

# **SO\_GERICHTE ZKBER.2017.58 vom 10. November 2017**

SO Obergericht, 2017-11-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKBER.2017.58](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2017.58)

FR: SO\_GERICHTE ZKBER.2017.58 du 10 novembre 2017

IT: SO\_GERICHTE ZKBER.2017.58 del 10 novembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

B.\_\_\_\_ wurde auf den 1. Dezember 2014 bei der A.\_\_\_\_ AG als Senior Business Developer angestellt. Am 14. Januar 2016 kündigte die A.\_\_\_\_ AG B.\_\_\_\_ das Arbeitsverhältnis per 30. Juni 2016 (aufgrund des Sozialplans wurde die vertragliche dreimonatige Kündigungsfrist um zwei auf fünf Monate verlängert). Ab 1. Februar 2016 wurde B.\_\_\_\_ freigestellt. Es wurde ihm die Möglichkeit eines Outplacements angeboten, um ihn bei der Neupositionierung im Arbeitsmarkt und der Stellensuche zu unterstützen. B.\_\_\_\_ wurde vom 14. März 2016 bis 27. April 2016 unfallbedingt zu 100 % krankgeschrieben. Am 28. Mai/14. Juni 2016 ersuchte B.\_\_\_\_ die A.\_\_\_\_ AG um Erstreckung der Kündigungsfrist und bot seine Arbeitsleistung an. Per Ende Juni 2016 stellte die A.\_\_\_\_ AG die Lohnzahlungen ein. Die Arbeitslosenkasse Kanton Zürich hat B.\_\_\_\_ vom 1. Juli 2016 bis 31. August 2016 eine Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt.

2.1 Nach einem gescheiterten Schlichtungsverfahren reichte B.\_\_\_\_ (nachfolgend: Kläger) am 15. November 2016 beim Richteramt Olten-Gösgen gegen die A.\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beklagte) eine Forderungsklage ein und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm den Betrag von CHF 21'970.98 (Bruttolohn für die Monate Juli und August 2016; anteilmässig: 13. Monatslohn, Bonus, Energieabgabe und Familienzulage; abzüglich der geleisteten Zahlungen der Arbeitslosenkasse Kanton Zürich) zu bezahlen, u.K.u.E.F.

2.2 Am 17. November 2016 reichte die Arbeitslosenkasse Kanton Zürich (nachfolgend: Klägerin) beim Richteramt Olten-Gösgen gegen die Beklagte ebenfalls eine Forderungsklage ein und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr CHF 16'312.35 (Arbeitslosentaggelder für die Monate Juli und August 2016) nebst Zins zu 5 % ab 1. Juli 2016 zu bezahlen, u.K.u.E.F.

2.3 Mit Verfügung vom 22. Dezember 2016 wurden die beiden auf die Klageerhebung eröffneten Verfahren vereinigt.

2.4 Mit Stellungnahme vom 23. Januar 2017 schloss die Beklagte auf Abweisung der klägerischen Rechtsbegehren, u.K.u.E.F.

### **E. 3**

Am 18. Mai 2017 fand vor der Amtsgerichtspräsidentin eine Verhandlung mit Parteibefragung statt. Gleichentags wurde folgendes im Dispositiv eröffnete Urteil gefällt:

4.1 Nach Erhalt des begründeten Urteils erhob die Beklagte (von nun an: Berufungsklägerin) am 14. September 2017 frist- und formgerecht Berufung an das Obergericht des Kantons Solothurn und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Abweisung der Klage, eventualiter die Rückweisung der Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz, u.K.u.E.F.

4.2 Mit Berufungsantworten vom 29. September 2017 bzw. vom 4. Oktober 2017 (Postaufgabe) schlossen sowohl die Klägerin (nachfolgend: Berufungsbeklagte) als auch der Kläger (nachfolgend: Berufungsbeklagter) auf Abweisung der Berufung, u.K.u.E.F.

#### **E. 4**

Die Verfahrenskosten trägt der Staat Solothurn.

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

Die Berufungsklägerin rügt eine Verletzung der Beweisregeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210).

##### **E. 4.2**

Grundsätzlich liegt die Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit beim Arbeitnehmer (Art. 8 ZGB). Das Arztzeugnis stellt kein absolutes Beweismittel, sondern lediglich eine Parteibehauptung dar. Obwohl der Beweis der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfalls in der Regel durch ärztliches Zeugnis erbracht wird, bewirkt der Anscheinsbeweis keine Beweislastumkehr. Es bleibt eine Frage der Beweiswürdigung, ob ein Gericht darauf abstellt. Denn mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis davon zu würdigen ist, schreibt Art. 8 ZGB dem Gericht nicht vor; diese Bestimmung schliesst selbst eine vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus. Hat der Arbeitgeber begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses oder ist es vertraglich vereinbart, so ist er berechtigt, auf eigene Kosten eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen (siehe zum Ganzen: Urteil des BGer 8C\_619/2014 vom 13. April 2015 E. 3.2.1 mit Hinweisen).

##### **E. 4.3**

Die Rüge der Berufungsklägerin erfolgt zu Recht. Wie soeben erw. nt, bewirkt der Anscheinsbeweis keine Beweislastumkehr. Schliesslich kann aber offenbleiben, ob das Arztzeugnis beweistauglich ist oder nicht, denn selbst die Annahme einer Arbeitsunfähigkeit im fraglichen Zeitpunkt hätte keine Verlängerung der Kündigungsfrist zur Folge gehabt (vgl. dazu nachstehend E. II/5.1 ff.).

#### **E. 5**

Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen der Vorderrichterin wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachfolgend darauf einzugehen.

## **II.**

1. Strittig und zu klären ist, ob die unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers in der Form eines gebrochenen kleinen Fingers der linken Hand als für die Stellensuche relevant gewesen ist und eine Sperrfrist ausgelöst hat und damit, ob das Arbeitsverhältnis per 30. Juni 2016 oder per 31. August 2016 endete.

2. Die Vorderrichterin erachtete die Beeinträchtigung des Klägers als für die Stellensuche relevant und schloss, die Kündigungsfrist sei vom 14. März 2016 bis 27. April 2016 unterbrochen worden und habe erst am 31. August 2016 geendet. Die Vorderrichterin erwog dazu zusammengefasst und im Wesentlichen, was folgt: Es gebe keinen Grund, an der Einschätzung der Fachärztin, welche dem Kläger vom 14. März 2016 bis 27. April 2016 eine 100 %-ige Arbeitsunfähigkeit attestiere, zu zweifeln. Der beweibelasteten Beklagten misslinge der Gegenbeweis zur ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit. Von der im Arbeitsvertrag genannten Möglichkeit, eine eigene vertrauensärztliche Untersuchung zu

verlangen, habe die Beklagte keinen Gebrauch gemacht. Es liege auf der Hand, dass sich ein in gekündigter Stellung befindender Arbeitnehmer, welcher während beinahe eineinhalb Monaten zu 100 % arbeitsunfähig sei, während dieser Zeit nicht im gleichen Masse und Umfang um die Stellensuche kümmern könne wie ein gesunder. Dass es sich um eine grössere Einschränkung gehandelt habe, werde nicht nur durch die attestierte 100 %-ige Arbeitsunfähigkeit unterstrichen, sondern auch durch die glaubhafte Aussage des Klägers, wonach er die ganze linke Hand ruhe stellen müssen. Der Kläger habe offenbar ständig darauf achten müssen, dass er mit der betroffenen Hand nicht durch eine unüberlegte Bewegung irgendwo anschlage und so den Heilungsprozess negativ beeinflusse. Hätte der Kläger die Vorsichtsmassnahmen nicht befolgt, hätte er längerfristige Komplikationen im Heilungsprozess und eine länger andauernde Arbeitsunfähigkeit riskiert. Während der fraglichen Zeit habe der Kläger nach eigenen Angaben maximal fünf Bewerbungsgespräche und lediglich ca. alle 14 Tage eine Besprechung à ein bis zwei Stunden mit der Outplacement-Agentur absolviert.

3. Die Berufungsklägerin ist der Auffassung, die Beeinträchtigung des Klägers durch den Bruch des kleinen Fingers habe sich auf seine Stellensuche nicht negativ ausgewirkt und damit keine Sperrfrist ausgelöst. Die Vorderrichterin habe ihr zu Unrecht die Beweislast auferlegt. Ein Arztzeugnis unterliege der freien richterlichen Beweiswürdigung und der durch das Attest erzeugte Anscheinsbeweis vermöge keine Beweislastumkehr zu Lasten des Arbeitgebers zu bewirken. Um den Anspruch des Arbeitnehmers abzuwehren genüge es, wenn dem Arbeitgeber eine Beweiserschütterung in Form einer substantiierten Bestreitung gelinge. Der aktenkundige Sachverhalt vermöge die Aussage des Arztzeugnisses zu erschüttern. Zum einen würden sich die Aussagen des Klägers nicht mit der attestierten Arbeitsunfähigkeit decken. Zum andern zeigten die tatsächlichen Handlungen des Klägers, dass er in besagtem Zeitraum ohne weiteres in der Lage gewesen sei, seinen Beruf auszuüben. Der Kläger habe erklärt, er hätte noch mit der rechten Hand schreiben können und lediglich zwei Finger stillhalten müssen. Der Kläger schliesse daraus, er sei beim Schreiben der Bewerbung zu 50 % limitiert gewesen. Wahnsinnig krank habe er sich jedoch nicht gefühlt. Er habe nach dem Unfall lediglich ein bisschen Schmerzmittel genommen. Es sei augenscheinlich und vom Kläger explizit bestätigt, dass seine Verletzung für keinen seiner potentiellen zukünftigen Arbeitgeber einen Grund dargestellt hätte, ihn nicht einzustellen. Aus diesem Grund hätte selbst ein Festhalten am Arztzeugnis keine Verlängerung der Kündigungsfrist zur Folge gehabt.

Der Kläger habe zu Protokoll gegeben, seinen Bewerbungsprozess trotz Verletzung weitergeführt zu haben. Einen Computer nicht wie gewöhnlich bedienen zu können bedeute nicht, dass man ihn gar nicht bedienen könne. Dass er dabei allenfalls ein wenig langsamer als gewöhnlich gewesen sei, mache ihn noch nicht arbeitsunfähig. Es sei aktenkundig und unbestritten, dass der Kläger im relevanten Zeitraum Bewerbungen versandt und an Bewerbungsgesprächen wie auch an Sitzungen teilgenommen habe. Damit sei erstellt, dass dem Kläger eine seriöse Stellensuche trotz Verletzung möglich gewesen und das Finden einer neuen Anstellung in keiner Weise beeinträchtigt gewesen sei.

Der Kläger habe bereits unmittelbar nach dem Unfall und noch vor dem ersten Arztbesuch E-Mails versandt und das Meldeformular für die SUVA ausgefüllt. Dass er sich wiederholt an den Computer gesetzt habe, belege unmissverständlich, dass ihm das Schreiben am Computer keine Mühe gemacht habe. Die Vorinstanz lasse ausser Acht, dass sich der Kläger zum Zeitpunkt des Unfalls bereits zwei Monate in gekündigtem Verhältnis befunden

habe und damit mehr als genügend Zeit gehabt habe, seinen Lebenslauf zu aktualisieren und erste Anschreiben vorzubereiten. Dank seiner Freistellung sei dem Kläger ausreichend Zeit zur Verfügung gestanden. Der Kläger habe die Forderung um Verlängerung der Kündigungsfrist erstmals am 28. Mai 2016 und damit einen ganzen Monat nach Wegfall der angeblichen Arbeitsunfähigkeit und ganze zweieinhalb Monate nach dem Sturz erklärt. Eine vertrauensärztliche Untersuchung hätte nichts anderes ergeben, als dass der Bruch sauber verheilt sei.

4.1 Die Berufungsklägerin rügt eine Verletzung der Beweisregeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210).

4.2 Grundsätzlich liegt die Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit beim Arbeitnehmer (Art. 8 ZGB). Das Arztzeugnis stellt kein absolutes Beweismittel, sondern lediglich eine Parteibehauptung dar. Obwohl der Beweis der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfalls in der Regel durch ärztliches Zeugnis erbracht wird, bewirkt der Anscheinsbeweis keine Beweislastumkehr. Es bleibt eine Frage der Beweiswürdigung, ob ein Gericht darauf abstellt. Denn mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis davon zu würdigen ist, schreibt Art. 8 ZGB dem Gericht nicht vor; diese Bestimmung schliesst selbst eine vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus. Hat der Arbeitgeber begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses oder ist es vertraglich vereinbart, so ist er berechtigt, auf eigene Kosten eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen (siehe zum Ganzen: Urteil des BGer 8C\_619/2014 vom 13. April 2015 E. 3.2.1 mit Hinweisen).

4.3 Die Rüge der Berufungsklägerin erfolgt zu Recht. Wie soeben erwähnt, bewirkt der Anscheinsbeweis keine Beweislastumkehr. Schliesslich kann aber offenbleiben, ob das Arztzeugnis beweistauglich ist oder nicht, denn selbst die Annahme einer Arbeitsunfähigkeit im fraglichen Zeitpunkt hätte keine Verlängerung der Kündigungsfrist zur Folge gehabt (vgl. dazu nachstehend E. II/5.1 ff.).

### **E. 5.1**

Die Berufungsklägerin rügt eine Rechtsverletzung von Art. 336c Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220).

### **E. 5.2**

Art. 336c OR mit der Marginalie «Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber» bestimmt:

### **E. 5.3**

In einem Entscheid aus dem Jahr 1989 ging das Eidgenössische Versicherungsgericht davon aus, der Beginn der Kündigungsfrist gemäss Art. 336c Abs. 2 OR sei durch Rückrechnung vom Endtermin aus zu bestimmen. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Zweck von Art. 336c Abs. 2 OR bestehe darin, dem gekündigten Arbeitnehmer trotz zeitweiliger Arbeitsunfähigkeit eine ungekürzte Kündigungsfrist zu garantieren, damit er in der Lage ist, sich nach einer neuen Stelle umzusehen. Der Arbeitnehmer sei aber gerade gegen Ende seines gekündigten Arbeitsverhältnisses darauf angewiesen, dass eine allfällige Krankheit ihn beim Suchen einer Stelle möglichst nicht behindert. Dies treffe insbesondere dann zu, wenn Stellen in seiner Branche regelmässig kurzfristig besetzt werden. Der Zweck von Art. 336c Abs. 2 OR lasse sich demzufolge in befriedigender Weise nur verwirklichen, wenn die Möglichkeit der Stellensuche während der Schlussphase des bisherigen Arbeitsverhältnisses gewährleistet werde (BGE 115 V 437 E. 3b). Das Bundesgericht hat

diesen Entscheid später in konstanter Rechtsprechung bestätigt (BGE 134 III 354 E. 2.2; 121 III 107 E. 2a; 119 II 449 E. 2a).

#### **E. 5.4**

Das System der Rückwärtsrechnung von Endterminen verbunden mit der Erstreckung auf den nächstfolgenden Endtermin nach Art. 336c Abs. 3 OR führt dazu, dass bereits ein Sperrfristtatbestand von einem Tag zu einer Erstreckung um einen ganzen Monat führen kann. Stossend kann vor allem sein, wenn der bewusst früh kündigende Arbeitgeber wegen einer Kurzabsenz in der Kündigungsfrist nochmals einen ganzen Monat Lohn zu bezahlen hat. Das Bundesgericht bezeichnet dies als vom Gesetzgeber so gewollt; in krassen Fällen, z.B. bei einer eintägigen Krankmeldung, müsste das unbefriedigende Ergebnis gegebenenfalls über den Rechtsmissbrauch korrigiert werden. Das Bundesgericht setzt die Hürde für die Annahme von Rechtsmissbrauch allerdings hoch an. Die kantonale Praxis ist heterogen. Die Geltendmachung einer Sperrfrist ist aber nicht bereits deshalb rechtsmissbräuchlich, weil die Krankheit nur kurz war. In die Abwägung floss z.B. ein, ob der Arbeitnehmer freigestellt war, ohnehin eine verlängerte Kündigungsfrist zur Verfügung hatte, ob die Arbeitsunfähigkeit gegen Ende der Kündigungsfrist eintrat und ob der Arbeitnehmer bereits eine neue Stelle hatte (vgl. Ullin Streiff et al., Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 ■ 362 OR, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 336c N 3; Kurt Pärli et al., Arbeit, Krankheit, Invalidität, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Bern 2015, N 2.1.).

#### **E. 5.5**

Der Berufungsbeklagte hatte eine verlängerte Kündigungsfrist. Ihm war schon rund zwei Monate vor dem Unfall bekannt, dass ihm sein Arbeitsverhältnis gekündigt worden war. Zwischen Freistellung und Unfall sind eineinhalb Monate vergangen. Nach Erlangung der attestierten vollen Arbeitsfähigkeit bis zum Kündigungstermin am 30. Juni 2016 sind nochmals zwei Monate vergangen. Der Berufungsbeklagte hatte zufolge seiner Freistellung ganze dreieinhalb Monate Zeit, um sich uneingeschränkt der Stellensuche zu widmen. Auch in der Zeit seiner attestierten Arbeitsunfähigkeit war der Berufungsbeklagte bei seiner Stellensuche nicht relevant eingeschränkt. Dies ergibt sich daraus, dass er trotz des Umstands, dass er zwei Finger der linken Hand hat ruhigstellen und eine Schiene tragen müssen, an Sitzungen des Outplacements (das Outplacement habe dazu gedient, das Bewerbungsdossier zusammenzustellen) hat teilnehmen können und sich auch beworben hat. Entsprechend hat der Berufungsbeklagte selbst ausgeführt, er habe sich nicht wahnsinnig krank gefühlt (siehe zum Ganzen: Parteibefragung anlässlich der Hauptverhandlung, AS 30). Des Weiteren führte er aus, er sei zwar bei der Stellensuche auf die Schiene angesprochen worden, sie hätte aber keinen Grund für eine Abweisung dargestellt (siehe zum Ganzen: Parteibefragung anlässlich der Hauptverhandlung, AS 33). Der Berufungsbeklagte führt damit sinngemäss selbst aus, dass der Unfall seine Chancen auf eine Neuanstellung nicht geschmälert hat. Die durch Art. 336c Abs. 2 OR geschützten Interessen des Berufungsbeklagten waren deshalb durch seine attestierte Arbeitsunfähigkeit nicht tangiert. Aus all diesen Gründen wurde der Lauf der Kündigungsfrist durch den Unfall des Berufungsbeklagten nicht unterbrochen. Sein Arbeitsverhältnis hat demnach per 30. Juni 2016 geendet.

#### **E. 5.6**

