

Präsentismus

Krank arbeiten verletzt Treuepflicht

Als Präsentismus wird das Verhalten bezeichnet, trotz aus medizinischer Sicht vorliegender Arbeitsunfähigkeit zu arbeiten. Das Phänomen ist gemäss neueren Erkenntnissen weitverbreitet. Mehr und mehr werden die gravierenden wirtschaftlichen Folgen des Präsentismus erkannt.

Von Kurt Pärli

Kurzfristig sparen Arbeitgeber und Versicherer bei Präsentismus Kosten der Lohnfortzahlung und der Taggelderleistungen. Mittel- und langfristig entstehen indes höhere Kosten, denn nicht auskurierte Krankheiten können sich verschlimmern. Bei ansteckenden Krankheiten kommt zudem eine Gefährdung von anderen Mitarbeitenden hinzu. In der Rechtswissenschaft wurden die Thematik und die damit zusammenhängenden Probleme noch wenig bearbeitet. Es sind vor allem Fragen des Kündigungsschutzes sowie der Fürsorge- und Treuepflicht, die eine nähere Betrachtung verdienen.

Sperrfristen gelten auch bei Präsentismus

Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis während einer beschränkten Zeit nicht kündigen, wenn der Arbeitnehmende ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist (sogenannte Sperrfristen; 30 Tage im ersten Dienstjahr, 90 Tage im zweiten bis fünften Dienstjahr und 180 Tage ab dem sechsten Dienstjahr). Wenn Arbeitnehmende trotz Krankheit arbeiten, stellt sich die Frage, ob sie sich gleichwohl auf den zeitlichen Kündigungsschutz berufen können. Der Gesetzeswortlaut spricht von Verhinderung an der Arbeitsleistung aufgrund Krankheit oder Unfall. Bei wortgetreuer Auslegung sind somit Arbeitnehmende, die krank zur Arbeit erscheinen, nicht vor einer Kündigung geschützt. Diese Auslegung ist jedoch verkürzt. Zweck der Sperrfristen ist, dass die Stellensuche nicht durch Krankheit beeinträchtigt ist. Nach herrschender Lehre sowie konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind deshalb arbeitsunfähige oder teil-



Anwesenheitsprämien sind arbeitsrechtlich unzulässig.

weise arbeitsunfähige Arbeitnehmende, die dennoch arbeiten, grundsätzlich durch die Sperrfrist geschützt.

Präsentismus, Fürsorgepflicht und Weisungsrecht

Zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gehört nach Art. 328 OR der Schutz der Persönlichkeit und Gesundheit der Arbeitnehmenden. Der Arbeitgeber hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität seiner Arbeitnehmenden all die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es

mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden kann. Der Arbeitgeber muss deshalb alles Zumutbare unternehmen, um eine Weiterbeschäftigung gesundheitlich beeinträchtigter Arbeitnehmender zu ermöglichen, deren Gesundheit nicht weiter zu beeinträchtigen oder den Eintritt einer Gesundheitsschädigung zu verhindern.

Aus der Fürsorgepflicht lässt sich eine Pflicht der Arbeitgeber ableiten, dafür zu sorgen, dass Arbeitnehmende nicht krank arbeiten, wenn sie damit ihre eigene oder die Gesundheit von Dritten gefährden. Die Arbeitgeber können dabei auf das in Art. 321d OR verankerte Weisungsrecht



zurückgreifen, welches ihnen erlaubt, über das Verhalten der Arbeitnehmenden im Betrieb Anordnungen zu erlassen und ihnen besondere Weisungen zu erteilen. Beim Weisungsrecht handelt es sich in der Regel um eine blosser Obliegenheit. Ist es aber zum Schutz der Arbeitnehmenden oder von Dritten erforderlich, wird aus dem Weisungsrecht eine Weisungspflicht. In diesen Fällen haben Arbeitgeber nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, Arbeitnehmende von (für sie oder andere) gesundheitsschädigenden Arbeiten abzuhalten. Dabei genügt es unter Umständen nicht, Arbeitnehmende bloss nach Hause zu schicken. Kann der Arbeitnehmer die Arbeit auch von zu Hause aus verrichten, ist ihm, sofern und soweit dies aus gesundheitlichen Gründen geboten ist, auch die Home-Office-Arbeit zu untersagen.

Verbot des Präsentismus gestützt auf die Treuepflicht der Arbeitnehmenden

Die Arbeitnehmenden sind nach Art. 321a OR verpflichtet, die berechtigten Interessen der Arbeitgeber in guten Treuen zu wahren. Dazu gehört auch, bei Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit zu einer möglichst raschen Genesung beizutragen und bei wiedererlangter (Teil-)Arbeitsfähigkeit die Arbeitsleistung unverzüglich wieder aufzunehmen. Da Präsentismus offensichtlich zu einer Verschleppung einer Krankheit oder einer Chronifizierung führen kann, haben Arbeitnehmende nicht nur ein Recht, sondern mit Blick auf Art. 321a OR auch eine Pflicht, bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht zu arbeiten bzw. nach

Absprache mit den behandelnden Ärzten und dem Arbeitgeber die Arbeit so lange zu reduzieren, wie dies der Gesundheitszustand erfordert. Wer also trotz Krankheit arbeitet, verletzt seine Treuepflicht.

Unzulässige Anwesenheitsprämien

Arbeitsrechtlich problematisch sind Regelungen, wonach Arbeitnehmende mittels sogenannter Anwesenheitsprämien dafür belohnt werden, dass sie nicht krank werden. Ziel solcher Instrumente ist, dass Arztbesuche in die Freizeit verlegt werden und trotz gesundheitlicher Unpässlichkeiten gearbeitet wird. Anwesenheitsprämien sollen objektiv nicht begründete Fehlzeiten reduzieren und jene Arbeitnehmenden belohnen, die dem Arbeitgeber ununterbrochen zur Verfügung stehen. Es liegt auf der Hand, dass solche Anwesenheitsprämien den Präsentismus fördern. Es ist zu bezweifeln, dass solche Systeme überhaupt im Interesse der Arbeitgeber sind. Fraglich ist überdies die rechtliche Zulässigkeit.

Eine ausdrückliche Regelung der Anwesenheitsprämie findet sich im Arbeitsrecht nicht. Von vornherein unzulässig sind Anwesenheitsprämien, soweit sie die gesetzlich garantierten Lohnfortzahlungsansprüche nach Art. 324a OR tangieren. Nach Art. 322d OR kann eine Gratifikation eine Sondervergütung darstellen, die *neben dem gewöhnlichen Lohn* bei bestimmten Anlässen vom Arbeitgeber ausgerichtet wird. Das Gesetz nennt als Anlässe Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres. Auch eine Anwesenheitsprämie kann eine Form der Gratifikation darstellen. Da es sich bei einer

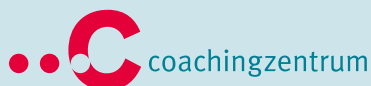
Gratifikation um eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers handelt, gilt es aber den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Demnach ist eine willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmender im Verhältnis zur Mehrheit unzulässig. Eine Ungleichbehandlung aufgrund einer Krankheit stellt eine Diskriminierung aufgrund einer Persönlichkeitseigenschaft dar und muss deshalb als sittenwidrig bezeichnet werden. So hat auch das Kantonsgericht Freiburg in einem Fall aus dem Jahre 2002 entschieden. Eine Betriebsordnung sah für Arbeitnehmende, welche sich während eines Jahres nie krankschrieben, einen Bonus von CHF 300.– und für Mitarbeitende mit einer oder mehreren Krankmeldungen einen Malus vor. Der Malus entsprach einer Lohnreduktion um 1% während – je nach Länge der krankheitsbedingten Abwesenheit – sechs bis achtzehn Monaten. Das Gericht befand die entsprechende Klausel als Verletzung der guten Sitten und der Persönlichkeit und somit gestützt auf Art. 20 Abs. 2 OR als nichtig. Anwesenheitsprämien sind betriebswirtschaftlich fragwürdig und arbeitsrechtlich unzulässig. Eine bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage steht allerdings noch aus.



Autor

Kurt Pärli ist Professor für Soziales Privatrecht an der juristischen Fakultät der Universität Basel. Seine Lehr- und Forschungsschwerpunkte liegen im schweizerischen und internationalen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht.

Ausbildungsorte Basel, Bern, Luzern, Olten und Zürich



Beratungsausbildung mit Wirkung

Coaching, Mentoring,
Supervision und Resilienztraining

Eidg. Fachausweis und eidg. Diplom,
CAS und MAS Zertifikate

CAS- und MAS-Angebote in Kooperation mit dem IZB der PH Zug
Coachingzentrum Olten GmbH · T 062 926 43 93
www.coachingzentrum.ch

Betr. Mentor/in mit
eidg. Fachausweis

