

# **OW\_GERICHTE VVGE 2011/13 Nr. 22 vom 1. Juli 2016**

OW Obergericht, 2016-07-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_VVGE\\_2011\\_13\\_Nr\\_22](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE_2011_13_Nr_22)

FR: OW\_GERICHTE VVGE 2011/13 Nr. 22 du 1 juillet 2016

IT: OW\_GERICHTE VVGE 2011/13 Nr. 22 del 1 luglio 2016

## **Regeste**

VVGE 2011/13 Nr. 22 a. Art. 48 Abs. 2 und 4 StVG, Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, wenn der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin führt aus, die Kündigung sei zur Unzeit erfolgt. Sie macht damit sinngemäss geltend, es sei festzustellen, dass die Kündigung mittels Verfügung des Einwohnergemeinderats vom 26. März 2013 nichtig sei. Nicht streitig ist, dass die Beschwerdeführerin seit 11. September 2012 und daher zum Zeitpunkt der Kündigung zu 100 Prozent arbeitsunfähig ist. Ebenso unbestritten ist, dass die Arbeitsunfähigkeit zum Kündigungszeitpunkt aufgrund eines Burnouts und nachträglich infolge eines Raubüberfalls bestand. Streitig ist hingegen, ob und wie sich die Arbeitsverhinderung infolge des Raubüberfalls auf allfällige Sperrfristen auswirkt.

### **E. 3.1**

Der öffentlich-rechtliche Arbeitsvertrag vom 18. April 2011 hält fest, dass sich das Dienstverhältnis nach dem kantonalen Staatsverwaltungsgesetz vom 8. Juni 1997 (StVG; GDB 130.1) und der Personalverordnung vom 29. Januar 1998 (PVO; GDB 141.11) sowie den darauf gestützten Personalerlassen richtet. Gemäss dem Arbeitsvertrag richten sich die Kündigungsfristen nach Art. 47 ff. StVG. Nach Art. 48 Abs. 2 StVG kann das Dienstverhältnis nach Ablauf der Probezeit während der ersten sechs Dienstjahre unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten jederzeit auf das Monatsende gekündigt werden. Dabei gelten die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts über den Schutz bei missbräuchlicher Kündigung und bei Kündigung zur Unzeit sinngemäss (Abs. 4). Das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR; SR 220) statuiert betreffend den Schutz bei Kündigung zur Unzeit, dass der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen darf, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen. Die Kündigung, die während dieser Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 OR). Dazu führt der Bundesrat in der Botschaft zur betreffenden Revision des Arbeitsrechts aus, dass der Kündigungsschutz sowohl bei totaler wie auch bei teilweiser Arbeitsverhinderung infolge Krankheit oder Unfalls bestehe. Dadurch werde positivrechtlich verankert, dass der

Kündigungsschutz nicht bestehe, weil der Arbeitnehmer wegen der Arbeitsverhinderung keine Stelle suchen könne, sondern weil eine Anstellung des Arbeitnehmers durch einen neuen Arbeitgeber auf den Zeitpunkt des Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit höchst unwahrscheinlich erscheine. Ebenso stelle der Gesetzeswortlaut fest, dass bei der Bestimmung der Dauer des Kündigungsschutzes nicht zwischen den Arbeitsverhinderungen infolge Krankheit und solchen infolge Unfalls unterschieden werde, sondern die Abwesenheiten aus beiden Gründen zusammenzuzählen seien (BBl 1984 II 605 f.). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR dahingehend ausgelegt, dass wenn ein Arbeitnehmer wegen Krankheiten oder Unfällen, die untereinander in keinem Zusammenhang stehen, arbeitsunfähig ist, jede neue Krankheit oder jeder neue Unfall eine neue gesetzliche Schutzfrist auslöst, während welcher der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag nicht gültig künden kann (BGE 120 II 124; BG-Urteil vom 5. März 2009 [1C\_296/2008; 1C\_310/2008]). In BGE 109 II 330 vertrat das Bundesgericht – allerdings noch unter altem Recht – die Ansicht, das Gesetz definiere die Sperrfristen als Höchstfristen je Dienstjahr. Zwar lasse eine zweite Verhinderung ebenfalls eine Sperrfrist eintreten, dies aber nur bis zum Erreichen der Höchstfrist im betreffenden Dienstjahr. Diese Meinung wurde von der Lehre kritisiert. Angesichts der Kürze der Sperrfristen müsse bei einem erneuten Unfall oder Krankwerden eine neue Sperrfrist – ohne Anrechnung der ersten Sperrfrist – in Gang gesetzt werden (Emmel, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 336c OR N 1). Das Bundesgericht hat die Auffassung der Lehre übernommen. Nach dem Ende des zeitlichen Kündigungsschutzes ist die Kündigung möglich, auch wenn die Krankheit oder die Unfallfolgen andauern (zum Ganzen: Portmann, BSK OR I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 336c N 6).

### **E. 3.2**

Der Einwohnergemeinderat vertritt die Ansicht, zwar würde ein ärztliches Zeugnis zum Zeitpunkt der Kündigung und darüber hinaus der Beschwerdeführerin eine Arbeitsunfähigkeit infolge des Unfalls attestieren. Aber versicherungstechnisch werde der Lohnausfall bis heute von der Krankenversicherung vergütet, da vor dem Unfall eine volle Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit bestanden habe. Erst wenn ein – offenbar bei der AXA-Winterthur in Bearbeitung stehendes – Gutachten zum Schluss kommen sollte, dass die Unfallversicherung die Kosten zu tragen habe, könne von einem Ereignis, welches den Sperrfristenlauf erneut auslöse, gesprochen werden. Zudem sei der Raubüberfall als Bagatellunfall angemeldet, der nicht zu einem Ereignis führe, das den Sperrfristenlauf erneut auslöse. Vorab ist festzuhalten, dass die Arbeitsverhinderung seitens der Beschwerdeführerin unverschuldet erfolgte; dies scheint unbestritten zu sein. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist es unerheblich, ob die Beschwerdeführerin ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert war. Ebenso kann es für den Eintritt einer neuen Sperrfrist nicht darauf ankommen, wie der Lohnausfall bei der Kumulation von Krankheits- und Unfallfolgen versicherungstechnisch gehandhabt wird. Andernfalls würde der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz durch die Handhabung des Versicherungsrechts bestimmt, was nicht angehen kann. Vorliegend geht es um die Kumulation von Krankheits- und Unfallfolgen. Die Verhinderung der Arbeitsleistung seitens der Beschwerdeführerin hatte verschiedene Ursachen. Bis zum Raubüberfall am 15. Februar 2013 war die Beschwerdeführerin zu 100 Prozent arbeitsunfähig infolge einer Krankheit („Burnout“). Danach wurde ihr eine Arbeitsunfähigkeit zu 100 Prozent infolge eines Unfalls (Raubüberfall) attestiert. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Krankheit über den

Unfallzeitpunkt hinaus andauerte. Mithin also führten die Krankheit wie auch der Unfall gleichzeitig, aber beide für sich, die Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin herbei. Es kann nicht gesagt werden, die Arbeitsverhinderung infolge des Unfalls sei unbedeutend gewesen. Denn unbedeutend wäre sie nur dann, wenn der Antritt einer neuen Stelle durchaus möglich gewesen wäre (vgl. Portmann, a.a.O., Art. 336c N 6). Dies war zum Kündigungszeitpunkt nicht der Fall. Gemäss den beigebrachten Arztzeugnissen war die Beschwerdeführerin damals zu 100 Prozent, später dann offenbar noch zu 50 Prozent unfähig, einer Arbeit nachzugehen. Versicherungstechnisch wird der Unfall offenbar als Krankheit abgehandelt. Allerdings kann nicht – soweit dies aufgrund der Aktenlage und der unbestrittenen Vorbringen ersichtlich ist – davon gesprochen werden, es handle sich um eine Verschlimmerung derselben Krankheit (vgl. BG-Urteil vom 15. Februar 2004 [C.346/2004], Erw. 5.1). Tatsächlich liegen gleichermaßen Krankheit („Burnout“) wie auch Unfall (Körperverletzung; es kann hier offen gelassen werden, ob infolge des Raubüberfalls zusätzlich allenfalls psychische Krankheiten ausgelöst oder verschlimmert wurden) vor. Nach dem bisher Gesagten war die Beschwerdeführerin arbeitsunfähig wegen Krankheit und Unfall, die zeitlich verschoben und untereinander in keinem Zusammenhang standen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Arbeitsunfähigkeit infolge des Unfalls keine neue gesetzliche Schutzfrist nach Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR ausgelöst haben sollte. Die krankheitsbedingte Verhinderung ist früher, jene infolge des Unfalls später entstanden. Die Sperrfrist infolge Krankheit begann am 11. September 2012 und dauerte bis zum 10. Dezember 2012. Die Sperrfrist infolge des Unfalls begann am 15. Februar 2013 und dauerte bis zum 15. Mai 2013. Die Kündigung erfolgte am 26. März 2013, daher während der zweiten Sperrfrist. Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass die Kündigung während einer laufenden Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR, mithin also zur Unzeit ausgesprochen wurde.

#### **E. 4**

Im Weiteren stellt sich die Frage, welche Folgen das massgebende Recht an eine Kündigung zur Unzeit knüpft.

##### **E. 4.1**

Für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse legt Art. 336c Abs. 2 OR fest, dass eine Kündigung zur Unzeit nichtig ist. Für die Dienstverhältnisse des Staatspersonals bestimmt Art. 48 Abs. 4 StVG, dass die betreffenden Bestimmungen des Obligationenrechts sinngemäss gelten. Immerhin statuiert Art. 53 Abs. 1 StVG, dass selbst wenn sich die Beendigung eines Dienstverhältnisses im Anfechtungsverfahren als ungerechtfertigt erweist, kein Anspruch auf Fortführung des bisherigen oder Eingehung eines neuen Dienstverhältnisses besteht. Der Regierungsrat wies in seiner Botschaft zu einem Verfassungsnachtrag (Behörden- und Verwaltungsorganisation) sowie einem Staatsverwaltungsgesetz vom 21. September 1995 darauf hin, dass das Verwaltungsgericht eine ausgesprochene Kündigung im gerichtlichen Verfahren nicht mehr nachträglich solle aufheben können, weil das Vertrauensverhältnis meistens zerstört sei und eine Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses deshalb unzumutbar oder die Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich sei. Das gleiche Bestreben lässt sich den Beratungen des Kantonsrats entnehmen. Der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber soll nicht gezwungen werden können, das Arbeitsverhältnis wieder aufzunehmen (Kantonsratsprotokoll vom 5./6. September 1996, S. 93). Die sinngemässe Verweisung auf den Kündigungsschutz des Obligationenrechts wurde durch die vorberatende Kommission eingefügt, weil in Bezug auf das Obligationenrecht

bereits eine reichhaltige Praxis vorhanden sei, wodurch im Vergleich zur Schaffung einer neuen, speziellen Regelung eine Vereinfachung vorgenommen werden könne. Gleichzeitig wird aus den Beratungen der Kommission ersichtlich, dass mit der Verweisung auf den Kündigungsschutz des Obligationenrechts für die kantonalen Angestellten ein Minimalschutz verwirklicht werden sollte (zum Ganzen: VVGE 1999 und 2000, Band XIV, Nr. 35, Erw. 3a).

#### **E. 4.2**

Der Minimalschutz bei einer Kündigung zur Unzeit wurde in der vorberatenden Kommission nur kurz und am Rande diskutiert. Im Zusammenhang mit der Frage, was eine sinngemässe Anwendung des Obligationenrechts bedeute, gab der Landstatthalter als Vertreter der Regierung an, dass wenn eine Kündigung zur Unzeit erfolge, dies „Nichtigkeit“ bewirke. Dies habe man mit der Bestimmung gewollt. Wolle man aber keine Nichtigkeit, sondern nur eine Entschädigung vorsehen, dürfe nicht sinngemäss auf das Obligationenrecht verwiesen werden (VBK-Protokoll vom 30. Mai 1996, S. 14). Die Kommission und der Kantonsrat belassen es bei der vorgeschlagenen Verweisung auf das Obligationenrecht und folgten daher im Wesentlichen dieser Argumentation. Der Minimalschutz beinhaltet also bei der Kündigung zur Unzeit die Einhaltung der Sperrfrist, andernfalls die Kündigung nichtig ist und keine Wirkung entfaltet. Dieses Ergebnis steht auch in Einklang mit dem Wortlaut von Art. 53 StVG: Kein Anspruch auf Weiterführung des Arbeitsverhältnisses besteht bei „ungerechtfertigter Beendigung“. Darunter wird in der Regel der inhaltliche Kündigungsschutz verstanden, insbesondere eine missbräuchliche Kündigung, und nicht der zeitliche Kündigungsschutz nach Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR. Die Sperrfristen bei Kündigungen zur Unzeit sollen einen absoluten Schutz gewähren, auch wenn das Vertrauensverhältnis gestört ist und eine Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses schwierig erscheint. Nichts anderes ergibt sich auch aus dem Reglement über das Dienst- und Besoldungsverhältnis der hauptamtlichen Beamten und Angestellten der Gemeinde Alpnach (Beamtenreglement) vom 30. Januar 1989 – das soweit ersichtlich – noch in Kraft ist. Das Reglement regelt die Kündigung zur Unzeit nicht (vgl. Art. 16 Reglement), verweist aber subsidiär und generell auf die sinngemässe Anwendung der Bestimmungen des Obligationenrechts. Im Ergebnis gilt also auch nach dem Beamtenreglement die hiervor diskutierte Lösung. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass der Arbeitsvertrag wohl auf das kommunale Reglement hätte verweisen müssen (nicht auf das Staatsverwaltungsgesetz), da dieses für den Gemeinderat Alpnach zwingenden Charakter aufweist, andernfalls das Reglement hätte geändert werden müssen (vgl. Art. 1 Abs. 4 Reglement; ob und inwieweit Art. 2 Reglement und Art. 24 Abs. 2 Gemeindeordnung vom 21. Mai 2000 zur Anwendung gelangen, braucht hier nicht geklärt zu werden; vgl. dazu auch VVGE 2001 und 2002, Band XV, Nr. 1, insbesondere Erw. 3 und 5). de| fr | it Schlagworte unfall krankheit sperrfrist kündigung obligationenrecht kündigung zur unzeit kündigungsschutz nichtigkeit arbeitnehmer arbeitgeber gesetz versicherungstechnik arbeitsvertrag weiler kündigungsfrist Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund OR: Art.16 Art.336c Bundesblatt 1984/II/605 Weitere Urteile BGer 1C\_296/2008 1C\_310/2008 Leitentscheide BGE 109-II-330 120-II-124 VVGE 2011/13 Nr. 22 2001/02 Nr. 1 1999/00 Nr. 35

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.