



Herzlich Willkommen

Vertrauensarzt Richter in weiss

Referat vom 11. September 2014

- ME Advocat
Rechtsanwälte
- Hauptstrasse 17
- CH-9422 Staad

Stephan Mullis / Manuel Stengel
s.mullis@advocat.ch
+41 71 855 77 66



Zielsetzungen des Referates

- Überblick verschaffen über mögliche Grundlagen einer Konsultationspflicht des Arbeitnehmers
- Aufzeigen von Voraussetzungen einer vertrauensärztlichen Untersuchung
- Beleuchten der Folgen einer (verweigerten) vertrauensärztlichen Untersuchung
- Praxisbeispiele
- Empfehlungen zum Umgang im Zusammenhang mit vertrauensärztlichen Untersuchungen





Agenda



- I. Begriff des Vertrauensarztes**
- II. Mögliche Grundlagen einer Konsultationspflicht**
 - 1. Gesetz oder Treuepflicht**
 - 2. Vertragliche Ausweitung der Pflicht**
- III. Voraussetzungen einer Konsultationspflicht**
 - 1. Gesundheitlich begründete Abwesenheit**
 - 2. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit**
 - 3. Objektive Anhaltspunkte**
 - 4. Verhältnismässigkeit der Massnahme**
 - 5. Keine berechtigten Einwendungen des AN**
- IV. Folgen einer (verweigerten) Konsultation**
- V. Zusammenfassung und Empfehlungen**



I. Begriff des Vertrauensarztes

- **Verwendung des Begriffs in unterschiedlichen Zusammenhängen**
 - KVG/VVG, IV, Kreisarzt SUVA,
 - Strassenverkehrsämter
 - GUMG
 - Etc.
- **Keine Legaldefinition des privatrechtlichen Vertrauensarztes**

Als Vertrauensarzt ist der Arzt zu verstehen, welcher das Vertrauen des Arbeitgebers genießt und von diesem beratend hinzugezogen wird, um die Eignung oder Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers oder Stellenbewerbers abzuklären.



Gliederung des Referates



- I. Begriff des Vertrauensarztes
- II. Mögliche Grundlagen einer Konsultationspflicht**
 - 1. Gesetz oder Treuepflicht**
 - 2. Vertragliche Ausweitung der Pflicht**
- III. Voraussetzungen einer Konsultationspflicht
 1. Gesundheitlich begründete Abwesenheit
 2. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit
 3. Objektive Anhaltspunkte
 4. Verhältnismässigkeit der Massnahme
 5. Keine berechtigten Einwendungen des AN
- IV. Folgen einer (verweigerten) Konsultation
- V. Zusammenfassung und Empfehlungen



II. Mögliche Grundlagen der Konsultationspflicht

- **Auszug aus STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, 7. Aufl., Art. 324a/b OR N 12**

« Wenn der Arbeitgeber aufgrund von objektiven Anhaltspunkten ein Arztzeugnis bezweifelt, kann er vom Arbeitnehmer verlangen, sich bei einem Vertrauensarzt der Firma auf deren Kosten untersuchen zu lassen. Das folgt aus der Treuepflicht.»

- **Auch vertreten wurde, dass eine vertragliche Vereinbarung zwingend vorausgesetzt sei**



II. Mögliche Grundlagen der Konsultationspflicht

Konsultationspflicht

Gesetz

- Keine Legaldefinition des Vertrauensarztes im Schweizer Privatrecht
- Keine Konsultationspflicht ausdrücklich statuiert

Treuepflicht

- Begründung?
- Umfang?
- Hilfestellungen?

Vertrag

- Voraussetzung oder gar Ausdehnung der Konsultationspflicht möglich?



II. Mögliche Grundlagen der Konsultationspflicht

- **Herrschende Lehre und Rechtsprechung: Herleitung aus Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR**
- **Treuepflicht ist eine relative Pflicht: Sie besteht nur soweit, wie sie zur Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges nötig ist**
- **Vertragliche Ausdehnung möglich?**
- **Bspw. jederzeitige Aufforderung zur Konsultation vertraglich vereinbaren?**
- **Datenbearbeitung nach Art. 3 DSG und Art. 328b OR**

Regelungsmöglichkeiten im EAV: Wiedergabe möglich, Einschränkung der Konsultation möglich, Ausdehnung der Konsultation nur zugunsten des Arbeitnehmers zulässig!



Gliederung des Referates



- I. Begriff des Vertrauensarztes
- II. Mögliche Grundlagen einer Konsultationspflicht
 1. Gesetz oder Treuepflicht
 2. Vertragliche Ausweitung der Pflicht
- III. Voraussetzungen einer Konsultationspflicht**
 - 1. Gesundheitlich begründete Abwesenheit**
 - 2. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit**
 - 3. Objektive Anhaltspunkte**
 - 4. Verhältnismässigkeit der Massnahme**
 5. Keine berechtigten Einwendungen des AN
- IV. Folgen einer (verweigerten) Konsultation
- V. Zusammenfassung und Empfehlungen



III. Voraussetzungen der Konsultationspflicht

- **Voraussetzungen:**
 1. **Gesundheitlich begründete Abwesenheit**
 2. **Nachweis der Arbeitsunfähigkeit**
 3. **Objektive Anhaltspunkte**
 4. **Verhältnismässigkeit der Massnahme**
 5. **Keine berechtigten Einwendungen des AN**



III. Voraussetzungen der Konsultationspflicht

Gesundheitlich begründete Abwesenheit

- **Grundlage: Art. 328b OR i.V.m. DSG**
- **Notwendigkeit zur Sicherung des Arbeitserfolgs**
- **Ohne Abwesenheit grundsätzlich kein genügendes Interesse an einem Gesundheitscheck**
- **Bei einer Abwesenheit aus anderen Gründen als Krankheit/Unfall ist der Arzt kein geeignetes Mittel**
- **Ausnahmen:**
 - **Spezialgesetzliche Vorschriften**
 - **Besondere Gefährdung (Pilot etc.)**
 - **Präsentismus (hoch ansteckende Krankheiten wie bspw. H1N1)**



III. Voraussetzungen der Konsultationspflicht

Nachweis der Arbeitsunfähigkeit

- **Arbeitnehmer hat eine behauptete Arbeitsunfähigkeit zu beweisen**
- **Liegt kein Nachweis vor, kann der Arbeitgeber einen solchen verlangen**
- **Die vertrauensärztliche Untersuchung hilft weder dabei ungerechtfertigte Bezüge durch den Arbeitnehmer zu verhindern noch dabei, den Arbeitnehmer an den Arbeitsplatz zurück zu holen**
- **Ausnahmen: Präsentismus (Einstellung der Lohnzahlung erfüllt den Zweck nicht)**



III. Voraussetzungen der Konsultationspflicht

Objektive Anhaltspunkte

- **Ergebnis der Herleitung der Konsultationspflicht aus der Treuepflicht**
- **Begrenzung zulässiger Anweisungen an den Arbeitnehmer, auf solche, welche für die Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges nötig sind**
- **Sind keine Zweifel vorhanden, ist die Überprüfung auch nicht zur Erreichung des Arbeitserfolges nötig**
- **4 Kategorien von objektiv begründeten Zweifeln**
 - **Mängel des Arbeitsunfähigkeitsnachweises**
 - **Verhalten des Arbeitnehmers**
 - **Verhalten des Arztes**
 - **Zeitpunkt, Häufigkeit und Dauer der AUF**



III. Voraussetzungen der Konsultationspflicht

Objektive Anhaltspunkte

Aktuelles Beispiel: Zeugnis per Telefon

- **Zeugnis ohne eigene objektive Feststellung**
- **Vom Arzt anzuzeigen und zu begründen**
- **Fehlerhafte Untersuchung**
- **Materieller Mangel des Arbeitsunfähigkeitszeugnisses**
- **Objektive Zweifel gegeben**
- **Neu: Medgate**



III. Voraussetzungen der Konsultationspflicht

Objektive Anhaltspunkte



- Dieses Zeugnis gilt erst nach entsprechender Akzeptanz des Arbeitgebers als Beweis für die attestierte Arbeitsunfähigkeit. Ansonsten ist ein Arztbesuch nötig.
- Es wird nur eine Arbeitsunfähigkeit von 100% und keine Teilarbeitsunfähigkeit bescheinigt.
- Es wird eine Arbeitsunfähigkeit von maximal 5 Tagen bescheinigt.
- Das primäre Arbeitsunfähigkeitszeugnis wird über maximal 3 Tage erstellt, eine einmalige Verlängerung um 2 Tage ist erlaubt, sofern ein Kontakt mit dem Patienten am Ende der 3 Tage stattfindet und nach einer sorgfältigen Prüfung eine Verlängerung medizinisch angezeigt ist.
- Eine Verlängerung einer bereits von einem Arzt ausserhalb von Medgate attestierten Arbeitsunfähigkeit ist nicht zulässig.
- Befindet sich der Patient bereits mehr als einen Tag bis maximal 3 Tage im Krankenstand, wird ein einmaliges Zeugnis von maximal 5 Tagen ab dem ersten Tag ausgestellt, sofern dies notwendig und medizinisch plausibel ist.
- Ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis darf pro Patient nur zweimal pro Kalenderjahr ausgestellt werden.
- Der Patient muss in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehen.



III. Voraussetzungen der Konsultationspflicht

Objektive Anhaltspunkte: Zeugnis per Telefon

- **Zeugnis ohne eigene objektive Feststellung**
- **Vom Arzt anzuzeigen und zu begründen**
- **Fehlerhafte Untersuchung**
- **Materieller Mangel des Arbeitsunfähigkeitszeugnisses**
- **Objektive Zweifel gegeben**

- **Neu: Medgate**
- **Nach Akzeptanz begründet das Zeugnis per Telefon für sich alleine keine objektiven Zweifel**
- **Andere Umstände können dennoch Zweifel schüren**



III. Voraussetzungen der Konsultationspflicht

Verhältnismässigkeit der Massnahme

- **Grundlage in Art. 4 Abs. 2 DSGVO**
- **Nur Daten bearbeiten, welche**
 - **tatsächlich benötigt werden und**
 - **welche mit Blick auf die Persönlichkeitsbeeinträchtigung in einem vernünftigen Verhältnis stehen**
- **Keine mildereren Mittel**
- **Beispiel Nachweis der AUF**
- **Liegt ein einfaches Arztzeugnis vor, ist die gesundheitliche Situation jedoch sehr komplex, ist das Einfordern eines detaillierten Arztzeugnisses das mildere Mittel als eine vertrauensärztliche Untersuchung**



III. Voraussetzungen der Konsultationspflicht

Auswertung der ersten vier Voraussetzungen

- **Werden diese Fragen bejaht:**
 ➔ Aufforderung i.a.R. rechtmässig
- **Wird eine Frage verneint:**
 ➔ Frage nach Ausnahme
- **Einwendungen gegen die Aufforderung?**



Gliederung des Referates



- I. Begriff des Vertrauensarztes
- II. Mögliche Grundlagen einer Konsultationspflicht
 1. Gesetz oder Treuepflicht
 2. Vertragliche Ausweitung der Pflicht
- III. Voraussetzungen einer Konsultationspflicht**
 1. Gesundheitlich begründete Abwesenheit
 2. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit
 3. Objektive Anhaltspunkte
 4. Verhältnismässigkeit der Massnahme
 - 5. Keine berechtigten Einwendungen des AN**
- IV. Folgen einer (verweigerten) Konsultation
- V. Zusammenfassung und Empfehlungen



Einwendungen des Arbeitnehmers

Sachverhalt (Einwendungen gegen die Person des VA)

- Eine Arbeitnehmerin meldet sich krank.
- Die Arbeitsunfähigkeit zu 100% wird von einem Arzt durch ein AUZ bestätigt.
- Der AG hegt berechnigte Zweifel am Vorliegen der AU, da die AN gesehen wurde, wie sie bei der Konkurrenzfirma arbeitete.
- Der AG teilt der AN mit, dass an ihrer AU gezweifelt werde und fordert sie auf, Dr. Bernhard Muster aufzusuchen und sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen.
- Die AN weigert sich mit der Begründung, Dr. Muster sei als Allgemeinmediziner nicht qualifiziert genug, die AU zu überprüfen.

Kann sich die AN durch diesen Einwand der vertrauensärztlichen Untersuchung entziehen? Ändert sich an der Antwort etwas, wenn sie geltend macht, sie wolle von einer Ärztin untersucht werden



Einwendungen des Arbeitnehmers

- **Es ist durchaus denkbar, dass der Arbeitnehmer mit der Wahl des Vertrauensarztes durch den Arbeitgeber nicht einverstanden ist**
- **Muss der AN mit der Wahl des AG einverstanden sein?**
- **Grundsätzlich: Nein, der Arbeitnehmer kann dem Arbeitgeber die Wahl seines Vertrauensarztes nicht vorschreiben (OGer BE)**

Aber: Interessenabwägung + die Untersuchung muss geeignet sein, den damit verfolgten Zweck zu erreichen, nämlich eine behauptete Arbeitsunfähigkeit zu überprüfen



III. Voraussetzungen der Konsultationspflicht

- **Ändert sich etwas am Ergebnis, wenn eine Frau geltend macht, sich nur von einer Ärztin untersuchen lassen zu wollen?**
- **Entsprechende Regelung in ArG (Art. 17c ArG i.V.m. Art. 43 Abs. 2 ArGV 1)**
- **Grundsatz bleibt bestehen**
- **Ausnahmen denkbar, bei besonders intimen Untersuchungen**
- **Art. 328b OR verhindert ein Nachfragen**

Ohne weitere Information muss der AG einen Arzt gleichen Geschlechts bestimmen, wenn dies verlangt wird. Daher bereits zu Beginn berücksichtigen!



Einwendungen des Arbeitnehmers

Sachverhalt (fehlende Information des Arbeitnehmers)

- Nachdem die Arbeitnehmerin nun mit der Auswahl des Vertrauensarztes zufrieden ist, macht sie weitere Einwendungen geltend.
- Die Arbeitnehmerin bringt vor, nicht genügend über die Gründe informiert worden zu sein, weshalb überhaupt eine vertrauensärztliche Untersuchung durchgeführt werden soll. Sie wisse gar nicht, ob die Weisung berechtigt sei oder nicht.

Kann sich die AN durch diesen Einwand der vertrauensärztlichen Untersuchung entziehen?



Einwendungen des Arbeitnehmers

- **Sind dem Arbeitnehmer die Gründe nicht bekannt, kann er nicht beurteilen, ob die Weisung des Arbeitgebers rechtmässig erfolgt ist oder nicht.**
- **Der Arbeitnehmer ist daher gehalten, beim Arbeitgeber die für ihn nötigen Informationen einzuholen.**
- **Der Arbeitgeber muss über die Gründe der Untersuchung informieren und die objektiven Anhaltspunkte offen legen.**
- **Anders: OGer ZH vom 15. Mai 1981 in JAR, 1982, S. 130 f.**



Einwendungen des Arbeitnehmers

Sachverhalt (Transportunfähigkeit des Arbeitnehmers)

- Die besagte Arbeitnehmerin ist nun sowohl von der Person des Vertrauensarztes überzeugt als auch mit den ihr offerierten Informationen zufrieden.
- Die Arbeitnehmerin lässt jedoch mitteilen, dass sie der Aufforderung jedoch unmöglich nachkommen könne, da es ihr so schlecht gehe, dass sie nicht transportfähig sei.

Kann sich die AN durch diesen Einwand der vertrauensärztlichen Untersuchung entziehen?



Einwendungen des Arbeitnehmers

- **Es ist davon auszugehen, dass die wenigsten Vertrauensärzte einen Hausbesuch machen werden.**
- **Transportunfähigkeit vom AN belegen lassen**
 - **2. Zeugnis mit entsprechendem Vermerk**
 - **Entbindung von der Schweigepflicht**
- **Kein Nachweis: gleiches Vorgehen wie bei Weigerung, einen Vertrauensarzt aufzusuchen**
- **Wird der Nachweis der Transportunfähigkeit erbracht:**
 - ➔ **Akten an Vertrauensarzt**

Gerichte werden, sollte es sich zu einem Streitfall weiterentwickeln, in der Regel auf das qualifiziertere Zeugnis abstellen.



Einwendungen des Arbeitnehmers

- **Sind alle Voraussetzungen erfüllt, ist die Aufforderung des AG i.a.R. rechtmässig**
- **Arbeitnehmer kann Einwendungen erheben:**
 - **Gegen die Person des Vertrauensarztes**
 - **Fehlende Information des Arbeitnehmers**
 - **Transportunfähigkeit**
 - **Weitere Einwendungen denkbar**
- **Alle Einwendungen auf einmal, keine Staffelung**
- **Folgen: Einwendungen können vom Arbeitgeber beseitigt oder behoben werden**

Nach Möglichkeit Vorkehren treffen, um Zeitverlust bis zur vertrauensärztlichen Untersuchung zu verhindern.



Gliederung des Referates




- I. Begriff des Vertrauensarztes
- II. Mögliche Grundlagen einer Konsultationspflicht
 1. Gesetz oder Treuepflicht
 2. Vertragliche Ausweitung der Pflicht
- III. Voraussetzungen einer Konsultationspflicht
 1. Gesundheitlich begründete Abwesenheit
 2. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit
 3. Objektive Anhaltspunkte
 4. Verhältnismässigkeit der Massnahme
 5. Keine berechtigten Einwendungen des AN
- IV. Folgen einer (verweigerten) Konsultation**
- V. Zusammenfassung und Empfehlungen



Folgen einer (verweigerter) Konsultation

- **Untersuchung erfolgt:**
 1. **Übereinstimmendes Ergebnis**
 2. **Abweichendes Ergebnis**

- **Untersuchung erfolgt unberechtigterweise nicht:**
 - **Vertragsverletzung**  **Sanktionen**
 - **Einstellung der Lohnzahlung**
 - **Schadenersatz**

Eine fristlose Entlassung jedoch kaum je gerechtfertigt sein.



Gliederung des Referates



- I. Begriff des Vertrauensarztes
- II. Mögliche Grundlagen einer Konsultationspflicht
 1. Gesetz oder Treuepflicht
 2. Vertragliche Ausweitung der Pflicht
- III. Voraussetzungen einer Konsultationspflicht**
 1. Gesundheitlich begründete Abwesenheit
 2. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit
 3. Objektive Anhaltspunkte
 4. Verhältnismässigkeit der Massnahme
 5. Keine berechtigten Einwendungen des AN
- IV. Folgen einer (verweigerten) Konsultation
- V. Zusammenfassung und Empfehlungen**



Zusammenfassung und Empfehlungen

- Eine Konsultationspflicht kann aus der Treuepflicht hergeleitet werden
- Die notwendige Interessenabwägung kann durch die Prüfung von Voraussetzungen erleichtert werden
- Es wird empfohlen, eine Konsultationsklausel in die AAB oder den EAV aufzunehmen
- Eine vertrauensärztliche Untersuchung lohnt sich i.d.R. nur bei längeren Krankheiten, nicht bei sehr kurzen Absenzen
- Es wird empfohlen, immer eine Auswahl an Vertrauensärzten anzubieten, um den Vorgang nicht zu verlängern
- Bei Widerspruch zwischen Hausarzt und Vertrauensarzt geht Hausarzt vor, wenn nur er den Patienten pers. untersuchte

