

ARBEITSRECHT

JUNI 2021
NEWSLETTER **06**

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

Immer mehr Arbeitgeber sehen sich mit dem Phänomen der sogenannten **arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit** konfrontiert. Welche Rechte und Pflichten Arbeitgeber haben, wenn Mitarbeitende nur in Bezug auf ihre Arbeitsstelle krankgeschrieben sind, wird in unserem ersten Top-Thema erläutert.

In unserem zweiten Top-Thema wird aufgezeigt, inwiefern **Whistleblowing** aus arbeitsrechtlicher Sicht zulässig ist und wie sich Arbeitgeber in diesem Zusammenhang zu verhalten haben.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema: Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit — Seite 1
- Fragen und Antworten: Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit — Seite 4
- Top-Thema: Whistleblowing — Seite 5
- Fachbeitrag: Weisungsrecht des Arbeitgebers — Seite 7
- Gerichtsentscheid: Lohnfortzahlungspflicht — Seite 9

Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

Der Arbeitnehmer meldet sich krank und reicht ein ärztliches Zeugnis ein, welches den Arbeitnehmer nur mit Bezug auf seine Tätigkeit bei der Arbeitgeberin als arbeitsunfähig ausweist. Gleichzeitig postet der Arbeitnehmer auf Social Media wunderbare Freizeitfotos. So kann die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit aussehen. Was bedeutet sie für Arbeitgeberinnen?

Von Simone Wetzstein und Yves Hürlimann

Ausgangslage

Immer öfter sehen sich Arbeitgeberinnen mit dem Phänomen der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit konfrontiert. Charakteristisch für diese spezielle Form der Arbeitsunfähigkeit ist, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nur an seinem konkreten Arbeitsplatz nicht erbringen kann. In einem anderen Umfeld oder bei einem anderen Arbeitgeber kann er typischerweise ohne Probleme seine Leistung erbringen, und auch in seinem Privatleben (Haushalt, Hobbys und Freizeit) ist er durch das Leiden kaum eingeschränkt. Die Ursachen der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit liegen häufig in psychischen Belastungen am Arbeitsplatz, beispielsweise Mobbingsituationen oder übermässigem Stress. Denkbar ist aber auch die allergische Reaktion eines Coiffeurs auf ein spezifisch im Salon verwendetes Produkt, welches eine rein arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit nach sich zieht.

Im Nachfolgenden wird aufgezeigt, worin die rechtlichen Folgen der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit bestehen und wie ein Arbeitgeber mit derartigen Situationen umgehen kann.

«Reguläre» vs. arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

Lohnfortzahlung und Sperrfristenschutz

Der Arbeitnehmer verfügt im Falle unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall gegenüber der Arbeitgeberin grundsätzlich während einer bestimmten Zeit über einen



Lohnfortzahlungsanspruch. Hat die Arbeitgeberin eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, so kommt diese in der Regel für mindestens einen Teil der Lohnzahlungen auf.

Grundsätzlich darf einem Arbeitnehmer während einer unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall während eines bestimmten Zeitraums nicht gekündigt werden. Die Dauer der Sperrfrist hängt dabei von der Anzahl Dienstjahre des Arbeitnehmers ab. Kündigt die Arbeitgeberin dennoch während der Sperrfrist, ist die Kündigung nichtig. Tritt die Arbeitsunfähigkeit nach erfolgter Kündigung, jedoch vor Ablauf der Kündigungsfrist ein, wird die Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Ende des Ablaufs der Sperrfrist fortgesetzt.

Die soeben geschilderten Konsequenzen gelten für durch Krankheit oder Unfall bedingte Arbeitsunfähigkeiten, die sich auf sämtliche Lebensbereiche eines Arbeitnehmers beziehen. Fälle also, bei denen ein Arbeitnehmer beispielsweise aufgrund einer Blinddarmoperation weder arbeiten noch seine Freizeit und ggf. auch keine Ferien geniessen kann. Bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit gelten die geschilderten Bestimmungen hingegen nicht absolut:

Konsequenzen der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit

Die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin besteht grundsätzlich auch bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit, obschon der Arbeitnehmer nur in Bezug auf seinen konkreten Arbeitsplatz nicht einsatzfähig ist. Denn entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer an der Erbringung seiner vertraglichen Arbeitstätigkeit aufgrund von persönlichen, nicht von ihm zu verantwortenden Gründen verhindert ist.

Von grösserer Bedeutung ist die Auswirkung der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit auf den Kündigungsschutz, insbesondere da auffallend oft arbeitsplatzbezogene Krankschreibungen mit einer kurz bevorstehenden oder bereits erfolgten Kündigung durch die Arbeitgeberin auftreten.

Der Zweck des Sperrfristenschutzes besteht darin, einen Arbeitnehmer in Zeiten, in welchen seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt vermindert sind, vor einem Stellenverlust zu schützen. Angewendet auf die rein arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit wird daher vertreten, dass hier kein Bedarf für den Sperrfristenschutz bestehe, schliesslich sei der Arbeitnehmer sofort und uneingeschränkt an einem neuen Arbeitsplatz einsetzbar. Folglich sind die Vertreter dieser Sichtweise, zu welchen heute die herrschende Lehre und viele erstinstanzliche Gerichte gehören, der Ansicht, dass eine Arbeitgeberin einem Arbeitnehmer trotz arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit rechtsgültig kündigen kann, d.h. kein Sperrfristenschutz zur Anwendung gelangt. Allerdings hat sich das Bundesgericht noch nicht zu dieser Frage geäussert, womit aktuell eine gewisse Rechtsunsicherheit besteht, ob der Sperrfristenschutz bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit zur Anwendung gelangt oder nicht.

Während bei einer regulären Arbeitsunfähigkeit jeweils im Einzelfall abgewogen werden muss, ob ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer ferienfähig war bzw. ist, stellt sich diese Frage bei der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit nicht: Die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit steht dem Genuss von Ferien definitionsgemäss nicht entgegen.

Beweisschwierigkeiten

In der Praxis ergeben sich oftmals Schwierigkeiten beim Nachweis einer *arbeitsplatzbezogenen* Arbeitsunfähigkeit. Grundsätzlich muss das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache beweisen, wer aus ihr Rechte ableitet. Das ist bei der Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmer. Ein Arbeitnehmer wird aber oftmals kein Interesse am Nachweis haben, dass die Arbeitsunfähigkeit rein *arbeitsplatzbezogen* ist – zumal dies insbesondere seinen Kündigungsschutz einschränken könnte. Folglich obliegt der Beweis der Arbeitsplatzbezogenheit der Arbeitsunfähigkeit typischerweise der Arbeitgeberin – welche hierbei in der Regel auf ein entsprechendes ärztliches Attest angewiesen sein wird.

Hat eine Arbeitgeberin objektive und begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses, so kann sie eine vertrauensärztliche Zweituntersuchung verlangen, welche sich konkret dazu äussert, ob die Arbeitsunfähigkeit nur arbeitsplatzbezogen ist oder nicht.

Pflichten und Fallstricke für Arbeitgeberinnen

Wie einleitend erwähnt, liegen einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit regelmässig persönliche Konflikte im Team oder mit Vorgesetzten zugrunde.

Es ist Teil der Fürsorgepflicht einer Arbeitgeberin, bei psychisch belastenden Situationen am Arbeitsplatz einzuschreiten und die Arbeitnehmenden zu schützen. Unterlässt eine Arbeitgeberin den Versuch, die zwischenmenschlichen Probleme im Team zu lösen und geeignete Massnahmen zu ergreifen, so stellt dies in der Regel eine Verletzung der Fürsorgepflicht dar. Im Rahmen der Wahrnehmung dieser Fürsorgepflicht kann beispielsweise Folgendes geboten sein:

Andere Tätigkeit oder alternativer Arbeitsplatz

Insbesondere in Mobbingkonstellationen kann ein alternativer Arbeitsplatz, bzw. eine alternierende Homeoffice-Tätigkeit für die involvierten Arbeitnehmenden, die Situation entspannen.

Aufgrund des Weisungsrechts ist eine Arbeitgeberin sodann auch dazu befugt, einem Arbeitnehmer ggf. andere Arbeiten zuzuweisen. Dabei findet das Weisungsrecht seine Schranken in den konkreten vertraglichen Vereinbarungen. Ein Systemadministrator dürfte zum Beispiel nicht mittels Weisung im Verkauf eingesetzt werden. Der Arbeitnehmer ist aufgrund seiner Treuepflicht prinzipiell dazu angehalten, die Arbeit an einem anderen zumutbaren Arbeitsplatz anzunehmen, sofern diese Beschäftigung der Genesung nicht entgegenwirkt. Grundsätzlich darf die Zuweisung anderer Arbeiten nur von vorübergehender Dauer sein und das Privatleben des Arbeitnehmers nicht übermässig beinträchtigen (z.B. ungünstigere Arbeitszeiten, längerer Arbeitsweg).

Anlaufstelle schaffen

Präventiv sollten im Betrieb Strukturen geschaffen werden, welche übermässigem Stress, Mobbing oder sonstigen Konflikten im Team vorbeugen. Die Tatsache, dass die Mitarbeiter von den entsprechenden Anlaufstellen wissen, sollte dokumentiert werden (z.B. durch Unterzeichnung des entsprechenden Reglements).

Ferienbezug und Kompensation von Mehrarbeit

Zumal es das Ferien- und ggf. Mehrarbeitskonto des Arbeitnehmers reduziert, ist es für die Arbeitgeberin in der Regel sinnvoll, den Arbeitnehmer anzuweisen, während der rein arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit Ferienguthaben und, sofern vorhanden, Mehrarbeit zu kompensieren.

Anweisung Stellensuche

Zeichnet sich nach Durchführung der unter der Fürsorgepflicht objektiv notwendigen Schritte ab, dass ein Ende der arbeitsplatzbedingten Arbeitsunfähigkeit nicht absehbar ist, kann der Arbeitnehmer angewiesen werden, eine neue Stelle zu suchen.

Kündigungsrisiken

Im Falle einer Kündigung im Kontext einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit ist höchstrichterlich noch nicht entschieden, ob der Sperrfristenschutz greift oder nicht. Deshalb empfiehlt es sich für Arbeitgebende sicherheitshalber, jeweils nach Ablauf der ggf. anwendbaren Sperrfrist eine bedingte Ersatzkündigung auszustellen.

Erkrankt ein Arbeitnehmer infolge einer psychischen Belastungssituation am Arbeitsplatz, gegen welche die Arbeitgeberin nichts unternommen hat, so kann eine Kündigung mit dem Hinweis, die Arbeitsunfähigkeit sei lediglich arbeitsplatzbezogen, missbräuchlich sein. Im Falle einer missbräuchlichen Kündigung besteht Anspruch auf eine Entschädigung von bis zu sechs Monatsgehältern.

AUTOREN



Simone Wetzstein, LL.M., Rechtsanwältin und Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, ist Managing Associate bei Walder Wyss und berät Unternehmen sowie Privatpersonen in sämtlichen Fragen des Arbeitsrechts.



Yves Hürlimann, MLaw, absolviert sein Anwaltspraktikum bei Walder Wyss und ist vorwiegend im Arbeits- und im Prozessrecht tätig.

HR-Prozesse optimieren? fidevision, der Abacus Gold Partner Ihres Vertrauens.

www.fidevision.ch

ABACUS Gold Partner

fidevision Betriebswirtschaftliche Lösungen

Fragen und Antworten zum Thema «Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit»

■ **Von Simone Wetzstein und Yves Hürlimann**

Fragen & Antworten

Frage: *Was müssen Arbeitgebende bei Verdacht auf eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit typischerweise beachten?*
Antwort: Obwohl jeder Fall individuell ist, gilt als Grundregel: Dokumentieren Sie. Das kann in Form von Aktennotizen, E-Mails oder dergleichen geschehen. Halten Sie entsprechende Bemühungen zur Entschärfung von Konflikten am Arbeitsplatz fest. Protokollieren Sie offizielle Befragungen oder erstellen Sie kurze Aktennotizen von informellen Gesprächen. Erstellen Sie Schlussberichte von allfälligen internen Untersuchungen. Offerieren Sie einen alternativen Arbeitsplatz schriftlich oder weisen Sie andere Arbeit per E-Mail zu. Schaffen Sie grundsätzlich neutrale Anlaufstellen für Konfliktsituationen, und machen Sie diese per Reglement bekannt. Lassen Sie sich den Erhalt und die Kenntnis des Reglements von Mitarbeitern schriftlich bestätigen. Auch sämtliche Anordnungen der Arbeitgeberin – wie beispielsweise die Anordnung, eine neue Stelle zu suchen oder Ferien bzw. Mehrarbeit während der arbeitsplatzbedingten Arbeitsunfähigkeit zu kompensieren – sollten aus Beweisgründen stets schriftlich dokumentiert werden.

Frage: *Wie finde ich einen Vertrauensarzt und instruiere ihn richtig?*
Antwort: Als Vertrauensarzt kann ein beliebiger zugelassener Arzt ausgewählt werden. Verschiedene Ärztegesellschaften bieten im Internet zugängliche Listen mit spezialisierten Vertrauensärzten an. Im Zusammenhang mit arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeitsfällen ist es oftmals ratsam, einen auf psychische Leiden spezialisierten Vertrauensarzt beizuziehen, da ein derartiges vertrauensärztliches Zeugnis unter Umständen vor Gericht grössere Glaubhaftigkeit geniesst als ein solches von einem Allgemeinmediziner. Es empfiehlt sich, die Vertrauensärztin anzuweisen, das Hauptaugenmerk auf eine mögliche Arbeitsplatzbezogenheit der Krankheit zu richten und



allfällige Befunde in dieser Richtung klar im Arztzeugnis auszuweisen. Die im Arztzeugnis verwendeten Formulierungen können in einem allfälligen Gerichtsverfahren von enormer Bedeutung sein, weswegen die Vertrauensärztin anzuweisen ist, diese mit grosser Sorgfalt vorzunehmen und die Wortwahl genau abzuwägen. Eine ideale Formulierung des Befunds einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit könnte folgendermassen lauten: *«100% arbeitsunfähig am derzeitigen Arbeitsplatz, allerdings voll einsetzbar in einer vergleichbaren Position in einem anderen Umfeld.»*

Frage: *Was muss ein Arztzeugnis beinhalten?*
Antwort: Ein einfaches Arztzeugnis enthält in der Regel keine Angaben dazu, ob die Arbeitsunfähigkeit genereller Natur oder ausschliesslich arbeitsplatzbezogen ist. Daher ist es empfehlenswert, im Rahmen einer vertrauensärztlichen Untersuchung ein detaillierteres ärztliches Zeugnis einzuholen. In diesem sollte beschrieben werden, welche Tätigkeiten der Arbeitnehmer konkret nicht ausführen kann, welche Tätigkeiten noch ohne Weiteres möglich sind und ob dem Arztzeugnis objektivierbare Befunde oder subjektive Angaben des Patienten zugrunde liegen.

Frage: *Darf ein Arbeitnehmer die vertrauensärztliche Untersuchung verweigern?*
Antwort: Der Arbeitnehmer hat der Weisung einer vertrauensärztlichen Untersuchung aufgrund seiner Treuepflicht grundsätzlich Folge zu leisten. Verweigert sich der Arbeitnehmer einer vertrauensärztlichen Untersuchung trotz entsprechender Aufforderung, kann dies ein Indiz für die Entkräftung des die Arbeitsunfähigkeit bescheinigenden ersten Arztzeugnisses bilden.

Frage: *Kann sich ein Arbeitnehmer bei einer vertrauensrechtlichen Untersuchung auf die ärztliche Schweigepflicht berufen?*
Antwort: Auch ein Vertrauensarzt ist an die ärztliche Schweigepflicht gebunden und darf ohne Einwilligung des Arbeitnehmers keine weitergehenden Informationen zum Gesundheitszustand weitergeben. Da die Unterscheidung zwischen allgemeiner und arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit einschneidende Rechtsfolgen für die Arbeitgeberin mit sich bringen kann, verfügt diese über ein berechtigtes und gewichtiges Interesse, zu wissen, welche Art der Arbeitsunfähigkeit im konkreten Fall vorliegt. Die Vertrauensärztin kann den Befund der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit im Arztzeugnis derart formulieren, dass die Arbeitgeberin keine tieferschürfenden und eventuell persönlichkeitsverletzenden Einblicke in das Krankheitsbild des Arbeitnehmers erhält. Verweigert der Arbeitnehmer die Entbindung von der vertrauensärztlichen Schweigepflicht, kann dies eine Verletzung der Treuepflicht und damit oftmals eine Vertragsverletzung darstellen. Eine solche Verweigerung könnte von einem Gericht zum Nachteil des Arbeitnehmers ausgelegt werden.

Frage: *Wie gehen Krankentaggeldversicherungen mit der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit um?*
Antwort: Besteht eine Krankentaggeldversicherung, so versichert diese das Lohnfortzahlungsrisiko der Arbeitgeberin typischerweise auch bei Vorliegen einer rein arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit. Allerdings besteht eine Schadensminderungspflicht des Versicherten: Die Krankentaggeldversicherer setzen daher häufig eine Frist, in welcher ein Stellen- oder Aufgabenwechsel des betroffenen Arbeitnehmers erwartet wird. Nach Ablauf dieser normalerweise drei- bis fünfmonatigen Frist darf eine Krankentaggeldversicherung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ihre Zahlungen einstellen. Ob die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Ablauf dieser Frist wiederauflebt, wurde von der Rechtsprechung noch nicht abschliessend geklärt. Allerdings scheint die kantonale Rechtsprechung das Wiederaufleben der Lohnzahlungspflicht eher zu verneinen.