

# NEWSLETTER

JANUAR 2017

Autoren: Sonja Stark-Traber und Jennifer Ehrensperger



## Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Herausforderung für den Arbeitgeber

Die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ist kein neues Phänomen; sie stellt aber dennoch oftmals eine Herausforderung für den Arbeitgeber dar. Arbeitgeber ist zu raten, eine gewisse Sensibilität für das Thema zu entwickeln, um so Fällen von arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit ihrer Arbeitnehmer vorzubeugen. Im Umgang mit entsprechenden Fällen gilt es aus rechtlicher Sicht einige Punkte zu beachten.

### I. EINFÜHRUNG

Der Begriff „arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit“ bedeutet, dass der Arbeitnehmer krankheitsbedingt nur in Bezug auf seine konkrete Arbeitsstelle an der Arbeit verhindert ist. Im Übrigen bleibt er normal einsatzfähig und ist auch in seiner privaten Lebensführung nicht wesentlich eingeschränkt. Oftmals treten solche Konstellationen im Zusammenhang mit psychischen Belastungen am Arbeitsplatz auf (u.a. in Folge von Mobbing, Konfliktsituationen, Stress).

Dem Arbeitgeber stellen sich in solchen Fällen regelmäßig insbesondere die folgenden zwei Fragen:

- Ist dem Arbeitnehmer während der Krankheit Lohn zu entrichten?
- Wann darf dem Arbeitnehmer gekündigt werden?

Nachfolgend werden diese zwei Fragen – mit Hinweis auf einige rechtliche Probleme – beantwortet und Empfehlungen für den Umgang mit arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit von Arbeitnehmern gegeben.

### II. LOHNFORTZAHLUNG

#### 1. DIE RECHTLICHE SITUATION

Im Falle unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit und sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen worden ist, hat der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber während einer bestimmten Zeit (gemäss verschiedenen Skalen je nach Kanton) Anspruch auf Weiterbezahlung von 100% des Lohnes (Art. 324a Abs. 1 und 2 OR). Häufig hat der Arbeitgeber eine kollektive Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, deren Leistungen an die Stelle dieser Lohnfortzahlungspflicht treten, und welche dem Arbeitnehmer nach einer bestimmten Wartefrist üblicherweise für eine beschränkte Zeit Leistungen in Höhe von 80% des Lohnes entrichtet.

Obwohl der Arbeitnehmer nur in Bezug auf seine konkrete Stelle nicht einsatzfähig ist, **besteht die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bzw. die Leistungspflicht der Krankentaggeldversicherung prinzipiell auch bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit.** Ausschlaggebend ist einzig, dass der Arbeitnehmer seine vertragliche Arbeitstätigkeit nicht ausüben kann.

Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer gemäss herrschender Lehre indessen im Rahmen seines Weisungsrechts und ohne vertragliche Grundlage vorübergehend andere Arbeiten bzw. einen anderen Arbeitsplatz zuweisen. Der Arbeitnehmer ist aufgrund seiner Treuepflicht verpflichtet, die neu zugewiesenen Arbeiten auszuführen, soweit diese zumutbar sind und den Genesungsprozess nicht gefährden.

## 2. PROBLEMATIK: DIE KRANKENTAGGELDVERSICHERUNG ZAHLT NICHT MEHR

Hat der Arbeitgeber eine Krankentaggeld-Lösung eingeführt, kommt es vor, dass der Krankentaggeldversicherer dem arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähigen Arbeitnehmer nach längerer Arbeitsunfähigkeit eine Frist für die Suche einer anderen Stelle setzt und seine Leistungen nach deren Ablauf einstellt.

Ob in diesem Fall die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers wieder auflebt, ist umstritten. Gemäss neuerer Lehre, welcher auch das Bundesgericht tendenziell zu folgen scheint, ist dies zu verneinen. Mit Blick auf die noch nicht ganz geklärte Rechtslage läuft der Arbeitgeber, welcher nach Einstellung der Versicherungsleistungen die weitere Lohnfortzahlung verweigert, allenfalls das Risiko, gerichtlich zur Zahlung verpflichtet zu werden.

## III. KÜNDIGUNGSSCHUTZ

### 1. DIE RECHTLICHE SITUATION

Wird ein Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden wegen Krankheit arbeitsunfähig, so darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach der Probezeit während gewisser Sperrfristen (je nach Dienstjahr) nicht kündigen bzw. steht die Kündigungsfrist während dieser Sperrfristen still, falls der Arbeitgeber bereits vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit gekündigt hat. Zweck dieser Regelung ist es, den Arbeitnehmer vor einem Stellenverlust zu schützen, da dieser aufgrund seiner Krankheit geringe Chancen hat, während der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden.

Gemäss älterer Rechtsprechung wurden die Sperrfristen auch im Falle der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit angewendet, wohingegen neu einige (kantonale) Gerichtsentscheide und auch die wohl überwiegende Lehre die Anwendbarkeit der Sperrfristen im Falle der typischen arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit verneinen. Begründet wird

dies damit, dass ein Arbeitnehmer, der lediglich in Bezug auf seine konkrete Stelle nicht einsatzfähig ist, weder geringere Chancen auf eine neue Stelle hat, noch hinsichtlich der Stellensuche eingeschränkt ist. Dies bedeutet, dass der **Arbeitgeber einem Arbeitnehmer trotz arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit rechtsgültig kündigen kann bzw. dass eine bereits laufende Kündigungsfrist nicht unterbrochen wird, wenn der Arbeitnehmer nach der Kündigung arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähig wird.**

Mit Blick auf die bisher noch ausstehende höchstgerichtliche Bestätigung dieser kantonalen Rechtsprechung und aufgrund der nachfolgend genannten möglichen Probleme, ist Arbeitgebern zu empfehlen, im Einzelfall jeweils sorgfältig zu prüfen, ob bzw. wann einem arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähigen Arbeitnehmer tatsächlich gekündigt werden kann, bzw. ob dem Arbeitnehmer stattdessen nicht allenfalls andere Arbeiten zugewiesen werden können.

## 2. PROBLEMATIK: BEWEISRISIKO UND FÜRSORGEPLICHT DES ARBEITGEBERS

Kündigt der Arbeitgeber dem arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähigen Arbeitnehmer, so hat er im Streitfall zu beweisen, dass die Krankheit des Arbeitnehmers tatsächlich rein arbeitsplatzbezogen ist bzw. war. Misslingt dieser Beweis, ist die Kündigung nichtig. Wichtig ist somit, dass der Arbeitgeber über eine entsprechende ärztliche Bestätigung verfügt. Im Zweifelsfall empfiehlt es sich, die Kündigung eventualiter, d.h. für den Fall, dass sie als nichtig erachtet werden sollte, auch noch unter Berücksichtigung der Sperrfrist auszusprechen.

Des Weiteren ist zu betonen, dass den Arbeitgeber eine gesetzliche Fürsorgepflicht trifft, wonach er selber persönlichkeitsverletzende Eingriffe zu unterlassen hat und den Arbeitnehmer auch vor Übergriffen Dritter (insb. Vorgesetzter und Mitarbeiter) schützen muss. Der Arbeitgeber hat somit alles zu unternehmen, um Konflikte zu lösen und Mobbing zu unterbinden. Hat der Arbeitgeber vor dem Aussprechen der Kündigung nicht alle diesbezüglich zumutbaren Massnahmen ergriffen, besteht die Gefahr, dass die Kündigung als missbräuchlich qualifiziert wird.

## IV. EMPFEHLUNG

Grundsätzlich empfiehlt es sich mit Blick auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, eine Sensibilität

für das Thema Stress und Konflikte (inkl. Mobbing) am Arbeitsplatz zu entwickeln bzw. Strukturen zu schaffen, um solchen Situationen vorzubeugen. Sobald Konflikte offenbar werden, ist es Aufgabe des Arbeitgebers, geeignete Massnahmen zu ergreifen, um diese zu klären, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, welche Massnahmen zu treffen sind.

Ist die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers trotz solcher Massnahmen eingetreten, empfiehlt es sich in jedem Fall, vor einer Kündigung zu prüfen, ob der betreffende Arbeitnehmer nicht allenfalls an einem anderen Arbeitsplatz bzw. in einem anderen Team im Unternehmen eingesetzt werden kann, für welchen bzw. für welches seine Arbeitsunfähigkeit nicht besteht.

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:



**Sonja Stark-Traber, LL.M.**

Senior Associate

[sonja.stark@suterhowald.ch](mailto:sonja.stark@suterhowald.ch)



**Jennifer Ehrensperger**

Associate

[jennifer.ehrensperger@suterhowald.ch](mailto:jennifer.ehrensperger@suterhowald.ch)

**Suter Howald Rechtsanwälte – Attorneys at Law**

Stampfenbachstrasse 52

Postfach

CH-8021 Zürich

Tel. + 41 44 630 48 11

Fax + 41 44 630 48 15

[www.suterhowald.ch](http://www.suterhowald.ch)