

Kassandra Waldvogel

## Präsentismus im arbeitsrechtlichen Kontext

---

Das Arbeiten trotz gesundheitlicher Beschwerden (Präsentismus) ist aus arbeitsrechtlicher Sicht regelmässig problematisch. Einerseits verletzt die Arbeitgeberin unter Umständen ihre Fürsorgepflicht, wenn sie Präsentismusverhalten nicht unterbindet. Andererseits begeht der Arbeitnehmer gegebenenfalls eine Treuepflichtverletzung, verwirkt seinen Lohnfortzahlungsanspruch oder büsst den Kündigungsschutz ein, wenn er trotz einer gesundheitlichen Beeinträchtigung arbeitet.

---

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht; Gesundheitsrecht

Zitiervorschlag: Kassandra Waldvogel, Präsentismus im arbeitsrechtlichen Kontext, in: Jusletter 15. März 2021

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Erfüllung der Arbeitspflicht
  - 2.1. Keine Verletzung der Arbeitspflicht bei einer Arbeitsverhinderung
  - 2.2. Verletzung der Arbeitspflicht bei Präsentismus
  - 2.3. Zwischenfazit
3. Lohnfortzahlungspflicht
  - 3.1. Selbstverschuldete Arbeitsverhinderung
  - 3.2. Präsentismus begünstigende Faktoren
    - 3.2.1. Voraussetzungen der Lohnfortzahlungspflicht
      - 3.2.1.1. Arbeitsverhinderung
      - 3.2.1.2. Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses
    - 3.2.2. Dauer der Lohnfortzahlungspflicht
    - 3.2.3. Leistungsvoraussetzungen von Krankentaggeld- und Unfallversicherungen
      - 3.2.3.1. Gesundheitsvorbehalt bei der freiwilligen Krankentaggeldversicherung
      - 3.2.3.2. Ausgleichspflicht bei der obligatorischen Unfallversicherung
  - 3.3. Zwischenfazit
4. Fürsorgepflicht
  - 4.1. Pflicht zum Gesundheitsschutz
  - 4.2. Weisungspflicht zugunsten eines wirksamen Gesundheitsschutzes
  - 4.3. Rechtsfolgen einer Fürsorgepflichtverletzung
    - 4.3.1. Schadenersatzanspruch
    - 4.3.2. Lohnfortzahlungsanspruch
  - 4.4. Zwischenfazit
5. Treuepflicht
  - 5.1. Pflicht zur Regeneration
  - 5.2. Pflicht zur Information
  - 5.3. Rechtsfolgen einer Treuepflichtverletzung
  - 5.4. Zwischenfazit
6. Kündigungsschutz
  - 6.1. Sachlicher Kündigungsschutz
  - 6.2. Zeitlicher Kündigungsschutz
  - 6.3. Präsentismus begünstigende Faktoren
    - 6.3.1. Faktoren bezüglich des sachlichen Kündigungsschutzes
    - 6.3.2. Faktoren bezüglich des zeitlichen Kündigungsschutzes
  - 6.4. Zwischenfazit
7. Zusammenfassung

### 1. Einleitung

[1] Präsentismus bezeichnet das Verhalten trotz einer gesundheitlichen Beeinträchtigung zu arbeiten, obwohl es aufgrund des Zustandes legitim oder sogar angezeigt wäre, der Arbeit fernzubleiben.<sup>1</sup> Die Gründe für Präsentismus sind vielfältig, können aber beispielsweise in der Angst vor Arbeitsplatzverlust, Druck und Stress oder der Aussicht auf eine Anwesenheitsprämie lie-

---

<sup>1</sup> DANIELA LOHAUS/WOLFGANG HABERMANN, Präsentismus, Berlin 2018, S. 11; siehe KATHERINE ASHBY/MICHELLE MAHDON, Why do employees come to work when ill?, London 2010, S. 13; JANA SCHMIDT/HELMUT SCHRÖDER, Präsentismus – Krank zur Arbeit aus Angst vor Arbeitsplatzverlust, in: Bernhard Badura/Helmut Schröder/Jochim Klose/Katrin Macco (Hrsg.), Fehlzeiten-Report 2009, Heidelberg 2010, S. 93 ff., S. 93.

gen.<sup>2</sup> Neben gesundheitlichen Folgen, die das Praktizieren von Präsentismus für den Arbeitnehmer<sup>3</sup> nach sich ziehen können (wie etwa Verschlimmerung, Verschleppung oder Chronifizierung), sind auch die arbeitsrechtlichen Aspekte sowohl für den Arbeitnehmer als auch für die Arbeitgeberin von Bedeutung.<sup>4</sup> Im folgenden Beitrag werden ausgewählte Problembereiche besprochen, die bei Präsentismus auftreten können. Insbesondere wird den Fragen nachgegangen, ob der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, wenn er Präsentismus betreibt, ob die Arbeitgeberin verpflichtet ist, Präsentismus zu unterbinden, und welche Auswirkungen Präsentismusverhalten auf die Lohnfortzahlungspflicht und die Kündigungsschutzregeln haben kann.

## 2. Erfüllung der Arbeitspflicht

[2] Je nach Ausgestaltung der vertraglich vereinbarten Arbeit verletzt der Arbeitnehmer mit dem Betreiben von Präsentismus seine arbeitsvertragliche Pflicht.

### 2.1. Keine Verletzung der Arbeitspflicht bei einer Arbeitsverhinderung

[3] Im Rahmen des Arbeitsvertrags verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit im Dienste der Arbeitgeberin und die Arbeitgeberin zur Entrichtung des Lohnes. Zwar verleiht das Gesetz dem Arbeitnehmer keine explizite Ermächtigung, im Falle einer gesundheitsbedingten Arbeitsverhinderung die Arbeit niederzulegen, aus Art. 324a OR kann aber geschlossen werden, dass der Arbeitnehmer seine Leistung nicht erbringen muss und dennoch einen Lohnanspruch hat, wenn ihm die Arbeitstätigkeit aufgrund einer unverschuldeten, in seiner Person liegenden Arbeitsverhinderung nicht möglich oder zumutbar ist. Damit muss das Niederlegen der Arbeitstätigkeit gerechtfertigt sein, wenn eine Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 324a OR vorliegt.

### 2.2. Verletzung der Arbeitspflicht bei Präsentismus

[4] Arbeitet der Arbeitnehmer ungeachtet einer eigentlich bestehenden Arbeitsverhinderung weiter, betreibt er regelmässig Präsentismus. Das Arbeiten trotz schlechter gesundheitlicher Verfassung kann dazu führen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht nicht erfüllt. Der Arbeitnehmer verspricht im Rahmen des Arbeitsvertrages keinen Erfolg, sondern lediglich die Verrichtung einer erfolgsgeeigneten Tätigkeit.<sup>5</sup> Je nach Art und Schwere der Gesundheitsbeeinträchtigung

---

<sup>2</sup> MIKA STEINKE/BERNHARD BADURA, Präsentismus: Ein Review zum Stand der Forschung, Dortmund/Berlin/Dresden 2011, S. 19 und 54 ff.; siehe LOHAUS/HABERMANN (Fn. 1), S. 12; SCHMIDT/SCHRÖDER (Fn. 1), S. 94.

<sup>3</sup> Aus Gründen der Lesbarkeit wird im vorliegenden Beitrag auf die gleichzeitige Verwendung der männlichen und weiblichen Sprachform verzichtet. Die Personenbezeichnungen gelten aber für alle Geschlechter gleichermassen.

<sup>4</sup> Siehe FRED HENNEBERGER/MICHAEL GÄMPERLI, Präsentismus: Ein kurzer Überblick über die ökonomische Relevanz eines verbreiteten Phänomens, St. Gallen 2014, S. 25 f.; KURT PÄRLI/JULIA HUG/ANDREAS PETRIK, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Bern 2015, Rz. 626; STEINKE/BADURA (Fn. 2), S. 68.

<sup>5</sup> DANIEL BRAND/LUCIUS DÜRR/BRUNO GUTKNECHT/PETER PLATZER/ADRIAN SCHNYDER/CONRAD STAMPFLI/ULRICH WANNER, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 319–346a, 361/362, Muri-Bern 1991 (zit. BRAND et al.), Art. 319 OR N 8; THOMAS GEISER, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Diss. Basel 1983, S. 9 f.; ADRIAN STAEHELIN, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, Zürich/Basel/Genf

und der Natur der auszuführenden Dienste dürfte es aber fraglich sein, ob er in der Lage ist, eine zur Erreichung des Erfolgs geeignete Tätigkeit zu erbringen.

### 2.3. Zwischenfazit

[5] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Niederlegen der Arbeit beim Vorliegen einer Arbeitsverhinderung gerechtfertigt ist. Präsentismus hingegen kann dazu führen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht nicht erfüllen kann und damit seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt.

## 3. Lohnfortzahlungspflicht

[6] Art. 324a Abs. 1 OR setzt für das Vorliegen der Lohnfortzahlungspflicht voraus, dass der Arbeitnehmer ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist.

### 3.1. Selbstverschuldete Arbeitsverhinderung

[7] Hat der Arbeitnehmer trotz gesundheitsbedingter Beschwerden gearbeitet, besteht im Falle einer darauffolgenden Verschlechterung des Gesundheitszustandes, die ein Niederlegen der Arbeitstätigkeit erzwingt, unter Umständen kein oder nur ein gekürzter Anspruch auf Lohnfortzahlung. Die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR setzt unter anderem voraus, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsverhinderung nicht selbst verschuldet.<sup>6</sup> In diesem Zusammenhang drängt sich die Frage auf, wie der Umstand zu bewerten ist, dass der Arbeitnehmer vor seinem Ausfall Präsentismus betrieben hat und sich dadurch die Arbeitsverhinderung verlängert oder gar erst ergibt. Ist dem Arbeitnehmer in einem solchen Fall ein Verschulden anzurechnen?

[8] Verweigert der Arbeitnehmer eine medizinisch gebotene Heilbehandlung oder die Einnahme von Medikamenten, kann darin ein für die Lohnfortzahlungspflicht relevantes Selbstverschulden gesehen werden.<sup>7</sup> Es ist indes Ausprägung der persönlichen Freiheit, über die eigenen medizinischen Belange frei entscheiden zu können und eine ärztliche Behandlung grundsätzlich ablehnen zu dürfen.<sup>8</sup> GEISER ist deshalb zuzustimmen, dass dem Arbeitnehmer nur bei einem medizinisch grob unsinnigen Ablehnungsentscheid Selbstverschulden vorgeworfen werden kann.<sup>9</sup> Diese Lösung verfolgt auch Art. 21 Abs. 4 ATSG im Bereich von sozialversicherungsrechtlichen Leistun-

---

2006, Art. 319 OR N 35; vgl. WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 5.

<sup>6</sup> Art. 324a Abs. 3 OR legt im Falle einer schwangerschaftsbedingten Verhinderung an der Arbeitsleistung fest, dass kein Nachweis des Nichtverschuldens erbracht werden muss.

<sup>7</sup> ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 324a/324b OR N 29; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Das Obligationenrecht, Band VI, Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Berner Kommentar, Bern 2010, Art. 324a OR N 16.

<sup>8</sup> THOMAS GEISER, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003, S. 323 ff., S. 326.

<sup>9</sup> GEISER, AJP 2003, S. 323 ff. (Fn. 8), S. 326.

gen, wonach diese gekürzt oder verweigert werden können, wenn sich eine versicherte Person einer zumutbaren Behandlung widersetzt.

[9] Analog ist bei der Missachtung ärztlicher Anweisungen zu verfahren, beispielsweise wenn der Arbeitnehmer trotz einer verordneten Bettruhe die Arbeitsstelle aufsucht und daraus eine Verschlechterung des Gesundheitszustands resultiert, die in der Folge zu einer (längeren oder wiederholend auftretenden) Arbeitsverhinderung führt. Es wird vom Arbeitnehmer nicht verlangt, dass er ständig auf die Erhaltung seiner Arbeitskraft bedacht ist, weshalb er auch gewisse Risiken eingehen darf, ohne dass er einen Verlust seines Lohnfortzahlungsanspruchs befürchten muss.<sup>10</sup> Ist es aus objektiver Sicht aber grobfahrlässig, sich dem ärztlichen Rat zu widersetzen, ist Selbstverschulden anzunehmen.<sup>11</sup> Es ist an dieser Stelle festzuhalten, dass nach herrschender Meinung im Vergleich zum allgemein im Zivilrecht geltenden Massstab zugunsten des Arbeitnehmers von einem milderem Verschuldensbegriff auszugehen ist.<sup>12</sup> Bei vorsätzlicher Herbeiführung der Arbeitsverhinderung durch den Arbeitnehmer fällt der Lohnanspruch dahin.<sup>13</sup> Ob der Lohnanspruch bei Grobfahrlässigkeit überhaupt nicht besteht oder bloss gekürzt wird, ist umstritten.<sup>14</sup> Leichtes Verschulden lässt den Lohnanspruch nicht entfallen.<sup>15</sup> Mit dem Betreiben von Präsentismus beabsichtigt der Arbeitnehmer regelmässig nicht die Verschlechterung seines Gesundheitszustandes. Es sind in der Regel andere Motive, die ihn zu Präsentismus bewegen.

[10] Ein Selbstverschulden kann nur angenommen werden, wenn die Missachtung des klaren ärztlichen Rates, die Arbeitstätigkeit vorübergehend ganz oder teilweise auszusetzen, aus objektiver Sicht grob unsinnig und unbegreiflich erscheint. In dieser Konstellation fehlt es an einer Voraussetzung von Art. 324a Abs. 1 OR und es besteht kein resp. nur ein gekürzter Anspruch auf Lohnfortzahlung.

---

<sup>10</sup> GEISER, AJP 2003, S. 323 ff. (Fn. 8), S. 325; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2019, Rz. 432; WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Heinrich Honsell/Nedim Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK OR-BEARBEITER/-In, Art.), Art. 324a N 4; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 5), Rz. 316; REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 7), Art. 324a OR N 16; vgl. BGE 122 III 268 E. 3a/aa.

<sup>11</sup> Urteil des Obergerichts Zürich vom 26. September 1989 E. III/2a, in: JAR 1990 S. 159 ff.; STAEHELIN (Fn. 5), Art. 324a OR N 25.

<sup>12</sup> Urteil des Obergerichts Thurgau vom 29. September 1983 E. 2a, in: JAR 1984 S. 126 ff.; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Auflage, Basel 2014, Art. 324a OR N 7; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 5), Rz. 316; REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 7), Art. 324a OR N 16; STAEHELIN (Fn. 5), Art. 324a OR N 24; FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Auflage, Basel 2014, §12 N 15.

<sup>13</sup> PETER BÖHRINGER/CHRISTA MÜLLER/LUCIEN GEHRIG/THOMAS HIRT, Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, 3. Auflage, Zürich 2016, S. 99; BRÜHWILER (Fn. 12), Art. 324a OR N 7; PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 165; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 10), Art. 324a N 5; STEPHAN RAGG, Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers im System der obligatorischen Unfallversicherung, Diss. Zürich 1997, S. 156; STAEHELIN (Fn. 5), Art. 324a OR N 29.

<sup>14</sup> Für eine Kürzung sprechen sich aus: BRAND et al. (Fn. 5), Art. 324a OR N 20; HANS-PETER EGLI, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, AJP 2000, S. 1064 ff., S. 1065; RAGG (Fn. 13), S. 158 f.; ERWIN SCHWEINGRUBER, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1976, Art. 324a OR N 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 324a/324b OR N 29. Für einen Wegfall des Lohnanspruchs plädieren: BÖHRINGER/MÜLLER/GEHRIG/HIRT (Fn. 13), S. 99; BRÜHWILER (Fn. 12), Art. 324a OR N 7; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 5), Rz. 316; REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 7), Art. 324a OR N 15; VISCHER/MÜLLER (Fn. 12), §12 N 15. Während STAEHELIN (Fn. 5), Art. 324a OR N 29 je nach Grad des Selbstverschuldens für einen Wegfall oder eine Kürzung des Lohnanspruchs plädiert. So auch GABRIEL AUBERT, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Code des obligations I, Art. 1–529 OR, 2. Auflage, Basel 2012, Art. 324a OR N 36; MARIA WENGER, Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und Lohnfortzahlung, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 8.

<sup>15</sup> Urteil des Obergerichts Thurgau vom 29. September 1983 E. 2a, in: JAR 1984 S. 126 ff.; BÖHRINGER/MÜLLER/GEHRIG HIRT (Fn. 13), S. 99; BRÜHWILER (Fn. 12), Art. 324a OR N 7; EGLI (Fn. 14), S. 1065; PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 165; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002, Rz. 195; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 324a/324b OR N 29.

## **3.2. Präsentismus begünstigende Faktoren**

[11] Mit Blick auf das Phänomen Präsentismus ist fraglich, ob die Lohnfortzahlungspflicht optimal konzipiert ist. Die Voraussetzungen von Art. 324a OR und die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin können Arbeitnehmer dazu bewegen, ihrer Arbeitstätigkeit trotz gesundheitlicher Beschwerden nachzugehen. Auch die Leistungsvoraussetzungen einer Krankentaggeld- oder der Unfallversicherung können Präsentismus begünstigen.

### **3.2.1. Voraussetzungen der Lohnfortzahlungspflicht**

#### **3.2.1.1. Arbeitsverhinderung**

[12] Nicht jede gesundheitliche Beeinträchtigung löst eine Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 324a OR aus. Das Gesetz nennt zwar exemplarisch Gründe wie Krankheit oder Unfall. Das Vorliegen einer Krankheit oder eines Unfalls an sich begründet hingegen noch keinen Lohnfortzahlungsanspruch. Vielmehr wird auf eine Verhinderung abgestellt, die es dem Arbeitnehmer unmöglich oder unzumutbar macht, seine konkret geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.<sup>16</sup> Eine gesundheitliche Beeinträchtigung, die sich nicht auf die Erbringung der Arbeitsleistung auswirkt, berechtigt den Arbeitnehmer weder dazu, seine Arbeitstätigkeit einzustellen, noch behält er seinen Lohnzahlungsanspruch, wenn er dennoch der Arbeit fernbleibt. Das Abstellen auf die konkret geschuldete Leistung ist unter Einbezug der Erkenntnisse aus der Präsentismusforschung nicht förderlich, denn auch eine gesundheitliche Beeinträchtigung, die keine Arbeitsverhinderung im Sinne des Gesetzes begründet, kann zu Verschleppung und Chronifizierung und letztlich zu Abwesenheiten und Arbeitsunfähigkeit führen.

#### **3.2.1.2. Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses**

[13] Arbeitnehmer, die ein befristetes Arbeitsverhältnis von weniger als drei Monaten eingegangen sind resp. Arbeitnehmer, deren unbefristetes Arbeitsverhältnis bis zum Zeitpunkt der gesundheitlichen Beschwerden weniger als drei Monate dauert, sind nicht von Art. 324a OR erfasst.<sup>17</sup> Da in einer solchen Konstellation kein Lohnfortzahlungsanspruch besteht, kann sich ein Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen sehen, Präsentismus zu betreiben.

### **3.2.2. Dauer der Lohnfortzahlungspflicht**

[14] Auch die Tatsache, dass die Arbeitgeberin nur für eine begrenzte Zeit lohnfortzahlungspflichtig ist, kann ein Motiv für Präsentismus darstellen. Abgeschwächt wird diese Problematik in Fällen, in denen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin eine abweichende Vereinbarung im Sinne

---

<sup>16</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 155 f.; vgl. BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 10), Art. 324a N 21 und N 27.

<sup>17</sup> Zur Frage, ab wann die Lohnfortzahlungspflicht bei einem unbefristeten laufenden Arbeitsverhältnis, das mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten oder weniger abgeschlossen wurde und bei dem die bestehende Dauer des Arbeitsverhältnisses zusammen mit der Kündigungsfrist die Periode von mehr als drei Monaten überschreitet, siehe BGE 131 III 623 E. 2.4.4, in: Pra 95 (2006) Nr. 131, welcher die Lohnfortzahlungspflicht ab dem ersten Tag des vierten Monats des Arbeitsverhältnisses statuiert; gl.M. AUBERT (Fn. 14), Art. 324a OR N 11; BRÜHWILER (Fn. 12), Art. 324a OR N 15; REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 7), Art. 324a OR N 17; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 324a/324b OR N 2; a.M. GEISER, AJP 2003, S. 323 ff. (Fn. 8), S. 326; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 10), Art. 324a N 9; STAEHELIN (Fn. 5), Art. 324a OR N 35.

von Art. 324a Abs. 4 OR getroffen haben oder in denen eine obligatorische Versicherung gemäss Art. 324b OR das Risiko trägt. Denn entsprechende Versicherungsleistungen werden regelmässig über einen längeren als den in Art. 324a OR vorgesehenen Zeitraum erbracht.

### **3.2.3. Leistungsvoraussetzungen von Krankentaggeld- und Unfallversicherungen**

#### **3.2.3.1. Gesundheitsvorbehalt bei der freiwilligen Krankentaggeldversicherung**

[15] Wird entsprechend Art. 324a Abs. 4 OR eine versicherungsrechtliche Lösung vereinbart, ist darauf hinzuweisen, dass die Krankentaggeldversicherer sowohl nach Art. 69 Abs. 1 KVG als auch nach dem VVG Gesundheitsvorbehalte anbringen können.<sup>18</sup> Auch beim Bestehen einer Krankentaggeldversicherung kann es daher zu Situationen kommen, die den Arbeitnehmer eher zum Betreiben von Präsentismus bewegen als ihn davon abzuhalten. Denn wird die gesundheitliche Beeinträchtigung des Arbeitnehmers durch einen Gesundheitsvorbehalt von der vereinbarten Versicherungslösung ausgeschlossen, können auf Seiten des Arbeitnehmers finanzielle Gründe für Präsentismus sprechen.

#### **3.2.3.2. Ausgleichungspflicht bei der obligatorischen Unfallversicherung**

[16] Ebenfalls können beim Vorliegen eines Unfalls und dem Bestehen einer obligatorischen Unfallversicherung gemäss Art. 324b OR die Argumente für das Betreiben von Präsentismus überwiegen. Die obligatorische Unfallversicherung für Arbeitnehmer, die mehr als acht Wochenstunden arbeiten, deckt Risiken von Betriebs- und Nichtbetriebsunfällen ab. Ihre Leistung muss mindestens vier Fünftel des Lohnes betragen. Bei einer sich ergebenden Differenz zwischen den Versicherungsleistungen und dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlung in Höhe von vier Fünfteln des Lohnes ist die Arbeitgeberin während der beschränkten Zeit im Sinne von Art. 324a Abs. 1 und 2 OR ausgleichungspflichtig.<sup>19</sup> Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Voraussetzungen von Art. 324a OR, insbesondere die Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses, erfüllt sind.<sup>20</sup> In der Folge kann es auch beim Vorliegen eines Unfalls zu Konstellationen kommen, in denen der Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Gründen zu Präsentismus verleitet wird, namentlich dann, wenn die Leistungen des Unfallversicherers weniger als vier Fünftel des Lohnes betragen und die Voraussetzungen von Art. 324a OR nicht erfüllt sind resp. die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin zeitlich ausgeschöpft wurde.

---

<sup>18</sup> Siehe PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 353 f.

<sup>19</sup> Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 2. Oktober 1990, in: JAR 1991 S. 138 f., S. 138 f.; BRÜHWILER (Fn. 12), Art. 324b OR N 4; STAEHELIN (Fn. 5), Art. 324b OR N 11 ff. Der durch die Unfallversicherung maximal versicherte Verdienst liegt bei 148'200 Franken pro Jahr (Art. 18 ATSG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 UVV). Bei einem diesen Betrag übersteigenden Lohn ist die Arbeitgeberin grundsätzlich zur Differenzzahlung im Sinne von Art. 324b Abs. 2 OR verpflichtet (PÄRLI/HUG/PETRIK [Fn. 4], Rz. 193).

<sup>20</sup> Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 2. Oktober 1990, in: JAR 1991 S. 138 f., S. 139; BRÜHWILER (Fn. 12), Art. 324b OR N 3; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 10), Art. 324b N 1; REHBINDER/StÖCKLI (Fn. 7), Art. 324b OR N 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 324a/324b OR N 31.

### 3.3. Zwischenfazit

[17] Es kann zusammenfassend festgehalten werden, dass der Arbeitnehmer, der trotz schlechter gesundheitlicher Verfassung arbeitet, seinen Lohnfortzahlungsanspruch im Falle einer darauffolgenden Arbeitsverhinderung unter Umständen ganz oder teilweise einbüsst. Gleichzeitig ist zu beachten, dass aufgrund der Konzeption der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin seitens des Arbeitnehmers Gründe für das Betreiben von Präsentismus sprechen können.

## 4. Fürsorgepflicht

[18] Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses hat die Arbeitgeberin die Pflicht, dem Arbeitnehmer Schutz und Fürsorge entgegenzubringen und alles zu unterlassen, was seine berechtigten Interessen beeinträchtigen könnte.<sup>21</sup> Wichtigstes Anwendungsbeispiel der Fürsorgepflicht ist der Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers. In diesem Zusammenhang muss die Arbeitgeberin all jene Massnahmen zum Schutz des Lebens, der Gesundheit und der persönlichen Integrität des Arbeitnehmers treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und entsprechend den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind. Ziel ist die Verhinderung jeder Art arbeitsbedingter Gesundheitsschäden.<sup>22</sup>

### 4.1. Pflicht zum Gesundheitsschutz

[19] Zur Erfüllung ihrer Fürsorgepflicht muss die Arbeitgeberin Präsentismus in ihrem Betrieb verhindern, wenn sie das Verhalten erkannte resp. hätte erkennen können. Betreibt ein Arbeitnehmer Präsentismus und hat die Arbeitgeberin von den bereits bestehenden oder durch weitere Arbeitsleistung drohenden gesundheitlichen Problemen des Arbeitnehmers Kenntnis, muss sie einschreiten.<sup>23</sup> Sie muss Vorkehrungen treffen, um (weitere) Gesundheitsschäden, die auf Präsentismus zurückzuführen sind, zu verhindern.<sup>24</sup>

[20] Solche Massnahmen können unterschiedliche Gestalt annehmen und sind namentlich von der Art der Gesundheitsbeschwerden des Arbeitnehmers, seinen Aufgabenbereichen und den betrieblichen Gegebenheiten abhängig. Je nach den konkreten Umständen können sie beispielsweise darin bestehen, dass die Arbeitgeberin den betroffenen Arbeitnehmer anweist, die Arbeit niederzulegen, um den Genesungsprozess zu unterschützen bzw. einer weiteren Gefährdung seiner Gesundheit entgegenzuwirken.<sup>25</sup> Ob es ausreichend ist, dass die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer nach Hause schickt und diesem (bei entsprechend geeigneter Tätigkeit) das Homeoffice erlaubt, ist im Einzelfall zu beurteilen. Je nach konkreter Gesundheitsbeeinträchtigung kann es

---

<sup>21</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 454 ff.; SPRENGER/SURY/SEGER, S. 82.

<sup>22</sup> BBl 1960 II 909, S. 960; HARRY NÖTZLI, in: Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Kurzkomentar Arbeitsgesetz, Basel 2018, Art. 6 ArG N 22; HANS-ULRICH SCHEIDEGGER/CHRISTINE PITTELOUD, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Handkommentar Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 6 ArG N 14.

<sup>23</sup> BGE 126 III 75 E. 2e, in: Pra 89 (2000) Nr. 121; ROLF A. TOBLER/CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/DANIELA GULLO EHM, Arbeitsrecht, Kommentar, Lausanne 2006, Art. 328 OR N 1.5. Zur erhöhten Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gegenüber gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmern siehe PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 569 f.

<sup>24</sup> BGE 132 III 257 E. 6.1; KURT PÄRLI, Krank arbeiten verletzt Treuepflicht, personal Schweiz 2018, Sonderausgabe «Corporate Health», S. 12.

<sup>25</sup> BGE 126 III 75 E. 2e, in: Pra 89 (2000) Nr. 121; TOBLER/FAVRE/MUNOZ/GULLO EHM (Fn. 23), Art. 328 OR N 1.5.

im Interesse eines wirksamen Gesundheitsschutzes notwendig sein, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer auch das Arbeiten im Homeoffice untersagt.<sup>26</sup> Es ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Präsentismusvermeidung als grundsätzliches Gebot der Fürsorgepflicht zu sehen ist.

## 4.2. Weisungspflicht zugunsten eines wirksamen Gesundheitsschutzes

[21] Gesundheitsschutzmassnahmen zur Verhinderung von Präsentismus und Verminderung der damit einhergehenden Gesundheitsrisiken für alle Arbeitnehmer können in der Erteilung entsprechender Weisungen bestehen.<sup>27</sup> Es ist anerkannt, dass die Arbeitgeberin aufgrund der Verpflichtung, die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen, nicht nur ein Weisungsrecht, sondern auch eine Weisungspflicht hat.<sup>28</sup>

[22] Neben dem Schutz der Gesundheit des betroffenen Arbeitnehmers kommt die Arbeitgeberin mit der Erfüllung der Weisungspflicht auch ihrer Fürsorgepflicht gegenüber anderen Arbeitnehmern nach. Die Arbeitgeberin ist aufgrund von Art. 328 OR verpflichtet, von einem Arbeitnehmer ausgehende Beeinträchtigungen der Persönlichkeit weiterer Arbeitnehmer und deren Gesundheit abzuwehren.<sup>29</sup> Sie muss in diesem Zusammenhang dafür besorgt sein, dass ein gesundheitlich angeschlagener Arbeitnehmer die Gesundheit der anderen Arbeitnehmer nicht gefährdet.

## 4.3. Rechtsfolgen einer Fürsorgepflichtverletzung

### 4.3.1. Schadenersatzanspruch

[23] Unterlässt die Arbeitgeberin die erforderlichen Weisungen, erfüllt sie ihre Fürsorgepflicht nicht und ist gegebenenfalls nach Art. 328 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR<sup>30</sup> schadenersatzpflichtig.<sup>31</sup> Die Voraussetzungen für den Schadenersatzanspruch sind neben der Verletzung der Fürsorgepflicht als Vertragspflicht das Vorliegen eines Schadens sowie eines adäquaten Kausalzusammen-

---

<sup>26</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 631.

<sup>27</sup> Siehe STAEHELIN (Fn. 5), Art. 321d OR N 4 f.; PÄRLI (Fn. 24), S. 12 f.

<sup>28</sup> PÄRLI (Fn. 24), S. 12 f.; PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 631; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 10), Art. 321d N 4; PORTMANN/Stöckli (Fn. 5), Rz. 584; STAEHELIN (Fn. 5), Art. 321d OR N 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 321d OR N 2; vgl. BGE 125 III 75 E. 2e, in: Pra 89 (2000) Nr. 121; BRÜHWILER (Fn. 12), Art. 321d OR N 1; VISCHER/MÜLLER (Fn. 12), §13 N 7.

<sup>29</sup> BGE 132 III 257 E. 5.1; REHBINDER (Fn. 15), Rz. 221; SCHWEINGRUBER (Fn. 14), Art. 328 OR N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 328 OR N 3 und N 7; VISCHER/MÜLLER (Fn. 12), §16 N 1.

<sup>30</sup> Daneben kommt allenfalls auch ein Anspruch aus Art. 41 ff. OR in Betracht (vgl. STAEHELIN [Fn. 5], Art. 328 OR N 15; SCHWEINGRUBER [Fn. 14], Art. 328 OR N 4 ff.; Urteil des Cour d'appel des prud'hommes de Genève vom 4. Februar 2008 E. 3.2.1, in: JAR 2009 S. 507 ff.). Die Klage auf Erfüllung der Fürsorgepflicht ist, wenn bereits eine Gesundheitsverschlechterung erfolgt ist, für den Arbeitnehmer in der Regel nicht von Interesse. Auch andere Möglichkeiten (fristlose Kündigung, Leistungsverweigerung) liegen häufig nicht im Interesse des Arbeitnehmers (siehe betreffend Sanktionsmöglichkeiten bei Fürsorgepflichtverletzungen PORTMANN/Stöckli [Fn. 5], Rz. 555 ff.). Werden ArG-Gesundheitsschutznormen verletzt, ist auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Arbeitgeberin nach Art. 59 ArG zu prüfen.

<sup>31</sup> BRAND et al. (Fn. 5), Art. 328 OR N 22; BRÜHWILER (Fn. 12), Art. 321d OR N 1; SCHWEINGRUBER (Fn. 14), Art. 328 OR N 4; STAEHELIN (Fn. 5), Art. 321d OR N 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 321d OR N 2; VISCHER/MÜLLER (Fn. 12), §13 N 7.

hangs.<sup>32</sup> Das Verschulden der Arbeitgeberin wird unter Art. 97 Abs. 1 OR vermutet, kann aber durch den so genannten Exkulpationsbeweis widerlegt werden.<sup>33</sup>

[24] Betreffend den Präsentismus betreibenden Arbeitnehmer kann es fraglich sein, ob er, der trotz seines Wissens um die eigene gesundheitliche Beeinträchtigung und der Notwendigkeit einer Arbeitsauszeit arbeitet, ein schutzwürdiges Interesse hat. Arbeitet der Arbeitnehmer in Kenntnis seiner gesundheitlich beeinträchtigten Verfassung weiter, obwohl es geboten wäre, die Arbeit niederzulegen, ist die Berufung auf eine Pflichtverletzung der Arbeitgeberin m.E. dennoch möglich, wenn die Arbeitgeberin die gesundheitliche Situation des Arbeitnehmers kannte resp. hätte kennen müssen und entsprechende, aufgrund der Fürsorgepflicht gebotene Weisungen unterlassen hat. Für eine Arbeitgeberin kann es jedoch schwierig sein, Präsentismus eines Arbeitnehmers zu erkennen.<sup>34</sup> Sie ist daher dazu gehalten, vorzeitig Massnahmen zu ergreifen, um Präsentismusverhalten zu verhindern und die Arbeitnehmer nicht dazu zu verleiten, trotz schlechten Gesundheitszustandes der Arbeitstätigkeit nachzugehen.<sup>35</sup>

[25] Sowohl Art. 328 Abs. 2 OR als auch Art. 6 Abs. 1 ArG verlangen von der Arbeitgeberin, dass sie all jene ihr zumutbaren Massnahmen zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers trifft, die nach der Erfahrung notwendig sind. Ist in einer Branche bekannt, dass Arbeitnehmer häufig zu Präsentismus neigen, muss die Arbeitgeberin entsprechende Präventionsmassnahmen ergreifen. Beide Bestimmungen stellen nicht nur auf allgemeine Erkenntnisse ab, sondern beziehen auch die spezifischen Erfahrungswerte der Arbeitgeberin ein.<sup>36</sup> In Bezug auf ihre Fürsorgepflicht gegenüber jedem einzelnen Arbeitnehmer sollte die Arbeitgeberin daher auf diejenigen Arbeitnehmer ein besonderes Augenmerk haben, die bereits zu einem früheren Zeitpunkt Präsentismus betrieben haben resp. aufgrund der Erkenntnisse über Präsentismus dafür prädestinierter sind als andere.<sup>37</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch dann ein schutzwürdiges Interesse des Arbeitnehmers anzunehmen, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer keine Möglichkeit einräumt, um eine Arbeitsverhinderung zu melden. Ebenso ist zu verfahren, wenn die Arbeitgeberin durch Aufbau einer übermässigen Drucksituation eine Meldung der Arbeitsverhinderung resp. ein Aussetzen der Arbeitstätigkeit vereitelt.<sup>38</sup> Folglich schlägt ein Exkulpationsversuch der Arbeitgeberin fehl, wenn sie zwar infolge mangelnder Kenntnis über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers entsprechende, gebotene Massnahmen (beispielsweise die Weisung, die Arbeit niederzulegen) unterlassen hat, den Präsentismus bei der Anwendung der erforderlichen Sorgfalt aber hätte erkennen können.<sup>39</sup>

---

<sup>32</sup> BRAND et al. (Fn. 5), Art. 328 OR N 22; siehe ANDREAS FURRER/RAINER WEY, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1–183 OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 97/98 OR N 24; HANS GIGER, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. Haftpflichtkommentar-VERFASSER/IN), Art. 97 OR N 4.

<sup>33</sup> BRAND et al. (Fn. 5), Art. 328 OR N 22; FURRER/WEY (Fn. 32), Art. 97/98 OR N 117; Haftpflichtkommentar-GIGER (Fn. 32), Art. 97 OR N 4.

<sup>34</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 634; SABINE STEIGER-SACKMANN, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 743 f.; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019 E. 5.2.2.

<sup>35</sup> Siehe PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 634.

<sup>36</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 328 OR N 4.

<sup>37</sup> Vgl. ERICH JANUTIN, Gesundheit im Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1991, S. 182.

<sup>38</sup> So auch STEPHAN VOSWINKEL, Störfaktor Krankheit: Gesundheitsdruck als psychische Belastung, Frankfurt am Main 2008, S. 5.

<sup>39</sup> Siehe FURRER/WEY (Fn. 32), Art. 97/98 OR N 119.

[26] Gelingt der Arbeitgeberin der Exkulpationsbeweis, besteht kein Anspruch auf Schadenersatz. Wird ein Verschulden der Arbeitgeberin indes bejaht, ist ein allfälliger Schadenersatzanspruch je nach den Umständen des Einzelfalls wegen Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu kürzen.<sup>40</sup> Im Falle einer Kürzung sind aber namentlich die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb sowie seine wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit zu berücksichtigen.<sup>41</sup>

#### 4.3.2. Lohnfortzahlungsanspruch

[27] Ergreift die Arbeitgeberin keine Massnahmen, um das Präsentismusverhalten zu unterbinden und kann der Arbeitnehmer in der Folge seiner Arbeitspflicht nicht mehr nachkommen, ergibt sich zudem die Frage, ob der Arbeitnehmer seinen Lohnzahlungsanspruch auf Art. 324 OR stützen kann. Art. 324 OR sieht eine Lohnfortzahlungspflicht vor, wenn die Arbeitsleistung infolge des Verschuldens der Arbeitgeberin oder eines Grundes, der in ihrer Risikosphäre liegt, nicht erbracht werden kann.<sup>42</sup> Eine Arbeitsverhinderung, die mit der Verletzung der Fürsorgepflicht durch die Arbeitgeberin einhergeht, stellt hingegen keinen Anwendungsfall von Art. 324 OR dar. Damit eine Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324 OR besteht, muss der Arbeitnehmer nach herrschender Meinung seine gehörige Arbeitsleistung erfolglos anbieten.<sup>43</sup> Das Bundesgericht verlangte in BGE 114 II 274, dass der anbietende Arbeitnehmer in der Lage ist, die geschuldete Leistung zu erbringen, damit ein Annahmeverzug bejaht werden kann.<sup>44</sup> Zum selben Schluss kam im Jahre 1999 das gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt, welches entschied, dass sich eine Arbeitgeberin bei Ablehnung des Arbeitseinsatzes eines Arbeitnehmers, der nur noch zur Erbringung anderweitiger als der vereinbarten Arbeit in der Lage war, nicht im Arbeitgeberverzug befinde.<sup>45</sup>

[28] Im Falle einer Arbeitsverhinderung, die in der Person des Arbeitnehmers liegt, besteht der Lohnfortzahlungsanspruch auf der Grundlage von Art. 324a OR. Dieser wird beim Vorliegen eines Selbstverschuldens gekürzt oder entfällt. An dieser Stelle ist auf die vorhergehenden Ausführungen zur Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR zu verweisen.<sup>46</sup> Die Konstellation, dass der Arbeitnehmer aufgrund eines Umstandes, an dem die Arbeitgeberin ein Mitverschulden trägt, an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert ist, wird im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Aus dem genannten Bundesgerichtsurteil kann aber geschlossen werden, dass dem Arbeitnehmer in einem solchen Fall ein Lohnfortzahlungsanspruch gemäss Art. 324a OR zusteht. Der Lohnfortzahlungsanspruch ist allerdings verrechnungsweise mit einem allfälligen der Arbeitgeberin zustehenden, sich aus einer Treuepflichtverletzung<sup>47</sup> ergebenden Schadenersatzanspruch

---

<sup>40</sup> BRAND et al. (Fn. 5), Art. 328 OR N 22; SCHWEINGRUBER (Fn. 14), Art. 328 OR N 10.

<sup>41</sup> SCHWEINGRUBER (Fn. 14), Art. 328 OR N 10.

<sup>42</sup> ANDREAS ABEGG, in: Peter Gauch/Viktor Aepli/Hubert Stöckli (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, 9. Auflage, Zürich 2016, Art. 324 OR N 4; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 10), Rz. 423; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 324 OR N 4; siehe REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 7), Art. 324a OR N 13.

<sup>43</sup> BGE 115 V 437 E. 5a; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-663/2017 vom 27. September 2018 E. 4; siehe BGE 135 III 349 E. 4.2, in: Pra 98 (2009) Nr. 34; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 10), Rz. 421; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 324 OR N 9.

<sup>44</sup> BGE 114 II 274 E. 4.

<sup>45</sup> Entscheid des gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 12. März 1999 E. 2b, in: BJM 2001 S. 68 ff., S. 69 f.

<sup>46</sup> Siehe dazu Ziff. 3. Lohnfortzahlungspflicht, S. 2 ff.

<sup>47</sup> Siehe dazu sogleich Ziff. 5. Treuepflicht, S. 11 ff.

zu kürzen<sup>48</sup>, welcher wiederum infolge des Mitverschuldens der Arbeitgeberin aufgrund der Fürsorgepflichtverletzung herabgesetzt werden kann.<sup>49</sup> Daraus ergibt sich, dass der Arbeitnehmer, der als Folge des Praktizierens von Präsentismus seine Arbeitsleistung nicht mehr gehörig anbieten kann, keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung nach Art. 324 OR, sondern nach Art. 324a OR hat.

#### 4.4. Zwischenfazit

[29] Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vermeidung von Präsentismus ein Gehalt der arbeitsvertraglichen Pflichten der Arbeitgeberin ist und eine Verletzung gegebenenfalls eine Schadenersatzpflicht nach sich zieht, wenn die Arbeitgeberin den Präsentismus erkannte oder bei der Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können. Dennoch kann ein Arbeitnehmer, der als Folge der Fürsorgepflichtverletzung seiner Arbeitstätigkeit nicht nachkommen kann, seinen Lohnfortzahlungsanspruch nicht auf Art. 324 OR stützen, sondern nur auf Art. 324a OR.

### 5. Treuepflicht

[30] Je nach Konstellation verletzt der Arbeitnehmer mit dem Praktizieren von Präsentismus seine Treuepflicht. Diese Pflicht gebietet dem Arbeitnehmer, die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin zu wahren und insbesondere alles zu unterlassen, was sie wirtschaftlich schädigen könnte. Die Treuepflicht besteht aus verschiedenen Einzelpflichten, von denen beim Betreiben von Präsentismus insbesondere die Pflicht zur Regeneration und die Pflicht zur Information hervorzuheben sind.

#### 5.1. Pflicht zur Regeneration

[31] Präsentismus kann eine Verletzung der Pflicht zur Regeneration darstellen. Diese Pflicht verlangt vom Arbeitnehmer, beim Vorliegen einer Arbeitsverhinderung möglichst rasch die Arbeitsfähigkeit wiederzuerlangen und die Arbeitstätigkeit wieder aufzunehmen.<sup>50</sup> Der Arbeitnehmer ist gehalten, den Heilungsprozess zu unterstützen und sich so zu verhalten, dass eine Folgeerkrankung, eine Verschleppung oder Chronifizierung möglichst vermieden wird.<sup>51</sup> Das Arbeiten trotz einer gesundheitlichen Beeinträchtigung kann aus diesem Gesichtspunkt eine Treuepflichtverletzung darstellen.<sup>52</sup> Dabei ist jedoch stets der konkrete Einzelfall massgebend. Je nach Art der Gesundheitsbeeinträchtigung und der Arbeitstätigkeit kann es angezeigt sein, der Arbeit fernzubleiben, sich zuhause oder im Rahmen eines Kuraufenthalts zu erholen und sich dem Gene-

---

<sup>48</sup> Bei der Verrechnung sind die Schranken von Art. 323b Abs. 2 OR zu beachten (BGE 114 II 274 E. 4).

<sup>49</sup> BGE 114 II 274 E. 4; vgl. BSK OR-WIEGAND (Fn. 10), Art. 97 N 24.

<sup>50</sup> JÜRIG BRÜHWILER, Verhinderung und Verminderung von Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmer aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Gabriela Riemer-Kafka (Hrsg.), Case Management und Arbeitsunfähigkeit, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 36; PÄRLI (Fn. 24), S. 13; KURT PÄRLI/JULIA HUG, Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit), ARV 2012, S. 1 ff., S. 11.

<sup>51</sup> PÄRLI/HUG (Fn. 50), S. 11.

<sup>52</sup> Siehe PÄRLI (Fn. 24), S. 13.

sungsprozess zu widmen. Hingegen kann es beim Vorliegen gewisser Krankheiten sinnvoll sein, weiterzuarbeiten, da dies positive Effekte auf den Heilungsverlauf haben kann.<sup>53</sup> Wie der Heilungsprozess auszugestaltet ist, muss im Rahmen der gegebenen Umstände bestimmt werden. Entsprechend kann das Arbeiten trotz gesundheitlicher Beeinträchtigung auch nicht pauschal als Verletzung der Regenerationspflicht gewertet werden.

## 5.2. Pflicht zur Information

[32] Neben der Regenerationspflicht hat der Arbeitnehmer eine Pflicht zur Information. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Arbeitnehmer verpflichtet, die Arbeitgeberin unverzüglich in Kenntnis zu setzen, wenn er der Arbeit fernbleiben muss.<sup>54</sup> Arbeitet der Arbeitnehmer aber trotz gesundheitlicher Beeinträchtigungen – sei es in Verletzung der Pflicht zur Regeneration oder nicht – stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin auf der Grundlage der Pflicht zur Information dennoch über seinen Gesundheitszustand aufklären muss. Als Aspekt der Treuepflicht muss der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin über drohende Schäden, Missstände und Unregelmässigkeiten informieren.<sup>55</sup> Aus der Präsentismusforschung ist bekannt, dass eine nicht auskurierte Krankheit die Wahrscheinlichkeit einer Verschlimmerung derselben erhöht und die Gefahr von längerfristigen Abwesenheiten in sich birgt.<sup>56</sup> Ausserdem besteht unter Umständen das Risiko der Ansteckung oder Gefährdung von Arbeitskollegen.<sup>57</sup>

[33] Infolge dieser Gesichtspunkte könnte von einer Informationspflicht des Arbeitnehmers abgegangen werden. Dem entgegenzuhalten ist, dass das Bearbeiten von Personendaten durch Private, worunter Informationen zum Gesundheitszustand fallen, eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, die gerechtfertigt sein muss (Art. 12 DSGVO). Hinzu kommt, dass Gesundheitsdaten zu den besonders schützenswerten Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSGVO zählen, bei denen an die Rechtfertigung einer Datenbearbeitung höhere Anforderungen zu stellen sind. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit ist die Einwilligung des Verletzten. Setzt der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin von sich aus über seine Erkrankung in Kenntnis, liegt keine Persönlichkeitsverletzung vor. Doch kann der Arbeitnehmer auf der Grundlage der Treuepflicht und unter Berücksichtigung von Art. 13 Abs. 1 DSGVO verpflichtet werden, die Arbeitgeberin über seine Erkrankung zu informieren? Die Treuepflicht ist relativ. Sie reicht soweit, als es für den Arbeitserfolg notwendig ist, wird allerdings durch die Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer und dessen Funktion und Aufgaben im Betrieb begrenzt. Daraus kann die Pflicht des Arbeitnehmers abgeleitet werden,

---

<sup>53</sup> STEINKE/BADURA (Fn. 2), S. 24 und S. 77 f.

<sup>54</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.359/2006 vom 12. Januar 2007 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 4C.346/2004 vom 15. Februar 2005 E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001 E. 2b/bb; gl.M. CHRISTOPH SCHÖNENBERGER, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, Diss. Zürich 2000, S. 60.

<sup>55</sup> BBl 1967 II 241, S. 300; DIANA IMBACH HAUMÜLLER, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, ZStP 2011, S. 39 ff., Rz. 73; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 10), Art. 321a N 12; PORTMANN/StÖCKLI (Fn. 5), Rz. 369; REHBINDER (Fn. 15), Rz. 126; REHBINDER/StÖCKLI (Fn. 7), Art. 321a OR N 6; STAEHELIN (Fn. 5), Art. 321a OR N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 321a OR N 4; vgl. Bericht Vorentwurf OR 2009, S. 7; PETER NOBEL, Unternehmenskommunikation, Bern 2009, S. 286; SCHÖNENBERGER (Fn. 54), S. 60.

<sup>56</sup> HENNEBERGER/GÄMPERLI (Fn. 4), S. 25 f.; STEINKE/BADURA (Fn. 2), S. 68 und S. 76; siehe PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 626.

<sup>57</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 626.

die Arbeitgeberin im Rahmen ihrer berechtigten Interessen und der Verhältnismässigkeit bei der Wahrnehmung ihrer Fürsorgepflicht zu unterstützen.<sup>58</sup>

[34] Entsprechend den beschriebenen Grundsätzen ist mit der Pflicht des Arbeitnehmers, die Arbeitgeberin über eine Erkrankung zu informieren, zu verfahren. Ob der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin in Kenntnis setzen muss, wenn er trotz Krankheit arbeitet, ist aufgrund der Umstände des konkreten Einzelfalls zu entscheiden.<sup>59</sup> Massgeblich können namentlich die Art der vom Arbeitnehmer zu verrichtenden Tätigkeiten, die Schwere und die Übertragbarkeit der Krankheit sowie das mit den gesundheitlichen Beschwerden einhergehende Gefährdungsrisiko für die Arbeitgeberin, andere Arbeitnehmer und Dritte sein. Abzuwägen ist die Treupflicht des Arbeitnehmers einerseits gegen die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin und andererseits gegen den Persönlichkeitsschutz des betroffenen Arbeitnehmers.<sup>60</sup> Leidet beispielsweise ein Fabrikarbeiter, der für die Bedienung einer Maschine zuständig ist und dessen Handlungen für die Sicherheit der anderen Arbeiter entscheidend sind, an plötzlich auftretenden, heftigen Schwindelanfällen, muss die Arbeitgeberin informiert werden, damit sie entsprechende Vorkehrungen treffen kann. Die Schwelle für eine Informationspflicht ist in der Regel hoch anzusetzen, da es sich bei Gesundheitsinformationen um besonders schützenswerte Personendaten handelt. Gestützt wird dies auch dadurch, dass die Arbeitgeberin nur Daten des Arbeitnehmers bearbeiten darf, wenn dies für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist (Art. 328b OR).

[35] Ob ein in seiner Gesundheit beeinträchtigter Arbeitnehmer die Arbeitgeberin auf Grundlage der Treupflicht informieren muss, damit diese ihrer Fürsorgepflicht nachkommen kann, ist somit im Rahmen des Einzelfalls zu eruieren. Dabei ist aber regelmässig nur dann von einer Informationspflicht auszugehen, wenn eine Gefahr für die Arbeitgeberin selbst oder Dritte (insbesondere andere Arbeitnehmer) besteht.<sup>61</sup> Eine Informationspflicht des Arbeitnehmers, damit die Arbeitgeberin ihrer Fürsorgepflicht gegenüber dem gesundheitlich angeschlagenen Arbeitnehmer wahrnehmen kann, ist aber zu verneinen. Es ist vielmehr von einer Obliegenheit auszugehen.<sup>62</sup> Zu denselben Schlussfolgerungen kam auch das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahre 2011, in dem es entschied, dass ein zu hundert Prozent krankgeschriebener Arbeitnehmer seine Arbeit nicht niederlegen muss und auch nicht verpflichtet ist, seine Arbeitgeberin über seinen Gesundheitszustand in Kenntnis zu setzen.<sup>63</sup> Der Arbeitnehmer ist gemäss dem Entscheid nur verpflichtet, die Arbeitgeberin über die Krankheit zu informieren, wenn er der Arbeit fern-

---

<sup>58</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019 E. 5.2.2 ff.; vgl. GEISER, Diss. (Fn. 5), S. 4 ff.

<sup>59</sup> Vgl. GEISER, Diss. (Fn. 5), S. 180 ff.; a.M. siehe Urteil des Cour d'appel des Prud'hommes de Genève vom 21. Februar 2007 E. 2.2, in: JAR 2008 S. 376 ff.

<sup>60</sup> Vgl. PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 709.

<sup>61</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001 E. 2b/aa; PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 171; REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 7), Art. 321a OR N 9.

<sup>62</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019 E. 5.2.2; vgl. TOBLER/FAVRE/MUNOZ/GULLO EHM (Fn. 23), Art. 328 OR N 1.6.

<sup>63</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001 E. 2b/aa; gl. M. PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 171; REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 7), Art. 321a OR N 9; a.M. Urteil des Cour d'appel des Prud'hommes de Genève vom 21. Februar 2007 E. 2.2, in: JAR 2008 S. 376 ff., wonach der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin aufgrund der Treupflicht schnell, kontinuierlich und vollständig über das Vorliegen und den Grad der Erkrankung informieren und ihr die voraussichtliche Dauer einer Arbeitsunfähigkeit mitteilen muss.

bleiben möchte oder es für den Schutz der Gesundheit der Arbeitgeberin oder Dritter erforderlich ist.<sup>64</sup>

### 5.3. Rechtsfolgen einer Treuepflichtverletzung

[36] Wird im Einzelfall eine Treuepflichtverletzung bejaht, liegt eine Vertragsverletzung seitens des Arbeitnehmers vor. In diesem Fall kommen die besonderen arbeitsvertraglichen Regeln und subsidiär die allgemeinen Bestimmungen von Art. 97 ff. OR zur Anwendung.<sup>65</sup> Namentlich kommt ein Schadenersatzanspruch in Betracht.<sup>66</sup> Entsteht der Arbeitgeberin ein Schaden, haftet der Arbeitnehmer für diesen aus Art. 321e OR, sofern ihm zusätzlich ein Verschulden angelastet werden kann und ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Schaden und der Treuepflichtverletzung besteht.<sup>67</sup> Ist es im Arbeitsvertrag entsprechend vorgesehen, ist auch eine Konventionalstrafe denkbar.<sup>68</sup> Auch eine ausservertragliche Haftung ist nicht auszuschliessen: Einerseits aufgrund einer entsprechenden Schädigung der Arbeitgeberin alternativ zum vertraglichen Anspruch, andererseits wenn Arbeitskollegen oder Dritte geschädigt werden.<sup>69</sup> Eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist nur aus wichtigem Grund möglich. Im Zusammenhang mit Präsentismus ist nach der hier vertretenen Auffassung nur bei einem schwerwiegenden Fall einer Treuepflichtverletzung an eine fristlose Kündigung zu denken, beispielsweise wenn der Arbeitnehmer wiederholt trotz gesundheitlicher Beeinträchtigung arbeitet und dadurch andere Arbeitnehmer erheblichen Gefahren aussetzt.<sup>70</sup> In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass beim Vorliegen einer Treuepflichtverletzung der Lohnfortzahlungsanspruch nicht entfällt.<sup>71</sup> Dieser verlangt nicht, dass sich der Arbeitnehmer keine Pflichtverletzungen anlasten lassen muss, vielmehr wird mangelndes Verschulden an der Arbeitsverhinderung gefordert.<sup>72</sup> Das Verschulden betreffend die Arbeitsverhinderung und das Vorliegen einer Pflichtverletzung sind voneinander zu unterscheiden und bedingen sich nicht.

### 5.4. Zwischenfazit

[37] Es ist zusammenfassend festzuhalten, dass Präsentismus eine Treuepflichtverletzung darstellen kann, insbesondere wenn dabei die Pflichten zur Regeneration und Information verletzt werden, und dies auch zu entsprechenden Konsequenzen, wie namentlich einem Schadenersatz-

---

<sup>64</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001 E. 2b/aa; gl.M. REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 7), Art. 321a OR N 9.

<sup>65</sup> GEISER, Diss. (Fn. 5), S. 108.

<sup>66</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 10), Rz. 369; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 5), Rz. 399 ff.; STAEHELIN (Fn. 5), Art. 321a OR N 32.

<sup>67</sup> BGE 144 III 327 E. 4.2; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 10), Rz. 469; SCHWEINGRUBER (Fn. 14), Art. 321e OR N 2; siehe PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 5), Rz. 209.

<sup>68</sup> PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 5), Rz. 402; STAEHELIN (Fn. 5), Art. 321a OR N 32. Werden Vorschriften des ArG über den Gesundheitsschutz verletzt, ist auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers gemäss Art. 60 ArG zu prüfen.

<sup>69</sup> Siehe Haftpflichtkommentar-FISCHER (Fn. 32), Art. 41 OR N 3 und N 46; vgl. JANUTIN (Fn. 37), S. 208 ff.

<sup>70</sup> Gl.M. siehe GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 10), Rz. 371; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 5), Rz. 399 ff.

<sup>71</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 172.

<sup>72</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 203.

anspruch oder einer Konventionalstrafe, führen kann. Den Lohn(fort)zahlungsanspruch verwirkt der Arbeitnehmer hingegen aufgrund einer Treuepflichtverletzung nicht.

## 6. Kündigungsschutz

[38] Ein Faktor, der Arbeitnehmer zu Präsentismus bewegt, ist die Befürchtung, als Folge der gesundheitsbedingten Abwesenheit den Arbeitsplatz zu verlieren.<sup>73</sup> Durch das Betreiben von Präsentismus kann der Kündigungsschutz allerdings verirken.

### 6.1. Sachlicher Kündigungsschutz

[39] Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn sie aufgrund einer persönlichen Eigenschaft der anderen Partei erfolgt, wozu nach herrschender Meinung namentlich Krankheiten zählen.<sup>74</sup> Wirkt sich die Krankheit allerdings negativ auf das Arbeitsverhältnis aus, ist die Kündigung entsprechend der in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR aufgestellten Ausnahme nicht missbräuchlich.<sup>75</sup> Ein negativer Zusammenhang ist insbesondere dann gegeben, wenn die Krankheit des Arbeitnehmers dazu führt, dass die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt wird.<sup>76</sup>

[40] Das Betreiben von Präsentismus kann dazu führen, dass sich der Krankheitszustand des Arbeitnehmers verschlimmert. Nach dem Dargelegten muss für die Frage des Kündigungsschutzes entscheidend sein, ob sich die gesundheitliche Beeinträchtigung so entwickelt hat, dass sie sich auf die Fähigkeit des Arbeitnehmers zur Leistung der vertraglich übertragenen Arbeit auswirkt. Hat der infolge Präsentismus verschlechterte Gesundheitszustand keinen Einfluss auf das Arbeitsverhältnis, kann sich der Arbeitnehmer auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung berufen. Hat die Krankheit allerdings negative Auswirkungen auf die Arbeitstätigkeit, ist eine Kündigung aufgrund des Gesundheitszustandes nach Ablauf der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR grundsätzlich möglich.<sup>77</sup> Bewirkt das Betreiben von Präsentismus folglich eine Verschlechterung der Gesundheitssituation und wird das Arbeitsverhältnis dadurch beeinträchtigt, fände der Schutz von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR keine Anwendung. Das Bundesgericht hat allerdings entschieden, dass eine Kündigung aufgrund einer Krankheit dann missbräuchlich ist, wenn die Arbeitgeberin die gesundheitliche Situation und die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers durch gehörige Wahrnehmung ihrer Fürsorgepflicht verbessern könnte resp. hätte verbessern können.<sup>78</sup>

---

<sup>73</sup> PETER PREISENDÖRFER, Präsentismus. Prävalenz und Bestimmungsfaktoren unterlassener Krankmeldungen bei der Arbeit, Zeitschrift für Personalforschung 2010, S. 401 ff., S. 403; STEINKE/BADURA (Fn. 2), S. 63.

<sup>74</sup> BGE 123 III 246 E. 5; Urteil des Bundesgerichts 4C.174/2004 vom 5. August 2004 E. 2.2.2; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 10), Rz. 632; PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 23; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 10), Art. 336 N 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 336 OR N 5.

<sup>75</sup> BGE 123 III 246 E. 5; THOMAS GEISER, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM 1994, S. 169 ff., S. 183; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 10), Rz. 637; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 336 OR N 5.

<sup>76</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.174/2004 vom 5. August 2004 E. 2.2.2; THOMAS GEISER, Kündigungsschutz bei Krankheit, AJP 1996, S. 550 ff., S. 556; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 10), Rz. 637; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 336 OR N 5.

<sup>77</sup> BGE 123 III 246 E. 5.

<sup>78</sup> BGE 132 III 257 = Urteil des Bundesgerichts 4C.354/2005 vom 8. Februar 2006 E. 2.3 ff. (z.T. nicht publizierte Erwägungen); gl.M. GEISER, BJM 1994, S. 169 ff. (Fn. 75), S. 169 ff., S. 183; a.M. Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 3. Januar 2008 E. 2, in: JAR 2009 S. 565.

Die Arbeitgeberin kann die Kündigung nicht mit den Auswirkungen, die sich aus ihrer eigenen Vertragsverletzung ergeben, rechtfertigen.<sup>79</sup> Unterlässt die Arbeitgeberin in Verletzung ihrer Fürsorgepflicht verhältnismässige Massnahmen, um die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen und Präsentismus zu unterbinden, und verschlechtert sich sein gesundheitlicher Zustand in der Folge so, dass dieser sich negativ auf das Arbeitsverhältnis auswirkt, kann die Kündigung durch die Arbeitgeberin nicht gerechtfertigt werden und gilt als missbräuchlich.

[41] Eine Kündigung aufgrund des Gesundheitszustandes nach Ablauf der Sperrfrist ist folglich nur dann nicht missbräuchlich, wenn die gesundheitliche Lage des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis negativ beeinflusst und die Arbeitgeberin alle verhältnismässigen Gesundheitsschutzmassnahmen ergriffen hat.

## 6.2. Zeitlicher Kündigungsschutz

[42] Der Arbeitnehmer kann sich auch während dem Betreiben von Präsentismus auf den zeitlichen Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR berufen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird ein gesundheitlich angeschlagener Arbeitnehmer von den Kündigungschutzregeln erfasst, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer von seiner Erkrankung weiss oder nicht.<sup>80</sup> Konsequenterweise führt auch das Unterlassen der Information der Arbeitgeberin über den Gesundheitszustand nicht dazu, dass der Arbeitnehmer den zeitlichen Kündigungsschutz verliert.<sup>81</sup> Dies gilt auch dann, wenn er aufgrund dieses Versäumnisses eine Treuepflichtverletzung begeht.<sup>82</sup>

[43] Voraussetzung für den zeitlichen Kündigungsschutz ist allerdings, dass der Gesundheitszustand des Arbeitnehmers dazu führt, dass es für ihn unwahrscheinlich ist, eine neue Arbeitgeberin zu finden.<sup>83</sup> Damit sich ein Arbeitnehmer, der seiner Arbeitstätigkeit dennoch nachgeht, auf den zeitlichen Kündigungsschutz berufen kann, müsste ein Grund für eine Arbeitsverhinderung bestehen.<sup>84</sup> Ist die Gesundheitsbeeinträchtigung als unbedeutend in Bezug auf das Finden einer neuen Anstellung einzustufen, so dass sie kein Hindernis darstellt, kommt die Schutzbestimmung nicht zur Anwendung.<sup>85</sup>

[44] Des Weiteren finden die Schutznormen nur dann Anwendung, wenn der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall an der Arbeitsleistung verhindert ist. Da der Verschuldensbegriff mit demjenigen von Art. 324a OR übereinstimmt, ist auf die dortigen

---

<sup>79</sup> BGE 125 III 70 E. 2a.

<sup>80</sup> BGE 128 III 212 E. 2c, in: Pra 91 (2002) Nr. 153; Urteil des Bundesgerichts 1C\_296/2008 und 1C\_310/2008 vom 5. März 2009 E. 2.1.

<sup>81</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.346/2004 vom 15. Februar 2005 E. 4; Urteil des Obergerichts Obwalden vom 23. März 2004 E. 4c/aa, in: AbR 2004/05 Nr. 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 336c OR N 8.

<sup>82</sup> Urteil des Obergerichts Obwalden vom 23. März 2004 E. 4c/aa, in: AbR 2004/05 Nr. 6; PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 491.

<sup>83</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 491.

<sup>84</sup> HANS-PETER EGLI, Der zeitliche Kündigungsschutz, ArbR 1998, S. 115 ff., S. 125; siehe BGE 128 III 212 E. 2c, in: Pra 91 (2002) Nr. 153; GEISER, AJP 1996, S. 550 ff. (Fn. 76), S. 553.

<sup>85</sup> BGE 128 III 212 E. 2c, in: Pra 91 (2002) Nr. 153; Urteil des Bundesgerichts 4A\_227/2009 vom 28. Juli 2009 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.346/2004 vom 15. Februar 2005 E. 4.2; kritisch bezüglich Wegfalls des Schutzes ist GEISER, AJP 1996, S. 550 ff. (Fn. 76), S. 553.

Ausführungen zu verweisen.<sup>86</sup> Mit Blick auf die Frage des Selbstverschuldens ist jedoch festzuhalten, dass ein Arbeitnehmer, der krank wurde resp. verunfallte und bei dem aufgrund seines darauffolgenden Verhaltens eine Arbeitsverhinderung resultiert, sich analog zu den Regeln der Lohnfortzahlungspflicht gegebenenfalls nicht auf die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR berufen kann.<sup>87</sup>

[45] In Bezug auf das Betreiben von Präsentismus und den zeitlichen Kündigungsschutz resultiert daher das Folgende: Ein Arbeitnehmer, der trotz Gesundheitsbeeinträchtigung arbeitet, wird grundsätzlich von den zeitlichen Kündigungsvorschriften geschützt. Da Art. 336c Abs. 1 lit. b OR jedoch einerseits fordert, dass der Gesundheitszustand ein Hindernis bei der Suche einer neuen Arbeitsstelle darstellen muss und andererseits ein mangelndes Verschulden seitens des Arbeitnehmers vorausgesetzt wird, kann im Einzelfall die Situation so gelagert sein, dass ein gesundheitlich angeschlagener Arbeitnehmer keinen zeitlichen Kündigungsschutz nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR genießt.

### **6.3. Präsentismus begünstigende Faktoren**

#### **6.3.1. Faktoren bezüglich des sachlichen Kündigungsschutzes**

[46] Der Kündigungsschutz gemäss OR ist keine wirksame Präsentismusprävention. Zum einen ist der Arbeitnehmer aufgrund der in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR aufgestellten Ausnahme dann nicht mehr von den Kündigungsschutzregeln erfasst, wenn sich sein Gesundheitszustand infolge des vorgängig betriebenen Präsentismus dermassen verschlechtert, dass das Arbeitsverhältnis negativ beeinträchtigt wird.<sup>88</sup> Zwar gilt in diesem Fall eine Kündigung dennoch als missbräuchlich, wenn die Arbeitgeberin den Gesundheitszustand durch gehörige Wahrnehmung ihrer Fürsorgepflicht verbessern könnte resp. hätte verbessern können, jedoch wird das Arbeitsverhältnis trotzdem beendet und dem Arbeitnehmer steht ein Entschädigungsanspruch von maximal sechs Monatslöhnen zu (Art. 336a OR). Hat der Arbeitnehmer seinen Kündigungsschutz bereits eingebüsst oder besteht die unmittelbare Gefahr einer Kündigung infolge krankheitsbedingter Abwesenheit, kann sich ein gesundheitlich angeschlagener Arbeitnehmer daher nicht ohne die Befürchtung, seine Stelle zu verlieren, der Genesung widmen.

[47] Hinzuzufügen ist, dass eine Kündigung durch die Arbeitgeberin zu einem Zeitpunkt, in dem eine Gesundheitsverschlechterung des Arbeitnehmers und eine die Lohnfortzahlungspflicht auslösende Arbeitsverhinderung absehbar sind, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach Ablauf einer allfälligen Sperrfrist keine Vereitelungskündigung darstellt.<sup>89</sup> Auch dieser Aspekt kann dazu führen, dass der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin weder über sein gesteigertes Fürsorgebedürfnis informiert noch die Arbeit niederlegt, obwohl dies gesundheitsbedingt angezeigt wäre.

---

<sup>86</sup> EGLI (Fn. 84), S. 123; GEISER, AJP 1996, S. 550 ff. (Fn. 76), S. 554; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 336c OR N 8. Siehe Ziff. 3. Lohnfortzahlungspflicht, S. 2 ff.

<sup>87</sup> GEISER, AJP 1996, S. 550 ff. (Fn. 76), S. 554.

<sup>88</sup> Siehe Urteil des Bundesgerichts 4C.174/2004 vom 5. August 2004 E. 2.2.2; GEISER, AJP 1996, S. 550 ff. (Fn. 76), S. 556; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 10), Rz. 637; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 336 OR N 5.

<sup>89</sup> BGE 123 III 246 E. 5; Urteil des Bundesgerichts 4C.174/2004 vom 5. August 2004 E. 2.2.2; vgl. BGE 136 III 510 E. 4.4; a.M. GEISER, AJP 1996, S. 550 ff. (Fn. 76), S. 555.

### 6.3.2. Faktoren bezüglich des zeitlichen Kündigungsschutzes

[48] Zum andern stellt auch der zeitliche Kündigungsschutz keinen zweckmässigen Präsentismusschutz dar. Einerseits stellt das Gesetz, wie bei der Lohnfortzahlungspflicht, auf die Arbeitsverhinderung ab, obwohl auch Arbeitnehmer, die noch in der Lage sind, die arbeitsvertraglich konkret geschuldete Leistung zu erbringen, schutzbedürftig sein können. Andererseits sind die Sperrfristen bei einer Arbeitsverhinderung je nach Schwere und Art der gesundheitlichen Beeinträchtigung eher kurz ausgestaltet. Bei Arbeitnehmern, die sich noch in der Probezeit befinden, besteht gar kein zeitlicher Kündigungsschutz.

[49] Nach Ablauf der Sperrfrist kann die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer durch gültige Kündigung auflösen, wenn sich der Gesundheitszustand negativ auf das Arbeitsverhältnis auswirkt. Der Zweck des Schutzes nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR besteht darin, einer Kündigung in einer Phase entgegenzuwirken, in der der Arbeitnehmer infolge seiner Gesundheit Schwierigkeiten haben wird, eine neue Arbeitsstelle zu finden.<sup>90</sup> Es ist fraglich, ob Art. 336c Abs. 1 lit. b OR in diesem Fall dem Ziel des zeitlichen Kündigungsschutzes gerecht wird oder ob es nicht angebrachter wäre, auch nach der Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit, aber noch während des Genesungsprozesses (zumindest für eine gewisse Dauer) einen Kündigungsschutz vorzusehen. Dies zumal die Arbeitgeberin gegenüber erkrankten Arbeitnehmern eine erhöhte Fürsorgepflicht trifft.<sup>91</sup>

[50] Neben dem Ausbau des zeitlichen Kündigungsschutzes würde auch eine obligatorische Krankentaggeldversicherung analog zur obligatorischen Unfallversicherung nach Art. 324b OR für Abhilfe sorgen. An die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht würden dann die Leistungen der Krankentaggeldversicherung treten, die die Arbeitgeberin entlasten und die Befürchtungen des Arbeitnehmers über eine drohende Kündigung mindern würde. Ein Obligatorium im Sinne von Art. 324b OR bei Krankheit könnte die Situation entschärfen und würde einem allfälligen Bestreben, den zeitlichen Kündigungsschutz auszubauen, mehr Luft verschaffen.<sup>92</sup>

### 6.4. Zwischenfazit

[51] Für die Kündigung eines Arbeitnehmers, dessen Gesundheitszustand sich aufgrund des Präsentismus dermassen verschlechtert, dass er sich negativ auf das Arbeitsverhältnis auswirkt, ist Folgendes zusammenfassend festzuhalten. Die Kündigung ist nicht missbräuchlich, wenn

- die Arbeitgeberin die Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Arbeitnehmers nicht infolge einer eigenen Fürsorgepflichtverletzung zu vertreten hat; und
- die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR verstrichen ist; oder
- der Arbeitnehmer die Arbeitsverhinderung selbst verschuldet; oder

---

<sup>90</sup> BGE 128 III 212 E. 2c, in: Pra 91 (2002) Nr. 153; BBl 1984 II 551, S. 605; Urteil des Obergerichts Zürich vom 23. März 1979, in: JAR 1981 S. 150 f., S. 151; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 336c OR N 2 und N 8.

<sup>91</sup> PÄRLI/HUG/PETRIK (Fn. 4), Rz. 569 und Rz. 703.

<sup>92</sup> Die Einführung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung wurde politisch bereits verschiedentlich gefordert, so beispielsweise in der Interpellation MARINA CAROBBIO GUSCETTI, 18.3126; der Interpellation JAQUELINE FEHR, 11.3246 und der Motion RUTH HUMBEL, 10.3821.

- der Gesundheitszustand des Arbeitnehmers kein Hindernis in Bezug auf das Finden einer neuen Arbeitsstelle darstellt.

## 7. Zusammenfassung

[52] Die arbeitsrechtlichen Auswirkungen von Präsentismus sind einschneidend. Wer trotz gesundheitlicher Beschwerden seiner Arbeit nachgeht, kann unter Umständen seine Arbeitspflicht nicht erfüllen und verwirkt daneben im Falle einer späteren Verschlechterung des Gesundheitszustandes seinen (vollen) Anspruch auf Lohnfortzahlung, wenn der betriebene Präsentismus als objektiv grob unsinniges Verhalten eingestuft wird. Auch ist es nicht auszuschliessen, dass der Arbeitnehmer seinen Kündigungsschutz einbüsst. Daneben stellt das Arbeiten trotz gesundheitlicher Beschwerden eine Verletzung der Pflicht zur Regeneration dar, sofern die Erbringung der Arbeitsleistung negative Auswirkungen auf den Genesungsprozess haben kann. Keine Treupflichtverletzung liegt hingegen vor, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin nicht über seinen Gesundheitszustand informiert, damit diese ihre Fürsorgepflicht ihm gegenüber wahrnehmen könnte. In diesem Zusammenhang ist grundsätzlich lediglich von einer Obliegenheit auszugehen. Von einer Informationspflicht des Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitgeberin ist allerdings dann auszugehen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitstätigkeit niederlegt oder die Mitteilung für den Schutz der Gesundheit der Arbeitgeberin, weiterer Arbeitnehmer oder Dritter notwendig ist.

[53] Die Arbeitgeberin muss verhältnismässige Schutzmassnahmen treffen, um (weitere) Gesundheitsschäden des gesundheitlich bereits angeschlagenen und anderer Arbeitnehmer zu vermeiden. Um ihrer Fürsorgepflicht gehörig nachkommen zu können, sollte die Arbeitgeberin bereits vor dem Auftreten von Gesundheitsbeschwerden Vorkehrungen treffen, um Präsentismusverhalten in ihrem Unternehmen zu verhindern.

[54] Präsentismus kann sowohl eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten auf Seiten der Arbeitgeberin als auch auf Seiten des Arbeitnehmers darstellen und entsprechende Konsequenzen nach sich ziehen. Aufgrund der zahlreichen arbeitsrechtlichen Folgen, die das Betreiben von Präsentismus für die Arbeitgeberin und den Arbeitnehmer haben, und des Risikos einer Verschlechterung oder Chronifizierung der gesundheitlichen Beschwerden des Arbeitnehmers, ist vom Betreiben von Präsentismus grundsätzlich abzuraten. Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer sollten entsprechend sensibilisiert werden, dass das sich vermeintlich lohnende Arbeiten trotz Krankheit langfristig zu erheblichen Nachteilen führen kann.

---

KASSANDRA WALDVOGEL, MLaw, studierte Rechtswissenschaften an der Universität Basel und der Boston University (USA). Im Rahmen ihrer Masterarbeit beschäftigte sie sich eingehend mit dem Thema Präsentismus und beurteilte dieses aus arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Perspektive. Die Autorin dankt Prof. Dr. iur. Kurt Pärli für seine wertvollen Anregungen im Zusammenhang mit der Begleitung des Masterarbeitsprojekts.