PSP BULLETIN 2/2011

1. NEUES IMMOBILIARSACHENRECHT
2. ARBEITSPLATZBEZOGENE ARBEITSUNFÄHIGKEIT
3. LOHNFORTZAHLUNGSPFLICHT BEI EINER SCHÖNHEITSOPERATION ?
4. ARBEITSZEUGNIS BEI LANGER KRANKHEIT
5. IN EIGENER SACHE

PETER PLATZER, Rechtsanwalt und Notar

THEO STRAUSAK, Rechtsanwalt und Notar

HARALD RÜFENACHT, Rechtsanwalt und Notar, LL.M.

BENVENUTO SAVOLDELLI, Rechtsanwalt und Notar

DR. RUDOLF MONTANARI, Rechtsanwalt und a. Oberrichter

ALFONS LACK, Rechtsanwalt und Notar

DR. SC. NAT. WERTHER LUSUARDI, Patentanwalt, EPA

WALTER PRETELLI, Oec. HWV, EMBA in NPO-Management

TOBIAS JAKOB, MLaw, juristischer Mitarbeiter

CHRISTIAN RUDOLF VON ROHR, MLaw, juristischer Mitarbeiter

ALEXANDRA JUFER, Sekretariat

CHRISTOPH MICHEL, Sekretariat

AURORA MINICHIELLO, Sekretariat

DAMARIS RAMAHENINA, Sekretariat

ANDREA STURZO, Sekretariat

1. NEUES IMMOBILIARSACHENRECHT

Per 1. Januar 2012 wird das revidierte Immobiliarsachenrecht in Kraft treten. Anlässlich des bevorstehenden PSP-Apéros soll auf ein paar wichtige gesetzliche Neuerungen in den Bereichen des Mit- und Stockwerkeigentumsrechts, des Dienstbarkeits- sowie des Bauhandwerkerpfandrechts hingewiesen werden.

Harald Rüfenacht

2. ARBEITSPLATZBEZOGENE ARBEITSUNFÄHIGKEIT

Immer öfter tauchen Arztzeugnisse auf, die feststellen, dass eine Person zu 100 % für einen ganz bestimmten Arbeitsplatz arbeitsunfähig, darüber hinausgehend jedoch voll arbeitsfähig sei. Dies wirft immer wieder Fragen auf. So sind zuerst Arztzeugnisse keineswegs sakrosankt. Ein Arztzeugnis, das rückdatiert ist, wirft Fragen auf, genauso wie wenn kein Konsultationstermin fixiert ist. Ein Arztzeugnis ist ebenfalls zu hinterfragen, wenn es nur auf persönlichen Aussagen des Arbeitnehmers abstützt.

Ist hingegen eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit gegeben, so kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine andere zumutbare Arbeit zuweisen. Selbstverständlich darf diese Arbeit nicht die gleichen „Problemfelder“ aufweisen, wie die erste Arbeitsstelle. Auch an der Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR ändert eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich nichts. Indessen kann der Lohnfortzahlungsanspruch entfallen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsverhinderung selbst verschuldet hat, z.B. indem er einen Arbeitskonflikt hauptverantwortlich provoziert hat.

Eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit löst hingegen gemäss gerichtlicher Praxis die sogenannte Sperrfrist, d.h. den zeitlichen Kündigungsschutz bei Krankheit, nicht aus. Der Sinn der Sperrfrist besteht nämlich darin, den Arbeitnehmer vor einem Verlust des Arbeitsplatzes in einer Zeit zu schützen, in welcher seine Chancen gering wären, innerhalb der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden. Wenn indessen eine gesundheitliche Beeinträchtigung diesen Effekt nicht hat, soll aber auch die Sperrfrist nicht greifen. Dies bedeutet, dass dem Arbeitnehmer ganz normal gekündigt werden kann, unter Beachtung der Kündigungsfrist.

Peter Platzer

3. LOHNFORTZAHLUNGSPFLICHT BEI EINER SCHÖNHEITSOPERATION

Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, (…), sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen worden ist (Art. 324a OR). Diese Regelung gilt u. a. auch für Arzt- und Spitalbesuche. Besteht aber für den Arbeitgeber auch Lohnfortzahlungspflicht bei einer Behandlung aus „lediglich“ ästhetischen Gründen?

Massgeblich ist der Krankheitswert einer Entstellung oder ästhetischen Unregelmässigkeit. Erfolgt eine Behandlung lediglich um dem Schönheitswahn der heutigen Zeit zu entsprechen, so hat der Arbeitnehmer den Lohnausfall selber zu tragen. Liegt eine entsprechend schwerere Unregelmässigkeit vor, so ist die Arbeitsunfähigkeit eher krankheitsbedingt und fällt unter Art. 324a OR. Allerdings ist es möglich, dass eine Schönheitsoperation, welche ohne medizinische Indikation vorgenommen worden ist, zu Komplikationen führt, die ihrerseits Krankheitswert haben, so dass unter Umständen dennoch Lohnfortzahlungspflicht entsteht.

Art. 324a OR verlangt, dass die Arbeitsverhinderung nicht durch den Arbeitnehmer verschuldet wurde. Dabei stellt nur ein grob unvernünftiges Verhalten oder eine absichtliche Gesundheitsschädigung ein Verschulden im Sinne dieser Bestimmung dar. Für die Bestimmung des Verschuldens kann ein Vergleich mit verschiedenen Beispielen aus der Lehre und Praxis hilfreich sein. Eine absichtliche Gesund-

heitsschädigung liegt etwa bei Selbstverstümmelung oder, eventualvorsätzlich, beim Fahren in angetrunkenem Zustand vor. Als Beispiel für grob unvernünftiges Verhalten kann eine schwierige Bergtour mit ungeeigneter Ausrüstung oder fehlender Kenntnisse erwähnt werden. Lohnfortzahlungspflicht besteht grundsätzlich bei Drogensucht (umstritten), Selbstmordversuch, ausserehelicher Schwangerschaft oder Geschlechtskrankheit, sofern das Verhalten nicht ausgesprochen unvorsichtig oder unverantwortlich war (z.B. ungeschützter Geschlechtsverkehr im Wissen einer HIV-Infektion beim Partner). Im Bereich von Spiel und Sport ist ein Selbstverschulden praktisch nur denkbar bei krassem Verstoss gegen Regeln der Kunst, insbesondere bei untauglicher Ausrüstung oder völligem Fehlen der erforderlichen Mindestkenntnisse. Im medizinischen Bereich kann die Verweigerung einer ärztlichen Behandlung oder der Einnahme von Medikamenten ein Verschulden darstellen. Im Lichte der persönlichen Freiheit ist allerdings Zurückhaltung am Platz und Selbstverschulden nur bei medizinisch grob unsinnigem Verhalten anzunehmen.

Tobias Jakob

4. ARBEITSZEUGNIS BEI LANGER KRANKHEIT

Gemäss Art. 330a Abs. 1 OR kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber jederzeit ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht.
Das Bundesgericht hatte im Herbst 2010 einen Fall zu beurteilen (BGE 136 III 510), in welchem ein Arbeitnehmer aufgrund der Verletzung vertraglicher Pflichten – insbesondere seiner Treuepflicht – die Kündigung erhielt. Er war aus gesundheitlichen Gründen zuvor bereits seit fast 1 ½ Jahren nicht mehr in seiner Funktion als Regionalsekretär tätig.
Die Vorinstanz erblickte den Grund für die Kündigung in der lang andauernden Krankheit des Arbeitnehmers, während dieser rügte, gemäss Kündigungsschreiben des Arbeitgebers sei nicht seine Krankheit, sondern die (falsche) Annahme des Arbeitgebers, er habe seine vertraglichen Pflichten, insbesondere seine Treuepflicht, verletzt, Grund für die Kündigung. Stehe fest, dass die Kündigung nicht auf seine Krankheit zurückzuführen sei, dürfe diese gemäss dem Prinzip der wohlwollenden Formulierung nicht im Arbeitszeugnis erwähnt werden.
In seinem Urteil kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Krankheit des Arbeitnehmers im Arbeitszeugnis namentlich dann zu erwähnen sei, wenn sie seine Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgabe in Frage stellte und damit einen sachlichen Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete. Da der Arbeitnehmer während mehr als einem Jahr krankheitshalber unfähig war, seine bisherige Tätigkeit auszuüben und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht absehbar war, ob und wann er dazu wieder in der Lage sein werde, stelle die Krankheit seine weitere Eignung zur Ausübung der bisherigen Tätigkeit erheblich in Frage. Unter diesen Umständen stelle die Krankheit einen berechtigten Kündigungsgrund dar. Der Arbeitgeber sei somit unabhängig davon, ob er die Kündigung auf Grund der Krankheit oder aus anderen Gründen aussprach, gehalten, die lange Krankheit in einem qualifizierten Arbeitszeugnis zu erwähnen.

Christian Rudolf von Rohr

5. IN EIGENER SACHE

- Seit Januar 2011 sind in unserer Kanzlei Bilder von **Roman Candio** ausgestellt. Der 76-jährige Künstler ist Meister der Formen und Farben. Die Werke können während der üblichen Büroöffnungszeiten besichtigt werden.

- **PSP-Apéro – „Revidiertes Immobiliarsachenrecht“**
  PSP lädt Interessierte zu einem Fachreferat mit anschliessendem Apéro ein. Referent: lic.iur. Harald Rüfenacht, Rechtsanwalt und Notar, LL.M.

Der **PSP-Apéro** findet am **Dienstag, 29. November 2011,** statt. Gerne empfangen wir Sie um **18.00 Uhr** in unserer Bibliothek an der Gurzelngasse 27 im ersten Stock. Anmeldung erwünscht.

PSP RECHTSANWÄLTE