NewsLetter

Informationen der Kanzlei Legis Rechtsanwälte AG

Bauen in lärmvorbelasteten Gebieten: Lärmschutz statt Seesicht

Das Bundesgericht hat in einem Urteil vom 4. März 2021 ein zuvor vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ergangenes Urteil geschützt und im Ergebnis den baulichen Lärmschutz gegen Strassenlärm auf der Seestrasse in Rüschlikon ZH höher gewichtet als die Seesicht von geplanten Wohnungen aus zwei Mehrfamilienhäusern auf den Zürichsee. Die Baubewilligung wurde daher aufgehoben.

Sachverhalt

Die beiden an die Seestrasse in Rüschlikon angrenzenden Baugrundstücke gehören zur Wohnzone W3. Das am Hang weiter oben in der zweiten Bautiefe gelegene dritte Baugrundstück an der Mühlestrasse gehört zur Wohnzone W2. Die Unterniveaugaragen der geplanten insgesamt zwei Mehrfamilienhäuser (MFH) sollen miteinander verbunden und über die Seestrasse erschlossen werden. Die Bewilligung des MFH an der Mühlestrasse erfordert daher die Realisierung des direkt an die Seestrasse grenzenden MFH. Am 9. März 2017 erteilte die örtliche Baubehörde Rüschlikon zwei Baubewilligungen, nämlich sowohl für das MFH an der Seestrasse mit 8 Wohnungen wie auch für das dahinterliegende MFH an der Mühlestrasse mit 7 Wohnungen. Dies unter gleichzeitiger Eröffnung der Gesamtverfügung der Baudirektion des Kantons Zürich für beide MFH, welche dafür eine lärmschutzrechtliche Ausnahmebewilligung nach Art. 31 Abs. 2 Lärmschutzverordnung (LSV) für das MFH an der Seestrasse erteilte. Gegen beide Baubewilligungen erhob der Nachbar D beim Baurekursgericht des Kantons Zürich Rekurs. Das Baurekursgericht wies den entsprechenden Rekurs von D mit Entscheid vom 21. November 2017 ab. Der Nachbar D gelangte in der Folge ans Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, welches – nach einer zwischenzeitlichen Sistierung für Vergleichsverhandlungen – die erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 18. Dezember 2019 guthiess und die beiden Baubewilligungen der Gemeinde Rüschlikon sowie die beiden Gesamtverfügungen der Baudirektion aufhob. Das von der Bauherrschaft angerufene Bundesgericht hat diesen Entscheid nun mit Urteil vom 4. März 2021 bestätigt (C-91/2020).

Christopher Tillman

Umstrittene Frage

Umstritten war, ob das MFH an der Seestrasse aus lärmschutzrechtlicher Sicht

Inhalt

Seite

Bauen in lärmvorbelasteten Gebieten: Lärmschutz statt Seesicht 1

Der Kauf des (gebrauchten) Traumwagens: Segen oder Fluch? 4

Neues Erbrecht tritt am 1. Januar 2023 in Kraft 5

Kündigung bei Unfähigkeit zur Leistung der zugewiesenen Arbeit? 6

In eigener Sache 7

Neuer arbeitsrechtlicher Anspruch auf Betreuungsurlaub 8

bewilligt werden kann. Denn in der Zone W3 und der Zone W2 gilt die Lärm-Empfindlichkeitsstufe (ES) II. Für diese Stufe betragen die Immissionsgrenzwerte (IGW) für Strassenlärm 60 dB(A) am Tag und 50 dB(A) in der Nacht (Ziff. 2 von Anhang 3 LSV). Aufgrund der unmittelbaren Nähe zur stark befahrenen Seestrasse beträgt indessen die Lärmbelastung an der am stärksten belasteten Ostfassade am Tag 66 db(A) und in der Nacht 60 db(A). Gegenüber dem zulässigen IGW in der ES II des MFH an der Seestrasse erfolgt somit eine Überschreitung von 6 dB(A) am Tag und von 10 db(A) in der Nacht. Die Bauherrschaft monierte vor Bundesgericht, dass für das Bauvorhaben eine lärmrechtliche Ausnahmebewilligung erteilt werden kann, während das Verwaltungsgericht zuvor zum Schluss gekommen ist, die Voraussetzungen dafür seien nicht erfüllt. Es hat daher die Baubewilligung aufgehoben.

Lärmschutzrechtliche Anforderungen an Neubauten

Nach Art. 22 Abs. 1 USG ist der Bau von lärmempfindlichen Räumen in Gebieten, in denen die IGW überschritten sind, grundsätzlich verboten. Baubewilligungen für Neubauten, die dem längeren Aufenthalt von Personen dienen, werden nur erteilt, wenn die Räume zweckmässig angeordnet und die allenfalls notwendigen zusätzlichen Schallschutzmassnahmen getroffen werden (Art. 22 Abs. 2 USG). Art. 31 Abs. 1 LSV präzisiert dies insofern, als eine Baubewilligung nur erteilt wird, wenn die IGW durch die Anordnung der lärmempfindlichen Räume auf der dem Lärm abgewandten Seite des Gebäudes (lit. a) oder durch bauliche oder gestalterische Massnahmen, die das Gebäude gegen Lärm abschirmen (lit. b), eingehalten werden können. Zweck dieser Bestimmungen ist, Menschen vor bestehendem, schädlichem oder lästigem Lärm zu schützen (Art. 1 Abs. 1 USG). Was schädlich oder lästig ist, bringen die in der BZO für die jeweilige Zone als ES festgelegten IGW zum Ausdruck. Sind somit die IGW überschritten, so sind zusätzliche Anstrengungen der Bauherrschaft von Neubauten zu unternehmen, um die IGW einzuhalten. Lärmempfindliche Räume sind möglichst abgewandt von der Lärmquelle anzuordnen. Sodann ist das Gebäude vor Lärmeinwirkungen zu schützen. Es geht dabei um die Anordnung der Baukörper, der Nutzungen sowie der Wohnungsgrundrisse. Nach der Rechtspraxis sind festverglaste Fenster – um damit zu verhindern, dass die Messung der Einhaltung der IGW nicht wie in Art. 39 Abs. 1 LSV vorgeschrieben am offenen Fenster jedes lärmempfindlichen Raums erfolgen muss – keine zulässige Lärmschutzmassnahme.

Lärmschutzrechtliche Ausnahmebewilligung

Können die IGW trotz aller lärmoptimierender Massnahmen nicht eingehalten werden, sieht Art. 31 Abs. 2 LSV in einem *zweiten Schritt* die Möglichkeit einer Ausnahmebewilligung vor. Dies bedingt nach der Rechtsprechung des Zürcher Verwaltungsgerichts und des Bundesgerichts, dass sämtliche verhältnismässigen Massnahmen nach Art. 31 Abs. 1 LSV ausgeschöpft worden sind (Art. 22 Abs. 1 USG). Nach Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist grundsätzlich ein überwiegendes öffentliches Interesse am Bauvorhaben zu verlangen. Das private Interesse des Eigentümers an einer besseren Nutzung seines Grundstücks allein reicht nicht aus. Es ist daher an der Bauherrschaft den Nachweis zu erbringen, dass diese Voraussetzung erfüllt ist. Eine Ausnahmebewilligung bezweckt, im Einzelfall Härten und offensichtliche Unzweckmässigkeiten zu beseitigen, die mit dem Erlass der Regel nicht beabsichtigt waren. Es geht um offensichtlich ungewollte Wirkungen einer Regelung. Die Ausnahmebewilligung darf daher nicht dazu eingesetzt werden, generelle Gründe zu berücksichtigen, die sich praktisch immer anführen liessen. Auf diesem Weg würde ansonsten der Lärmschutz des Gesetzes abgeändert. Das Bundesgericht schützte vorliegend die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass eine Ausnahmebewilligung nur als «ultimo ratio» möglich ist (E. 5.2).

«Die Gewährung einer Ausnahme ist eine ultima ratio. Der vorgelagerte Nachweis einer hinreichenden Massnahmenprüfung obliegt der Bauherrschaft».

Das Verwaltungsgericht stellte zuvor im angefochtenen Entscheid fest, dass sich das vorliegende Bauvorhaben weder hinsichtlich der Ausgestaltung des Baukörpers noch hinsichtlich der gewählten Wohnungsgrundrisse von der Bauweise, wie sie üblicherweise an Lagen mit Seesicht gewählt werden. Üblicherweise werden in Rüschlikon und anderswo Wohnungen geschaffen, bei welchen möglichst viele Wohnräume auf den See ausgerichtet sind. Vier Wohnungen und deren lärmempfindlichen Räume seien hier beinahe vollständig auf die stark befahrene Seestrasse ausgerichtet. Dasselbe gelte für deren Aussenräume (Sitzplätze und Balkone). Aus den Akten sei nicht erkennbar,

ob bzw. welche baulichen oder gestalterischen Alternativen von der Bauherrschaft geprüft worden seien. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, inwiefern die Anordnung und Ausrichtung der Wohnungen lärmschutzrechtlich optimiert worden seien. Auf den Einwand der Bauherrschaft argumentierte das Verwaltungsgericht, dass es zwar zutreffen möge, dass hinsichtlich der Anordnung des Bauvolumens auf dem vorhandenen Grundstück ein beschränkter Spielraum bestehen kann. Auch mag es zutreffen, dass der Lärmschutz zu Einbussen hinsichtlich der Seesicht führen könne. Hingegen müsse eine verbesserte Grundrissanordnung auch im vorliegenden Fall nicht zwingend zu fensterlosen Fassaden entlang der Seestrasse führen, wie dies die Bauherrschaft eingewendet hat. Das Verwaltungsgericht beanstandete, dass sich die Bauherrschaft und die Vorinstanzen nicht genügend mit denkbaren Alternativen wie vorgehängte Fassadenelemente, schallabsorbierende Fassadenverkleidungen, einer Lärmschutzwand oder alternativen Wohnungsgrundrissen, auseinandergesetzt hat. Die von der Bauherrschaft getroffenen Massnahmen fielen nicht unter die vom Bundesgericht genannten gestalterischen und baulichen Leistungen wie Grundrissgestaltung, abgewinkelte Fassaden usw. Das Verwaltungsgericht erachtete daher den Nachweis, dass sämtliche verhältnismässigen Massnahmen ausgeschöpft worden seien, als nicht erbracht. Das Bundesgericht schützte nun diesen Entscheid.

Konkreter Nachweis der ausgeschöpften Massnahmen

Wie ist in solchen Fällen vorzugehen? Das in diesem Fall vorliegende Lärmschutzgutachten zählte in abstrakter Weise und textbausteinmässig die Voraussetzungen auf, die für eine lärmschutzrechtliche Ausnahmebewilligung erfüllt sein müssen. Das bei den Akten liegende Lärmschutzgutachten ging jedoch nicht auf die im konkreten Fall getroffenen Massnahmen zur Reduktion der Lärmbelastung ein und hat sich nicht konkret mit denkbaren Alternativen auseinandergesetzt. Der Lärmschutz erfordert vielmehr kreative Ideen von Planern und der Bauherrschaft. Der Nachweis, dass sämtliche verhältnismässigen Massnahmen im Sinne von Art. 31 Abs. 1 LSV ausgeschöpft sind, ist von diesen begründet, substantiiert und belegt darzulegen. Es ist dabei zu dokumentieren, welche Massnahmen geprüft, verworfen oder gewählt wurden. Dieser Nachweis muss somit fundiert sein und kann durch einen entsprechenden Bericht des Planers oder allenfalls durch einen beigezogenen Lärmexperten erfolgen. Das Bundesgericht hat die Grenze zwischen «erheblichen» und «nicht erheblichen» Überschreitungen der IGW innerhalb der ES II bei 4 db(A) gezogen. Die Fachstelle Lärmschutz des Tiefbauamtes der Baudirektion des Kantons Zürich hat im Nachgang zu den bis dahin ergangenen Bundesgerichtsurteilen (BGE 142 II 110 f. E. 4.6; BGer 1C_139/2015 vom 16. März 2016) «Empfehlungen für den Baubewilligungsprozess – Vollzug von Art. 31 LSV» herausgegeben. Hier sind Hinweise für geeignete Lärmmassnahmen und für geeignete Massnahmen ersichtlich, die beim Bauen in lärmvorbelasteten Gebieten zu prüfen und nach der dargelegten Rechtsprechung nachzuweisen sind. Dieser Nachweis muss der örtlichen Baubehörde eingereicht und von dieser im Baubewilligungsverfahren geprüft werden. Das ergibt sich direkt aus Art. 31 Abs. 2 LSV, denn ohne diese Nachweispflicht der Bauherrschaft wäre diese Ausnahmebestimmung gar nicht anwendbar (BGer 1C_106/2018 vom 2. April 2019, E. 4.7).

Kein überwiegendes öffentliches Interesse am Bauvorhaben

Der Entscheid über die Zustimmung der kantonalen Behörde gemäss Art. 31 Abs. 2 LSV verlangt zusätzlich eine Interessenabwägung. Das Verwaltungsgericht erachtete es als fraglich, ob angesichts der eingangs erwähnten massiven Überschreitung der IGW um 6 bis 10 db(A) überhaupt eine Ausnahmebewilligung in Betracht fällt. Das Bundesgericht liess diese Frage offen und hielt demgegenüber fest, dass beim vorliegenden Bauvorhaben die IGW mit diesen Werten sowohl tagsüber wie nachts *sehr deutlich überschritten* seien. Selbst bei einer Aufstufung in die ES III im Sinne von Art. 43 Abs. 2 LSV wären die IGW am Tag um 1 db(A) und in der Nacht sogar um 5 db(A) überschritten. Eine Überschreitung um 5 db(A) ist immer noch erheblich. Ansonsten wäre eine Einstufung in eine höhere ES nicht ausgeschlossen. Bei dieser Ausgangslage würde die Erteilung einer Ausnahmebewilligung gegen den Zweck der erwähnten lärmschutzrechtlichen Bestimmung verstossen, weil diesfalls das wichtige öffentliche Interesse am Schutz der Bevölkerung vor übermässigem Lärm ausgehöhlt würde. Ein überwiegendes öffentliches Interesse am Bauvorhaben am vorliegenden Ort war daher gemäss Bundesgericht von vornherein zu verneinen. Angesichts dessen ist das Bundesgericht gegenüber der bisherigen Rechtsprechung mit rund 4 db(A) Überschreitung, im vorliegenden Fall auf die übrigen Kriterien der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung für ein überwiegendes öffentliches Interesse gar nicht mehr eingegangen. Diese weiteren Kriterien der Rechtsprechung würden verlangen, dass das Bauvorhaben im weitgehend überbauten Gebiet geplant ist, ein akuter Bedarf an Wohnraum besteht (was im urbanen Raum praktisch immer der Fall ist) oder ein angemessener Wohnkomfort sichergestellt ist (BGE 142 II 110 f. E. 4.6; ZBl 118/2017 S. 50). Die Rüge der Verletzung von Art. 31 LSV und der Eigentumsgarantie der Bauherrschaft wies das Bundesgericht somit ab. ■

Der Kauf des (gebrauchten) Traumwagens: Segen oder Fluch?

Der Kauf eines Gebrauchtwagens kann schnell aus juristischer Sicht zu einem Albtraum werden. Normalerweise schliessen die Händler jegliche Gewährleistung aus. Bemerkt der Käufer kurz nach dem Kauf einen (vorher existierenden) Defekt, kann er vor Gericht praktisch keinen Schaden nachweisen.

Ausgangslage

Der Käufer erwirbt das lang ersehnte (sportliche) Traumfahrzeug. Aus Kostengründen entscheidet er sich für ein Gebrauchtwagen, den er ratenweise abzahlt. Die standardisierten Kaufverträge von Gebrauchtwagenhändlern verlagern oft das Risiko für allfällige Mängel auf den Käufer. Nachfolgend ein paar Tipps & Tricks, um nicht in rechtlicher und finanzieller Hinsicht «gegen die Wand zu fahren».

Die Vorteile des Kaufs eines Gebrauchtwagens sind klar: Der Käufer hat beim Kauf eines Gebrauchtwagens zunächst keine grosse Abschreibung hinzunehmen. Der Gebrauchtwagen ist, abhängig von verschiedenen Faktoren, die von Auto zu Auto unterschiedlich sind (gefahrene Kilometer, Immatrikulationsjahr, Gebrauchsgrad verschiedener Teile usw.), wesentlich günstiger. In Vorfreude vergisst der Käufer oft, den Vertrag genau zu lesen bzw. auf die Umstände zu achten, sodass derjenige, der anfangs weniger ausgeben wollte, konkret riskiert, viel Geld zu verlieren, und im schlimmsten Fall genau so viel wie für ein neues Fahrzeug oder mehr zu zahlen.

Kauf bei einem Autohändler

Wer bei einem Marken- oder freien Händler einen Gebrauchtwagen erwirbt, geht im Normalfall davon aus, ein einwandfreies Fahrzeug zu erhalten: Die Vorstellung weicht allzu oft von der Realität ab, mit schwerwiegenden finanziellen Folgen – auch ein kleiner Fehler kann richtig ins Geld gehen. Der Käufer ist gut beraten, sich über den Ruf des Händlers zu informieren. Schon das kann helfen, zu entscheiden, ob man dem Händler überhaupt vertrauen will.

Der Händler schliesst im Normalfall jegliche Gewährleistung aus. Der geringere Kaufpreis sollte die Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos allfälliger Mängel auf den Käufer kompensieren. Der Händler vermittelt zudem den Abschluss von Garantien (normalerweise von Drittanbietern), welche mehrere Abstufungen haben. Der Käufer sollte

Luigi Lanzi

bei der Wahl der Garantieabstufung beachten, was für ein Fahrzeug er kauft und welche Risiken für ihn am grössten und daher abzusichern sind. Je nach Zustand des Gebrauchtwagens kann der Käufer sich beschränkt absichern. Es gilt grundsätzlich: Je älter das Fahrzeug desto weniger umfangreich die Garantie. Beim Abschluss der Garantiepolice ist besondere Aufmerksamkeit geboten: Wenn man das Ausfüllen des Formulars dem Autohändler delegiert und dieser etwas anzukreuzen vergisst oder einen Fehler macht, bleibt die erhoffte Garantieleistung ganz oder teilweise aus.

Die normalerweise kurze Probefahrt reicht nicht aus, um versteckte Mängel aufzudecken. Der Käufer sollte daher vor dem Kauf eine Prüfung des Fahrzeuges durch eine Fachperson vornehmen lassen, insbesondere beim Kauf eines gebrauchten Sportwagens bzw. eines Wagens im höheren Preissegment. Es kann im Kaufvertrag vereinbart werden, dass der Kaufvertrag erst wirksam ist, wenn die fachliche Prüfung des Fahrzeuges positiv ausfällt (Suspensivbedingung). Die meisten Autohändler können dem Käufer Geschäftspartner weiterempfehlen, die der Käufer mit der Prüfung beauftragen kann. So kann der Autohändler das Ergebnis der Prüfung durch den eigenen Vertrauenspartner eher nicht in Frage stellen, ohne die eigene Glaubwürdigkeit zu untergraben. Durch eine professionelle Prüfung kann der Käufer die Folgen des Ausschlusses der Gewährleistung mildern.

Rechtliche Tücken

Oft schliessen der Verkäufer und der Käufer im Kaufvertrag die Gewährleistung wie folgt aus: «Übernahme des Fahrzeuges wie gesehen und gefahren, sämtliche Gewährleistungsansprüche sind wegbedungen». Das Auto hat bereits wenige Wochen nach dem Kauf wegen eines vorbestehenden versteckten Mangels einen Defekt, welcher nicht von der Garantie gedeckt ist.

Für den unerfahrenen Käufer ist es erst sinnvoll rechtlich gegen den Verkäufer vorzugehen, wenn er beweisen kann, dass das Fahrzeug schon im Zeitpunkt des Kaufs mangelhaft war und, dass der Verkäufer den Mangel gekannt und ihn arglistig verschwiegen hat. Es ist mangels Beweismitteln sehr schwierig bis unmöglich, die Kenntnis oder die Arglist des Verkäufers zu beweisen, insbesondere bei Verwendung der branchenüblichen kurzen Verträge. Zudem kann der Ausschluss der Gewährleistung selbst bei grober Fahrlässigkeit des Verkäufers gültig bleiben. Das Hinzuziehen eines vertrauten Zeugen während der gesamten Kaufabwicklung ist für den Käufer empfehlenswert, da dies unter Umständen seine Verhandlungsposition gegenüber dem Verkäufer verbessern kann; in einem Gerichtsverfahren würde erfahrungsgemäss ein Zeuge kaum helfen können.

Achtung: Von einer «privaten» Reparatur absehen

Die Kosten steigen aufgrund des Kaufs des fehlerhaften Fahrzeuges schnell. Der Sparwunsch des Käufers ist verständlich: Trotzdem ist eine private Reparatur beim Vertrauensmechaniker um die Ecke, statt in einer offiziellen Werkstatt, keine gute Idee. Nur durch die teurere (im Vergleich zum Vertrauensmechaniker um die Ecke) Reparatur in einer offiziellen Werkstatt stellt der bereits enttäuschte und überforderte Käufer sicher, dass beim erneuten Auftreten desselben Problems, er seine Gewährleistungsansprüche betreffend die neu eingebauten Teile geltend machen kann. Ansonsten muss der Käufer mehrere Reparaturen aus eigener Tasche zahlen, wenn das Auto aufgrund der Einwirkung des Voreigentümers (z.B. tuning) immer wieder kaputt geht. Die Reparaturkosten steigen derart und das Vertrauen und die Freude des Käufers in das Auto wird so strapaziert, dass dem Käufer oft nichts anderes übrigbleibt, als das Auto nach der Reparatur der offiziellen Werkstatt zu verkaufen, um die Kosten mindestens teilweise zu decken.

Noch schlimmer wird es bei einem Ratenkauf: Die ständigen Reparaturkosten zusätzlich zu den Raten erhöhen den wirtschaftlichen und emotionalen Druck auf den Käufer.

Fazit

Beim Kauf eines Gebrauchtwagens ist besondere Aufmerksamkeit geboten. Es ist generell sehr schwierig bis beinahe unmöglich, die branchenübliche vertragliche Wegbedingung der Gewährleistung des Verkäufers später auf dem Rechtsweg umzustossen. Der Käufer sollte sorgfältig den Kauf planen und sich durch eine von ihm hinzugezogene Fachperson vor und während dem Kauf beraten lassen. Alles andere könnte ihn teuer zu stehen kommen. ■

Neues Erbrecht tritt am 1. Januar 2023 in Kraft

Der Bundesrat hat im Mai 2021 entschieden, das revidierte Erbrecht auf den 1. Januar 2023 in Kraft zu setzen. Mit dem neuen Recht können Erblasserinnen und Erblasser künftig unter anderem über einen grösseren Teil ihres Nachlasses nun frei verfügen. Heute stehen Nachkommen drei Viertel des gesetzlichen Erbteils als Pflichtteil zu. Künftig wird es nur noch die Hälfte sein. Der Pflichtteil der Eltern entfällt mit der Revision ganz. ■

Kündigung bei Unfähigkeit zur Leistung der zugewiesenen Arbeit?

Die sog. *arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit* hat in den letzten Jahren in der Lehre und Rechtsprechung vor allem im Zusammenhang mit dem zeitlichen Kündigungsschutz (Sperrfristen bei Krankheit oder Unfall) zu verschiedenen Auseinandersetzungen geführt.

Ausgangslage

Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer nur an der Arbeitsleistung in Bezug auf seine konkrete Arbeitsstelle gehindert, ansonsten aber normal einsatzfähig ist und auch in seiner privaten Lebensgestaltung (Haushalt, Freizeit, Hobbys) kaum eingeschränkt 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.

Ursachen der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit

In der Regel ist eine erhebliche psychische Belastung am Arbeitsplatz die Ursache arbeitsplatzbezogener Erkrankungen: meist ein Arbeitsplatzkonflikt zwischen Arbeitskollegen oder zwischen Arbeitnehmer und Vorgesetztem. Auch Mobbing oder Stress (Arbeitsüberlastung bzw. zunehmender Leistungsdruck) kann zu einer erheblichen psychischen Belastung am Arbeitsplatz führen. Solche Belastungssituationen können in einer psychischen Erkrankung enden und sich auf die ganze Lebensgestaltung des Arbeitnehmers auswirken und damit zu einer generellen (und nicht bloss arbeitsplatzbezogenen) Arbeitsunfähigkeit führen. Es ist daher im Einzelfall durch den attestierenden Arzt abzuklären, ob psychische Probleme / Belastungssituationen lediglich eine arbeitsplatzbezogene oder eine generelle Arbeitsunfähigkeit begründen.

Kündigungsschutz im Falle von Krankheit oder Unfall

Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, wenn der Arbeitnehmer *ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall* ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Es besteht ein zeitlicher Kündigungsschutz *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). Eine Kündigung, die während diesen Sperrfristen ausgesprochen wird, ist *nichtig*.

Zeitlicher Kündigungsschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit

Für den Arbeitgeber stellt sich die Frage, ob bei einem Arbeitsplatzkonflikt, Stress oder Mobbing am Arbeitsplatz, welche zur Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers aus psychischen Gründen führt, die Sperrfristen nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR greifen oder, ob dem Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin gekündigt werden darf, weil dieser in Bezug auf jeden anderen Arbeitsplatz arbeitsfähig wäre. Diese Frage ist bis heute nicht höchstrichterlich geklärt. Die kantonale Rechtsprechung hat den zeitlichen Kündigungsschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit *mehrfach* verneint. Dies mit der Begründung, dass in einem Fall von arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit dem Arbeitnehmer eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber offenstehe, weshalb er sich mit Blick auf Sinn und Zweck des zeitlichen Kündigungsschutzes nicht auf diesen berufen könne.

Tatjana Roth

Dem Gesetzeswortlaut von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR lässt sich nicht entnehmen, ob die Verhinderung an der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers generell bestehen muss oder, ob der zeitliche Kündigungsschutz auch dann greift, wenn der Arbeitnehmer *nur* an seiner konkreten Arbeitsstelle, d.h. an der im Einzelarbeitsvertrag versprochenen Leistung, verhindert ist – an jeder anderen Arbeitsstelle aber ohne Einschränkung einsatzfähig wäre. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung

trägt Art. 336c Abs. 1 lit. b OR dem Umstand Rechnung, dass bei vernünftiger Betrachtung eine Neuanstellung nach Ablauf der Kündigungsfrist aufgrund der Dauer der Krankheit und des Umfangs der Arbeitsunfähigkeit als unwahrscheinlich erscheint. Diese gesetzliche Bestimmung geht davon aus, dass ein kranker Arbeitnehmer Schwierigkeiten hat, einen neuen Arbeitgeber zu finden, da der neue Arbeitgeber keinen Arbeitnehmer einstellen wird, von dem er nicht weiss, wann er wieder gesund und einsatzfähig sein wird. Geschützt sein sollen somit die erheblich beeinträchtigten Neuanstellungschancen eines kranken Arbeitnehmers. Der Sinn und Zweck des zeitlichen Kündigungsschutzes legt allerdings nahe, dass diese Bestimmung den Fall der (rein) arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit *nicht* erfasst, da der Arbeitnehmer nicht gehindert ist, eine neue Arbeitsstelle anzutreten bzw. seine Anstellungschancen nicht beeinträchtigt sind. Es besteht auch keine Unsicherheit in Bezug auf die Dauer der Krankheit oder den Umfang der Arbeitsunfähigkeit, denn der Arbeitnehmer wäre am neuen Arbeitsplatz sofort und uneingeschränkt einsetzbar.

Bei *arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit* besteht folglich aufgrund von Zwecküberlegungen und mangels Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers, unter Vorbehalt der missbräuchlichen Kündigung (Art. 336 OR), keine Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR und somit auch *kein zeitlicher Kündigungsschutz*. Dem Arbeitnehmer bleibt hingegen der Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR auch bei «bloss» arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit erhalten.

Nachweis der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit

Damit der Arbeitgeber das Kündigungsrecht ausüben kann, muss er wissen, ob die Arbeitsunfähigkeit tatsächlich arbeitsplatzbezogen ist. Diese Information findet sich aber in einfachen Arztzeugnissen nicht, da der Arzt der Schweigepflicht (Art. 321 Ziff. 1 StGB) unterliegt und daher – ausser bei Entbindung der Schweigepflicht – nur beschränkt Patientendaten weitergeben darf. Der Arbeitnehmer ist aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Treuepflicht verpflichtet, den Arzt gegenüber dem Arbeitgeber hinsichtlich derjenigen Informationen von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden, an denen der Arbeitgeber ein *berechtigtes Interesse* hat. Die Frage, ob der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Arbeitsplatzbezogenheit der Arbeitsunfähigkeit hat, ergibt sich aus einer *Interessensabwägung* zwischen denjenigen Interessen des Arbeitnehmers (Persönlichkeitsrechts- und Datenschutzrechte) und jenen des Arbeitgebers (konkretisierenden Informationen zur Krankheit, korrekte Ausübung des Kündigungsrechts).

Fazit

Die Verantwortung der Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR liegt letztlich beim attestierenden Arzt, der feststellen muss, ob sich die Krankheit nur (situativ) auf die konkrete Arbeitsstelle oder auf die Anstellungschancen allgemein auswirkt. Er muss also feststellen, ob der Arbeitnehmer gesund wird, wenn er nicht mehr an seinen bisherigen Arbeitsplatz zurückkehren muss oder kann. Letztlich ist vom Arzt dabei eine Abklärung vorzunehmen, um zu entscheiden, ob die Krankheit nur arbeitsplatzbezogen ist und der Arbeitnehmer also überall anders einsatzfähig wäre, oder ob tatsächlich eine eigentliche Krankheit vorliegt. Nur im letzteren Falle gelten die Sperrfristen des Kündigungsrechts im Arbeitsvertragsrecht. Im Streitfalle bleibt dem Richter lediglich die Interessenabwägung zwischen den Interessen des Arbeitnehmers und den Interessen des Arbeitgebers im Lichte des gesetzlichen Kündigungsschutzes vorzunehmen. ■

In eigener Sache

Wir freuen uns mitzuteilen, dass ab August 2021 Herr **Serdal Avsar-Bringolf** als Substitut zu unserer Kanzlei stossen wird. Er studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und schloss mit dem Master of Law (MLaw) ab. In der Folge war er als Auditor am Bezirksgericht Zürich tätig; so vor allem beim Kollegialgericht, beim Einzelrichter im summarischen Verfahren (Audienz) und am Arbeitsgericht. Er spricht und berät in Deutsch, Türkisch und Englisch. Wir heissen Herr Avsar-Bringolf in unserem Team herzlich willkommen. ■

Legis Rechtsanwälte AG
legis-law.ch

Neuer arbeitsrechtlicher Anspruch auf Betreuungsurlaub

Zwei wesentliche Neuerungen sind im Jahre 2021 im Arbeitsrecht in Kraft getreten, welche für die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Einzelfall eine Erleichterung bringen können.

Anspruch auf kurzzeitige Betreuungsabwesenheit

Art. 324a OR regelt die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei einer Verhinderung des Arbeitnehmers aus Gründen, die nicht in seiner Person liegen und aufgrund welcher der Arbeitnehmer nicht arbeiten kann oder die Arbeit unzumutbar wird. Seit dem 1. Januar 2021 steht neu dem Arbeitnehmer in Zusammenhang mit dem gesetzlich präzisierten Spezialtatbestand für die Betreuung von kranken oder verunfallten Angehörigen, hauptsächlich Kindern, Ehegatten, Lebenspartnern und Eltern und Geschwistern, ein Anspruch auf vom Arbeitgeber bezahlten Betreuungsurlaub von max. 3 Tagen pro Ereignis zu (Art. 329h OR sowie Art. 36 Arbeitsgesetz). Dies ist gegen Vorweisung eines Arztzeugnisses möglich und pro Jahr auf max. 10 Tage beschränkt. Beim kranken Lebenspartner wird verlangt, dass seit 5 Jahren ein gemeinsamer Haushalt besteht.

Anspruch auf mehrwöchigen Betreuungsurlaub

Seit dem 1. Juli 2021 können Eltern im Anstellungsverhältnis, die ein schwer krankes oder schwer verunfalltes Kind betreuen, *zudem* einen Betreuungsurlaub bis zu 14 Wochen im Jahr beziehen. Dies setzt voraus, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Betreuungsentschädigung nach Art. 16i – 16m des

Luigi Lanzi

Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende, bei Mutterschaft und bei Vaterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG) hat. Die gesundheitlich schwere Beeinträchtigung wird einlässlich im Gesetz umschrieben und sorgt dafür, dass schwere gesundheitliche Beeinträchtigungen von normalen Krankheiten abgegrenzt werden. Der Betreuungsurlaub soll auch gewährt werden, wenn nur ein Elternteil erwerbstätig ist oder wenn ein Elternteil oder beide Eltern Teilzeit arbeiten. ■

Humor

Zwei Mütter unterhalten sich über ihre jugendlichen Sprösslinge: «Was will ihr Sohn denn später einmal werden?» «Rechtsanwalt. Er streitet gerne, mischt sich ständig in die Angelegenheiten anderer Leute ein und weiss immer alles besser. Da habe ich ihm geraten, er soll sich das bezahlen lassen.»

Lic.iur. Romeo Da Rugna
CAS IRP-HSG Civil Litigation
Fachanwalt SAV Familienrecht

Dr. Stefan Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann
Konsulent

Lic.iur.
Christopher Tillman LL.M.
CAS IRP-HSG Civil Litigation
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
CAS Bauversicherungsrecht

MLaw Luigi Lanzi

MLaw Serdal Avsar
Substitut

Forchstrasse 2 / Kreuzplatz
Postfach
8032 Zürich
Switzerland
Phone +41-44-560 80 80
Fax +41-44-560 80 90
lawyer@legis-law.ch

Eingetragen
im Anwaltsregister