Wir empfehlen, dass die Arbeitgeberin dem/der Vertrauensarzt/-ärztin vor der Untersuchung eine Frageliste übermittelt, um unter anderem zu klären, ob eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorliegt.

Aber auch wenn ein/-e Vertrauensarzt/-ärztin eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit diagnostiziert, besteht für die arbeitnehmende Person die Möglichkeit, dies zu bestreiten und einen gegenteiligen Beweis einzureichen. D.h. beispielsweise ein ärztliches Gutachten eines/-r dritten Arztes/Ärztin einzureichen. Letztlich obliegt es dem/der Richter/-in, auf Basis der vorliegenden Unterlagen zu entscheiden, ob eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorliegt. Aus diesem Grund ist es ratsam, nach Ablauf der hypothetischen Sperrfrist eine weitere, vorsorgliche Kündigung auszusprechen. D.h. eine Kündigung, welche nur dann Gültigkeit erlangen soll, falls ein Gericht die erste Kündigung wider Erwarten als nichtig einstufen sollte.

### **Fazit**

In seinem Urteil 1C\_595/2023 vom 26. März 2024 hat das Bundesgericht bestimmt, dass der zeitliche Kündigungsschutz nach Art. 336c OR keine Wirkung entfaltet, sofern die Gesundheitsbeein-

trächtigung der arbeitnehmenden Person derart geringfügig ist, dass sie die Besetzung eines neuen Arbeitsplatzes nicht beeinträchtigt. Diese Regelung findet insbesondere bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit Anwendung.

Folglich ist die Arbeitgeberin befugt, den Arbeitsvertrag mit einer krankheitsbedingt arbeitsunfähigen Person aufzulösen, sofern die Arbeitsunfähigkeit auf den spezifischen Arbeitsplatz beschränkt ist.

Ogleich die Rechtslage nunmehr geklärt ist, ergeben sich in der Praxis weiterhin Fragestellungen und Herausforderungen. Der Umgang mit einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit bzw. die Beendigung des Arbeitsverhältnisses während einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit sollte daher in jedem Einzelfall sorgfältig analysiert und das Vorgehen mit Bedacht gewählt werden.

*Employment News berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar, und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.*

© Walder Wyss AG, Zürich, 2024

Ansprechpartnerinnen und Ansprechpartner



**Simone Wetzstein**  
Partnerin, Zürich  
Telefon +41 58 658 56 54  
simone.wetzstein@walderwyss.com



**Irène Suter-Sieber**  
Partnerin, Zürich  
Telefon +41 58 658 56 60  
irene.suter@walderwyss.com



**Philippe Nordmann**  
Partner, Basel  
Telefon +41 58 658 14 50  
philippe.nordmann@walderwyss.com



**Rayan Houdrouge**  
Partner, Genf  
Telefon +41 58 658 30 90  
rayan.houdrouge@walderwyss.com



**Stefano Fornara**  
Partner, Lugano  
Telefon +41 58 658 44 23  
stefano.fornara@walderwyss.com



**Olivier Sigg**  
Partner, Genf  
Telefon +41 58 658 30 20  
olivier.sigg@walderwyss.com



**Fabian Looser**  
Konsulent, Basel  
Telefon +41 58 658 14 61  
fabian.looser@walderwyss.com



**Laura Luongo**  
Konsulentin, Genf  
Telefon +41 58 658 30 21  
laura.luongo@walderwyss.com



**Joy Malka**  
Counsel, Zürich  
Telefon +41 58 658 57 94  
joy.malka@walderwyss.com



**Alex Domeniconi**  
Managing Associate, Lugano  
Telefon +41 58 658 44 06  
alex.domeniconi@walderwyss.com



**Jonas Knechtli**  
Managing Associate, Basel  
Telefon +41 58 658 14 82  
jonas.knechtli@walderwyss.com



**Yannik A. Moser**  
Managing Associate, Basel  
Telefon +41 58 658 14 85  
yannik.moser@walderwyss.com



**Sandrine Kreiner**  
Senior Associate, Genf  
Telefon +41 58 658 30 89  
sandrine.kreiner@walderwyss.com



**Flora V. Francioli**  
Senior Associate, Lausanne  
Telefon +41 58 658 83 79  
flora.francioli@walderwyss.com



**Christoph Burckhardt**  
Associate, Basel  
Telefon +41 58 658 14 34  
christoph.burckhardt@walderwyss.com



**Bertrand Donzé**  
Associate, Genf  
Telefon +41 58 658 30 92  
bertrand.donze@walderwyss.com

Ansprechpartnerinnen und Ansprechpartner



**Valentina Eichin**  
Associate, Zürich  
Telefon +41 58 658 52 76  
valentina.eichin@walderwyss.com



**Lea Germann**  
Associate, Zürich  
Telefon +41 58 658 56 28  
lea.germann@walderwyss.com



**Tabea Gutmann**  
Associate, Zürich  
Telefon +41 58 658 57 90  
tabea.gutmann@walderwyss.com



**Gustaf Heintz**  
Associate, Zürich  
Telefon +41 58 658 57 30  
gustaf.heintz@walderwyss.com



**Melanija Jovanovic**  
Associate, Zürich  
Telefon +41 58 658 52 82  
melanija.jovanovic@walderwyss.com



**Tiffany Kärlle**  
Associate, Zürich  
Telefon +41 58 658 53 65  
tiffany.kaerle@walderwyss.com



**Kathryn Kruglak**  
Associate, Genf  
Telefon +41 58 658 30 91  
kathryn.kruglak@walderwyss.com



**Nadja D. Leuthardt**  
Associate, Basel  
Telefon +41 58 658 14 62  
nadja.leuthardt@walderwyss.com



**Bojan Momic**  
Associate, Basel  
Telefon +41 58 658 14 47  
bojan.momic@walderwyss.com



**Angelina Pellegrini**  
Associate, Zürich  
Telefon +41 58 658 58 68  
angelina.pellegrini@walderwyss.com



**Patricia Pinto**  
Associate, Genf  
Telefon +41 58 658 30 86  
patricia.pinto@walderwyss.com



**Katja Rauber**  
Associate, Zürich  
Telefon +41 58 658 53 67  
katja.rauber@walderwyss.com



**Michelle Sollberger**  
Associate, Bern  
Telefon +41 58 658 29 23  
michelle.sollberger@walderwyss.com



**Céline Squaratti**  
Associate, Genf  
Telefon +41 58 658 30 23  
celine.squaratti@walderwyss.com