

03
—
25

legalis brief Fachdienst **Arbeitsrecht** Urteil des Monats

Fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei unterlassener Information über Abwesenheiten

BGer **4A_486/2024** vom 15.01.2025

Art. 321a OR, Art. 337 OR

A. war ab dem 1. August 2020 bei der B. AG als «Head-Brauer» für die Bierherstellung angestellt. Daneben arbeitete sie für das Unternehmen im Verkauf und in der Kundenbetreuung.

Am 27. Oktober 2021 kündigte die B. AG den Arbeitsvertrag per 31. Januar 2022, weil die Situation im Team unhaltbar geworden sei und die B. AG (gemäss Urteil; gemeint wohl eher A.) nicht die verlangten Änderungen vorgenommen habe. Sodann wurde A. für zwei Tage einstweilen freigestellt. Alsdann erschien A. am Montag, 1. November 2021, wieder im Betrieb, räumte ihren Spind und verliess den Arbeitsplatz zufolge «Unwohlseins» vorzeitig. Sie meldete sich am 2. November 2021 (Dienstag) krank und teilte am 5. November 2021 mit, dass sie erst am 8. November 2021 einen Arzttermin habe.

An den Tagen vom 8. bis zum 10. November 2021 entspann sich ein E-Mail-Austausch, in welchem die B. AG wiederholt und bis spätestens 10. November 2021 die Vorlage eines Arztzeugnisses oder die Rückkehr an den Arbeitsplatz forderte – dies als letzte Nachfrist und Warnung vor weiteren Massnahmen wie dem Einstellen der Lohnzahlung für die Fehltage bzw. der fristlosen Kündigung.

Innert Frist übersandte A. der B. AG ein vom 8. November 2021 datiertes Arztzeugnis für die Periode 8.–11. November 2021. Zugleich hielt das Zeugnis fest, dass eine Wiederaufnahme der Arbeit ab Freitag, 12. November 2021, möglich sei. Am Abend des 11. November 2021 teilte A. der B. AG mit, dass sie am Freitag, 12. November 2021, einen Arzttermin habe und dann weitersehen werde. Sie meldete sich alsdann aber nicht mehr bei der B. AG, woraufhin diese das Arbeitsverhältnis mit E-Mail vom Montag, 15. November 2021, 23:35 Uhr, fristlos kündigte. Am Donnerstag, 18. November 2021, sandte A. der B. AG ein undatiertes Arztzeugnis zu, wonach sie ab Freitag, 12. November, zu 100% arbeitsunfähig sei.

A. reichte (gemäss Urteil, allenfalls falsch) am 29. August 2023 beim Bezirksgericht Münchwil eine Klage ein und verlangte die Verpflichtung der B. AG zur Zahlung von Lohnersatz und einer Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung. Die Klage wurde mit Entscheid vom 29. August 2023 abgewiesen, ebenso wie eine dagegen eingereichte Berufung vor dem OGer des Kantons Thurgau. Gleich entschied auch das BGer mit dem vorliegenden Urteil vom 15. Januar 2025 auf die Beschwerde von A. hin.

Erwägungen

Die Vorinstanzen hatten die fristlose Kündigung als gerechtfertigt betrachtet. Sie hatten dies offenbar damit begründet, dass eine Arbeitnehmerin ihrer Arbeitgeberin vorhersehbare Absenzen möglichst frühzeitig mitteilen und unvorhersehbare Absenzen umgehend melden muss. A. hatte offenbar am Montag, 8. November 2021, eine «telemedizinische» Konsultation gehabt, worauf ihr gleichentags ein Arztzeugnis für die Periode 8.–11. November 2021 zugestellt wurde. Dennoch übersandte A. während des E-Mail-Austausches vom 8./9. November 2021 weder das Arztzeugnis, noch teilte sie der B. AG mit,

bis wann sie danach voraussichtlich arbeitsunfähig sei. Dies war eine erste Verletzung der Pflicht, die Arbeitgeberin unverzüglich, kontinuierlich und vollständig über die Abwesenheit im Betrieb zu orientieren. Auf die Nachfrage der B. AG vom 10. November 2021, ob A. am 12. November 2021 wieder im Betrieb erscheine, antwortete A. einzig mit dem Hinweis auf einen Arzttermin vom 12. November 2021 und meldete sich alsdann nicht mehr bis zur fristlosen Kündigung vom 15. November 2021. Damit hatte A. ein zweites Mal gegen ihre Orientierungspflicht verstossen, was eine fristlose Kündigung rechtfertigt (E. 2).

A. rügte zunächst die Feststellung der Vorinstanzen als unzutreffend, sie habe das erste Arztzeugnis bereits am 8. November 2021 erhalten, dies sei erst am 10. November 2021 der Fall gewesen. Daher habe sie am 8. November 2021 auch nicht über die Dauer ihrer Arbeitsunfähigkeit orientieren und kein Arztzeugnis einreichen können. Sie hatte indessen an anderer Stelle der Beschwerde gleichzeitig festgehalten, dass die Vorinstanzen den Sachverhalt zutreffend erfasst hätten. Wegen widersprüchlicher Angaben wurde das Begründungserfordernis von **Art. 42 Abs. 2 BGG** missachtet, weshalb das BGer auf diese Rüge nicht eintrat (E. 3).

Des Weiteren wurde die Verletzung von **Art. 337 OR** gerügt. A. sei zunächst durch Einreichung des Arztzeugnisses am 10. November 2021 der vorherigen Aufforderung durch die B. AG innert Frist nachgekommen und habe mithin keine Pflicht verletzt. Sie habe auch am 11. November 2021 transparent kommuniziert und sei am 15. November 2021 ohne vormalige erneute Androhung fristlos gekündigt worden. Die Verwarnung vom 9. November 2021 durch die B. AG habe sich einzig und spezifisch auf die Einreichung des ersten Arztzeugnisses bezogen, was sie alsdann korrekt umgesetzt habe. Die B. AG hätte sie erneut zur Einreichung eines Arztzeugnisses auffordern oder sie zum vertrauensärztlichen Untersuch aufbieten müssen (E. 4).

Diesbezüglich gibt das BGer zunächst die allgemeinen Anforderungen von **Art. 337 OR** an eine gerechtfertigte fristlose Kündigung wieder, insbesondere, dass in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung der Arbeitnehmerin an der Arbeitsleistung als wichtiger Grund anzuerkennen ist (Art. 337 Abs. 3 OR; E. 5.1).

Gleichzeitig handle es sich um einen Ermessenentscheid des Gerichts, in welchen sich das BGer – trotz freier Überprüfungsbefugnis – nur mit Zurückhaltung einmische und nur einschreite, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die sie hätte beachten müssen. Das BGer greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (E. 5.2).

Nach der Rechtsprechung zu **Art. 337 OR** ist eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber nur bei besonders schweren Verfehlungen der Arbeitnehmerin gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Weniger schwerwiegende Pflichtverletzungen erlauben nur dann eine fristlose Kündigung, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sind. Zu prüfen sind dabei die konkreten Umstände des Einzelfalles (E. 5.3). Weiter: Massgeblich ist dabei nur das der fristlosen Kündigung vorausgehende Verhalten der Arbeitnehmerin. Soweit dieses der kündigenden Partei im Zeitpunkt der Kündigungserklärung noch nicht bekannt war, darf es aber später ebenfalls der Kündigungsbegründung zugrunde gelegt werden (E. 5.4).

In Bezug auf die vorliegend relevante Pflichtenlage verweist das BGer auf die allgemeine Treuepflicht von **Art. 321a Abs. 1 OR**. Dazu zählen auch Informationspflichten. Insbesondere muss die Arbeitnehmerin der Arbeitgeberin vorhersehbare Absenzen möglichst frühzeitig in Aussicht stellen und unvorhersehbare Absenzen nach ihrem Eintritt unverzüglich melden (E. 5.5), und zwar auch bei krankheits- und unfallbedingten Ausfällen. Sobald es der Gesundheitszustand der Arbeitnehmerin erlaubt, muss sie von sich aus unverzüglich die Arbeitgeberin kontaktieren und sie über die voraussichtliche Dauer und den Umfang ihrer Arbeitsunfähigkeit unterrichten (E. 5.6). Des Weiteren muss die Arbeitnehmerin ihre Prognose gegebenenfalls an neue medizinische Erkenntnisse anpassen und dies der Arbeitgeberin wiederum umgehend mitteilen. Kurzum: Die Arbeit-

nehmerin ist während der ganzen Dauer ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung verpflichtet, ihre Arbeitgeberin rasch, kontinuierlich und vollständig über ihre Arbeitsunfähigkeit zu unterrichten. Dies gilt besonders für Personen, die eine zentrale Funktion im Unternehmen wahrnehmen. Nur bei einer rechtzeitigen Mitteilung kann die Arbeitgeberin die geeigneten organisatorischen Massnahmen ergreifen, um den absenheitsbedingten Schaden für den eigenen Betrieb, Zulieferer, Kunden sowie weitere Anspruchsgruppen möglichst gering zu halten (E. 5.7).

A. war als sogenannte Head-Brauerin eine von bloss zwei festangestellten Bierbrauern. Angesichts dieses kleinen Personalbestandes verfügte die B. AG über wenig Spielraum, um die Aufgaben der erkrankten A. auf andere Personen umzuverteilen. Zudem befand sich die B. AG anfangs November offenbar in einer «kritischen Phase», musste sie doch wegen des nahenden Weihnachtsgeschäftes einen gesteigerten Bestelleingang bewältigen. Die B. AG hatte folglich ein legitimes Interesse, möglichst rasch von A. zu erfahren, wann sie wieder mit ihrem Einsatz rechnen konnte (E. 6.1). Vorliegend hatte A. diese Informationspflichten nach dem Sachverhalt, wie er dem Urteil zugrunde zu legen war, sowohl am 8./9. November 2021 als auch erneut am 12. November 2021 verletzt. Trotz Kenntnis des ersten Arztzeugnisses am 8. November 2021 (was nach E. 3 als erstellt zu gelten hatte) leitete A. weder das Arztzeugnis weiter noch informierte sie die B. AG über die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit bis 11. November 2021 (E. 6.2.1).

Vom 12. bis 15. November 2021 informierte A. die B. AG nicht, obwohl sie zuvor auf einen Arzttermin vom 12. November 2021 hingewiesen hatte (E. 6.2.2).

Aufgrund der beschriebenen konkreten Verhältnisse im Betrieb der B. AG hatte diese ein gesteigertes Interesse an der umgehenden Information. Die zweifache Pflichtverletzung rechtfertigte daher die fristlose Kündigung (E. 6.2.3).

Ergänzend stellte das BGer fest, dass die erste Verwarnung (resp. die beiden diesbezüglichen E-Mails vom 8. und 9. November 2021, wobei in einer davon die Konsequenzen angedroht wurden) zu berücksichtigen und keine zweite Verwarnung erforderlich war, zumal die erste Verwarnung sich nicht einzig auf die Einreichung des ersten Arztzeugnisses bezogen habe (E. 6.3).

Kommentierung

Gemeinhin wird oft die Auffassung vertreten, dass die verspätete Einreichung von Arztzeugnissen eine leichte Pflichtverletzung darstellt, zumal die an die Arbeitsunfähigkeit primär anknüpfenden Rechtsfolgen der Lohnfortzahlungspflicht und des Sperrfristenschutzes zwingendes Recht darstellen und der Beweis der Arbeitsunfähigkeit auch nachträglich erbracht werden kann. Der vorliegende Entscheid zeigt aber, dass sich diese Ansicht als trügerisch erweisen kann. Vor allem dann, wenn die Arbeitgeberin aus den konkreten Umständen in besonderem Masse auf Planungssicherheit angewiesen ist, müssen die Informationen über die Arbeitsunfähigkeit und deren allfällige Dauer erteilt sowie die zugrunde liegenden Belege (Arztzeugnis) – sobald geschuldet – umgehend eingereicht werden. Geschieht dies nicht, so kann eine fristlose Kündigung nach einmaliger Verwarnung die gerechtfertigte Folge bilden.

Dieser Entscheid darf sicher nicht überbewertet werden. Zum einen handelte es sich um spezielle Umstände betrieblicher Natur, da die Arbeitnehmerin offenbar nur eines von zwei Teammitgliedern war, welche eine gewisse Aufgabe erfüllen konnten, und zudem eine potentiell besonders anspruchsvolle Zeit bevorstand. Zum andern indessen dürften die Gerichte vorliegend auch die Gesamtumstände mit einbezogen haben, auch wenn dies zumindest dem Urteil des Bundesgerichts nicht mehr explizit zugrunde lag. So hat die Arbeitnehmerin offenbar am ersten Arbeitstag nach der ordentlichen Kündigung ihren Spind geräumt und sich alsdann krankgemeldet; sie scheint für diese erste Abwesenheit vom 2. bis zum 7. November 2021 aber gar nie ein Arztzeugnis eingereicht zu haben. Als dann stammte das einzige vor der Kündigung eingereichte Arztzeugnis vom 8. November 2021 aus einer telemedizinischen Prüfung, und zuletzt ist auch unklar, ob die Arbeitnehmerin am 12. November 2021 effektiv einen Arzttermin hatte und ein Arztzeugnis erhältlich machte. Mithin dürfte vorliegend zumindest nicht ganz aussen vor geblieben sein, dass das Verhalten der kurz zuvor ordentlich gekündigten Arbeitnehmerin auch relevante Zweifel an der angeblichen Arbeitsunfähigkeit begründet hatte.

Immerhin aber ist die Deutlichkeit, mit welcher das BGer die Relevanz der Informationspflichten betont, bemerkenswert und sollte dazu Anlass geben, diesen im Krankheitsfälle auch effektiv nachzukommen.

Marco Kamber