



## Kündigung bei arbeitsplatz- bezogener Arbeitsunfähigkeit

### Durchsetzung, Hindernisse und Lösungsansätze

MICHAEL MERKER\*



SIMONE WITTWER\*\*

Die Arbeitsunfähigkeit am aktuellen Arbeitsplatz trotz Arbeitsfähigkeit in einer vergleichbaren Stellung anderswo stellt ein weitbekanntes Phänomen dar. Das von der herrschenden Lehre anerkannte Kündigungsrecht bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Nichtgeltung der krankheitsbedingten Sperrfristen lässt sich in der Praxis aber nur durchsetzen, wenn der (Vertrauens-)Arzt dem Arbeitgeber den Umstand der «Arbeitsplatzbezogenheit» auch anzeigen darf. Heute gängige Arztzeugnisse enthalten diese Information nicht. Aus einer umfassenden Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers gegen diejenigen des Arbeitgebers folgt, dass der Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht den Arzt in dieser Frage von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden hat. Zumindest dann, wenn sich der Arbeitnehmer weigert, eine entsprechende Entbindungserklärung abzugeben, sollte die Beweislast für die «generelle» Natur der Arbeitsunfähigkeit dem Arbeitnehmer auferlegt werden.

L'incapacité de travail liée au lieu de travail actuel, malgré une capacité de travail dans une position comparable ailleurs, est un phénomène bien connu. Le droit de résiliation reconnu par la doctrine dominante en cas d'incapacité de travail liée au lieu de travail en raison de la non-application des délais de blocage pour maladie ne peut toutefois être appliqué dans la pratique que si le médecin (conseil) peut également indiquer à l'employeur le lien de causalité entre l'incapacité et le lieu de travail. Or les certificats médicaux usuels aujourd'hui ne contiennent pas cette information. Il résulte d'une pesée complète des intérêts du travailleur et de ceux de l'employeur que le travailleur doit, en vertu de son obligation de fidélité, libérer le médecin de l'obligation de garder le secret sur cette question. Le fardeau de la preuve de la nature « générale » de l'incapacité de travail devrait être mis à la charge du travailleur, du moins lorsqu'il refuse de libérer le médecin de son secret.

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Definition der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit
- III. Kündigungsschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit
- IV. Vorbehalt der missbräuchlichen Kündigung
- V. Nachweis arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit
  - A. Inhalt und Bedeutung des Arztzeugnisses
  - B. Die ärztliche Schweigepflicht und die Entbindung von derselben
  - C. Exkurs: Datenaustausch zwischen Arbeitgeber, Case Management und Krankentaggeldversicherung
  - D. Hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Arbeitsplatzbezogenheit der Krankheit?
  - E. Beweisführung, Beweislast und Beweisprobleme bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit
- VI. Spezialfall öffentlicher Arbeitgeber
- VII. Fazit

#### I. Einleitung

Die Autoren sind in der Praxis immer häufiger mit arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen konfrontiert, bei denen eine Erkrankung psychischer Natur mit arbeitsplatzbezogenem Hintergrund zu einer lang andauernden Arbeitsunfähigkeit führt. Der Arbeitnehmer hält

den Arbeitgeber mit Arztzeugnissen auf Distanz, der Arbeitgeber hat dagegen (trotz zu erwartender Prämienanpassungen) oft nichts einzuwenden, weil er eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen hat und letztlich eine Rückkehr des psychisch erkrankten Arbeitnehmers an den Arbeitsplatz ausschliesst. Psychische Krankheiten gehören zu den häufigsten nichtübertragbaren Krankheiten; sie können schwerwiegende Beeinträchtigungen der Lebensqualität des Individuums mit sich bringen und bis hin zum Suizid führen und verursachen hohe volkswirtschaftliche Kosten.<sup>1</sup> Die Statistiken der Sozialversicherungen bekräftigen diesen Eindruck: Während alle Invalidisierungsgründe wie Geburtsgebrechen, Unfälle und übrige Krankheiten rückläufig sind, steigen die psychischen Erkrankungen an. Das «Stillhalten» für die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht schadet beiden Parteien, insbesondere aber dem Arbeitnehmer.

Ursache arbeitsplatzbezogener Erkrankungen ist in der Regel ein Arbeitsplatzkonflikt; das kann (seltener) Mobbing sein, ist aber zumeist ein (einfacher) Konflikt zwischen Arbeitskollegen oder zwischen Arbeitnehmer und Vorgesetztem. Letzterer kann ursächlich im (fal-

\* MICHAEL MERKER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich/Baden, Baur Hürlimann AG, Wissenschaftlicher Konsulent am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Ersatzrichter Verwaltungsgericht Aargau.

\*\* SIMONE WITTWER, Rechtsanwältin; Notariatskandidatin des Kantons Bern.

<sup>1</sup> Vgl. Psychische Gesundheit in der Schweiz, Bestandsaufnahme und Handlungsfelder, Bericht im Auftrag des Dialogs Nationale Gesundheitspolitik, Internet: [https://gesundheitsfoerderung.ch/assets/public/documents/de/5-grundlagen/publikationen/psychische-gesundheit/Bericht\\_Psychische\\_Gesundheit\\_in\\_der\\_Schweiz\\_-\\_Bestandsaufnahme\\_und\\_Handlungsfelder.pdf](https://gesundheitsfoerderung.ch/assets/public/documents/de/5-grundlagen/publikationen/psychische-gesundheit/Bericht_Psychische_Gesundheit_in_der_Schweiz_-_Bestandsaufnahme_und_Handlungsfelder.pdf) (Abruf 14.6.2020).

schen) Verhalten des Vorgesetzten begründet liegen, aber auch durch die (ungenügenden) Leistungen und das (ungenügende) Verhalten des Arbeitnehmers verursacht sein, ein Verhalten, das vom Vorgesetzten oder von den anderen Mitarbeitenden nicht (mehr) akzeptiert wird.

Der Arbeitsplatzkonflikt kann zur Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers aus psychischen Gründen führen. Für den Arbeitgeber stellt sich in dieser Situation regelmässig die Frage, ob bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit Sperrfristen greifen oder ob dem Arbeitnehmer gekündigt werden darf, weil dieser mit Bezug auf jeden anderen Arbeitsplatz arbeitsfähig wäre. Das Phänomen wird unter dem Stichwort *arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit* in der Lehre schon länger diskutiert. Auch kantonale Gerichte und das Bundesverwaltungsgericht haben sich schon mehrfach mit Fällen von arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit und mit der Frage auseinandergesetzt, ob in diesen Fällen der zeitliche Kündigungsschutz greift oder nicht. Das Bundesgericht hat diese Frage bis anhin weder bejaht noch verneint, obwohl es im Urteil 4A\_391/2016 vom 8. November 2016 mit einem Fall von arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit konfrontiert war.<sup>2</sup>

Dass eine Kündigung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich möglich ist, entspricht der herrschenden Lehrmeinung und der kantonalen Rechtsprechung. Dem Arbeitgeber nützt sein Kündigungsrecht allerdings wenig, wenn er nicht weiss, ob die Arbeitsunfähigkeit tatsächlich arbeitsplatzbezogen ist. Zu Beweisfragen in Fällen von arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit hat sich die Lehre bisher nur am Rande und die publizierte Rechtsprechung nach Wissen der Autoren überhaupt nicht geäussert. Dabei besteht die eigentliche Schwierigkeit heute in der Feststellung und der Durchsetzung des Kündigungsrechts bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit. Einzig in Fällen, in denen ein Arbeitnehmer in Teilzeitpensen tätig ist und beim Arbeitgeber 1 krank, beim Arbeitgeber 2 aber nach wie vor arbeitsfähig ist, wird ein Arztzeugnis die Arbeitsplatzbezogenheit der Erkrankung beim Arbeitgeber 1 explizit ausweisen müssen, andernfalls Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Erkrankung die Folge sein könnten.

Zentral ist für den Arbeitgeber die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der (Vertrauens-)Arzt dem Arbeitgeber mitteilen darf, dass die Arbeitsunfähigkeit arbeitsplatzbezogen ist. In einfachen Arztzeugnissen findet sich diese Information nämlich nicht. Das liegt daran, dass der Arzt der Schweigepflicht unterliegt und auch bei zu Beweis Zwecken erstellten Arztzeugnissen nur beschränkt Patientendaten weitergeben darf, es sei denn, der kranke Arbeitnehmer entbindet den Arzt von der Pflicht zur Geheimhaltung. Es ist zwar denkbar, dass der Arbeitgeber in der Praxis im Rahmen eines Case Managements oder über die Krankentaggeldversicherung von der Arbeitsplatzbezogenheit der Arbeitsunfähigkeit erfährt. Dieser Datenfluss zwischen Arbeitgeber und Case Management oder Krankentaggeldversicherer ist datenschutzrechtlich unzulässig, weshalb mit diesem zwar praktischen, aber gesetzwidrigen Vorgang das Problem nicht behoben ist.

Damit ist die Frage zentral, welche Informationen dem Arbeitgeber bei diesen Sachverhalten legitimerweise zustehen und wie er sich die Informationen auf zulässige Weise verschaffen kann. Die Antworten darauf liefert eine umfassende Interessenabwägung – hier sind die Persönlichkeitsinteressen des Arbeitnehmers gegen die Interessen des Arbeitgebers abzuwägen.

## II. Definition der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit

In der Lehre hat sich eine einheitliche Definition der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit durchgesetzt: Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer nur an der Arbeitsleistung in Bezug auf seine konkrete Stelle gehindert, ansonsten aber normal einsatzfähig ist. Der Arbeitnehmer kann nur die konkrete Arbeitsleistung an seinem bisherigen Arbeitsplatz nicht erbringen, könnte aber in einem anderen Arbeitsumfeld, insbesondere bei einem anderen Arbeitgeber, ohne Weiteres eingesetzt werden.<sup>3</sup> Auch ist der Arbeitnehmer in

<sup>2</sup> BGer, 4A\_391/2016, 8.11.2016, E. 5 ff.; ausführlich dazu WERNER GLOOR, L'incapacité de travail limitée à la place de travail, La relativisation de la protection contre le congé donné en temps inoppor-tun (art. 336b al. 1 let. b CO), Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_391/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch du février 2017, Internet: [https://www.publications-droit.ch/files/analyses/droitdutavail/2\\_17\\_fevrier\\_Analyse\\_4A\\_391\\_2016.pdf](https://www.publications-droit.ch/files/analyses/droitdutavail/2_17_fevrier_Analyse_4A_391_2016.pdf) (Abruf 14.6.2020).

<sup>3</sup> KURT PÄRLI/JULIA HUG/ANDREAS PETRIK, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Bern 2015, N 210; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, Basel 2014, Art. 336c OR N 3; CARINA OEHRI, Arbeitsunfähigkeit, Ferienunfähigkeit und Stellensuch-unfähigkeit im Arbeitsrecht, Zürich 2016, 36; MELANIE JAUCH, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, JOURNAL N° 8 Dezember 2017, 1, Internet: <http://www.muri-anwaelte.ch/de/documents/publikationen/arbeitsplatzbezogene-arbeitsunfaehigkeit.pdf> (Abruf 14.6.2020).

seinem privaten Lebensbereich (Haushalt, Hobbies und Freizeit) nicht oder kaum eingeschränkt.<sup>4</sup>

Die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ist (zumeist) eine Folge (für die betroffene Person erheblicher) psychischer Belastungen am Arbeitsplatz – etwa Konflikte mit Arbeitskollegen, Mobbing oder andere Ursachen für Stress wie Arbeitsüberlastung.<sup>5</sup> Allerdings sollte nicht pauschalisiert werden; bei Arbeitsunfähigkeit wegen psychischer Probleme darf nicht generell auf eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden. Psychische Belastungssituationen am Arbeitsplatz können in einer psychischen Erkrankung enden, die sich auf die ganze Lebensgestaltung auswirken und somit eine generelle, nicht bloss eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit bewirken kann. Eine psychische Krankheit kann sich zudem unabhängig von der konkreten Arbeitsbeziehung entwickeln und von dieser unabhängig (weiter-)bestehen.<sup>6</sup> Ob psychische Probleme oder Belastungssituationen bloss eine arbeitsplatzbezogene oder, gravierender, eine generelle Arbeitsunfähigkeit begründen, muss in jedem Einzelfall durch den attestierenden Arzt, mithin eine Fachperson, geprüft und festgestellt werden.<sup>7</sup>

### III. Kündigungsschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit

Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem zweiten bis und mit dem fünften Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR). Der kranke Arbeitnehmer ist durch eine Sperrfrist geschützt. Wird die Kündigung während der Sperrfrist ausgesprochen, ist sie nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR). Wenn der Arbeitnehmer erst

nach der Kündigungserklärung krank wird und die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen ist, wird der Lauf der Kündigungsfrist durch die Krankheit unterbrochen und erst nach Beendigung der Krankheit fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR). Folge dieser Regelung ist, dass sich Arbeitnehmer auf den zeitlichen Kündigungsschutz bei Krankheit berufen können, wenn es am Arbeitsplatz Probleme gibt, eine Kündigung droht oder ausgesprochen wurde.<sup>8</sup> Die ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit entschleunigt während einer für den Arbeitnehmer auch wirtschaftlich schwierigen Phase. Das Misstrauen des Arbeitgebers ist in diesen Fällen besonders gross und der Verdacht, es liege lediglich eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vor, besonders häufig.<sup>9</sup>

Das Bundesgericht war im Urteil 4A\_391/2016 vom 8. November 2016 mit einem Fall konfrontiert, in dem vom Vertrauensarzt der Versicherung eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit attestiert worden war. Der Beginn der Arbeitsunfähigkeit wurde für einen Zeitpunkt erst nach erfolgter Kündigung beansprucht; zur Diskussion wäre mithin ein (längerer) Unterbruch der Kündigungsfrist gestanden (Art. 336c Abs. 2 OR). Der Beschwerdeführer rügte aber nur eine willkürliche Beweiswürdigung der Vorinstanz im Zusammenhang mit den zwei vorhandenen Arztzeugnissen. Er stellte sich auf den Standpunkt, die Arbeitsunfähigkeit habe generell bestanden, und beanspruchte eine Entschädigung für Ferien, die er wegen seiner generellen Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum seiner Freistellung nicht habe «geniessen» können. Unter diesen Umständen musste sich das Bundesgericht nicht zur Zulässigkeit der Kündigung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit resp. zum Unterbruch der Kündigungsfrist in solchen Fällen äussern.<sup>10</sup> Immerhin hat es bestätigt, dass eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit den Betroffenen nicht am effektiven Bezug von Ferien hindert.<sup>11</sup>

Die kantonale Rechtsprechung allerdings hat den zeitlichen Kündigungsschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit gestützt auf Zwecküberlegungen mehrfach verneint:

<sup>4</sup> BRÜHWILER (FN 3), Art. 336c OR N 3; PÄRLI/HUG/PETRIK (FN 3), N 210; ROGER RUDOLPH/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen, SJZ 2010, 361 ff., 361. Siehe auch BVGer, A-5819/2016, 22.11.2017, E. 4.5.3; BVGer, A-2718/2016, 16.3.2017, E. 9.1.3.

<sup>5</sup> BRÜHWILER (FN 3), Art. 336c OR N 3; RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 361 f.; PÄRLI/HUG/PETRIK (FN 3), N 210.

<sup>6</sup> JÜRIG OSKAR LUGINBÜHL/TONI BRÜHLMANN, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine Problematik an der Schnittstelle von Medizin und Recht, Jusletter vom 19.8.2013, N 36 f.

<sup>7</sup> LUGINBÜHL/BRÜHLMANN (FN 6), N 33 f.

<sup>8</sup> Vgl. PÄRLI/HUG/PETRIK (FN 3), N 487; MARCO HABRIK, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit: Ein Phänomen mit Breitenwirkung, Beitrag vom 4.3.2019, Internet: <https://www.weka.ch/themen/personal/arbeitszeit-und-absenzen/absenzen-und-ferien/article/arbeitsplatzbezogene-arbeitsunfaehigkeit-ein-phaenomen-mit-breitenwirkung/> (Abruf 14.6.2020).

<sup>9</sup> JAUCH (FN 3), 1.

<sup>10</sup> BGer, 4A\_391/2016, 8.11.2016, E. 5 ff.; kritisch GLOOR (FN 2), 5 ff.

<sup>11</sup> BGer, 4A\_391/2016, 8.11.2016, E. 6.2.

- Das *Verwaltungsgericht Zürich* entschied in einem Fall von arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit, dem betroffenen Arbeitnehmer sei eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber offengestanden, weshalb er sich mit Blick auf Sinn und Zweck des Kündigungsschutzes nicht auf den zeitlichen Kündigungsschutz berufen könne.<sup>12</sup>
- In einem Urteil des *Verwaltungsgerichts Basel-Stadt* ging es um eine Arbeitnehmerin, die aufgrund eines Arbeitsplatzkonflikts psychische Probleme entwickelt hatte. Der Vertrauensarzt war zum Schluss gekommen, dass die Arbeitsunfähigkeit nur in Bezug auf die konkrete Arbeitsstelle bestehe, die Arbeitnehmerin ansonsten aber ohne Einschränkung arbeitsfähig sei. Das Gericht entschied gestützt auf die vertrauensärztliche Feststellung, die Arbeitnehmerin könne sich nicht auf die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR berufen, weshalb die Kündigung gültig sei.<sup>13</sup>
- In einem Entscheid aus dem Jahr 2014 verweigerte das *Arbeitsgericht Zürich* einem Arbeitnehmer die Verlängerung der Kündigungsfrist mit der Begründung, die vom Arbeitnehmer geltend gemachten psychischen Probleme seien – sofern überhaupt tatsächlich bestehend – arbeitsplatzbezogen, was sich darin äussere, dass der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsort die gleiche Tätigkeit ausübte, während er sich am angestammten Arbeitsplatz als 100% arbeitsunfähig erachtete. Bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit besteht nach Auffassung des Gerichts aufgrund von Zwecküberlegungen kein Sperrfristenschutz.<sup>14</sup>
- Nach Auffassung des *Obergerichts Luzern* greift die Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR (auch) nicht, wenn ein Arbeitnehmer in Bezug auf die bei seinem Arbeitgeber zu leistende Nachtarbeit arbeitsunfähig ist, tagsüber bei einem anderen Arbeitgeber aber normal einsatzfähig wäre.<sup>15</sup>

Dem Gesetzeswortlaut von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob die Verhinderung an der Arbeitsleistung generell bestehen muss oder ob der Kündigungsschutz auch dann greift, wenn der Arbeitnehmer nur an seiner konkreten Arbeitsstelle verhindert ist, überall anders aber ohne Einschränkungen einsatzfähig

wäre.<sup>16</sup> Der Zweck des gesetzlichen Kündigungsschutzes legt nahe, dass die Norm den Fall der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit nicht ihrem Schutz unterstellt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung trägt Art. 336c Abs. 1 lit. b OR dem Umstand Rechnung, dass eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wegen der Unsicherheit hinsichtlich der Dauer der Krankheit und des Umfangs der Arbeitsunfähigkeit als sehr unwahrscheinlich erscheint.<sup>17</sup> Art. 336c Abs. 1 lit. b OR geht somit davon aus, dass ein kranker Arbeitnehmer Schwierigkeiten hat, einen neuen Arbeitgeber zu finden, da der neue Arbeitgeber keinen Mitarbeiter anstellen wird, von dem er nicht weiss, wann mit seiner Gesundheit und Einsatzfähigkeit zu rechnen ist.<sup>18</sup> Ist der Arbeitnehmer hingegen, weil nur geringfügig eingeschränkt, nicht gehindert, eine neue Arbeitsstelle anzutreten, kommt der Kündigungsschutz (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) nicht zum Tragen.<sup>19</sup> Der hinter Art. 336c Abs. 1 lit. b OR stehende Schutzgedanke ist die Reaktion des Gesetzgebers auf die erheblich beeinträchtigten Neuanstellungschancen eines kranken Arbeitnehmers. Daraus folgt logisch, dass eine gesundheitliche Einschränkung, die die Neuanstellungschancen des Arbeitnehmers nicht beeinträchtigt, gar nicht als Arbeitsunfähigkeit i.S.v. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR qualifiziert werden darf.

Bei der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit sind die Anstellungschancen des Arbeitnehmers nicht beeinträchtigt.<sup>20</sup> Es besteht keine Unsicherheit in Bezug auf die Dauer der Krankheit oder den Umfang der Arbeitsunfähigkeit. Der Arbeitnehmer wäre und ist am neuen Arbeitsplatz sofort und uneingeschränkt einsetzbar.<sup>21</sup> Deshalb wird eine Neuanstellung nach Ablauf der ordentlichen

<sup>12</sup> VGer ZH, PB.2005.00034, 21.12.2005, E. 4.3 f.

<sup>13</sup> VGer BS, VD 2010.6, 24.11.2010, in: BJM 2011, 336, E. 2.4.

<sup>14</sup> AGer ZH, AN120013, 19.9.2014, Internet: [https://www.doku.arbeitsrechtler.ch/EAGZ\\_2014\\_Nr18\\_apb-AUF.pdf](https://www.doku.arbeitsrechtler.ch/EAGZ_2014_Nr18_apb-AUF.pdf) (Abruf 14.6.2020).

<sup>15</sup> OGer LU, Nr. 11 08 74, 24.11.2008, in: LGVE 2008 I, Nr. 17, E. 3.1 f.

<sup>16</sup> A.A. THOMAS GEISER, Was ist Arbeitsunfähigkeit?, ZBJV 2019, 795 ff., 796 f., 801.

<sup>17</sup> BGE 128 III 212 E. 2c, in: Pra 91, Nr. 153, E. 2c; BGer, 2A.116/2005, 12.5.2005, E. 4.1; BGer, 4C.346/2004, 15.2.2005, E. 4.1; Botschaft vom 9. Mai 1984 zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht, BBl 1984 II 551 ff. (zit. Botschaft Volksinitiative), 605. Siehe auch BVGer, A-5819/2016, 22.11.2017, E. 4.5.1; BVGer, A-2718/2016, 16.3.2017, E. 9.1.3.2; VGer ZH, PB.2005.00034, 21.12.2005, E. 4.3.

<sup>18</sup> Vgl. BGE 128 III 212 E. 2c, in: Pra 91, Nr. 153, E. 2c; BGer, 2A.116/2005, 12.5.2005, E. 4.1; BGer, 4C.346/2004, 15.2.2005, E. 4.1; Botschaft Volksinitiative (FN 17), 605.

<sup>19</sup> BGE 128 III 212 E. 2c, in: Pra 91, Nr. 153, E. 2c; BGer, 2A.116/2005, 12.5.2005, E. 4.1; VGer ZH, PB.2005.00034, 21.12.2005, E. 4.3.

<sup>20</sup> BRÜHWILER (FN 3), Art. 336c OR N 3; RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 364; HABRIK (FN 8); JAUCH (FN 3), 2.

<sup>21</sup> HABRIK (FN 8).

Kündigungsfrist nicht unwahrscheinlich im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>22</sup> Bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit besteht folglich aufgrund von Zwecküberlegungen und mangels Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers keine Arbeitsunfähigkeit i.S.v. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR und somit auch kein zeitlicher Kündigungsschutz.<sup>23</sup>

Nach (anderer) Meinung von PÄRLI, HUG und PETRIK kann eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit die Chancen, während der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden, derart reduzieren, dass eine neue Anstellung nach Ablauf der Kündigungsfrist als unwahrscheinlich erscheint;<sup>24</sup> daher dürfe bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit nicht pauschal das Bestehen einer Sperrfrist verneint werden.<sup>25</sup> Die Autoren betonen, dass psychische Belastungssituationen am Arbeitsplatz eine generelle (nicht nur arbeitsplatzbezogene) Krankheit auslösen können, die sich über den konkreten Arbeitsplatz hinaus auswirken kann.<sup>26</sup> Letzterem ist zuzustimmen, das ist aber gleichzeitig auch die Abgrenzung zwischen genereller und bloss arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit, weshalb in jedem Einzelfall genau zu prüfen ist, ob die bestehende psychische Beeinträchtigung so schwerwiegend ist, dass sie über den konkreten Arbeitsplatz hinaus zu einer Arbeitsunfähigkeit führt. Dann kann aber nicht mehr von einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit gesprochen werden, sondern es liegt eine generelle Arbeitsunfähigkeit vor, bei welcher der Kündigungsschutz von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR greift. Damit liegt die Verantwortung der Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR letztlich beim attestierenden Arzt, der feststellen muss, ob sich die Krankheit oder Belastungssituation nur situativ auf die konkrete Arbeitsstelle oder auf die Anstellungschancen allgemein auswirkt oder, anders gesagt, ob der Arbeitnehmer gesund wird, wenn er nicht mehr an seinen bisherigen Arbeitsplatz zurückkehren muss oder kann. In dieser Feststellung liegt viel Verantwortung, vor allem für die Gesundheit des Arbeitnehmers, weil die Entwicklung

einer arbeitsplatzbezogenen Krankheit hin zu einer nicht (mehr) arbeitsplatzbezogenen Krankheit mit der Dauer wahrscheinlicher werden dürfte.

In Übereinstimmung mit der überwiegenden Lehrmeinung und der zugänglichen Rechtsprechung ist als Zwischenfazit festzuhalten, dass bei Arbeitnehmern mit arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit kein Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR besteht.

#### IV. Vorbehalt der missbräuchlichen Kündigung

Obwohl der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei bloss arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich kündigen darf, kann sich die Kündigung immer noch, unter anderem wegen einer Verletzung der Fürsorgepflicht, als missbräuchlich qualifizieren (Art. 336 OR).<sup>27</sup> Den Arbeitgeber trifft gegenüber dem Arbeitnehmer eine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR), die zum Schutz von gesundheitlich angeschlagenen Mitarbeitern noch in verstärktem Mass gilt.<sup>28</sup> Eine Kündigung kann insbesondere dann missbräuchlich sein, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer bei psychischen Belastungssituationen am Arbeitsplatz (Mobbing, persönliche Konflikte) nicht genügend geschützt bzw. unterstützt hat und er nur unzureichend versucht hat, den Konflikt zu lösen.<sup>29</sup> Wird der Mitarbeiter infolge dieser psychischen Belastungssituation arbeitsplatzbezogen krank, ist es missbräuchlich, wenn ihm der Arbeitgeber dann mit dem Hinweis kündigt, die Arbeitsunfähigkeit sei nur arbeitsplatzbezogen.<sup>30</sup>

Unabhängig vom Bestand oder vom Ablauf von Sperrfristen ist eine Kündigung zudem nur rechtmässig, wenn der Arbeitgeber nachweisen kann, dass er die ihm zumutbaren Vorkehrungen getroffen hat, um den Arbeitnehmer trotz seiner Krankheit weiterzubeschäftigen.<sup>31</sup> Es stellt sich insbesondere die Frage, ob dem Arbeitnehmer innerhalb des Betriebs, z.B. in einem anderen personellen Umfeld, andere Aufgaben zugewiesen werden können,

<sup>22</sup> BGE 128 III 212 E. 2c, in: Pra 91, Nr. 153, E. 2c.

<sup>23</sup> So auch RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 363 f.; JAUCH (FN 3), 2; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336c N 6, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020; OEHRli (FN 3), 37; BRÜHWILER (FN 3), Art. 336c OR N 3. A.A. GEISER (FN 16), 807; CJ GE, CAPH/24/2017, 13.2.2017, E. 2.4.2, in: JAR 2018, 496 ff., 502, wonach der Sperrfristenschutz nur bei geringfügigen Gesundheitsbeeinträchtigungen entfällt, bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit (die nicht geringfügig ist) aber greift.

<sup>24</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (FN 3), N 488.

<sup>25</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (FN 3), N 488.

<sup>26</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (FN 3), N 488; GLOOR (FN 2), 8.

<sup>27</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (FN 3), N 489; JAUCH (FN 3), 2.

<sup>28</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (FN 3), N 489.

<sup>29</sup> SONJA STARK-TRABER/JENNIFER EHRENSPERGER, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Herausforderung für den Arbeitgeber, Newsletter vom Januar 2017, 2, Internet: [https://www.suterhowald.ch/upload/publications/newsletter\\_arbeitsplatzbezogene\\_arbeitsunfaehigkeit.pdf](https://www.suterhowald.ch/upload/publications/newsletter_arbeitsplatzbezogene_arbeitsunfaehigkeit.pdf) (Abruf 14.6.2020).

<sup>30</sup> Vgl. GLOOR (FN 2), 9.

<sup>31</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (FN 3), N 489; JAUCH (FN 3), 2; WOLFGANG PORTMANN/ISABELLE WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 689.

für die keine Arbeitsunfähigkeit besteht.<sup>32</sup> Die Zuteilung anderer Aufgaben ist aber nur im Rahmen des für den Arbeitnehmer Zumutbaren möglich und auch nur, sofern im Arbeitsvertrag keine Abmachung getroffen wurde, welche die Zuteilung anderer Arbeiten ausschliesst.<sup>33</sup> Der Arbeitnehmer seinerseits ist aufgrund seiner Treuepflicht verpflichtet, zumutbare andere Aufgaben vorübergehend zu übernehmen.<sup>34</sup>

## V. Nachweis arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit

Ist eine Kündigung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit zulässig, stellen sich für die Praxis zahlreiche Anschlussfragen: Wie erfährt der Arbeitgeber, dass die Arbeitsunfähigkeit nur arbeitsplatzbezogen ist? Ist diese Information im Arztzeugnis enthalten? Falls nicht, wie kann der Arbeitgeber vorgehen, wenn er den Verdacht hat, die Arbeitsunfähigkeit beschränke sich auf den konkreten Arbeitsplatz? Darf der (Vertrauens-)Arzt dem Arbeitgeber bei entsprechenden (Rück-)Fragen offenlegen, dass der Arbeitnehmer nur in Bezug auf die konkrete Arbeitsstelle arbeitsunfähig ist? Ist die ausdrückliche Einwilligung des Arbeitnehmers resp. die Entbindung von der Schweigepflicht erforderlich und, falls ja, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, den Arzt in dieser Hinsicht von der Schweigepflicht zu entbinden? Letztlich stellt sich auch die Frage, wer im Streitfall die Beweislast in Bezug auf die Arbeitsplatzbezogenheit der Arbeitsunfähigkeit trägt.

### A. Inhalt und Bedeutung des Arztzeugnisses

Ein einfaches Arztzeugnis enthält auf Empfehlung von Ärztesgesellschaften folgende Informationen: (1) Angaben zum Arbeitnehmer, (2) Name des Arbeitgebers, (3) Datum der ersten, der erfolgten und der nächsten Konsultation, (4) Arbeitsunfähigkeit in Prozenten mit Gültigkeitsdatum, (5) Grund für die Arbeitsunfähigkeit (Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft/Mutterschaft), (6) besondere Angaben bei Teilarbeitsfähigkeit (Einschränkung hinsichtlich der Arbeitszeit oder der Arbeitsleistung), (7) Angabe zu den Konsultationsmöglichkeiten des Arbeitgebers,

(8) Ort, Datum, Stempel und Unterschrift des Arztes.<sup>35</sup> In einem einfachen Arztzeugnis ist demnach nicht ersichtlich, ob die Arbeitsfähigkeit generell oder nur für den konkreten Arbeitsplatz besteht.<sup>36</sup>

Mit Einverständnis des Arbeitnehmers kann ein detailliertes Arztzeugnis eingeholt werden. Es beinhaltet einen Arbeitsplatzbeschreibung, der Auskunft über die Hauptaufgaben des Arbeitnehmers, die Besonderheiten und Anforderungen der Stelle und die Arbeitszeiten gibt. Gestützt darauf kann der Arzt – aber nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers – ein detailliertes Arztzeugnis ausstellen, das sich dazu äussert, welche Tätigkeiten der Arbeitnehmer nicht ausführen kann, welche Tätigkeiten möglich sind und ob sich der Arzt bei der Beurteilung auf objektifizierbare Befunde oder auf subjektive Patientenangaben stützt.<sup>37</sup> Im Rahmen eines detaillierten Arztzeugnisses ist es möglich, auch Angaben über die Arbeitsplatzbezogenheit der Arbeitsunfähigkeit in das Zeugnis aufzunehmen.

Das einfache Arztzeugnis enthält diejenigen Informationen, welche der Arbeitnehmer nach aktueller Praxis dem Arbeitgeber liefern muss, um seine Arbeitsunfähigkeit zu belegen. Spiegelbildlich betrachtet umfasst es die Informationen, auf welche der Arbeitgeber nach aktueller Praxis Anspruch hat. Das einfache Arztzeugnis enthält keine Aussage über die Arbeitsplatzbezogenheit der Krankheit. Mit Blick auf die Kündigungsfreiheit (bei bloss arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit) ist das Zeugnis mithin ungenügend. Es ist zu prüfen, ob der Arbeitgeber Anspruch auf diese über das einfache Arztzeugnis hinausgehende Information hat.

### B. Die ärztliche Schweigepflicht und die Entbindung von derselben

Die ärztliche Schweigepflicht ist eine elementare Voraussetzung des Vertrauens des Patienten in seinen Arzt, aber auch des Vertrauens der Gesellschaft in den Arztberuf. Aufgrund dieser wichtigen Funktion wird die Offenbarung eines Arztgeheimnisses durch Art. 321 Ziff. 1 StGB auf Antrag mit Strafe bedroht. Die ärztliche Schweigepflicht ist aber auch ein wesentlicher Aspekt des Standesrechts der Ärzte (Art. 11 Standesordnung FMH). Zudem sind Daten über die Gesundheit und die Intimsphäre eines Patienten besonders schützenswerte Daten (Art. 3 lit. c

<sup>32</sup> JAUCH (FN 3), 2.

<sup>33</sup> LUGINBÜHL/BRÜHLMANN (FN 6), N 3 f.; HABRIK (FN 8).

<sup>34</sup> RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 362; HABRIK (FN 8); PÄRLI/HUG/PETRIK (FN 3), N 213.

<sup>35</sup> Gemäss der Liste bei MANUEL STENDEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zürich/St. Gallen 2014, 190; siehe auch ROLAND MÜLLER, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP 2010, 167 ff., 168.

<sup>36</sup> JAUCH (FN 3), 2.

<sup>37</sup> STENDEL (FN 35), 190 f.

Ziff. 2 DSGVO). Die Bearbeitung dieser Daten begründet eine Persönlichkeitsverletzung, welche bei Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes zivilrechtliche Konsequenzen haben kann (Art. 28 und 28a ZGB; Art. 15 Abs. 1 DSGVO).

Wenn der Arzt über einen Rechtfertigungsgrund verfügt, darf er Patientengeheimnisse weitergeben, ohne straf-, zivil- oder disziplinarrechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen (Art. 321 Ziff. 2 StGB; Art. 28 Abs. 2 ZGB). Der wichtigste Rechtfertigungsgrund im vorliegenden Kontext ist die Einwilligung des Patienten, also die Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht. Die Entbindungserklärung muss zwar nicht schriftlich erfolgen,<sup>38</sup> die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten – zu denen auch Gesundheitsdaten gehören (Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSGVO) – erfordert aber eine «*ausdrückliche*» Einwilligung (Art. 4 Abs. 5 DSGVO), anders als im Strafrecht, wo auch eine konkludente oder stillschweigende Einwilligung genügt.<sup>39</sup> Was genau unter einer «*ausdrücklichen*» Einwilligung i.S.v. Art. 4 Abs. 5 DSGVO zu verstehen ist, ist umstritten.<sup>40</sup> Nach einer verbreiteten Auslegung ist eine bloss konkludente Einwilligung nicht ausreichend.<sup>41</sup> Gemäss VASELLA bedeutet «*ausdrücklich*», dass die Einwilligung durch aktives Tun zum Ausdruck gebracht werden muss, bloss passives Verhalten hingegen genügt nicht.<sup>42</sup> Nach einer weiteren Lehrmeinung schliesslich reicht eine konkludente Einwilligung, sofern sie ausdrücklich für eine bestimmte Datenbearbeitung erteilt wird.<sup>43</sup> Übergibt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber ein Arztzeugnis oder unterzieht er sich auf Geheiss des Arbeitgebers einer vertrauensärztlichen Untersuchung, ist darin die ausdrückliche Zustimmung zur Weitergabe von Daten im Umfang des *Standardinhalts* eines Arztzeugnisses zu sehen. Wurde der Umfang der Entbindung vom Arztgeheimnis nicht besonders geklärt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Entbindung weiter geht, als sie für die erkennbaren und berechtigten Zwecke des Arbeitgebers erforderlich ist. Das ist, Stand heute, das

Einverständnis, ein einfaches Arztzeugnis auszustellen und in diesem Umfang Auskunft zu geben.<sup>44</sup>

Von der ärztlichen Schweigepflicht werden sämtliche geheimen Informationen erfasst, die dem Arzt durch den Patienten anvertraut werden und die der Arzt im Rahmen der Berufsausübung erlangt (Art. 321 Ziff. 1 StGB). Darunter fällt auch die Feststellung, ob die Arbeitsunfähigkeit genereller Natur oder bloss arbeitsplatzbezogen ist. Diese Information kann der Arzt dem Arbeitgeber deshalb nur dann weitergeben, wenn er in diesem Punkt vom Arztgeheimnis entbunden wurde. Insgesamt wird der Arzt im vorliegenden Kontext deshalb kaum eine Aussage darüber treffen wollen, ob die Krankheit arbeitsplatzbezogen ist oder nicht, solange er über keine entsprechende Einwilligung verfügt. Abgesehen davon wird sein Patient ein solches Arztzeugnis dem Arbeitgeber ohnehin nicht geben wollen, und er kann auch auf der Ausstellung eines einfachen Arztzeugnisses bestehen; etwas anders ist die Situation des Vertrauensarztes (unten Ziff. V.E.).

Muss der Arbeitgeber akzeptieren, diese Information nicht zu erhalten, weil sich der Arbeitnehmer weigert, den Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden? Es gilt: Der Arbeitnehmer ist gestützt auf seine arbeitsvertragliche Treuepflicht verpflichtet, den Arzt gegenüber dem Arbeitgeber hinsichtlich derjenigen Informationen von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden, an denen der Arbeitgeber ein *berechtigtes Interesse* hat.<sup>45</sup> Verweigert der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber den Zugang zu einer Information, an der der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat, verletzt er seine Treuepflicht.<sup>46</sup>

### C. Exkurs: Datenaustausch zwischen Arbeitgeber, Case Management und Krankentaggeldversicherung

In der Praxis kann ein Arbeitgeber auf anderen Wegen – also nicht durch den (Vertrauens-)Arzt – von der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit erfahren. In Fällen länger dauernder Arbeitsunfähigkeit wird heute in der Regel ein Case Management durchgeführt, das die Wiedereingliederung des Arbeitnehmers bezweckt. Bei damit einhergehenden Abklärungen kann eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit festgestellt werden. Die personelle Verbindung zwischen Case Management und Arbeitgeber kann zu einem problematischen Datenfluss führen, indem für die Kündigung zuständige Stel-

<sup>38</sup> Vgl. STENDEL (FN 35), 265.

<sup>39</sup> BGE 98 IV 217 E. 2.

<sup>40</sup> DAVID VASELLA, Zur Freiwilligkeit und zur Ausdrücklichkeit der Einwilligung im Datenschutzrecht, Jusletter vom 16.11.2015, N 25 ff.

<sup>41</sup> BRUNO BAERISWYL, Stämpflis Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Bern 2015, Art. 4 DSGVO N 69; vgl. VASELLA (FN 40), N 25 f. m.w.H.

<sup>42</sup> VASELLA (FN 40), N 41.

<sup>43</sup> DAVID ROSENTHAL, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2. A., Zürich 2018, Art. 4 DSGVO N 83.

<sup>44</sup> Vgl. STENDEL (FN 35), 265.

<sup>45</sup> STENDEL (FN 35), 266; vgl. auch MÜLLER (FN 35), AJP 2010, 171.

<sup>46</sup> Vgl. STENDEL (FN 35), 266.

len von der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit erfahren. Problematisch hieran ist der Umstand, dass der Arbeitnehmer, der sich einem Case Management unterziehen muss, der Datenbearbeitung im Hinblick auf die Wiedereingliederung zustimmt (genauer: faktisch zustimmen muss). Wenn der Arbeitgeber nach Kenntnisnahme der Arbeitsplatzbezogenheit der Arbeitsunfähigkeit eine Kündigung ausspricht, tut er dies gestützt auf eine Datenbearbeitung, die bei der Datenbeschaffung nicht bezweckt und erkennbar war. Auch wenn vorgängig zum Case Management eine Zustimmungserklärung zum Datenaustausch mit dem Arbeitgeber eingeholt wird, bleibt das Vorgehen problematisch, weil die verschiedenen Einwilligungen im Rahmen eines Case Managements nicht ganz freiwillig sind,<sup>47</sup> auch nicht in jedem Fall aufgeklärt erfolgen dürften und sich der Arbeitnehmer regelmässig verpflichtet fühlt, seine Zustimmung abzugeben, weil er seinen Arbeitsplatz nicht verlieren will oder die Tragweite seiner Einwilligung nicht beurteilen kann.

Dieselbe Problematik besteht im Kontext von Krankentaggeldversicherungen, die nach der Anmeldung von Versicherungsansprüchen eigene Abklärungen tätigen. Erkennen Krankentaggeldversicherungen eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, stellen sie ihre Leistungen nach Gewährung einer Übergangszeit (die regelmässig der Kündigungsfrist entspricht) ein. Die Einstellung der Versicherungsleistungen wird dem Arbeitgeber als Versicherungsnehmer mitgeteilt. Er weiss damit, dass der Arbeitnehmer nach Auffassung der Krankentaggeldversicherung nicht krank ist; liegt ein abweichendes, wenn auch glaubwürdiges Arztzeugnis des Arbeitnehmers vor, weiss der Arbeitgeber, dass es sich bei der Krankheit um eine arbeitsplatzbezogene handelt, auch wenn dies im Arztzeugnis nicht offengelegt wird.

Der Datenaustausch, sei er nun beabsichtigt oder nicht, zwischen Arbeitgeber, Case Management und Krankentaggeldversicherung ist, wenn er direkt und ohne Einwilligung des Arbeitnehmers erfolgt, rechtswidrig. Kann der Arbeitgeber aus dem Verhalten des Krankenversicherers, dessen Vertragspartner er ist, seine Schlüsse ziehen, liegt zwar kein rechtswidriger Datenfluss vor, aber die Konstellation, dass besonders schützenswerte Personendaten faktisch dann doch zwischen Arbeitgeber, Case Management und Krankenversicherer ausgetauscht werden, ist unbefriedigend. Besser ist es, den Datenfluss zu «offizialisieren» und andere (transparente) Wege auf-

zuzeigen, wie der Arbeitgeber auf zulässige Weise an die erforderlichen Informationen gelangt.

#### D. Hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Arbeitsplatzbezogenheit der Krankheit?

In der Praxis haben sich in Form des Standardinhalts von Arztzeugnissen Konventionen darüber gebildet, an welchen Daten des Arbeitnehmers der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat. Der Arzt darf zum Standardinhalt eines Arztzeugnisses Auskunft geben, wenn er dem Patienten ein Arztzeugnis ausgestellt hat. Auch der Vertrauensarzt darf nach der vertrauensärztlichen Untersuchung Fragen in diesem Umfang beantworten. Der Standardinhalt von Arztzeugnissen ist aber in Bezug auf die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ungenügend.<sup>48</sup>

Vereinzelt bejahen Autoren ein Recht des Arbeitgebers, zu erfahren, ob die Arbeitsunfähigkeit seines Arbeitnehmers arbeitsplatzbezogen ist oder nicht,<sup>49</sup> ohne allerdings aufzuzeigen, welche Überlegungen zu dieser Annahme führen und gestützt auf welche rechtliche Grundlage der Arzt dem Arbeitgeber diese Information offenlegen darf. So soll gemäss RUDOLPH und VON KAENEL der Arzt im Arztzeugnis darauf hinweisen, dass die Arbeitstätigkeit in einem anderen personellen Umfeld möglich ist.<sup>50</sup> Allerdings beziehen sich die Autoren dabei auf den Fall, dass innerhalb des gleichen mittleren bis grossen Unternehmens ein Stellenwechsel denkbar ist, der Arbeitnehmer somit den Arbeitsplatz ohne Kündigung wechseln kann.<sup>51</sup> Detaillierte Ausführungen zur Frage, welche Informationen der Vertrauensarzt dem Arbeitgeber weitergeben darf, macht STENGEL, lässt aber die Frage, ob der Vertrauensarzt dem Arbeitgeber ohne Entbindung von der Schweigepflicht Angaben über eine allenfalls nur arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit machen darf, letztlich offen; gestützt auf seine Liste zulässiger Fragen des Arbeitgebers bei minimaler oder maximaler Entbindung von der Schweigepflicht ist aber davon auszugehen, dass STENGEL die Weitergabe dieser Information nur bei zusätzlicher Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht als zulässig erachtet.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> Vgl. etwa § 29a des (aargauischen) Gesetzes vom 16. Mai 2000 über die Grundzüge des Personalrechts (Personalgesetz, PersG; SAR 165.100).

<sup>48</sup> Vgl. JAUCH (FN 3), 2.

<sup>49</sup> MIRJAM PHILIPPART, 10 Fragen zum Arztzeugnis, Durchblick vom 11.7.2016, Internet: <https://www.atupri.ch/de/blog/durchblick/arztzeugnis> (Abruf 14.6.2020).

<sup>50</sup> RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 366.

<sup>51</sup> RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 366.

<sup>52</sup> STENGEL (FN 35), 270 f.



Mit Art. 328b OR hat der Gesetzgeber für das Arbeitsrecht eine spezifische Norm über den Datenschutz im Arbeitsrechtsverhältnis geschaffen,<sup>53</sup> der die Datenbearbeitung über das Datenschutzgesetz hinaus beschränkt.<sup>54</sup> Grundsätzlich darf der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer nur Angaben und Daten verlangen und bearbeiten, welche im Zusammenhang mit der Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflicht stehen (Art. 328b OR).<sup>55</sup> Es ist ein genügender Bezug zum Arbeitsverhältnis erforderlich,<sup>56</sup> andernfalls die Datenbearbeitung unzulässig ist.<sup>57</sup> Gemäss STAEHELIN ist diese Voraussetzung unter anderem bei Daten gegeben, die «der Klärung und Konkretisierung der einzelnen Rechte, Pflichten und Obliegenheiten der Parteien» dienen und welche die «ordnungsgemässe Erbringung der Arbeitsleistung» betreffen.<sup>58</sup>

Der Umfang der zulässigen Datenbearbeitung durch den Arbeitgeber ergibt sich aus einer Interessenabwägung, wobei die Interessen des Arbeitgebers überwiegen müssen, damit die Datenbearbeitung durch den Arbeitgeber rechtmässig ist.<sup>59</sup> Die Antwort auf die Frage, ob der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Arbeitsplatzbezogenheit der Arbeitsunfähigkeit hat,<sup>60</sup> ergibt sich unseres Erachtens daher aus einer Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers einerseits und jener des Arbeitgebers andererseits:

- Der Arbeitgeber kann ein berechtigtes, überwiegendes Interesse an dieser die Krankheit konkretisierenden Information haben, wenn sie für seine legitimen Zwecke erforderlich ist und sein Interesse an der Information die Interessen des Arbeitnehmers überwiegt.<sup>61</sup>
- Auf der anderen Seite stehen die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers. Er hat ein Recht auf Wahrung seiner Intim- und Privatsphäre. Zudem steht ihm das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu. Ge-

sundheitsdaten sind besonders schützenswerte Personendaten (Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSGVO).

Was spricht für, was spricht gegen die Pflicht zur Offenlegung der Information, dass die Krankheit nur arbeitsplatzbezogen ist, der Arbeitnehmer also überall anders einsatzfähig wäre?

- Wird die Arbeitsplatzbezogenheit der Krankheit offengelegt, erhält der Arbeitgeber eine Teildiagnose; er wird dann wissen, dass die Erkrankung mit grosser Wahrscheinlichkeit dem psychischen Formenkreis zuzuordnen ist, und er kann auf Depression, Burnout, Angstzustände oder andere psychische Erkrankungen schliessen. Diese Information tangiert die Privatsphäre des Arbeitnehmers klar, was gegen die Pflicht zur Offenlegung spricht.
- Mit der Aussage «arbeitsplatzbezogen» wird auf der anderen Seite keine genauere Diagnose gestellt, die Erkrankung lässt sich nicht weiter konkretisieren; auch Angaben über ihre Schwere fehlen. Immerhin lässt sich daraus ableiten, dass die offenbar psychische Erkrankung noch nicht so gravierend ist, dass der Arbeitnehmer generell nicht mehr arbeitsfähig ist.
- Der Arbeitnehmer riskiert, wenn die Arbeitsplatzbezogenheit nachgewiesen ist, seine Kündigung. Da die Kündigung in diesem Fall aber rechtmässig wäre, kann daraus kein legitimes Interesse zugunsten des Arbeitnehmers abgeleitet werden.
- In die Interessenabwägung einzubeziehen ist, dass ein Arbeitnehmer, der wegen einer psychischen Belastungssituation arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähig ist, aus mehreren Gründen zeitnah wieder in die Arbeitswelt eingegliedert werden sollte: Eine lang andauernde Krankheit aus dem psychischen Formenkreis belastet seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt und wirkt sich negativ auf das berufliche Fortkommen aus; die Krankheit kann zu Folgekrankheiten führen, die dann tatsächlich in einer nicht (mehr nur) arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit enden.
- Den Arbeitgeber trifft gegenüber dem Arbeitnehmer eine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR), die zum Schutz von gesundheitlich angeschlagenen Mitarbeitern noch in verstärktem Mass gilt.<sup>62</sup> Kümmert sich der Arbeitgeber nicht um den offensichtlich kranken oder leidenden Arbeitnehmer, kann er unter dem Titel «ungenügende Fürsorge» schadenersatzpflichtig werden. Seiner Fürsorgepflicht kann der Arbeitgeber aber nur

<sup>53</sup> PORTMANN/WILDHABER (FN 31), N 431.

<sup>54</sup> ADRIAN VON KAENEL, Medizinische Untersuchungen und Tests im Arbeitsverhältnis, ArbR 2006, 93 ff., 98.

<sup>55</sup> Vgl. STENGEL (FN 35), 267; ROLAND MÜLLER/CAROLINE VON GRAFFENRIED, Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung, recht 2011, 156 ff., 163.

<sup>56</sup> ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 319–330a OR, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Zürich 2006 (zit. ZK-STAEHELIN), Art. 328b OR N 1, 4, 6; PORTMANN/WILDHABER (FN 31), N 438; STENGEL (FN 35), 267; VON KAENEL (FN 54), 97. VON KAENEL (FN 54), 98.

<sup>57</sup> ZK-STAEHELIN (FN 56), Art. 328b OR N 6.

<sup>58</sup> ZK-STAEHELIN (FN 56), Art. 328b OR N 8.

<sup>59</sup> Vgl. STENGEL (FN 35), 266.

<sup>60</sup> Vgl. STENGEL (FN 35), 266.

<sup>61</sup> Vgl. ZK-STAEHELIN (FN 56), Art. 328b OR N 8; STENGEL (FN 35), 165 f.

<sup>62</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (FN 3), N 489.

nachkommen, wenn er weiss, was dem Arbeitnehmer fehlt – bei physischen Leiden akzeptiert das jedermann (und verlangt bei Rückenleiden ein Stehpult), bei psychischen Erkrankungen aber nicht. Die Fürsorgepflicht spricht mithin für eine Offenlegung.

- Der Arbeitgeber hat ein legitimes Interesse, zu wissen, ob eine Kündigung des kranken Arbeitnehmers wegen der Geltung einer Sperrfrist möglich ist oder nicht. Dafür muss er wissen, ob die Krankheit arbeitsplatzbezogen ist oder nicht. Verweigert man ihm das Recht auf diese Information, wird der Arbeitnehmer zumindest faktisch durch Art. 336c Abs. 1 lit. b OR geschützt, obwohl die Bestimmung diesen Schutz gar nicht bezweckt.
- Schliesslich spricht ein Stück weit auch die Beweislage des Arbeitnehmers für eine Offenlegungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber, der ohne Mitwirkung des Arbeitnehmers nicht in der Lage ist, zu beweisen, dass die Arbeitsunfähigkeit arbeitsplatzbezogen ist (ausführlich zur Beweisführung und Beweislast unten Ziff. V.E.).

Es erscheint vor dem Hintergrund dieser Interessen rechtsmissbräuchlich, wenn sich ein Arbeitnehmer auf die ärztliche Schweigepflicht, seine Persönlichkeitsrechte und den Datenschutz beruft, um von einem zeitlichen Kündigungsschutz zu profitieren, der ihm nach Sinn und Zweck des Gesetzes nicht zustehen soll.

Selbst wenn man nicht so weit gehen wollte, führt eine *Interessenabwägung* letztlich zum gleichen Ergebnis. Der Arbeitnehmer muss offenlegen (beweisen), dass er krank ist, und dies beweist er durch ein entsprechendes Arzzeugnis. Spricht man sich für die Pflicht zur Offenlegung der Arbeitsplatzbezogenheit aus, ist im Arzzeugnis lediglich der Hinweis anzubringen, «arbeitsplatzbezogen ja» oder «arbeitsplatzbezogen nein». Diese zusätzliche Information greift nicht wesentlich in die Persönlichkeits- und Datenschutzrechte des Arbeitnehmers ein. Auf der anderen Seite stehen die Interessen des Arbeitgebers, sein Kündigungsrecht korrekt ausüben zu können, zumal der Arbeitnehmer kein rechtlich geschütztes Interesse daran hat, dass ihm nicht gekündigt wird.

Der Arbeitgeber hat damit ein berechtigtes, das Interesse des Arbeitnehmers überwiegendes Interesse, zu wissen, ob der Arbeitnehmer arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähig ist oder nicht. Daraus folgt die Pflicht des Arbeitnehmers, den Arzt auch in diesem Punkt vom Arztgeheimnis zu entbinden. Demnach darf der Vertrauensarzt – sofern der Arbeitnehmer nichts Gegenteiliges bestimmt – dem Arbeitgeber sagen, ob eine arbeitsplatzbezogene Krankheit vorliegt oder nicht, weil diese Fra-

ge im Rahmen des für die berechtigten und erkennbaren Zwecke des Arbeitgebers Erforderlichen liegt. Verweigert der Arbeitnehmer die Entbindung von der (vertrauens-) ärztlichen Schweigepflicht, ist dies eine Verletzung der Treuepflicht und damit eine Vertragsverletzung.

## E. Beweisführung, Beweislast und Beweisprobleme bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit

Im Zusammenhang mit dem Kündigungsrecht bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit und mit dem Anspruch auf deren Kenntnis stellen sich auch Beweisfragen: Was gilt, wenn sich der Arbeitnehmer weigert, den Arzt vom Arztgeheimnis zu entbinden?

Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit obliegt dem Arbeitnehmer.<sup>63</sup> Das folgt aus Art. 8 ZGB,<sup>64</sup> wonach derjenige, der aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableiten will, ihr Vorhandensein beweisen muss.<sup>65</sup> Dieser Obliegenheit kommt der Arbeitnehmer in der Regel durch Vorlage eines Arzzeugnisses nach.<sup>66</sup> Das Arzzeugnis stellt allerdings kein absolutes Beweismittel dar,<sup>67</sup> sondern der Inhalt des Arzzeugnisses kann durch andere Beweismittel widerlegt werden.<sup>68</sup> Dafür bedarf es aber ernsthafter Gründe.<sup>69</sup>

Der Arbeitgeber seinerseits kann bei objektiven und begründeten Zweifeln an der Richtigkeit des Arzzeugnisses eine vertrauensärztliche Untersuchung verlangen, um das Arzzeugnis zu verifizieren.<sup>70</sup> Die Aufforderung, einen Vertrauensarzt aufzusuchen, ist als Weisung i.S.v. Art. 321d Abs. 1 OR zu qualifizieren.<sup>71</sup> Der Arbeitnehmer muss berechnete Weisungen aufgrund seiner Treuepflicht befolgen (Art. 321d Abs. 2 OR).<sup>72</sup> Auch der Vertrauensarzt ist an das Arztgeheimnis gebunden,<sup>73</sup> daher gelten auch für ihn die Regeln über die ärztliche Schweigepflicht. Verweigert der Arbeitnehmer die berechtigterweise ver-

<sup>63</sup> BGer, 4C.346/2004, 15.2.2005, E. 4.1; GLOOR (FN 2), 6; RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 365.

<sup>64</sup> BGer, 4C.346/2004, 15.2.2005, E. 4.1.

<sup>65</sup> MÜLLER (FN 35), AJP 2010, 169.

<sup>66</sup> BGer, 4C.346/2004, 15.2.2005, E. 4.1; GLOOR (FN 2), 6; STENGEL (FN 35), 18, 167.

<sup>67</sup> BGer, 1C\_64/2008, 14.4.2008, E. 3.4; BGer, 4C.346/2004, 15.2.2005, E. 4.1.

<sup>68</sup> BGer, 1C\_64/2008, 14.4.2008, E. 3.4.

<sup>69</sup> BGer, 1C\_64/2008, 14.4.2008, E. 3.4; STENGEL (FN 35), 141, 193.

<sup>70</sup> RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 365; STENGEL (FN 35), 167 f.; PORTMANN/WILDHABER (FN 31), N 318; BGer, 4A\_140/2009, 12.5.2009, E. 5.2.

<sup>71</sup> STENGEL (FN 35), 98; MÜLLER/VON GRAFFENRIED (FN 55), 163.

<sup>72</sup> STENGEL (FN 35), 98, 163.

<sup>73</sup> MÜLLER/VON GRAFFENRIED (FN 55), 163; STENGEL (FN 35), 168.

langte vertrauensärztliche Untersuchung, wird dadurch das bestehende Arbeitsunfähigkeitszeugnis entkräftet.<sup>74</sup> Gleiches muss unseres Erachtens gelten, wenn der Arbeitnehmer zwar den Vertrauensarzt aufsucht, ihm aber untersagt, dem Arbeitgeber Auskunft über eine allfällige arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit zu erteilen.

Wer muss die Arbeitsplatzbezogenheit der Arbeitsunfähigkeit beweisen? Muss der Arbeitnehmer beweisen, dass seine Arbeitsunfähigkeit genereller Natur ist und er sich auf den Kündigungsschutz in Art. 336c OR berufen kann? Oder liegt die Beweislast beim Arbeitgeber, der von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht, obwohl der Arbeitnehmer wegen Krankheit nicht arbeiten kann? Beide Varianten erscheinen auf den ersten Blick vertretbar; immerhin wollen bei dieser Ausgangslage beide Parteien aus bestimmten Tatsachen bestimmte Rechte ableiten (Art. 8 ZGB): Der Arbeitnehmer will sich gestützt auf seine Arbeitsunfähigkeit auf den zeitlichen Kündigungsschutz berufen, um die Nichtigkeit der Kündigung oder die Verlängerung der Kündigungsfrist zu bewirken. Der Arbeitgeber will aus der Tatsache der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit das Kündigungsrecht trotz (in der Regel) attestierter Arbeitsunfähigkeit ableiten.

In der Praxis wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, die Beweislast liege beim Arbeitgeber, der zu beweisen habe, dass es sich nur um eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit handle.<sup>75</sup> Dies mit der Überlegung, der Arbeitnehmer habe die Arbeitsunfähigkeit mittels Arztszeugnis bewiesen; nun sei es am Arbeitgeber, den Umstand zu beweisen, der ihn doch zu einer wirksamen Kündigung berechtige.<sup>76</sup> Vertretbar ist genauso gut der Standpunkt, der Arbeitnehmer habe die Tatsache zu beweisen, dass die Arbeitsunfähigkeit genereller Natur sei, weil er hieraus die Sperrfrist ableite. Das müsste jedenfalls dann gelten, wenn die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit gar nicht als Arbeitsunfähigkeit oder Krankheit i.S.v. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR qualifiziert wird (oben Ziff. III.), mit der Folge, dass der Arbeitnehmer die generelle Arbeitsunfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung nachweisen muss.

Auch weitere Überlegungen stützen diesen Standpunkt: Grundsätzlich gilt die Kündigungsfreiheit. Der

zeitliche Kündigungsschutz begründet eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Demnach ist es Aufgabe des Arbeitnehmers, zu beweisen, dass seine Anstellungschancen als sehr unwahrscheinlich einzustufen sind, weshalb der Arbeitgeber sein Kündigungsrecht nicht frei ausüben kann. Hinzu tritt das Argument der Beweishöhe, von welcher der Arbeitnehmer profitiert, während der Arbeitgeber wegen der ärztlichen Schweigepflicht und der Persönlichkeits- und Datenschutzrechte konstant auf die Kooperationsbereitschaft des Arbeitnehmers angewiesen ist. Selbst wenn man der Meinung ist, grundsätzlich habe der Arbeitgeber die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit zu beweisen, ist dann von einer Beweislastumkehr auszugehen, wenn sich der Arbeitnehmer weigert, den Vertrauensarzt in Bezug auf die Frage der Arbeitsplatzbezogenheit der Arbeitsunfähigkeit von der Schweigepflicht zu entbinden.<sup>77</sup>

Die Ausführungen dürfen nicht über die tatsächliche Schwierigkeit hinwegtäuschen, die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit festzustellen und zu beweisen.<sup>78</sup> Die Feststellung der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit durch den Arzt ist schwierig, da sie zumeist in nicht messbaren psychischen Belastungssituationen begründet ist.<sup>79</sup> Bei der Beurteilung kann sich der Arzt daher häufig nur auf die Äusserungen des Patienten abstützen.<sup>80</sup> Die Situation des attestierenden Arztes wird mit der Zulässigkeit der Kündigung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit nicht einfacher, weil von seiner Feststellung (arbeitsplatzbezogen oder nicht) das Kündigungsrecht abhängt. Deshalb wird eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit durch den Arzt nicht leichthin angenommen werden.

## VI. Spezialfall öffentlicher Arbeitgeber

Der öffentliche Arbeitgeber (Bund, Kantone, Gemeinden) ist nicht an das Obligationenrecht gebunden; er erlässt eigenes öffentliches Personalrecht, das vom Obligationenrecht abweichen kann. Die Frage des Kündigungsschutzes stellt sich beim öffentlichen Arbeitgeber pointiert, weil der Kündigungsschutz im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis regelmässig besser ausgestaltet ist als im Obligationenrecht. So ist gemäss Art. 31a Abs. 1 BPV beim Bundespersonal eine Kündigung bei Arbeitsver-

<sup>74</sup> RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 365.

<sup>75</sup> GLOOR (FN 2), 6; STARK-TRABER/EHRENSPERGER (FN 29), 2; RAFAEL LÖTSCHER/MARINA GRABER, Fachartikel: Die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, BDO News und Einblicke vom 12.12.2018, Internet: <https://www.bdo.ch/de-ch/themen/fachartikel/nl/die-arbeitsplatzbezogene-arbeitsunfähigkeit> (Abruf 14.6.2020).

<sup>76</sup> GLOOR (FN 2), 6; HABRIK (FN 8).

<sup>77</sup> Vgl. MÜLLER/VON GRAFFENRIED (FN 55), 164.

<sup>78</sup> HABRIK (FN 8).

<sup>79</sup> RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 365.

<sup>80</sup> HABRIK (FN 8); RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 365.

hinderung wegen Krankheit nach Ablauf der Probezeit frühestens nach zwei Jahren ab Beginn der Arbeitsverhinderung möglich; der öffentliche Arbeitgeber hat hier ein ganz erhebliches Interesse, zu wissen, ob die Arbeitsverhinderung arbeitsplatzbezogen ist oder nicht. Im Gegensatz zum Privatrecht ist der einzelne Kanton oder die Gemeinde frei, eine Frage anders zu regeln als im OR. Es kann mithin vorgesehen werden, dass durch ein Arztzeugnis nachzuweisen ist, dass keine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorliegt. Dies ist bis anhin erstaunlicherweise unterblieben, mag aber an der Rechtsentwicklung liegen, die zwischen diesen beiden Formen der Arbeitsunfähigkeit noch nicht allzu lange differenziert.

Selbst wenn im öffentlichen Personalrecht eine entsprechende gesetzliche Grundlage zur Verfügung stehen würde, ist der öffentliche Arbeitgeber nicht frei, bei arbeitsplatzbezogener Krankheit zu kündigen; er ist verstärkt an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden und darf eine Kündigung nur aussprechen, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist und auch die Interessen des Arbeitnehmers berücksichtigt.<sup>81</sup>

## VII. Fazit

Gestützt auf die überwiegende Lehrmeinung und die kantonale Rechtsprechung wird die Kündigung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit ohne Respektierung der Sperrfristen als zulässig erachtet. Es fehlt für den Kündigungsschutz bereits die Anspruchsvoraussetzung der generellen Arbeitsunfähigkeit.

Die Rolle des Arztes ist zentral: Der attestierende Arzt hat die Aufgabe, festzustellen, ob eine Arbeitsunfähigkeit arbeitsplatzbezogen oder genereller Natur ist. Diese Beurteilung ist anspruchsvoll, da häufig auf nicht überprüfbare Angaben des Patienten abgestellt werden muss und die Aussage, die Arbeitsunfähigkeit sei nur arbeitsplatzbezogen, für den Arbeitnehmer gravierende Konsequenzen hat. Die Feststellung einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit sollte und wird deshalb nicht leichthin erfolgen. Der Arzt ist an die ärztliche Schweigepflicht gebunden. Ohne Einwilligung des Arbeitnehmers erfährt der Arbeitgeber nichts über die Arbeitsplatzbezogenheit der Erkrankung seines Arbeitnehmers. Weil der Arbeitgeber ein überwiegendes Interesse an der Kenntnis der Arbeitsplatzbezogenheit der Arbeitsunfähigkeit hat, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, den Arzt in dieser Frage vom

Arztgeheimnis zu entbinden. Bei der vertrauensärztlichen Untersuchung darf die Frage vom Arbeitgeber gestellt und vom Arzt beantwortet werden, wenn der Arbeitnehmer dies nicht ausdrücklich ausschliesst. Verweigert der Arbeitnehmer die Zustimmung, hat er den Beweis einer bestehenden Krankheit, die ihn von der Erbringung der Arbeitsleistung ausschliesst, nicht erbracht.

Trotzdem: Die Kündigung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit wird schwierig bleiben, weil es die ärztliche Beurteilung ist.

<sup>81</sup> ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI/ANDREA CARONI, Kündigung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse in öffentlichen Unternehmen, AJP 2020, 875 ff., 882 f.