



Ich bin dann mal krank

Kurzkrankheiten gehören zum Leben, fast jeder ist einmal einen einzigen Tag oder ein paar wenige Tage krank. Es gibt aber auch Mitarbeitende, die regelmässig einzelne Tage – oftmals vor oder nach dem Wochenende – krank sind. Auch wenn Kurzkrankheiten arbeitsrechtlich nicht speziell geregelt werden, kann die Arbeitgeberin bestimmte Massnahmen vorkehren.

■ Von Dr. iur. HSG Stefan Rieder

Eine Krankheit – egal wie lange diese dauert – stellt eine persönliche Arbeitsverhinderung dar, für die während einer bestimmten Dauer, die an die Anzahl Dienstjahre geknüpft ist, eine Lohnfortzahlungspflicht besteht (Art. 324a OR). Kurzkrankheiten sind deshalb in aller Regel bezahlt und geben keinen Anlass zu Diskussionen. Es gibt jedoch auch Mitarbeitende, die überdurchschnittlich viele Kurzkrankheiten aufweisen, und das oftmals an Tagen unmittelbar vor oder nach dem (langen) Wochenende.

Arztzeugnis

Wenn Mitarbeitende nicht zur Arbeit erscheinen und für diese Abwesenheit eine Lohnfortzahlung verlangen, dann obliegt es dem entsprechenden Mitarbeitenden, nachzuweisen, dass er durch eine Krankheit arbeitsunfähig war. In der Regel wird er das mit einem Arztzeugnis beweisen, wobei auch andere Beweise (z.B. Zeugenaussagen) zulässig sind.

Viele Arbeitsverträge oder Personalreglemente verlangen ein Arztzeugnis erst, wenn die krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung mehr als zwei, drei oder vier Tage dauert. Eine solche Frist kann sich auch ohne ausdrückliche Abrede durch eine betriebliche Praxis ergeben. Bei Kurzkrankheiten von einem oder ein paar wenigen Tagen braucht es also oftmals kein Arztzeugnis, und die Arbeitgeberin vertraut der Krankmeldung des Mitarbeitenden, weshalb sie den Lohn auch während dieser Kurzkrankheit bezahlen muss.

Wenn die Arbeitgeberin aufgrund von regelmässigen Kurzkrankheiten Zweifel an der Arbeitsverhinderung hat, kann sie ungeachtet einer allfälligen Regelung im Arbeitsvertrag bzw. Personalreglement oder einer gelebten Praxis auch ab dem 1. Krankheitstag ein Arztzeugnis verlangen. Sinnvollerweise wird

diese Möglichkeit bereits in der vertraglichen Regelung erwähnt, und es kann zum Beispiel festgehalten werden, dass nach einer Kündigung durch die Arbeitgeberin immer ab dem 1. Krankheitstag ein Arztzeugnis vorgelegt werden muss. Im Rahmen einer solchen Regelung empfiehlt es sich, vorzusehen, dass sich Mitarbeitende persönlich telefonisch abmelden müssen und nicht per E-Mail, SMS oder WhatsApp. Das kann ein sehr wichtiger Aspekt sein, damit sich Mitarbeitende nicht vorschnell krankmelden.

Musterformulierung

Der Mitarbeitende ist verpflichtet, der vorgesetzten Person Arbeitsverhinderungen so früh wie möglich (spätestens bis 8:30 Uhr) persönlich telefonisch (nicht per SMS, E-Mail, WhatsApp etc.) zu melden. Ab dem 4. Tag der Arbeitsverhinderung infolge Krankheit und bei Unfall ab dem 1. Tag der Arbeitsverhinderung ist unaufgefordert ein Arztzeugnis vorzulegen. Die Arbeitgeberin kann auch bei Krankheit ab dem 1. Tag der Absenz ein Arztzeugnis verlangen. Bei Krankheit während der Kündigungsfrist nach erfolgter Kündigung durch die Arbeitgeberin sowie bei Erkrankung im Ausland ist unaufgefordert ab dem 1. Tag der Absenz ein Arztzeugnis vorzulegen. Die Arbeitgeberin kann auch verlangen, dass sich der Mitarbeitende angemessenen Abklärungsmassnahmen unterzieht, insbesondere zumutbaren medizinischen Untersuchungen bei einem von der Arbeitgeberin bestimmten Vertrauensarzt.

Nicht zulässig ist es, wenn die Arbeitgeberin erst nachträglich für bereits vergangene Kurzkrankheiten ein Arztzeugnis verlangen würde, obschon der Mitarbeitende normalerweise erst nach 3 Tagen ein Arztzeugnis vorlegen müsste.

Ebenfalls nicht zulässig ist, dass die Arbeitgeberin dem Mitarbeitenden mitteilt, dass Arztzeugnisse von einem bestimmten Arzt nicht akzeptiert werden. Die Arbeitgeberin darf dem Mitarbeitenden nicht vorschreiben, zu welchem Arzt er gehen darf oder eben nicht. Bei Zweifel über die Richtigkeit der Krankschrei-

bung darf die Arbeitgeberin den Mitarbeitenden höchstens auf ihre Kosten zu einem von ihr bestimmten Vertrauensarzt schicken. Eine solche Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit ist jedoch bei Kurzkrankheiten kaum umsetzbar.

Kurzkrankheit während der Kündigungsfrist

Nach Ablauf der Probezeit sieht das Arbeitsrecht im Zusammenhang mit einer Arbeitgeberkündigung einen zeitlichen Kündigungsschutz vor (Art. 336c OR).

Bei einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung infolge Krankheit oder Unfall kann das Arbeitsverhältnis während der Sperrfrist, die so lange wie die Arbeitsunfähigkeit dauert, jedoch während maximal 30 Tagen im 1. Dienstjahr, 90 Tagen im 2. bis 5. Dienstjahr, 180 Tagen ab dem 6. Dienstjahr, nicht gekündigt werden.

Eine Kündigung während einer solchen Sperrfrist wäre nichtig und müsste später nochmals wiederholt werden. Sofern die Kündigung bereits vor der Sperrfrist gültig erfolgt ist und eine unverschuldete Arbeitsverhinderung infolge Krankheit oder Unfall während der Kündigungsfrist eintritt, dann wird die Kündigungsfrist um die Dauer der Arbeitsunfähigkeit bzw., falls diese lange andauert, um die vorgenannte Maximaldauer verlängert. Sofern das Arbeitsverhältnis normalerweise auf ein Monatsende beendet wird, sieht das Gesetz zudem vor, dass sich das Arbeitsverhältnis bis zum nächsten Monatsende verlängert. Mit anderen Worten bedeutet das, dass sich das Arbeitsverhältnis nach einer Arbeitgeberkündigung um einen Monat verlängern kann, auch wenn der Mitarbeitende nur 3 Tage arbeitsunfähig war (wofür er unter Umständen nicht einmal ein Arztzeugnis vorlegen muss).

Aus Sicht der Arbeitgeberin können deshalb Kurzkrankheiten ärgerlich sein, weil sich der ursprüngliche Kündigungstermin verschiebt. Selbstverständlich muss der Mitarbeitende auch länger arbeiten, sofern er nicht vorher bereits freigestellt worden ist.

Eine solche Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um einen Monat durch eine Kurzkrankheit von wenigen Tagen kann mit einer bestimmten Formulierung, die schriftlich im



Arbeitsvertrag oder Personalreglement verabredet worden sein muss, vermieden werden. Hierfür ist erforderlich, dass vereinbart wird, dass ein Arbeitsverhältnis nicht auf ein Monatsende gekündigt werden kann, sondern auf einen beliebigen Termin. Dank einer solchen Formulierung verlängert sich das Arbeitsverhältnis nur um die tatsächlichen Krankheitstage (z.B. hier drei Tage), und die Verlängerung zum nächsten Monatsende fällt weg.

Ferienkürzung

Ist ein Mitarbeitender während eines Dienstjahres ohne Verschulden aus Gründen, die in seiner Person liegen (z.B. wegen Krankheit, Unfall oder Erfüllung gesetzlicher Pflichten), um insgesamt mehr als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert, können die Ferien ab dem zweiten Monat für jeden vollen Mo-

nat der Verhinderung um ein Zwölftel des jährlichen Ferienanspruchs gekürzt werden (Art. 329b OR).

Für die Ferienkürzung sind sämtliche Arbeitsverhinderungen in einem Dienstjahr relevant. Folglich können auch einzelne Krankheitstage und Kurzkrankheiten zusammen mit anderen Arbeitsverhinderungen (z.B. längere Krankheiten, unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit oder militärbedingte Abwesenheit) für eine Ferienkürzung berücksichtigt werden, sofern der Mitarbeitende in einem Dienstjahr insgesamt während mehr als zwei Monaten an der Arbeit verhindert war.

Nicht möglich ist es, diese gesetzlich vorgesehene Ferienkürzung zu verschärfen, indem bereits bei weniger umfangreicher Abwesenheit die Ferien gekürzt werden.

Verlängerung der Probezeit

Die Probezeit – die entweder gemäss Gesetz einen Monat dauert oder gemäss schriftlicher Vertragsabrede kürzer oder bis zu maximal drei Monate sein kann – verlängert sich bei einer Krankheit, einem Unfall oder einer Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht gemäss Art. 335b Abs. 3 OR automatisch um die Dauer der Arbeitsverhinderung.

Die Idee dahinter ist, dass der Zweck der Probezeit, sich am Arbeitsplatz kennenzulernen, nicht möglich ist und die Probezeit deshalb verlängert wird. Kurzkrankheiten während der Probezeit führen also zu einer Verlängerung derselben, dessen sich sowohl die Arbeitgeberin als auch Mitarbeitende oftmals nicht bewusst sind. Eine Kündigung während der Probezeit mit einer typischerweise kur-



zen Kündigungsfrist ist also länger möglich, was natürlich sowohl für eine Arbeitnehmer- als auch für eine Arbeitgeberkündigung gilt. Während der Probezeit ist zudem zu beachten, dass kein zeitlicher Kündigungsschutz mit Sperrfristen besteht, weshalb eine Kündigung auch während einer Kurzkrankheit rechtsgültig erfolgen kann.

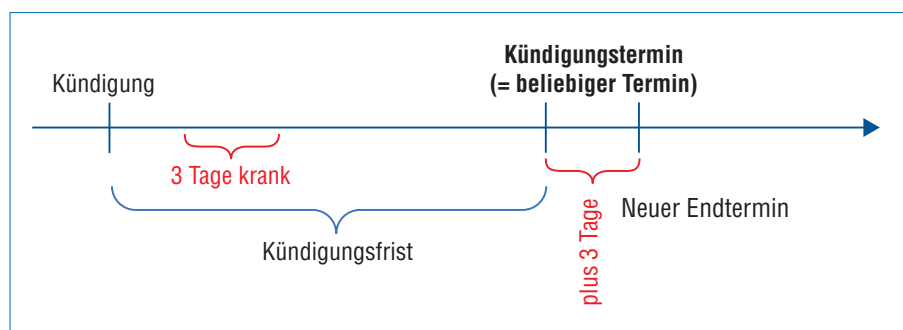
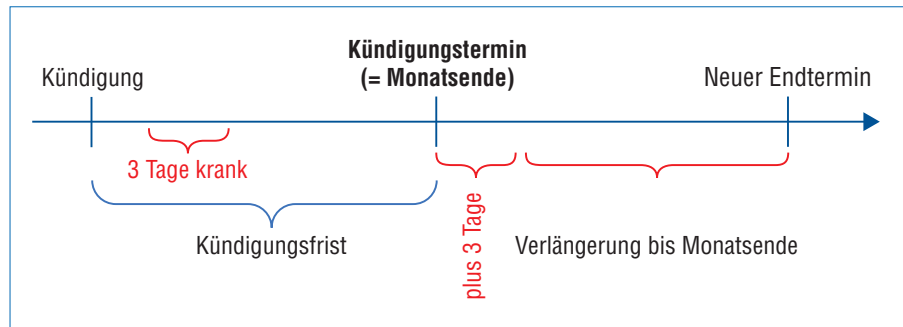
Kündigung wegen zu vieler Kurzkrankheiten

Wenn jemand viel krank und arbeitsunfähig ist, dann kann dies unter Umständen auf ein schwaches Immunsystem zurückzuführen sein, was nichts anderes als eine persönliche Eigenschaft ist. Eine Kündigung wegen einer persönlichen Eigenschaft ist missbräuchlich, ausser sie steht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis. Bei regelmässigen oder vielen Kurzkrankheiten ist ein solcher Zusammenhang in der Regel zu bejahen, insbesondere weil die Planbarkeit der Arbeit und des Betriebes tangiert wird. Eine Kündigung infolge zu vieler Arbeitsunfähigkeiten ist deshalb grundsätzlich zulässig und nicht per se missbräuchlich, wobei immer die Umstände im Einzelfall massgebend sind.

Zur Vermeidung von Kurzkrankheiten stellt sich die Frage, ob die Arbeitgeberin eine bestimmte Anzahl an Krankheitstagen in einer bestimmten Periode definieren kann, um diesen Schwellenwert den Mitarbeitenden im Sinne einer Grenze mit entsprechender Kündigungsandrohung zu kommunizieren. Vor dem Hintergrund der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin wäre ein solches System mit einer bestimmten Anzahl an Krankheitstagen, bis es zu einer Kündigung kommt, äusserst problematisch. Dadurch würde eine Drucksituation, nicht krank sein zu dürfen, entstehen, was mit der Fürsorgepflicht und dem Persönlichkeitsschutz nicht vereinbar ist.

Der Arbeitgeberin ist es natürlich unbenommen, einem Mitarbeitenden mitzuteilen, dass er aufgrund von vielen Kurzkrankheiten zu wenig da und nicht zuverlässig ist. Allerdings sollte sich die Arbeitgeberin stets fragen, ob sie unter dem Blickwinkel der Fürsorgepflicht und des Gesundheitsschutzes etwas dazu beitragen kann, die Anzahl Krankheitstage zu reduzieren. Dies ist aber oftmals kaum umsetzbar, weil die Arbeitgeberin keinen An-

Beispiele Kurzkrankheit



spruch hat, die Gründe der Arbeitsunfähigkeit zu erfahren, und auch nicht aktiv nach den Gründen nachfragen darf.

Wenn der Mitarbeitende also nicht von sich aus den Grund allfälliger Kurzkrankheiten kommuniziert, dann kann die Arbeitgeberin nichts unternehmen. Selbst wenn der Vorgesetzte Kenntnis von der Art der Krankheit hat (z.B. Erkältung, Kopfschmerzen etc.), dann darf dem Mitarbeitenden nicht eine Weisung oder Erwartung mitgeteilt werden, wie sich der Mitarbeitende in der Freizeit zu verhalten hat (z.B. gesunde Ernährung oder Saunabesuche). Die Arbeitgeberin hat auch keinen Anspruch, zu erfahren, ob und was der Mitarbeitende macht, um gesund zu bleiben, oder was der Arzt zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeiten vorschlägt.

Anwesenheitsprämie

Teilweise versuchen Unternehmen, Kurzkrankheiten durch eine Anwesenheitsprämie zu vermeiden oder zu reduzieren. Mitarbeitende erhalten also Ende Jahr oder monatlich eine spezielle Prämie, sofern sie nicht krank waren. Für eine solche Anwesenheitsprämie spricht, dass so Fehltag aufgrund von «leichten» Erkrankungen (z.B. Erkältung, Kopfschmerzen etc.) oder einer vorgetäuschten Arbeitsverhinderung reduziert werden kön-

nen, was auch eine reduzierte Zusatzbelastung der Arbeitskollegen darstellt, wenn eben nicht auch noch die Arbeit des ausgefallenen Kollegen gemacht werden muss.

Gegen solche Anwesenheitsprämien spricht die Tatsache, dass ein falscher Anreiz gesetzt wird, um krank zur Arbeit zu erscheinen, zumal sich dadurch andere Mitarbeitende anstecken können und so im Endeffekt insgesamt mehr Fehltag entstehen könnten. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Arbeitgeberin aufgrund der Fürsorgepflicht eigentlich schauen muss, dass kranke Mitarbeitende zu Hause bleiben und nicht die Arbeitskollegen anstecken. Nicht nur wegen diesem Aspekt ist die Zulässigkeit von Anwesenheitsprämien in rechtlicher Hinsicht umstritten. Die Zulässigkeit hängt stark von der Ausgestaltung des Prämiensystems ab. Während die Bezahlung eines Bonus bei wenigen oder keinen Fehlzeiten zulässig sein kann, darf kein Malus im Sinne eines Lohnabzugs erfolgen.



AUTOR

Stefan Rieder ist als Fachanwalt SAV Arbeitsrecht im privaten Arbeitsrecht, öffentlichen Personalrecht und Sozialversicherungsrecht sowohl beratend als auch prozessierend tätig.