



Kündigungsschutz und Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit des Mitarbeiters: Schutz vor Missbrauch (2004)

Kündigungsschutz während der Krankheit

Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit während einer gewissen Zeit nicht kündigen, wenn der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Die Dauer dieser so genannten Kündigungssperrfrist legt das Gesetz im 1. Dienstjahr auf 30 Tage, ab 2. bis und mit 5. Dienstjahr auf 90 Tage und ab dem 6. Dienstjahr auf 180 Tage fest. Eine trotz laufender Sperrfrist ausgesprochene Kündigung des Arbeitgebers ist nichtig und wird so betrachtet, wie wenn sie nie erfolgt wäre. Wird ein Arbeitnehmer während bereits laufender Kündigungsfrist (also nach gültig erfolgter Kündigung) krank, so wird ihr Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR).

Mehrere Kündigungssperrfristen können sich kumulieren, wenn mehrere Gründe für deren Auslösung gegeben sind. Jeder Tatbestand löst eine neue Sperrfrist aus und bei zwei Tatbeständen gleichzeitig gilt die längere Frist. Ob dies auch dann so ist, wenn beim Mitarbeiter während einer laufenden Sperrfrist eine weitere Krankheit ausbricht, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten. Auf jeden Fall wird aber eine neue Sperrfrist ausgelöst, wenn der Mitarbeiter zwischenzeitlich gesund geworden ist und wieder gearbeitet hat und die neue Krankheit von der ersten unabhängig ist. Bei Rückfällen oder mehreren akuten Phasen eines Grundleidens ist die jährliche Sperrfrist in jedem Fall (also auch wenn der Mitarbeiter während der einzelnen Phasen gearbeitet hat) auf 30 bzw. 90 oder 180 Tage begrenzt.

Lohnfortzahlungspflicht

Erkrankt der Mitarbeiter während des Arbeitsverhältnisses, hat der Arbeitgeber unabhängig vom Kündigungsschutz für eine beschränkte Zeit (gemäss



MURI RECHTSANWÄLTE



Gesetz für das 1. Dienstjahr drei Wochen und danach für eine „angemessene längere Zeit“) den darauf entfallenden Lohn zu entrichten (Art. 324a OR). Die in der Praxis gebräuchlichen "Skalen" legen die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht wie folgt fest:

Dauer des Arbeitsverhältnisses	Lohnanspruch		
	<i>Zürcher Skala</i>	<i>Basler Skala</i>	<i>Berner Skala</i>
4. bis 12. Monat	3 Wochen	3 Wochen	3 Wochen
2. Jahr	8 Wochen	2 Monate	1 Monat
3. Jahr	9 Wochen	2 Monate	2 Monate
4. Jahr	10 Wochen	3 Monate	2 Monate
pro weiteres Jahr	plus 1 Woche		
4. bis 8. Jahr		3 Monate	
9. bis 13. Jahr		4 Monate	
14. bis 18. Jahr		5 Monate	
ab dem 19. Jahr		6 Monate	
5. bis 9. Jahr			3 Monate
10. bis 14. Jahr			4 Monate
15. bis 19. Jahr			5 Monate
ab dem 20. Jahr			6 Monate

Während die Basler Skala nur in den beiden Basler Halbkantonen zur Anwendung gelangt, verwenden die beiden Appenzell, die Kantone Zürich, Schaffhausen und Thurgau die Zürcher Skala. In sämtlichen übrigen Kantonen herrscht üblicherweise die Berner Skala vor.

Missbrauch

Diese dem Schutz der Arbeitnehmer dienenden Regelungen bergen ein nicht zu unterschätzendes Missbrauchspotential. Bereits die Lohnfortzahlungs-



MURI RECHTSANWÄLTE



pflicht des Arbeitgebers bietet Anreiz für den Mitarbeiter, auf fremde Kosten den Müssiggang zu pflegen. Man geht in der Schweiz von einer krankheitsbedingten Arbeitsabsenz von immerhin ca. 7 Tagen pro Jahr und Mitarbeiter aus, wobei etwa ein Drittel der Krankmeldungen auf den Montag fallen.

Erfahrungsgemäss nimmt die Loyalität des Mitarbeiters nach erfolgter Kündigung stark ab, was zusätzlich Anreiz zum Missbrauch liefert. Mit etwas Geschick (und einem entsprechenden ärztlichen Zeugnis) kann das Ende des Arbeitsverhältnisses mehr oder weniger beliebig hinausgezögert werden, indem man sich entsprechend wiederholt und mit kurzen Phasen des Unterbruchs krank schreiben lässt. Besonders langjährige Mitarbeiter kommen so in den Genuss mitunter mehrerer Monate „bezahlter Ferien“, die allenfalls erst nach dem Ende der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers endigen. Die Praxis zeigt auch, dass es relativ problemlos ist, ein entsprechendes ärztliches Zeugnis zu bekommen.

Wird der Mitarbeiter über eine drohende Kündigung vorinformiert (ob von der Geschäftsleitung oder von Mitarbeitern), kann er diese durch ein rechtzeitig ausgestelltes ärztliches Zeugnis verhindern. Hier kann erst nach Ablauf der regulären Kündigungssperrfrist, bzw. nach Gesundung des Mitarbeiters, neu und wirksam gekündigt werden. Im Anschluss geht das Spiel unter Umständen von neuem los, indem durch erneute Erkrankung eine weitere Sperrfrist ausgelöst wird, welche die Kündigungsfrist unterbricht.

Gegenmassnahmen

Selbstverständlich hat der Arbeitgeber Möglichkeiten, sich gegen solcherlei Missbräuche und die damit verbundenen finanziellen Risiken abzusichern. Sinnvollerweise macht er dies in weiser Voraussicht bereits in der arbeitsvertraglichen Regelung. Folgende Punkte gilt es dabei zu beachten:

- Das beste Mittel zur Abdeckung des finanziellen Risikos Krankheit ist der Abschluss einer Krankentaggeldversicherung, welche (in der Regel nach



MURI RECHTSANWÄLTE



einer gewissen Karenzfrist) die Lohnfortzahlungen des Arbeitgebers trägt. Um mit einer solchen Krankentaggeldversicherung keinen Anreiz zur bezahlten „Dauerkrankheit“ zu schaffen, sehen viele Regelungen z.B. eine Lohnfortzahlung von lediglich 80% des Gesamtsalärs vor.

- Will man einzelne „Blautage“ verhindern, kann man die Mitarbeiter zur Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses bereits am ersten Krankheitstag verpflichten. Der Mitarbeiter weiss im Voraus nicht, ob ihm der Arzt ein Zeugnis ausstellt, wenn er nicht ernsthaft krank ist.
- Bestehen Zweifel an der Krankheit des Mitarbeiters, kann dieser auf Kosten des Arbeitgebers zum Vertrauensarzt aufgebeten werden. Die explizite Erwähnung dieses Rechts im Arbeitsvertrag hat entsprechende Signalwirkung. Insbesondere bei Krankheiten während der Kündigungsfrist empfiehlt es sich, den Mitarbeiter sofort nach Eingang des ärztlichen Zeugnisses zum Arzt eigener Wahl zu schicken. Kommt er dieser Aufforderung nicht nach, oder diagnostiziert der Vertrauensarzt Arbeitsfähigkeit, ist der Arbeitgeber von seiner Lohnfortzahlungspflicht befreit.
- Will man auf Nummer sicher gehen, kann man auch arbeitsvertraglich 1 bis 2 Karenztage vorsehen, während welchen der Arbeitgeber bei Erkrankung des Mitarbeiters von der Lohnfortzahlungspflicht befreit ist. Damit dürften allfällige Begehrlichkeiten wirksam reduziert werden. Schafft man in der bilateralen Regelung einen entsprechenden Ausgleich, indem man beispielsweise die Dauer der Lohnfortzahlung angemessen verlängert, dürfte eine solche Lösung dem Kriterium der Gleichwertigkeit gemäss Art. 324a Abs. 4 OR entsprechen.
- Erhält ein Arbeitnehmer zwischen zwei Krankheitsphasen die Kündigung, wird die erste Krankheit nicht angerechnet und es beginnt auch dann eine volle Kündigungssperrfrist zu laufen, wenn es sich um einen Rückfall oder Ausbrüche eines Grundleidens gehandelt hat. Es empfiehlt sich deshalb, dem Mitarbeiter Kündigungsabsichten auf jeden Fall (und auch während laufender Sperrfrist) schriftlich mitzuteilen. Immerhin eine Lehrmeinung





geht davon aus, dass beim Rückfall die erste Krankheitsphase ab dem Zeitpunkt des (mitgeteilten) Kündigungswillens an die Sperrfrist angerechnet wird.

Vorbeugen ist angebracht

Insbesondere für Kleinbetriebe stellen die beschriebenen Mechanismen ein beträchtliches finanzielles Risiko dar. Wer kann es sich schon leisten, einem Mitarbeiter z.B. über 6 Monate hinweg den Lohn zu entrichten, ohne dafür von seiner Arbeitskraft zu profitieren? Die in aller Regel sehr arbeitnehmerfreundliche Gesinnung der Arbeitsgerichte macht es zusätzlich schwierig, sich gegen Missbräuche zur Wehr zu setzen. Ein ärztliches Zeugnis umzustossen erweist sich in der Praxis als beinahe unmöglich. Es lohnt sich also, die vorgeschlagenen Regelungen im Einzelarbeitsvertrag aufzunehmen.

