



Fall-Nr.:	BO.2016.47
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	28.01.2020
Entscheiddatum:	09.06.2017

Entscheid Kantonsgericht, 09.06.2017

Art. 336c Abs. 1 lit. b und Art. 336c Abs. 2 OR: Die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR erneuert sich nicht mit Anbruch eines neuen Dienstjahres, sondern mit jedem neuen Unfall und jeder neuen Krankheit; ein blosser Rückfall löst dagegen keine neue Sperrfrist aus. Da Art. 336c Abs. 2 OR ein einheitlicher Schutzgedanke zugrunde liegt, hat dies zur Folge, dass dort, wo ein Arbeitnehmer vor und nach der Kündigung aus der- oder denselben Ursachen wiederkehrend an der Arbeit verhindert ist ("Rückfall"), eine Anrechnung stattfindet und nach der Kündigung nur noch der Rest einer nicht vollständig konsumierten Sperrfrist in Anspruch genommen werden kann (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 9. Juni 2017, BO.2016.47).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Die Klägerin K arbeitete ab 12. August 2013 für die B AG (Beklagte). Der zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag sah ab dem zweiten Anstellungsjahr eine Kündigungsfrist von zwei Monaten vor. Gegen Ende des zweiten und Anfangs des dritten Dienstjahres war K vom 8. April 2015 bis 24. Mai 2015, 4. und 5. Juni 2015, 12. Juni bis 23. Juni 2015 und 3. Juli bis 1. Dezember 2015 zu 100% arbeitsunfähig. Mit Schreiben vom 28. April 2015 (zugestellt am 2. Mai 2015) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis per 30. Juni 2015. Mit Schreiben vom 25. Juni 2015 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis schliesslich fristlos. Die Klägerin machte vor Kreis- und Kantonsgericht erfolgreich die Nichtigkeit der ordentlichen Kündigung vom 28. April 2015 geltend, da diese während einer Sperrfrist im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR zugestellt wurde. Die fristlose Kündigung vom 25. Juni 2015 wurde von beiden Instanzen als ungerechtfertigt beurteilt, weshalb die Klägerin Anspruch auf Ersatz dessen hatte, was sie verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). In diesem



Zusammenhang stellte sich insbesondere die Frage, wie die den Ablauf der hypothetischen Kündigungsfrist unterbrechende Sperrfrist zu berechnen ist (Art. 336c Abs. 2 OR), zumal die Klägerin hier sowohl vor als auch nach Zugang der fristlosen Kündigung wiederkehrend arbeitsunfähig war.

Erwägungen (Auszug):

III. [

...]

3. Da sich die Klägerin am 25. Juni 2015 im zweiten Dienstjahr befand, beträgt die vertragliche Kündigungsfrist zwei Monate. Die Vorinstanz berücksichtigte (implizit, aber) zu Recht, dass die Kündigungsfrist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht mit dem Zugang der Kündigung zu laufen beginnt, sondern durch Rückwärtsrechnung vom Endtermin aus zu bestimmen ist (BGE 134 III 354 E. 2). Ebenfalls zu Recht berücksichtigte die Vorinstanz die Tatsache, dass die Klägerin vom 3. Juli bis 4. Oktober 2015 (bzw. bis 30. November 2015) krank war und der Ablauf der Kündigungsfrist demnach gemäss Art. 336c Abs. 2 OR unterbrochen und erst nach Ablauf der Sperrfrist von grundsätzlich 90 Tagen fortgesetzt wurde. Weil die Klägerin vor der fristlosen Kündigung jedoch bereits insgesamt 61 Tage krank gewesen war (8. April – 24. Mai 2015 [47 Tage], 4. und 5. - 2 - Juni 2015 [2 Tage]; 12. Juni – 23. Juni 2015 [12 Tage]), verblieb ihr nach Auffassung der Vorinstanz am 25. Juni 2015 nur noch ein Sperrfristguthaben von 29 Tagen (90 Tage – 61 Tage). Davon ausgehend und unter zusätzlicher Berücksichtigung von Art. 336c Abs. 3 OR gelangte die Vorinstanz zum Ergebnis, dass das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist bis zum 30. September 2015 gedauert hätte.

a) Dagegen bringt die Klägerin vor, massgebend für die Berechnung der Sperrfrist seien nur diejenigen Krankheitstage, die in die Kündigungsfrist gefallen seien. Krankheitstage, welche vor der fristlosen Kündigung erfolgt seien und dementsprechend die von der Vorinstanz abgezogenen 61 Tage, hätten nicht berücksichtigt werden dürfen. Das Arbeitsverhältnis hätte deshalb unter Einhaltung der Kündigungsfrist bis zum 30. November 2015 gedauert. Unter Berufung auf eine andere



Stelle der von der Vorinstanz im diesbezüglichen Zusammenhang zitierten Autoren, STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, erachtet die Klägerin den Abzug vom Sperrfristguthaben sodann als nicht nachvollziehbar. Es stellt sich somit die Frage, wie die Sperrfrist zu berechnen ist, wenn der Arbeitnehmer sowohl vor als auch nach Zugang der Kündigung wiederkehrend an der Arbeitsleistung verhindert war.

b) Die Klägerin geht fehl, soweit sie sinngemäss geltend macht, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH würden keinen entsprechenden Abzug vom Sperrfristguthaben befürworten. Die besagten Autoren (a.a.O., Art. 336c N 4 S. 1076) sind in Bezug auf wiederholte krankheitsbedingte Absenzen der Meinung, erleide der Arbeitnehmer einen Rückfall, könne der Rest einer noch nicht vollständig konsumierten Sperrfrist noch in Anspruch genommen werden. Damit sei aber auch gesagt, dass der Schutz durch die Sperrfrist bereits vor der Kündigung konsumiert werden könne, wenn und soweit vom selben Verhinderungsgrund die Rede sei (in diesem Sinne auch BSK OR I-PORTMANN, Art. 336c N 9; GEISER, Kündigungsschutz bei Krankheit, in: AJP 1996, S. 555, GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 620). Für REHBINDER/STÖCKLI (Berner Kommentar, N 8 zu Art. 336c OR; vgl. aber immerhin N 9 a.E.) setzt die Kündigung dagegen, wohl selbst wenn die Verhinderung im Sinne eines Rückfalls der ursprünglich die Sperrfrist auslösenden Krankheit auftritt und die frühere Sperrfrist bereits abgelaufen ist, erneut eine erstmalige Sperrfrist im vollen Umfang in Gang. Wenn Verhinderung und Rückfall hingegen erst nach Zugang der Kündigung eintreten, liege dagegen ein einziger Verhinderungsfall vor und laufe die Sperrfrist nur bis zur gesetzlichen Höchstdauer. STAEHELIN (Zürcher Kommentar, N 24 zu Art. 336c OR) hält unter Berufung auf die zuvor genannten Autoren dafür, dass frühere Arbeitsverhinderungen, die während der Kündigungsfrist nicht mehr bestehen, nicht angerechnet würden, wenn der Arbeitnehmer nach der Kündigung eine erneute Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfalls erleide. Im unmittelbar vorangehenden Absatz hält er jedoch klar fest, dass bei Rückfällen oder mehreren akuten Phasen eines Grundleidens die Sperrfrist auf 30, 90 oder 180 Tage begrenzt bleibe, auch wenn der Arbeitnehmer zwischen den einzelnen akuten Phasen arbeitsfähig sei. Auch BRÜHWILER (Einzelarbeitsvertrag, Art. 336c N 8) ist der Ansicht, Rückfälle würden keine neue Sperrfrist auslösen, sondern lediglich die Fortsetzung einer früheren Sperrfrist bewirken. Werde der Arbeitnehmer nach der Kündigung hingegen infolge einer "Neuerkrankung" wieder arbeitsunfähig, so setzte dies



grundsätzlich erneut eine erstmalige - 3 - volle Sperrfrist in Gang. Einschränkend zu diesem Grundsatz schlägt er allerdings vor, dass dann, wenn der Arbeitgeber schon während der früheren ersten Arbeitsverhinderung kündigungswillig gewesen sei und wegen des Kündigungsschutztatbestandes von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR die Kündigung nicht habe aussprechen können, ab dem Zeitpunkt der Kündigungswilligkeit des Arbeitgebers dennoch eine Anrechnung der früheren ersten Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers an die Sperrfrist stattfinden solle.

Gemäss Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts dient das Dienstjahr, in dem sich der Arbeitnehmer befindet, nur zur Bestimmung der Sperrfristdauer. Das heisst, dass sich die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR nicht mit Anbruch eines neuen Dienstjahres erneuert, sondern mit jeder auf einer neuen Ursache beruhenden Arbeitsverhinderung, also auch jedem neuen Unfall und jeder neuen Krankheit, selbst wenn diese in eine schon bestehende Sperrfrist fallen; ein blosser Rückfall löst dagegen keine neue Sperrfrist aus (BGE 120 II 124 E. 3.d; BGE 124 III 475 E. 2.b/aa; BGer 8C_826/2015 E. 3.3.1; BGer 1C_296/2008 und 1C_310/2008 E. 2.1; BGer 4A_117/2007 E. 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c N 4 S. 1075 f. und N 8 S. 1085; BSK OR IPORTMANN/RUDOLPH, Art. 336c N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 9 zu Art. 336c OR).

c) Die Ausführungen der zuvor im Einzelnen zitierten Autoren sowie die soeben beschriebene Praxis zum Wiederaufleben der Sperrfrist legen nahe, dass es für die vorliegend zu beantwortende Frage wesentlich darauf ankommt, ob die auseinanderfallenden Verhinderungen auf dieselbe(n) ("Rückfall") oder unterschiedliche Ursachen zurückgehen. So erscheint klar und wird von allen Autoren einhellig vertreten, dass bei auf unterschiedlichen Ursachen beruhenden Arbeitsverhinderungen keine Anrechnung stattfinden soll und jeweils wieder eine neue volle Sperrfrist ausgelöst wird, unabhängig davon, in welchem Zeitpunkt sie anfallen (der Vorschlag von BRÜHWILER, bei und ab Kündigungswilligkeit des Arbeitgebers ausnahmsweise dennoch eine Anrechnung vorzunehmen, ist mit Verweis auf die historische Auslegung in BGE 120 II 124 E. 3.d abzulehnen). Hingegen rechtfertigt es sich entgegen der Ansicht von REHBINDER/STÖCKLI nicht, bei auseinanderfallenden, aber auf dieselbe(n) Ursache(n) zurückgehenden Arbeitsverhinderungen ("Rückfall") danach zu unterscheiden, ob die ursprüngliche Verhinderung vor, der Rückfall aber erst nach



Zugang der Kündigung eingetreten ist oder ob sich der Wiederholungstatbestand überhaupt erst nach Zugang der Kündigung verwirklicht hat. Die Kündigung nach Wiederaufnahme der Arbeit löst für sich alleine keine neue Sperrfrist aus. Art. 336c Abs. 2 OR knüpft zwar unterschiedliche Rechtsfolgen an eine Kündigung während resp. vor Beginn einer Sperrfrist. Allerdings liegt dieser Regelung ein einheitlicher Schutzgedanke zugrunde, nämlich dass der Arbeitnehmer vom Verlust der Arbeitsstelle geschützt wird in einer Periode, in der er aufgrund Ungewissheit über Dauer und Mass der Arbeitsunfähigkeit bei vernünftiger Betrachtung kaum eine neue Stelle finden kann (BGE 128 III 212 E. 2.c; Botschaft Kündigungsschutz BBl 1984 II 605). Dieser Schutz kann darin bestehen, dass ihm sein Arbeitgeber nicht kündigen kann und/oder dass die Kündigungsfrist während der (erneuten) Arbeitsverhinderung stillsteht. Jedenfalls besteht er in Bezug auf jede Verhinderungsursache nur so lange, als die Arbeitsverhinderung tatsächlich andauert oder bis sie die in Abhängigkeit der Anstellungsdauer vorgesehene gesetzliche Höchstdauer erreicht. Dies muss auch deshalb gelten, weil andernfalls der Arbeitnehmer den Kündigungsschutz ausdehnen könnte, indem er nach Ablauf der Sperrfrist für eine Kündigung die Arbeit trotz Krankheit oder Unfall vorübergehend wieder aufnimmt, um sich so quasi doppelt auf den zeitlichen Kündigungsschutz berufen zu können. Dies ist vom Gesetz nicht vorgesehen; dieses erwähnt nur den "entweder oder", nicht aber den "sowohl als auch" Sachverhalt, weshalb bei streng wörtlicher Auslegung eine erneute Berufung auf dieselbe Krankheits- oder Unfallursache nach Zugang der Kündigung sogar gänzlich ausgeschlossen wäre. Ferner liefe eine solche fallweise Differenzierung auch auf eine stossende Ungleichbehandlung mit einem offenkundig Langzeitarbeitsunfähigen hinaus, dem nach Ablauf der Sperrfrist gekündigt werden kann, ohne dass die Kündigungsfrist anschliessend noch einmal stillstehen würde. Aufgrund der ratio legis ist deshalb der Meinung von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (a.a.O., Art. 336c N 4 S. 1076) der Vorzug zu geben und kann bei einem Rückfall, nur – aber immerhin – noch der Rest einer nicht vollständig konsumierten Sperrfrist in Anspruch genommen werden.

d) Somit gilt es im Weiteren zu prüfen, ob die Arbeitsunfähigkeitsperioden der Klägerin vor und nach dem 25. Juni 2015 auf dieselbe(n) oder unterschiedliche Ursachen zurückgehen. Gemäss Bundesgericht sind Krankheiten neu, wenn sie keinen Zusammenhang ("aucun lien") zu früheren Erkrankungen aufweisen (BGE 120 II 124 E.



3.d; BGer 4A_117/2007 und 4A_127/2007 E. 5.1). Dies ist nicht der Fall, wenn es sich um einen Rückfall, eine Komplikation oder eine klare Folgeerscheinung handelt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 4 S. 1075; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 9 zu Art. 336c OR).

Vorliegend machte die Klägerin weder erst- noch zweitinstanzlich geltend, die verschiedenen periodischen Arbeitsverhinderungen gingen auf unterschiedliche Ursachen zurück. Stattdessen brachte sie selbst insbesondere auch die Operation vom 13. Juli 2015 in direkten Zusammenhang mit der Bronchitis und der Stirn- und Nasennebenhöhlenentzündung. Aus ihren Schilderungen ergibt sich, dass sie (wohl ab 8. April bis 23. Juni 2015; möglicherweise auch länger) zugleich an einer Bronchitis und einer Stirn- und Nasennebenhöhlenentzündung litt, sich am 13. Juli 2015 einer Operation zwecks Entfernung von Polypen in den Nasennebenhöhlen unterziehen musste und daraufhin am 18. August 2015 eine weitere Infektion diagnostiziert wurde. Aufgrund der Darstellung der Klägerin kann zunächst einmal festgehalten werden, dass die Bronchitis und die Stirn- und Nasennebenhöhlenentzündung, da diese – je nach Rechtsschrift der Klägerin – zusammen oder das Eine als Folge des Anderen aufgetreten sind, als zusammenhängende Erkrankung angesehen werden müssen. Dasselbe gilt für die Operation und die spätere Infektion, zumal nach allgemeiner Lebenserfahrung als bekannt vorausgesetzt werden darf, dass als Komplikation eines operativen Eingriffs typischerweise eine Infektion auftreten kann, worauf die Klägerin in der Operationsvollmacht auch ausdrücklich hingewiesen wurde. Auch bezüglich der Operation deutet alles – und so auch die eigenen Ausführungen der Klägerin – darauf hin, dass sie auf dieselbe gesundheitliche Problematik zurückzuführen ist, nämlich auf die Bronchitis und die anhaltende Stirn- und Nasennebenhöhlenentzündung, ergänzt durch die (schon vorbestehenden) Nasenpolypen. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Erkrankung sich über mehrere Monate hinwegzog, mithin anzunehmen ist, dass eine medikamentöse - 5 - Behandlung allein nicht ausreichte, und die Operation ebenfalls eine Verbesserung der Situation der Nasennebenhöhlen ("Entfernen Polypen", "Optimieren Belüftung", "Geradestellen Nasenscheidewand") zum Ziel hatte. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Krankheitsperioden zusammenhingen. Damit hat die Vorinstanz die 61 Krankheitstage (8. April – 24. Mai 2015 [47 Tage]; 4. und 5. Juni 2015 [2 Tage]; 12. – 23. Juni 2015 [12 Tage]) vor Zugang der fristlosen Kündigung zu Recht von der 90-tägigen Sperrfrist in Abzug gebracht und



hätte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist – und unter Berücksichtigung von Art. 336c Abs. 3 OR (1 Tag) – am 30. September 2015 geendet:

Juli August Kündigung vom 25.06.2015 31 T 31 T Kündigungsfrist läuft ab 01.07.2015:
31.08.2015 Arbeitsunfähigkeit vom 03.07.2015 – 01.12.2015: 29 T Sperrfrist vom
03.07.2015 - 31.07.2015 Lauf der Kündigungsfrist: Juli August September 2 T (29 T
Sperrfrist) 31 T 29 T (+ 1 T; Abs. 3) 30.09.2015

Art. 336c Abs. 1 lit. b und Art. 336c Abs. 2 OR: Die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR erneuert sich nicht mit Anbruch eines neuen Dienstjahres, sondern mit jedem neuen Unfall und jeder neuen Krankheit; ein blosser Rückfall löst dagegen keine neue Sperrfrist aus. Da Art. 336c Abs. 2 OR ein einheitlicher Schutzgedanke zugrunde liegt, hat dies zur Folge, dass dort, wo ein Arbeitnehmer vor und nach der Kündigung aus der- oder denselben Ursachen wiederkehrend an der Arbeit verhindert ist ("Rückfall"), eine Anrechnung stattfindet und nach der Kündigung nur noch der Rest einer nicht vollständig konsumierten Sperrfrist in Anspruch genommen werden kann (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 9. Juni 2017, BO.2016.47).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Die Klägerin K arbeitete ab 12. August 2013 für die B AG (Beklagte). Der zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag sah ab dem zweiten Anstellungsjahr eine Kündigungsfrist von zwei Monaten vor. Gegen Ende des zweiten und Anfangs des dritten Dienstjahres war K vom 8. April 2015 bis 24. Mai 2015, 4. und 5. Juni 2015, 12. Juni bis 23. Juni 2015 und 3. Juli bis 1. Dezember 2015 zu 100% arbeitsunfähig. Mit Schreiben vom 28. April 2015 (zugestellt am 2. Mai 2015) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis per 30. Juni 2015. Mit Schreiben vom 25. Juni 2015 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis schliesslich fristlos. Die Klägerin machte vor Kreis- und Kantonsgericht erfolgreich die Nichtigkeit der ordentlichen Kündigung vom 28. April 2015 geltend, da diese während einer Sperrfrist im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR zugestellt wurde. Die fristlose Kündigung vom 25. Juni 2015 wurde von beiden Instanzen als ungerechtfertigt beurteilt, weshalb die Klägerin Anspruch auf Ersatz dessen hatte, was sie verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). In diesem Zusammenhang stellte sich insbesondere die Frage, wie die den Ablauf der hypothetischen Kündigungsfrist unterbrechende Sperrfrist zu berechnen ist (Art. 336c Abs. 2 OR), zumal die Klägerin hier sowohl vor als auch nach Zugang der fristlosen Kündigung wiederkehrend arbeitsunfähig war.

Erwägungen (Auszug):

III.

[...]

3. Da sich die Klägerin am 25. Juni 2015 im zweiten Dienstjahr befand, beträgt die vertragliche Kündigungsfrist zwei Monate. Die Vorinstanz berücksichtigte (implizit, aber) zu Recht, dass die Kündigungsfrist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht mit dem Zugang der Kündigung zu laufen beginnt, sondern durch Rückwärtsrechnung vom Endtermin aus zu bestimmen ist (BGE 134 III 354 E. 2). Ebenfalls zu Recht berücksichtigte die Vorinstanz die Tatsache, dass die Klägerin vom 3. Juli bis 4. Oktober 2015 (bzw. bis 30. November 2015) krank war und der Ablauf der Kündigungsfrist demnach gemäss Art. 336c Abs. 2 OR unterbrochen und erst nach Ablauf der Sperrfrist von grundsätzlich 90 Tagen fortgesetzt wurde. Weil die Klägerin vor der fristlosen Kündigung jedoch bereits insgesamt 61 Tage krank gewesen war (8. April – 24. Mai 2015 [47 Tage], 4. und 5.

Juni 2015 [2 Tage]; 12. Juni – 23. Juni 2015 [12 Tage]), verblieb ihr nach Auffassung der Vorinstanz am 25. Juni 2015 nur noch ein Sperrfristguthaben von 29 Tagen (90 Tage – 61 Tage). Davon ausgehend und unter zusätzlicher Berücksichtigung von Art. 336c Abs. 3 OR gelangte die Vorinstanz zum Ergebnis, dass das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist bis zum 30. September 2015 gedauert hätte.

a) Dagegen bringt die Klägerin vor, massgebend für die Berechnung der Sperrfrist seien nur diejenigen Krankheitstage, die in die Kündigungsfrist gefallen seien. Krankheitstage, welche vor der fristlosen Kündigung erfolgt seien und dementsprechend die von der Vorinstanz abgezogenen 61 Tage, hätten nicht berücksichtigt werden dürfen. Das Arbeitsverhältnis hätte deshalb unter Einhaltung der Kündigungsfrist bis zum 30. November 2015 gedauert. Unter Berufung auf eine andere Stelle der von der Vorinstanz im diesbezüglichen Zusammenhang zitierten Autoren, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, erachtet die Klägerin den Abzug vom Sperrfristguthaben sodann als nicht nachvollziehbar. Es stellt sich somit die Frage, wie die Sperrfrist zu berechnen ist, wenn der Arbeitnehmer sowohl vor als auch nach Zugang der Kündigung wiederkehrend an der Arbeitsleistung verhindert war.

b) Die Klägerin geht fehl, soweit sie sinngemäss geltend macht, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH würden keinen entsprechenden Abzug vom Sperrfristguthaben befürworten. Die besagten Autoren (a.a.O., Art. 336c N 4 S. 1076) sind in Bezug auf wiederholte krankheitsbedingte Absenzen der Meinung, erleide der Arbeitnehmer einen Rückfall, könne der Rest einer noch nicht vollständig konsumierten Sperrfrist noch in Anspruch genommen werden. Damit sei aber auch gesagt, dass der Schutz durch die Sperrfrist bereits vor der Kündigung konsumiert werden könne, wenn und soweit vom selben Verhinderungsgrund die Rede sei (in diesem Sinne auch BSK OR I-PORTMANN, Art. 336c N 9; GEISER, Kündigungsschutz bei Krankheit, in: AJP 1996, S. 555, GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 620). Für REHBINDER/STÖCKLI (Berner Kommentar, N 8 zu Art. 336c OR; vgl. aber immerhin N 9 a.E.) setzt die Kündigung dagegen, wohl selbst wenn die Verhinderung im Sinne eines Rückfalls der ursprünglich die Sperrfrist auslösenden Krankheit auftritt und die frühere Sperrfrist bereits abgelaufen ist, erneut eine erstmalige Sperrfrist im vollen Umfang in Gang. Wenn Verhinderung und Rückfall hingegen erst nach Zugang der Kündigung eintreten, liege dagegen ein einziger Verhinderungsfall vor und laufe die Sperrfrist nur bis zur gesetzlichen Höchstdauer. STAEHELIN (Zürcher Kommentar, N 24 zu Art. 336c OR) hält unter Berufung auf die zuvor genannten Autoren dafür, dass frühere Arbeitsverhinderungen, die während der Kündigungsfrist nicht mehr bestehen, nicht angerechnet würden, wenn der Arbeitnehmer nach der Kündigung eine erneute Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfalls erleide. Im unmittelbar vorangehenden Absatz hält er jedoch klar fest, dass bei Rückfällen oder mehreren akuten Phasen eines Grundleidens die Sperrfrist auf 30, 90 oder 180 Tage begrenzt bleibe, auch wenn der Arbeitnehmer zwischen den einzelnen akuten Phasen arbeitsfähig sei. Auch BRÜHWILER (Einzelarbeitsvertrag, Art. 336c N 8) ist der Ansicht, Rückfälle würden keine neue Sperrfrist auslösen, sondern lediglich die Fortsetzung einer früheren Sperrfrist bewirken. Werde der Arbeitnehmer nach der Kündigung hingegen infolge einer "Neuerkrankung" wieder arbeitsunfähig, so setze dies grundsätzlich erneut eine erstmalige

volle Sperrfrist in Gang. Einschränkend zu diesem Grundsatz schlägt er allerdings vor, dass dann, wenn der Arbeitgeber schon während der früheren ersten Arbeitsverhinderung kündigungswillig gewesen sei und wegen des Kündigungsschutztatbestandes von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR die Kündigung nicht habe aussprechen können, ab dem Zeitpunkt der Kündigungswilligkeit des Arbeitgebers dennoch eine Anrechnung der früheren ersten Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers an die Sperrfrist stattfinden solle.

Gemäss Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts dient das Dienstjahr, in dem sich der Arbeitnehmer befindet, nur zur Bestimmung der Sperrfristedauer. Das heisst, dass sich die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR nicht mit Anbruch eines neuen Dienstjahres erneuert, sondern mit jeder auf einer neuen Ursache beruhenden Arbeitsverhinderung, also auch jedem neuen Unfall und jeder neuen Krankheit, selbst wenn diese in eine schon bestehende Sperrfrist fallen; ein blosser Rückfall löst dagegen keine neue Sperrfrist aus (BGE 120 II 124 E. 3.d; BGE 124 III 475 E. 2.b/aa; BGer 8C_826/2015 E. 3.3.1; BGer 1C_296/2008 und 1C_310/2008 E. 2.1; BGer 4A_117/2007 E. 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c N 4 S. 1075 f. und N 8 S. 1085; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336c N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 9 zu Art. 336c OR).

c) Die Ausführungen der zuvor im Einzelnen zitierten Autoren sowie die soeben beschriebene Praxis zum Wiederaufleben der Sperrfrist legen nahe, dass es für die vorliegend zu beantwortende Frage wesentlich darauf ankommt, ob die auseinanderfallenden Verhinderungen auf dieselbe(n) ("Rückfall") oder unterschiedliche Ursachen zurückgehen. So erscheint klar und wird von allen Autoren einhellig vertreten, dass bei *auf unterschiedlichen Ursachen* beruhenden Arbeitsverhinderungen keine Anrechnung stattfinden soll und jeweils wieder eine neue volle Sperrfrist ausgelöst wird, unabhängig davon, in welchem Zeitpunkt sie anfallen (der Vorschlag von BRÜHWILER, bei und ab Kündigungswilligkeit des Arbeitgebers ausnahmsweise dennoch eine Anrechnung vorzunehmen, ist mit Verweis auf die historische Auslegung in BGE 120 II 124 E. 3.d abzulehnen). Hingegen rechtfertigt es sich entgegen der Ansicht von REHBINDER/STÖCKLI nicht, bei auseinanderfallenden, aber *auf dieselbe(n) Ursache(n)* zurückgehenden Arbeitsverhinderungen ("Rückfall") danach zu unterscheiden, ob die ursprüngliche Verhinderung vor, der Rückfall aber erst nach Zugang der Kündigung eingetreten ist oder ob sich der Wiederholungstatbestand überhaupt erst nach Zugang der Kündigung verwirklicht hat. Die Kündigung nach Wiederaufnahme der Arbeit löst für sich alleine keine neue Sperrfrist aus. Art. 336c Abs. 2 OR knüpft zwar unterschiedliche Rechtsfolgen an eine Kündigung während resp. vor Beginn einer Sperrfrist. Allerdings liegt dieser Regelung ein einheitlicher Schutzgedanke zugrunde, nämlich dass der Arbeitnehmer vom Verlust der Arbeitsstelle geschützt wird in einer Periode, in der er aufgrund Ungewissheit über Dauer und Mass der Arbeitsunfähigkeit bei vernünftiger Betrachtung kaum eine neue Stelle finden kann (BGE 128 III 212 E. 2.c; Botschaft Kündigungsschutz BBl 1984 II 605). Dieser Schutz kann darin bestehen, dass ihm sein Arbeitgeber nicht kündigen kann und/oder dass die Kündigungsfrist während der (erneuten) Arbeitsverhinderung stillsteht. Jedenfalls besteht er in Bezug auf jede Verhinderungsursache nur so lange, als die Arbeitsverhinderung tatsächlich andauert oder bis sie die in Abhängigkeit der Anstellungsdauer vorgese-

hene gesetzliche Höchstdauer erreicht. Dies muss auch deshalb gelten, weil andernfalls der Arbeitnehmer den Kündigungsschutz ausdehnen könnte, indem er nach Ablauf der Sperrfrist für eine Kündigung die Arbeit trotz Krankheit oder Unfall vorübergehend wieder aufnimmt, um sich so quasi doppelt auf den zeitlichen Kündigungsschutz berufen zu können. Dies ist vom Gesetz nicht vorgesehen; dieses erwähnt nur den "entweder oder", nicht aber den "sowohl als auch" Sachverhalt, weshalb bei streng wörtlicher Auslegung eine erneute Berufung auf dieselbe Krankheits- oder Unfallursache nach Zugang der Kündigung sogar gänzlich ausgeschlossen wäre. Ferner liefe eine solche fallweise Differenzierung auch auf eine stossende Ungleichbehandlung mit einem offenkundig Langzeitarbeitsunfähigen hinaus, dem nach Ablauf der Sperrfrist gekündigt werden kann, ohne dass die Kündigungsfrist anschliessend noch einmal stillstehen würde. Aufgrund der ratio legis ist deshalb der Meinung von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (a.a.O., Art. 336c N 4 S. 1076) der Vorzug zu geben und kann bei einem Rückfall, nur – aber immerhin – noch der Rest einer nicht vollständig konsumierten Sperrfrist in Anspruch genommen werden.

d) Somit gilt es im Weiteren zu prüfen, ob die Arbeitsunfähigkeitsperioden der Klägerin vor und nach dem 25. Juni 2015 auf dieselbe(n) oder unterschiedliche Ursachen zurückgehen. Gemäss Bundesgericht sind Krankheiten neu, wenn sie keinen Zusammenhang ("aucun lien") zu früheren Erkrankungen aufweisen (BGE 120 II 124 E. 3.d; BGer 4A_117/2007 und 4A_127/2007 E. 5.1). Dies ist nicht der Fall, wenn es sich um einen Rückfall, eine Komplikation oder eine klare Folgeerscheinung handelt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 4 S. 1075; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 9 zu Art. 336c OR).

Vorliegend machte die Klägerin weder erst- noch zweitinstanzlich geltend, die verschiedenen periodischen Arbeitsverhinderungen gingen auf unterschiedliche Ursachen zurück. Stattdessen brachte sie selbst insbesondere auch die Operation vom 13. Juli 2015 in direkten Zusammenhang mit der Bronchitis und der Stirn- und Nasennebenhöhlenentzündung. Aus ihren Schilderungen ergibt sich, dass sie (wohl ab 8. April bis 23. Juni 2015; möglicherweise auch länger) zugleich an einer Bronchitis und einer Stirn- und Nasennebenhöhlenentzündung litt, sich am 13. Juli 2015 einer Operation zwecks Entfernung von Polypen in den Nasennebenhöhlen unterziehen musste und daraufhin am 18. August 2015 eine weitere Infektion diagnostiziert wurde. Aufgrund der Darstellung der Klägerin kann zunächst einmal festgehalten werden, dass die Bronchitis und die Stirn- und Nasennebenhöhlenentzündung, da diese – je nach Rechtsschrift der Klägerin – zusammen oder das Eine als Folge des Anderen aufgetreten sind, als zusammenhängende Erkrankung angesehen werden müssen. Dasselbe gilt für die Operation und die spätere Infektion, zumal nach allgemeiner Lebenserfahrung als bekannt vorausgesetzt werden darf, dass als Komplikation eines operativen Eingriffs typischerweise eine Infektion auftreten kann, worauf die Klägerin in der Operationsvollmacht auch ausdrücklich hingewiesen wurde. Auch bezüglich der Operation deutet alles – und so auch die eigenen Ausführungen der Klägerin – darauf hin, dass sie auf dieselbe gesundheitliche Problematik zurückzuführen ist, nämlich auf die Bronchitis und die anhaltende Stirn- und Nasennebenhöhlenentzündung, ergänzt durch die (schon vorbestehenden) Nasenpolypen. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Erkrankung sich über mehrere Monate hinwegzog, mithin anzunehmen ist, dass eine medikamentöse

Behandlung allein nicht ausreichte, und die Operation ebenfalls eine Verbesserung der Situation der Nasennebenhöhlen ("Entfernen Polypen", "Optimieren Belüftung", "Geradestellen Nasenscheidewand") zum Ziel hatte. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Krankheitsperioden zusammenhingen. Damit hat die Vorinstanz die 61 Krankheitstage (8. April – 24. Mai 2015 [47 Tage]; 4. und 5. Juni 2015 [2 Tage]; 12. – 23. Juni 2015 [12 Tage]) vor Zugang der fristlosen Kündigung zu Recht von der 90-tägigen Sperrfrist in Abzug gebracht und hätte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist – und unter Berücksichtigung von Art. 336c Abs. 3 OR (1 Tag) – am 30. September 2015 geendet:

