

Voraussetzungen für vertrauensärztliche Untersuchungen von Angestellten

Tobias Brändli
Rechtsanwalt, Landquart

Das Gesetz regelt die vertrauensärztliche Untersuchung von Angestellten nicht klar. Deshalb sollten Arbeitgeber die Voraussetzungen dafür schon im Arbeitsvertrag festhalten.

Das Arzzeugnis spielt in der arbeitsrechtlichen Praxis eine gewichtige Rolle. Sei es im Zusammenhang mit Lohnfortzahlungen (Art. 324a OR), der Nichtigkeit von Kündigungen (Art. 336c OR) oder auch mit der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigungen (Art. 28 Abs. 5 AVIG). Aus diesem Grund ist es auch verständlich, dass ein Arbeitgeber Interesse daran hat, seinen Arbeitnehmer in gewissen Fällen durch einen Vertrauensarzt untersuchen zu lassen.

Art. 328 OR verpflichtet den Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis für den Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu sorgen. Art. 328 OR kann damit als Schranke der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers verstanden werden. Die Weisung zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung stellt einen Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers dar. Hier stellen sich in der Praxis heikle Fragen der Interessenkollision.

1. Das Arzzeugnis im Arbeitsrecht

1.1 Inhalt

Ein ärztliches Zeugnis attestiert dem Patienten in der Regel eine über einen gewissen Zeitraum andauernde oder unbefristete Arbeitsunfähigkeit. Das Gesetz selbst liefert dabei keine Legaldefinition des Arzzeugnisses. Art. 34 der Standesordnung der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) ist jedoch zu entnehmen: «Ärztliche Zeugnisse, Berichte und Gutachten sind Urkunden. Bei deren Ausstellung haben Arzt und Ärztin alle Sorgfalt anzu-

wenden und nach bestem Wissen ihre ärztliche Überzeugung auszudrücken. Der Zweck der Schriftstücke, das Ausstellungsdatum und ihre Empfänger sind anzugeben. Die Ausstellung von Gefälligkeitszeugnissen ist unzulässig.»¹ Die Standesordnung der FMH ist für alle Mitglieder verbindlich und stellt einen Verhaltenskodex für die Schweizerische Ärzteschaft dar.

1.2 Bedeutung

In der Praxis kommt einem Arzzeugnis in den meisten Fällen dann grosse Bedeutung zu, wenn ein Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers anzweifelt. Kommt es in solchen Fällen zu einer rechtlichen Auseinandersetzung, hat in der Regel der Arbeitnehmer im Sinne der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB den Beweis für seine Arbeitsunfähigkeit zu erbringen, da er daraus Rechte ableitet (z. B. Lohnfortzahlungspflicht oder die Nichtigkeit einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung). Mit einem Arzzeugnis kann der Arbeitnehmer eine Urkunde vorlegen, die den von ihm behaupteten physischen oder psychischen Zustand, welcher zur Arbeitsunfähigkeit führt, durch eine medizinische Fachperson bestätigt.

1.3 Pflicht oder Recht

Trotz der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB stellt sich die Frage, ob dem Arbeitnehmer bloss ein Recht zukommt, seine Arbeitsunfähigkeit durch die Beibringung eines Arzzeugnisses zu untermauern oder ob ihn im Arbeitsverhältnis die Pflicht trifft, dem Arbeitgeber bei Arbeitsunfähigkeit ein Arzzeugnis einzureichen. Meist

wird bereits in den Arbeitsverträgen geregelt, dass der Arbeitgeber ein Arzzeugnis verlangen kann, wenn die Arbeitsunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen mehr als zwei, drei oder vier Tage dauert. Der Arbeitgeber hat aber auch das Recht, ab dem ersten Tag der Verhinderung ein Arzzeugnis zu verlangen, selbst wenn der Arbeitsvertrag dies nicht ausdrücklich vorsieht, es jedoch auch nicht ausschliesst.² Nicht zulässig ist dabei aber, wenn der Arbeitgeber erst Monate nach der Krankheit bzw. des Arbeitsausfalls in Folge Krankheit ein Arzzeugnis verlangt.³

Sofern nicht in einem Gesamt- oder Einzelarbeitsvertrag explizit geregelt, besteht keine Pflicht auf Seiten des Arbeitnehmers, seine behauptete Arbeitsunfähigkeit mit einem Arzzeugnis zu belegen. Damit ist die Beibringung eines Arzzeugnisses auch nicht Voraussetzung für die Lohnfortzahlungspflicht. Da indes in der Regel der Arbeitnehmer Rechte aus seiner Arbeitsunfähigkeit ableitet, hat er auch ein eigenes Interesse, zum Arzt zu gehen. Es steht ihm aber offen, seine Arbeitsunfähigkeit auch mit anderen Mitteln zu belegen.⁴

Letztlich gilt ein vom Arbeitnehmer beigebrachtes Arzzeugnis im Prozess als blosser Parteibehauptung.⁵ Denn es handelt sich weder um eine vom Gericht angeordnete Auskunft noch um ein Privatgutachten, da es aufgrund der ärztlichen Schweigepflicht auch keine Begründung enthält. Der Beweiswert des Arzzeugnisses unterliegt damit der freien richterlichen Beweiswürdigung. Der Richter kann sich also auch über ein Arzzeugnis hinwegsetzen, wenn er aus den

ztliche

Umständen darauf schliesst, dass effektiv keine Arbeitsunfähigkeit bestanden hat.⁶

Da die Gerichte in der Praxis aber meist auf ein Arztzeugnis abstellen, solange nicht begründete Zweifel an dessen Richtigkeit geweckt werden, verbessert sich die Beweislage des Arbeitnehmers doch entscheidend (sog. «Anscheinsbeweis»⁷). Die damit in der Praxis erhöhte Beweiskraft eines Arztzeugnisses ist in der Lehre indes umstritten.⁸ Meines Erachtens ist die erhöhte Beweiskraft eines vom Arbeitnehmer beigebrachten Arztzeugnisses aber unter dem Blickwinkel des Schutzes des Arbeitnehmers als schwächere Partei im Arbeitsrecht sachgemäss und richtig.

1.4 Zweifel an der Richtigkeit

Verschiedene Umstände können dazu führen, dass an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses berechnete Zweifel aufkommen. Zunächst kann das Verhalten des Arbeitnehmers selbst ein Arztzeugnis widerlegen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer trotz Krankschreibung effektiv (private) Arbeiten verrichtet, die der durch das Arztzeugnis attestierten Arbeitsunfähigkeit diametral entgegenstehen.

Auch die Rückdatierung eines Arztzeugnisses kann problematisch erscheinen, je nachdem, unter welchen Umständen die Rückdatierung erfolgt ist. Dies zum Beispiel, wenn der Arbeitnehmer sich einen Tag nach Erhalt der Kündigung rückwirkend krankschreiben lässt. Wird die Arbeitsunfähigkeit ohne nachvollziehbare Gründe rückdatiert und eine ver-

trauensärztliche Untersuchung verweigert, können ebenfalls berechnete Zweifel an der Richtigkeit des Arztzeugnisses entstehen.^{9, 10}

In solchen Fällen spielt die vertrauensärztliche Untersuchung eine wichtige Rolle für den Arbeitgeber. Nur so ist es dem Arbeitgeber möglich, die ärztliche Diagnose seines Arbeitnehmers durch einen Fachmann überprüfen zu lassen. Der Vertrauensarzt des Arbeitgebers soll den Arbeitnehmer untersuchen und dabei überprüfen, ob die behauptete und durch ein eigenes Arztzeugnis belegte Diagnose, die zur Arbeitsunfähigkeit führt, wirklich zutrifft.

Diese vertrauensärztliche Untersuchung kollidiert zwangsläufig mit den Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers. Zudem können in der Praxis heikle Situationen entstehen, wenn die vertrauensärztliche Untersuchung ein anderes Resultat ergibt als die Untersuchung durch den vom Arbeitnehmer selbst gewählten Arzt.

2. Schutz der Persönlichkeit

2.1 Grundlagen

Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen (Art. 328 Abs. 1 OR). Die in Art. 328 OR

umschriebene Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergibt sich aus dem personenbezogenen Charakter des Einzelarbeitsvertrages und letztlich auch aus dem Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers nach Art. 28 ZGB sowie aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 ZGB.¹¹ Mit Art. 328 OR wird der Persönlichkeitsschutz von Art. 27 und 28 ZGB konkretisiert, aber nicht erweitert.

Zudem werden damit die Schutzpflichten des öffentlichen Rechts, vor allem des Arbeits- und Unfallversicherungsgesetzes, ins Privatrecht überführt.¹² Portmann geht sogar weiter und vertritt die Meinung, Art. 328 sei ein legitimes Einfallstor für die indirekte Drittwirkung der Grundrechte (Art. 35 Abs. 3 BV).¹³

2.2 Schranke des Weisungsrechts des Arbeitgebers

Die Fürsorgepflicht kann damit als Schranke des Weisungsrechts verstanden werden, das dem Arbeitgeber im Sinne von Art. 321d OR zukommt. Weisungen des Arbeitgebers, die in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eingreifen, sind nur soweit zulässig, als das Arbeitsverhältnis sie erfordert.¹⁴ Nebst dem erforderlichen Zusammenhang zwischen der in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eingreifenden Weisung und dem Arbeitsverhältnis spielt auch die Schwere des Eingriffs eine gewichtige Rolle. Dies bedeutet, dass ein unverhältnismässig schwerer Eingriff in die Persönlichkeit eines Arbeitnehmers selbst bei einem direkten Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis unzulässig sein muss. Mit anderen Worten:

- 1 Standesordnung FMH, zu finden unter www.fmh.ch/ueber_fmh/rechtliche_grundlagen/standesordnung.html.
- 2 Ullin Streiff, Adrian von Kaenel, Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Art. 324a N 12 mit Verweis auf AGER BE in JAR 1984 S. 225.
- 3 Vgl. AGER BE in JAR 1984 S. 137.
- 4 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a N 12.
- 5 Oliver Kälin, Das Arztzeugnis als Beweismittel bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, ZZZ 11/2006 S. 335 ff., S. 338.
- 6 Roland Müller, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP 2010 S. 167 ff., S. 169.
- 7 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a N 12 mit Verweis auf BGER 1C_64/2008 vom 14.4.2008 E. 3.4 = JAR 2009 S. 228 und TC FR in JAR 2008 S. 364 E. 5.
- 8 Vgl. zur Thematik Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a N 12 mit diversen Verweisen.
- 9 Vgl. dazu eingehend Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a N 12 mit diversen Beispielen.
- 10 BGER 1C_64/2008 vom 14.4.2008 E. 3.4.
- 11 Fadri Brunold, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, SSA Band/Nr. 77 N 61.
- 12 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328 N 2.
- 13 Basler Kommentar OR I, Wolfgang Portmann, Art. 328 N 4.
- 14 Vgl. dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328 N 2; Portmann, a.a.O., Art. 328 N 5.

Stehen sich bei einem schweren Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers die berechtigten Interessen des Arbeitgebers und der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers in gleichem Masse entgegen, so muss bei einer Interessenabwägung dem Persönlichkeitsschutz Vorrang gewährt werden. Anderes lässt sich mit dem Grundgedanke des Schutzes des Arbeitnehmers als schwächere Partei im Arbeitsrecht nicht vereinbaren. Damit ist auch Portmann zu folgen, wenn er bei Art. 328 OR von einer indirekten Drittwirkung

der Grundrechte ausgeht und ausführt, dass durch den Arbeitsvertrag auf die Ausübung der Persönlichkeitsbefugnisse in den Grenzen des Rechts und der guten Sitten verzichtet werden kann (Art. 27 Abs. 2 ZGB).¹⁵

3. Vertrauensarzt und Persönlichkeitsschutz

3.1 Der Vertrauensarzt

Der Vertrauensarzt wird vom Arbeitgeber ausgewählt und genießt daher in erster Linie das Vertrauen

des Arbeitgebers. Ein Vertrauensarzt muss aber vom Arbeitgeber rechtlich und auch in seiner Beurteilung unabhängig sein. Andernfalls kann das Ziel einer objektiven Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht erreicht werden.

Grundsätzlich kann niemand gezwungen werden, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Da ein Arbeitnehmer aus der von seinem Arzt attestierten Arbeitsunfähigkeit aber (finanzielle) Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis ableitet, wird er beweispflichtig und hat entsprechend gewisse Mitwirkungspflichten.

In der Lehre und Rechtsprechung wird überwiegend die Meinung vertreten, dass ein Arbeitgeber vom Arbeitnehmer verlangen kann, sich bei einem Vertrauensarzt des Betriebs auf deren Kosten untersuchen zu lassen, wenn er ein Arzteugnis aufgrund von objektiven Anhaltspunkten anzweifelt. Dies folge aus der Treuepflicht.¹⁶

Folglich wird ein Arbeitnehmer zwar nur aber immerhin dann verpflichtet sein, sich von einem weiteren Arzt untersuchen zu lassen, wenn objektive Anhaltspunkte Anlass dazu geben, an dem bereits vorhandenen Arzteugnis ernsthaft zu zweifeln.¹⁷ Eine Verweigerung des Arbeitnehmers, sich durch einen Vertrauensarzt untersuchen zu lassen, kann allenfalls auch dazu führen, dass er im Allgemeinen als gesund gilt.¹⁸

3.2 Persönlichkeitsschutz

Das Bundesgericht hat in BGE 125 III 70 vom 30. Oktober 1998 grundsätzlich festgehalten, dass die Forderung eines Arbeitgebers nach einer vertrauensärztlichen Untersuchung nicht per se rechtswidrig sei. In diesem Urteil hatte das Bundesgericht einen Fall zu beurteilen, in dem eine Angestellte behauptete, während der Anstellung Psychoterror ausgesetzt gewe-

ANZEIGE

sen zu sein. Die Aufforderung zur vertrauensärztlichen Untersuchung bei einem Psychiater verweigerte sie, woraufhin ihr gekündigt wurde. Das Bundesgericht verneinte in der Folge eine Persönlichkeitsverletzung aufgrund der Weisung zur psychiatrischen Begutachtung.¹⁹

Da dem Arbeitgeber in der Regel keine anderen tauglichen Mittel zur Verfügung stehen, um die vom Arbeitnehmer behauptete Arbeitsunfähigkeit zu überprüfen, kommt der vertrauensärztlichen Untersuchung in der Praxis grosse Bedeutung zu. Andernfalls wären einem Arbeitgeber auch bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit eines vom Arbeitnehmer beigebrachten Arztzeugnisses die Hände gebunden. Es ist daher wohl richtig, den berechtigten Interessen des Arbeitgebers mit einer vertrauensärztlichen Untersuchung zum Durchbruch zu verhelfen.

3.3 Einschränkungen

Eine erste Schranke der vertrauensärztlichen Untersuchung ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass auch der Vertrauensarzt der ärztlichen Schweigepflicht unterliegt, deren Verletzung sogar strafrechtlich geahndet werden kann (Art. 321 StGB).

Des Weiteren darf der Arzt einem Arbeitgeber nur Informationen weitergeben, welche für die Beurteilung der Ansprüche, welche aus dem Arbeitsvertrag abgeleitet werden, in einem Zusammenhang stehen. Insbesondere interessieren in der Praxis Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit, aber auch ob es sich um eine Krankheit (Ansteckungsgefahr für andere Arbeitnehmer, Gefahr für den Dienstbetrieb) oder um einen Unfall handelt. Ist der Arbeitnehmer nur teilweise arbeitsunfähig, kann die Information auch Angaben zur Art der für den Ar-

beitnehmer möglichen Arbeiten enthalten.²⁰

Weitergehende Auskünfte des Vertrauensarztes an den Arbeitgeber, so zum Beispiel eine detaillierte Diagnose oder anderweitige Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag zusammenhängenden Informationen, sind folglich unzulässig und stellen einen widerrechtlichen Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers dar, welcher eine Entschädigungspflicht auslösen kann.

3.4 Widerspruch zweier Arztzeugnisse

Gilt das vom Arbeitnehmer beigebrachte Zeugnis lediglich als reine Parteibehauptung, so muss umgekehrt ein Zeugnis eines Vertrauensarztes des Arbeitgebers ebenfalls als reine Parteibehauptung gelten. Damit stehen sich zwei Parteibehauptungen gegenüber, welche vom Richter in einem Prozess in freier Beweiswürdigung beurteilt werden.

In der Praxis wird der Vertrauensarzt in der Regel vom Arztzeugnis des Hausarztes des Arbeitnehmers bereits Kenntnis haben. Es wird daher übereinstimmend mit Müller zweckmässig sein, wenn der Arbeitgeber den Hausarzt mit dem Arztzeugnis des Vertrauensarztes konfrontiert, um seine Prozesschancen auszuloten.²¹

3.5 Interessenkollision und Lösungen für die Praxis

Grundsätzlich kann also festgehalten werden, dass eine vertrauensärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers zulässig ist, sofern der Arbeitgeber nach objektiven Anhaltspunkten begründete Zweifel an der Richtigkeit des vom Arbeitnehmer beigebrachten Arztzeugnisses hat. Die vertrauensärztliche Untersuchung stellt damit zweifelsohne einen Eingriff in

die Persönlichkeit des Arbeitnehmers dar. Der Arbeitnehmer kann eine solche jederzeit verweigern, hat in diesem Falle aber allenfalls die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.

Bei einer vertrauensärztlichen Untersuchung dürfen indes lediglich die mit den Ansprüchen aus dem Arbeitsvertrag zusammenhängenden Informationen fliessen und auch der Vertrauensarzt ist an die ärztliche Schweigepflicht gebunden. Damit wird dem Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eine genügende Schranke gesetzt. Zudem gibt der Arbeitnehmer bereits mit der Beibringung eines eigenen Arztzeugnisses die mit der Durchführung des Arbeitsvertrages zusammenhängenden Informationen preis.

Da das Zeugnis des Vertrauensarztes ohnehin keine weitergehenden Informationen gegenüber dem Arbeitgeber enthalten darf, bewegt sich der Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers in engen Grenzen beziehungsweise kann davon ausgegangen werden, dass der Arbeitnehmer zumindest mit den vom Vertrauensarzt an den Arbeitgeber fliessenden Informationen im Grundsatz einverstanden ist. Es ist daher richtig, wenn den berechtigten Interessen des Arbeitgebers mit einer vertrauensärztlichen Untersuchung begegnet wird, da sich der Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers damit in der Regel in einem leichten Bereich bewegt.

Nachdem die vertrauensärztliche Untersuchung aber im Gesetz nicht klar geregelt ist, empfiehlt es sich in der Praxis auf jeden Fall, eine solche bereits im Arbeitsvertrag aufzunehmen. Damit wird Klarheit geschaffen.

¹⁵ Portmann, a.a.O., Art. 328 N 4–5.

¹⁶ Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a N 12 mit Verweisen auf diverse weitere Autoren und Urteile.

¹⁷ So auch Wilhelm Schönenberger, Adrian Staehelin, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag), Art. 324a A 226.

¹⁸ So in BGer 4A_59/2010 E. 2.1.

¹⁹ BGE 125 III 70 vom 13.10.1998 E. 3.

²⁰ Gleicher Meinung Müller, a.a.O., S. 171.

²¹ Müller, a.a.O., S. 172.