



Vertrauensarzt – Richter in Weiss

Stephan Mullis / Manuel Stengel

s.mullis@advocat.ch

+41 71 855 77 66

Weiterbildung Arbeitsrecht 2014 – Arbeitgeber-Verband Rorschach und Umgebung

I. PROBLEMSTELLUNG	2
II. BEGRIFF DES VERTRAUENSARZTES	3
III. PFLICHT ZUR KONSULTATION EINES VERTRAUENSARZTES	4
A. Mögliche Grundlagen einer Konsultationspflicht	4
1. Herleitung aus Gesetz oder Treuepflicht?	4
a. Ausdrückliche gesetzliche Vorschriften	4
b. Herleitung aus der Treuepflicht	5
2. Möglichkeiten zur vertraglichen Fixierung oder Ausdehnung der Verpflichtung?	7
a. Überblick	7
b. Wiedergabe der gesetzlichen Regelung	7
c. Vertragliche Ausdehnungsmöglichkeiten der Konsultationspflicht	8
d. Einschränkung der Konsultationspflicht	10
B. Voraussetzungen einer Konsultationspflicht	11
1. Überblick	11
2. Gesundheitlich begründete Abwesenheit des Arbeitnehmers	12
3. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit	13
4. Objektive Anhaltspunkte	14
5. Verhältnismässigkeit	16
6. Keine berechtigten Einwendungen des Arbeitnehmers	16
a. Überblick	16
b. Einwendungen gegen die Person des Vertrauensarztes	17
c. Einwendungen gegen fehlende Information des Arbeitnehmers	18
d. Einwendungen der Transportunfähigkeit des Arbeitnehmers	19
IV. FOLGEN EINER (VERWEIGERTEN) KONSULTATION	19
V. ZUSAMMENFASSUNG	21



I. PROBLEMSTELLUNG

Erhebungen des Bundesamtes für Statistik (BFS) zeigen, dass das gesamte Absenzvolumen der Arbeitnehmenden in der Schweiz 246 Mio. Stunden für das Jahr 2012¹ oder rund 71 Stunden pro Mitarbeiter und Jahr beträgt.² Vom gesamten Absenzvolumen sind rund 182 Mio. Stunden auf Krankheit oder Unfall zurückzuführen.³ Das sind rund 74% des gesamten Absenzvolumens der Arbeitnehmenden in der Schweiz.

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer bei Krankheit oder Unfall für eine beschränkte Zeit den Lohn trotz fehlender Arbeitsleistung zu entrichten.⁴ Es ist verständlich, dass in Anbetracht der grossen Anzahl Fehlstunden der Arbeitgeber bestrebt sein wird, nur jene Fehlstunden zu bezahlen, bei denen er auch wirklich dazu verpflichtet ist. Der Arbeitnehmer wird die Arbeitsunfähigkeit in der Regel mittels Arztzeugnis belegen.⁵ Bringt der Arbeitnehmer ein Arztzeugnis bei, kann der Arbeitgeber grundsätzlich davon ausgehen, dass er die Fehlstunden des Arbeitnehmers zu Recht bezahlt hat beziehungsweise bezahlen wird.⁶

Es können jedoch Situationen eintreten, in welchen selbst ein Arztzeugnis kein überzeugender Beleg dafür ist, dass der Arbeitnehmer tatsächlich an seiner Arbeit verhindert ist. Zu denken wäre hier etwa an den wegen starker Rückenschmerzen krankgeschriebenen Maurer, der während seiner angeblichen Krankheitszeit sein Haus renoviert. Ebenso ist ein gewisser Zweifel des Arbeitgebers verständlich, wenn der Arbeitnehmer zwar eine Bescheinigung seiner Arbeitsunfähigkeit vorlegt, diese jedoch nicht von einem zugelassenen Arzt stammt, unleserlich, unverständlich oder gar offensichtlich unrichtig ist. In solchen Fällen braucht der Arbeitgeber eine Handhabe, um die behauptete Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers überprüfen zu können.

Es fragt sich nun jedoch, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber berechtigt ist, die vom Arbeitnehmer behauptete Arbeitsunfähigkeit durch einen Vertrauensarzt überprüfen zu lassen.

¹ BFS, Absenzvolumen, Statistik 2012.

² BFS, Dauer der Absenzen, Statistik 2012.

³ Mitberücksichtigt wurden Absenzen bei Teil- und Vollzeitstellen (BFS, Absenzvolumen, Statistik 2012).

⁴ Vgl. Art. 324a OR.

⁵ Vgl. dazu bspw. GEISER THOMAS, Arztzeugnisse zur Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit: zwischen Informationsbedürfnissen und Datenschutz, Bern/Zürich 2009.

⁶ Das Bedürfnis des Arbeitgebers, die behauptete Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers überprüfen zu können, beschränkt sich natürlich nicht nur auf Fälle in Zusammenhang mit der Lohnfortzahlung bei Krankheit oder Unfall, sondern stellt sich bspw. vermehrt auch in Zusammenhang mit Kündigungen.



II. BEGRIFF DES VERTRAUENSARZTES

Der Begriff des Vertrauensarztes wird in sehr unterschiedlichen Zusammenhängen verwendet. Insbesondere werden damit Vertrauensärzte eines Krankenversicherers (KVG und VVG), der Kreisarzt der Suva, Vertrauensärzte der IV oder Vertrauensärzte bspw. von Strassenverkehrsämtern oder von Sportverbänden assoziiert.⁷ Im Fall des Vertrauensarztes des Krankenversicherers findet sich gar eine gesetzliche Regelung.⁸ Daneben findet sich der Begriff beispielsweise auch im GUMG⁹ oder in der Standesordnung der FMH¹⁰. Auch werden Vertrauensärzte in Zusammenhang mit Gesundheitschecks im Rahmen der beruflichen Vorsorge verwendet.¹¹

Vorliegend wird spezifisch der privatrechtliche Vertrauensarzt des Arbeitgebers untersucht. Zu diesem Begriff findet sich keine Legaldefinition im Schweizer Recht.¹² Folgt man zunächst ganz einfach der Wortkonstruktion, so kann in erster Linie festgehalten werden, dass unter einem Vertrauensarzt des Arbeitgebers ein Arzt verstanden wird, dem der Arbeitgeber vertraut. Damit wird zumindest deutlich, dass es sich nicht wie gelegentlich angenommen, um einen mit besonderer behördlicher oder gesetzlicher Autorität ausgestatteten Arzt handelt, sondern um einen Arzt, dem der Arbeitgeber sein Vertrauen schenkt.¹³ In einigen Umschreibungen des privatrechtlichen Vertrauensarztes wird des Weiteren auf dessen Funktion abgestützt. So hielt beispielsweise der Bundesrat in seiner Botschaft zum GUMG fest, dass unter Vertrauensärzten im untechnischen Sinne Ärztinnen oder Ärzte zu verstehen seien, die für den Arbeitgeber die Eignung oder die Arbeitsfähigkeit einer Person abklären.¹⁴

Dadurch, dass bei der Definition auf die Funktion abgestellt wird, ist die Stellung des Vertrauensarztes im resp. zum Betrieb des Arbeitgebers von untergeordneter Bedeutung. Der Vertrauensarzt kann sowohl ein frei praktizierender Allgemeinmediziner, aber auch der Werkarzt des Unternehmens sein. Ebenso wenig sind spezielle medizinische Qualifikationen oder besondere behördliche Genehmigungen für die Tätigkeit als Vertrauensarzt vorausge-

⁷ Vgl. als Beispiel dafür, dass der Begriff „Vertrauensarzt“ Präzisierungen bedarf: GAV Gerüstebau, Art. 7 Abs. 2.1.

⁸ Art. 57 KVG, bspw. Abs. 1: „Die Versicherer oder ihre Verbände bestellen nach Rücksprache mit den kantonalen Ärztegesellschaften *Vertrauensärzte* beziehungsweise *Vertrauensärztinnen* (...)“.

⁹ Art. 21 GUMG: „Bei der Begründung oder während der Dauer des Arbeitsverhältnisses dürfen der Arbeitgeber und seine *Vertrauensärztin* oder sein *Vertrauensarzt*: a. keine präsymptomatischen genetischen Untersuchungen verlangen; b. weder die Offenlegung von Ergebnissen aus früheren präsymptomatischen genetischen Untersuchungen verlangen noch solche Ergebnisse verwerten; c. keine genetischen Untersuchungen verlangen, mit denen persönliche Eigenschaften einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers erkannt werden sollen, die nicht die Gesundheit betreffen“.

¹⁰ Art. 6 StaO FMH: „Besteht zwischen einem Patienten oder einer Patientin und einem Arzt oder einer Ärztin eine Beziehung nicht therapeutischer Natur (Rechtsmediziner, Gutachter, *Vertrauensärzte*, arbeitsmedizinische Tätigkeit und Tätigkeit im Auftrag von Sportverbänden etc.), ist die betroffene Person klar darüber zu informieren“.

¹¹ HUGENBLOMER, AJP/PJA 2013, S. 1142 ff.

¹² GEISER, 2008, S. 74.

¹³ Vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR N 12.

¹⁴ BBI 2002 7431.



setzt.¹⁵ Nimmt man die obigen Elemente zusammen, ergibt dies folgende, hier verwendete Begriffsbestimmung:

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.

III. PFLICHT ZUR KONSULTATION EINES VERTRAUENSARZTES

A. MÖGLICHE GRUNDLAGEN EINER KONSULTATIONSPFLICHT

1. Herleitung aus Gesetz oder Treuepflicht?

a. Ausdrückliche gesetzliche Vorschriften

Lehre und Rechtsprechung fordern als mögliche Grundlagen der Pflicht des Arbeitnehmers zur Konsultation eines Vertrauensarztes entweder eine ausdrückliche Regelung in einem Vertrag oder leiten die Pflicht aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers ab.¹⁶ Die Tendenz zeigt sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung diesbezüglich in Richtung Treuepflicht als ausreichende Grundlage. So findet sich bspw. im Urteil des Bundesgerichts (4A_140/2009) vom 12. Mai 2009 der Hinweis, dass der Arbeitgeber bei Zweifeln an der Richtigkeit des Arztzeugnisses verlangen könne, dass dessen Richtigkeit von einem Vertrauensarzt überprüft werde.¹⁷ Häufige Kommentarstellen lauten ähnlich: Der Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer verlangen, sich bei einem Vertrauensarzt der Firma auf deren Kosten untersuchen zu lassen, wenn der Arbeitgeber aufgrund objektiver Anhaltspunkte ein Arztzeugnis bezweifelt; dies folge aus der Treuepflicht.¹⁸ Zumindest früher wurde jedoch auch die Meinung vertreten, für eine vertrauensärztliche Untersuchung sei eine ausdrückliche vertragliche Grundlage notwendig.¹⁹

¹⁵ Im Umkehrschluss aus den Aussagen von STÖCKLI/SOLTERMANN, ArG-Kommentar, Art. 17c ArG N 4 und MÜLLER, ArG-Kommentar, Art. 17c Abs. 2 ArG N 1.

¹⁶ BGE 125 III 70 E. 3c; MÜLLER/VON GRAFFENRIED, recht 2011, S. 163.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts (4A_140/2009) vom 12. Mai 2009, E. 5.2; ähnlich auch kantonale Urteile wie bspw. Urteil des Chambre d'appel de Genève vom 21. August 1980; Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern (11 04 51) vom 22. März 2005; Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen (BZ.2009.64) vom 15. Dezember 2009, E. III.1.b., bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts (4A_59/2010) vom 20. Mai 2010, E. 2.1.

¹⁸ Dazu zählen: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR N 12; AUBERT, CR, Art. 324a OR N 17, PORTMANN, BAK, Art. 324a OR N 25; REHBINDER/STÖCKLI, BEK, Art. 324a OR N 19; STAEHELIN, ZK, Art. 324a OR N 10; CARRUZZO, Art. 324a OR N 6; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, 2005, Art. 324a OR N 3; BRÜHWILER, Art. 324a OR N 9b); BRAND et al., Kommentar SGV, Art. 324a OR N 9.

¹⁹ Hinweis in BGE 125 III 70 E. 3c; VISCHER, S. 128 Fn. 32; STÖCKLI, 1979, S. 211.



Zwar gibt es zahlreiche Bestimmungen im Schweizerischen Recht, welche den Arbeitgeber berechtigen und verpflichten, den Arbeitnehmer zu einer medizinischen Untersuchung zu schicken.²⁰ Für eine generelle Pflicht des Arbeitnehmers zur Konsultation eines Vertrauensarztes, wenn ein Arbeitgeber Zweifel an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers hat, kann aus diesen Bestimmungen jedoch nichts abgeleitet werden. Demnach sind diesbezüglich im Schweizerischen Privatrecht keine Normen über den privatrechtlichen Vertrauensarzt zu finden sind.²¹ Insbesondere findet sich weder eine Legaldefinition des Begriffs noch eine Regelung der Aufgaben und Befugnisse eines privatrechtlichen Vertrauensarztes analog der Regelung des KVG-Vertrauensarztes.²²

b. Herleitung aus der Treuepflicht

Durch diese allgemeine Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer neben der eigentlichen Arbeitsleistung die Pflicht, Schaden vom Arbeitgeber abzuwenden und dessen Belange zu fördern.²³ Diese Bestimmung klärt damit eindeutig, dass das Arbeitsverhältnis sich nicht im Austausch vermögenswerter Leistungen erschöpft.²⁴ Die Treuepflicht besteht nur soweit, wie sie zur Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges nötig ist.²⁵ Dieser bestimmt sich durch die Umschreibung der Arbeitspflicht, wodurch die Treuepflicht zu einer relativen Pflicht wird.²⁶ Bereits aus der Natur des Arbeitsvertrages ergibt sich jedoch, dass der Arbeitgeber über gewisse Ereignisse und Gegebenheiten informiert sein muss.²⁷ Eine für den Arbeitsvertrag typische Zusammenarbeit ist ohne gegenseitige Information nicht möglich und ist daher auch in gewissem Umfang bei jedem Arbeitsverhältnis notwendig.²⁸ Es ist hingegen ebenso einsichtig, dass nicht jegliche Information zur Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges nötig ist. Zudem besteht eine Grenze der Treuepflicht in den berechtigten eigenen Interessen an der Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers.²⁹ Ein Arbeitnehmer muss sich nicht für seinen Arbeitgeber aufopfern.³⁰ Der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers sowie dessen Grundrechte³¹ müssen gewahrt bleiben.³² Soll also ermittelt werden, ob eine vertrauensärztliche Überprüfung der behaupteten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber angeordnet werden kann, ist danach zu fragen,

²⁰ Bspw. Art. 6 ArG, Art. 17 ArG, Art. 62 ArGV 1 oder Art. 12 Abs. 3 ArGV 5. Ebenso finden sich Bestimmungen in Art. 70 ff. VUV, in der Strahlenschutzverordnung, der Kranverordnung und in der Luftverkehrsgesetzgebung.

²¹ So auch SCHÖNENBERGER, S. 157.

²² GEISER, 2008, S. 74.

²³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR N 2.

²⁴ IMBACH HAUMÜLLER, GesKR 2013, S. 73; REHBINDER, 2002, Rz. 124.

²⁵ GEISER, 1983, S. 57.

²⁶ VISCHER, S. 156; GEISER, 1983, S. 57.

²⁷ GEISER, 1983, S. 173.

²⁸ GEISER, 1983, S. 173.

²⁹ BRÜHWILER, Art. 321a OR N 2c; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, 2005, Art. 321a OR N 4; WEBER-SCHERRER, S. 312; FAVRE/MUNOT/TOBLER, Art. 321a OR N 1.3.

³⁰ GEISER/MÜLLER, Rz. 364.

³¹ Insbesondere können die Meinungsäusserungsfreiheit des Arbeitnehmers und die Interessen des Arbeitgebers nach strikter Unterstützung der Firmenziele kollidieren (GEISER/MÜLLER, Rz. 367).

³² STAEHELIN, ZK, Art. 321a OR N 8.



- inwieweit die gewünschte Information zur Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges nötig ist und des Weiteren;
- ob dem im konkreten Fall nicht die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers entgegenstehen.

Es muss mit anderen Worten eine Interessenabwägung vorgenommen werden.³³ Auf Seiten des Arbeitgebers sind die Interessen in der Aufrechterhaltung des Betriebs, der Sicherstellung eines rechtmässigen Bezugs der Lohnfortzahlung und einer möglichst umfassenden Information über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers bzw. über Grad und Dauer der Absenz des Arbeitnehmers zu nennen. Es handelt sich dabei um wirtschaftliche Interessen. Auf der anderen Seite kann festgestellt werden, dass ein Arbeitnehmer kaum je ein eigenes Interesse an der vertrauensärztlichen Untersuchung aufweist. Die Interessen des Arbeitnehmers, welche denen des Arbeitgebers entgegenstehen, bestehen vielmehr insbesondere darin, dass seine Geheimsphäre so weit wie möglich geschützt wird. Zur Geheimsphäre zählen auch Personendaten und die physische und psychische Befindlichkeit des Arbeitnehmers.³⁴ Da nicht die Interessen beider Parteien vollumfänglich geschützt werden können, kommt man nicht umhin, im konkreten Fall die verschiedenen Interessen in qualitativer und quantitativer Hinsicht zu gewichten.³⁵

Wie dies bei einer vertrauensärztlichen Untersuchung eines Arbeitnehmers aussehen wird, lässt sich am besten anhand verschiedener Szenarien aufzeigen. In einem ersten Szenario möchte der Arbeitgeber eine vertrauensärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers, obwohl sich dieser weder krank gemeldet hat noch irgendwelche Anzeichen einer Krankheit aufweist. In diesem Fall ist offenkundig, dass das Interesse des Arbeitgebers an der vertrauensärztlichen Untersuchung, hinter das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seiner Geheimsphäre zurücktreten muss.

In einem zweiten Szenario meldet sich der Arbeitnehmer tatsächlich krank. In diesem Fall ist ein Arbeitsplatzbezug offensichtlich. Der Arbeitgeber muss vom Arbeitnehmer aufgrund der Treuepflicht eine Information bezüglich der Auswirkungen auf seine konkrete Arbeitsleistung einfordern können.³⁶ Diese Information bringt der Arbeitnehmer jedoch in der Regel anhand eines Arztzeugnisses bei.³⁷ Liefert der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber ein Arztzeugnis, das seine Arbeitsunfähigkeit belegt und zweifelt der Arbeitgeber nicht an der Richtigkeit des Zeugnisses, so hat der Arbeitgeber wiederum keinen genügenden Anlass, um den Arbeitnehmer einer vertrauensärztlichen Untersuchung unterziehen zu lassen. Auch in diesem Fall lässt sich eine Pflicht zur Konsultation nicht aus der Treuepflicht ableiten.

Die Situation ändert sich im dritten Szenario, wenn nämlich der Arbeitnehmer der Arbeit fern bleibt, zwar ein ärztliches Zeugnis nachreicht, der Arbeitgeber jedoch erhebliche Zweifel an

³³ STAEHELIN, ZK, Art. 321a OR N 7.

³⁴ BGE 109 II 360.

³⁵ Vgl. dazu auch HOTZ, S. 51 ff., der die Bewertung konkurrierender Interessen unter den Gesichtspunkten der Interessenhäufung, Interessenminderung, Interessenintensität und Interessennähe vornimmt.

³⁶ GEISER, 1983, S. 182.

³⁷ GLANZMANN-TARNUTZER, AJP/PJA 2005, S. 73 f.; GEISER, AJP/PJA 2013, S. 441; EGLI, AJP/PJA 2000, S. 1068; SCHÖNENBERGER, S. 16.



der Richtigkeit dieses Zeugnisses hegen darf. Die Ursachen der Zweifel können dabei vielseitig sein. Wichtig ist, dass es sich nicht um reine Neugierde des Arbeitgebers handelt,³⁸ sondern um Gründe, welche auch einen anderen, vernünftigen Menschen an der Richtigkeit des beigebrachten Arztzeugnisses zweifeln lassen würden, wie beispielsweise das Fehlen einer Unterschrift auf dem Zeugnis. In diesem Fall hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran und m.E. aufgrund der Treuepflicht, die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers von einem Vertrauensarzt überprüfen zu lassen. Zwischen diesen drei aufgezeigten Szenarien sind weitere Fallkonstellationen denkbar. Diese Ausführungen zeigen jedoch bereits, dass durchaus Szenarien bestehen, welche es erlauben, eine Konsultationspflicht des Arbeitnehmers aus der Treuepflicht abzuleiten.

Eine solche Gesamtbetrachtung und Abwägen der konkreten Interessen für jeden Einzelfall ist jedoch keine exakte Methode und für die Praxis insbesondere natürlich primär für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer nicht einfach durchführbar. Darauf ist zurück zu kommen.

Es stellt sich damit die Frage, ob eine vertragliche Regelung dieser Pflicht hilfreich wäre und ob damit vielleicht sogar die Konsultationspflicht auch auf Fälle ausgedehnt werden kann, die nicht bereits durch die Treuepflicht gedeckt wären oder ob andere Hilfsmittel zur Interessenabwägung hinzugezogen werden könnten.

2. *Möglichkeiten zur vertraglichen Fixierung oder Ausdehnung der Verpflichtung?*

a. *Überblick*

Vertragliche Vereinbarungen können in drei Kategorien aufgeteilt werden. Zum einen können Vereinbarungen getroffen werden, welche lediglich die gesetzliche Regelung wiederholen. Eine zweite Kategorie betrifft Vereinbarungen, welche die gesetzliche Regelung bezüglich der Pflicht des Arbeitnehmers zur Konsultation eines Vertrauensarztes erweitern. Da Weisungen des Arbeitgebers kein Mittel sind, die Pflichten des Arbeitnehmers zu erweitern,³⁹ stellen sich diesbezüglich die Fragen, welche zusätzlichen Verpflichtungen gültig vereinbart werden können und welche Grenzen dabei zu beachten sind. Als dritte Kategorie werden Vereinbarungen behandelt, welche die gesetzliche Regelung einschränken. Auch diesbezüglich stellen sich die Fragen, welche Regelungen zulässig sind und inwieweit solche Einschränkungen überhaupt sinnvoll sein können.

b. *Wiedergabe der gesetzlichen Regelung*

In der Praxis lassen sich Formulierungen finden, welche lediglich die gesetzliche Regelung wiedergeben und nicht den Anspruch haben, neben der bereits geltenden Verpflichtung zur

³⁸ HOTZ, S. 55.

³⁹ GEISER, 1983, S. 98.



Konsultation eines Vertrauensarztes dem Arbeitnehmer weitere Pflichten oder andere Voraussetzungen aufzuerlegen.

Häufig anzutreffende Formulierungen lauten beispielsweise wie folgt:

- Die Vertragsparteien unterstützen den Beizug von Vertrauensärzten.⁴⁰
- Der Arbeitnehmer hat den genügenden Nachweis seiner Krankheit selbst zu erbringen. Ab dem dritten Krankheitstag hat dieser Nachweis durch ein Arzzeugnis zu erfolgen. Dem Arbeitgeber bzw. der Krankentaggeldversicherung steht ausdrücklich das Recht zu, auf der Konsultation eines bezeichneten Vertrauensarztes zu bestehen.⁴¹
- Im Krankheitsfall ist es dem Arbeitgeber vorbehalten, die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers durch einen Vertrauensarzt seiner Wahl untersuchen zu lassen.⁴²
- Die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber behält sich vor, vertrauensärztliche Untersuchungen anzuordnen. Die Arbeitnehmenden verpflichten sich, bei Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung die entsprechenden Untersuchungsmaßnahmen durch die Vertrauensärztin oder den Vertrauensarzt zuzulassen.⁴³
- Mitarbeitende können verpflichtet werden, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen.⁴⁴

Ohne weiteren Informationen ist davon auszugehen, dass die oben aufgeführten Klauseln dahingehend zu interpretieren sind, dass lediglich die gesetzliche Regelung wiederholt werden wird, obwohl man auch argumentieren könnte, den Vorbehalt einer vertrauensärztlichen Untersuchung bedeute, dass diese jederzeit und voraussetzungslos vorgenommen werden könne. Wird eine tatsächliche Erweiterung der gesetzlichen Regelung angestrebt, wäre dies m.E. ausdrücklich und klar zu formulieren.⁴⁵ Das folgt aus dem Grundsatz: „in dubio contra stipulatorem“. Wird nur die gesetzliche Regelung wiederholt, stellt sich die Frage, ob es überhaupt sinnvoll ist, eine solche Klausel in den Einzelarbeitsvertrag, die AAB oder in einen GAV aufzunehmen. Im Hinblick auf die Verständlichkeit des Vertrages und die Möglichkeit einer Hilfestellung für Arbeitnehmer und Arbeitgeber kann dies bejaht werden. Zumindest trägt die Aufnahme einer entsprechenden Klausel in das Vertragswerk dazu bei, die Situation in einem entsprechenden Fall zu klären. Oft ist es einfacher, mit schriftlich festgehaltenen Abmachungen zu argumentieren, als dem Arbeitnehmer die Herleitung seiner Pflicht aus der Treuepflicht zu erklären oder gar lediglich auf eine allgemeine Praxis zu verweisen.

c. Vertragliche Ausdehnungsmöglichkeiten der Konsultationspflicht

⁴⁰ GAV für das Maler- und Gipsergewerbe, Ziff. 13.6.

⁴¹ GAV für die Grüne Branche, Ziff. 57.

⁴² Aus einem konkreten Streitfall. Aus Datenschutzgründen bleiben die Angaben anonym.

⁴³ NAV Hausdienst BE Art. 40 Abs. 3; NAV Landwirtschaft BE Art. 40 Abs. 3.

⁴⁴ GAV BLS, Ziff. 39.

⁴⁵ Zu den vertraglichen Erweiterungsmöglichkeiten der Verpflichtung zur Konsultation eines Vertrauensarztes vgl. gleich nachstehend.



Die Konsultationspflicht des Arbeitnehmers lässt sich – wie bereits ausgeführt – grundsätzlich aus der Treuepflicht ableiten. Die gesetzliche Regelung der Treuepflicht in Art 321a OR ist dispositiver Natur.⁴⁶ Durch Vereinbarung oder Gesamtarbeitsvertrag kann die Treuepflicht erweitert oder beschränkt werden.⁴⁷ Vereinbarungen über die Erweiterung oder Beschränkung der Treuepflicht dürfen allerdings zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts nicht unterlaufen und finden ihre absolute Grenze in der übermässigen Beschränkung der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers (Art. 328 und insbesondere Art. 328b OR).⁴⁸ Selbstverständlich sind auch die allgemeinen Schranken privater Vereinbarungen zu beachten.⁴⁹

Eine vertrauensärztliche Untersuchung fällt unter den Begriff der Datenbearbeitung gemäss Art. 3 DSGVO und damit auch unter Art. 328b OR,⁵⁰ da sich der sachliche Anwendungsbereich von Art. 328b OR auf jede Bearbeitung von Personendaten erstreckt, soweit sie unter die Begriffsumschreibung des Art. 3 lit. a und e DSGVO fallen.⁵¹ Art. 328b OR beschränkt die zulässige Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis auf Fälle mit Arbeitsplatzbezug.⁵² Liegen objektive Anhaltspunkte vor, die den Arbeitgeber an der Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers zweifeln lassen, so liegt bei der Abklärung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Vertrauensarzt ein Arbeitsplatzbezug vor, da die korrekte Durchführung des Arbeitsverhältnisses angestrebt wird. In diesem Fall dürfte der Arbeitgeber allerdings auch ohne explizite vertragliche Grundlage eine Abklärung in Auftrag geben. Liegen keine Gründe vor, so wäre eine entsprechende Datenbearbeitung, wegen fehlendem Arbeitsplatzbezug grundsätzlich persönlichkeitsverletzend.

Die Persönlichkeitsverletzung ist widerrechtlich, wenn nicht Rechtfertigungsgründe nach Art. 13 Abs. 1 DSGVO vorliegen. Demnach ist eine Verletzung der Persönlichkeit immer dann widerrechtlich, wenn sie nicht insbesondere durch Einwilligung des Verletzten gerechtfertigt wird. Nach der hier vertretenen Meinung ist bei einer Einwilligung des Arbeitnehmers wegen des relativ zwingenden Charakters von Art. 328b OR jeweils zusätzlich zu überprüfen, ob die durch die Einwilligung des Arbeitnehmers verursachte Ausdehnung der Datenbearbeitungsrechte des Arbeitgebers nicht „zuungunsten des Arbeitnehmers“ erfolgt.⁵³ Ausgeschlossen wird damit eine Einwilligung in eine für den Arbeitnehmer ungünstige, unverhältnismässige Datenbearbeitung.⁵⁴ Es ist zudem der Grundsatz zu beachten, dass je sensibler die in Frage

⁴⁶ STAEHELIN, ZK, Art. 321a OR N 9; Art. 321a OR wird weder in Art. 361 noch Art 362 OR als zwingend bezeichnet, weshalb daraus geschlossen werden muss, dass der Gesetzgeber die Vereinbarungen, welche die Treuepflicht über die Arbeitspflicht hinaus ausdehnen sollen, nicht ausschliessen wollte (GEISER, 1983, S. 133).

⁴⁷ STAEHELIN, ZK, Art. 321a OR N 9.

⁴⁸ GEISER/MÜLLER, Rz. 368.

⁴⁹ Art. 19 f. OR.

⁵⁰ So auch VON KAENEL, ArbR 2006, S. 101.

⁵¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 4.

⁵² RUDOLPH, S. 18 und 37 f.

⁵³ So auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 3; ähnlich RIESSELMANN-SAXER, S. 41.
⁵⁴ RAMPINI, BAK, Art. 13 DSGVO N 7; PÄRLI, 2003, S. 161; ähnlich RIESSELMANN-SAXER, S. 41; beide Autoren verweisen zudem darauf, dass daneben auch Raum für eine Einwilligung bestehe, wenn die Widerrechtlichkeit der Datenbearbeitung aus anderen Gründen (bspw. wegen eines Verstosses gegen das Prinzip der Datensicherheit gemäss Art. 7 Abs. 1 DSGVO) als durch einen Verstoß gegen Art. 328b OR begründet werde. Allerdings seien die Anforderungen in eine widerrechtliche Datenbearbeitung im Bereich des Arbeitsverhältnisses und erst recht bei besonders schützenswerten Daten sehr hoch, womit es sich dabei eher um eine theoretische



stehenden Personendaten sind, mithin je schwerer die drohende Persönlichkeitsverletzung ist, desto höhere Anforderungen sind an die Einwilligung zu stellen.⁵⁵

Sind selbst diese Voraussetzungen erfüllt, so ist letztlich noch zu prüfen, ob die Datenbearbeitung den übrigen allgemeinen Regeln gerecht wird, namentlich den Prinzipien von Treu und Glaube und der Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung.⁵⁶

Zusammengefasst müssen die fraglichen Klauseln auf folgende Punkte hin überprüft werden:

- Liegt ein Arbeitsplatzbezug vor?
- Liegt eine gültige Einwilligung vor?
- Ist die Ausdehnung zugunsten des Arbeitnehmers?
- Sind die Prinzipien von Treu und Glauben und der Verhältnismässigkeit eingehalten?

Nur wenn die notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind, ist eine Ausdehnung der Verpflichtung zur Konsultation eines Vertrauensarztes möglich. Es wird deutlich, dass nur in sehr geringem Ausmass von der gesetzlichen Regelung im Sinne einer Ausweitung abgewichen werden kann.⁵⁷

Eine Mögliche, m.E. zulässige Bestimmung könnte lauten:

„Der Arbeitgeber ist berechtigt, bei Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers einen Vertrauensarzt beizuziehen. Bei einer krankheits- oder unfallbedingten Abwesenheit von mehr als 4 Wochen ist der Arbeitgeber zudem berechtigt, zusammen mit dem Arbeitnehmer und unter Beizug eines Vertrauensarztes, die Wiedereingliederung des Arbeitnehmers zu planen oder anderweitige Schritte abzuklären, die den Arbeitnehmer in seiner Genesung unterstützen.“

d. Einschränkung der Konsultationspflicht

Erstaunlicherweise finden sich in Gesamtarbeitsverträgen und Einzelarbeitsverträgen resp. den dazugehörigen Allgemeinen Anstellungsbedingungen auch Klauseln, welche die Möglichkeiten des Arbeitgebers, eine vertrauensärztliche Untersuchung durchzuführen, gegenüber der gesetzlichen Regelung einschränken. Dies kann sowohl bewusst, als auch unbewusst geschehen.

denn um eine praktische Diskussion handle (PÄRLI, 2003, S. 161 f.; RIESELMANN-SAXER, S. 40 f.).

⁵⁵ Urteil der EDSK (VPB 62.42B) vom 21.11.1996, E. V b; Urteil der EDSK (VPB 68.68) vom 29.8.2003, E. 3b cc; RAMPINI, BAK, Art. 13 DSGVO N 3.

⁵⁶ DUNAND, Art. 328b OR N 13; GEISER, AJP/PJA 2011, S. 1050.

⁵⁷ Nach SCHÖNENBERGER lässt sich eine Persönlichkeitsverletzung aufgrund des teilzwingenden Charakters von Art. 328 und 328b OR nicht vertraglich legitimieren (SCHÖNENBERGER, S. 165).



In der Praxis konnten folgende Formulierungen gefunden werden oder wären vorstellbar:

- Bestehen berechnigte Zweifel über die Arbeitsunfähigkeit, so kann, nach einer einmaligen schriftlichen Ermahnung, der Arbeitgeber den Untersuch bei einem Vertrauensarzt anordnen.⁵⁸
- Der Arbeitgeber ist berechnigt, eine vertrauensärztliche Untersuchung anzuordnen, wenn der Arbeitnehmer bereits länger als 10 Tage an der Arbeit verhindert ist.
- Es kann keine vertrauensärztliche Untersuchung angeordnet werden.
- Wird ein Arztzeugnis vorgelegt, kann in keinem Fall eine vertrauensärztliche Untersuchung verlangt werden.
- Bei begründetem Verdacht des Missbrauchs kann der Arbeitgeber eine Untersuchung durch einen Vertrauensarzt oder eine Vertrauensärztin anordnen.⁵⁹

Da die arbeitsvertraglichen Schranken der Vertragsfreiheit relativ zwingend sind und nur zu Gunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden können, ist eine Einschränkung der gesetzlichen Regelung bezüglich der Konsultationspflicht des Arbeitnehmers bei einem Vertrauensarzt grundsätzlich ohne weiteres möglich.

B. VORAUSSETZUNGEN EINER KONSULTATIONSPFLICHT

1. Überblick

Zulässig ist nach dem Gesagten eine vertrauensärztliche Untersuchung nur dann, wenn sie zur Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges nötig ist resp. wenn sie für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses als erforderlich angesehen werden kann. Die dafür notwendige Interessenabwägung ist weder vom Arbeitgeber noch vom Arbeitnehmer einfach vorzunehmen. Die hier vorgestellten Kriterien sollen es erleichtern, abzuwägen, ob eine vertrauensärztliche Untersuchung vom Arbeitgeber angeordnet werden darf oder nicht. Werden die einzelnen Voraussetzungen durch den Arbeitgeber geprüft und im konkreten Fall als vorliegend erachtet, wird in aller Regel die Aufforderung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, rechtmässig erfolgen. Wird eine der Fragen verneint, ist die Aufforderung dennoch nicht zwingend unzulässig. Vielmehr muss in solchen Fällen genauer abgeklärt werden, ob ein Umstand vorliegt, welcher den Arbeitgeber dennoch zur vertrauensärztlichen Untersuchung berechnigt. Zu prüfen sind dabei folgende Fragen:

- Liegt eine gesundheitlich begründete Abwesenheit vor?
- Liegt bereits ein ärztliches Zeugnis des Arbeitnehmers vor?
- Liegen objektive Anhaltspunkte vor, welche die Richtigkeit des Arbeitsunfähigkeitsnachweises in Frage stellen?
- Ist die Massnahme verhältnismässig?

⁵⁸ GAV Schreinereigewerbe, Art. 24 Abs. 6.

⁵⁹ GAV für die grafische Industrie, Art. 212 Abs. 3.



- Kann der Arbeitnehmer berechtigte Einwendungen gegen die ansonsten grundsätzlich rechtmässige Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung vorbringen?

2. *Gesundheitlich begründete Abwesenheit des Arbeitnehmers*

Eine vertrauensärztliche Untersuchung kann nur angeordnet werden, wenn der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen an der Arbeit verhindert ist, wenn also die Ursache der Abwesenheit auf Krankheit oder Unfall zurückzuführen ist. Es genügt dabei nicht, dass eine Gesundheitsstörung vorliegt. Vielmehr muss die Gesundheitsstörung dazu geführt haben, dass der Arbeitnehmer infolge Krankheit oder Unfall an der Arbeitsleistung verhindert ist.⁶⁰

Der Grund dafür, dass eine gesundheitsbedingte Abwesenheit grundsätzlich vorliegen muss, liegt in Art. 328b OR. Demnach sind Datenbearbeitungen des Arbeitgebers über den Arbeitnehmer nur dann zulässig, wenn sie für die Eignung des Arbeitnehmers oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind.⁶¹ Mit Blick auf eine vertrauensärztliche Untersuchung kann festgehalten werden, dass es sich bei einer derartigen Untersuchung um eine Datenbearbeitung im Sinne von Art. 3 lit. e DSGVO und damit auch um eine Datenbearbeitung im Sinne von Art. 328b OR handelt. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Datenerhebung nicht direkt durch den Arbeitgeber sondern durch den Vertrauensarzt vorgenommen wird. Es handelt sich bei einer entsprechenden Anordnung des Arbeitgebers um einen Teil einer Datenbeschaffung, weshalb man von einer Datenbearbeitung ausgehen muss.⁶²

Es wurde bereits ausgeführt, dass bei Vorliegen einer Arbeitsverhinderung durch den Arbeitnehmer grundsätzlich ein berechtigtes Informationsbedürfnis des Arbeitgebers besteht. Kommt der Arbeitnehmer diesem Informationsbedarf nicht nach, so braucht der Arbeitgeber eine Handhabe, um diese Information einzuholen. Das kann u.U. eine vertrauensärztliche Untersuchung sein, sollten die Voraussetzungen dafür gegeben sein. Anders sieht es jedoch aus, wenn der Arbeitnehmer nicht an der Arbeit verhindert ist und seine Leistung vertragsgemäss erbringt oder eine Leistungsverhinderung zwar vorliegt, diese jedoch nicht auf Krankheit oder Unfall, sondern auf objektive Leistungsverhinderungsgründe zurückzuführen ist.⁶³ In der Regel sind dann die Daten, welche vom Vertrauensarzt erhoben werden können, nicht zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig. Der Arbeitgeber muss bei vertragsgemässer Erfüllung der Leistungspflicht nicht mit einem Ausfall der Leistung des Arbeitnehmers rechnen und muss daher auch keine entsprechenden organisatorischen Massnahmen oder Informationspflichten gegenüber Dritten erfüllen. Im Fall einer objektiven Leistungsverhinderung ist dagegen gar keine Lohnfortzahlung geschuldet und eine ärztliche Untersuchung zur Ergründung der Leistungsverhinderung nutzlos.⁶⁴ Datenbearbeitungen und damit auch entsprechende Anordnungen des Arbeitgebers sind daher in solchen Fällen m.E. unzulässig.

⁶⁰ GEISER, AJP/PJA 2003, S. 325.

⁶¹ AUBERT, 1995, S. 149 f; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 3.

⁶² So auch VON KAENEL, ArbR 2006, S. 101.

⁶³ Vgl. zu den Begriffen der subjektiven und objektiven Leistungsverhinderung STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR N 6; LONGCHAMP, Art. 324a OR N 6.

⁶⁴ REHBINDER, 2002, Rz. 194.



Von diesem Grundsatz gibt es jedoch auch Ausnahmen. In speziellen Fällen muss keine gesundheitsbedingte Abwesenheit vorliegen. Zum einen können spezielle gesetzliche Vorschriften eine ärztliche Untersuchung auch dann anordnen, wenn effektiv keine Abwesenheit vorliegt. Zu denken ist bspw. an die arbeitsmedizinischen Untersuchungen bei Nacharbeit nach Art. 17c ArG.⁶⁵ Zum anderen können Gesundheitsprüfungen vorgesehen sein bei spezifischen Gefährdungen für den Arbeitgeber, Dritte oder den Arbeitnehmer selbst.⁶⁶ Denkbar sind Ausnahmen auch in Fällen von Präsentismus.⁶⁷

3. *Nachweis der Arbeitsunfähigkeit*

Voraussetzung einer vertrauensärztlichen Untersuchung ist in der Regel zunächst das Vorliegen einer gesundheitlich begründeten Arbeitsverhinderung. Liegt eine solche vor, so obliegt es dem Arbeitnehmer zu beweisen, dass der Grund der Abwesenheit auf Krankheit oder Unfall zurückzuführen ist.⁶⁸ Der Arbeitnehmer wird sich in den allermeisten Fällen bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen auf ein Arzzeugnis berufen.⁶⁹ Es stellt sich damit die Frage, ob eine vertrauensärztliche Untersuchung vom Arbeitgeber angeordnet werden kann, wenn der Arbeitnehmer kein Arzzeugnis resp. keinen anderen Beweis seiner Arbeitsunfähigkeit vorlegt.

Der Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer verlangen, seine Arbeitsunfähigkeit zu belegen.⁷⁰ Präsentiert der Arbeitnehmer daraufhin, trotz Aufforderung des Arbeitgebers zur Wiederaufnahme der Arbeit oder zur Beibringung eines Nachweises, kein Arbeitszeugnis und erbringt er auch auf keine andere Art den Nachweis, dass er aus gesundheitlichen Gründen an der Arbeit verhindert ist, so muss der Arbeitgeber die Lohnfortzahlung zumindest bis zur gerichtlichen Beurteilung verweigern können.^{71, 72} Es stellt sich in dieser Situation jedoch die Frage, ob der Arbeitgeber dann noch ein berechtigtes Interesse daran hat, die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers von einem Vertrauensarzt untersuchen zu lassen. Das Interesse des Arbeitgebers ist in diesem Fall in erster Linie sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer entweder arbeitet oder aber keine ungerechtfertigte Lohnfortzahlung erfolgt. Weder für das erste Interesse noch für das zweite ist jedoch die vertrauensärztliche Untersuchung notwendig. Auch nach einer Untersuchung und der allfälligen Feststellung der Arbeitsfähigkeit kann der Arbeitnehmer nicht gezwungen werden, zur Arbeit zu erscheinen und bei fehlendem Nach-

⁶⁵ Vgl. auch Art. 43 ArGV 1; vgl. zu den Untersuchungen nach ArG bspw. STÖCKLI/SOLTERMANN, ArG-Kommentar, Art. 17c ArG N 4.

⁶⁶ VON KAENEL, ArbR 2006, S. 102.

⁶⁷ Vgl. zum Präsentismus HUG/PÄRLI, ARV 2012, S. 1 ff.

⁶⁸ AUBERT, CR, Art. 324a OR N 16; Art. 8 ZGB; GEISER, AJP/PJA 2013, S. 441.

⁶⁹ GEISER, AJP/PJA 2013, S. 441; EGLI, AJP/PJA 2000, S. 1068; SCHÖNENBERGER, S. 16; GLANZMANN-TARNUTZER, AJP/PJA 2005, S. 73 f.

⁷⁰ BRÜHWILER, Art. 324a OR N 9b; GEISER, 1983, S. 182.

⁷¹ SCHÖNENBERGER, S. 83.

⁷² Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der Arbeitgeber selbst dann, wenn der Arbeitnehmer seine Behauptung nicht mit einem Arzzeugnis belegt, nicht einfach eine (fristlose) Kündigung aussprechen, sondern er hat den Arbeitnehmer zur Wiederaufnahme der Arbeit oder zur Einreichung eines Arzzeugnisses anzuhalten, es sei denn, aufgrund der gesamten Umstände erscheine dies von vornherein als sinnlos (Urteil des Bundesgerichts (4A_140/2009) vom 12. Mai 2009, E. 5.2 m.w.H.).



weis der Arbeitsunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen kann die Lohnfortzahlung auch ohne vertrauensärztliche Untersuchung eingestellt werden.

Da der Nachweis der gesundheitlich begründeten Arbeitsunfähigkeit im Normalfall durch ein ärztliches Zeugnis erbracht wird, ist in der Regel demnach bei fehlendem Arztzeugnis keine vertrauensärztliche Untersuchung zulässig. Der Arbeitnehmer ist vielmehr aufzufordern, ein Arztzeugnis oder einen anderen Nachweis der Arbeitsunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen einzureichen. Tut er dies nicht, so kann der Arbeitgeber zum Schutz seiner Interessen die Lohnfortzahlung einstellen.

Eine vertrauensärztliche Untersuchung kann in Ausnahmefällen auch bei fehlendem Arztzeugnis zulässig sein.⁷³ Dies ist bspw. immer dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer versucht, das Vorliegen einer Krankheit oder eines Unfalls auf andere Art nachzuweisen. Auch diese Beweise muss der Arbeitgeber überprüfen lassen können, wenn die übrigen Voraussetzungen der vertrauensärztlichen Untersuchung gegeben sind.⁷⁴ Andere Fälle, bei denen eine vertrauensärztliche Untersuchung möglich sein muss, ohne dass ein Arztzeugnis vorgelegt worden ist, sind jene, bei denen auch eine Ausnahme der gesundheitlich begründeten Abwesenheit besteht.

4. Objektive Anhaltspunkte

Wird die Gültigkeit eines Arztzeugnisses vor Gericht bestritten, so wird das Gericht im Rahmen eines Beweisverfahrens weitere Beweise erheben.⁷⁵ Da das ärztliche Zeugnis der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt, können sich Gerichte, trotz der Grundannahme der Richtigkeit des Zeugnisses, über den in einem ärztlichen Zeugnis enthaltenen Befund hinwegsetzen.⁷⁶ Dies wird ein Gericht immer dann tun, wenn die Zweifel an der Richtigkeit des Zeugnisses begründet sind. Einem Arbeitgeber stehen jedoch nicht dieselben Mittel zur Überprüfung zur Verfügung wie einem Gericht. Mithin kann der Arbeitgeber nicht auf ein Beweisverfahren zurückgreifen. Der Massstab für die Beurteilung, ob es sich um objektiv begründete Zweifel handelt, darf daher nicht so hoch angesetzt werden, wie jener, der bei einem Gericht angesetzt wird, um einen Anscheinsbeweis entfallen zu lassen.⁷⁷

⁷³ So auch MÜLLER/VON GRAFFENRIED, recht 2011, S. 163; Die Autoren gehen jedoch auch davon aus, dass bei vollständiger Weigerung des Arbeitnehmers, seine Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen, der Arbeitgeber berechtigt ist, die vertrauensärztliche Untersuchung umgehend zu verlangen (MÜLLER/VON GRAFFENRIED, recht 2011, S. 163). Nach der hier vertretenen Auffassung kann der Arbeitgeber jedoch lediglich auf der Einreichung eines Nachweises von Seiten des Arbeitnehmers beharren und nötigenfalls die Lohnzahlung einstellen. Ein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers an einer vertrauensärztlichen Untersuchung besteht in solchen Fällen nicht.

⁷⁴ Insbesondere ist auch in solchen Fällen ein objektiver Grund vorausgesetzt und die Verhältnismässigkeit muss gewahrt bleiben.

⁷⁵ Insbesondere wird der ausstellende Arzt als Zeuge zu vernehmen sein (EGLI, Entscheide 2008, S. 51).

⁷⁶ GEISER, 2009, S. 209; STAEHELIN, ZK, Art. 324a OR N 9.

⁷⁷ Vgl. dazu GRONER, S. 147 m.V.a. Urteil des Bundesgerichts (5A.18/2004) vom 7. September 2004, E. 3.2.



Obwohl der Massstab für die Beurteilung, ob der Arbeitgeber berechnigte Zweifel haben durfte, nicht allzu streng sein sollte,⁷⁸ darf eine bloss formelle Bestreitung eines ärztlichen Attestes nicht zu dessen Widerlegung ausreichen.⁷⁹ Beurteilt werden sollen die Anhaltspunkte aus der Optik eines objektiv urteilenden Menschen.⁸⁰ Keine objektiven Anhaltspunkte bilden daher die Neugierde des Arbeitgebers oder dessen persönliche Abneigung einem bestimmten Arbeitnehmer gegenüber.

Umstände, welche Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses begründen können, lassen sich grob in die folgenden vier Kategorien einteilen, welche sich auch überschneiden können:

- Formelle und materielle Mängel des Arbeitsunfähigkeitsnachweises⁸¹
- Verhalten des Arbeitnehmers⁸²
- Verhalten des Arztes⁸³
- Zeitpunkt, Häufigkeit und Dauer der Arbeitsunfähigkeit⁸⁴

Auch wenn mehrere Anhaltspunkte vorliegen, welche jeder für sich alleine betrachtet keine Zweifel zu schüren vermögen, kann im konkreten Einzelfall ein genügender Anhaltspunkt aus dem Zusammenspiel dieser verschiedenen Gründe vorliegen. Zu beachten ist dabei jedoch, dass nicht die Richtigkeit des Zeugnisses für die Lohnfortzahlung oder die Kündigungssperrfrist relevant ist, sondern das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit.⁸⁵ Kann der Arbeitgeber also darlegen, dass berechnigte Zweifel an der Richtigkeit des Arztzeugnisses bestehen, heisst das nicht automatisch, dass der Arbeitnehmer arbeitsfähig ist. Vielmehr ist in einem solchen Fall der Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht gehalten, dem Arbeitgeber zu ermöglichen, die behauptete Arbeitsunfähigkeit zu überprüfen. Sind die übrigen Voraussetzungen gegeben, ist bei derartigen Zweifeln daher eine vertrauensärztliche Untersuchung zulässig.

Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass ein Arztzeugnis immer angefochten werden kann, auch wenn vorher keine vertrauensärztliche Untersuchung stattgefunden hat.⁸⁶

⁷⁸ So auch EGLI, Entscheide 2008, S. 53.

⁷⁹ Für ein Gericht kann dies auch nicht ausreichen, ZINSLI, S. 36.

⁸⁰ ZINSLI setzt für die Beurteilung auf einen objektiv urteilenden Sachkundigen, was jedoch für den Fall der Beurteilung durch einen Arbeitgeber nicht sachgerecht erscheint (ZINSLI, S. 36).

⁸¹ Als Beispiel für die erste Kategorie können Zeugnisse dienen, welche unleserlich (formeller Mangel; bspw. Urteil des BezGer Kreuzlingen (B.2006.122) vom 16. Februar 2009) oder übermässig rückdatiert sind (materieller Mangel; bspw. AGer ZH in Entscheide 2006, Nr. 11 i.V.m. Nr. 24).

⁸² Bspw. wenn ein wegen eines Knieleidens krankgeschriebener Arbeitnehmer gesehen wird, wie er zu Hause sein Hausdach ausbessert (GSGer BS in BJM 1975, S. 230).

⁸³ Wenn der Arzt auf dem Zeugnis abfällige Bemerkungen über die Arbeitgeberin anbringt (Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft (100 05 419) vom 15.11.05 E. 3.2).

⁸⁴ Wenn der Arbeitnehmer genau zu jenem Zeitpunkt erkrankt, an dem ein Ferienbezug zu dem von ihm gewünschten Zeitpunkt verweigert wurde (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).

⁸⁵ GEISER, 2009, S. 209.

⁸⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, 2005, Art. 324a OR N 3.



5. *Verhältnismässigkeit*

Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei einer vertrauensärztliche Untersuchung um eine Datenbearbeitung im Sinne von Art. 3 lit. e DSGVO und damit auch um eine Datenbearbeitung im Sinne von Art. 328b OR.⁸⁷ Weiter konnte festgestellt werden, dass auch jene Datenbearbeitung, welche zufolge genügenden Arbeitsplatzbezuges nach Art. 328b OR zulässig ist, in der Folge dem Datenschutzgesetz unterliegen.⁸⁸ Die zu beachtenden Grundsätze finden sich in Art. 4, Art. 5 Abs. 1, und Art. 7 DSGVO. Demnach ist eine Bearbeitung von Daten gemäss Art. 12 Abs. 2 DSGVO insbesondere bei unverhältnismässiger Datenbearbeitung widerrechtlich.⁸⁹ In Bezug auf die vertrauensärztliche Untersuchung ist damit festzuhalten, dass diese, um dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen, nur dann angeordnet werden darf, wenn sie unbedingt notwendig ist (was durch den genügenden Arbeitsplatzbezuges nach Art. 328b OR gewährleistet werden soll) und zudem nur dann, wenn keine mildereren Mittel zur Erreichung des Zwecks ersichtlich sind (geringstmöglicher Eingriff).

6. *Keine berechtigten Einwendungen des Arbeitnehmers*

a. *Überblick*

Zulässig ist eine vertrauensärztliche Untersuchung nur dann, wenn sie zur Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges nötig ist resp. wenn sie für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses als erforderlich angesehen werden kann. Zur Abklärung dieser Frage dienen die voranstehenden Voraussetzungen. Werden diese Voraussetzungen erfüllt, wird in aller Regel die Aufforderung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, rechtmässig erfolgen.

Die hinter den Voraussetzungen stehende, einzelfallbezogene Interessenabwägung kann jedoch nicht bereits dadurch abgeschlossen werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob der Arbeitnehmer konkrete Gründe anführen kann, welche die Interessenabwägung dahingehend beeinflussen, dass trotz Vorliegen der erwähnten Voraussetzungen eine vertrauensärztliche Untersuchung in der vorgesehenen Form nicht zulässig ist. Denkbare Einwendungen können dabei bspw. sein:

- Einwendungen gegen die Person des Vertrauensarztes
- Einwendungen gegen fehlende Information des Arbeitnehmers
- Einwendungen der Transportunfähigkeit des Arbeitnehmers

Da es sich jeweils um eine einzelfallbezogene Beurteilung handelt, sind weitere Einwendungen denkbar. Bei den Einwendungen ist jedoch zu beachten, dass dem Grundsatz nach eine vertrauensärztliche Untersuchung zulässig ist. Bei berechtigten Einwendungen des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber dennoch eine vertrauensärztliche Untersuchung anordnen,

⁸⁷ Vgl. dazu weiter oben unter „Vertragliche Ausdehnungsmöglichkeiten der Konsultationspflicht“, S. 9.

⁸⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 7.

⁸⁹ Art. 4 Abs. 2 und 3 DSGVO; ein Verhältnismässigkeitsgebot liesse sich auch aus Art. 328 OR ableiten (FREI, S. 57).



wenn er Massnahmen ergreifen kann, welche den entsprechenden Einwendungen begegnen.

Liegen mehrere Einwendungen gegen eine vom Arbeitgeber angeordnete vertrauensärztliche Untersuchung vor, so ist der Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht verpflichtet, alle Einwendungen auf einmal vorzubringen. Ein gestaffeltes Geltendmachen der Einwendungen, mögen sie auch berechtigt sein, mit dem Zweck die vertrauensärztliche Untersuchung faktisch zu verhindern oder zumindest markant zu verzögern, ist treuwidrig, da der Arbeitnehmer durch ein solches Verhalten die berechtigten Interessen des Arbeitgebers schädigt.⁹⁰

b. Einwendungen gegen die Person des Vertrauensarztes

Wird ein Arbeitnehmer aufgefordert, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung unterziehen zu lassen, ist es durchaus denkbar, dass der Arbeitnehmer mit der Wahl des Vertrauensarztes durch den Arbeitgeber nicht einverstanden ist. Insbesondere könnte er vorbringen, dass der Grundsatz der freien Arztwahl verletzt sei, dass der Vertrauensarzt des Arbeitgebers parteiisch sei und die Arbeitsunfähigkeit nicht objektiv beurteilen könne, dass der Vertrauensarzt weniger qualifiziert sei, die Arbeitsunfähigkeit zu beurteilen oder dass sich der Arbeitnehmer nicht von einer Vertrauensärztin des Arbeitgebers (oder umgekehrt) untersuchen lassen möchte. Die dahinterstehende Rechtsfrage lautet dahingehend, ob der Arbeitnehmer mit der Wahl des Arbeitgebers bezüglich der Person des Vertrauensarztes einverstanden sein muss oder der Arbeitgeber zumindest eine Auswahl an Ärzten anbieten muss oder ob der Arbeitnehmer die Wahl des Arbeitgebers zu akzeptieren hat. Diesbezüglich hat das Obergericht des Kantons Bern entschieden, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Wahl seines Vertrauensarztes nicht vorschreiben kann.⁹¹ Auch das Bundesgericht äussert sich, allerdings in einem öffentlich-rechtlichen Fall, diesbezüglich dahingehend, dass es ausser Frage stehe und sich aus der Natur der Sache ergebe, dass der lohnzahlungspflichtige Arbeitgeber den Vertrauensarzt bestimmt und nicht der Arbeitnehmer.⁹² Meines Erachtens kann daher davon ausgegangen werden, dass der Arbeitgeber in der Wahl des Vertrauensarztes frei ist, solange die Untersuchung geeignet ist, den Zweck zu erreichen, nämlich eine behauptete Arbeitsunfähigkeit zu überprüfen. Weiss der Arbeitgeber nicht, welche Art von gesundheitlicher Beeinträchtigung vorliegt, wäre bspw. die Auswahl eines Psychiaters als Vertrauensarzt nicht die richtige Wahl.

Eine weitere Einschränkung ist m.E. dann vorzunehmen, wenn der Arbeitnehmer vorbringt, dass er sich nur von einem männlichen Arzt resp. eine Arbeitnehmerin nur von einer Ärztin untersuchen lassen wolle. Bei der Frage des Geschlechts des Vertrauensarztes ist jedoch zusätzlich in Betracht zu ziehen, dass es vielen Menschen unangenehm ist, sich von einem Arzt des anderen Geschlechts untersuchen zu lassen. Insbesondere bei Untersuchungen im Intimbereich können die Hemmungen entsprechend grosse sein. Dies ist bei der Interessen-

⁹⁰ Art. 321a Abs. 1 OR.

⁹¹ Urteil des Obergerichts des Kantons Bern (ZK 10 666) vom 9. März 2012, E. 40.

⁹² Urteil des Bundesgerichts (2P.206/2006) vom 24. Januar 2007 E.3.2.



abwägung zu berücksichtigen.⁹³ Grundsätzlich gilt auch bei dieser Frage, dass kein Anspruch darauf besteht, von einem Arzt gleichen Geschlechts untersucht zu werden. Handelt es sich jedoch um eine sehr intime Untersuchung, müssen die Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen können, die Untersuchung von Arzt gleichen Geschlechts durchführen zu lassen. Hat der Arbeitgeber keine weiteren Informationen über die Art der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Arbeitnehmers, hat der Arbeitgeber einen entsprechenden Arzt oder eine Ärztin zu bestimmen, welche die Untersuchung durchführt, ohne dass der Arbeitgeber nach Details der Erkrankung fragen darf.⁹⁴ Dies führt unweigerlich zu einer Verzögerung der vertrauensärztlichen Untersuchung, weshalb empfohlen wird, bereits bei der ersten Aufforderung zur Konsultation eines Vertrauensarztes eine Vertrauensärztin und einen Vertrauensarzt zur Auswahl zu stellen.

c. Einwendungen gegen fehlende Information des Arbeitnehmers

Im Sachverhalt des Bundesgerichtsurteils 4A_59/2010 ist ersichtlich, dass der Anwalt der Beschwerdeführerin vom Arbeitgeber Auskunft darüber verlangt hat, auf welche vertragliche Grundlage er eine Untersuchung bei einem Vertrauensarzt stütze.⁹⁵ Ebenso könnte der Arbeitnehmer fragen, warum eine solche Untersuchung angeordnet worden ist.

Erhält der Arbeitnehmer eine Aufforderung, sich bei einem Vertrauensarzt des Arbeitgebers untersuchen zu lassen, wird ihm jedoch nicht mitgeteilt, wieso die Untersuchung notwendig ist, kann der Arbeitnehmer zwar in Erfahrung bringen, dass er grundsätzlich verpflichtet wäre, eine entsprechende Untersuchung durchführen zu lassen, jedoch nur dann, wenn objektive Anhaltspunkte vorliegen, die den Arbeitgeber an der Richtigkeit des vorgelegten Arztzeugnisses zweifeln lassen. Sind dem Arbeitnehmer diese objektiven Anhaltspunkte aber 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. Nach der hier vertretenen Meinung muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die Gründe der Untersuchung informieren und die objektiven Anhaltspunkte offen legen, wenn er vermeiden will, dass der Arbeitnehmer der Aufforderung zur vertrauensärztlichen Untersuchung wegen einer rechtlich unsicheren Weisung nicht nachkommt.⁹⁶

Anders hat dies das Obergericht des Kantons Zürich entschieden, das festhielt, dass von einem Arbeitgeber nicht verlangt werden könne, dass er seine Aufforderung auch begründe, da es gerade der Sinn einer solchen Untersuchung sei, einen Verdacht auszuräumen oder zu erhärten.⁹⁷ Diese Argumentation vermag hingegen nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit es die vertrauensärztliche Untersuchung gefährden solle, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mitteilt, weshalb er am vorgelegten Arztzeugnis zweifelt. Auch

⁹³ Im Bereich der medizinischen Untersuchungen (ArG) hat der Gesetzgeber bereits entschieden, dass Frauen Anspruch auf medizinische Untersuchung und Beratung bei einer Ärztin haben (Art. 17c ArG i.V.m. Art. 43 Abs. 2 ArGV 1).

⁹⁴ Solche Informationen darf der Arbeitgeber aufgrund von Art. 328b OR nicht erfragen.

⁹⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_59/2010 vom 20. Mai 2010.

⁹⁶ Dies hat in der Regel schriftlich zu geschehen (Art. 8 Abs. 5 DSG).

⁹⁷ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Mai 1981 in JAR, 1982, S. 130 f.



ist die Information nicht überflüssig, da der Arbeitnehmer nur mit diesen Angaben prüfen kann, ob die Anordnung der vertrauensärztlichen Untersuchung zu Recht erfolgt.

d. Einwendungen der Transportunfähigkeit des Arbeitnehmers

Besondere Probleme ergeben sich dann, wenn der Arbeitnehmer geltend macht, er sei nicht transportfähig und er könne daher den Vertrauensarzt des Arbeitgebers nicht aufsuchen. Es ist davon auszugehen, dass die wenigsten Vertrauensärzte einen Hausbesuch machen werden.⁹⁸ In einem solchen Fall ist zunächst vom Arbeitnehmer zu verlangen, diese Transportunfähigkeit zu belegen. In einem ersten, einfachen Zeugnis, das der Arbeitnehmer einreichen wird, um seine Arbeitsunfähigkeit zu belegen, wird keine Angabe bezüglich der Transportfähigkeit enthalten sein. In der Regel hat das den Arbeitgeber auch nicht zu interessieren, solange eine Arbeitsunfähigkeit attestiert wird. Macht der Arbeitnehmer wie in diesem Fall jedoch einen Sachverhalt geltend, welcher nicht durch das einfache Arztzeugnis gedeckt oder bestätigt wird, so ist er gehalten, weitere Informationen anzubieten. Er kann beispielsweise ein zweites Zeugnis mit entsprechendem Vermerk der Transportunfähigkeit einreichen oder den behandelnden Arzt soweit von der Schweigepflicht befreien, damit dieser dem Arbeitgeber oder dem Vertrauensarzt telefonisch oder durch das Einreichen von Akten Auskunft über die Transportfähigkeit des Arbeitnehmers erteilen kann. Weigert sich der Arbeitnehmer jedoch, seine Transportunfähigkeit nachzuweisen und werden auch keine Akten zur Verfügung gestellt, so ist die Transportunfähigkeit nicht nachgewiesen und der Arbeitgeber kann gleich verfahren, wie wenn sich der Arbeitnehmer geweigert hätte, sich vertrauensärztlich untersuchen zu lassen.

Bringt der Arbeitnehmer diese Bestätigung seines Arztes bei, so kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer lediglich noch auffordern, die für die aktuelle Arbeitsunfähigkeit relevanten Patientenakten vom attestierenden Arzt an den Vertrauensarzt zu schicken.⁹⁹ Dieser kann dann anhand der Akten überprüfen, ob die Transportunfähigkeit und die Arbeitsunfähigkeit plausibel sind. Diesbezüglich ist jedoch darauf hinzuweisen, dass Gerichte, sollte es sich zu einem Streitfall weiterentwickeln, in der Regel auf das qualifiziertere Zeugnis abstellen.¹⁰⁰

IV. FOLGEN EINER (VERWEIGERTEN) KONSULTATION

Unterzieht sich der Arbeitnehmer einer vom Arbeitgeber angeordneten vertrauensärztlichen Untersuchung¹⁰¹, wird der Vertrauensarzt das Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit entweder bestätigen oder er wird den Arbeitnehmer für arbeitsfähig erklären. Bestätigt der Vertrauensarzt die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers wird kaum je ein Problem auftauchen. Sowohl der

⁹⁸ MÜLLER, AJP/PJA 2010, S. 171.

⁹⁹ So auch MÜLLER, AJP/PJA 2010, S. 171.

¹⁰⁰ REHBINDER/STÖCKLI, BEK, Art. 324a OR N 19.

¹⁰¹ Die Lehre ist diesbezüglich, soweit eine Äusserung vorliegt, der Auffassung, dass es sich bei der Konsultationspflicht nicht um eine echte Rechtspflicht, sondern um eine Obliegenheit des Arbeitnehmers handelt (GEISER, AJP/PJA 2003, S. 333; EGLI, Urteile 2008. S. 53; STAEHELIN, ZK, Art. 324a OR N 10; PORTMANN, BAK, Art. 324a OR N 25; REHBINDER/STÖCKLI, BEK, Art. 324a OR N 19; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR N 12; PÄRLI et al., S. 69.)



Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer wird sich das Ergebnis seines eigenen (Vertrauens-) Arztes vorhalten lassen müssen.

Widersprechen sich das Arztzeugnis des behandelnden Arztes und jenes des Vertrauensarztes, so stellt sich die Frage, nach welchem Arztzeugnis sich der Arbeitgeber richten muss. Hier ist zu fordern, dass sich der Arbeitgeber in der Regel auf das Zeugnis des eigenen Vertrauensarztes stützen darf.¹⁰² 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 davon ausgehen, dass keine Arbeitsunfähigkeit vorliegt, er muss den Arbeitnehmer über das Resultat der vertrauensärztlichen Untersuchung unterrichten¹⁰³ und kann ihn dazu auffordern, seine Arbeit sofort wieder aufzunehmen. Die Information des Arbeitnehmers bezüglich des Resultats der vertrauensärztlichen Untersuchung ist wichtig, denn einem Arbeitnehmer kann nicht vorgeworfen werden, trotz anderer Beurteilung durch den Vertrauensarzt nicht zur Arbeit erschienen zu sein, wenn er nicht über diese andere Beurteilung informiert worden ist.¹⁰⁴ Geht der Arbeitgeber jedoch in der oben umschriebenen Weise vor, wird dies wohl unweigerlich zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung führen. Dann wird ein Gericht zu beurteilen haben, welches der beiden Zeugnisse einen höheren Beweiswert aufweist. Alternativ kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer dazu auffordern, den behandelnden Arzt zu veranlassen, zum Arztzeugnis des Vertrauensarztes Stellung zu nehmen. Liegen danach überzeugende Argumente vor, weshalb das Zeugnis des Vertrauensarztes Mängel aufweist, so ist dem Arbeitgeber zu empfehlen, diese bei der Wahl seines Vorgehens zu berücksichtigen.¹⁰⁵ Er kann beispielsweise von seinem Vertrauensarzt eine Stellungnahme zur Kritik an seinem Attest einholen. Handelt der Arbeitgeber ohne den Arbeitnehmer zur Stellungnahme aufzufordern oder wenn er die überzeugenden Argumente des Arbeitnehmers ignoriert, läuft der Arbeitgeber Gefahr, dass von ihm getroffene Massnahmen von einem Gericht als ungerechtfertigt beurteilt werden.¹⁰⁶

Liegen jedoch keine oder keine überzeugenden Argumente vor, die gegen das vertrauensärztliche Zeugnis sprechen und weigert sich der Arbeitnehmer trotzdem, seine Arbeit wieder aufzunehmen, kann der Arbeitgeber Sanktionen in Betracht ziehen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es sich bei der Aufforderung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer zur Wiederaufnahme der Arbeit um eine Weisung handelt, die der Arbeitnehmer grundsätzlich zu befolgen hat.¹⁰⁷ Weigert sich der Arbeitnehmer, berechnete Weisungen des Arbeitgebers

¹⁰² So wohl auch MÜLLER, AJP/PJA 2010, S. 172.

¹⁰³ Das geschieht mit Vorteil dadurch, dass dem Arbeitnehmer das Arztzeugnis des Vertrauensarztes zugestellt wird.

¹⁰⁴ Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn (ZKNIB.2006.33) vom 9. Oktober 2006, E. II.3.b.

¹⁰⁵ Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem öffentlich-rechtlichen Fall, in dem das ursprüngliche Attest des behandelnden Arztes eingehend begründet und am Ergebnis des Vertrauensarztes auch für Laien zumindest ansatzweise nachvollziehbare Kritik geäussert wurde, entschieden, dass der Arbeitgeber das vertrauensärztliche Zeugnis nicht unbesehen hätte übernehmen dürfen. Vielmehr wäre er gehalten gewesen, die Beurteilung durch weitere Abklärungen zu verifizieren (Urteil des Bundesverwaltungsgericht (A-6820/2008) vom 15. April 2009, E. 3.3.1.)

¹⁰⁶ Zu denken ist bspw. an eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung.

¹⁰⁷ Art. 321d OR.



auszuführen, setzt er sich wegen einer Vertragsverletzung einer Reihe von Sanktionen aus, die der Arbeitgeber ergreifen kann.¹⁰⁸ Die Sanktionen des Arbeitgebers können dabei vom Verweis oder einer Verwarnung bis hin zur fristlosen Entlassung in sehr schweren Fällen oder im Wiederholungsfall reichen.¹⁰⁹ Besteht, wie hier vorliegend, die Verletzung der Befolgungspflicht in der Verweigerung der Arbeitsleistung, kann der auf diese Zeit entfallende Lohnanspruch entfallen.¹¹⁰ Zudem wird der Arbeitnehmer schadenersatzpflichtig, wenn dem Arbeitgeber aufgrund der Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist.¹¹¹

Verweigert der Arbeitnehmer eine berechtigte Untersuchung und weist er auch auf keine andere Weise seine Arbeitsunfähigkeit nach,¹¹² so kann das als Entkräftung eines bestehenden Arbeitsunfähigkeitszeugnisses durch den Arbeitnehmer eingestuft werden,¹¹³ womit nach der hier vertretenen Ansicht zumindest bis zu einer gerichtlichen Überprüfung die Lohnfortzahlungspflicht entfällt.¹¹⁴ Des Weiteren stellt eine unberechtigte Verweigerung der geforderten vertrauensärztlichen Untersuchung eine Vertragsverletzung des Arbeitnehmers dar (Weisungsverstoss), wodurch er sich den bereits weiter oben erwähnten Sanktionen ausliefert.¹¹⁵ Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass ein Nichtaufsuchen des Vertrauensarztes ohne Verwarnung in keinem Fall als derart schwerwiegend erachtet werden kann, dass objektiv auf eine derartige Zerstörung oder Erschütterung der Vertrauensgrundlage geschlossen werden könne, dass dies den Arbeitgeber dazu berechtigen würde, eine fristlose Entlassung auszusprechen.¹¹⁶

V. ZUSAMMENFASSUNG

Das Kernproblem im Zusammenhang mit dem privatrechtlichen Vertrauensarzt des Arbeitgebers ist die Frage, ob der Arbeitgeber das Recht hat, ohne objektiven Anhaltspunkt einen Arbeitnehmer zum Vertrauensarzt zu schicken, alleine aus der Tatsache, dass eine Arbeits-

¹⁰⁸ DUNAND, Art. 321d OR N 38.

¹⁰⁹ VISCHER, S. 141.

¹¹⁰ STAEHELIN, ZK, Art. 321d OR N 23.

¹¹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d OR N 7; ArbGer ZH in ZR 1998 Nr. 58; HENSCH, Pflegerecht 2012, S. 17.

¹¹² Es wird auch die Meinung vertreten, dass durch die Verweigerung der Untersuchung der Arbeitnehmer per se als gesund anzusehen ist resp. das Arztzeugnis als widerlegt gelte (Tribunale di appello TI in JAR 1993, S. 144; RtiD 1009 I 44c, E. 7); vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR N 12.

¹¹³ RUDOLPH/VON KAENEL, SJZ 2010, S. 365; Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern (1B 11 56) vom 30. Januar 2012, E. 4.5.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR N 12.

¹¹⁴ A.M. ZINSLI, S. 99; gl.M. aber PÄRLI et al., S. 69 Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern (1B 11 56) vom 30. Januar 2012, E. 4.5.1; STAEHELIN, ZK, Art. 324a OR N 10; GEISER/MÜLLER, Rz. 435; REHBINDER/STÖCKLI, BEK, Art. 324a OR N 19; Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 13. November 2008 in JAR 2009, S. 482 f.; EGLI geht offenbar davon aus, dass der Besuch des Vertrauensarztes Voraussetzung der Lohnfortzahlung sei (Egli, Entscheide 2008, S. 53). Diese Begründung ist abzulehnen. Voraussetzung der Lohnfortzahlungsansprüche ist das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit. Der Arbeitgeber muss jedoch berechtigt sein, bis zur Beurteilung durch ein Gericht, die Lohnfortzahlung einzustellen (vgl. auch SCHÖNENBERGER, S. 83).

¹¹⁵ DUNAND, Art. 321d OR N 38.

¹¹⁶ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich (LA110017) vom 3. Juli 2012, E. 2.b.



unfähigkeit des Arbeitnehmers vorliegt und ein Arztzeugnis eingereicht worden ist. Diese Frage ist nach der hier vertretenen Meinung zu verneinen. Es braucht objektive Anhaltspunkte, damit eine Konsultationspflicht eines Arbeitnehmers angenommen werden kann. Ein subjektiver Verdacht alleine reicht nicht aus. Grund dafür ist die Herleitung der Konsultationspflicht aus der Treuepflicht.

Die Herleitung der Konsultationspflicht aus der Treuepflicht macht zudem eine Interessenabwägung notwendig. Das Abklären einiger Voraussetzungen erleichtert dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer die Beurteilung, ob eine vertrauensärztliche Untersuchung in einem konkreten Fall zulässig ist oder nicht. Dabei sind folgende Fragen zu beantworten: Liegt eine gesundheitlich begründete Abwesenheit vor? Liegt bereits ein Arbeitsunfähigkeitsnachweis vor? Liegen objektive Anhaltspunkte vor, welche die Richtigkeit des Arztzeugnisses in Frage stellen? Ist die Massnahme verhältnismässig? Kann der Arbeitnehmer Einwendungen geltend machen, die ihn dazu berechtigen, eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verweigern?

Da es sich bei der Konsultationspflicht nicht um eine echte Rechtspflicht, sondern um eine Obliegenheit handelt, stellt sich die Frage, was geschieht, wenn der Arbeitnehmer der Weisung des Arbeitgebers keine Folge leistet und die vertrauensärztliche Untersuchung verweigert. Kann der Arbeitnehmer keine Gründe geltend machen, welche ihn zu diesem Verhalten berechtigen, kann der Arbeitgeber bis zu einer gerichtlichen Überprüfung die Lohnfortzahlung einstellen. Des Weiteren setzt sich der Arbeitnehmer damit wegen einer Vertragsverletzung einer Reihe von Sanktionen aus. Eine fristlose Entlassung ist höchstens in absoluten Ausnahmefällen gerechtfertigt.

Wird die vertrauensärztliche Untersuchung durchgeführt und widersprechen sich die beiden ärztlichen Atteste, ist auf das qualifiziertere Zeugnis abzustellen. Dies wird nach der Art und Weise des Zustandekommens eines Zeugnisses, nach der Qualität und Aussagekraft der Zeugnisse, nach dem Fachwissen der Ärzte bezüglich der zu beurteilenden Gesundheitsbeeinträchtigung und nach der Häufigkeit, Tiefe und Zeitnähe der persönlichen Untersuchung des Patienten beurteilt.



LITERATURVERZEICHNIS

AUBERT GABRIEL, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire romand, Code des Obligations I, Genf 2003.

AUBERT GABRIEL, La protection des données dans les rapports de travail, Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zürich 1999, S. 145-191. (Zit. Aubert, 1995).

BRAND DANIEL/DÜRR LUZIUS/GUTKNECHT BRUNO/PLATZER PETER/SCHNYDER ADRIAN/STÄMPFLI CONRAD/WANNER ULRICH, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht: Kommentar zu den Artikeln 319-346a, 361/362, Schweizerischer Gewerbeverband (Hrsg.), Bern 1991. (Zit. Brand et al., Kommentar SGV).

BRÜHWILER JÜRIG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996.

BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005. (Zit. Brunner-/Bühler/Waerber/Bruchez, 2005).

CARRUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail – Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zürich 2009.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), Commentaire du contrat de travail, Bern 2013.

EGLI HANS-PETER, Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit – Probleme mit Arztzeugnissen, Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008, Zürich 2009. (Zit. Egli, Entscheide 2008).

EGLI HANS-PETER, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, AJP/PJA 2000, S. 1064-1078.

FAVRE CHRISTIAN/MUNOT CHARLES/TOBLER ROLF A., Le contrat de travail – code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale, 2. Aufl., Lausanne 2010.

FREI BERNHARD, Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers nach OR Art. 328 Abs. 1 unter besonderer Berücksichtigung des Personaldatenschutzes, Diss. Zürich, Zürich 1982.

GEISER THOMAS, Arztzeugnisse zur Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit – Zwischen Informationsbedürfnissen und Datenschutz, in: Wiegand Wolfgang/Koller Thomas/Walter Hans Peter (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht – Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern 2009. (Zit.: Geiser, 2009).

GEISER THOMAS, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Diss. Basel, Bern 1983. (Zit. Geiser, 1983).

GEISER THOMAS, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP/PJA 2003, S. 323-334.

GEISER THOMAS, Rechtsprechung zum Arbeitsrecht 2012, AJP/PJA 2013, S. 437-449.



- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2012.
- GLANZMANN-TARNUTZER LUCREZIA, Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, AJP/PJA 2005, S. 73-81.
- GRONER ROGER, Beweisrecht – Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011.
- HENSCH ANGELA, Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege, Pflegerecht 2012, S. 11-27.
- HOTZ KASPAR. E., Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB, Diss. Zürich, Zürich 1967.
- HUGENTOBLER MARKUS, Arbeitgeberschreck Gesundheitscheck, AJP/PJA 2013, S. 1142-1152.
- IMBACH HAUMÜLLER DIANA, Whistleblowing - Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle, GesKR 2013, S. 71-83.
- LONGCHAMP GUY, IN: DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (HRSG.), Commentaire du contrat de travail, Bern 2013.
- MÜLLER ROLAND A., Arbeitsgesetz, 7. Aufl., Zürich 2009. (Zit. Müller, ArG-Kommentar).
- MÜLLER ROLAND, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP/PJA 2/2010, S. 167-175. (Zit. Müller, AJP/PJA 2010).
- MÜLLER ROLAND/VON GRAFFENRIED CAROLINE, Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung, S. 156-169.
- PÄRLI KURT, Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung, Diss. St. Gallen, Bern 2003.
- PÄRLI KURT/GUGGISBERG JÜRIG/HUG JULIA/OESCH THOMAS/PETRIK ANDREAS/RUDIN MELANIE, Arbeit und Krankheit – Berufliche Wiedereingliederung von Personen mit länger andauernder Arbeitsunfähigkeit – Eine Untersuchung zur Rolle des Rechts und des sozialen Umfelds, Reihe "Sozialrecht", Band 2-2012, Bern online-Publikation 2012. (Zit. Pärli et al.).
- PÄRLI KURT/HUG JULIA, Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit) ARV 2012, S. 1-12.
- PORTMANN WOLFGANG, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011.
- PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.
- RAMPINI CORRADO, in: Maurer-Lambrou Urs/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006. (Zit. Rampini, BAK).



REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002. (Zit. Reh binder, 2002).

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt, Bern 2010.

RIESELMANN-SAXER REBEKKA, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich, Bern 2002.

RUDOLPH ROGER, Stellenbewerbung und Datenschutz, Diss. Zürich, Bern 1997.

SCHÖNENBERGER CHRISTOPH, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, Diss. Zürich, Bern 2001.

STAEHELIN ADRIAN, Der Arbeitsvertrag – Art. 319-330a OR, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V 2c, 4. Aufl., Zürich 2006.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Allgemeine Arbeitsbedingungen, Diss. Zürich, Zürich 1979. (Zit. Stöckli, 1979).

STÖCKLI JEAN-FRITZ/SOLTERMANN DANIEL, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/ Wyler Rémy (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2005. (Zit. Stöckli/Soltermann, ArG-Kommentar).

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005, zugleich in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005.

VON KAENEL ADRIAN, Medizinische Untersuchungen und Tests im Arbeitsverhältnis, ArbR 2006, S. 93-117.

WEBER-SCHERRER MARGRIT, Rechtliche Aspekte der Information zwischen den Arbeitsvertragsparteien – unter besonderer Berücksichtigung des Notwehrrechts der Lüge, Schriftenreihe zum Obligationenrecht Bd. 60, Diss. Zürich, Zürich 1999.

WYLER RÉMY, Droit du travail, 3. Aufl., Bern 2014.

ZINSLI JÖRG MATHIAS, Krankheit im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich, Zürich 1992.

Monographie zum Thema:

Stengel Manuel, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. St.Gallen, Zürich/St.Gallen 2014.