

ARBEITSPLATZBEZOGENE ARBEITSUNFÄHIGKEIT – DER «GESUNDE» ARBEITSUNFÄHIGE

Das Phänomen der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit hat in den letzten Jahren vermehrt Anlass zu Diskussionen und (gerichtlichen) Auseinandersetzungen gegeben. Ein Arbeitnehmer wird dabei krankgeschrieben, obschon er ausserhalb seines Arbeitsplatzes gesund ist. Die konkreten Auswirkungen dieses Phänomens werden nachfolgend dargestellt. Arbeitgeber sollten dabei «Dos and Don'ts» aus rechtlicher Sicht beachten, um allfällige Konflikte zu vermeiden oder deren Auswirkungen zu mindern.

■ Von RA Joy Malka, Anwältin, Blesi & Papa

Einführung

In den letzten Jahren war ein Trend spürbar, gemäss welchem ein Arbeitnehmer¹ seinem Arbeitgeber vor einer befürchteten oder nach einer ausgesprochenen Kündigung ein Arztzeugnis eines Psychiaters einreicht, welches ihm eine Arbeitsunfähigkeit attestiert. Kurz zuvor wirkte dieser Arbeitnehmer indes gesund und wies keine Anzeichen von psychischen Beschwerden auf. Ein solches Vorgehen löst bei Arbeitgebern Misstrauen aus, müssen diese bei einer Arbeitsunfähigkeit somit nicht nur den Ausfall der Arbeitskraft hinnehmen, sondern unter Umständen eine längere Lohnfortzahlung finanzieren und mit einer Kündigungssperrfrist rechnen. Aufgrund dieser potenziellen arbeitsrechtlichen Konsequenzen erstaunt es nicht, dass gewisse Arztzeugnisse in der Praxis angezweifelt werden und dabei die Frage aufkommt, ob die Krankheit, sofern diese denn vorliegt, arbeitsplatzbezogen ist.

Um sich mit den rechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit auseinandersetzen zu können, muss das Phänomen begrifflich erfasst

werden. Folgendes Begriffsverständnis hat sich in der Praxis etabliert:

WICHTIGER HINWEIS

Bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit ist der Arbeitnehmer lediglich in Bezug auf seine konkrete Arbeitsstelle arbeitsunfähig. Ansonsten (und insbesondere auch hinsichtlich einer Arbeitsstelle bei einem neuem Arbeitgeber) ist er jedoch arbeitsfähig und auch in seiner privaten Lebensgestaltung (z.B. Freizeit oder Hobbys) nicht oder kaum eingeschränkt.

Eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit tritt in der Praxis häufig im Zusammenhang mit psychischen Belastungen am Arbeitsplatz auf, beispielsweise als Folge von Mobbing oder Stress. Ein Arbeitnehmer, der sich von seinem Vorgesetzten beispielsweise ausgegrenzt fühlt und in der Folge eine depressive Verstimmung erleidet, ist allenfalls nicht in der Lage, seine Arbeitstätigkeit an seinem bisherigen Arbeitsplatz auszuführen. Es ist jedoch denkbar, diesen krankgeschriebenen Arbeitnehmer trotz Arztzeugnis im Fitness anzutreffen.²

Nach herrschender Auffassung muss es für den Arbeitnehmer unter den ge-

gebenen Umständen (nur) unmöglich oder unzumutbar sein, die vertragliche Arbeitstätigkeit auszuführen. Ein Beispiel aus der Praxis: Ein Lebensmittelverkäufer erkrankte an einer Depression, weshalb er an seinem bisherigen Arbeitsort nicht mehr einsatzfähig war. Dieses Krankheitsbild wurde mittels ärztlichem Zeugnis attestiert. In diesem Arztzeugnis wurde zudem darauf hingewiesen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitstätigkeit jedoch in einer anderen Filiale des Unternehmens ausüben könne. Die Arbeitgeberin ging auf diesen Wunsch allerdings nicht ein und entliess den Arbeitnehmer nach Ablauf der krankheitsbedingten Sperrfrist. Das Bundesgericht beurteilte diese Kündigung als missbräuchlich, weil dem erkrankten Angestellten keine Ersatzstelle in einer anderen Filiale angeboten worden sei (was offenbar möglich gewesen wäre).³

Der vorliegende Beitrag widmet sich den in der Praxis wichtigsten rechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit.

Sind der Lohn und die Arbeit weiterhin geschuldet?

Ist ein Arbeitnehmer infolge Krankheit unverschuldet an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber

1 Der Einfachheit halber wird im Text die männliche Form und insbesondere die männliche Formulierung des «Arbeitnehmers» verwendet. Die Autorin bezieht sich dabei auf männliche und weibliche Mitarbeitende.

2 Vgl. Artikel des Tages Anzeigers vom 3. Mai 2010 mit dem Titel «Wenn kranke Angestellte ins Fitness gehen».

3 BGer 4A_2/2014 vom 19. Februar 2014, Erw. 3.2.

für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate dauerte oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde (Art. 324a OR). An der Arbeit verhindert ist dabei gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung, wer seine vertragliche Arbeitstätigkeit aus persönlichen Gründen nicht ausüben kann.⁴ Der Begriff der Arbeitsverhinderung ist dementsprechend funktionsbezogen auszulegen, und die Verhinderung muss jeweils der konkreten Arbeitspflicht gegenübergestellt werden. Unerheblich für die Lohnfortzahlungspflicht ist dabei, dass ein betroffener Arbeitnehmer in seiner privaten Lebensgestaltung nicht oder nur kaum eingeschränkt ist.⁵

WICHTIGER HINWEIS



Bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit hat der Arbeitnehmer Anspruch auf (beschränkte) Lohnfortzahlung.

Wie bei der «regulären» Arbeitsunfähigkeit ist dabei zu beachten, dass die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers entfällt, sofern der Arbeitnehmer die Arbeitsverhinderung verschuldet hat. Ein solches Verschulden liegt gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung jedoch erst bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz vor.⁶

In der Schweiz ist es üblich, dass ein Arbeitgeber eine kollektive Krankentaggeldversicherung abschliesst, welche im Krankheitsfall nach einer gewissen Karenzfrist Taggeldleistungen zugunsten des Arbeitnehmers ausrichtet. Taggeldversicherungen sind somit vorbehaltlich eines gültigen Leistungsausschlusses verpflichtet, auch bei ei-

ner arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit Taggelder auszurichten.

In der Praxis wird oft nicht beachtet, dass den kranken Arbeitnehmer eine Schadenminderungspflicht trifft. Er muss alle für ihn zumutbaren Massnahmen treffen, um den durch seine Arbeitsunfähigkeit entstehenden Schaden möglichst gering zu halten. Aus diesem Grund tendieren Krankentaggeldversicherungen dazu, dem betroffenen Arbeitnehmer im Falle einer länger andauernden arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit eine Frist für die Suche nach einer neuen Arbeitsstelle anzusetzen. Nach Ablauf dieser Frist, welche gemäss Bundesgericht zwischen drei und fünf Monaten liegen sollte, darf die Versicherung ihre Leistungen einstellen. Ist dies der Fall, stellt sich sodann die Frage, ob die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers wiederauflebt. Diese Frage ist umstritten, das Bundesgericht tendiert jedoch richtigerweise dazu, eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers unter diesen Umständen zu verneinen.

Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Übernahme neuer Aufgaben bzw. zur Versetzung an einen neuen Arbeitsplatz?

In der Praxis stellt sich für den Arbeitgeber die Frage, ob er den an seiner Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmer an einen anderen Arbeitsplatz versetzen und/oder ihm andere Arbeiten zuweisen kann. Ein solches Vorgehen hat für den Arbeitgeber den offensichtlichen Vorteil, im Gegenzug zur Lohnzahlung eine Arbeitsleistung zu erhalten.

Sofern der Arbeitsvertrag die Zuweisung anderer Aufgaben und/oder die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes explizit vorsieht, so ist der Arbeitgeber berechtigt, dem Arbeitnehmer entsprechende Weisungen zu erteilen, sofern dies für den Arbeitnehmer zumutbar ist. Aber auch wenn eine vertragliche Grundlage fehlt, verlangt die Treuepflicht nach Art. 321a OR vom Arbeitnehmer, seine Arbeit vorübergehend an einem anderen Arbeitsplatz



zu leisten oder andere Tätigkeiten zu übernehmen. Allerdings müssen die neu zugewiesenen Arbeiten bzw. der neue Arbeitsplatz zumutbar und nur vorübergehend sein. Zudem darf das Privatleben des Arbeitnehmers nicht zu stark beeinträchtigt und allfällige Mehrkosten müssen vom Arbeitgeber übernommen werden. Schliesslich darf die Massnahme den Genesungsprozess nicht gefährden.⁷

WICHTIGER HINWEIS



Bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit darf der Arbeitgeber innerhalb gewisser Schranken dem Arbeitnehmer eine andere Arbeit und/oder einen anderen Arbeitsplatz zuweisen.

4 Sreiff, Ullin/von Kanael, Adrian/Rudolph, Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 324a/b OR, N 6.

5 Rudolph, Roger/von Kaenel, Adrian, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine rechtliche Auslegung zu einem um sich greifenden Phänomen, in: SJZ 106/2010, S. 361.

6 Sreiff, Ullin/von Kanael, Adrian/Rudolph, Roger, op. cit., Art. 324a/b OR, N 29.

7 Sreiff, Ullin/von Kanael, Adrian/Rudolph, Roger, op. cit., Art. 321d OR, N 3.



gewesen sei. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Arbeitsunfähigkeit den Arbeitnehmer nicht daran hinderte, Ferien zu beziehen.¹⁰

RECHTSTIPP



Bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit kann vom Arbeitnehmer verlangt werden, dass dieser seine Ferien während der Arbeitsverhinderungsdauer bezieht.

Zu beachten ist dabei jedoch, dass die Ferienanordnung mit einer angemessenen Vorlaufzeit zu erfolgen hat, die dem Arbeitnehmer eine sinnvolle Ferienplanung erlaubt. Während der Bezug von längeren, zusammenhängenden Ferien mehrere Wochen oder gar Monate im Voraus angeordnet werden muss, kann die Anordnung von tageweisen Ferien kurzfristiger erfolgen.

Gültige Kündigung bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit?

Wird ein Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden wegen Krankheit arbeitsunfähig, so darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis von Gesetzes wegen nach Ablauf der Probezeit während einer gewissen Sperrfrist (abhängig vom Dienstjahr) nicht kündigen. Falls der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis bereits vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit gekündigt hat, so steht die Kündigungsfrist während dieser Sperrfristen still (Art. 336c OR). Zweck dieser Regelung liegt darin, einen Arbeitnehmer in Zeiten zu schützen, in welchen seine Chancen gering sind, eine neue Stelle zu finden.¹¹

Bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit stellt sich die Frage, ob diese Arbeitsverhinderung eine Sperrfrist auslöst. Diese Frage wird in Lehre und Rechtsprechung rege diskutiert und überwiegend verneint. Begründet wird die ablehnende Haltung

Ferienunfähigkeit bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit?

Gemäss Art. 329a OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer jedes Dienstjahr mindestens vier, bis zum vollendeten 20. Altersjahr wenigstens fünf Wochen Ferien zu gewähren. Sinn und Zweck dieser Bestimmung liegen dabei in der geistigen und körperlichen Erholung des Arbeitnehmers. Dementsprechend muss der Arbeitgeber in jedem Krankheitsfall prüfen, ob der Gesundheitszustand des betroffenen Arbeitnehmers einer Erholung entgegensteht.⁸ Sofern diese Frage mit Ja beantwortet wird, so kann vom Arbeitnehmer nicht verlangt werden, dass dieser seine Ferien während der Verhinderungsdauer bezieht. Dies ist ty-

pischerweise bei einem bettlägerigen Arbeitnehmer oder bei einem Spitalaufenthalt eines Arbeitnehmers der Fall.⁹

Im Zusammenhang mit einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit hat das Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt im Jahr 2001 die Klage eines Arbeitnehmers auf Auszahlung der bei Ende des Arbeitsvertrags nicht bezogenen Ferientage abgelehnt. Der Arbeitnehmer war aufgrund von angeblichen Mobbing-Attacken seitens seines Arbeitgebers an seinem Arbeitsplatz krankgeschrieben. Das Gericht führte in seinem Entscheid an, dass die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers lediglich bei der Präsenz des Arbeitgebers am Arbeitsplatz beeinträchtigt

8 BGer 4A_117/2007 vom 13. September 2007, Erw. 6.3.

9 Rudolph, Roger, Fokus Arbeitsrecht: Zankapfel «Ferien», in: TRES 2013, S. 166 ff.

10 Basler juristische Mitteilungen 2003, S. 318, Entscheid des gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 3. Mai 2001.

11 BGE 128 III 212, Erw. 3.a.

damit, dass die Anstellungschancen bei einem neuen Arbeitgeber nicht beeinträchtigt seien, sofern ein Arbeitnehmer lediglich in Bezug auf seine bisherige Stelle arbeitsunfähig sei.¹² Es gebe daher auch keinen Grund, einen Arbeitnehmer vor einer Kündigung zu schützen bzw. den Lauf der Kündigungsfrist zu unterbrechen.

WICHTIGER HINWEIS



Eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit ist wirksam, bzw. eine bereits laufende Kündigungsfrist wird nicht unterbrochen.

Zieht ein Arbeitgeber die Kündigung eines Arbeitnehmers in Betracht, welcher aufgrund einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit an der Arbeit verhindert ist, so sollte insbesondere Folgendes beachtet werden:

Obschon dem Arbeitnehmer der Beweis für die Arbeitsverhinderung durch Krankheit obliegt, ist es dem Arbeitgeber zu empfehlen, entsprechende Hinweise auf eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit zu sammeln. So könnte nachgewiesen werden, dass die Kündigung trotz Arbeitsunfähigkeit gültig ist. Sinnvollerweise besorgt sich der Arbeitgeber (z.B. durch eine vertrauensärztliche Untersuchung) ein Arztzeugnis, welches eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit attestiert. Zudem ist es unter Umständen ratsam, nach Ablauf der (hypothetischen) Sperrfrist eine weitere, vorsorgliche Kündigung auszusprechen für den Fall, dass die erste Kündigung als nichtig qualifiziert werden sollte.

Zudem ist zu beachten, dass den Arbeitgeber von Gesetzes wegen eine Fürsorgepflicht gegenüber seinen Arbeitnehmern trifft (Art. 328 OR). Der Arbeitgeber ist demnach verpflichtet, einen Arbeitnehmer vor Übergriffen anderer Arbeitnehmer zu schützen. Kündigt ein Arbeitgeber das Arbeitsver-

hältnis eines Arbeitnehmers, welcher infolge eines Konflikts am Arbeitsplatz arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähig ist, könnte der gekündigte Arbeitnehmer den Vorwurf erheben, dass der Arbeitgeber seiner Fürsorgepflicht nicht nachgekommen ist, da er den Konflikt nicht verhindert bzw. unterbunden hat. In einem solchen Fall könnte die Kündigung als missbräuchlich (Art. 336 OR) gewertet werden. Soll eine Kündigung im Kontext eines Arbeitsplatzkonflikts ausgesprochen werden, sollte der Arbeitgeber das Vorgehen mit Bedacht wählen und alternative Massnahmen prüfen.

Anregungen für den Arbeitsalltag

Wie soll ein Arbeitgeber bei einer Krankmeldung eines Arbeitnehmers mit Anzeichen auf eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit konkret vorgehen?

Es empfiehlt sich, bei Hinweisen auf eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit mit der Krankentaggeldversicherung Kontakt aufzunehmen und mit ihr das weitere Vorgehen zu besprechen. Im Rahmen eines solchen Gesprächs sollte die Durchführung einer vertrauensärztlichen Untersuchung des Arbeitnehmers durch die Krankentaggeldversicherung erörtert werden. Da solche Abklärungen eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen, sollte diese Kontaktaufnahme frühzeitig erfolgen. Es sollte dabei sichergestellt werden, dass der Vertrauensarzt vorgängig über die wesentlichen Umstände der behaupteten Arbeitsunfähigkeit informiert und ihm ein Fragenkatalog mit den folgenden Fragen zugestellt wird:

- Ist der Arbeitnehmer (voll oder teilweise) arbeitsunfähig?
- Wann wird der Arbeitnehmer voraussichtlich in der Lage sein, seine Arbeit am angestammten Arbeitsplatz ganz oder teilweise wieder aufzunehmen?
- Ist die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers arbeitsplatzbezogen, d.h., ist er lediglich in Bezug auf seine konkrete Arbeitsstelle arbeitsunfähig?

- Ist die Beschäftigung des Arbeitnehmers an einem anderem Arbeitsplatz für eine vorübergehende Zeit zumutbar?
- Ist der Arbeitnehmer in der Lage, Ferien zu beziehen?

Abhängig vom Ergebnis der vertrauensärztlichen Untersuchung kann der Arbeitgeber das weitere Vorgehen festlegen.

Sofern die vertrauensärztliche Untersuchung ergibt, dass der Arbeitnehmer arbeitsfähig ist, kann dieser unverzüglich zur Arbeit aufgefordert werden. Falls der Arbeitnehmer dieser Aufforderung nicht nachkommt, so können die Lohnzahlungen für die Abwesenheit eingestellt werden. Die Einstellung der Lohnzahlung sollte mit der Aufforderung zur Arbeitsleistung angedroht werden.

Sollte der Vertrauensarzt eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit diagnostizieren, darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer (sofern möglich und sinnvoll) an einen anderen Arbeitsplatz versetzen und/oder ihm andere Arbeiten zuweisen. Im Verweigerungsfall könnten die Lohnzahlungen ebenfalls eingestellt werden. Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, kann der Arbeitgeber den Ferienbezug während der Dauer der Arbeitsverhinderung infolge arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit anordnen.

Schliesslich ist es dem Arbeitgeber unbenommen, dem Arbeitnehmer bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit zu kündigen. Für den Fall, dass diese Kündigung durch ein Gericht als nichtig qualifiziert werden sollte, empfiehlt sich eine weitere, vorsorgliche Kündigung nach Genesung des Arbeitnehmers oder nach Ablauf der (hypothetischen) Sperrfrist.

AUTORIN



Joy Malka, ist Rechtsanwältin in der Kanzlei Blesi & Papa in Zürich. Sie berät und vertritt sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer in den Bereichen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts.

¹² BGE 128 III 212, Erw. 2.c.