

Vertrauensarzt

Richter in Weiss

Arbeitgeber können die behauptete Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmenden von einem Vertrauensarzt überprüfen lassen. Unter welchen Voraussetzungen darf ein Vertrauensarzt beigezogen werden und wie ist dabei vorzugehen?

Von Manuel Stengel



Tatsächlich oder bloss vermeintlich krank? Die Vertrauensärztin entscheidet im Zweifelsfall über die behauptete Arbeitsunfähigkeit.

Rund 74 Prozent des gesamten Absenzvolumens der Arbeitnehmenden sind gemäss einer Studie des Bundesamts für Statistik auf Krankheit oder Unfall zurückzuführen. In der Regel werden die Arbeitsverhinderungen der Arbeitnehmenden durch ein ärztliches Zeugnis belegt. Es können jedoch Situationen entstehen, in denen der Arbeitgeber die behauptete Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmenden überprüfen möchte. Ein Instrument hierfür stellt der Vertrauensarzt dar.

Unklare Rechtsgrundlage

Im schweizerischen Privatrecht finden sich keine Regelungen zum Vertrauensarzt des Arbeitgebers. Im Sozialversicherungsrecht gibt es diesbezügliche Bestimmungen,¹ die sich jedoch nicht auf das privatrechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Vertrauensarzt übertragen lassen. Insbesondere ist der Vertrauensarzt nach KVG nicht mit dem privatrechtlichen Vertrauensarzt des Arbeitgebers

gleichzusetzen. Als Vertrauensarzt im privatrechtlichen Sinne ist jener Arzt zu verstehen, welcher das Vertrauen des Arbeitgebers genießt und von diesem beratend hinzugezogen wird, um die Eignung oder die Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmenden abzuklären.

Lehre und Rechtsprechung stellen übereinstimmend fest, dass im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis der Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen das



Recht hat, auf eigene Kosten einen Vertrauensarzt seiner Wahl beizuziehen und dem Arbeitnehmenden die Weisung zu erteilen, seine behauptete Arbeitsunfähigkeit von diesem Vertrauensarzt überprüfen zu lassen.² Dafür setzen die einen Autoren eine ausdrückliche Regelung im Vertrag oder Reglement voraus,³ andere leiten dies aus der Treuepflicht ab.⁴ Die Tendenz zeigt sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung diesbezüglich in Richtung Treuepflicht als ausreichende Grundlage.⁵



Praxistipp

Aufgrund der Unklarheit bezüglich der vertragsrechtlichen Grundlage empfiehlt sich eine ausdrückliche Regelung im Arbeitsvertrag oder in einem Reglement.

Wann ist die Untersuchung zulässig?

Die Aufforderung des Arbeitgebers an Arbeitnehmende, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, ist als Weisung zu qualifizieren. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist jedoch unter anderem durch das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmenden beschränkt. Richtigerweise wird daher zu meist vertreten, dass für die Zulässigkeit einer vertrauensärztlichen Untersuchung in aller Regel objektive Anhaltspunkte vorliegen müssen, welche den Arbeitgeber an der Richtigkeit des Arztzeugnisses und damit am Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit zweifeln lassen. Ein subjektiver Verdacht allein reicht nicht aus. Aufgrund der Verhältnismässigkeit ist zudem zu empfehlen, eine vertrauensärztliche Untersuchung nur dann anzuordnen, wenn bereits ein Arztzeugnis eingeholt worden ist (milderes Mittel). Davon kann es Ausnahmen geben, etwa im Zusammenhang mit Gesundheitsgefährdungen anderer Arbeitnehmenden, wenn hoch ansteckende Krankheiten im Spiel sind. Teilweise wird gefordert, dass die Aufforderung zur vertrauensärztlichen Untersu-



Praxistipp

Eine möglichst rasche Abklärung ist zu empfehlen. Nach Möglichkeit sollten zunächst detaillierte Arztzeugnisse eingeholt werden. Erst in einem zweiten Schritt ist ein Vertrauensarzt beizuziehen.

chung sofort erfolgen muss,⁶ dafür gibt es jedoch keinen Grund. Dennoch ist eine zeitnahe Aufforderung zu empfehlen, da ansonsten der Beweiswert der vertrauensärztlichen Untersuchung sinkt.⁷

Was sind objektive Anhaltspunkte?

Unter objektiven Anhaltspunkten sind Umstände zu verstehen, welche bei einem objektiv urteilenden Menschen Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses begründen können. Sie lassen sich grob in vier Kategorien einteilen:

1. Formelle und materielle Mängel des Arbeitsunfähigkeitsnachweises (z.B. Zeugnisse, die unleserlich [formeller Mangel] oder übermässig rückdatiert [materieller Mangel] sind)⁸
2. Verhalten des Arbeitnehmenden (z.B. wenn ein wegen eines Knieleidens krankgeschriebener Mitarbeitender dabei beobachtet wird, wie er zu Hause sein Hausdach ausbessert)⁹
3. Verhalten des Arztes (z.B. wenn der Arzt auf dem Zeugnis abfällige Bemerkungen über den Arbeitgeber anbringt)¹⁰
4. Zeitpunkt, Häufigkeit und Dauer der Arbeitsunfähigkeit (z.B. wenn der Arbeitnehmende genau zu jenem Zeitpunkt erkrankt, an dem ein Ferienbezug zu dem von ihm gewünschten Zeitpunkt verweigert wurde)¹¹

Sind objektive Anhaltspunkte gegeben und ist die vertrauensärztliche Untersuchung für die Durchführung des Arbeitsvertrags nicht nur nützlich, sondern notwendig, kann der Arbeitnehmende dazu aufgefordert werden, sich einer solchen Untersuchung zu unterziehen. Es ist jedoch zu beachten, dass der Arbeitnehmende seinerseits die Möglichkeit hat, Einwendungen gegen die vertrauensärztliche Untersuchung geltend zu machen. So kann von einem Arbeitnehmenden beispielsweise nicht erwartet werden, dass er sich vom Vertrauensarzt untersuchen lässt, wenn es sich dabei um seinen Nachbarn handelt, mit dem er gerade eine gerichtliche Auseinandersetzung hat. Die Einwendungen führen nicht dazu, dass der Anspruch auf eine vertrauensärztliche Untersuchung entfällt. Der Arbeitgeber hat lediglich dafür zu sorgen, dass berechtigte Einwendungen beseitigt werden, indem er zum Beispiel einen anderen Vertrauensarzt zur Auswahl stellt.



Praxistipp

Zwischen dem Zweifel auslösenden Umstand und der Aufforderung zur vertrauensärztlichen Untersuchung sollte nicht zu viel Zeit vergehen. Obwohl ein unverzügliches Handeln nicht Voraussetzung ist, ist es mit Blick auf die Beweiskraft der Untersuchung dennoch zu empfehlen. Dem Arbeitgeber wird zudem empfohlen, den Arbeitnehmenden darauf hinzuweisen, dass die Kosten der Untersuchung vom Arbeitgeber getragen werden.

Checkliste Vertrauensarzt

Mit folgendem Prüfschema kann ein Arbeitgeber abklären, ob eine vertrauensärztliche Untersuchung durchgeführt werden kann und welche Fragen er sich im weiteren Prozess stellen sollte:

- ✓ Liegt eine gesundheitlich begründete Abwesenheit vor? Oder liegt eine Ausnahme vor (z.B. Präsentismus oder spezialgesetzliche Regelung)?
- ✓ Liegt bereits ein ärztliches Zeugnis des Arbeitnehmenden vor? Oder liegt eine Ausnahme vor (z.B. Präsentismus)?
- ✓ Liegen objektive Anhaltspunkte vor, welche die Richtigkeit des Arztzeugnisses infrage stellen?
- ✓ Ist die Massnahme verhältnismässig?
- ✓ Ist die Aufforderung zur Konsultation eines Vertrauensarztes nicht über Gebühr verzögert?
- ✓ Werden vom Arbeitnehmenden berechtigte Einwendungen geltend gemacht?
- ✓ Wurde auf die Kostentragung hingewiesen?



Wer eignet sich als Vertrauensarzt?

Die Wahl des Arztes ist so zu treffen, dass dieser in der Lage ist, eine entsprechende Untersuchung durchzuführen. Da die Krankheit oft nicht bekannt ist, dürfte in aller Regel ein Allgemeinmediziner die geeignetste Wahl sein.



Praxistipp

Es empfiehlt sich, mindestens zwei Vertrauensärzte zur Auswahl anzubieten. Dabei sollte es sich nach Möglichkeit um einen Vertrauensarzt sowie um eine Vertrauensärztin handeln, um Einwendungen des Arbeitnehmenden zuvorkommen und unnötige Verzögerungen bis zur Untersuchung zu vermeiden.

Was geschieht bei einer Weigerung?

Von grosser praktischer Bedeutung ist auch, was der Arbeitgeber unternehmen darf, wenn der Arbeitnehmende der Weisung des Arbeitgebers keine Folge leistet und die vertrauensärztliche Untersuchung verweigert, obwohl die entsprechenden Voraussetzungen gegeben wären. Kann der Arbeitnehmende keine Gründe geltend machen, welche ihn zu der Weigerung berechtigen, so kann das als Entkräftung eines bestehenden Arbeitsunfähigkeitszeugnisses durch den Arbeitnehmenden eingestuft werden,¹² womit der Arbeitgeber bis zu einer gerichtlichen Überprüfung die Lohnfortzahlung einstellen kann.¹³ Des Weiteren setzt sich der Arbeitnehmende damit wegen einer Vertragsverletzung einer Reihe von Sanktionen aus. Die Sanktionen des Arbeitgebers können dabei vom Verweis oder von einer Verwarnung bis hin zu einer Entlassung reichen.¹⁴ Eine fristlose Entlassung ist höchstens in absoluten Ausnahmefällen gerechtfertigt.¹⁵ Zudem wird der Arbeitnehmende schadenersatzpflichtig, wenn dem Arbeitgeber aufgrund der Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist.¹⁶

Bericht des Vertrauensarztes

Von speziellem Interesse ist auch die Frage, in welchem Umfang der Vertrauensarzt dem Arbeitgeber Auskunft über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmenden geben darf. Dies hängt zunächst von

der Entbindung des Vertrauensarztes vom Berufsgeheimnis ab. Nur wenn eine Entbindungserklärung des Arbeitnehmenden vorliegt oder eine solche konkludent angenommen werden kann, darf der Vertrauensarzt den Arbeitgeber über die Ergebnisse seiner Untersuchung informieren. Die Ergebnisse sind dem Arbeitgeber, auch bei vorbehaltloser Entbindung des Vertrauensarztes vom Berufsgeheimnis, unter Berücksichtigung von Art. 328b OR nur in dem Umfang mitzuteilen, als sie für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig sind. Befund und Diagnose dürfen nicht bekannt gegeben werden. Die Entbindungserklärung des Arbeitnehmenden hat nach der vertrauensärztlichen Untersuchung zu erfolgen. Pauschale vertragliche Klauseln in EAV oder AAB, die vorsehen, dass der Arbeitnehmende verpflichtet ist, den Vertrauensarzt vor der Untersuchung vom Berufsgeheimnis zu befreien, sind nichtig.¹⁷

Folgen der Untersuchung

Kann die vertrauensärztliche Untersuchung durchgeführt werden, wird das Ergebnis des Hausarztes durch den Vertrauensarzt entweder bestätigt – dann werden kaum noch Probleme auftreten – oder aber der Vertrauensarzt kommt zu einem anderen Schluss als der Hausarzt. Im zweiten Fall stellt sich die Frage, wie sich der Arbeitgeber verhalten kann und welches der beiden Zeugnisse nun gilt. Hier ist zu fordern, dass sich der Arbeitgeber, sofern der Arbeitnehmende oder dessen Hausarzt keine überzeugende Argumente gegen das vertrauensärztliche Zeugnis vorbringen, in der Regel auf das Zeugnis des eigenen Vertrauensarztes stützen darf.¹⁸ Es wäre sinnlos, eine vertrauensärztliche Untersuchung zuzulassen, wenn diese in der Folge lediglich dazu dienen könnte, die Arbeitsunfähigkeit zu bestätigen, nicht aber, diese zu verneinen. Der Arbeitgeber kann damit den Arbeitnehmenden über das Resultat der vertrauensärztlichen Untersuchung unterrichten und ihn dazu auffordern, seine Arbeit sofort wieder aufzunehmen.¹⁹ Dies geschieht mit Vorteil dadurch, dass dem Arbeitnehmende das Arztzeugnis des Vertrauensarztes zugestellt wird.

Weigert sich der Arbeitnehmende, trotz fehlender Argumente gegen das vertrauens-

ärztliche Zeugnis, wieder zur Arbeit zu erscheinen, stehen dem Arbeitgeber wiederum die Sanktionen offen, welche bei der Weigerung zur Konsultation bereits aufgeführt worden sind. Insbesondere kann der Arbeitgeber die Lohnzahlung vorerst einstellen. Weitere Sanktionen sind denkbar. Gelangt die Angelegenheit an ein Gericht, wird dieses zu beurteilen haben, welches der beiden Zeugnisse einen höheren Beweiswert aufweist. Dies wird nach der Art und Weise des Zustandekommens eines Zeugnisses, nach der Qualität und der Aussagekraft der Zeugnisse, nach dem Fachwissen der Ärzte bezüglich der zu beurteilenden Gesundheitsbeeinträchtigung und nach der Häufigkeit, der Tiefe und der Zeitnähe der persönlichen Untersuchung des Patienten beurteilt.²⁰ Welches der Zeugnisse als das qualifiziertere angesehen wird, kann damit von Fall zu Fall unterschiedlich ausfallen.



Autor

Manuel Stengel, M. A. HSG, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen. Er hat seine Dissertation zum

Thema «Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis» verfasst.

Fussnoten

- 1 Z.B. Art. 57 KVG.
- 2 U.a. BGE 125 III 70 E. 3c; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.
- 3 Hinweis in BGE 125 III 70 E. 3c; Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005, S. 128 Fn. 32.
- 4 Müller, AJP 2010, S. 170.
- 5 Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b OR N 12; BGER (4A_140/2009) vom 12. Mai 2009, E. 5.2.
- 6 Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, a.a.O., Art. 324a OR N 3.
- 7 Vgl. auch Wyler, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008, S. 225 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b OR N 12.
- 8 Urteil des BezGer Kreuzlingen (B.2006.122) vom 16. Februar 2009 bzw. AGER ZH in Entscheide 2006, Nr. 11 i.V.m. Nr. 24).
- 9 GSGer BS in BJM 1975, S. 230.
- 10 Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft (100 05 419) vom 15.11.05 E. 3.2.
- 11 Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft (100 06 1229) vom 26. Juni 2007, E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts (1C_64/2008) vom 14. April 2008, E. 3.4.
- 12 Rudolph/von Kaenel, SJZ 2010, S. 365; Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern (1B 11 56) vom 30. Januar 2012, E. 4.5.1; Wyler, a.a.O., S. 225; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b OR N 12.
- 13 U.a. A.M. Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich, Zürich 1992, S. 99; gl.M. Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern (1B 11 56) vom 30. Januar 2012, E. 4.5.1.
- 14 Vischer, a.a.O., S. 141.
- 15 Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich (LA110017) vom 3. Juli 2012, E. 2.b.
- 16 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321d OR N 7; ArbGer ZH in ZR 1998 Nr. 58.
- 17 Art. 27 ZGB.
- 18 Vgl. Müller, AJP/PJA 2010, S. 172.
- 19 Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn (ZKNIB.2006.33) vom 9. Oktober 2006, E. II.3.b.
- 20 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321d OR N 7.