

*Urteil*

## Voraussetzungen für vertrauensärztliche Untersuchung

Zweifelt der Arbeitgeber aufgrund objektiver Anhaltspunkte an der Richtigkeit des Arztzeugnisses, kann er eine Untersuchung durch einen Vertrauensarzt verlangen. Verweigert der Arbeitnehmer eine solche ohne triftigen Grund, kann der Arbeitgeber die Lohnzahlung einstellen.

### Sachverhalt

A. war bei X. ab 18. Februar 2008 als System Engineer angestellt. X. kündigte das Arbeitsverhältnis am 26. März 2009 mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf den 30. Juni 2009. Im Berufungsverfahren war streitig, ob A. während der Kündigungsfrist arbeitsunfähig war und sich dadurch die Kündigungsfrist verlängerte.

### Aus den Erwägungen

**4.5.1** Der Beweis für die Arbeitsverhinderung durch Krankheit oder Unfall obliegt dem Arbeitnehmer und wird meist durch Arztzeugnisse erbracht. Ein Arztzeugnis verbessert die Beweislage des Arbeitnehmers entscheidend, da die Gerichte meistens darauf abstellen, solange nicht begründete Zweifel an dessen Richtigkeit geweckt wurden. Zweifel ergeben sich vor allem dann, wenn der Beginn der attestierten Arbeitsunfähigkeit mehrere Tage und ohne nachvollziehbare Gründe vor der Erstkonsultation liegt, die vertrauensärztliche Untersuchung oder im Prozess die erforderliche Entbindung vom Arztgeheimnis verweigert wird, häufig der Arzt gewechselt wird oder ausserbetriebliche Aktivitäten oder geleistete Arbeit das Zeugnis infrage stellen.

In der Literatur ist umstritten, ob sich die Pflicht zur Unterziehung einer ärztlichen Untersuchung unmittelbar aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a Abs. 1 OR ergibt oder ob es einer besonderen Vereinbarung im Vertrag bedarf. Das Bundesgericht hat diese Frage bisher offengelassen. Die herrschende Lehre geht aber davon aus, dass der Arbeitgeber eine vertrauensärztliche Untersuchung auch dann verlangen darf, wenn dies im Arbeitsver-

trag nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sofern er aufgrund objektiver Anhaltspunkte an der Richtigkeit des Arztzeugnisses zweifelt. Wenn ein Arbeitnehmer behauptet, krank zu sein, und dies mit einem Zeugnis des Arztes seines Vertrauens beweisen will, so muss die Arbeitgeberin ihrerseits verlangen können, dass sich der Arbeitnehmer auch von einem Arzt ihres Vertrauens untersuchen lässt. Der Arbeitnehmer begeht eine Beweisvereitelung und trägt die Folgen der daraus resultierenden Beweislosigkeit gemäss Art. 8 ZGB für den Fall, dass er den Vertrauensarzt nicht insoweit vom Arztgeheimnis entbindet, als dies zur Beantwortung der berechtigten Fragen der Arbeitgeberin notwendig ist. Die Verweigerung einer berechtigterweise verlangten vertrauensärztlichen Untersuchung ist als Entkräftung eines bestehenden Arbeitsunfähigkeitszeugnisses durch den Arbeitnehmer einzustufen. Verweigert der Arbeitnehmer trotz entsprechender Abmahnung die grundsätzlich berechtigterweise geforderte Untersuchung ohne triftigen Grund, fällt der Lohnfortzahlungsanspruch dahin.

**4.5.2** Es ist unbestritten, dass X. die vertrauensärztliche Untersuchung bei Dr. M. verlangte und A. sich dieser auch unterzog. Unbestritten ist ebenfalls, dass A. Dr. M. nicht von der ärztlichen Schweigepflicht entband, auch nicht im vorliegenden Verfahren. X. bestreitet, je Auskunft über die Arbeitsfähigkeit oder Arbeitsunfähigkeit von A. erhalten zu haben. A. macht jedoch geltend, vier Ärzte hätten seine Krankheit schriftlich bestätigt und legt diesbezüglich die auf dem Schreiben von X. vom 27. April 2009 angefügte Bestätigung von Dres. M. («das



macht der Hausarzt. Wir arbeiten nicht für den Arbeitgeber, sondern für Patienten») auf. Aus dieser Bestätigung sowie den übrigen Akten geht nicht hervor, dass Dr. M. eine Arbeitsunfähigkeit von A. bestätigte.

Die übrigen von X. mit E-Mail vom 20. April 2009 vorgeschlagenen Vertrauensärzte in Marokko hat A. nicht aufgesucht. Mit E-Mail vom 30. April 2009 teilte ihm X. mit, sie würde weiterhin von seiner Arbeitsfähigkeit ausgehen, sollte er die bezeichneten Vertrauensärzte Dres. M. nicht von der Schweigepflicht entbinden oder keine Bestätigung der Vertrauensärzte für seine Krankheit beibringen. Zudem hat er sich trotz Aufforderung von X. vom 4. bzw. 8. Mai 2009 auch keiner vertrauensärztlichen Untersuchung in der Schweiz unterzogen. Dies ist unbestritten.

**4.5.3** Das Arztzeugnis vom 13. April 2009 stammt von Dr. N., Chirurgie Générale. Es wurde während der Kündigungsfrist in Marokko ausgestellt. Aus den Akten geht nicht hervor, dass A. bereits vorher Krankheitsanzeichen aufgewiesen hätte. Gemäss Angaben des Direktors des Krankenhauses, wo Dr. N. arbeitet, hätte das ärztliche Attest zudem obligatorisch auf Briefpapier mit vorgedrucktem Briefkopf des Krankenhauses ausgestellt werden müssen. Das Attest sei zudem weder im Register eingetragen noch mit einer Ordnungsnummer versehen gewesen. Dr. O., Arzt in



Illustration: Christine Barf

## Urteil

# Berechnung des Umsatzes

Sieht der Vertrag einen Lohn in Abhängigkeit des vom Arbeitnehmenden erzielten Umsatzes vor, ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass während der Monate, in welchen Ferien bezogen werden, nicht der gleiche Umsatz erzielt werden kann.

### Sachverhalt

Mit Vertrag vom 9. März 2007 wurde A. von X. als Coiffeuse angestellt. Ein monatlicher Bruttolohn von 3600 Franken war vorgesehen, der nach der Probezeit auf 3800 Franken erhöht werden sollte. Sobald die Angestellte einen Umsatz von 10 000 Franken im Monat erreichen würde, würde ihr Bruttolohn auf 4000 Franken erhöht. Je nach dem erzielten Umsatz könnte dieser gemäss einer dem Vertrag angehängten Tabelle noch weiter angehoben werden. A. hat ihre Arbeit am 27. März 2007 aufgenommen.

Das Verhältnis zwischen X. und A. hat sich in der Folge stark verschlechtert, sodass A. den Vertrag mit Schreiben vom 21. September 2008 auf den 31. Oktober 2008 kündigte.

Das Arbeitsgericht stellte fest, dass A. im August 2007 einen Umsatz von mehr als 10 000 Franken erzielt hatte, sodass ihr monatlicher Bruttolohn bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses auf 4000 Franken festgesetzt werden sollte. Es entschied, die Arbeitnehmerin habe für die Zeit von August 2007 bis September 2008 Anspruch auf einen Lohnsaldo von 2800 Franken sowie auf 4000 Franken als Lohn für den Monat Oktober 2008, der nicht bezahlt wurde.

### Aus den Erwägungen

X. wirft dem Kantonsgericht vor, es habe den von der Arbeitnehmerin tatsächlich erzielten Lohn für die Monate, in denen sie Ferien bezogen hatte, korrigiert. Tatsächlich wurde – auf eine für das Bundesgericht verbindliche Art und Weise (Art. 105 Abs. 1 BGG) – festgestellt, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag einen Lohn vorsieht, der aufgrund des von der Arbeitnehmerin erzielten Umsatzes erhöht werden kann. Da diese Anspruch auf Ferien

hat (Art. 329a OR), versteht sich von selbst, dass sie in den Monaten, in denen sie Ferientage bezieht, nicht denselben Umsatz erzielen kann. Es stellt sich also das Problem der Auslegung der Vertragsbestimmung.

Das Kantonsgericht hat festgestellt, dass X. im Laufe des Verfahrens selbst eine Korrektur für die Berücksichtigung der Ferien eingeräumt hatte. X. behauptet nicht, dass die Feststellung dieser Anführung willkürlich gewesen sei (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG). Da A. ebenfalls vom gleichen Grundsatz ausging, konnte das Kantonsgericht ohne Willkür daraus ableiten, es handle sich um den echten Willen der Parteien bei der Interpretation der Vertragsbestimmung. Da der echte Wille der Parteien erst aufgrund ihres späteren Verhaltens ermittelt wurde, handelt es sich um eine Sachverhaltsfeststellung, die für das Bundesgericht verbindlich ist (Art. 105 Abs. 1 BGG).

Der Klagepunkt, der den von A. erzielten Umsatz und den daraus abzuleitenden Lohn betrifft, ist abzuweisen.

*Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 1. Oktober 2012 (4A\_310/2012) (Übersetzung aus dem Französischen)*

Marokko, hat ausserdem in seinem Schreiben vom 5. Juni 2009 bestätigt, dass Marokkaner nach Marokko in die Ferien fahren und Krankenatteste kaufen würden. Da objektive Anhaltspunkte für eine Infragestellung dieses A. beigebrachten Arbeitszeugnisses (recte: Arztzeugnisses) vorlagen, war X. berechtigt, eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen. Dies ist unbestritten.

Durch die Nichtentbindung der Vertrauensärztin Dr. M. von ihrer Schweigepflicht in Bezug auf die berechtigten Fragen von X. bzw. durch die Weigerung von A., andere Vertrauensärzte aufzusuchen, wurden begründete Zweifel an der Richtigkeit der Arztzeugnisse erweckt. Zu berücksichtigen ist auch, dass der Hausarzt Dr. L. am 4. Mai 2009 mehrere Wochen rückwirkend eine Arbeitsunfähigkeit feststellte und davon ausgegangen werden muss, dass A. von seinen Vertrauensärzten hauptsächlich aufgrund seiner Aussagen für arbeitsunfähig erklärt worden ist, hat doch Dr. K. in seinem Schreiben vom 7. Mai 2009 festgehalten, bei A. liege eine reaktiv bedingte psychische Dekompensation mit depressiver Symptomatik und Ängsten und psychosomatischen Beschwerden vor infolge eines beruflichen Konflikts.

**4.5.4** Die Arbeitsunfähigkeit von A. ist nicht rechtsgenüchlich nachgewiesen.

*Urteil des Obergerichts Luzern, 30. Januar 2012 (1B 11 56)*