

Urteil

Eine nichtige Kündigung muss wiederholt werden

Wird die Kündigung während der Sperrfrist wegen Krankheit ausgesprochen, ist sie nichtig. Das bedeutet, dass die Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist wiederholt werden muss, andernfalls wird der Vertrag nicht aufgelöst. Eine Bestätigung der Kündigung reicht nicht aus.

Sachverhalt

Ab 1. August 2009 wurde A. von X. (eine in der Haushaltpersonalsuche tätige Firma) – in Vollzeit und unbefristet – als «Regional Manager» eingestellt. Etwaige Krankheitszeiten sollten «ab dem dritten Tag zu 100 Prozent übernommen werden».

Mit einem Schreiben («persönlich ausgehändigter Einschreibebrief»), datiert vom 28. Januar 2010, das beim Empfang von A. gegengezeichnet wurde, löste X. den Vertrag mit Wirkung auf 28. Februar 2010 auf, wegen «fehlender Bewilligung des Bundes». Nach Aussage von A. wurde das Kündigungsschreiben rückdatiert: In Wirklichkeit sei es am 15. Februar 2010 abgegeben worden.

Am 5. Februar 2010 bestätigte Dr. S. eine vollkommene Arbeitsunfähigkeit von A. mit Wirkung ab 1. Februar 2010 bis am 21. Februar 2010. Darauf folgten, ohne Unterbruch, weitere Arztzeugnisse über eine 100-prozentige Arbeitsunfähigkeit.

Mit Schreiben vom 11. März 2010 machte A. die Nichtigkeit der Kündigung geltend, da sie in einer Zeit ausgesprochen wurde, in der A. krank war. A. war demnach der Auffassung, «sie sei noch in der Firma angestellt», sie forderte X. auf, «der Versicherungsgesellschaft die entsprechenden in ihrem Besitz befindlichen Arztzeugnisse» zu geben, fügte an, sie «halte sich für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung», und forderte die Zahlung des Lohns für den Monat Februar 2010.

Nachdem der Krankheitsfall ab 1. Februar 2010 anerkannt war, richtete die Versicherungsgesellschaft W. ab dem fünfzehnten Krankheitstag, das heisst ab dem 15. Februar 2010 und bis am 31. Dezember 2010, die Taggelder zu 80 Prozent aus.

Aus den Erwägungen

1. Die Qualifikation des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses ist nicht strittig; es handelt sich um einen Einzelarbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit gemäss Art. 319ff. OR.

Gemäss Art. 335 Abs. 1 OR kann der auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Arbeitsvertrag von jeder Partei jeweils auf das Ende eines Monats gekündigt werden, im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat.

Die Kündigung verkörpert eine empfangsbedürftige einseitige Absichtserklärung, mit der ein formgebendes Recht ausgeübt wird. Sie gilt als gültig zugestellt, sobald sie von der empfangenden Partei entgegengenommen worden ist oder, wie im vorliegenden Fall, in den Einflussbereich des Empfängers getreten ist, das heisst – bei Einschreibebriefen – am ersten Tag der Abholfrist beim Postamt.

2. In diesem Fall ist die strittige Hauptfrage, an welchem Datum der Arbeitnehmerin das Kündigungsschreiben zugestellt wurde.

Das Schreiben, das die von der Arbeitgeberin ausgesprochene Erklärung der Auflösung des Vertragsverhältnisses enthält, trägt das Datum vom 28. Januar 2010. Gemäss X. soll dieses Schreiben A. am gleichen Tag (28. Januar 2010) direkt ausgehändigt worden sein.

Laut A. soll das Schreiben jedoch rückdatiert worden sein: Die tatsächliche Übergabe soll am 15. Februar erfolgt sein, das heisst, als sie krank war; daher die Nichtigkeit der Kündigung.

Die Beweislast in Bezug auf das Datum des Empfangs der Kündigung durch den Empfänger liegt bei derjenigen Partei, die ihre Forderung auf die Kündigung stützt.



Anhand der Prozessakten ist davon auszugehen, dass die Version der Arbeitnehmerin richtig ist. Der Zeuge S. – dessen Zuverlässigkeit X. nur in allgemeiner Weise beanstandet hat – hat sich klar und unmissverständlich ausgedrückt. Er versicherte, dass «im Monat Februar 2010 allen Arbeitnehmern von X. die Kündigung erteilt wurde. Es wurde uns allen ein rückdatierter Brief ausgehändigt.»

Im Lichte einer so präzisen Aussage des Befragten hat sich X. darauf beschränkt, apodiktisch zu versichern, ohne auf die Zeugenaussage einzugehen, dass «das Ermittlungsverfahren ergeben hat, dass A. an dem Tage, als die Kündigung ausgesprochen wurde, regulär an der Arbeit war». Falls sich diese Aussage von X. auf den 28. Januar 2010 beziehen sollte, ist zu bekräftigen, dass S. in seiner Aussage verneint hat, dass die Kündigung(en) im Januar 2010 ausgesprochen wurde(n). Sollte X. sich jedoch auf den 15. Februar bezogen haben, steht gemäss den Akten fest, dass A. an jenem Tage, obschon sie krank war, mehrmals von X. dringend aufgefordert worden war, am Arbeitsplatz zu erscheinen, zum Zweck der Erstellung – und Aushändigung – des Kündigungsschreibens («Ich erinnere mich, dass A. zu jenem Zeitpunkt [am 15. Februar 2010], obschon sie im Büro anwesend war, krank war; sie war wiederholt von Frau R. angerufen worden, die sie bat, ins Büro zu kommen»).



Illustration: Christine Ruff

3. Zur Bekräftigung der Aussage von S. sind nachstehende weitere Indizien beziehungsweise nachstehende Beweise anzuführen:

- die Zeugenaussage von RN, welche die Rückdatierung des Kündigungsschreibens und seine Aushändigung an A. am 15. Februar 2010 bestätigte;
- der Inhalt des Arbeitszeugnisses, datiert vom 15. Februar 2010, in dem in der Gegenwartsform erklärt wird (was die Vermutung nahelegt, dass die Erstellung des Zeugnisses und die Verfassung des Kündigungsschreibens am gleichen Tag erfolgten): «... sehen wir uns gezwungen, den Vertrag aufzulösen» (und nicht: «sahen wir uns gezwungen, den Vertrag am 28. Januar 2010 aufzulösen»);
- schon vor dem 4. März 2010 und daher in einer unverdächtigen Zeitspanne, hatte A.B. erzählt, sie «habe das Kündigungsschreiben rückdatiert erhalten». Zudem hatte A. die Rückdatierung auch gegenüber der Funktionärin der Gewerkschaft, an welche sie sich gewandt hatte, erwähnt.

4. Was die Krankheit im Besonderen angeht, ist darauf hinzuweisen, dass X. erst in ihrem zusätzlichen abschliessenden Schriftsatz vom 28. Juni 2011 – und damit offensichtlich verspätet – bestritten hat, dass A. am 15. Februar 2010 krank war.

Als Antwort darauf hatte X. das Vorhandensein eines Arztzeugnisses von Dr.C. eingeräumt, das die Arbeitsunfähigkeit

vom 1. bis 21. Februar 2010 attestierte. Noch in den Schlussanträgen vom 31. März 2011 hatte sich X. auf eine wirklich apodiktische Bestreitung der Gültigkeit dieses Zeugnisses für die Zeit vom 1. bis 5. Februar 2010 beschränkt, ohne etwas für die Zeit vom 5. bis 21. Februar 2010 (und danach) auszusetzen zu haben.

Falls die Arbeitgeberin X. bei Erhalt des Arztzeugnisses von Dr.C. ernste Gründe gehabt hätte, die Gültigkeit der Bestätigung in Zweifel zu ziehen, hätte sie A. unverzüglich auffordern müssen, sich einer von einem anderen Arzt durchgeführten Untersuchung zu unterziehen. Zu erwähnen ist, dass ein Teil der Rechtslehre die Auffassung vertritt, dass der Arbeitgeber nur dann das Recht hat, vom Arbeitnehmer eine Kontrollvisite beim Vertrauensarzt zu verlangen, wenn dies im Vertrag ausdrücklich vereinbart wurde.

Es gibt vorliegend keinen Grund, den Krankheitsfall von A. ab 1. Februar 2010 – und ohne Unterbrechung – bis am 31. Dezember 2010 als nicht erwiesen zu betrachten. Dazu wird als Bestätigung, dass die Krankheit auch gemäss X. am 1. Februar 2010 begonnen hatte, der Inhalt des Meldeformulars für den Krankheitsfall angeführt, der von A. selbst verfasst und am 11. Februar 2010 an W. geschickt worden war, in welchem der 1. Februar 2010 als Anfang der Arbeitsunfähigkeit bezeichnet wurde.

5. Gemäss Art. 336c Abs. 1, lit. b. OR darf der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit nicht kündigen, 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.

Die während der oben erwähnten Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR), das heisst, sie entfaltet keinerlei Wirkung, sie kann nicht auf den nächsten anwendbaren Termin in eine gültige Kündigung umgewandelt werden und muss nach Ablauf der Sperrfrist neu erteilt (wiederholt) werden.

6. Da man – wie weiter oben erwähnt – als gesichert annehmen kann, dass die

Vertragskündigung A. im Monat Februar (und genauer am 15. Februar 2010) zugestellt wurde, während sie krank war, erweist sich die Kündigung im vorliegenden Fall als nichtig und damit als nicht erteilt.

Grundsätzlich bedarf die Kündigung keiner besonderen Form. Sie kann auch in mündlicher Form ausgesprochen oder durch konkludentes Handeln erteilt werden.

Aus den Akten geht nicht konkret hervor, dass X. nach Ablauf der Sperrfrist von 30 Tagen gemäss Art. 336c Abs. 1, lit. b. OR A. eine neue Kündigung zugestellt hätte. Noch hat X. sich ihrerseits auf «konkludentes Handeln» berufen, das dem – klaren – Ausdruck einer nach Ablauf der Sperrfrist erteilten Kündigung entsprechen könnte.

Das Arbeitsverhältnis gilt somit bis heute nicht als einseitig aufgelöst. Diesbezüglich kann man auch erwähnen, dass A. in ihrem Brief vom 11. März 2010 an X. darauf hingewiesen hatte, dass sie sich angesichts der Nichtigkeit der Kündigung als «noch in der Firma angestellt» betrachte und «für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung stehe», indem sie X. erklärte, «sie werde über ihren Gesundheitszustand Mitteilung erhalten».

7. Nachdem dies feststeht, ist darauf hinzuweisen, dass der Kündigungsschutz durch Festsetzung einer so genannten Sperrfrist (Art. 336c OR) etwas anderes ist als die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR. Diese kann vor oder nach Ablauf des Kündigungsschutzes enden.

Insbesondere kann diese Pflicht später enden, wenn zwischen den Parteien eine längere als die in Art. 324a OR vorgesehene Lohnfortzahlungsfrist vertraglich vereinbart wurde; beziehungsweise kann sie auch vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses enden; es bedeutet also nicht, dass der Lohnanspruch für die gesamte Frist des Kündigungsschutzes garantiert ist.

*Urteil des Arbeitsgerichts der Stadt Locarno, 14. Juli 2011 (DI. 10.97)
(Übersetzung aus dem Italienischen)*