

BRIEF

Nr. 14.11

16. März 2011
Philip Schneider, lic. iur., Rechtsanwalt

Arbeitsrecht: Unzulässiges Verhalten krankgeschriebener Arbeitnehmer

Ein Arbeitnehmer unterliegt auch dann gewissen Pflichtbindungen gegenüber seiner Arbeitgeberin, wenn er infolge Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert ist. Seine Pflichten verletzt ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer insbesondere durch ein unvernünftiges Verhalten, mit dem er seine Genesung beeinträchtigt. Wann von einem derartigen Verhalten die Rede sein kann, ist allerdings oft unklar.

1. Einleitung

Ein arbeitsunfähig geschriebener Arbeitnehmer hat nicht etwa die Pflicht, bis zur Genesung in seiner Wohnung – am besten im Bett – zu bleiben. So muss es auch einem arbeitsunfähig geschriebenen Arbeitnehmer möglich sein, persönliche Angelegenheiten zu erledigen, namentlich seinen lebensnotwendigen Bedarf zu decken. Ein Arbeitnehmer unterliegt aber durchaus gewissen Pflichtbindungen gegenüber seiner Arbeitgeberin, wenn er infolge Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert ist. Wie weit die Pflichten des Arbeitnehmers reichen, kann immer nur im Einzelfall beurteilt werden. Gewisse allgemeingültige Aussagen sind allerdings möglich. Entscheide schweizerischer Gerichte fehlen zwar weitgehend; als Leitlinie kann jedoch die reichhaltige Praxis der deutschen und österreichischen Gerichte dienen.

2. Unmögliches Verhalten

Ein arbeitsunfähig geschriebener Arbeitnehmer kann mit seinem Verhalten zu erkennen geben, in Wahrheit gar nicht arbeitsunfähig zu sein. Ein solches Verhalten kann insbesondere vorliegen, wenn ein arbeitsunfähig geschriebener Arbeitnehmer eine Weiterbildung absolviert (Arbeitsgericht Wuppertal v. 11.6. 1976, 1 Ca 3060/75) oder die geschuldete bzw. eine mit der geschuldeten vergleichbare Arbeitsleistung für eine *andere* Arbeitgeberin erbringt (Landesarbeitsgericht München v. 9.9. 1982, 8 Sa 96/82 bzw. Landesarbeitsgericht Düsseldorf v. 25.6. 1981, 3 Sa 220/81). Ein solches Verhalten kann aber auch vorliegen, wenn ein arbeitsunfähig geschriebener Arbeitnehmer eine längere Autofahrt auf sich nimmt (BGer 4D_36/2010: Besuch eines Arztes im Kanton Wallis trotz Wohnsitz im Kanton Waadt).

Aus einem bestimmten Verhalten dürfen allerdings keine voreiligen Schlüsse auf die Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers gezogen werden: Genau so, wie es vorkommt, dass ein an und für sich arbeitsunfähiger Arbeitnehmer zur Arbeit kommt («Präsentismus»), kann es auch vorkommen, dass ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer, der sich schonen müsste, zum Beispiel ein Krafttraining in einem Fitnesscenter absolviert. In einem solchen Fall kann dem Arbeitnehmer nicht vorgeworfen werden, in Wahrheit gar nicht arbeitsunfähig zu sein, allenfalls aber, mit einem unvernünftigen Verhalten seine Genesung zu beeinträchtigen (vgl. denn auch BGer 4A_289/2010: daraus, dass ein arbeitsunfähig geschriebener Arbeitnehmer mit

dem Auto von Bern nach Genf fährt, lässt sich nichts ableiten, sofern die Fahrt erst durch den Einsatz von Schmerzmitteln möglich geworden ist).

3. Unvernünftiges Verhalten

Ein arbeitsunfähig geschriebener Arbeitnehmer hat alle unvernünftigen Verhaltensweisen, mit denen er seine Genesung beeinträchtigt, zu unterlassen. Mit einem unvernünftigen Verhalten, mit dem ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer seine Genesung beeinträchtigt, kann insbesondere:

- der Vorwurf eines *schweren Selbstverschuldens im Sinne von Art. 324a OR* begründet werden, das die Arbeitgeberin zur Einstellung ihrer Lohnfortzahlung berechtigt;
- ein *sachlicher Grund für eine ordentliche Kündigung* oder ein *wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung* gesetzt werden – in der Regel wird eine fristlose Entlassung allerdings erst dann gerechtfertigt sein, wenn sich der betreffende Vorfall nach erfolgter Verwarnung wiederholt.

Ein unvernünftiges Verhalten, mit dem ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer seine Genesung beeinträchtigt, kann nach der Gerichtspraxis beispielsweise in folgenden Fällen vorliegen:

- Besuch einer Badeanstalt trotz Grippe (Oberster Gerichtshof von Österreich v. 14.9. 1994, 9 ObA 126/94);
- Verrichtung von Bauarbeiten am eigenen Haus trotz Rückenschmerzen (Landesarbeitsgericht Hamm v. 28.8. 1991, 15 Sa 437/91);
- Besuch eines Nachtlokals trotz Grippe, Kreislaufbeschwerden oder Kopfschmerzen (Oberster Gerichtshof von Österreich v. 11.7. 1990, 9 ObA 166/90 bzw. Landesarbeitsgericht Düsseldorf v. 28.1. 1970, 6 Sa 275/69 bzw. Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein v. 30.9. 1988, 5 Sa 393/88);
- Tätigkeit als Linienrichter bei einem Fussballspiel trotz stenokardischen Beschwerden (Landesarbeitsgericht Niedersachsen v. 1.9. 1983, 11 Sa 20/83).

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass ein unvernünftiges Verhalten, mit dem ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer seine Genesung beeinträchtigt, selbstverständlich auch vorliegt, wenn ein Arbeitnehmer die medizinisch angezeigte Behandlung (inkl. Einnahme der verschriebenen Medikamente) verweigert. Falls eine medizinisch angezeigte Behandlung besondere Gesundheitsrisiken birgt, wird man dem Arbeitnehmer allerdings nicht vorwerfen können, sich der Risiken nicht ausgesetzt zu haben.

Kein unvernünftiges Verhalten, mit dem ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer seine Genesung beeinträchtigt, liegt nach der Gerichtspraxis beispielsweise in folgenden Fällen vor:

- Teilnahme an einem Marathonlauf trotz gebrochenem Schulterblatt (Arbeitsgericht Stuttgart v. 22.3. 2007, 9 Ca 475/06);
- Verrichtung des freiwilligen Ordnungsdiensts bei einem Fussballspiel trotz Rückenbeschwerden (Landesarbeitsgericht Hamm v. 16.9. 2005, 10 Sa 2425/04);
- Austragen von Zeitungen trotz eines Geschwürs an der Hand (Landesarbeitsgericht Hamm v. 8.3. 2000, 18 Sa 1614/99);
- Besuch eines Restaurants trotz abklingender Grippe (Oberster Gerichtshof von Österreich v. 25.1. 1992, 9 ObA 202/92).

Einen Vorwurf wird man einem Arbeitnehmer jedenfalls dann nicht machen dürfen, wenn der behandelnde Arzt das fragwürdige Verhalten *aus medizinischer Sicht gebilligt* hatte.

Namentlich ausländische Arbeitnehmer fahren bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit gerne in ihre *Heimat*. Auch gegen ein derartiges Verhalten ist nichts einzuwenden, wenn der behandelnde Arzt das fragwürdige Verhalten aus medizinischer Sicht gebilligt hatte (deutsches Bundesarbeitsgericht v. 26.6. 1986, 2 AZR 358/85). Der Heimaturlaub muss dem Arbeitnehmer allerdings zum Vorwurf gereichen, wenn er zur Unterbrechung einer medizinisch angezeigten Therapie führt (Oberster Gerichtshof von Österreich v. 10.4. 2008, 9 ObA 42/08d; Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz v. 23.1. 1997, 7 Sa 744/96). Soweit eine Krankentaggeldversicherung besteht, tun die Beteiligten jedenfalls gut daran, sich mit dem Versicherer abzusprechen. Viele Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) enthalten nämlich die Klausel, dass kein Anspruch auf Krankentaggelder besteht, solange sich ein Versicherter ohne Zustimmung des Versicherers im Ausland aufhält. Gegebenenfalls kann dem Arbeitnehmer der Heimaturlaub als Ferienbezug angerechnet werden. Massgebend ist vor allem, ob der Arbeitnehmer trotz Arbeitsunfähigkeit immerhin als «ferienfähig» angesehen werden kann (s. dazu Blauer Brief Nr. 60.10).

4. Unanständiges Verhalten

Von einem unvernünftigen Verhalten, mit dem ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer seine Genesung beeinträchtigt, ist ein Verhalten zu unterscheiden, das sich im Falle einer krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung aus Gründen des Anstands angeblich nicht ziemt. In einem Fall aus den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts gereichte einem Arbeitnehmer allein schon zum Vorwurf, dass der Arbeitnehmer trotz Arbeitsunfähigkeit die Fahrprüfung ablegte (Landesarbeitsgericht Niedersachsen v. 11.8. 1977, 6 Sa 1038/76).

Es ist allerdings fraglich, ob ein derartiges Verhalten tatsächlich rechtlich relevant sein kann. Soll ein Arbeitnehmer wirklich einer arbeitsvertraglichen Anstandspflicht unterliegen, auf Grund derer es ihm beispielsweise verboten ist, einen Bekannten zu einem Kaffee zu treffen? Die Annahme einer derartigen Pflicht wäre schon deshalb problematisch, weil es bei psychischen Erkrankungen allenfalls sogar geboten ist, sich unter Leute zu begeben (vgl. denn auch GS Ger Basel-Stadt JAR 1984, 135: keine Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses, wenn die aus psychischen Gründen arbeitsunfähig geschriebene Arbeitnehmerin auf einem Markt gesehen wird). Mit der Annahme einer arbeitsvertraglichen Anstandspflicht würde letztlich bloss unseren laienhaften Vorstellungen über Krankheiten rechtliche Relevanz beigemessen.

5. Handlungsempfehlung

Ohne Kenntnis der ärztlichen Diagnose lässt sich in der Regel nicht zuverlässig beurteilen, ob ein arbeitsunfähig geschriebener Arbeitnehmer seine Pflichten verletzt. Allein daraus, dass ein arbeitsunfähig geschriebener Arbeitnehmer in einem Spielcasino angetroffen wird, lässt sich jedenfalls nicht darauf schliessen, dass der Arbeitnehmer seine Pflichten verletzt (Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt v. 1.3. 1995, 8 Sa 1135/94).

Bevor eine Arbeitgeberin beispielsweise mit einer fristlosen Entlassung reagiert, sollte sie den Arbeitnehmer auf jeden Fall dazu auffordern, zum Vorwurf, seine Pflichten verletzt zu haben, schriftlich Stellung zu nehmen. Ein arbeitsunfähig geschriebener Arbeitnehmer ist allerdings erst dann gehalten, die ärztliche Diagnose offen zu legen, wenn ein begründeter Verdacht, dass der Arbeitnehmer seine Pflichten verletzt, bereits vorliegt. Ein solcher Verdacht besteht jedenfalls dann, wenn ein arbeitsunfähig geschriebener Arbeitnehmer die geschuldete bzw. eine mit der geschuldeten vergleichbare Arbeitsleistung für eine andere Arbeitgeberin erbringt (deutsches Bundesarbeitsgericht v. 26.8. 1993, 2 AZR 154/93).

Namentlich *verdeckte Beobachtungen*, um unzulässige Verhaltensweisen eines arbeitsunfähig geschriebenen Arbeitnehmers aufzudecken, sind übrigens problematisch. Auch derartige Aktionen sind erst angezeigt, wenn ein begründeter Verdacht darauf, dass der Arbeitnehmer seine Pflichten verletzt, bereits vorliegt. Ausserdem dürfen verdeckte Beobachtungen die Privatsphäre des Arbeitnehmers nicht verletzen. So ist es beispielsweise problematisch, wenn ein von der Arbeitgeberin beauftragter Privatdetektiv mit einem Feldstecher in die Wohnung eines Arbeitnehmers späht.

Für weitere Informationen und Fragen steht Ihnen unsere Geschäftsstelle gerne zur Verfügung. Kontaktieren Sie Philip Schneider unter der Telefonnummer 062 837 18 04 oder per E-Mail an philip.schneider@aihk.ch.