

Das Arbeitsunfähigkeitszeugnis in der arbeitsrechtlichen Praxis

Referat von Dr. iur. et lic.oec. Peter Zumbrunn, Advokat
Advokatur und Mediation zum Erasmushaus, Basel
www.lawpartner.ch

Literatur/Quellen:

Rehbinder Manfred/Stöckli Jean-Fritz, Kommentar zum Schweiz. Privatrecht, Bern 2010, Streiff U./von Kaenel A., Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6.A., 2006, Rudolph R./von Kaenel A., Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, in: Schweiz. Juristenzeitung 106 (2010) Nr. 15, S. 361 ff.

1. Das Arztzeugnis als Beweismittel für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit

Wird der Arbeitnehmer wegen Krankheit oder Unfall an der Arbeitsleistung verhindert, so hat er seine Arbeitsunfähigkeit nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB zu beweisen. Dies geschieht in der Regel durch Beibringen eines Arztzeugnisses. Meistens wird die Pflicht zur unaufgeforderten Vorlage eines Arztzeugnisses im Arbeitsvertrag vereinbart oder ergibt sich aus den Allgemeinen Versicherungsbedingungen einer Krankentaggeldversicherung. Allerdings handelt es sich dabei um eine blosser Ordnungsvorschrift, d.h. dem Arbeitnehmer muss es gestattet bleiben, die Arbeitsunfähigkeit auch mit anderen Mitteln, z.B. durch Zeugen, zu beweisen (Rehbinder/Stöckli, N 18 zu OR 324 a und dort aufgeführte Gerichtspraxis)

Dem Arztzeugnis kommt aber kein absoluter Beweiswert zu. Deshalb kann sich der Richter über den entsprechenden Befund hinwegsetzen, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass keine Arbeitsunfähigkeit bestand (BGE 4 P.101/205 v. 9.6.2005). Dazu zwei Beispiele aus der Gerichtspraxis: Das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit wurde verneint im Fall einer wegen Rückenschmerzen krankgeschriebenen Arbeitnehmerin, die während dieser Zeit mit ihrem Freund zwei Lastwagenfahrten Basel-Hannover unternommen hatte, und bei einem wegen eines Knieleidens arbeitsunfähigen Arbeitnehmer, der auf dem Dach seines Hauses Arbeiten verrichtete. Allerdings stellen die Gerichte meistens auf ein Arztzeugnis ab, sofern nicht begründete Zweifel an dessen Richtigkeit vorgebracht werden.

2. Wann liegt eine Arbeitsunfähigkeit vor?

Das schweizerische Arbeitsrecht definiert nicht, was unter einer Arbeitsunfähigkeit zu verstehen ist. Hingegen findet sich in Art. 6 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts eine Definition: „Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten“.

Zu beachten ist, dass die Arbeitsunfähigkeit im Bereich des Arbeitsrechts funktionsbezogen auszulegen ist, d.h. es ist nur danach zu fragen, ob der Arbeitnehmer seine vertragliche Arbeitstätigkeit ausüben kann oder nicht (Streiff/von Kaenel, N 10 zu OR 324 a/b, ebenso BGE 4 A_140/2009 v. 12.5.2009). Die arbeitsrechtliche Praxis verlangt zudem in gewissen Fällen keine strikte Unfähigkeit, sondern lediglich eine Unzumutbarkeit. Sind nämlich aus medizinischen Gründen Massnahmen angezeigt, die einen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand beheben oder auch nur seine Verschlimmerung verhindern sollen, und machen diese Massnahmen, z.B. Operationen oder Kuren, ein Aussetzen der Arbeit erforderlich, so ist dem Arbeitnehmer die Fortsetzung der Arbeit auch dann nicht zumutbar, wenn dies der gegenwärtige Zustand an sich noch erlauben würde (Rehbinder/Stöckli, N 3 zu OR 324 a). Schwierig wird die Abgrenzung bei den Kuren. Während Kuren zwecks Heilung einer bestimmten Krankheit (sog. Heilungskuren) oder zwecks Wiederherstellung der Gesundheit (sog. Genesungskuren) als Unzumutbarkeitsgrund gelten, wird dies bei blossen Erholungskuren nicht anerkannt (Rehbinder/Stöckli, N 4 zu OR 324 a).

In letzter Zeit zugenommen hat das Phänomen der sog. arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit, d.h. der Arbeitnehmer ist nur in Bezug auf seine gegenwärtige Arbeitsstelle arbeitsunfähig, könnte aber seiner Tätigkeit an einem anderen Arbeitsort ohne weiteres nachgehen. Meistens ist die Ursache eine Konfliktsituation am Arbeitsplatz, sehr oft auch im zeitlichen Umfeld einer bevorstehenden oder erfolgten Arbeitgeberkündigung. Meines Erachtens sollte in solchen Fällen im Arztzeugnis darauf hingewiesen werden, dass eine Weiterarbeit in einem anderen personellen Umfeld möglich wäre, insbesondere wenn der Arbeitgeber ein detailliertes Arztzeugnis verlangt

(z.B. Arbeitsunfähigkeitszeugnis Nordwestschweiz, gl. M. Rudolph/von Kaenel, SJZ 106 Nr. 15, S. 366).

3. Urkundencharakter des Arztzeugnisses

Arztzeugnisse sind rechtlich als Urkunden zu qualifizieren, da sie bestimmt oder geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen. Das Ausstellen eines falschen Zeugnisses ist gemäss Art. 318 StGB strafbar, wobei schon fahrlässiges Handeln genügt.

4. Das Arztzeugnis als Basis für Ansprüche auf Lohnfortzahlung

Wenn ein Arbeitnehmer nachgewiesenermassen arbeitsunfähig ist, hat er bei Krankheit Anspruch auf Lohn- bzw. Lohnersatzleistungen

Nach OR Art. 324 a Abs. 2 hängt das Ausmass des Anspruchs auf Lohnfortzahlung von der Dauer des Arbeitsverhältnisses ab. Danach soll der Arbeitgeber, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat, im 1. Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit entrichten. Was angemessen ist, haben die Gerichte in dienstjahrabhängigen Skalen für den sog. Normalfall festgelegt. Es gibt derzeit eine Basler-, Berner- und Zürcher-Skala. Die **Basler-Skala**, die von den Basler und Basellandschaftlichen Gerichten angewendet wird, lautet wie folgt;

Dauer des Arbeitsverhältnisses	Lohnzahlung
über 3 Monate bis 12 Monate	3 Wochen
über 1 Jahr bis 3 Jahre	2 Monate
über 3 Jahre bis 10 Jahre	3 Monate
über 10 Jahre bis 15 Jahre	4 Monate
über 15 Jahre bis 20 Jahre	5 Monate
darüber	6 Monate

OR Art. 324 a Abs. 4 erlaubt, von dieser Regelung abzuweichen, wenn eine für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertige Lösung vereinbart wird.

In der Praxis werden Abweichungen vor allem vorgenommen, indem entweder die Lohnfortzahlungsfristen verlängert oder diese Regelung bei Krankheit durch eine Taggeldversicherung ersetzt wird. Für die letztere Lösung verlangt das Gesetz eine schriftliche Vereinbarung.

Über die Frage, was als gleichwertige Regelung zu gelten hat, möchte ich mich kurz fassen. Sicher gleichwertig ist der Abschluss einer Taggeldversicherung mit 80% Lohnersatz und höchstens zwei unbezahlten Karenztagen, wenn der Arbeitgeber mindestens die Hälfte der Prämien übernimmt. Wenn aus Prämienspargründen längere Karenzfristen, z.B. 30 oder 60 Tage gewählt werden, muss der Arbeitgeber während dieser Zeit mindestens Lohnersatz in Höhe des Taggeldes leisten.

5. Das Arztzeugnis als „Auslöser“ der Kündigungsfrist

Auch das relativ liberale schweizerische Arbeitsrecht schützt den Arbeitnehmer gegen eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Unzeit, d.h. vor dem Verlust des Arbeitsplatzes in Fällen, bei welchen seine Chancen gering sind, während der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden (BGE 128 III 212).

Gemäss OR Art. 336 c Abs.1 darf nämlich der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis unter anderem nicht kündigen:

- während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen.

- während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin.

Eine Kündigung, die während dieser Sperrfristen erfolgt, ist nichtig, d.h. es bedarf nach Ablauf der Sperrfrist einer neuen Kündigung. Eine Kündigung, die vor der Sperrfrist erfolgte, ist gültig. Wenn jedoch die einzuhaltende Kündigungsfrist bis zum Sperrfristbeginn noch nicht abgelaufen ist, wird ihr Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. Zu beachten ist, dass die Kündigungssperrfristen bei Krankheit oder Unfall Maximalfristen sind, d.h. die Sperrfrist dauert nur so lange, als der Arbeitnehmer ganz oder teilweise arbeitsunfähig ist.

Dazu zwei Beispiele:

Der Arbeitgeber kündigt am 15.7. einem Arbeitnehmer, der sich im 3. Dienstjahr befindet, mit einer Kündigungsfrist von 2 Monaten auf Ende September. Der Arbeitnehmer ist vom 1. – 30.9. krank.

In diesem Fall wird das Arbeitsvertragsende bis zum 31.10. hinausgeschoben, d.h. um einen Monat und nicht um die ganze im Gesetz vorgesehene Maximalfrist von 90 Tagen.

Variante: Der Arbeitnehmer ist vom 1.9. – 31.1., d.h. während 5 Monaten krank. In diesem Fall beginnt die restliche Kündigungsfrist nach 90 Kalendertagen, d.h. ab 29. November wieder zu laufen, und das Arbeitsverhältnis endet am 31. Dezember, obwohl der Arbeitnehmer weiterhin krank ist.

Bitte beachten Sie auch, dass schon eine Arbeitsunfähigkeit von wenigen Tagen eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um einen Monat bewirkt, weil bei einer ordentlichen Kündigung das Arbeitsverhältnis ohne gegenteilige Abrede nur am letzten Tag eines Monats enden kann (OR Art. 336 c Abs. 3).

6. Spezialfragen

6.1 Rückfragen des Arbeitgebers beim behandelnden Arzt

Bei Rückfragen des Arbeitgebers in Bezug auf ein ausgestelltes Arztzeugnis ist Zurückhaltung geboten, denn als Arzt unterliegen Sie bekanntlich einem strengen, auch strafrechtlich relevanten Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB). Sofern Sie also nicht vorher durch den Patienten vom Arztgeheimnis entbunden wurden, sollen sich allfällige Auskünfte auf Angaben beschränken, welche für die in Frage stehende Arbeitsunfähigkeit relevant sind (z.B. Präzisierungen, Angaben zu einer allfällig vorhandenen Teilarbeitsfähigkeit, nähere Angaben zur Dauer). In diesem Zusammenhang sei auf das am 1. Juli 2009 in Kraft getretene Arbeitsunfähigkeitszeugnis für die Nordwestschweiz verwiesen, das in der detaillierten Fassung nähere Angaben zur Restarbeitsfähigkeit enthält.

Betrachten Sie aber den Anruf eines Arbeitgebers nicht einfach als Belästigung, sondern als Möglichkeit, im Interesse des Arbeitnehmers dessen Rückkehr an den Arbeitsplatz zu optimieren. Zudem kommt es in der Praxis hie und da vor, dass sich der behandelnde Arzt aufgrund der Informationen des Arbeitgebers veranlasst sieht, sein Arztzeugnis zu berichtigen oder gar zu widerrufen, weil er vom Patienten getäuscht wurde. Auch

Fälschungen von Arztzeugnissen sind nach Rückfrage des Arbeitgebers schon aufgefliegen.

Eine weitere Möglichkeit des Arbeitgebers, die Richtigkeit eines Arztzeugnisses zu überprüfen, ist der

6.2 Beizug eines Vertrauensarztes

Die Aufforderung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, hat ihre rechtliche Grundlage oft in einer entsprechenden Klausel im Arbeitsvertrag oder im Personalreglement. Aber auch ohne eine solche Klausel ist der Arbeitgeber berechtigt, eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen, wenn begründete Zweifel an dem vom Arbeitnehmer eingereichten Zeugnis bestehen.

Es versteht sich von selbst, dass auch der Vertrauensarzt der beruflichen Schweigepflicht untersteht. Gegenüber dem auftraggebenden Arbeitgeber darf er deshalb nur Angaben machen über Tatsache, Dauer und Grund der Arbeitsunfähigkeit (Krankheit oder Unfall).

Die Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung verletzt den Grundsatz der freien Arztwahl nicht, denn im Fall von zweifelhaften Arztzeugnissen überwiegt das Interesse des Arbeitgebers, dieses durch einen von ihm beigezogenen Arzt überprüfen zu lassen.

Weigert sich ein Arbeitnehmer, den Vertrauensarzt aufzusuchen, darf der Arbeitgeber die Lohnfortzahlungen einstellen.

Kommt der Vertrauensarzt zu einem anderen Befund als der behandelnde Arzt und stützen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer weiterhin auf die jeweils von ihnen beigebrachten Zeugnisse, wird ein Gerichtsurteil über die verweigerte Lohnzahlung unvermeidlich. Das angerufene Gericht wird sich dann über den Beweiswert der beiden Zeugnisse ein Bild machen und eventuell eine Drittmeinung einholen.

6.3 Rückwirkende Arztzeugnisse

Immer wieder zu Beanstandungen seitens der Arbeitgeber führen rückwirkende Arztzeugnisse, bei denen zwischen dem Beginn der attestierten Arbeitsunfähigkeit und dem Datum des ersten Arztbesuchs eine längere Zeitspanne liegt. Unbedenklich sind solche Rückwirkungen dann, wenn es sich um wenige Tage handelt und der Patient beim ersten Besuch noch krank ist. Zudem ist in den Personalreglementen häufig vorgesehen, dass der Arbeitnehmer ein Arztzeugnis erst dann beibringen muss, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als drei oder vier Tage dauert. Nach den Empfehlungen der Ärztesgesellschaft Zürich sollte die Rückwirkung allerdings eine Woche nicht überschreiten. Zweifel kommen arbeitgeberseits vor allem beim Vorliegen besonderer Umstände auf (z.B. bei Vorankündigung der Arbeitsunfähigkeit, häufigem Arztwechsel, ausserbetrieblichen Aktivitäten, die im Widerspruch zur Arbeitsunfähigkeit stehen).