

# KÜNDIGUNGSSCHUTZ UND LOHNSCHUTZ BEI KRANKHEITSBEDINGTER ARBEITSVERHINDERUNG

**MARK-ANTHONY SCHWESTERMANN**

Dr. iur., Advokat, MLL Legal

**THOMAS KÄLIN**

Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, eidg. dipl. Sozialversicherungsexperte, MLL Legal

Stichworte: Krankheit, zeitlicher und sachlicher Kündigungsschutz, Lohnfortzahlung

## I. Facts First

Der vorliegende Beitrag bietet einen Überblick über spezifische Problematiken in Bezug auf krankheitsbedingte Arbeitsverhinderungen im privaten Arbeitsrecht. Krankheiten und Unfälle waren 2022 mit 69,1% die mit Abstand häufigsten Gründe für Arbeitsausfälle. Unmittelbar darauf folgten mit vergleichsweise geringen 18% «andere Gründe», zu denen Arbeitskonflikte sowie persönliche oder familiäre Gründe zählten.<sup>1</sup> Wie sehr gerade krankheitsbedingte Ausfälle in der Arbeitswelt ins Gewicht fallen, zeigt auch die Statistik der obligatorischen Krankenversicherung: 2022 belief sich das kombinierte Prämienvolumen aus Krankentaggeldversicherungen nach VVG<sup>2</sup> und KVG<sup>3</sup> auf CHF 5,327 Milliarden.<sup>4</sup> Wenig überraschend stellen sich in der Praxis häufig Rechtsfragen in Zusammenhang mit krankheitsbedingten Arbeitsausfällen. Diese betreffen regelmässig den Kündigungsschutz und die Lohnzahlungspflicht.

## II. Kündigungsschutz

### 1. Grundsatz der Kündigungsfreiheit

Der Arbeitgeber kann frei darüber entscheiden, mit wem er einen Arbeitsvertrag abschliesst. Spiegelbildlich dazu ist er auch frei in seinem Entscheid, mit wem er *kein* Arbeitsverhältnis führen möchte: Es gilt folglich der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Diese wird allerdings durch einen sachlichen und zeitlichen Kündigungsschutz beschränkt. Im Kontext von krankheitsbedingten Arbeitsverhinderungen kommt diesen eine bedeutende Rolle zu. Werden die Schranken des Kündigungsschutzes durchbrochen, drohen rechtliche Folgen, die von der Nichtigkeit der Kündigung bis hin zu Entschädigungsleistungen an den Arbeitnehmer reichen.

### 2. Sachlicher Kündigungsschutz

Ausgehend von der Kündigungsfreiheit bedarf es grundsätzlich keines besonderen Kündigungsgrundes. Die Kündigungsfreiheit findet jedoch eine Schranke im Missbrauchsverbot nach Art. 336 OR<sup>5</sup>. Danach gilt eine Kündigung unter anderem dann als missbräuchlich, wenn

sie ausgesprochen wird «[...] wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtigt wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb».<sup>6</sup> Erweist sich die Kündigung vor diesem Hintergrund als missbräuchlich, bleibt die Kündigung zwar grundsätzlich bestehen,<sup>7</sup> aber es ist

- 1 Bundesamt für Statistik – Arbeitsvolumenstatistik (AVOL), 2023 (abrufbar unter: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erwerbstaetigkeit-arbeitszeit/arbeitszeit/absenzen.html>, zuletzt besucht am 3.1.2024).
- 2 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. 4. 1908, SR 221.229.1.
- 3 Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. 3. 1994, SR 832.10.
- 4 Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2022, Tabelle 9.07d (abrufbar unter: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/statistiken-zur-krankenversicherung/statistik-der-obligatorischen-krankenversicherung.html>, zuletzt besucht am 3.1.2024).
- 5 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. 3. 1911, SR 220.
- 6 Art. 336 Abs. 1 lit. a OR.
- 7 In besonders krassen Fällen, namentlich bei «*offenbarem Rechtsmissbrauch*», kann eine Kündigung gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB durchaus mit Nichtigkeitsfolge behaftet sein. Die beiden Bestimmungen Art. 336 OR und Art. 2 Abs. 2 ZGB stehen dabei nicht in einem konkurrenzierenden Verhältnis zueinander, zumal der Regelungsgegenstand jeweils ein anderer ist. Im Unterschied zu Art. 2 Abs. 2 ZGB verlangt der sachliche Kündigungsschutz nach Art. 336 Abs. 1 OR entsprechend seinem Wortlaut keinen «*offenbaren Rechtsmissbrauch*», sondern lässt den Missbrauch an sich schon genügen (SCHWAIßBOLD, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar OR, Basel, 2014, Art. 336 N 6; vgl. auch PORTMANN/RUDOLPH, in: Widmer/Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel, 2020, Art. 336 N 23; zur Kündigungsichtigkeit aufgrund der Staatsangehörigkeit – notabene auch ein persönliches Merkmal – in Zusammenhang mit dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit [FZA] vom 21. 6. 1999, SR 0.142.112.681, siehe ausserdem JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, in: Pärli et al. [Hrsg.], Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, St. Gallen, 2017, N 1182, sowie PÄRLI, Kündigungsschutz – ein Menschenrecht?, in: AJP 2018, S. 1533–1543, S. 1539).