

Jürg Oskar Luginbühl / Dr. med. Toni Brühlmann

Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine Problematik an der Schnittstelle von Medizin und Recht

Der Beitrag befasst sich mit der Schnittstelle zwischen Medizin und Recht, die immer dann entsteht, wenn Arbeitnehmer aufgrund eines Arbeitskonflikts oder Stress am Arbeitsplatz erkranken. Es wird aufgezeigt, dass eine rechtliche Einordnung des Phänomens «arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit» ohne medizinische Grundkenntnisse der konflikt- oder stressbedingten Erkrankungsformen nicht möglich ist.

Rechtsgebiet(e): Gesundheitsrecht; Arbeitsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Jürg Oskar Luginbühl / Toni Brühlmann, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine Problematik an der Schnittstelle von Medizin und Recht, in: Jusletter 19. August 2013

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit (Grundthematik)
- III. Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit bei psychischen Einschränkungen
 1. Ausgangslage
 2. Typische Erscheinungsbilder psychischer Erkrankungen aufgrund von Arbeitskonflikten
 3. Das Arztzeugnis
 4. Die dogmatische Einordnung arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit
 - 4.1. Das Axiom der «Teilbarkeit» seelischer Beeinträchtigungen
 - 4.2. Empirik und Wissenschaft
 - 4.2.1. Übersicht
 - 4.2.2. Burnout / Depression im Besonderen
 - 4.3. Sperrfristwirkung bei psychischer Erkrankung
 - 4.4. Judikatur
- IV. Zusammenfassung

I. Einleitung

[Rz 1] Unter dem Titel «Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit» haben ADRIAN VON KAENEL und ROGER RUDOLPH in *SJZ 106 (2010) Nr. 15* einen lesenswerten und für die Praxis wichtigen Aufsatz veröffentlicht. Der juristische Autor des vorliegenden Beitrags stellt die Grundthematik kurz in allgemeiner Form vor. Anschliessend wird die Kernthematik (arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit bei psychischen Erkrankungen) behandelt. Sie stellt eine Entgegnung zum Aufsatz der vorerwähnten Autoren dar. Der hier vertretenen Auffassung entsprechend findet eine interdisziplinäre Auseinandersetzung mit der Kernthematik statt.

II. Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit (Grundthematik)

[Rz 2] Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ist kein neues Thema. Es gab sie schon immer, etwa wenn ein Zirkusartist sich verletzt und deshalb Ersatz für die atemberaubende Trapeznummer gesucht werden muss, oder wenn eine Opernsängerin auf die Premiere hin an einer schweren Erkältung erkrankt, was die Intendanz regelmässig in die Breddouille bringt. Oder etwas prosaischer: Ein Mitarbeiter bricht sich das Bein und ist deshalb nicht mehr in der Lage, den angestammten Lieferdienst (Post, Möbel, technische Geräte etc.) zu versehen.

[Rz 3] Solche Fälle sind bis heute eher selten. Noch seltener sind Rechtshändel in solchen Fällen arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit. Ob einem Arbeitnehmer¹, der an seinem vertraglich definierten Arbeitsplatz vorübergehend nicht einsetzbar ist, im Betrieb eine andere Aufgabe zugewiesen werden kann, entscheidet sich nach den Kriterien der Zumutbarkeit und der Verfügbarkeit.²

¹ Zugunsten der besseren Lesbarkeit wird im Text die männliche Form verwendet. Letztlich sind ja immer Menschen angesprochen.

² Dies jedenfalls immer dann, wenn keine vertragliche Vereinbarung für solche Fälle getroffen wurde, was regelmässig der Fall ist.

[Rz 4] Rechtsdogmatisch stellt sich also in jedem Einzelfall die Frage, wie weit das Weisungsrecht des Arbeitgebers unter dem Aspekt der Zumutbarkeit reicht. In dieser Hinsicht kann vollumfänglich auf die Ausführungen in *SJZ 106 (2010) Nr. 15* verwiesen werden.³ Der Trapezkünstler wird somit kaum als Programmverkäufer eingesetzt, die Opernsängerin nicht als Platzanweiserin oder einfache Bürokräftin beschäftigt werden können. Hingegen ist die Versetzung des gehbehinderten Chauffeurs ins Büro durchaus vertretbar – immer vorausgesetzt, der behandelnde Arzt erachtet eine sitzende Tätigkeit als möglich, d.h. nicht heilungsverzögernd.⁴

III. Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit bei psychischen Einschränkungen

1. Ausgangslage

[Rz 5] Im Arbeitsalltag kommen psychische Erkrankungen häufig vor.⁵ Ursache sind regelmässig ungelöste Konflikte am Arbeitsplatz, gelegentlich auch Stress.⁶ Teilweise oder vollständige Arbeitsunfähigkeit sind häufige Folgen. Bis vor wenigen Jahren wurde in solchen Fällen der zeitliche Kündigungsschutz nie in Frage gestellt: Solange die gesetzliche Sperrfrist nicht abgelaufen war, konnte die Arbeitgeberin nicht kündigen.⁷

[Rz 6] In ihrem im Jahre 2010 erschienenen Aufsatz vertreten VON KAENEL/RUDOLPH nun erstmals einen anderen Ansatz. Sie gehen davon aus, die ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit bei psychischen Erkrankungen (Burnout/Depression) gelte grundsätzlich immer nur im bestehenden Arbeitsverhältnis und auch dort nur am spezifischen Arbeitsplatz innerhalb des Unternehmens. Daraus ziehen die Autoren den Schluss, das Arbeitsverhältnis könne auch während laufender Sperrfrist gekündigt werden, sofern dem erkrankten Arbeitnehmer innerhalb des Unternehmens kein anderer Arbeitsplatz angeboten wird oder nicht angeboten werden kann. Sie gehen mithin davon aus, die Auswirkungen einer psychischen

³ *a.a.O.*, Ziff. II. lit. A.; S. 362

⁴ Mangelhafte Deutschkenntnisse dürften einen Einsatz für allgemeine Büroarbeiten unter Umständen ebenfalls ausschliessen.

⁵ vgl. etwa: SECO, *Mobbing – Begriff und rechtliche Aspekte* und SECO *Stressstudie 2010, Stress bei Schweizer Erwerbstätigen – Zusammenhänge zwischen Arbeitsbedingungen, Personenmerkmalen, Befinden und Gesundheit*, beide abrufbar unter www.seco.admin.ch. Das SECO bezeichnet bspw. das Mobbingvorkommen in der Schweiz trotz vorsichtiger Interpretation der eigenen Mobbingstudie aus dem Jahr 2002 als *eher hoch* (Zusammenfassung der Studie «Mobbing und andere psychosoziale Spannungen am Arbeitsplatz in der Schweiz» www.seco.admin.ch).

⁶ vgl. dazu: PORTMANN, *Stresshaftung im Arbeitsverhältnis*, in: ARV/DTA 2008 S. 1 ff.

⁷ Aus Sicht der Autoren muss dies ganz überwiegend auch heute noch gelten.

Beeinträchtigung, ausgelöst durch Arbeitskonflikt oder Stress, sei auf die Konfliktsituation am angestammten Arbeitsplatz beschränkt. Für die arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen würden deshalb dieselben Grundsätze gelten wie für die seit langem bekannten, aber eher selten auftretenden Fälle gesundheitlicher Beeinträchtigungen aus anderen Gründen.⁸

[Rz 7] Im Folgenden wird diese Rechtsauffassung aus rechtlicher und medizinischer Sicht einer kritischen Analyse unterzogen. Im Ergebnis vertreten die Autoren die Auffassung, der dogmatische Ansatz von VON KAENEL/RUDOLPH sei aus verschiedenen Gründen abzulehnen.

2. Typische Erscheinungsbilder psychischer Erkrankungen aufgrund von Arbeitskonflikten

[Rz 8] Dauerhafte Arbeitskonflikte oder übermässiger Stress wirken sich in gesundheitlicher Hinsicht in aller Regel negativ aus. Häufig entwickelt sich ein Burnout, welches dann nicht selten in eine Depression hineinführt.⁹ Burnoutbedingte Depressionen haben Krankheitswert und führen regelmässig dazu, dass ein konsultierter Arzt ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis ausstellt. Den Erkrankungen ist eigen, dass sie *lange andauern*, in der Regel mehrere Monate oder länger. In Einzelfällen führen sie zur Berufsunfähigkeit im invalidenrechtlichen Sinne.¹⁰

[Rz 9] Im Folgenden beschränkt sich die Darstellung der Problematik auf die Fälle von Depression und Burnout, da sie den weitaus grössten Teil psychischer Erkrankungen am Arbeitsplatz ausmachen, die durch einen Arbeitskonflikt oder Stress ausgelöst werden.¹¹

3. Das Arztzeugnis

[Rz 10] Die Praxiserfahrung zeigt, dass Arbeitsunfähigkeitszeugnisse mit einer gewissen Regelmässigkeit im Umfeld angekündigter oder bereits ausgesprochener Kündigungen ausgestellt werden.¹² In solchen Konstellationen ist es angezeigt, sowohl die Arbeitgeber- wie auch die

Arbeitnehmerperspektive auszuleuchten.¹³ Die *Arbeitgeberperspektive* (und diejenige allenfalls involvierter Taggeldversicherungen) in einem solchen Umfeld ist regelmässig von einigem Misstrauen geprägt.¹⁴ Diese Sicht ist grundsätzlich nachvollziehbar.

[Rz 11] Die *Arbeitnehmerperspektive* ist regelmässig eine andere: Viele Opfer von Arbeitskonflikten oder Stress legen über lange Zeit einen ausgeprägten Durchhaltewillen an den Tag.¹⁵ Die Gründe dafür sind vielfältig: Man will unbedingt den Verlust des Arbeitsplatzes verhindern, glaubt daran, dass sich alles zum Guten wenden wird, und – besonders tückisch – vermag die zunächst auftretenden Symptome wie Kopf- und/oder Rückenschmerzen, Schlafstörungen, Reizbarkeit, Störungen des Verdauungstraktes etc. *nicht richtig einzuordnen*. Zu Recht wird beispielsweise bei Mobbing oder mobbingähnlichen Handlungen («Schikanen»), die nicht selten in eine burnoutbedingte Depression münden, von einem «hinterhältigen Charakter» gesprochen.¹⁶ Dem entspricht ein *schleichender Krankheitsverlauf*, dessen Gefahren oft gar nicht oder dann zu spät erkannt werden.¹⁷ Vor diesem Hintergrund erstaunt es wenig, wenn ein bisher im Arbeitsalltag gesund wirkender Arbeitnehmer plötzlich ein Arztzeugnis vorweist, welches eine vollständige Arbeitsunfähigkeit ausweist, weil eine Kündigung ansteht oder bereits eine Kündigung ausgesprochen worden ist.¹⁸

[Rz 12] Diskutabel ist die Arbeitgeberperspektive aber auch noch aus einem anderen Grund: Arbeitgeber, Versicherungen und nicht selten auch Juristinnen und Juristen scheinen Arztzeugnisse, die in einer solchen Konstellation ausgestellt werden, a priori anzuzweifeln.¹⁹ Aus Sicht der Verfasser dieses Beitrages ist eine solche Haltung nicht gerechtfertigt: Ärzte sind nicht nur standesrechtlich verpflichtet, korrekte Zeugnisse auszustellen, sondern sie riskieren gar ein Strafverfahren, wenn sie ein «Gefälligkeitszeugnis» ausstellen (Art. 318 des Strafgesetzbuches (StGB)). Wichtiger als diese formellen Kautelen aber ist der Umstand, dass Ärzte ganz überwiegend bemüht sind, nach bestem Wissen und

⁸ vgl. dazu: Ziff. II. hievov.

⁹ Burnout ist aus medizinischer Sicht kein eigenes Krankheitsbild, sondern eine heute weitverbreitete Ursache von verschiedenen psychischen und körperlichen Krankheiten, vgl. dazu unten 4.2.2. sodann ausführlich: LUGINBÜHL, *Schikanen am Arbeitsplatz – rechtliche, gesundheitliche und soziale Aspekte*, in: ARV 2/2010, S. 65ff., insbesondere S. 72–73.

¹⁰ Zur Prävention: LUGINBÜHL, *a.a.O.*, S. 67–69, S. 72

¹¹ Dem Autor ist kein einziger Fall bekannt, wo ein Arbeitskonflikt eine Arbeitsunfähigkeit psychischer Natur ausgelöst hat, die nicht dem Krankheitsbild von Depression / Burnout zuzuordnen wäre. Allgemein bekannt ist hingegen, dass das Mitglied einer prominenten britischen Rockband in den Siebziger Jahren an Schizophrenie erkrankte.

¹² Vgl. dazu auch: SJZ (2010), Nr. 15, S. 361

¹³ Vgl. einzig zur Arbeitgebersicht: SJZ (2010), *a.a.O.*, S. 361. Der Aufsatz von KAENEL/RUDOLPH ist deshalb nach Auffassung der Autoren zu einseitig *auf die Arbeitgeberperspektive* zugeschnitten. Der juristische Autor dieses Beitrags berät und vertritt sowohl Arbeitgeber- wie Arbeitnehmerklienten.

¹⁴ So auch: SJZ (2010), *a.a.O.*, S. 361

¹⁵ Das Phänomen wird heute als «Präsentismus» bezeichnet und ist auch ausserhalb der hier interessierenden Konstellation anzutreffen. Vgl. dazu: PÄRLI, *Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus*, in: ARV 1/2012, (Arbeit trotz Krankheit), S. 1ff.

¹⁶ vgl. dazu: HUMBERT, *Mobbing und dessen Bedeutung für die Arbeitnehmer und Arbeitgeber*, in: TREX (Der Treuhandexperte), 2/04, S. 80 ff., S. 83.

¹⁷ LUGINBÜHL, *a.a.O.*, S. 70

¹⁸ SJZ (2010), *a.a.O.*, S. 361

¹⁹ In diesem Sinne wohl auch von KAENEL/RUDOLPH, *a.a.O.*, S. 361. Vgl. dazu auch: EGLI, *Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit – Probleme mit Arztzeugnissen*, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008, S. 52.

Gewissen *korrekte Zeugnisse* auszustellen.²⁰ Das wird im Ernst niemand bestreiten wollen.²¹ Wenn es aber um handfeste Arbeitgeberinteressen geht (Lohnfortzahlungspflicht, Versicherungsleistungen), stehen Ärzte plötzlich unter Generalverdacht.²² Das ist auch unter dem Gesichtswinkel einer vernünftigen Sozialpartnerschaft abzulehnen: Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Versicherungen (wie auch deren Rechtsberater) sollten akzeptieren, dass letztlich gut ausgebildete Fachleute darüber befinden, ob jemand krank ist oder nicht. Eine schleichende Verlagerung der Entscheidungskompetenzen weg vom Fachmann hin zu einer Interessengruppe hilft letztlich niemandem und führt zu einer weiteren Verkomplizierung der ohnehin schon nicht einfachen Auseinandersetzungen bei Burnout/Depression – seien sie nun gerichtlicher oder aussergerichtlicher Natur.

[Rz 13] Bestehen Anhaltspunkte für Missbräuche stehen wirksame Gegenmassnahmen zur Verfügung: Arbeitgeber und Versicherungen können sich auf Vertrauensärzte stützen, wenn ihnen dies opportun erscheint.²³ Arbeitnehmer ihrerseits können aufgrund der (weiterhin) freien Arztwahl jederzeit den Arzt wechseln, wenn sie sich schlecht betreut fühlen.²⁴

²⁰ Dazu kommt, dass heute auch Allgemeinmediziner in grösseren Städten und deren Agglomerationen häufig über eine reiche Praxiserfahrung verfügen. Die Behandlung depressiver Patienten gehört zum Alltagsgeschäft. Zudem verfügen auch Hausärzte heute vermehrt über Zusatzausbildungen im psychiatrisch-psychologischen Bereich (z.B.: Delegierte Psychotherapie FMPP. Der Fähigkeitsausweis «Delegierte Psychotherapie» wird von der FMH verliehen.).

²¹ Diesbezüglich abwegig: ZELLER, *Krankheit und Arbeitsunfähigkeit*, abrufbar über <http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/tp/tit-zeller/publikation.html>. Der Autor vertritt die Auffassung, ärztlichen Attesten sei *grundsätzlich zu misstrauen*.

²² Die Formulierung mag pointiert sein, schwingt aber wohl auch im Aufsatz VON KAENEL/RUDOLPH mit: *a.a.O.*, S. 361, bei ZELLER ist sie Programm. Vgl. dazu: EGLI, *a.a.O.*, S. 52, wo der Autor die Problematik in die richtigen Verhältnisse rückt.

²³ Vgl. dazu etwa: MÜLLER/VON GRAFFENRIED, *Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Anstellung*, in: recht 2011 Heft 5/6, S. 156ff., S. 163f. Die Weigerung eines Arbeitnehmers, sei er privatrechtlich oder öffentlichrechtlich angestellt, dürfte trotz fehlender letzter Klarheit – es fehlt ein Bundesgerichtsurteil – heute wenig Aussicht auf Erfolg haben: Öffentlichrechtliche Arbeitnehmer unterstehen sehr häufig einem Personalerlass, der die Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung erlaubt. Privatrechtlich angestellte Arbeitnehmer unterstehen zunehmend einem GAV, der in der Regel dem Arbeitgeber das Recht einräumt, eine vertrauensärztliche Untersuchung anzuordnen. Fehlt eine Verpflichtung (kein GAV, keine einzelarbeitsvertragliche Regelung), dürfte eine Weigerung nach der heute herrschenden Lehre nur noch dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn die Gesamtumstände so sind, dass am ärztlichen Attest keine vernünftigen Zweifel möglich sind (vgl. dazu: recht 2011 Heft 5/6, *a.a.O.*, wo auch der Sonderfall behandelt wird, wie die Rechtslage ist, wenn der Arbeitnehmer *überhaupt kein Arztzeugnis* vorlegt.).

²⁴ Ein solcher Schritt will allerdings gut überlegt sein und ist nur ratsam, wenn tatsächlich handfeste Gründe für einen Arztwechsel sprechen. Umgekehrt wird man es einem Arbeitgeber nicht verargen können, wenn er nach einem Arztwechsel allenfalls eine vertrauensärztliche Untersuchung als indiziert erachtet.

4. Die dogmatische Einordnung arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit

4.1. Das Axiom der «Teilbarkeit» seelischer Beeinträchtigungen

[Rz 14] VON KAENEL/RUDOLPH gehen davon aus, dass *nur arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit* immer dann vorliegt, wenn aufgrund einer «psychischen Belastung mit Krankheitswert», die auf einen Arbeitskonflikt oder auf Stress zurückgeht, die vertraglich zugewiesene Arbeit am angestammten Arbeitsplatz nicht mehr erfüllt werden kann.²⁵ Sie *verzichten* darauf, der – wie sie selber schreiben – «primär medizinischen» Frage nachzugehen, ob sich eine Belastung am Arbeitsplatz im konkreten Fall tatsächlich zu einem objektivierbaren Beschwerdebild verdichtet hat.²⁶ Folgerichtig *verzichten sie auch darauf*, die für die rechtsdogmatische Einordnung wichtige Frage, welche Auswirkungen eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund seelischer Beeinträchtigung hat, zu beantworten. Vielmehr vertreten sie apodiktisch die Meinung, dass ein von einer psychischen Erkrankung betroffener Arbeitnehmer neben seiner Arbeit «durchaus munter» (sic!) einer Freizeitbeschäftigung nachgehen könne.²⁷ Sie setzen damit den Tatbestand einer psychischen Beeinträchtigung mit Krankheitswert denjenigen Sachverhalten gleich, die beispielhaft unter Ziff. II. hievor erwähnt wurden (verletzter Zirkusartist, erkältete Opernsängerin, Postchauffeur mit Beinbruch).²⁸ Weshalb alle diese Tatbestände dieselben Rechtsfolgen hinsichtlich *Sperrfristwirkung* – folgt man den Autoren: zulässige Kündigung trotz laufender Sperrfrist – nach sich ziehen sollen, sagen sie nicht.

[Rz 15] Zwar bleibt in SJZ (2010) Nr. 15 offen, ob die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit des verletzten Zirkusartisten, der erkälteten Opernsängerin oder des Postchauffeurs mit Beinbruch ebenfalls zur Folge haben soll, dass diesen Arbeitnehmern während der Sperrfrist gekündigt werden kann, wie dies hinsichtlich psychisch erkrankter Arbeitnehmer postuliert wird. Konsequenterweise müssten dies die Autoren aber bejahen: Es würde dieselbe Rechtsfolge nahe liegen, denn weshalb beispielsweise die Chancen des verletzten Zirkusartisten auf eine neue Stelle arg eingeschränkt sein sollen, wenn er sich innert nützlicher Frist erholt, ist nicht erkennbar. Wenn es einem psychisch erkrankten Arbeitnehmer nach Ansicht der Autoren möglich sein soll, sich um eine Stelle zu bewerben, weil sich die psychische Beeinträchtigung einzig am Arbeitsplatz auswirkt, müsste dies für den Zirkusartisten, die Opernsängerin oder den Postchauffeur mit Beinbruch erst recht gelten. Soweit ersichtlich, wurde

²⁵ SJZ (2010), Nr. 15, S. 361: Der Tatbestand einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit wird von den Autoren als «Hypothese» angenommen.

²⁶ SJZ (2010), Nr. 15, *a.a.O.*, Fn 5

²⁷ SJZ (2010), Nr. 15, S. 363, was richtigerweise immerhin nicht dazu führe, dass die Lohnfortzahlung eingestellt werden könne.

²⁸ SJZ (2010), Nr. 15, *a.a.O.*, S. 362f.

aber weder von der Lehre noch von der Praxis je gefordert, dass bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit, die *nicht psychisch begründet ist*, keine Sperrfrist gelten soll. Dieser Gedanke ist neu und hängt mit der deutlichen Zunahme psychischer Erkrankungen am Arbeitsplatz zusammen. Der Rechtssicherheit dient er nicht.²⁹

[Rz 16] Damit erweist sich der Ausgangspunkt der Autoren zu den hier kritisch beleuchteten Überlegungen zur fehlenden Sperrfristwirkung bei psychischen Erkrankungen als *axiomatisch*.³⁰ Im Folgenden wird untersucht, ob sich diese axiomatische Annahme halten lässt.

4.2. Empirik und Wissenschaft

4.2.1. Übersicht

[Rz 17] Wie bereits angetönt, haben psychische Beeinträchtigungen mit Krankheitswert, die auf die Verhältnisse am Arbeitsplatz zurück zu führen sind, stark zugenommen. Auf die Frage «Wie sehr trifft folgende Aussage auf Sie zu: Sie haben bei der Arbeit das Gefühl gehabt, emotional verbraucht zu sein?» berichtet *ein Viertel* der Schweizer Erwerbsbevölkerung, davon betroffen zu sein. Wissenschaftliche Studien zeigen, dass *soziale Konflikte* zu den stärksten Belastungsfaktoren (Stressoren) gehören, die im Arbeitsleben auftreten können. Ebenso wie andere Stressoren können diese zu beeinträchtigtem Befinden, zu psychosomatischen Beschwerden, zur Krankheitsentwicklung und damit verbunden zu längeren Absenzen führen. Weitere Folgen können eine schwierigere Reintegration nach einer längeren Phase der Erkrankung aus psychischen und psychosomatischen Gründen sowie ein häufigeres Ausscheiden aus dem Erwerbsleben sein.³¹ Als soziale Belastungsfaktoren werden genannt: *Gratifikationskrisen (fehlende Anerkennung bei grossem Einsatz), Mangel an Entscheidungs- und Kontrollspielraum, Mobbing und Schikanen, Drohungen und erniedrigendes Verhalten, Beleidigungen, Benachteiligung aufgrund des Alters, sexuelle Belästigung, Benachteiligung aufgrund des Geschlechts und körperliche Gewalt*.³² Es liegt mithin umfangreiches empirisches Material vor, welches im Hinblick auf die Frage, ob solche seelischen Belastungen einzig zu einer arbeitsplatzbezogenen oder aber zu einer *generellen* Arbeitsunfähigkeit (in der Regel für eine bestimmte Zeit) führen, ausgewertet werden kann. Das allein schon zeigt, dass sich ein Axiom – arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer psychischen Beeinträchtigung soll die

Nichtanwendbarkeit der Sperrfrist bezüglich Kündigung bewirken – *gerade nicht aufdrängt*.

4.2.2. Burnout / Depression im Besonderen

[Rz 18] Es ist deshalb unerlässlich, hinsichtlich der Frage, wie das Beschwerdebild Burnout/Depression diagnostiziert wird *und* wie es sich in aller Regel auf die Arbeitsfähigkeit auswirkt, den Fachmann zu Worte kommen zu lassen. Dr. med. TONI BRÜHLMANN, Psychiater FMH, bis Ende Mai Ärztlicher Direktor und jetzt Leiter des Ambulanten Zentrums der Privatklinik Hohenegg Meilen, äussert sich dazu wie folgt:

[Rz 19] Burnout ist keine eigenständige medizinische Krankheit. In den offiziellen Klassifikationssystemen ICD-10 und DSM-4 werden sie nicht als Diagnose aufgeführt. Im ICD-10 gehört Burnout zu den Z73-Faktoren, durch welche – in Ergänzung zu den Diagnosen – Gesundheit beeinflussende Schwierigkeiten in der Lebensbewältigung erfasst werden. Burnout entspricht einer Fehlentwicklung, die in psychische und körperliche Krankheiten hineinführen kann. In einem kürzlich erschienen Positionspapier der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN) wird Burnout als Risikozustand mit der Gefahr von psychiatrischen und somatischen Folgekrankheiten bezeichnet³³. Die häufigsten psychiatrischen Diagnosen sind Erschöpfungsdepression, Angststörung und Alkohol-/Medikamentenabusus, die somatischen umfassen verschiedene Stressfolgekrankheiten wie Hypertonie, kardiale Rhythmusstörungen, Tinnitus und anderes.

[Rz 20] Burnout lässt sich somit zwar nicht als medizinische Diagnose, jedoch als potentiell krankmachender Prozess diagnostizieren. Hierfür sollten drei Kriterien erfüllt sein³⁴: Erstens muss ein progredienter Erschöpfungsprozess mit Leistungsabbau und zusätzlichen fakultativen Stresssymptomen, wie z.B. Kopfschmerzen oder Verdauungsproblemen, vorliegen. Zweitens sollten überhöhte objektive Anforderungen (Stressoren) nachweisbar sein, welche mit den übermässig gesteigerten Leistungs- und Erfolgserwartungen der heutigen Gesellschaft zusammenhängen. Meistens betreffen diese den Arbeitsplatz. Korrelativ zum äusseren Leistungsdruck gehören drittens individuell prädisponierende Faktoren zum Burnout-Syndrom, nämlich überhöhte Selbstansprüche (Stressverstärker) wie z.B. Perfektionismus oder Helfersyndrom. Zwischen den äusseren Anforderungen des Arbeitsplatzes und den inneren der Person selber besteht eine antreibende Wechselwirkung. Im Gegensatz zum Burnout handelt es sich bei der Depression um eine klare medizinische Diagnose, die den Kriterien der Klassifikationssysteme zu genügen hat. Entwickelt sich aus dem Burnout

²⁹ Einer (zusätzlichen) Stigmatisierung psychischer Erkrankungen leistet er Vorschub – zum Schaden der Sozialpartnerschaft.

³⁰ In der Mathematik wird als Axiom ein Grundsatz bezeichnet, der nicht von früheren logischen Sätzen abgeleitet, d.h. nicht bewiesen werden kann.

³¹ Vgl. dazu: SECO, *Kurzfassung der Stressstudie 2010*, Stress bei Schweizer Erwerbstätigen, Zusammenhänge zwischen Arbeitsbedingungen, Personenmerkmalen, Befinden und Gesundheit (www.seco.admin.ch), Ziff. 3.3 und Ziff. 4.1.

³² A.a.O., Ziff. 4.1.

³³ Positionspapier der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN) zum Thema Burnout. www.dgppn.de. 7. März 2012.

³⁴ Vgl. dazu BRÜHLMANN, *Praxis der Burnout Diagnostik und Therapie*, in: Schweizerisches Medizin Forum 2012–12 (48).

eine Depression, fliessen Burnout-Erschöpfung und damit verbundene Stressbeschwerden in die depressive Symptomatik hinein, d.h. sie werden ein Bestandteil des depressiven Syndroms. In solchen Fällen kommt dem Burnoutsyndrom der Stellenwert eines Vorstadiums der Depression zu.

[Rz 21] Mit diesen Ausführungen ist klar geworden, dass Burnout allein noch keinen Grund einer Krankschreibung abgeben darf. Es bedarf hierfür einer medizinischen Diagnose, eben z.B. der Diagnose einer Depression. Dies ist aber in praxi unproblematisch, da eine solche im Hinblick auf die Kostenübernahme durch die Krankenkassen sowieso vorliegen muss. Aber auch unabhängig davon ist es als gegeben einzustufen, dass eine medizinische Krankheit vorliegt, wenn der Burnout-Prozess in eine Arbeitsunfähigkeit hineingeführt hat. Burnout allein – solange es erst ein Vorstadium oder Risikozustand einer medizinischen Krankheit ist – belastet zwar die Arbeitsfähigkeit, hebt sie aber noch nicht auf, auch nicht teilweise.

[Rz 22] Der Burnout-Prozess mit einer medizinisch diagnostizierten Folgekrankheit bewirkt eine Arbeitsunfähigkeit, *welche grundsätzlich nicht arbeitsplatzbezogen ist*. Ein Krankheitszustand, der in Zusammenhang mit arbeitsplatzbezogenen Stressoren entstanden ist, entfaltet eine umfeldunabhängige Eigendynamik und schränkt die Arbeitsfähigkeit auch an anderen Arbeitsplätzen ein.

[Rz 23] Möglich ist, dass strukturelle und soziale Verbesserungen am bisherigen Arbeitsplatz den Genesungsprozess positiv zu beeinflussen vermögen. Daraus darf allerdings nicht der Schluss gezogen werden, es lasse sich ein Arbeitsplatzwechsel mit Aussicht auf geringere Belastung anordnen, mit dem Ziel, dadurch die Arbeitsfähigkeit rascher wieder zu erlangen. Wer sich in einem burnoutbedingten Krankheitszustand mit Arbeitsunfähigkeit befindet, *ist normalerweise nicht in der Lage, Vorstellungsgespräche und Einarbeitung durchzustehen*. Der von aussen auferlegte Druck, einen neuen Arbeitsplatz suchen zu müssen, trägt zudem das Risiko einer weiteren Zustandsverschlechterung und damit einer Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit in sich.

[Rz 24] Eine burnoutbedingte Erkrankung verlangt nach spezifischen therapeutischen Massnahmen. Der typische Burnout-Patient hat sein Leben auf Arbeit und Leistung eingeengt. Er hat soziale Interessen, kreative Hobbys und körperliche Tätigkeiten vernachlässigt. Für den Behandlungserfolg ist es wichtig, dass der Burnout-Betroffene sein Leben wieder auszuweiten vermag. Dies trifft auch auf die Zeit der Arbeitsunfähigkeit zu. Es wäre in therapeutischer Hinsicht falsch, dem Burnout-Patienten aufzuerlegen, er habe sich zuhause aufzuhalten, um sich möglichst rasch zu erholen. Viele der an Aktivität gewohnten Burnout-Patienten wären dadurch auch überfordert. Statt Erholung würden sie Unruhe und Leere erleben und es bestünde die Gefahr einer weiteren Verschlechterung ihres Krankheitszustandes. Noch wichtiger aber ist, dass es ins Behandlungsprogramm gehört, schrittweise

andere, d.h. nicht arbeitsbezogene Aktivitäten aufzubauen und damit die eindimensionale Lebensführung, die ihn in die Burnout-Sackgasse hineingeführt hat, zu überwinden. Konkret heisst dies, dass es Bestandteil der Burnout-Therapie ist, vernachlässigte soziale Kontakte wieder zu beleben und Freunde zu besuchen, Hobbys zu reaktivieren, Sport zu treiben und zu joggen oder kulturellen Interessen wie Theater- und Konzertbesuche nach zu gehen. Der Schluss, der Burnout-Patient sei aufgrund solcher reaktivierten ausserberuflichen Tätigkeiten wieder arbeitsfähig oder in der Lage, eine andere Stelle zu suchen, darf nicht vorschnell gezogen werden. Lange Zeit ist die Belastbarkeit noch reduziert und es bedarf vor der Rückkehr in den Arbeitsprozess einer Stabilisierung des gebesserten Zustandes, sonst ist die Rückfallsgefährdung erhöht. Es ist Aufgabe des Fachmanns, die Arbeitsfähigkeit fortlaufend kritisch zu überprüfen. Dazu gehört auch eine angemessene Motivierung, die Arbeit rechtzeitig wieder aufzunehmen, da der Betroffene nämlich meist Angst vor einem Rückfall hat und sich deshalb lange Zeit einen Wiedereinstieg nicht zutraut. Zudem erschwert eine zu lange Pause die Rückkehr an den Arbeitsplatz. Kriterien für eine Genesung, bei welcher die Arbeitsunfähigkeit – mindestens die vollständige – nicht mehr gegeben ist, sind insbesondere die Wiedererlangung von Erholungsfähigkeit etwa nach familiären Anlässen, ferner eine deutliche Abnahme von Erschöpfungsgefühlen und damit verbundenen Stress- bzw. Krankheitssymptomen (z.B. Schlafstörung oder depressive Zukunftsängste). Der berufliche Wiedereinstieg bedarf oft einer Periode von mehreren Monaten, mit stufenweisem Anstieg der Arbeitsfähigkeit.

4.3. Sperrfristwirkung bei psychischer Erkrankung

[Rz 25] Vor diesem medizinischen Hintergrund liegt eine rechtlich zutreffende dogmatische Zuordnung auf der Hand:

[Rz 26] VON KAENEL/RUDOLPH weisen zu Recht auf Sinn und Zweck des Sperrfristenschutzes hin: Dieser dient dem Schutz des Arbeitnehmers vor Verlust des Arbeitsplatzes in Zeiten, in welchen seine Chancen gering sind, während der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Sperrfristwirkung *nicht* eintritt, wenn eine gesundheitliche Störung diesen Effekt *nicht* hat. Heikel wird es indessen, wenn die Autoren annehmen, diese den Sperrfristenschutz ausschliessende Konstellation treffe jedenfalls *auf die heute typischen Fälle arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit* zu: Der Arbeitnehmer sei wohl an der konkreten Arbeitsverrichtung verhindert, im Übrigen aber sei er ganz normal einsatzfähig und auch in seiner privaten Lebensgestaltung nicht oder nur unbedeutend eingeschränkt.³⁵

[Rz 27] «Typische Fälle» jedenfalls *zumindest immer* arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit sind nach Auffassung der genannten Autoren – und darin stimmen wir ihnen zu

³⁵ SJZ (2010), Nr. 15, S. 364

– gerade die Fälle psychischer Beeinträchtigung aufgrund von Burnout und Depression. Daraus aber den Schluss zu ziehen, Burnout und Depression würden sich *ausschliesslich* nur am angestammten Arbeitsplatz auswirken und deshalb den Sperrfristenschutz obsolet machen, ist unhaltbar. Die Autoren können diesen Schluss nur ziehen, weil sie *axiomatisch* davon ausgehen, der Arbeitnehmer sei – ausser an seinem Arbeitsplatz – normal einsatzfähig und in seiner sonstigen Lebensführung höchstens unbedeutend eingeschränkt.³⁶ Davon auszugehen widerspricht sowohl der Lebens- und Praxiserfahrung wie auch wissenschaftlichen Erkenntnissen (vgl. dazu: Ziff. 4.2.2. hievor). *Regelmässig* sind von einer oft Monate andauernden psychischen Beeinträchtigung betroffene Arbeitnehmer *nicht in der Lage, eine neue Stelle zu suchen*, so lange keine deutliche Besserung eintritt. Damit droht ihnen der Verlust der Arbeitsstelle, wenn sie bereits während der Sperrfrist eine Stelle suchen müssen, weil ihnen während derselben rechtsgültig gekündigt werden könnte. Gerade psychisch erkrankte Arbeitnehmer sind in der Regel in hohem Masse darauf angewiesen, den Schutz der Sperrfristregelung in Anspruch nehmen zu können. Seltene Ausnahmefälle vorbehalten gilt deshalb der Sperrfristenschutz selbstverständlich auch für sie.³⁷

[Rz 28] Es führt letztlich kein Weg daran vorbei, dass Arbeitgeber, Anwälte, Richter und Vertreter von Versicherungen sich die notwendigen Grundkenntnisse über Verlauf und Erscheinungsformen von Burnout/Depression verschaffen, damit auf die vermehrt auftretenden Fälle psychischer Erkrankungen aufgrund eines Arbeitskonflikts oder Stress angemessen reagiert werden kann.³⁸ So gehört es beispielsweise zum *Standardrepertoire therapeutischer Massnahmen*, bei Burnout und Depression den Patienten *Bewegung* nahezu legen. Freizeitbeschäftigungen ausserhalb der eigenen vier Wände *sind deshalb auch bei vollständiger Arbeitsunfähigkeit gang und gäbe* – und wie gesehen medizinisch indiziert. Daraus den Schluss zu ziehen, es liege einzig eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit und ansonsten überhaupt keine Erkrankung vor, ist aus medizinischer Sicht unzulässig.³⁹

[Rz 29] Ein ärztliches Attest, welches einem psychisch

beeinträchtigten Arbeitnehmer eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, hat im Normalfall dieselbe rechtliche Bedeutung (Anscheinsbeweis) wie dasjenige, welches dem verletzten Zirkusartisten, der Opernsängerin oder dem Chauffeur mit Beinbruch ausgestellt wird.⁴⁰ In allen Fällen fragt sich gleichermaßen, ob den Betroffenen eine andere Arbeit innerhalb des Betriebes zugemutet werden kann oder nicht. Sind die medizinischen Folgeerkrankungen eines Burnouts bereits eingetreten, ist eine andere innerbetriebliche Tätigkeit allerdings kaum vorstellbar.⁴¹ Wenn schon, dann müsste die Zuweisung anderer Arbeit im Vorstadium eigentlicher Burnoutfolgeerkrankungen stattfinden. Bei psychischen Beeinträchtigungen mit Krankheitswert wird man regelmässig davon ausgehen müssen, *dass eine generelle Arbeitsunfähigkeit vorliegt* (vgl. dazu: Ziff. 4.2.2. hievor).

[Rz 30] Der Arbeitgeber tut deshalb gut daran, sich nicht in Vermutungen und Spekulationen über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers zu ergehen oder gar zur Kündigung während der Sperrfrist zu schreiten. Er hat bei begründeten Zweifeln die Möglichkeit, den Arbeitnehmer zu einem Vertrauensarzt zu schicken. Einer solchen Aufforderung muss der Arbeitnehmer in der Regel Folge leisten. Kündigt der Arbeitgeber voreilig und erachtet er die Sperrfrist als nicht verbindlich, besteht ein beträchtliches Risiko, mit diesem Rechtsstandpunkt zu scheitern. Der Arbeitgeber läuft weiter Gefahr, dass sich der Arbeitnehmer dem auf ihn ausgeübten Druck beugt und entgegen ärztlichem Rat dennoch eine Stelle sucht. Das kann – gerade bei Burnout und Depression – dazu führen, dass sich die Erkrankung verschlimmert.⁴² Folge davon kann eine vom Arbeitgeber nicht erwünschte *Verlängerung der Lohnfortzahlungspflicht* sein.⁴³ Der Lösungsansatz von KAENEL/RUDOLPH vermag deshalb auch aus praktischen Gründen nicht zu überzeugen. Zudem leistet er einer unerwünschten Einzelfallgerechtigkeit Vorschub, was mit der Rechtssicherheit unvereinbar ist.⁴⁴ Selten vorkommende kla-

³⁶ Die «primär medizinischen Fragen» berücksichtigen sie bekanntlich nicht.

³⁷ Der juristische Autor hat in seiner dreizehnjährigen Praxis mit psychisch erkrankten Arbeitnehmern ein einziges Mal erlebt, dass «nur» eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorlag. In allen anderen Fällen lag bei Burnout/Depression eine *generelle* Arbeitsunfähigkeit vor, welche von den Arbeitgebern aufgrund entsprechender Arztzeugnisse anerkannt wurde.

³⁸ LUGINBÜHL, *a.a.O.*, S. 65ff., insbesondere S. 72–74

³⁹ Dass Arbeitnehmer dabei angetroffen werden können, wie sie ihren Freizeitbeschäftigungen geradezu «munter» nachgehen wie von KAENEL/RUDOLPH schreiben (*a.a.O.*, S. 363), dürfte sodann kaum je der Lebenswirklichkeit entsprechen, es sei denn, sie befinden sich auf dem Weg der Besserung. Dass sie diesfalls auch gleich wieder arbeitsfähig sind, entspricht nicht der Erfahrung in der *spezialmedizinischen* Praxis (vgl. dazu: BRÜHLMANN, Ziff. 4.2.2., hievor).

⁴⁰ EGLI, *a.a.O.*, S. 52

⁴¹ Von den Arbeitgebern zu wenig genutzt wird die Möglichkeit, psychisch angeschlagene Arbeitgeber im Betrieb *ausserhalb des Konfliktfeldes* – sofern zumutbar – weiterhin zu beschäftigen. Vor allem mittlere und grosse Betriebe könnten so einen Beitrag zur Deeskalation des Konflikts und zur Vermeidung einer vollständigen Erkrankung des Arbeitnehmers leisten. Voraussetzung dafür ist, dass die HR-Abteilungen auf solche Fälle vorbereitet sind und entsprechende betriebsinterne Arbeitsplatzwechsel sorgsam durchführen und begleiten. Erstaunlicherweise stellt ein solches Vorgehen immer noch den Ausnahmefall dar, wiewohl damit häufig auch den wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers gedient wäre.

⁴² Die Vulnerabilität psychisch beeinträchtigter Personen ist regelmässig deutlich erhöht.

⁴³ In schweren Fällen führt der Weg in die Berufsunfähigkeit, mithin zur Invaldisierung. Das ist weder aus dem Blickwinkel der Sozialpartnerschaft noch volkswirtschaftlich erwünscht.

⁴⁴ Im Grunde könnte *jede Arbeitsunfähigkeit* zum Gegenstand einer Einzelfallprüfung im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Sperrfrist gemacht werden. Damit aber würde man sich von den Intentionen des Gesetzgebers weit entfernen. Eine solche Entwicklung, die SJZ (2010), Nr. 15, im

re Verhältnisse vorbehalten, schafft eine Kündigung während der Sperrfrist mehr Probleme, als sie lösen kann.

4.4. Judikatur

[Rz 31] VON KAENEL/RUDOLPH versuchen ihre Sicht mit dem Hinweis darauf zu belegen, es hätten bereits verschiedene Gerichte und Behörden Fälle arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit im Sinne ihrer Darlegungen in SJZ (2010) Nr. 15 entschieden (a.a.O., S. 364). Sie weisen insbesondere auf vier Entscheide hin.⁴⁵ Solche Konstellationen treten – diesbezüglich gehen VON KAENEL/RUDOLPH von zutreffenden Voraussetzungen aus – in der Praxis fast immer im Umfeld von psychischen Belastungen am Arbeitsplatz auf, beispielsweise bei Konflikt- oder Mobbing-situationen oder bei «Stress» am Arbeitsplatz (a.a.O., S. 361).

BGE 128 III 212

[Rz 32] Es handelt sich um einen Entscheid, mit welchem das Bundesgericht die Berufung des Arbeitgebers auf fehlenden Sperrfristschutz *klar verwirft* (a.a.O., Regeste und E. 2c).

Obergericht des Kantons Luzern in JAR 2009, S. 562

[Rz 33] Hier handelt es sich um einen Fall arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit. Allerdings lag ein ärztliches Attest des Hausarztes des Arbeitnehmers vor, worin dieser bestätigte, dass der Patient nur für Nacheinsätze nicht arbeitsfähig sei, tagsüber jedoch sehr wohl arbeiten könne. Weiter stand fest, dass der Arbeitnehmer eine Stelle mit geregelten Arbeitszeiten tagsüber gesucht hatte. Einer Anstellung bei einem anderen Arbeitgeber, *so der Hausarzt*, habe nichts im Wege gestanden. Unter diesen Umständen entfiel der Sperrfristschutz und die Berufung des Arbeitnehmers darauf fand kein Gehör. Der Entscheid ist selbstverständlich richtig, stellt aber *kein Präjudiz* für die in SJZ (2010) Nr. 15 vertretene These dar, bei den typischen durch Konflikte oder Stress am Arbeitsplatz verursachten psychischen Erkrankungen handle es sich regelmässig um arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeiten, welchen der Sperrfristschutz nicht zukomme, weil die betroffenen Arbeitnehmer in aller Regel in der übrigen Lebensgestaltung nicht oder kaum eingeschränkt seien. Der Entscheid des Obergerichts Luzern ist aber ein gutes Beispiel dafür, dass es *den Ärzten* obliegt, darüber zu entscheiden, ob im konkreten Fall nur eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorliegt oder aber eine solche, die genereller Natur ist und deshalb Bewerbung und Antritt einer neuen Stelle ernsthaft in Frage stellen. Im zweiten, weit häufigeren Fall kann sich der Arbeitnehmer immer auf die Sperrfrist (Art. 336 c des Obligationenrechts (OR)) berufen, wenn eine Kündigung in diese fällt.

Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil PB.2005.00034 vom 21. Dezember 2005, E. 4.3

[Rz 34] Der Entscheid des Verwaltungsgerichts ist insofern interessant, als es hier um eine *psychische Beeinträchtigung* ging. Das Verwaltungsgericht hält allerdings klar fest, dass der Fall «speziell gelagert» sei (a.a.O., E. 4.3). Die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bestand nämlich *nach Ansicht seiner Ärzte* (Hausarzt und Psychiater) nur mit Bezug auf seinen Arbeitsplatz. Auch hier entschieden mithin *Fachpersonen* (und nicht Juristen) darüber, ob im konkreten Fall eine arbeitsplatzbezogene oder aber eine generelle Arbeitsunfähigkeit vorliegt. Deshalb vermag auch dieser Entscheid die These VON KAENEL/RUDOLPH, wonach bei psychischen Erkrankungen in der Regel von einer nur arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit auszugehen sei, weil die sonstige Lebensführung erhalten bleibe, nicht zu stützen. Für den Arbeitgeber steht somit im Falle von Zweifeln oder mangelnder Information über Art und Ausmass der Krankheit kein anderes Mittel als die Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung zur Verfügung. Auch darauf weist das Verwaltungsgericht im nämlichen Entscheid hin (a.a.O., E. 4.2).⁴⁶

Bezirksrat Affoltern am Albis, unveröffentlichter Beschluss GE.2008.1 2.02.01 vom 18. Dezember 2008

[Rz 35] Hier handelt es sich wiederum um eine vollständige Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer psychischen Beeinträchtigung. Der Bezirksrat hält u.a. fest, dass es tatsächlich Krankheiten gebe, die einen Arbeitnehmer nicht ans Bett fesseln. Andererseits hätten *gerade psychische Krankheiten*, die eine Arbeitsunfähigkeit verursachen, *oft zumindest teilweise* auch Auswirkungen auf das soziale Leben oder die *generelle Leistungsfähigkeit* der betroffenen Person (a.a.O., E. 3.3). Dieser Erkenntnis kann man sich unter Hinweis auf die Ausführungen von TONI BRÜHLMANN (Ziff. 4.2.2. hievor) vorbehaltlos anschliessen. Im konkreten Fall war es aber so, dass die Arbeitnehmerin, eine Katechetin, trotz ärztlich attestierter vollständiger Arbeitsunfähigkeit, einen mehrtägigen Weiterbildungskurs besuchte, an einer Gemeindeversammlung teilnahm, eine Katechesesitzung besuchte und wiederholt im Büro anzutreffen war (a.a.O., E. 3.1 und E. 3.3). Daraus zog der Bezirksrat den Schluss, dass es der Arbeitnehmerin nicht gelungen sei, den Eintritt der Sperrfrist zu beweisen, weshalb sich die Kündigungsfrist nicht verlängerte.⁴⁷ Damit stellt auch dieser bezirksrätliche Entscheid, der in Rechtskraft erwuchs, *kein Präjudiz* für die Quintessenz von SJZ (2010) Nr. 15 dar, im Gegenteil. Der Bezirksrat hielt gar noch explizit fest, was auch in diesem Aufsatz vertreten wird: Eine psychische Erkrankung führt in der Regel dazu, dass das soziale Leben und die generelle Leistungsfähigkeit mitbetroffen sind.

Hinblick auf psychische Erkrankungen von Arbeitnehmern einzuläuten versucht, ist abzulehnen.

⁴⁵ A.a.O., sodann: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7.A., Zürich 2012, Art. 336c, N 8, S. 1083f., wo noch drei dieser vier Entscheide erwähnt werden.

⁴⁶ Stellt sich der Arbeitnehmer einer solchen Untersuchung nicht, ist die Arbeitgeberin berechtigt, die Lohnzahlungen einzustellen (a.a.O., E. 4.2).

⁴⁷ Aufgrund dieser Feststellung, die nachvollziehbar ist, wurde gar nicht geprüft, ob allenfalls eine nur arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorlag.

Rechtsfolge davon ist, dass vor Ablauf der Sperrfrist nicht gekündigt werden kann bzw. die Kündigungsfrist während der Dauer der Krankheit, längstens jedoch während der Dauer der Sperrfrist unterbrochen wird, und danach weiterläuft, wenn bereits vor der Erkrankung gekündigt wurde.

[Rz 36] Man darf somit zusammenfassend feststellen, dass in der Judikatur – soweit ersichtlich – *bis heute noch nie die Auffassung vertreten wurde*, eine zufolge der Verhältnisse am Arbeitsplatz erlittene psychische Erkrankung (Burnout/ Depression) wirke sich auf das soziale Leben und die allgemeine Leistungsfähigkeit nicht oder kaum aus. Die Auffassung der Autoren des Beitrags SJZ (2010) Nr. 15 kann sich somit auch nicht auf Präjudizien stützen. Vielmehr handelt es sich um eine Sicht, die *singulär* erscheint, und sowohl zu medizinischen Erkenntnissen, zu empirischen Studien, wie auch dazu, dass Auswirkungen psychischer Erkrankungen auf die Arbeitsfähigkeit von Fachleuten beurteilt werden müssen, in Widerspruch steht. In Wirklichkeit begründet die (fach)ärztliche Diagnose, ein Arbeitnehmer sei psychisch erkrankt, eine – im Einzelfall widerlegbare – qualifizierte Vermutung, dass sich die Krankheit auf sämtliche Lebensbereiche auswirkt. Daran haben nicht nur die betroffenen Arbeitnehmer ein Interesse, sondern auch die Arbeitgeber. Ihren Interessen ist kaum gedient, wenn sie bei psychischen Erkrankungen davon ausgehen, dass die Sperrfrist gemäss Art. 336c OR nicht gilt, sie im Vertrauen darauf eine Kündigung aussprechen und somit eine vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses annehmen, dann aber damit rechnen müssen, dass diese Rechtsauffassung nicht durchgesetzt werden kann.⁴⁸

IV. Zusammenfassung

[Rz 37] *Aus medizinischer Sicht* ist festzustellen, dass ein Burnout für sich allein noch keinen Krankheitswert aufweist, auch wenn es die Arbeitsfähigkeit zwar beeinträchtigt, aber noch nicht ganz oder teilweise aufhebt (Vorstadium). Erst wenn psychische und/oder somatische burnoutbedingte Folgeerkrankungen vom Arzt diagnostiziert werden, liegt eine vollständige oder teilweise Arbeitsunfähigkeit vor. Diese wirkt sich in aller Regel ganz generell negativ auf die Lebensführung und das Wohlbefinden aus. Eine nur arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ist die (seltene) Ausnahme.

[Rz 38] *Aus rechtlicher Sicht* entfällt die Sperrfristwirkung somit bei burnoutbedingten Folgeerkrankungen nur in seltenen Konstellationen. Immer handelt es sich dabei um solche, die entweder ärztlicherseits festgestellt wurden oder bei denen ein ärztliches Attest durch das tatsächliche und bewiesene Verhalten des Arbeitnehmers geradezu widerlegt wird. Nicht

zu diesem Verhalten gehört, dass der Arbeitnehmer im Theater, beim Sport, beim Einkaufen oder einer sonstigen Freizeitbeschäftigung angetroffen wird. Regelmässig wird deshalb eine ärztlich diagnostizierte Arbeitsunfähigkeit nicht nur eine arbeitsplatzbezogene, sondern eine generelle sein. Das führt zur Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Sperrfrist in den allermeisten Fällen.

[Rz 39] Kurz: Feststellung und Auswirkung einer gesundheitlichen Beeinträchtigung fallen in den Wirkungskreis der Ärzte. Deren rechtliche Einordnung fällt in den Wirkungskreis der Juristen.⁴⁹

JÜRIG OSKAR LUGINBÜHL ist freiberuflicher Rechtsanwalt in Zürich und verfügt über eine abgeschlossene Ausbildung zum Atemtherapeuten dipl. SBAM (Schweizer Berufsverband für Atemtherapie und Atempädagogik nach Middendorf, www.sbam.ch). Er ist hauptsächlich im Arbeits- und im Strafrecht tätig. Dr. med. TONI BRÜHLMANN, Psychiater FMH, war bis Ende Mai Ärztlicher Direktor und Chefarzt der Privatklinik Hohenegg in Meilen und leitete das klinikinterne Kompetenzzentrum Burnout und Lebenskrise. Jetzt ist er ärztlicher Leiter des Ambulanten Zentrums Zürich der Privatklinik Hohenegg.

* * *

⁴⁸ Generell zu fordern ist eine *Versachlichung der Diskussion* bei psychischen Erkrankungen am Arbeitsplatz. Mit Vermutungen, Unterstellungen oder offenem Misstrauen – ein Spiegelbild der immer noch «salonfähigen» Stigmatisierung psychisch erkrankter Personen – ist niemandem geholfen.

⁴⁹ Anlässlich eines Referates vor Fachpublikum sagte der referierende Jurist im Rahmen der Diskussion unter anderem: «Wir können ihn krank machen.» Gemeint war beispielhaft ein Arbeitnehmer im Zusammenhang mit Ferienansprüchen. Genau das können Juristen nicht.