

Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten



ROLAND MÜLLER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt,
Staad/SG

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - 1. Viele offene Fragen rund um das Arztzeugnis
 - 2. Minimale gesetzliche Grundlage
- II. Form, Qualifikation und Inhalt des Arztzeugnisses
 - 1. Form des Arztzeugnisses
 - 2. Strafrechtliche Bedeutung des Arztzeugnisses
 - 3. Inhalt des Arztzeugnisses
 - a. Standesordnung der FMH
 - b. Empfehlungen zur Vermeidung von Unklarheiten
- III. Beweisfunktion des Arztzeugnisses
 - 1. Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB
 - 2. Pflicht oder Recht zur Beibringung eines Arztzeugnisses
 - 3. Das Arztzeugnis als Beweismittel
 - a. Das Arztzeugnis als Parteibehauptung
 - b. Das Arztzeugnis als Anscheinsbeweis
- IV. Probleme mit Arztzeugnissen in der arbeitsrechtlichen Praxis
 - 1. Rückfragen des Arbeitgebers beim behandelnden Arzt
 - a. Zulässige Auskünfte
 - b. Abklärung zur Identität der anrufenden Person
 - 2. Vertrauensärztliche Untersuchung
 - a. Recht der Arbeitgeberin zum Beizug eines Vertrauensarztes
 - b. Vertrauensärztliche Untersuchung und Persönlichkeitsverletzung
 - c. Schranken der vertrauensärztlichen Untersuchung
 - d. Vertrauensärztliche Untersuchung und Grundsatz der freien Arztwahl
 - e. Verweigerung der vertrauensärztlichen Untersuchung
 - f. Widerspruch zwischen Hausarzt und Vertrauensarzt
 - 3. Rückwirkendes Arztzeugnis
 - 4. Gefälligkeitszeugnis
 - a. Allgemeines
 - b. Konsequenzen für den Arzt
 - c. Konsequenzen für den Arbeitnehmer
 - 5. Arbeitsleistung trotz Arbeitsunfähigkeit
 - 6. Umschreibung einer Teilarbeitsunfähigkeit
 - 7. Verspätete Vorlage eines Arztzeugnisses

I. Einleitung

1. Viele offene Fragen rund um das Arztzeugnis

Arztzeugnisse sind in der arbeitsrechtlichen Praxis von grosser Bedeutung.¹ Sie werden nicht nur im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR verwendet, sondern z.B. auch zur Geltendmachung der Nichtigkeit einer Kündigung gemäss Art. 336c OR oder im Zusammenhang mit Leistungen der Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 28 Abs. 5 AVIG. Es verwundert daher nicht, dass in Allgemeinen Anstellungsbedingungen, in Personalreglementen oder in Einzel- oder Gesamtarbeitsverträgen vielfach eine Klausel zu finden ist, wonach der Arbeitnehmer² bei Krankheit von mehr als drei Tagen umgehend ein Arztzeugnis beizubringen hat.³ Doch was passiert, wenn das Arztzeugnis nicht rechtzeitig oder gar nicht beigebracht wird? Und falls das Arztzeugnis vertragskonform vorgelegt wird, welche Konsequenzen ergeben sich daraus? Wer kann denn überhaupt ein Arztzeugnis beurteilen beziehungsweise kontrollieren? Wie ist im Fall von unklaren oder widersprüchlichen Arztzeugnissen vorzugehen? Welche Auskünfte dürfen oder müssen die behandelnden Ärzte der Arbeitgeberin geben? Insbesondere diese Fragen führen in der Praxis relativ häufig zu arbeitsrechtlichen Streitigkeiten. Nachstehend soll versucht werden, unter Bezugnahme auf die einschlägige Literatur und Judikatur Antworten auf die gestellten Fragen zu geben.

2. Minimale gesetzliche Grundlage

Weder im Obligationenrecht noch im Arbeitsgesetz oder in den Verordnungen dazu findet sich der Begriff Arztzeug-

¹ Vgl. insbesondere BGer Urteil vom 14. Juli 1997 in JAR 1998, 217; BGer Urteil vom 12. Dezember 1995 in JAR 1997, 132; BGE 4C.244/2000; Urteil des Luzerner Obergerichts vom 25. April 2006 in SAE 2007, 67 ff.; Entscheidung des OGer OW vom 23. März 2004 E. 4 in ArbR 2004/05 Nr. 6, 62.

² Nachstehend wird zur Vereinfachung vom «Arbeitnehmer» und von der «Arbeitgeberin» gesprochen, womit jeweils Personen beiderlei Geschlechts gemeint sind.

³ Vgl. z.B. Art. 25 des GAV für das Kaufmännische Personal in der Fassung vom 26.11.1998: «Bei Krankheit und Unfall von mehr als dreitägiger Dauer hat der Angestellte ein ärztliches Zeugnis beizubringen. Mehren sich die Kurzabsenzen infolge Krankheit, so kann der Arbeitgeber im Einzelfall verlangen, dass der Angestellte für frühere krankheitsbedingte Abwesenheiten Arztzeugnisse beibringt; eine vertrauensärztliche Prüfung bleibt vorbehalten.»

nis.⁴ Auch in der Mutterschutzverordnung ist diesbezüglich nichts geregelt. Nur im Arbeitslosenversicherungsgesetz findet sich in Art. 28 Abs. 5 die Bestimmung: «Der Arbeitslose muss seine Arbeitsunfähigkeit beziehungsweise seine Arbeitsfähigkeit mit einem ärztlichen Zeugnis nachweisen. Die Kantonale Amtsstelle oder die Kasse kann in jedem Fall eine vertrauensärztliche Untersuchung auf Kosten der Versicherung anordnen.» Damit wird zwar keine Legaldefinition des Arztzeugnisses geliefert, doch wird zumindest klargestellt, dass es sich dabei um eine Beweisurkunde handelt, welche den Nachweis für die Arbeitsunfähigkeit erbringen kann. Mit dem Hinweis auf die vertrauensärztliche Untersuchung wird gleichzeitig darauf hingewiesen, dass ein Arztzeugnis unter Umständen auch widerlegt werden kann.

II. Form, Qualifikation und Inhalt des Arztzeugnisses

1. Form des Arztzeugnisses

Mangels gegenteiliger gesetzlicher Regelung bedürfen Arztzeugnisse keiner bestimmten Form. Eine Arbeitsunfähigkeit könnte demnach auch mündlich attestiert werden. Nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat jedoch regelmässig der Arbeitnehmer den Beweis für die Arbeitsunfähigkeit zu erbringen, da nur in den seltensten Fällen die Arbeitgeberin Rechte aus der Arbeitsunfähigkeit ableitet. Um der Beweispflicht zu genügen, werden in der Praxis deshalb Arztzeugnisse grundsätzlich schriftlich ausgestellt. Unabhängig davon heisst es aber in den Empfehlungen der Ärztegesellschaft des Kantons Zürich vom 7. Juni 2007 erstaunlicherweise: «Ein Arztzeugnis ist generell nur gültig, wenn es Datum, Stempel und eigenhändige Unterschrift des behandelnden Arztes aufweist.»⁵ In der Regel verwenden die attestierenden Ärzte ein vorgedrucktes Formular, auf welchem sie die Angaben bezüglich Arbeitsunfähigkeit festhalten. Dabei wird zwischen einfachen und detaillierten Arztzeugnissen unterschieden.^{6,7}

2. Strafrechtliche Bedeutung des Arztzeugnisses

Schriftliche Arztzeugnisse sind als strafrechtlich relevante Urkunden zu qualifizieren, da sie bestimmt und geeignet

sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung (die Arbeitsunfähigkeit) zu beweisen.⁸ Stellt ein Arzt vorsätzlich ein unwahres Zeugnis aus, erfüllt er den Tatbestand des Art. 318 StGB (Falsches ärztliches Zeugnis), welcher einen Spezialtatbestand zum allgemeinen Urkundendelikt nach Art. 251 StGB darstellt.⁹

3. Inhalt des Arztzeugnisses

a. Standesordnung der FMH

Die Standesordnung der FMH (Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte)¹⁰ enthält konkrete Vorgaben zum Inhalt eines Arztzeugnisses. Art. 34 verlangt, dass Ärzte bei der Ausstellung von ärztlichen Zeugnissen alle Sorgfalt anzuwenden und nach bestem Wissen und Gewissen ihre ärztliche Überzeugung auszudrücken haben. Die Ausstellung von Gefälligkeitszeugnissen ist demnach unzulässig. Zeugnisse müssen transparent sein; dazu gehört, dass der Zweck der Schriftstücke, das Ausstelldatum und ihre Empfänger angegeben werden. Die Standesordnung ist für alle Mitglieder der FMH verbindlich und darüber hinaus als Verhaltenskodex der Schweizerischen Ärzteschaft für alle Ärzte und Ärztinnen von Bedeutung. Wer sich nicht daran hält, hat mit Sanktionen wie beispielsweise Verweis, Busse, Suspendierung der Mitgliedschaft oder Ausschluss aus der Gesellschaft FMH zu rechnen.

b. Empfehlungen zur Vermeidung von Unklarheiten

Um Unklarheiten zu vermeiden, soll das Arztzeugnis festhalten, seit wann die Arbeitsunfähigkeit besteht und wie lange sie dauern wird; das heisst entweder ein Enddatum oder andernfalls die Anmerkung «bis auf Weiteres» unter Angabe eines nächsten Arzttermins, und ob die Arbeitsunfähigkeit vollständig oder teilweise ist.

Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit soll das Arztzeugnis festhalten, ob sich diese auf die Arbeitszeit oder Arbeitsleistung bezieht und welche Arbeiten davon betroffen sind. Um dies seriös beurteilen zu können, muss der Arzt zwangsläufig die genaueren Umstände am Arbeitsplatz des Patienten kennen.

Aus dem Arztzeugnis soll zudem hervorgehen, inwiefern nicht überprüfbare Angaben des Patienten zugrunde liegen und seit wann der Arzt das Krankheits- oder Unfallgeschehen aus eigener Betrachtung kennt.

⁴ Ebenso OLIVER KÄLIN, Das Arztzeugnis als Beweismittel bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, ZZZ 2006, 335 ff.

⁵ Zu finden unter <http://www.aerzte-zh.ch/content/deu/documents/d200902120905043565.pdf>.

⁶ Einfaches Arztzeugnis unter <http://www.agv-rheintal.ch/projekte/upload/%7FeinfArztzeugnis.pdf>.

⁷ Detailliertes Arztzeugnis unter: <http://www.agv-rheintal.ch/projekte/upload/DetArztzeugnis.pdf>.

⁸ Art. 110 Abs. 4 StGB.

⁹ VERA DELNON/BERNHARD RÜDY, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, 2. A., Basel 2007, N 16 zu Art. 318 StGB.

¹⁰ Zu finden unter http://www.fmh.ch/de/data/pdf/standesordnung_2008.pdf.

Arztzeugnisse enthalten grundsätzlich keine Diagnose, es sei denn, der Patient und Arbeitnehmer entbinde den Arzt ausdrücklich von der ärztlichen Schweigepflicht.

Der Arzt schützt sich in mehrfacher Hinsicht selbst, wenn er ein ausführliches Arztzeugnis verfasst. Damit zeigt er, dass er sorgfältig gehandelt und seiner Diagnose konkrete Untersuchungen zugrunde gelegt hat. Gleichzeitig schützt sich der Arzt vor dem Vorwurf, ein unrichtiges Zeugnis ausgestellt zu haben. Und schliesslich erspart er sich die Unannehmlichkeit, im Fall eines Prozesses als Zeuge vor Gericht aussagen zu müssen. Mehrkosten, die aus den zusätzlichen Bemerkungen im Arztzeugnis entstehen, dürften wohl kaum relevant sein.

III. Beweisfunktion des Arztzeugnisses

1. Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB

Kommt es zwischen den Arbeitsvertragsparteien zu einem Rechtsstreit, weil die Arbeitgeberin die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers anzweifelt, so findet die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB Anwendung. Der Arbeitnehmer hat den Beweis für die Arbeitsunfähigkeit zu erbringen, soweit er daraus Rechte wie z.B. Lohnfortzahlungspflicht wegen Krankheit beziehungsweise Unfall oder Kündigungsnichtigkeit geltend macht.

2. Pflicht oder Recht zur Beibringung eines Arztzeugnisses

Erscheint einer Arbeitgeberin die telefonische Entschuldigung des Arbeitnehmers für eine krankheitsbedingte Abwesenheit vom Arbeitsplatz nicht glaubwürdig, so kann er ein Arztzeugnis zur Bestätigung verlangen. Eine Pflicht zur unaufgeforderten Vorlage eines Arztzeugnisses besteht nur dann, wenn dies im Gesamtarbeitsvertrag oder im Einzelarbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart wurde. Die Arbeitgeberin hat aber das Recht, ab dem ersten Tag der Verhinderung ein Arztzeugnis zu verlangen, wenn es der Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich ausschliesst.¹¹ Das Beibringen eines Arztzeugnisses ist nur Ordnungsvorschrift. Kann der Arbeitnehmer mit anderen Beweismitteln die Arbeitsunfähigkeit nachweisen, darf die Berufung auf andere taugliche Beweismittel nicht verwehrt werden.¹²

Ist durch Einzel- oder Kollektivvereinbarung die Vorlage eines Arztzeugnisses erst ab einer bestimmten Krankheitsdauer vorgesehen, so trägt die Arbeitgeberin für die Zeit

davor die Beweislast, dass der Arbeitnehmer trotz seiner gegenteiligen Behauptung nicht arbeitsunfähig war.

3. Das Arztzeugnis als Beweismittel

a. Das Arztzeugnis als Parteibeauptung

Weil das Arztzeugnis in der Regel nicht vom Gericht, sondern vom Arbeitnehmer eingeholt wird, handelt es sich nicht um eine schriftliche Auskunft im Sinn einer kantonalen oder der eidgenössischen Zivilprozessordnung. Weil das Arztzeugnis keine Begründung enthält und im Hinblick auf das Arztgeheimnis auch gar nicht enthalten kann, ist auch eine Qualifikation des Arztzeugnisses als Privatgutachten ausgeschlossen. Letztlich kann es sich somit nur um eine reine Parteibeauptung handeln.¹³ Ihr Beweiswert unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung. Der Richter kann sich über den ärztlichen Befund des Arztzeugnisses hinwegsetzen, wenn aus den Umständen zu schliessen ist, dass eine effektive Arbeitsunfähigkeit nicht bestanden hat.

b. Das Arztzeugnis als Anscheinsbeweis

Ein Arztzeugnis verbessert die Beweislage des Arbeitnehmers entscheidend, da die Gerichte meist darauf abstellen, solange nicht begründete Zweifel an dessen Richtigkeit geweckt wurden. Es handelt sich dabei um einen sogenannten «Anscheinsbeweis», was bedeutet, dass vom Ergebnis auf einen bestimmten Ablauf des Geschehens geschlossen wird, welcher nach der Lebenserfahrung kraft des allgemein üblichen Verlaufs der Dinge gegeben ist.¹⁴

Einem Arztzeugnis kommt kein absoluter Beweiswert zu. Insbesondere beweist das Vorliegen eines Arztzeugnisses nur, dass die in ihm enthaltenen ärztlichen Feststellungen vom ausstellenden Arzt abgegeben wurden, nicht aber, dass tatsächlich eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt. Es steht der Arbeitgeberin frei, diesen Anscheinsbeweis mit eigenen Beweisen zu erschüttern. Das kann sie durch Zeugen, Urkunden oder Gutachten tun, die ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nahelegen.

Der Anscheinsbeweis bewirkt keine Beweislastumkehr. Die Beweislast bleibt also trotz Arztzeugnis beim Arbeitnehmer. Gelingt der Arbeitgeberin die Beweiserschütterung, ist der Arbeitnehmer voll für seine Arbeitsunfähigkeit, die er mit dem Arztzeugnis allein nunmehr nicht mehr überzeugungskräftig zu belegen vermag, beweispflichtig. Es genügt nicht, dass die Arbeitgeberin nur die Möglichkeit eines atypischen Ablaufs darlegt. Der Beweis des ersten Anscheins entfällt vielmehr erst dann, wenn ein Sachverhalt dargetan wird,

¹¹ Vgl. AGer BE in JAR 1984, 225.

¹² ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich 2006, N 12 zu Art. 324a/b, mit Verweis auf Zivilgericht GL in JAR 1985, 154 und OGer SO in JAR 1982, 112.

¹³ Zum gleichen Schluss gelangt KÄLIN (FN 4), 337.

¹⁴ MANFRED REHBINDER, Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in: Ivo Schwander/Walter A. Stoffel, Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Fribourg 1991, 191.

welcher die ernsthafte Möglichkeit eines anderen als des erfahrungsmässigen Geschehensablaufs ergibt. Die Tatsachen, aus denen eine solche Möglichkeit hergeleitet wird, bedürfen des vollen Beweises. Ist dadurch der Anscheinsbeweis entkräftet, so muss der beweisbelastete Arbeitnehmer nunmehr den vollen Beweis für den von ihm behaupteten typischen Geschehensablauf erbringen.

IV. Probleme mit Arztzeugnissen in der arbeitsrechtlichen Praxis

1. Rückfragen des Arbeitgebers beim behandelnden Arzt

a. Zulässige Auskünfte

Wird die Arbeitgeberin mit einem unklaren Arbeitsunfähigkeitszeugnis konfrontiert, so wird sie zunächst mit dem Arzt, welcher das Zeugnis ausgestellt hat, Kontakt aufnehmen, um Klarheit zu gewinnen. Fraglich ist, inwieweit der behandelnde Arzt über das bereits ausgestellte Arztzeugnis hinausgehende Auskünfte erteilen darf. Primäre Schranke bildet das strafrechtlich relevante Berufsgeheimnis des Arztes. Danach werden Ärzte, die ein Geheimnis, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, auf Antrag mit Freiheits- oder Geldstrafe geahndet.¹⁵ Zudem hält die Standesordnung FMH in Art. 11 ausdrücklich fest, dass der Arzt oder die Ärztin auch gegenüber den Arbeitgebern zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Bezüglich der ärztlichen Auskunft gilt der Grundsatz: so wenig Information wie möglich, so viel wie nötig. Es dürfen nur Angaben gemacht werden, welche für die in Frage stehende Arbeitsunfähigkeit von Bedeutung sind. Macht der Arzt weitergehende Angaben und ist er nicht ausdrücklich von der Schweigepflicht befreit worden, so setzt er sich dem Risiko aus, sich wegen Verletzung des Arzt- beziehungsweise Patientengeheimnisses strafbar zu machen.

b. Abklärung zur Identität der anrufenden Person

In der Regel ersuchen Arbeitgeber auf telefonischem Weg beim behandelnden Arzt bezüglich der Arbeitsunfähigkeit ihres Arbeitnehmers um Auskunft. Entbindet der Patient den Arzt von seinem Berufsgeheimnis, so stellt sich die Frage, inwieweit Auskünfte per Telefon gegeben werden dürfen. Diese sind zwar erlaubt, der Arzt muss aber, soweit möglich, sicherstellen, dass er nur berechtigten Personen Auskunft gibt. Er ist dafür verantwortlich, dass er die Auskunft der richtigen Person erteilt. Wohl ist die Verletzung des Patientengeheimnisses nur bei vorsätzlicher Begehung strafbar.

Für den aus der Geheimnisoffenbarung entstandenen Schaden nach Zivilrecht haftet der Arzt jedoch auch bei einer fahrlässigen Begehung.

Kann die Person nicht zweifelsfrei identifiziert werden, ist es dem Arzt zuzumuten, Sicherheitsvorkehrungen zu treffen. Beispielsweise kann er zurückrufen und dabei zuerst die Telefonnummer überprüfen. Am sichersten ist jedenfalls, wenn sich der Arzt von seinem Patienten die auskunftsberechtigte Person genau bezeichnen lässt.

Entbindet der Arbeitnehmer den behandelnden Arzt nicht vom Arztgeheimnis, so kommt die Arbeitgeberin auf diesem Weg zu keinen weiteren Informationen. Ihr steht deshalb unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit zu, eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen.

2. Vertrauensärztliche Untersuchung

a. Recht der Arbeitgeberin zum Beizug eines Vertrauensarztes

Zweifelt die Arbeitgeberin an der Richtigkeit eines Zeugnisses, so kann sie auf ihre Kosten vom Arbeitnehmer eine vertrauensärztliche Untersuchung verlangen. Die vertrauensärztliche Begutachtung ist das wohl zuverlässigste Mittel der Arbeitgeberin im Fall von unklaren Arztzeugnissen beziehungsweise zur Überprüfung der behaupteten Arbeitsunfähigkeit. Obschon dem Vertrauensarzt in der Praxis eine grosse Bedeutung zukommt, wird er im Privatrecht nirgends erwähnt. Es wäre zu begrüssen, wenn auch dieses Thema endlich wissenschaftlich bearbeitet würde.

Die Forderung nach einer vertrauensärztlichen Begutachtung ist grundsätzlich auch ohne besondere Vertragsklausel zulässig. Das folgt aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitgeberin.¹⁶ Um jedoch Auseinandersetzungen über diesen Punkt vorzubeugen, wird eine entsprechende Vertragsklausel im Einzelarbeitsvertrag oder im Personalreglement empfohlen. In verschiedenen Gesamtarbeitsverträgen finden sich Bestimmungen hinsichtlich der vertrauensärztlichen Begutachtung.¹⁷

b. Vertrauensärztliche Untersuchung und Persönlichkeitsverletzung

Die Arbeitgeberin ist gemäss Art. 328 OR verpflichtet, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Ganz allgemein wirkt sich der Persönlichkeitsschutz als Schranke des Weisungsrechts der Arbeitgeberin aus, indem Weisungen, wel-

¹⁵ Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.

¹⁶ CA GE in JAR 1982, 113.

¹⁷ Vgl. z.B. Art. 26 Ziff. 3 des L-GAV für das Gastgewerbe: «Der Arbeitgeber ist berechtigt, auf seine Kosten das Zeugnis eines Vertrauensarztes zu verlangen.»

che in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eingreifen, nur insoweit zulässig sind, als es das Arbeitsverhältnis erfordert. Zu prüfen ist nun, unter welchen Umständen die Weisung zur vertrauensärztlichen Untersuchung eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellt. Nach Auffassung des Bundesgerichtes ist jedenfalls die Forderung nach einer vertrauensärztlichen Untersuchung nicht generell rechtswidrig. Dies zeigt der massgebende BGE 125 III 70 vom 13. Oktober 1998. In diesem Fall war die Arbeitnehmerin acht Jahre als Sachbearbeiterin tätig. Nach ihren Angaben wurde sie dabei systematisch zurückgesetzt, gemobbt und Psychoterror ausgesetzt. Der Arbeitgeber verlangte eine vertrauensärztliche Untersuchung durch einen Psychiater. Die Arbeitnehmerin weigerte sich und in der Folge wurde ihr ordentlich gekündigt. Das Bundesgericht sah in der Weisung zur Untersuchung durch einen Psychiater keine Persönlichkeitsverletzung und hat die Klage abgewiesen.

Wenn ein Arbeitnehmer behauptet, krank zu sein, und dies mit einem Zeugnis des Arztes seines Vertrauens beweisen will, so muss die Arbeitgeberin ihrerseits verlangen können, dass sich der Arbeitnehmer auch von einem Arzt ihres Vertrauens untersuchen lässt. Die gleiche Befugnis muss die Arbeitgeberin auch zum Zweck der Aufrechterhaltung eines geordneten Betriebes haben. Dabei ist an den Fall zu denken, dass der Arbeitnehmer das Nichtbestehen einer Krankheit (z.B. Schweinegrippe) behauptet, die Arbeitgeberin jedoch im Interesse der übrigen Arbeitnehmer Sicherheit haben will. Es ist nicht davon auszugehen, dass dem Arbeitnehmer durch die vertrauensärztliche Untersuchung ein ernsthafter Nachteil entstehen könnte. Jedenfalls ist das Interesse des Arbeitnehmers, sich nicht durch den Vertrauensarzt untersuchen zu lassen, demjenigen der Arbeitgeberin an der Aufrechterhaltung eines geordneten Betriebsablaufes eindeutig hintanzustellen.¹⁸

c. Schranken der vertrauensärztlichen Untersuchung

Die Arbeitgeberin darf vom Arzt nur diejenigen Angaben verlangen, welche zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Dazu gehören Tatsache, Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit sowie Antwort auf die Frage, ob es sich um eine Krankheit oder einen Unfall handelt. Bei verbleibender Teilarbeitsfähigkeit sind zudem Fragen nach einer Ansteckungsgefahr, nach der näheren Bedeutung der Arbeitsunfähigkeit auf die Arbeitszeit und nach Arbeiten, welche der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht ausführen sollte, zulässig.

Zu beachten ist, dass auch der Vertrauensarzt der ärztlichen Schweigepflicht unterliegt. Es ist daher sichergestellt, dass der Arbeitgeberin weder Befund noch Diagnose bekannt

gegeben werden und die Erkenntnisse der ärztlichen Untersuchung geheim gehalten werden.

d. Vertrauensärztliche Untersuchung und Grundsatz der freien Arztwahl

Grundsätzlich kann in der Schweiz jeder Patient frei wählen, von welchem Arzt er sich untersuchen und behandeln lassen will. In einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit steht jedoch dem Recht des Arbeitnehmers auf freie Arztwahl das Interesse der Arbeitgeberin gegenüber, die behauptete Arbeitsunfähigkeit durch einen von ihr beigezogenen Arzt überprüfen zu lassen. Die Gerichtspraxis schützt in Abwägung beider Interessen regelmässig den Anspruch der Arbeitgeberin. Könnte der Arbeitnehmer selbst den Vertrauensarzt wählen, so wäre die Objektivität in Frage gestellt und würde den Zweck der vertrauensärztlichen Untersuchung vereiteln.

Um das Recht des Arbeitnehmers und Patienten auf freie Arztwahl nicht vollständig einzuschränken, kann ihm die Arbeitgeberin die Möglichkeit einräumen, aus einer Auswahl von Ärzten einen Arzt zu bestimmen. Damit sind sowohl die Interessen der Arbeitgeberin bezüglich einer objektiven Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit als auch das, wenn auch leicht eingeschränkte, Recht auf freie Arztwahl des Arbeitnehmers berücksichtigt.

e. Verweigerung der vertrauensärztlichen Untersuchung

Ist das vom Arbeitnehmer beigebrachte Arztzeugnis nicht beweiskräftig und verweigert er eine vertrauensärztliche Untersuchung oder zögert er den Vertrauensarztbesuch hinaus, begeht er eine Beweisvereitelung und trägt die Folgen der daraus resultierenden Beweislosigkeit gemäss Art. 8 ZGB. Dasselbe gilt auch für den Fall, dass der Arbeitnehmer den Vertrauensarzt nicht insoweit vom Arztgeheimnis entbindet, als dies zur Beantwortung der berechtigten Fragen der Arbeitgeberin notwendig ist.

Ausnahmsweise kann die Verweigerung einer vertrauensärztlichen Untersuchung den Arbeitgeber zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers berechtigen,¹⁹ so beispielsweise, wenn sich der Arbeitnehmer trotz einer Verpflichtung im GAV und trotz zweimaliger schriftlicher Aufforderung durch die Arbeitgeberin nicht durch den Vertrauensarzt untersuchen lässt.²⁰

Problematisch ist die Behauptung des Arbeitnehmers, er sei nicht transportfähig und könne deshalb der Aufforderung zur vertrauensärztlichen Untersuchung keine Folge leisten. Heute machen nur noch ganz wenige Vertrauensärzte einen Hausbesuch. Der Vertrauensarzt wird deshalb letztlich auf Grund der Akten ohne Untersuchung des Arbeitnehmers seinen

¹⁸ Ebenso schon OGer ZH mit Urteil vom 15. Mai 1981 in JAR 1982, 129 ff.

¹⁹ BGer JAR 1998, 217.

²⁰ AGer Bern JAR 1992, 119.

ärztlichen Befund festhalten müssen. In solchen Fällen sind gerichtliche Auseinandersetzungen vorprogrammiert, wenn es zu einem Widerspruch zwischen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des erstbehandelnden Arztes und derjenigen des Vertrauensarztes kommt.

f. Widerspruch zwischen Hausarzt und Vertrauensarzt

Liegt ein Widerspruch zwischen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Hausarztes und derjenigen des Vertrauensarztes vor, so stellt sich die Frage, wie die Arbeitgeberin damit umgehen soll. Tatsächlich stehen sich nun zwei Parteibehauptungen gegenüber, die vom Gericht im Fall eines Prozesses in freier Beweiswürdigung gegeneinander abgewogen würden.

In einem solchen Fall sollte die Arbeitgeberin zuerst versuchen, eine Klärung der Differenz herbeizuführen. In der Regel wird der Vertrauensarzt die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des erstuntersuchenden Arztes bereits kennen, während umgekehrt noch keine Kenntnis über den Widerspruch vorhanden sein wird. Es ist deshalb zweckmässig, wenn die Arbeitgeberin den Hausarzt mit Arztzeugnis des Vertrauensarztes konfrontiert und um eine schriftliche Erklärung bittet. Wird keine plausible Erklärung abgegeben, muss sich die Arbeitgeberin entscheiden, ob sie das Risiko eines Gerichtsprozesses eingehen will. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Gericht sehr viel Wert auf die Art und Weise der vertrauensärztlichen Untersuchung legt. Konnte der Vertrauensarzt den Arbeitnehmer gar nicht persönlich untersuchen, weil dieser angeblich transportunfähig war, so wird die Arbeitsunfähigkeitsbestätigung des erstuntersuchenden Arztes in der Regel weitaus mehr Beweiswert haben als dasjenige des Vertrauensarztes. Umgekehrt wird die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des erstuntersuchenden Arztes weniger Beweiswert haben, wenn es sich dabei um ein rückwirkendes Arztzeugnis handelt.

3. Rückwirkendes Arztzeugnis

Höchst problematisch sind rückwirkende Arztzeugnisse (nicht zu verwechseln mit unzulässigen rückdatierten Arztzeugnissen!). Ein Arzt kann nur mit eingeschränkter Sicherheit beurteilen, ob die behauptete Arbeitsunfähigkeit tatsächlich bereits vor dem Untersuch vorgelegen hat. Trotzdem kommen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen mit Rückwirkung in der Praxis häufig vor. Dies vor allem deshalb, weil sich ein Patient nicht bereits am ersten Krankheitstag vom Arzt untersuchen lässt. In den Empfehlungen der AGZ²¹ heisst es denn auch ausdrücklich, dass solche Zeugnisse «in Ausnahmefällen» gerechtfertigt sein können. Jedenfalls muss auch in diesem Fall eine eingehende Untersuchung des

Patienten vorangehen; sie darf sich insbesondere nicht bloss auf den Gesamteindruck des Patienten beziehungsweise auf dessen Schilderungen stützen. Die Rückwirkungsdauer sollte gemäss Empfehlungen der AGZ in jedem Fall aber eine Woche nicht überschreiten. Ein Arbeitgeber darf zudem darauf bestehen, dass ein rückwirkendes Arztzeugnis folgende Mindestangaben enthält:

- das Datum des Beginns der Arbeitsunfähigkeit
- das Datum der Ausstellung
- das Datum der ersten Behandlung.

Zweifel an rückwirkenden Arztzeugnissen sind zumindest dann angebracht, wenn weitere Umstände vorliegen, welche für sich alleine schon die behauptete Arbeitsunfähigkeit fraglich erscheinen lassen. Zu denken ist beispielsweise an einen nicht zur Arbeit erscheinenden Arbeitnehmer, welcher zuerst in einem ersten Telefongespräch behauptet, es stünden ihm noch Ferienansprüche für die Fehlzeit zu, dann aber nachträglich ein rückwirkendes Arztzeugnis vorlegt.

4. Gefälligkeitszeugnis

a. Allgemeines

Ein Gefälligkeitsattest liegt vor, wenn der Arzt einem Arbeitnehmer im Wissen um dessen Arbeitsfähigkeit gleichwohl für eine bestimmte Zeit Arbeitsunfähigkeit bescheinigt. Nicht selten werden Missbräuche im Zusammenhang mit Arztzeugnissen aufgedeckt. So finden sich leider immer wieder Ärzte, welche Gefälligkeitszeugnisse ausstellen.

Das Bundesamt für Statistik nennt für das Jahr 2005 in der Schweiz krankheitsbedingte Absenzen von 203 Millionen Stunden und einen dadurch verursachten Anteil von 77% am gesamten jährlichen Absenzenvolumen. Das ergibt statistisch gut 53 Stunden pro Vollzeitstelle und Jahr.²² Fernbleiben von der Arbeit unter dem Vorwand einer angeblichen Arbeitsunfähigkeit mit Hilfe von leichtfertig ausgestellten, unwahren Arztattesten ist somit ein gesellschaftliches Problem, das die Volkswirtschaft und vor allem die ehrlichen und redlichen Arbeitnehmenden schädigt und diese für ihre Rechtschaffenheit bestraft.

b. Konsequenzen für den Arzt

Der Arbeitgeberin gelingt nur selten der Nachweis, dass es sich um ein Gefälligkeitszeugnis handelt. Denn jedem Arztzeugnis ist grundsätzlich die Vermutung inhärent, dass sein Inhalt absolut korrekt sei. Gelingt es der Arbeitgeberin tatsächlich nachzuweisen, dass der Inhalt einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unrichtig ist, genügt dies allein noch nicht, um strafrechtlich gegen den fehlbaren Arzt vorzugehen. Vielmehr muss zusätzlich der Nachweis geführt werden, dass der Arzt vorsätzlich oder zumindest fahrlässig durch ein

²¹ Vgl. den Link vorne unter FN 5.

²² SÄZ 2007, 1806.

von ihm verfasstes Gefälligkeitszeugnis eine nicht vorliegende Arbeitsunfähigkeit attestiert hat. Erst dann ist der Tatbestand von Art. 318 StGB erfüllt.

Kann keine vorsätzliche oder fahrlässige Ausstellung des falschen Arztzeugnisses nachgewiesen werden, bleibt nur noch die Möglichkeit, den Fall der Verbindung der Schweizer Ärzte mitzuteilen, falls der betreffende Arzt Mitglied dieser Vereinigung ist. Dies setzt die Arbeitgeberin aber dem Risiko aus, dass der beschuldigte Arzt seinerseits einen Ehrverletzungsprozess gegen die Arbeitgeberin einleitet. Daher empfiehlt sich dieses Vorgehen nur, wenn einerseits offensichtlich ist, dass der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitsfähig war und andererseits im konkreten Fall von einem ausgebildeten Arzt hätte erwartet werden dürfen, dass er die Arbeitsfähigkeit hätte erkennen müssen.

Die Standesordnung FMH hält in Art. 34 Abs. 2 fest, dass die Ausstellung von Gefälligkeitszeugnissen unzulässig ist. Die Standesordnung ist für alle Mitglieder der FMH verbindlich, soweit nicht gegenteilige Vorschriften des kantonalen Gesundheitsrechts bestehen. Verstösse gegen die Standesordnung können einerseits von Mitgliedern, andererseits von Dritten angezeigt werden. Als Sanktionen (einzeln oder kombiniert) können ausgesprochen werden:

- Verweis
- Busse bis CHF 50'000
- Suspendierung der Mitgliedschaft auf bestimmte Zeit
- Ausschluss aus der Gesellschaft/FMH
- Entzug des FMH-Titels
- Veröffentlichung in Publikationsorganen der kantonalen Ärztesellschaften, des VSAO, des VLSS beziehungsweise der FMH
- Mitteilung an die zuständige Gesundheitsdirektion oder geeignete Krankenversicherungsorgane
- Supervision.

c. Konsequenzen für den Arbeitnehmer

Da der Gebrauch einer gefälschten Urkunde strafrechtlich verfolgbar ist, verhält sich auch ein Arbeitnehmer, der wesentlich ein Gefälligkeitszeugnis verwendet, strafbar (Art. 24 I i.V.m. Art. 318 StGB). Jedoch wird der Arbeitnehmer in einem späteren Zeitpunkt kaum zugeben, es habe sich bei der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung um ein Gefälligkeitszeugnis gehandelt.

Gelingt es dem Arbeitgeber zu beweisen, dass keine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen hat, erlischt seine aus Art. 324a OR resultierende Lohnfortzahlungspflicht beziehungsweise bereits geleistete Lohnfortzahlungen können zurückgefordert werden.

5. Arbeitsleistung trotz Arbeitsunfähigkeit

Besonders bei Handelsreisenden kommt der Fall vor, dass zwar tatsächlich eine Arbeitsunfähigkeit besteht, dennoch

aber im Hinblick auf die Provisionsansprüche Arbeit geleistet wird. Wie ist nun der Sachverhalt zu beurteilen, wenn ein Arbeitnehmer durch eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu 50 % arbeitsunfähig geschrieben wurde, er jedoch trotzdem Arbeit im Umfang von 100 % oder mehr leistet und geltend macht, dass er in dieser Zeit nur 50 % hätte arbeiten müssen und somit sämtliche Stunden, welche die Hälfte der monatlichen Soll-Stunden übersteigen, als Überstunden zu entschädigen sind?

Das ärztliche Zeugnis kann angezweifelt werden, wenn während der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit ausgeübte Tätigkeiten nicht möglich zu sein scheinen und mit der attestierten Arbeitsunfähigkeit nicht vereinbar sind. Zweifel an einem ärztlichen Attest können sich aus der Verhaltensweise des Arbeitnehmers ergeben, welche im starken Widerspruch zur bescheinigten Arbeitsunfähigkeit stehen. Verschiedene körperliche Verrichtungen während einer ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit legen unter Umständen den Schluss nahe, das Arztzeugnis entspreche nicht den tatsächlichen Gegebenheiten.

Erscheint ein durch seinen Arzt zu 100 % arbeitsunfähig geschriebener Arbeitnehmer dennoch zeitweise zur Arbeit, widerlegt er durch sein Verhalten nicht grundsätzlich seine attestierte Arbeitsunfähigkeit. Zu beachten gilt, dass das Verhalten des Arbeitnehmers nicht ohne Weiteres dergestalt interpretiert werden kann, das Arztzeugnis sei falsch, der Arbeitnehmer also mithin arbeitsfähig. Ein ärztliches Arbeitsunfähigkeitszeugnis hat nicht immer die Konsequenz, dass sämtliche Tätigkeiten des Arbeitnehmers ausgeschlossen sind. Das ärztliche Attest kann nur dann erfolgreich angezweifelt werden, wenn während der attestierten Arbeitsunfähigkeit ausgeübte Tätigkeiten bei tatsächlichem Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit nicht möglich zu sein scheinen, die Tätigkeiten mit der Arbeitsunfähigkeit also nicht vereinbar sind. Dabei müssen jedoch allfällige Unterschiede zwischen der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit und der beruflichen Arbeit berücksichtigt werden. Denn das Arbeitsunfähigkeitszeugnis wird in der Regel immer im Hinblick auf die vom Arbeitnehmer gemäss Arbeitsvertrag zu leistende Arbeit ausgestellt.

Bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit darf also nicht nur das Arztzeugnis allein berücksichtigt werden; vielmehr müssen die gesamten Umstände gewürdigt werden, insbesondere welche Krankheit vorliegt beziehungsweise welche Tätigkeiten trotz Arbeitsunfähigkeit noch ausgeübt werden können. In der Praxis vorgekommen ist z.B. der Fall, dass ein Lastwagenchauffeur, dem ein Arztzeugnis Arbeitsunfähigkeit infolge Rückenschmerzen attestierte, dennoch die Strecke Basel-Hannover-Basel gefahren ist.²³

Zurück zur eingangs aufgeworfenen Frage ist festzustellen, dass gemäss Art. 321c Abs. 1 OR nur die Leistung von Arbeit, welche den vertraglich verabredeten zeitlichen Um-

²³ Gew. Schiedsger. BS in JAR 1980, 209.

fang übersteigt, als Überstunden zu qualifizieren ist. Arbeitet der Arbeitnehmer mehr als die ärztlich zugelassenen 50%, so leistet er nicht zusätzliche, sondern vertraglich vereinbarte Arbeit, die ihm von der Arbeitgeberin ohne Überstundenzuschlag entschädigt werden muss.²⁴

Das Bundesgericht hatte im Urteil 4A_227/2009 vom 28. Juli 2009 einen Fall zu entscheiden, bei dem eine Arbeitnehmerin (Beschwerdeführerin) geltend machte, ihr sei trotz vorhandenem Arzzeugnis gekündigt worden; die Kündigung sei daher nichtig. Die Arbeitgeberin habe trotz Arzzeugnis gearbeitet. Tatsächlich hatte die Arbeitnehmerin am 25. April 2007 wegen einer Infektion einen Arzt konsultiert. In einem vom 11. August 2007 datierten Arzzeugnis bestätigte dieser Arzt, dass die Arbeitnehmerin am 25. April 2007 an einer Infektion gelitten habe; die Arbeitnehmerin habe sich indessen trotz ärztlicher Anweisung geweigert, zu Hause zu bleiben mit der Begründung, wichtige geschäftliche Verpflichtungen zu haben. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin für die Dauer vom 25. April 2007 bis 13. Mai 2007 wurde noch von zwei weiteren Ärzten rückwirkend bestätigt. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis dennoch am 25. April 2007 per 31. Mai 2007. Das Bundesgericht hält fest, dass die vorgebrachten Arzzeugnisse keinen abschliessenden Beweis für die Arbeitsunfähigkeit bilden, insbesondere weil die Arbeitnehmerin zur Arbeit erschienen war. In Bestätigung seiner Rechtsprechung (s. Urteil 4C.346/2004 vom 15. Februar 2004; BGE 128 III 212 E. 2c m.w.H. = Pra 2002 Nr. 153) führt das Bundesgericht aus, dass der Kündigungsschutz zwar auch dann greifen kann, wenn die Arbeitnehmerin trotz Krankheit oder Unfall zur Arbeit kommt; eine Ausnahme gilt allerdings dann, wenn es sich um eine bloss unbedeutende Beeinträchtigung der Gesundheit handelt, welche die Arbeitnehmerin auch nicht daran hindern würde, eine neue Stelle anzutreten. Die Infektion der Arbeitnehmerin erachtete es in diesem Sinn als unbedeutend, so dass die Kündigung gültig war.

Wendet man die Kriterien des Bundesgerichtes konsequent an, so wäre bei Kurzabsenzen generell eine kritische Haltung angezeigt. Das Bundesgericht hat sich in anderen Entscheiden allerdings an den Wortlaut des Gesetzes gehalten und auch bei Kurzabsenzen vollen Kündigungsschutz gewährt (vgl. insbesondere Urteil 4D_6/2009 vom 7. April 2009 und BGE 115 V 437). Arzzeugnisse müssen eine Arbeitgeberin letztlich nicht zwingen, immer auf eine Kündigung zu verzichten. Allerdings muss sich die Arbeitgeberin bewusst sein, dass sich die Kündigung nachträglich als ungültig erweisen könnte; sie sollte diese daher vorsorglich wiederholen, sobald keine Gefahr einer Sperrfrist mehr besteht.

6. Umschreibung einer Teilarbeitsunfähigkeit

Unfall und Krankheit können auch nur zu einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit führen. Wie ist der Fall zu beurteilen, wenn der Arbeitnehmer zu 70% arbeitet und infolge einer Krankheit vom Arzt zu 50% arbeitsunfähig geschrieben wurde? Bezieht sich die Arbeitsunfähigkeit auf das Vollpensum oder auf das Pensum von 70%? Bedeutet 50%-ige Arbeitsunfähigkeit reduzierte Leistung bei gleichem Pensum oder gleiche Leistung bei reduziertem Pensum?²⁵

Primär ist davon auszugehen, dass sich die Prozentangabe auf die zeitliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bei gleicher Leistung bezieht. Ohne andere Informationen versteht sich das Zeugnis so, dass sich die tägliche Arbeitszeit um den angegebenen Prozentsatz verkleinert. Doch gibt es dazu keine klaren Regeln. Vielmehr ist jeweils nach der gesundheitlichen Störung das eine oder das andere richtig. Sinnvollerweise enthält das Arzzeugnis entsprechende Hinweise. Ein Zeugnis, welches eine Teilarbeitsunfähigkeit bescheinigt, sollte genügend konkret umschreiben, wie dieses zu verstehen ist, andernfalls sind die nötigen Aufschlüsse beim attestierenden Arzt zu holen.

7. Verspätete Vorlage eines Arzzeugnisses

Schliesslich ist noch die Frage zu klären, wann das Arzzeugnis vorgelegt werden muss. Geht es nur um die Frage der Lohnfortzahlung, ist die Antwort einfach: Die Arbeitgeberin kann die Lohnfortzahlung grundsätzlich verweigern, bis der Arbeitnehmer einen Beweis für seine Arbeitsunfähigkeit erbringt, was i.d.R. mit Hilfe des Arzzeugnisses geschieht. Problematischer ist die Frage im Zusammenhang mit der Kündigung. Hier kann die Arbeitgeberin zwar versuchen, sich auf einen Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB zu berufen, doch ist die Gerichtspraxis in der Anwendung dieses Rechtsgrundsatzes sehr restriktiv. Auch sehr spät vorgelegte Arzzeugnisse werden deshalb von Gerichten noch berücksichtigt.

Einen Fall der verspäteten Vorlage eines Arzzeugnisses hatte das Bundesgericht am 12. März 2009²⁶ zu beurteilen. Nach der Betriebsübernahme eines Cafés wurde einer Servicemitarbeiterin am 24. Januar 2006 von der bisherigen Arbeitgeberin Y. SA per 28. Februar 2006 gekündigt. Am 28. März 2006 (also zwei Monate nach der Kündigung und einen Monat nach Beendigung des Arbeitsvertrages!) bestritt die Gewerkschaft Unia im Namen der Gekündigten die Rechtsgültigkeit der Kündigung mit dem Hinweis, dass die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der Kündigung schwanger gewesen sei. Mit Urteil vom 16. Mai 2008 wies das erstinstanz-

²⁴ Vgl. ZH AGER Urteil vom 26. April 1994.

²⁵ ZH AGER Urteil vom 7. Mai 2002.

²⁶ BGER 4A_552/2008 beziehungsweise BGE 135 III 349 ff.

liche Arbeitsgericht die Forderung der Serviceangestellten ab, weil es die erst am 28. März 2006 erfolgte Mitteilung der Schwangerschaft als deutlich verspätet und gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossend erachtete. Indem die Klägerin ihre Schwangerschaft verschwiegen habe, habe sie die Kündigung vermutungsweise akzeptiert und diese sei somit per 28. Februar 2006 rechtswirksam geworden. Die Rekurskammer des Obergerichts des Kantons Waadt bestätigte den angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid mit Urteil vom 17. September 2008. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Arbeitnehmerin gut. Es hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die Angelegenheit an die kantonale Behörde zurück mit dem Auftrag, die der Beschwerdeführerin zustehenden Lohnansprüche im Sinne der Erwägungen festzulegen. Das Bundesgericht zog dabei insbesondere in Erwägung, dass der Gesetzestext den Schutz vor der Kündigung nicht von der Mitteilung der Schwangerschaft abhängig mache. Er enthalte auch keinerlei Hinweise auf eine Frist für die Geltendmachung des Kündigungsschutzes. Soweit über diese Frage in den eidgenössischen Räten debattiert worden sei, hätten diese die Einführung einer solchen Frist in das Gesetz abgelehnt und die Annahme des Gegenteils würde dem gesetzgeberischen Willen widersprechen. Die Situation sei somit von der Rechtslage in Frankreich und Deutschland zu unterscheiden, wo der Gesetzgeber im Fall einer Kündigung durch einen Arbeitgeber in Unkenntnis der Schwangerschaft eine Frist vorgesehen habe, innert welcher die gekündigte schwangere Arbeitnehmerin ihre Schwangerschaft dem Arbeitgeber mitteilen müsse.

Les certificats médicaux jouent un rôle important lorsqu'il s'agit de prolonger le temps d'essai, les vacances ou le délai de résiliation ou de continuer à verser le salaire, mais aussi pour la nullité d'un congé donné ou les prestations de l'assurance-chômage. Une réglementation légale fait toutefois défaut. Les certificats médicaux sont des titres ayant une portée en droit pénal, mais il ne s'agit que d'une preuve par vraisemblance en tant qu'allégué d'une partie sans renversement du fardeau de la preuve et sans force probante absolue. Il n'existe en principe pas d'obligation de produire spontanément un certificat médical, mais l'employeur peut l'exiger dès le premier jour où l'employé est empêché de travailler. La consultation d'un médecin-conseil est possible en tout temps et ne constitue pas une violation des droits de la personnalité. Le certificat établi par le médecin de famille prime lorsque le médecin-conseil n'a pas pu examiner le travailleur personnellement. Des certificats médicaux rétroactifs sont admis, mais la durée de rétroactivité ne devrait pas excéder une semaine. Si l'employé travaille à plein rendement en dépit du certificat médical, il réfute par là-même l'empêchement de travailler. En cas d'incapacité de travail partielle, il faut avant tout partir du principe que le pourcentage indiqué se rapporte à la restriction de la capacité de travail dans le temps, la prestation restant la même.

(trad. LT LAW-TANK, Fribourg)