

# **Aktuelles zur Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und medizinischer Fachexpertise**

**SIM Jahrestagung 2024**

21. März 2024

Dr. Alfred Blesi

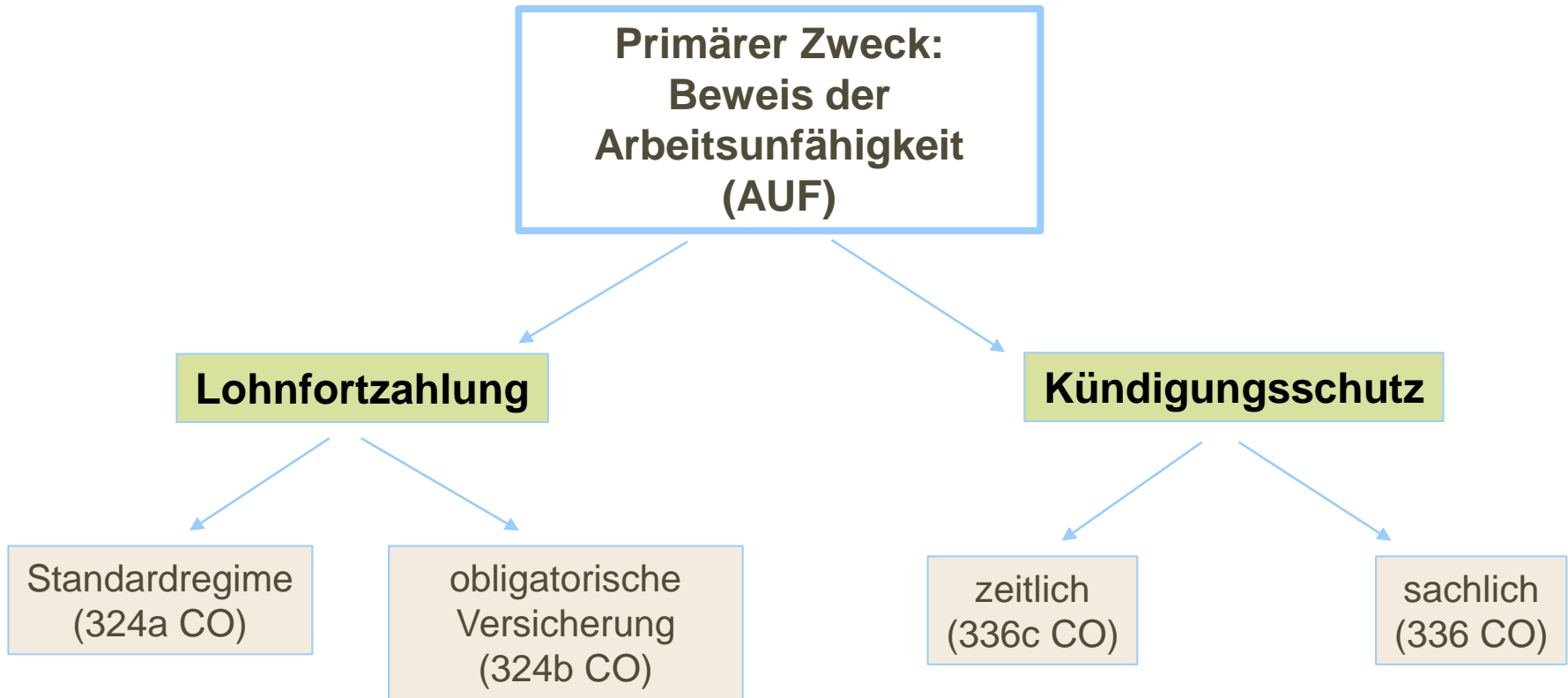
# AGENDA

- I. Arztzeugnis: Relevanz im Arbeitsrecht
- II. Arztzeugnis als Beweis
- III. Arztzeugnis: Inhalt und Beweiswürdigung
- IV. Arztzeugnis: Verifizierung
- V. Streitpunkt Krankheit am Kündigungstag

# I. ARZTZEUGNIS: RELEVANZ IM ARBEITSRECHT (1/2)

- Warum sind Fragen zu Arztzeugnissen im arbeitsrechtlichen Alltag so häufig?
  - Arbeitsverhinderungen treten häufig auf
  - Vor allem nach Kündigungen durch Arbeitgeber
  - Minimale Information vs. faktische Beobachtungen
  - Argwohn bei Rückdatierung über längere Zeit
  - Argwohn bei Widersprüchen

# I. ARZTZEUGNIS: RELEVANZ IM ARBEITSRECHT (2/2)



## II. ARZTZEUGNIS ALS BEWEIS (1/5)

- Arztzeugnis
  - Kann ab dem ersten Tag der Arbeitsverhinderung angefordert werden, sofern nicht anders vereinbart;
  - Informiert über Dauer und Art (Krankheit/Unfall/Schwangerschaft) der Arbeitsunfähigkeit;
  - Arbeitgeber darf nicht nach der Diagnose fragen
- Bericht des Vertrauensarztes
  - Bei objektiven Gründen für Zweifel am ärztlichen Attest
  - Auf Kosten des Arbeitgebers



Beide sind einzig Beweismittel, die bei der gerichtlichen Beurteilung berücksichtigt werden.

## II. ARZTZEUGNIS ALS BEWEIS (2/5)

Was sagt das Standard-Arztzeugnis aus?

Nur rudimentäre Informationen, i.d.R.

- Dauer der Arbeitsunfähigkeit
- Behandelnder Arzt
- Datum der Zeugnisausstellung
- Krankheit / Unfall / Schwangerschaft

Was möchte der Arbeitgeber aus dem Arztzeugnis ablesen können?

- Gewisse Tätigkeiten noch möglich?
- Prognose? → Planung
- Ursache der AUF: hängt mit früherer Arbeitsunfähigkeit zusammen? → Sperrfrist
- Arbeitsplatzbezogen? → Sperrfrist
- Ferienfähigkeit? → allf. Anordnung von Ferienbezug

## II. ARZTZEUGNIS ALS BEWEIS (3/5)

### Was darf der Arzt überhaupt sagen?

- Psychiater schreibt im Rahmen einer vertrauensärztlichen Untersuchung eine 7-seitige Beurteilung mit zahlreichen sensitiven Daten zu Lebens- und Finanzsituation, biographischer Vorgeschichte und Qualifizierungen von Personen bei der Arbeitgeberin (*“VR ist ein gefährlicher Psychopath”*)
- Argumente Psychiater: er sei vom Arbeitnehmer vollumfänglich von seiner Schweigepflicht entbunden worden
- Obergericht Zürich: Verurteilung wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses, da der Bericht in Sache und Umfang deutlich zu weit ginge. Viele Details seien weder notwendig noch zulässig.

Urteil SB160142 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. August 2016

## II. ARZTZEUGNIS ALS BEWEIS (4/5)

- Verwaltungsgericht ZH:
  - Das Arztzeugnis stellt kein absolutes Beweismittel dar, sondern lediglich eine Parteibehauptung.
  - Obwohl der Beweis der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit in der Regel durch ärztliches Zeugnis erbracht wird, bewirkt der Anscheinsbeweis keine Beweislastumkehr. Es bleibt somit eine Frage der Beweiswürdigung, ob ein Gericht auf ein ärztliches Zeugnis abstellt.
  - Nicht beweisbildend sind in der Regel Arztzeugnisse, die sich allein auf die Patientenschilderung abstützen und ohne eigene objektive Feststellungen des Arztes oder erst Monate später ausgestellt werden.

Urteil VB.2014.00739 und VB.2015.00018 vom 30.9.2015



## II. ARZTZEUGNIS ALS BEWEIS (5/5)

### Was muss die Arbeitnehmerin sagen?

- Für eine Anstellung bei der SBB musste eine Bewerberin im Oktober 2019 einen medizinischen Fragebogen ausfüllen.
- Der Fragebogen enthielt unter anderem die Frage "*Souffrez-vous actuellement de troubles de la santé ?*". In diesem Zusammenhang präzisierte ein weiteres Dokument : "*Par troubles de la santé, on entend des maladies ou des restrictions qui surviennent de façon répétée et nécessitent un contrôle périodique par un spécialiste médical et/ou une prise de médicaments. Merci de mentionner également d'éventuels troubles de la santé même si vous ne subissez pas de douleurs au quotidien et que vous vous sentez apte à travailler.*" Die Bewerberin antwortete mit "Nein" und wurde als "Assistante clientèle CFF" angestellt.
- Bei Beginn des Arbeitsverhältnisses hinkte die Arbeitnehmerin, weshalb die SBB die Arbeitnehmerin vertrauensärztlich untersuchen liess. Resultat: myotonische Steinert-Dystrophie, diagnostiziert 2016, 2013 erlitt die Arbeitnehmerin deswegen eine konservativ behandelte Fraktur des rechten Knöchels.
- SBB kündigen den Arbeitsvertrag.
- Bundesgericht: keine objektiv ausreichenden Gründe für die Beendigung des Dienstverhältnisses

### III. ARZTZEUGNIS: INHALT UND BEWEISWÜRDIGUNG (1/3)

- Richterliche Beurteilung der ärztlichen Aussagen im Rahmen der Beweiswürdigung
  - Gerade bei Arbeitsunfähigkeit nach Kündigung ist vertrauensärztliche Untersuchung angezeigt
  - An Zweifel an der Richtigkeit der eingereichten Zeugnisse dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.
  - Aufforderung zur vertrauensärztlichen Untersuchung ist keine Persönlichkeitsverletzung

Vgl. Hans-Peter Egli, Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit – Probleme mit Arztzeugnissen, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich, 2008

### III. ARZTZEUGNIS: INHALT UND BEWEISWÜRDIGUNG (2/3)

#### Beispiel eines vertrauensärztlichen Befundes:

*“Eine namhafte Gesundheitsstörung, die eine anhaltende Arbeitsunfähigkeit rechtfertigen könnte, konnte ich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht objektivieren. Retrospektiv und genuin medizinisch bestand mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nie eine Arbeitsunfähigkeit. Die AN ist und war vollumfänglich arbeitsfähig bei einem Rendement von 100%, d.h. der AN waren und sind 8.5 Stunden pro Tag an 5 Tagen pro Woche zumutbar. [Der Hausarzt bestätigte, ...] Sein Arbeitsunfähigkeitszeugnis beziehe sich ausschliesslich auf die von der AN berichteten Zustände am Arbeitsplatz.”*

### III. ARZTZEUGNIS: INHALT UND BEWEISWÜRDIGUNG (3/3)

#### Wer entscheidet: Richter oder Arzt?

Es ist nicht allein Sache der begutachtenden Arztperson, zu entscheiden, ob das medizinisch festgestellte Leiden zu einer Arbeitsunfähigkeit führt

- Erstens sei die *Arbeitsunfähigkeit* ein *unbestimmter Rechtsbegriff*, der der Konkretisierung durch die rechtsanwendenden Stellen bedürfe,
- zweitens verlange der *Grundsatz der freien Beweiswürdigung* eine umfassende Prüfung aller Beweismittel, also auch eines Arztszeugnisses, auf ihre Beweiseignung und -kraft hin, und
- drittens sei eine gerichtliche Überprüfung der ärztlichen Stellungnahme zur Arbeitsfähigkeit auf ihre *Schlüssigkeit im Einzelfall* hin geboten. Dies insbesondere deshalb, weil zwischen ärztlich festgestelltem Leiden und der Arbeitsunfähigkeit keine Korrelation bestehe.

Urteil des Bundesgerichts, BGE 140 V 193, vom 12. Juni 2014

## IV. ARZTZEUGNIS: VERIFIZIERUNG (1/3)

### Kein absoluter Anspruch auf Einholung medizinischer Gutachten

*„Das kantonale Gericht war der Ansicht, dass das von der Beklagten verlangte Gutachten nicht geeignet sei, seine Beurteilung zu ändern. Es merkte an, dass es angesichts des kürzlich wiederkehrenden Bandscheibenvorfalles, den der Kläger während der Ausübung seiner üblichen Tätigkeit als Baumaler erlitten hatte und unter dem er weiterhin litt, schwer vorstellbar sei, dass ein Gutachter zugeben würde, dass diese die Wirbelsäule belastende Tätigkeit mit seinem Gesundheitszustand vereinbar sei. Diese Überlegung ist von gesundem Menschenverstand geprägt. Sie lässt weder eine Verletzung des Rechts auf Beweis noch eine Verletzung von Art. 168 Abs. 1 ZPO erkennen, der - ob es der Beschwerdeführerin gefällt oder nicht - dem Richter keineswegs verbietet, einen Antrag auf Begutachtung durch antizipierte Beweiswürdigung abzulehnen.“*

(BGer 4A\_309/2021 vom 18. Januar 2022)

## IV. ARZTZEUGNIS: VERIFIZIERUNG (2/3)

### Beispiel aus der Gerichtspraxis

- Unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit verhindert Arbeitgeberkündigung von August bis November (bis zum Ausschöpfen der Sperrfrist)
- Nach Ablauf der Sperrfrist gültige Arbeitgeberkündigung
- Erneute Arbeitsunfähigkeit ab 6. Dezember, diesmal wegen Krankheit bis 9. Januar
- Arbeitgeber zweifelt zweites Arztzeugnis an, u.a. weil Arbeitnehmer gegenüber der Versicherung am 28. Dezember ausführte:

*„Die Arbeitsverhinderung hat vom 26. August bis zum 6. Dezember gedauert und die Arbeit konnte ab dem 7. Dezember zu 100% wieder aufgenommen werden.“*

## IV. ARZTZEUGNIS: VERIFIZIERUNG (3/3)



*Es ging um den Fuss, d.h. die Zeit danach kann man nicht voll auftreten. Es ist nichts Schlimmes, aber es kann die Gehfähigkeit für zwei bis drei Wochen beeinträchtigen.*

*Das ist relativ. Wenn es Ferien am Strand sind, ohne Anstrengung, ja. Wenn es eine Himalaya-Tour ist, nein. Es kommt darauf an, was man macht.*

*Im Büro kommt es darauf an, welche Schuhe man tragen muss, wie lange man sitzende oder stehende Tätigkeiten hat. Wenn man am Strand liegt und nicht länger gehen muss, geht das. Wenn man festes Schuhwerk tragen muss, häufig stehen muss, häufig den Standort wechseln muss, kann das störend sein.*



*Der Kläger soll über Weihnachten / Neujahr verreist sein. Waren Ferien trotz dieser AUF möglich?*

*Warum wäre es denn möglich, am Strand zu sein, aber nicht möglich im Büro zu sein?*

# V. STREITPUNKT KRANKHEIT AM KÜNDIGUNGSTAG (1/6)

## Jüngere Rechtsprechung

- *4A\_227/2009 vom 28. Juli 2009*: Übergabe Kündigungsschreiben an Arbeitnehmerin am 25. April, die an diesem Tag zur Arbeit erschien. Arbeitnehmerin hatte schon vor dem Kündigungstag einen Arzt konsultiert. Dieser bestätigte am 11. August eine Arbeitsunfähigkeit am 25. April infolge Infektion. Arbeitsunfähigkeit am 25. April wird zusätzlich durch 2 weitere Ärzte bestätigt. Gemäss Bundesgericht unbedeutende Beeinträchtigung der Gesundheit – Kündigung gültig.
- *4A\_89/2011 vom 27. April 2011, E. 3*: Übergabe Kündigungsschreiben an Arbeitnehmerin am 24. Oktober, Anfang Nachmittag. Zuvor hatte die Arbeitnehmerin normal, ohne Anzeichen von Krankheit, gearbeitet. Nach der Kündigung geht die Arbeitnehmerin zum Arzt und lässt sich krankschreiben. Unter solchen Umständen ist die Kündigung gemäss Bundesgericht gültig, obwohl der Arzt eine Arbeitsunfähigkeit für den (ganzen) 24. Oktober attestiert.



# V. STREITPUNKT KRANKHEIT AM KÜNDIGUNGSTAG (2/6)

## Jüngere Rechtsprechung

- *4A\_587/2020 vom 28. Mai 2021, E. 3.3*: Übergabe Kündigungsschreiben an den Arbeitnehmer am 15. März, 7.00 Uhr. Das wenige Stunden später ausgestellte Arztzeugnis (für den ganzen 15. März) war genügender Beweis der Arbeitsunfähigkeit, zumal die Ehefrau des Arbeitnehmers schon am 13. März mitteilte, der Arbeitnehmer sei krank. Sachverhalt laut Bundesgericht nicht mit *4A\_89/2011* vergleichbar. Kündigung ungültig.
- *Entscheid VB.2021.00192 vom 8. Juli 2021 des Zürcher Verwaltungsgerichts, E. 5.1*: Das Gericht: «*Wenn ein Arbeitnehmer am Kündigungstag ohne Krankheitszeichen bis zur Kündigung arbeitet, erst danach einen Arzt aufsucht und bezüglich dieses Tags für arbeitsunfähig erklärt wird, kann er sich in der Regel nicht auf den zeitlichen Kündigungsschutz von Art. 336c OR berufen. (Verweis auf BGer 4A\_89/2011)*». Interessant: Arztzeugnis wurde erst zwei Tage nach der Kündigung ausgestellt. Das Gericht dazu: «*Bereits dieser Umstand weckt Zweifel, ob vorbehaltlos auf dieses Arztzeugnis abgestellt werden kann.*»

# V. STREITPUNKT KRANKHEIT AM KÜNDIGUNGSTAG (3/6)

## Jüngere Rechtsprechung

- *8C\_607/2021 vom 19. Januar 2022, E. 5.2*: Hausarzt attestiert nach einer Spitalbehandlung Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers im Februar und März, konkret bis am 29. März. Der Arbeitnehmer arbeitete schon im Februar und März trotz bescheinigter Arbeitsunfähigkeit an einzelnen Tagen. Am 30. März erschien er zur Arbeit und erwähnte keine Arbeitsunfähigkeit. Arbeitgeber kündigt am 30. März. Hausarzt bestätigt am 1. April rückwirkend eine Arbeitsunfähigkeit vom 20. Februar bis 9. April.

Dazu das Bundesgericht: *«Wenn die Vorinstanz bei diesen Gegebenheiten zum Schluss gelangte, eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit am 30. März sei nicht erstellt, so ist sie damit nicht in Willkür verfallen.»* Kündigung vom 30. März gültig.

# V. STREITPUNKT KRANKHEIT AM KÜNDIGUNGSTAG (4/6)

## Beispiel aus der Praxis

- Arbeitgeberkündigung am 22. Februar. Ein erstes Zeugnis attestiert Arbeitsunfähigkeit ab 23. Februar, AUF später bis im Juni verlängert
- Am 6. November desselben Jahres führte die Ärztin (FA Psychiatrie) Folgendes aus:
  - *Am 23. Februar erstmals in der Sprechstunde, akute Belastungsreaktion*
  - *Bei Anamneseerhebung zeigte sich, dass bereits am 2. Dezember des Vorjahres eine erste akute Belastungsreaktion eingetreten war in Folge von massiven Anschuldigungen von Seiten des AG auf mehreren Ebenen, welche mit dem Selbstbild der AN so wenig übereinstimmten, dass sie ... und ihre psychische Gesundheit im Sinne eines Traumas stark erschütterten. ... Für die Wochen darauf schilderte sie Symptome, die einer posttraumatischen Belastungsstörung entsprechen.*
  - *Sie ging aus gewohntem Pflichtgefühl heraus weiterhin arbeiten. Ich bin überzeugt, dass auch damals [am 22. Februar, als die Kündigung ausgesprochen wurde] eine Krankschreibung zu 100% gerechtfertigt gewesen wäre.*

# V. STREITPUNKT KRANKHEIT AM KÜNDIGUNGSTAG (5/6)



Ja.

Ja.

*Als Psychiater ist man immer auf die Schilderungen der Patienten angewiesen.*

*Das ist wieder das Gleiche. Wenn ich ihren Aussagen Glauben schenke, was ich getan habe, dann kann ich es bestätigen. Aber es bezieht sich auf ihre Aussagen.*



*Wurden Sie damals von der Klägerin oder Ihrem Rechtsvertreter gebeten, im Nachhinein eine vor dem 23. Februar bestehende AUF zu bestätigen?*

*Trifft es zu, dass Sie Ihre Diagnose im Hinblick auf den Zeitraum vor dem 23. Februar allein aufgrund der Schilderungen der Klägerin stellten?*

*Trifft diese Diagnose dann zu, wenn die Schilderung der Klägerin der Wahrheit entspricht?*

*Können Sie heute mit Sicherheit bestätigen, dass die Klägerin schon bevor sie die Kündigung am 22. Februar erhielt nicht mehr arbeitsfähig war?*

## V. STREITPUNKT KRANKHEIT AM KÜNDIGUNGSTAG (6/6)

Das Arbeitsgericht Zürich erachtete das Zeugnis der Ärztin vom 6. November als ungeeignet, eine Arbeitsunfähigkeit zu beweisen, denn

- die Aussagen der Ärztin seien inkonsistent,
- enthalten verschiedene Widersprüche,
- das Zeugnis sei auf Wunsch der Arbeitnehmerin und deren Rechtsanwalt ausgestellt worden,
- die Diagnose beruhte allein auf den Schilderungen der Arbeitnehmerin, und
- am 6. November erfolgte keine erneute psychiatrische Untersuchung.

# **Aktuelles zur Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und medizinischer Fachexpertise**

**SIM Jahrestagung 2024**

21. März 2024

Dr. Alfred Blesi