

Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen

Dr. iur. Roger Rudolph und Dr. iur. Adrian von Kaenel, Rechtsanwälte (Wetzikon)¹

I. Einleitung

In den letzten Jahren hat das Phänomen der sogenannten arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit spürbar zugenommen². Typisch für diese Fälle ist, dass der Arbeitnehmer nur in Bezug auf seine konkrete Stelle an der Arbeit verhindert, im Übrigen aber ganz normal einsatzfähig und auch in seiner privaten Lebensgestaltung (Freizeit, Hobbys, Mobilität) kaum eingeschränkt ist. Solche Konstellationen treten in der Praxis fast immer im Umfeld von psychischen Belastungen am Arbeitsplatz auf, beispielsweise bei Konflikt- oder Mobbing-situationen oder – in einem weiten Sinn verstanden – bei «Stress» am Arbeitsplatz.

Recht häufig geht mit einer solchen arbeitsplatzbezogenen Krankmeldung eines Arbeitnehmers eine kurz bevorstehende oder bereits ausgesprochene Arbeitgeberkündigung ein-

her. Die Fälle sind gar nicht so selten, dass ein bis anhin absolut gesund wirkender Arbeitnehmer unmittelbar nach Erhalt einer Kündigung ein ärztliches Zeugnis präsentiert, das ihm eine Arbeitsunfähigkeit attestiert. Gerade in diesen Fällen misstrauen Arbeitgeber und ihre Taggeldversicherer den beigebrachten ärztlichen Zeugnissen, welche in einer Anfangsphase meist vom Hausarzt und danach von einem psychiatrisch geschulten Spezialisten stammen und häufig nur in sehr pauschaler Form eine Arbeitsunfähigkeit bis auf weiteres bescheinigen. Hinter diesem Argwohn stecken durchaus handfeste Interessen: Liegt eine Arbeitsunfähigkeit vor, hat der Arbeitgeber nicht nur den Ausfall der Arbeitskraft hinzunehmen, sondern er muss je nach konkreter vertraglicher Konstellation und Dienstalter des Arbeitnehmers mit mehrmonatigen Lohnfortzahlungsfolgen³ und einer bis zu sechsmonatigen Kündigungssperrfrist⁴ rechnen. Es überrascht daher nicht, dass viele Arbeitgeber nicht gewillt sind, solche Krankmeldungen einfach hinzunehmen. Damit rücken verschiedene arbeitsrechtliche Spannungsfelder in den Vordergrund. Auf die für die Praxis wichtigsten soll im Folgenden näher eingetreten werden. Dabei wird von der Hypothese ausgegangen, dass der Tatbestand einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit tatsächlich erfüllt und nachgewiesen ist⁵. Auf

Können Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden infolge eines Unfalls oder einer Krankheit nicht arbeiten, ist der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung verpflichtet. Die Autoren untersuchen, wie es mit der Lohnfortzahlungspflicht, dem Sperrfristenschutz und dem Krankentaggeld aussieht, wenn sich Arbeitnehmer wegen eines Arbeitsplatzkonflikts, Mobbing oder zunehmendem Leistungsdruck ausserstande fühlen, an ihrer angestammten Stelle zu arbeiten, obwohl sie an einer anderen Stelle – innerhalb oder ausserhalb des Betriebes – ohne Einschränkung einsatzfähig wären. Zi.

L'employeur doit continuer à verser le salaire lorsque les travailleurs ne sont pas en mesure de travailler sans faute suite à un accident ou une maladie. Les auteurs analysent les questions de l'obligation de continuer à verser le salaire, de la protection contre la résiliation en temps inoppor-tun et des indemnités journalières en cas de maladie dans les cas où le travailleur ne se sent pas en mesure de travailler à sa place usuelle à cause d'un conflit sur le lieu de travail, d'un mobbing ou d'une pression croissante, alors qu'il pourrait travailler sans difficulté à une autre place à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise. P.P.

¹ Streiff Pellegrini & von Kaenel.

² Mit der gleichen Beobachtung *Hans-Peter Egli*: Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit, 49 f., in: *Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich* 2008.

³ Vgl. Art. 324a OR.

⁴ Vgl. Art. 336c OR.

⁵ Auf die schwierige, primär medizinische Frage, ob sich eine Belastung am Arbeitsplatz im konkreten Fall tatsächlich zu einem objektivierbaren Beschwerdebild verdichtet hat, das die Bescheinigung einer Arbeitsunfähigkeit rechtfertigt, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

die für die Praxis wichtigen Beweisfragen wird ganz am Schluss eingetret.

II. Für die Praxis wichtige Einzelfragen

A. Zuweisung anderer Arbeiten bzw. eines anderen Arbeitsplatzes

Arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeitstatbeständen liegen sehr häufig persönliche Konflikte am Arbeitsplatz zugrunde. Beispielsweise fühlt sich ein Mitarbeiter derart von seinen Teammitgliedern ausgegrenzt, dass er eine depressive Verstimmung erleidet, die zumindest vorübergehend einen weiteren täglichen Kontakt mit seinem Team aus gesundheitlichen Gründen verbietet. In solchen Konstellationen stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer andere als die vertraglich vereinbarten Arbeiten bzw. einen anderen Arbeitsplatz im Unternehmen zuweisen kann. Sicher wird man dies bejahen müssen, wenn sich der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag eine entsprechende Ermächtigung hat einräumen lassen⁶. Noch kaum diskutiert ist dagegen die Frage, wie es sich ohne eine solche vertragliche Grundlage verhält.

Grundsätzlich gilt, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers in den vertraglichen Abmachungen seine Schranke findet. Wer also als IT-Techniker eingestellt wurde, kann nicht via Weisungsrecht in die Personaladministration versetzt werden. Es ist allerdings anerkannt, dass der Arbeitnehmer bei dringenden betrieblichen Bedürfnissen, namentlich in Notsituationen⁷, ausnahmsweise verpflichtet ist, andere, allenfalls auch unattraktivere als die vertraglichen Arbeiten auszuführen oder sich an einen ande-

ren Arbeitsort transferieren zu lassen⁸. Denkbar ist auch, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Arbeiten zuweist, die er von zu Hause aus erledigen kann. Allerdings haben die neu zugewiesenen Arbeiten bzw. die Versetzung zumutbar zu sein, was von den konkreten Umständen abhängt⁹. Ausserdem darf die Massnahme nur von vorübergehender Dauer sein, das Privatleben des Arbeitnehmers nicht zu stark beeinträchtigen und müssen allfällige Mehrkosten, z.B. ein längerer Arbeitsweg, vom Arbeitgeber ersetzt werden¹⁰.

Diese Grundsätze lassen sich auch auf den Fall der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit übertragen. Dies ist umso mehr gerechtfertigt, als hier – im Unterschied zum dringenden betrieblichen Bedürfnis – die Unmöglichkeit der vertraglichen Arbeitsverrichtung direkt mit der Person des Arbeitnehmers zusammenhängt und dieser insofern Teil der Kausalkette ist, welche zur Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der angestammten Arbeit führt. Im eben abgesteckten Rahmen ist es daher gerechtfertigt, dem Arbeitgeber auch ohne entsprechende vertragliche Grundlage ein entsprechendes Weisungsrecht zuzugestehen¹¹. Umgekehrt gebietet die Treuepflicht dem Arbeitnehmer, das arbeitsplatzbezogene Hindernis für seine Arbeitsleistung zu beseitigen und die Arbeit an einem anderen, zumutbaren Arbeitsplatz anzunehmen¹². Voraussetzung ist aber selbstverständlich, dass die Alternativbeschäftigung dem Genesungsprozess nicht zuwiderläuft.

B. Lohnfortzahlung

Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung einer gesetz-

lichen Pflicht oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, hat er unter den Voraussetzungen von Art. 324a OR Anspruch auf Lohnfortzahlung für eine beschränkte Zeit. Diese «beschränkte Zeit» wird von den Gerichten in den bekannten gerichtlichen Skalen konkretisiert, die mit steigendem Dienstalter einen zunehmenden jährlichen

⁶ Beispiel: «Der Arbeitgeber ist berechtigt, dem Arbeitnehmer im zumutbaren Rahmen andere Arbeiten und einen anderen Arbeitsort zuzuweisen.»

⁷ Zu denken ist beispielsweise an einen unvorhersehbaren plötzlichen Einbruch eines ganzen Geschäftszweigs oder einen Wesserschaden in einer Filiale, der diese für einige Wochen unbenutzbar macht.

⁸ BK-*Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli*, 2. A. 2010 N 7 zu Art. 321 OR; ZK-*Adrian Staehelin*, 4. A. 2006, N 14 zu Art. 321d OR.

⁹ Hier ist allerdings kein allzu strenger Massstab anzulegen. So wird man beispielsweise administrative Arbeiten in beheizten und hygienisch einwandfreien Räumen in aller Regel als zumutbar taxieren müssen.

¹⁰ Statt vieler: *Ullin Streiff / Adrian, von Kaenel: Arbeitsvertrag*, 6. A. 2006, N 3 zu Art. 321d OR.

¹¹ Im Ergebnis wohl gleicher Meinung *Egli* (Fn. 2) 49 f., wenn er generell fordert, dass ärztliche Zeugnisse diese alternativen Einsatzmöglichkeiten ausweisen müssten.

¹² Gl. M. *Roberta Papa*: Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, in: *ArbR 2009* 92; *Adrian von Kaenel*: Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR, in: von Kaenel (Hrsg.), *Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte*, 2007, 129 f.; im Resultat BGE 128 III 271, 281 f. für den Fall der Freistellung.

Lohnfortzahlungsanspruch vorsehen¹³. Alternativ zu dieser gesetzlichen Lösung kann nach Art. 324a Abs. 4 OR eine mindestens gleichwertige andere Lösung vereinbart werden. Hier sind an erster Stelle die weit verbreiteten kollektiven Krankentaggeldversicherungen zu nennen.

Auch bei einer bloss arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit ist der Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers gestützt auf Art. 324a OR in aller Regel zu bejahen¹⁴. Dass der Arbeitnehmer abseits seines Arbeitsplatzes möglicherweise durchaus munter Freizeitbeschäftigungen nachgehen kann, ändert grundsätzlich nichts daran, dass er im Sinne des Gesetzes aus persönlichen Gründen an der Arbeitsleistung verhindert ist¹⁵. Der Begriff der Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR ist funktionsbezogen auszulegen, d.h. es ist (nur) danach zu fragen, ob der Arbeitnehmer seine vertragliche Arbeitstätigkeit ausüben kann oder nicht¹⁶. Ist dies z.B. wegen eines schwelenden Konflikts am Arbeitsplatz und einer dadurch hervorgerufenen psychischen Belastung mit Krankheitswert nicht der Fall, hat der Arbeitnehmer auch dann Anspruch auf Lohnfortzahlung, wenn sich diese Belastung auf seine übrige Lebensgestaltung nicht oder nur geringfügig limitierend auswirkt.

Der Lohnfortzahlungsanspruch hängt auch nicht davon ab, ob der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit im konkreten Fall ein Krankheitswert im medizinischen oder rechtlichen Sinn zukommt¹⁷. Dies ergibt sich direkt aus dem Gesetzestext von Art. 324a Abs. 1 OR, der die Krankheit nur beispielhaft erwähnt. Andererseits ist Krankheit streng genommen arbeitsrechtlich ohnehin nicht von Belang, da Art. 324a OR seine Rechtsfolgen lediglich an die Arbeitsverhinderung knüpft. Nicht jede Krankheit im medizinischen Sinn muss zu einer Arbeitsverhinderung führen und umgekehrt kann ein körperlicher Zustand, dem kein Krankheitswert zukommt, die Arbeit gleichwohl unzumutbar machen¹⁸. Damit ist auch bereits angesprochen, dass nach

ganz herrschender Auffassung Art. 324a OR nicht nur Fälle der Unmöglichkeit, sondern auch solche der Unzumutbarkeit erfasst¹⁹. Der Arbeitnehmer braucht sich also nicht bis zum vollständigen Zusammenbruch aufzuopfern, bis er seine Arbeit einstellen und Lohnfortzahlung beanspruchen darf.

Allerdings entfällt der Lohnfortzahlungsanspruch dann, wenn der Arbeitnehmer selber seine Arbeitsverhinderung verschuldet hat, denn Art. 324a Abs. 1 OR setzt ausdrücklich ein fehlendes Verschulden des Arbeitnehmers voraus. Literatur und Rechtsprechung sind aber sehr zurückhaltend und bejahen ein solches Verschulden erst bei grober Fahrlässigkeit im Sinne eines offensichtlichen Fehlverhaltens sowie bei Vorsatz²⁰. Es besteht kein Grund, für die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit einen strengeren Massstab anzulegen. Demnach wird der Lohnfortzahlungsanspruch auch in diesen Fällen nur selten an der Verschuldensfrage scheitern. Immerhin ist denkbar, dass z.B. derjenige Mitarbeiter, der hauptverantwortlich einen Arbeitskonflikt provoziert, seines Lohnfortzahlungsanspruchs verlustig geht, wenn er wegen der selber verschuldeten Situation aus gesundheitlichen Gründen plötzlich nicht mehr zur Arbeit erscheinen kann.

C. Sperrfristenschutz

Die für die Praxis vielleicht wichtigste Frage lautet, ob eine bloss arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit den zeitlichen Kündigungsschutz bei Krankheit (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) mit seinen nach Anzahl Dienstjahren abgestuften Sperrfristen auszulösen vermag oder nicht.

Auszugehen ist vom Zweckgedanken von Art. 336c OR. Dieser dient

¹³ Berechnungsformel für die Zürcher Skala nach dem 1. Dienstjahr: Anzahl Wochen Lohnfortzahlung = Anzahl Dienstjahre + 6. Im sechsten Dienstjahr hat der Arbeitnehmer demzufolge einen Lohnfortzahlungsanspruch von 12 Wochen zugut.

¹⁴ Namentlich in Mobbing-situationen kann der Arbeitnehmer unter Umständen, ganz losgelöst vom Tatbestand einer Arbeitsunfähigkeit, in schwereren Fällen berechtigt sein, seine Arbeit einzustellen. Der Arbeitgeber bleibt in diesem Fall gestützt auf Art. 324 OR (Annahmeverzug) lohnzahlungs-pflichtig. Vgl. dazu *Streiff/von Kaenel* (Fn. 10) N 17 zu Art. 328 OR.

¹⁵ Unter Umständen kann von ihm aber die Übernahme einer anderen Arbeit verlangt werden; dazu vorn lit. II. A.

¹⁶ *Streiff/von Kaenel* (Fn. 10) N 6 zu Art. 324a/b OR; *ZK-Staehelin* (Fn. 8) N 3 zu Art. 324a OR, mit Verweis auf BGE 126 III 76 ff.; *Thomas Geiser*: Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, in: *AJP 2003* 323 ff., 324.

¹⁷ Vgl. zu Letzterem z.B. die Legaldefinition in Art. 3 Abs. 1 ATSG.

¹⁸ *Streiff/von Kaenel* (Fn. 10) N 10 zu Art. 324a/b OR.

¹⁹ Statt vieler: *BK-Rehbinder/Stöckli* (Fn. 8) N 3 zu Art. 324a OR; *BSK-Wolfgang, Portmann*, 4. A. 2007, N 1 zu Art. 324a OR.

²⁰ *Jürg Brühwiler*: Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A. 1996, N 7b zu Art. 324a OR; *Thomas Geiser/Roland Müller*: Arbeitsrecht in der Schweiz, 2009, Rz 432 f.; *BSK-Portmann* (Fn. 19) N 4 f. zu Art. 324a OR; *BK-Rehbinder/Stöckli* (Fn. 8) N 16 zu Art. 324a OR; *ZK-Staehelin* (Fn. 8) N 24 zu Art. 324a OR; *Rémy Wyler*, *Droit du travail*, 2. A., 2008, 222 ff. mit differenzierten Lösungsvorschlägen. Umstritten ist, ob bei grober Fahrlässigkeit nur eine Kürzung der Lohnfortzahlung oder ein vollständiger Wegfall Platz greift.

dem Schutz des Arbeitnehmers vor Verlust des Arbeitsplatzes in Zeiten, in welchen seine Chancen gering sind, während der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden²¹. Wenn eine gesundheitliche Störung diesen Effekt nicht hat, soll daher auch die Sperrfrist nicht spielen²². Diese den Sperrfristenschutz ausschliessende Konstellation trifft jedenfalls auf die typischen Fälle arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit zu: Der Arbeitnehmer ist wohl an der konkreten Arbeitsverrichtung verhindert, im Übrigen aber ist er ganz normal einsatzfähig und auch in seiner privaten Lebensgestaltung nicht oder nur unbedeutend eingeschränkt. Demzufolge kann nicht mehr von einer rechtlich relevanten Beeinträchtigung der Anstellungschancen bei einem neuen Arbeitgeber gesprochen werden. Damit muss der Kündigungsschutz von Art. 336c OR entfallen. In diesem Sinn haben verschiedene Gerichte und Behörden neuere Fälle arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit entschieden²³.

D. Die Praxis der Krankentaggeldversicherungen

Die Mehrzahl der Arbeitnehmenden kommt bei Krankheit heute in den Genuss einer Krankentaggeldversicherung (KTGV), welche die gesetzliche Leistungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR in der Regel ersetzt. Das Phänomen der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit betrifft deshalb auch die Krankentaggeldversicherer. Da die Leistungspflicht des Arbeitgebers nach einem Teil der Lehre²⁴ nicht wieder auflebt, wenn der Versicherer seine Zahlungen einstellt, ist deren Praxis auch für die Arbeitnehmenden von grosser Wichtigkeit.

Die Schadenminderungspflicht ist nicht nur ein allgemeiner Grundsatz

des Haftpflicht- und Sozialversicherungsrechts²⁵, sondern ist auch im Privatversicherungsrecht in Art. 61 VVG gesetzlich verankert²⁶. Sie findet damit sowohl auf KTGv nach KVG wie nach VVG Anwendung.

Zahlreiche Versicherer setzen die Schadenminderungspflicht der Versicherten dergestalt um, dass sie nach längerer Arbeitsunfähigkeit eine Frist ansetzen, innert der ein Aufgaben- oder Stellenwechsel erwartet wird und nach deren Ablauf die Leistungen eingestellt werden. Dagegen ist aus versicherungsrechtlicher Sicht auch dann nichts einzuwenden, wenn dafür keine oder wie oft nur eine teilweise Grundlage in den AVB vorhanden ist. Das Bundesgericht hat ein solches Vorgehen mit Fristansetzung abgesegnet²⁷. Die an der Zumutbarkeit orientierte Rechtsprechung findet bei der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit umso mehr ihre Berechtigung, als es hier nicht um einen Berufs-, sondern nur um einen Arbeitsplatzwechsel geht. Insofern dürften auch die in den erwähnten Bundesgerichtsurteilen als genügend eingestuftes Ankündigungsfristen von 3–5 Monaten jedenfalls ausreichend sein. Eine andere Frage ist, ob eine unterlassene Stellensuche in jedem Fall die Streichung der Taggelder nach sich zieht, muss doch der Versicherer angesichts von Art. 61 Abs. 2 VVG faktisch den Nachweis erbringen, dass die versicherte Person eine Stelle gefunden hätte.

²¹ Frank Vischer: Der Arbeitsvertrag, 3. A. 2005, 248; BGE 128 III 212; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil PB.2005.00034 vom 21. Dezember 2005, Erw. 4.3 (abrufbar auf www.vgrzh.ch).

²² BGE 128 III 212, Erw. 2.c; BBl 1984 II 605; Obergericht des Kantons Luzern, in: JAR 2009 562; Manfred Reh binder, Berner Kommentar, 1992, N 3 zu Art. 336c OR; BSK-Portmann (Fn. 19) N 6 zu Art. 336c OR; Streiff/von Kaenel (Fn. 10) N 8 zu Art. 336c OR, mit Verweis auf Aubert; a.M. Thomas Geiser; Kündigungsschutz bei Krankheit, in: AJP 1996 550–558, 553 f.; Vischer (Fn. 21) 250.

²³ Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil PB.2005.00034 vom 21. Dezember 2005, Erw. 4.3 (abrufbar auf www.vgrzh.ch); Obergericht des Kantons Luzern, in: JAR 2009 562; Bezirksrat Affoltern am Albis, unveröffentlichter Beschluss GE.2008.1 2.02.01 vom 18. Dezember 2008.

²⁴ Philippe Carruzzo, Les conséquences de l'empêchement non fautif de travailler: Questions choisies, in: SJ 2008 II 283, 306; Christoph Häberli: Sonderprobleme im Bereich des Arbeitsrechts, in: von Kaenel (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, 146; Papa (Fn. 12) 92; von Kaenel (Fn. 12) 129 f.; ZK-Stachelin (Fn. 8) N 58 zur Art. 324a OR; Streiff/von Kaenel (Fn. 10) N 14 zu Art. 324a/b OR; a.M. BSK-Portmann (Fn. 19) N 58 zu Art. 324a OR; BK-Rehbinder/Stöckli (Fn. 8) N 35 zu Art. 324a OR.

²⁵ Zu Letzterem statt vieler BGE 129 V 460, 463. Sie findet bezogen auf die Arbeitsunfähigkeit auch in Art. 6 ATSG ihren Ausdruck, indem bei deren längerer Dauer auch eine zumutbare Arbeit in einem anderen Aufgabenbereich oder gar Beruf berücksichtigt wird.

²⁶ Art. 61 VVG gilt dabei entgegen dem Anschein der Gesetzssystematik nicht nur für die Schaden-, sondern auch für die Summenversicherung, BGE 4_A 140/2007 vom 3.8.2007 E. 6.; BGE 128 III 34, 36 f.

²⁷ BGE 4_A 140/2007 vom 3.8.2007 betr. Art. 61 VVG; BGE 129 V 460, 463 für eine KTGv nach KVG; ferner BGE 114 V 283, 289 f. und 111 V 235, 239. Weiterführend zur Thematik Carruzzo (Fn. 24) 306; Häberli (Fn. 24) 153 ff.; David Husmann/Christoph Häberli: Die Fallstricke des Krankentaggeldes, in: plädoyer 4/2002 33 ff.; Ueli Kieser: ATSG-Kommentar, 2. A. 2009, N 17 ff. zu Art. 6 ATSG; Hans-Rudolf Müller: Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: von Kaenel (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, 2007, 34 ff.

E. Beweisfragen

Die Beweislast für das Vorliegen eines gesetzlichen Verhinderungsgrunds trifft nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB den Arbeitnehmer²⁸. Er wird dieser Obliegenheit meistens durch die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses nachkommen²⁹. Dem Arbeitgeber seinerseits steht die Möglichkeit offen, vom Arbeitnehmer eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen, um so das vom Arbeitnehmer beigebrachte Zeugnis zu verifizieren³⁰. Im Streitfall wird letztlich das Gericht im Rahmen eines Beweisverfahrens darüber zu befinden haben, ob eine rechtlich relevante Arbeitsverhinderung vorgelegen hat oder nicht. Die Verweigerung einer berechtigterweise verlangten vertrauensärztlichen Untersuchung ist dabei als Entkräftung eines bestehenden Arbeitsunfähigkeitszeugnisses durch den Arbeitnehmer einzustufen³¹. Diese allgemeinen Regeln gelten auch für die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit.

Die Praxis zeigt, dass die zwischen den Parteien ohnehin oft kontroverse Beweisfrage bei arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeitstatbeständen erst recht in den Fokus rückt. Dies hängt wesentlich damit zusammen, dass den meisten Fällen eine psychische Belastungssituation zugrunde liegt, die einer objektiven Befunderhebung mittels messtechnischer oder bildgebender Verfahren nur sehr bedingt zugänglich ist. Eine Depression lässt sich nicht einfach mit dem Fiebermesser nachweisen. Dies hat zur Folge, dass der Arzt bei seiner Diagnostik ganz massgeblich der Schilderung des Patienten vertrauen muss, was wiederum vom Arbeitgeber oft nicht hingenommen wird.

Eine weitere beweisrechtliche Krux liegt darin, dass die klassischen Me-

thoden zum Nachweis von Missbräuchen, z.B. wenn der wegen eines Rückenleidens krank geschriebene Mitarbeiter bei sportlichen Freizeitaktivitäten beobachtet wird, bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit häufig versagen. Es gehört gerade zum typischen Merkmal solcher Absenzen, dass der Betroffene in seiner privaten Lebensgestaltung nicht oder nur unbedeutend eingeschränkt ist. Entsprechend sind Rückschlüsse daraus in Bezug auf den Verhinderungstatbestand kaum möglich.

In diesem diffizilen beweisrechtlichen Umfeld gewinnen aussagekräftige und damit glaubwürdige ärztliche Zeugnisse zusätzlich an Bedeutung. Zu weit geht wohl die gelegentlich gehörte Forderung, dass Hausärzte ohne einschlägige Fachausbildung keine psychischen Krankheiten diagnostizieren dürfen³². Allerdings kann die Fachkenntnis bei widersprechenden Zeugnissen ein wesentliches Element für die Beweiswürdigung sein.

Soweit dem Attest nicht überprüfbare Angaben des Patienten zugrunde liegen, was bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit häufig der Fall sein wird, sollte der Arzt diesem Umstand im Zeugnis wertungsfrei z.B. mit dem Vermerk «nach Angaben des Patienten» Rechnung tragen, allenfalls präzisiert durch ein «ganz» oder «teilweise»³³. Unterlässt der Arzt eine solche Klarstellung, droht ihm der nicht ganz von der Hand zu weisende Vorwurf, eine blosser – und möglicherweise falscher – Parteibehauptung des Patienten bzw. Arbeitnehmers durch seine ärztliche Autorität fahrlässig veredelt zu haben. Nach einer jüngeren Entscheidung des Obergerichts des Kantons Zürich könnte bereits diese Unterlassung genügen, um eine Strafbarkeit wegen fahrlässigen Falschen

²⁸ Umstritten ist dagegen, welche Seite die Beweislast für das fehlende Verschulden trägt, weiterführend BSK-Portmann (Fn. 19) N 4 zu Art. 324a OR, Streiff/von Kaenel (Fn. 10) N 29 a.E. zu Art. 324a/b OR; Wyler (Fn. 20) 224.

²⁹ Zur Beweiskraft solcher ärztlicher Zeugnisse und zu weiteren ausgewählten Fragen dazu vgl. Roland Müller: Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: AJP 2010 167 ff.; Egli (Fn. 2) 45 ff.; Oliver Kälin: Das Arztzeugnis als Beweismittel bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: ZZZ 2006 335 ff.

³⁰ Nach überwiegender Auffassung besteht dieses Recht jedenfalls dann auch ohne entsprechende vertragliche Grundlage, wenn objektive Anhaltspunkte für eine Infragestellung des vom Arbeitnehmer beigebrachten Zeugnisses vorliegen: (Geiser/Müller, Fn. 20, Rz 434; Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli: Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. A., 2007, Rz 318; Streiff/von Kaenel (Fn. 10) N 12 zu Art. 324a/b OR.

³¹ Gl. M. Geiser/Müller (Fn. 20) Rz 435; Rehbinder/Stöckli (Fn. 8) N 19 zu Art. 324a OR; Streiff/von Kaenel (Fn. 10) N 12 zu Art. 324a/b OR; Wyler (Fn. 20) 225 und 226; BGer in JAR 1997 132, 133; differenzierend Jörg Matthias Zinsli: Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1992, 47 f.

³² So auch das Arbeitsgericht Zürich in einem unveröffentlichten Entscheid vom 17. Dezember 2008, Geschäfts-Nr. AN060207.

³³ Roger Rudolph: Arbeitsunfähigkeitszeugnisse: Ärzte zunehmend im Fokus der Justiz, in: Schweizerische Ärztezeitung Nr. 22 und 23 2010 864 ff., 912 ff., 914; ebenso die Empfehlungen zur Ausstellung von ärztlichen Zeugnissen der Ärzte-Gesellschaft des Kantons Zürich; abrufbar auf www.aerzte-zh.ch/main.php?typ=mitfsub=mer; Peter Dietsche: Das unwahre ärztliche Zeugnis nach Art. 318 StGB, Diss. Bern 1983, 80 (zitiert nach Christoph Schönenberger: Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, Bern 2001, 75, der seinerseits diese Auffassung ablehnt); ähnlich Müller (Fn. 29) 168.

Zeugnisses (Art. 318 Ziff. 2 StGB) zu begründen³⁴.

Sofern eine Beschäftigung des Arbeitnehmers in einem anderen personellen Umfeld beim gleichen Arbeitgeber möglich erscheint, was z.B. bei Konfliktsituationen unter Mitarbeitern in mittleren und grösseren Unternehmen durchaus eine valable Möglichkeit sein kann, sollte das Zeugnis auch darauf hinweisen³⁵. Zu

Recht wird gefordert, dass der Arbeitnehmer bereits von sich aus verpflichtet ist, den Arbeitgeber auf diese Möglichkeit hinzuweisen³⁶. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn das ärztliche Zeugnis zwar keine solche Differenzierung vornimmt, der Arbeitnehmer aber nach Konsultation seines Arztes um die Zumutbarkeit eines alternativen Einsatzes weiss.

³⁴ Urteil vom 20. Dezember 2007, Geschäfts-Nr. SB070062, Erw. 4.3; abrufbar auf www.saez.ch > Archiv > 2010 > 22. Vgl. auch die Verurteilung eines Psychiaters in BGE 4C.156/2005 vom 28.9.2005.

³⁵ Egli (Fn. 2) 49 f.; Rudolph (Fn. 33) 914.

³⁶ Thomas Geiser: in: Tages-Anzeiger vom 3. Mai 2010; abrufbar auf www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Wenn-krank-Angestellte-ins-Fitness-gehen/story/21531064.

Kollisionsrechtliche Aspekte des Bucheffektengesetzes

Zur Praktikabilität stufenweiser Anknüpfung unter dem Haager Wertpapierübereinkommen

Dr. iur. Renato Costantini, Rechtsanwalt (Zürich)

Nach einer Übersicht über die kritisierten Anknüpfungsregeln des Haager Wertpapierübereinkommens (HWpÜ) analysiert der Autor die Frage, ob mit dem neuen Art. 108c IPRG allgemein anerkannte Kollisionsnormen eingeführt worden sind. Durch eine (modifizierte) stufenweise Anknüpfung kann das HWpÜ auf sämtliche Verwahrungskonzepte zur Anwendung gebracht werden. Mit Art. 108c IPRG wird die Bestimmung des auf internationale Effektentransaktionen anwendbaren Rechts wesentlich vereinfacht. **Zi.**

Après un aperçu des règles de rattachement critiquées de la Convention de La Haye sur les titres détenus auprès d'un intermédiaire, l'auteur analyse la question de savoir si le nouvel art. 108c LDIP a introduit des normes de collision généralement reconnues. Grâce à un rattachement (modifié) par paliers, la Convention peut être appliquée à tous les concepts de dépôt. L'art. 108c LDIP simplifie notablement la règle du droit applicable aux transactions internationales de titres. **P.P.**

I. Einleitung

Seit dem 1. Januar 2010 bestimmt sich das auf intermediär-verwahrte Effekten anwendbare Recht gemäss Art. 108c IPRG nach dem Haager Wertpapierübereinkommen («HWpÜ»). Dies ungeachtet der Tatsache, dass das HWpÜ – mangels genügender Ratifikationen – noch nicht in Kraft getreten ist. Bisher haben lediglich die Schweiz und die USA das HWpÜ unterzeichnet. Zwar hatte ursprünglich auch die EU ihre Mitgliedstaaten zur Unterzeichnung des HWpÜ aufgerufen. Am 25. März 2009 hat die EU-Kommission ihren Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Unterzeichnung des HWpÜ aber wieder zurückgezogen.¹ Mittlerweile erarbeitet die EU eine Richtlinie betreffend die Rechtssicherheit von Wertpapierver-

wahrung und -verfügungen («Wertpapierrechtsrichtlinie»; «WRR»);² Die WRR wird auch das einschlägige Kollisionsrecht beinhalten. Diese Entwicklung innerhalb der EU ist auch darauf zurückzuführen, dass die Tauglichkeit der Anknüpfungsregeln des HWpÜ bei Vertretern kontinentaleuropäischer Rechtsordnungen teilweise umstritten ist.³ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob mit Art. 108c IPRG wenig taugliche und (noch) nicht

¹ Vgl. ABl. C 71 vom 25. März 2009, 17 f.; http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/hague/index_de.htm.

² Vgl. hierzu: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/securities-law/index_de.htm.

³ Vgl. hierzu unten III./1.