

“Das Gesetz kann nicht

“Bei Bonus und Gratifikation gibt es eine grosse Rechtsunsicherheit. Das Gesetz regelt nicht klar, wann ein einklagbarer Lohnanspruch besteht”

Denis Humbert



DOMINIQUE SCHÜTZ

Arbeitsrecht • Der Zürcher Anwalt Denis Humbert fordert, dass das Arbeitsrecht an neue Entwicklungen angepasst wird. Laut Anwältin Nicole Vögeli Galli ist das Wesentliche bereits heute geregelt.

plädoyer: Der Anspruch auf Lohnfortzahlung bei Krankheit unterscheidet sich heute je nach Region und Gerichtspraxis: Ein kranker Berner im zweiten Dienstjahr etwa erhält einen einzigen Monatslohn, ein Basler das Doppelte. Ist das fair?

Denis Humbert: Nein. Ich bin zwar für Föderalismus, aber hier braucht es wegen der zwingend notwendigen Rechtssicherheit für die Rechtsuchenden eine einheitliche, klare Regelung im Obligationenrecht. Dass wir in unseren kleinen Schweiz mit der Basler, der Berner und der Zürcher Skala drei verschiedene Lohnfortzahlungsskalen haben, ist unverständlich. Ich verstehe nicht, warum unser Parlament es bis heute nicht geschafft hat, eine einheitliche Regelung zu erlassen.

Nicole Vögeli Galli: Eine einheitliche Regelung wäre tatsächlich sinnvoll. Die Leute sollen wissen,

was sie zugute haben. Die Diskussion wird aber gescheut. Man müsste sich entscheiden, welche der Skalen man nimmt.

plädoyer: Sollte die Lohnfortzahlungspflicht per Gesetz verlängert werden?

Vögeli Galli: Ja. Es gibt zwar Leute, die eine Leistung zu Unrecht beziehen. Dennoch erkranken viele Angestellte schwer oder länger. Dies muss finanziell abgesichert sein. Ich halte eine Regelung analog jener für das öffentliche Personal im Kanton Zürich für optimal: Im ersten Dienstjahr hat man Anspruch auf drei volle Monatslöhne, dann drei Monate lang 75 Prozent. Im zweiten Jahr gibt es sechs Monate vollen Lohn und dann sechs Monate 75 Prozent. Und ab dem dritten Jahr hat man Anspruch auf zwölf Monate vollen Lohn und weitere zwölf Monate 75 Prozent.

Humbert: Das sehe ich anders. Öffentliches und privates Personalrecht darf nicht vermischt werden. Ersteres wird durch den Steuerzahler finanziert, Letzteres durch die Arbeitgeber. Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) machen rund 99 Prozent aller Unternehmen aus und müssen auf jeden Rappen schauen. Es braucht eine auch für KMU gerechte Lösung. Die einheitliche Lohnfortzahlung sollte sich im Rahmen der bestehenden drei Skalen bewegen.

plädoyer: Führt dies nicht zu prekären Fällen?

Humbert: Über zwei Millionen Angestellte sind einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) unterstellt. Die meisten GAV verlangen eine Krankentaggeldversicherung mit einer Lohnfortzahlungspflicht von 80 Prozent während 730 Tagen. Also ist der wichtigste Teil abgesichert. Und viele Unternehmen, die keinem GAV unterstehen, haben freiwillig eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen.

plädoyer: Sollte man die Krankentaggeldversicherung für obligatorisch erklären?

Denis G. Humbert, 63,
Fachanwalt SAV
Arbeitsrecht, Zürich

Nicole Vögeli Galli, 57,
Fachanwältin SAV
Arbeitsrecht, Zürich

jeden Einzelfall regeln“



“Das Gesetz regelt diese Frage bereits. Entweder ist ein Bonus geschuldet, oder es handelt sich um eine freiwillige Leistung – eine Gratifikation”

Nicole Vögeli Galli

Vögeli Galli: Nein, denn sobald dieses Angebot besteht, wird es auch genutzt. Krankentaggeldversicherungen dürften mit ein Grund für die gestiegenen Absenzen sein. Man darf zudem nicht vergessen, dass die Prämien der Krankentaggeldversicherungen ziemlich hoch sind. Aus diesem Grund hat etwa der Kanton Zürich keine solche Versicherung.

plädoyer: Sind vorgetäuschte Krankheiten tatsächlich ein signifikantes Problem?

Humbert: Ja. Die vorgetäuschten Krankheiten sind ein grosses Übel und ein Ärgernis für die Arbeitgeber.

plädoyer: Haben Sie Zahlen?

Humbert: Nein, es gibt keine Statistiken dazu. Aber nach meiner Erfahrung und nach der Rückmeldung von Anwältkolleginnen und -kollegen kommt dies häufig vor. Es gibt diverse Indizien, die für eine vorgetäuschte Krankheit sprechen. Zum Beispiel den Zeitpunkt: Einen Tag nach der Kündigung oder nach einer Konfliktsituation kommt ein Arztzeugnis. Oder das Arztzeugnis wurde im

Ausland ausgestellt. Oder es ist rückdatiert.

Vögeli Galli: Häufig ist eine Arbeitsunfähigkeit eine Folge von Kritik an der Arbeitsleistung, Diskussionen am Arbeitsplatz oder einer Kündigung. Es gilt zu bedenken: Eine Kündigung ist ein schwerer Einschnitt. Auch eine berechtigte Entlassung löst Ängste aus. Eine Kündigung kann zu einer Arbeitsunfähigkeit führen. Erklärungsbedürftig ist aber, wenn in solchen Fällen eine lange Arbeitsunfähigkeit von zum Beispiel acht Monaten folgt.

Humbert: Eine Kündigung ist tatsächlich ein grosser Einschnitt im Alltagsleben. Dadurch wird man aber nicht plötzlich arbeitsunfähig. Ob eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt, ist im Übrigen eine medizinische Frage.

plädoyer: Eine Motion im Parlament verlangt vom Bundesrat, dass er gegen ärztliche «Gefälligkeitszeugnisse» vorgeht. Die ärztliche Schweigepflicht soll zulasten von erkrankten Angestellten gelockert werden. Was halten Sie davon?

Humbert: Ein Arztzeugnis darf aufgrund der Persönlichkeitsrechte nicht die Diagnose gegenüber dem Arbeitgeber bekannt geben. Das Zeugnis sollte aber zumindest vermerken, ob bei der betroffenen Person bloss eine «arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit» vorliegt. Denn gemäss neuerer Rechtsprechung gelten die Kündigungssperrfristen nicht bei einer bloss arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit, nur bei einer generellen. Deshalb ist es für den Arbeitgeber wichtig zu wissen, welche Art von Arbeitsunfähigkeit vorliegt und ob er trotzdem kündigen kann.

Vögeli Galli: Das Gesetz setzt für eine Sperrfrist oder Lohnfortzahlung keine Arbeitsunfähigkeit voraus, sondern eine Arbeitsverhinderung. Dazu zählt auch ein psychischer Umstand, der keinen Krankheitswert hat. Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit stammt aus dem Sozialversicherungsrecht. Die Gerichte prüfen anhand des Stellenbeschriebs und der Beschwerden, ob eine Arbeitsverhinderung vorliegt. Den Ärzten sind diese Vorgänge nicht bekannt. Sie geben lediglich eine medizinische

Einschätzung ab, die keine exakte Wissenschaft darstellt.

Humbert: Wir müssen präzisieren: Das Gesetz verlangt eine Arbeitsverhinderung infolge Krankheit oder Unfall, was mit einer Arbeitsunfähigkeit gleichzusetzen ist. Wichtig ist in diesem Zusammenhang der Hinweis, dass Angestellte sich aufgrund ihrer Treuepflicht bereits heute einer vom Arbeitgeber verlangten Untersuchung durch einen Vertrauensarzt unterziehen müssen. Dennoch bin ich dafür, diese Verpflichtung zusätzlich ins Gesetz zu schreiben, inklusive Sanktionen bei Verweigerung – etwa der Einstellung der Lohnfortzahlung.

plädoyer: Das Parlament bespricht zurzeit einen Vorschlag, wonach Angestellte für die ersten Krankheitstage kein Arzzeugnis mehr einreichen müssen. Eine gute Idee?

Humbert: Es gibt einen weit verbreiteten Missbrauch bei der Vorlage von Arzzeugnissen. Viele Arbeitgeber hinterfragen diese nicht und wollen ein Gerichtsverfahren vermeiden. Richter stellen zudem häufig auf Arzzeugnisse ab, vor allem in einer ersten Beurteilung im Rahmen von Vergleichsgesprächen vor der Durchführung eines Beweisverfahrens. Ein gesetzlicher Verzicht auf Vorlage eines Arzzeugnisses in den ersten Krankheitstagen wäre ein Freipass für den Arbeitnehmer und ist abzulehnen. Ich bin dezidiert der Meinung, dass der Arbeitgeber nach wie vor schon am ersten Absenztage ein Arzzeugnis verlangen können muss.

Vögeli Galli: Das Arzzeugnis gehört zum Beweisrecht. Der Arbeitnehmer muss beweisen, dass er weiterhin Anspruch auf Lohn hat. Arbeitgeber können eine Lohnzahlung verweigern und es auf ein Gerichtsverfahren ankommen lassen, wenn sie dem Arzzeugnis nicht glauben. Das Arz-

zeugnis ist eine administrative Vereinfachung für erkrankte Angestellte. Das Obligationenrecht ist nicht für beweisrechtliche Vorschriften gedacht.

plädoyer: Unklar geregelt sind heute im Arbeitsrecht auch Gratifikation und Bonus. Sehen Sie hier einen Handlungsbedarf?

Humbert: Ja. Es herrscht diesbezüglich grosse Rechtsunsicher-



heit bei den Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Das OR regelt nicht klar, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Bonus als einklagbarer Lohnanspruch oder als Gratifikation, das heisst als eine freiwillige ermessensabhängige Vergütung zu qualifizieren ist. Bei der missbräuchlichen Alterskündigung und beim Abwerbverbot fehlt ebenfalls eine gesetzliche Regelung, was zu grosser Unsicherheit führt. Ich plädiere auch hier für klare gesetzliche Regelungen, um die Rechtsunsicherheit zu beseitigen.

Vögeli Galli: Das Gesetz regelt diese Themen bereits. Entweder ist ein Bonus geschuldet, oder es handelt sich um eine freiwillige Leistung – eine Gratifikation. Das vertragliche und nachvertragliche Konkurrenzverbot besteht ebenfalls bereits und umfasst ein Abwerbverbot. Dazu gibt es eine reichhaltige Gerichtspraxis.

“Es herrscht beim Kündigungsschutz eine grosse Unklarheit darüber, ab wann man als ‘alt’ gilt und ab wann eine ‘lange’ Dienstdauer vorliegt”

Denis Humbert

Humbert: Es ist in einem Rechtsstaat mit Gewaltentrennung Aufgabe des Parlaments, die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze zu kodifizieren, damit für Arbeitgeber und Angestellte klar ist, was gilt. Das sorgt für Rechtssicherheit. Diese ist ein Grundpfeiler unseres Rechtsstaats. Sie garantiert, dass staatliches Handeln für die Bürgerinnen und Bürger vorhersehbar und verlässlich ist.

Vögeli Galli: Wir müssen aufpassen. Wir können nicht Gesetze schreiben, die jeden Einzelfall erwähnen. Das Gesetz ist allgemein-abstrakt und nicht individuell-konkret. Je detaillierter man etwas regelt, desto mehr Punkte gehen vergessen.

Humbert: Gesetze sollten tatsächlich nicht zu ausufernd formuliert werden, wie dies etwa bei Richtlinien der EU der Fall ist. Es wäre jedoch möglich, im Stil von Eugen Huber die aktuelle Praxis in verständlichen Gesetzesartikeln mit bis zu drei Absätzen niederzuschreiben.

plädoyer: Braucht es bei Kündigungen von Arbeitgebern kurz vor der Pensionierung mehr gesetzlichen Schutz?

Humbert: Auch hier braucht es eine Kodifizierung der Rechtsprechung. Gemäss Bundesgericht gilt für ältere Angestellte mit langer Dienstdauer ein besonderer Kündigungsschutz. Das Bundesgericht verlangt vom Arbeitgeber die Einhaltung von bestimmten Verfahrensvorschriften, wobei unklar ist, ob dies auch bei einer Reorganisation gilt. Es herrscht aber Unklarheit darüber, ab wann man als «alt» gilt und ab wann eine «lange» Dienstdauer vorliegt. Zudem gilt gemäss Bundesgericht bei Angestellten des obersten Kaders der Alterskündigungsschutz in der Regel nicht. Auf welche Angestellte das zutrifft, wird vom Bundesgericht nicht näher spezi-

fiziert. Das sollte man ebenfalls klar definieren.

Vögeli Galli: Wenn man anfängt, Kündigungen zum Beispiel ab 58 Jahren und zehn Dienstjahren zu untersagen, dann heben wir den Grundgedanken unseres Kündigungsschutzes auf. Das Gesetz nennt bei der missbräuchlichen Kündigung gewisse Konstellationen. Die Einzelfallwürdigung ist vom Gesetzgeber gewollt. Bei einer Reorganisation in einem Unternehmen soll das Arbeitsgesetz doch nicht vorschreiben, dass man einer alleinerziehenden Mutter kündigen und einem 58-jährigen Mitarbeiter nicht kündigen darf. Das Gesetz sieht bereits vor, dass eine Kündigung «wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht», missbräuchlich ist. Darunter fällt das Alter. Zudem hat das Bundesgericht festgehalten, dass es mit dem Schutz vor missbräuchlichen Alterskündigungen keine Sonderkategorie von Angestellten schaffen wollte.

plädoyer: Die Schweiz hat im internationalen Vergleich ein sehr liberales Kündigungsrecht. Ist es noch immer ein Erfolgsmodell?

Humbert: Ja. Wenn sie zum Beispiel nach Deutschland schauen, stellen sie dort fest, dass praktisch keine Leute mit Behinderung mehr eingestellt werden, da sie aufgrund des starken Behinderungskündigungsschutzes praktisch nicht mehr entlassen werden können.

Vögeli Galli: Unser System dient beiden Parteien: Wir haben immer das Gefühl, dass es erfolgversprechend sei, eine Person möglichst lang am Arbeitsplatz zu halten. Ein eher schnellerer Stellenwechsel kann aber eine Situation entschärfen – das kann sich auch zugunsten der Arbeitnehmer auswirken.



„Das Gesetz darf doch nicht vorschreiben, dass man einer Alleinerziehenden kündigen und einem 58-Jährigen nicht kündigen darf“

Nicole Vögeli Galli

plädoyer: Fehlt es nach einer missbräuchlichen Kündigung an einem Recht auf Wiedereinstellung?

Humbert: Nein, das Arbeitsklima leidet, auch zulasten der anderen Arbeitnehmer, wenn jemand gegen den Willen des Betriebs wieder eingestellt werden muss.

Vögeli Galli: Wenn das Geschirr zerschlagen ist, wird es schwierig, jemanden wieder einzustellen. Bei grösseren Betrieben wäre es

einfacher, da man die Person in eine andere Abteilung versetzen kann.

plädoyer: Besteht Handlungsbedarf im Hinblick auf die technologischen Entwicklungen, etwa bei Plattformarbeit?

Humbert: Die Gesellschaft entwickelt sich schneller, als der Gesetzgeber nachkommt. Solange eine Tätigkeit als arbeitsrechtlich qualifiziert wird, gelten die Normen im OR. Wichtig ist für mich eine gerechte Entlohnung. Mindestlöhne für gewisse Branchen sind bereits heute eine praxistaugliche Lösung. Diese kann man in den GAV oder Normalarbeitsverträgen (NAV) festlegen.

Vögeli Galli: Der NAV, der entgegen dem Namen ein Gesetz ist, erlaubt auf Bundesebene die Festlegung von Mindestlöhnen für gewisse Branchen. Das ist ein optimales Instrument.

plädoyer: Braucht es zusätzliche Regelungen zum Homeoffice? Etwa ein Recht auf Nichterreichbarkeit?

Humbert: Nein, es braucht keine Regelungen. Homeoffice bedeutet ja nur einen Wechsel des Arbeitsorts, nämlich eine Verlagerung des Arbeitsplatzes nach Hause. Ein gut ausgestalteter Arbeitsvertrag zusammen mit dem Arbeitsgesetz reichen schon heute, um die Rechte der Parteien zu schützen.

Vögeli Galli: Das Recht auf Nichterreichbarkeit in der Freizeit besteht bereits. Schutzbestimmungen wie erlaubte Arbeitszeiten sind im Arbeitsgesetz und in den Verordnungen schon geregelt. Sie sind aber unübersichtlich und müssten vereinfacht werden.

plädoyer: Die Überwachung von Angestellten nimmt infolge neuer technischer Möglichkeiten zu. Brauchts dazu präzisere Regelungen im Gesetz?

Humbert: Darüber kann man sicher diskutieren.

Vögeli Galli: Überwachung hat einen schalen Beigeschmack, kann aber auch zugunsten der Arbeitnehmer ausfallen – etwa in einem Labor, in einer Bank oder in einem Nachtclub. Wir haben die Verhältnismässigkeitsprüfung bereits im Datenschutz drin. Viel wichtiger finde ich, dass man die Überwachungsmassnahmen mit den Angestellten bespricht.

Humbert: Die Verhältnismässigkeitsprüfung ist abstrakt geregelt. Angestellte sollen sich an gut verständlichen Gesetzesnormen orientieren können – etwa dass das Verhalten des Angestellten im Pausenraum nicht gefilmt werden darf.

Vögeli Galli: Das Gesetz kann nicht jeden Fall einzeln regeln. Behörden wie das Staatssekretariat für Wirtschaft mit der Wegleitung zum Arbeitsgesetz stellen genügend Informationen zur Verfügung.

Gesprächsleitung:

Milad Al-Rafu, Karl Kümin