

## **BE\_ZIVILSTRAF ZK 2010 666 vom 9. März 2012**

BE Obergericht, 2012-03-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_ZK\\_2010\\_666](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_ZK_2010_666)

FR: BE\_ZIVILSTRAF ZK 2010 666 du 9 mars 2012

IT: BE\_ZIVILSTRAF ZK 2010 666 del 9 marzo 2012

### **Regeste**

Art. 324a OR, Lohnfortzahlungsanspruch bei Krankheit, Beweislast, Bedeutung der Verweigerung einer vertraglich vorgesehenen vertrauensärztlichen Untersuchung durch den Arbeitnehmer | Arbeitsrecht

### **Volltext**

ZK 10 666, publiziert Mai 2012  
Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 9. März 2012  
Besetzung Oberrichter Bähler (Referent), Oberrichter Messer und Obergerichtssuppleantin Grütter  
Gerichtsschreiber Erismann  
Verfahrensbeteiligte Arbeitgeberin X. AG, vertreten durch Rechtsanwalt A.  
Beklagte/Appellantin/Appellatin gegen Arbeitnehmer Y., vertreten durch Fürsprecher B.  
Kläger/Appellat/Appellant und Z. Intervenientin  
Gegenstand Arbeitsrecht Appellation beider Parteien gegen das Urteil des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises IX Schwarzenburg-Seftigen vom 10. Dezember 2010  
Regeste: - Art. 324a OR: Lohnfortzahlungsanspruch bei Krankheit, Beweislast, Bedeutung der Verweigerung einer vertraglich vorgesehenen vertrauensärztlichen Untersuchung durch den Arbeitnehmer; (Un)Zuständigkeit der Zivilgerichte zur Beurteilung öffentlich-rechtlicher Beitragsforderungen an Sozialversicherungseinrichtungen. - Die Beweislast für eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit trägt nach Art. 8 ZGB der Arbeitnehmer. Der Beweis wird in der Regel durch ein ärztliches Zeugnis erbracht. Hat der Arbeitgeber begründeten Anlass, die Richtigkeit des ihm vom

Arbeitnehmer vorgelegten Arztzeugnisses in Frage zu stellen, kann er auch ohne entsprechende vertragliche Grundlage eine vertrauensärztliche Untersuchung anordnen. Verweigert der Arbeitnehmer den Besuch beim Vertrauensarzt, obschon die Aufforderung sachlich gerechtfertigt war, vereitelt er dem Arbeitgeber den Gegenbeweis. Die Verweigerung des Besuchs beim Vertrauensarzt führt zwar nicht per se dazu, dass die Arbeitsunfähigkeit verneint wird, doch muss verlangt werden, dass die vom Arbeitnehmer vorgelegten Beweise so hieb- und stichfest sind, dass eine andere Beurteilung durch den Vertrauensarzt ausgeschlossen erscheint. - Beitragsforderungen sind öffentlich-rechtliche Forderungen der Sozialversicherungsträger gegenüber dem Arbeitgeber, welche im Zivilprozess nicht zugesprochen werden können.  
Redaktionelle Vorbemerkungen: Dem Arbeitnehmer Y. (Kläger) wurde mündlich, jedoch (mangels Einhaltung der vertraglichen Formvorschrift) nicht rechtsgültig, gekündigt. Noch gleichentags suchte er seinen Hausarzt auf, welcher ihn (im Rahmen kontinuierlicher Konsultationen) für rund 2 Monate zu 100% krank schrieb. Die Arbeitgeberin X. (Beklagte) forderte den Arbeitnehmer nach rund einer Woche auf, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, welche wiederum rund eine Woche später stattfinden sollte. Der Arbeitnehmer weigerte sich, dieser Aufforderung nachzukommen. Strittig war unter den Parteien, ob der Arbeitnehmer für die

(gesamte) Dauer seiner vom Hausarzt attestierten Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Lohnfortzahlung hat. Der Kläger forderte nebst Lohnzahlung an sich selbst, die Arbeitgeberin sei zu verpflichten, die auf dem Bruttolohn geschuldeten gesetzlichen und vertraglichen AHV-, ALV- NBU- und BVG-Beiträge an die vorgesehenen Destinatäre zu leisten. Auszug aus den Erwägungen: (...) III. Materielles (...) 3. Pflicht zur Lohnfortzahlung (...) b) Rechtliches (...) 32. Gemäss Art. 324a OR hat der Arbeitgeber dem infolge Krankheit ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmer für eine beschränkte Zeit den Lohn weiter zu entrichten (Abs. 1), und zwar (vorbehaltlich für den Arbeitnehmer günstigerer Individualvereinbarung) im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und danach für einen angemessen längere Zeit (Abs. 2). Vorliegend haben die Parteien eine Zahlung des vollen Gehalts während 8 Wochen vereinbart.

33. Die Beweislast für eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit trägt nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB (...) der Arbeitnehmer, da dieser aus seiner Arbeitsunfähigkeit Rechte ableitet ([...] BGer 4C.315/2006 E. 3.2.2). Der Beweis wird in der Regel durch ein ärztliches Zeugnis erbracht. Hat der Arbeitgeber begründeten Anlass, die Richtigkeit des ihm vom Arbeitnehmer vorgelegten Arztzeugnisses in Frage zu stellen, ist er nach herrschender Auffassung als Ausfluss der Treuepflicht auch ohne entsprechende vertragliche Grundlage berechtigt, den Arbeitnehmer anzuhalten, sich vom Vertrauensarzt untersuchen zu lassen, und der Arbeitnehmer im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet, dieser Anordnung Folge zu leisten. Verweigert der Arbeitnehmer den Besuch beim Vertrauensarzt, obschon die Aufforderung sachlich gerechtfertigt war, darf er im Allgemeinen als gesund gelten und besteht kein Anspruch auf Lohnfortzahlung, wobei einzelne Autoren verlangen, dass eine Abmahnung vorausgegangen ist. In jedem Fall aber ist die Verweigerung einer vertrauensärztlichen Untersuchung geeignet, Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit nahezulegen (vgl. Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen, III. Zivilkammer, vom 15. Dezember 2009, BZ.2009.64 E. III.1.a, abrufbar unter <http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht.html>; ZK-A. STAEHELIN, N 9 f. zu Art. 324a OR, BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., N 9 zu Art. 324a OR; BSK OR I-PORTMANN, N 24 f. zu Art. 324a OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 12 zu Art. 324a/b OR, je m.w.H.). 34. (...) 35. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, er habe seine Arbeitsunfähigkeit durch die Atteste von [seinem Hausarzt] Dr. P. rechtsgenügend bewiesen. Es hätten objektiv keine begründeten Zweifel an dessen Zeugnissen vorgelegen. Der vorliegende Fall würde sich von den in der Literatur zu diesem Thema herangezogenen Fällen unterscheiden. Dr. P. sei zudem zur Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit des Klägers mindestens gleich kompetent gewesen wie [der Vertrauensarzt] Dr. G., verfüge dieser doch über eine spezifischere Fachausbildung als jener. Im Gegensatz zu der bei STREIFF/VON KAENEL geäusserten Meinung gehe aus der dort zitierten Rechtsprechung nicht hervor, dass die Weigerung zur vertrauensärztlichen Untersuchung einen Einfluss auf den Lohnfortzahlungsanspruch habe. Die vertrauensärztliche Untersuchung müsse gemäss dem dort zitierten JAR 1997 Entscheid zudem unverzüglich angeordnet werden, womit sich der Termin (...) als verspätet erweise. Die Beklagte hätte ausserdem vor Anordnung der vertrauensärztlichen Untersuchung ihr vertragliches Recht zu Kontrollbesuchen ausüben müssen. (...). 36. Das Bundesgericht hatte in seinem Urteil vom 12. Dezember 1995 (JAR 1997 S. 132 ff.) ausgeführt (Hervorhebungen hinzugefügt): „C'est au salarié qu'il incombe d'apporter la preuve d'un empêchement de travailler au sens de CO 324a (CC 8). En cas de maladie, d'accident ou de grossesse, celui-ci aura le plus souvent recours à un certificat médical. Un

tel document ne constitue pas un moyen de preuve absolu; l'employeur peut mettre en cause sa validité en invoquant d'autres moyens de preuve; [...]. Pourront en particulier être pris en compte pour infirmer une attestation médicale le comportement du salarié [...] et les circonstances à la suite desquelles l'incapacité de travail a été alléguée [...]. Si la force probante d'un certificat médical n'est ainsi pas absolue, la mise en doute de sa véracité suppose néanmoins des raisons sérieuses [...]. Il n'est pas nécessaire que le certificat décrive l'atteinte à la santé, question qui est en principe

couverte par le secret médical [...]. L'employeur est cependant en droit de faire vérifier, à ses propres frais, l'existence et le degré de l'empêchement par un médecin conseil [...]. On exigera de lui qu'il requière cet examen sans délai [...]. Sauf exception, le refus du salarié de se soumettre à un tel examen de contrôle pourra être interprété comme l'aveu du caractère non sérieux du certificat produit [...]. In BGE 125 III 70 ff. E. 3.c erwog das Bundesgericht zum Vorbringen, die Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung durch einen Psychiater sei persönlichkeitsverletzend: „Ob die Arbeitgeberin ihre Lohnfortzahlung mindestens bei begründeten Zweifeln von einer vertrauensärztlichen Untersuchung abhängig machen kann oder ob eine Obliegenheit der Arbeitnehmer, sich auf entsprechende Aufforderung hin einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, ausdrücklich vereinbart sein muss, ist in der Lehre umstritten [...]. Jedenfalls war die Klägerin für ihre unverschuldete Arbeitsunfähigkeit im Hinblick auf die Lohnfortzahlung beweisbelastet [...]. Die Beklagte konnte daher der Klägerin mitteilen, dass sie an ihrer Arbeitsunfähigkeit zweifelte und ihre Lohnfortzahlung von einer vertrauensärztlichen Untersuchung abhängig machen wolle. Die Aufforderung an die im massgebenden Zeitpunkt noch krankheitsabwesende Klägerin, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, kann grundsätzlich nicht als Persönlichkeitsverletzung qualifiziert werden.“ (...)

37. Dem Gesagten ist entgegen der Ansicht des Klägers zu entnehmen, dass sich die genannte Rechtsprechung sehr wohl auf die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin im Krankheitsfalle des Arbeitnehmers bezog. Zu Recht weist der Kläger dagegen darauf hin, dass das Bundesgericht ausführte, die Arbeitgeberin habe die vertrauensärztliche Untersuchung unverzüglich zu verlangen. Einerseits kann aber auch das Bundesgericht nur gemeint haben, es dürfe (aus Gründen von Treu und Glauben) nach Aufkommen der Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit mit der Aufforderung nicht über Gebühr zugewartet werden. Andererseits wird das Erfordernis der Unverzüglichkeit auch in der Lehre relativiert, indem ausgeführt wird, der Beweiswert der vertrauensärztlichen Untersuchung sinke, wenn sie zu spät vorgenommen werde (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., m.w.H.).

38. Nach den tatsächlichen Feststellungen war die durch [den Hausarzt] Dr. P. attestierte Erkrankung des zuvor an keinen gravierenden gesundheitlichen Problemen leidenden Klägers unmittelbare Folge des Kündigungsgesprächs (...). Die Beklagte musste aufgrund des zeitlichen Ablaufs und des von ihr bzw. ihren Vertretern wahrgenommenen Verhaltens des Klägers auch ohne explizite ärztliche Diagnose davon ausgehen, dieser leide an einer Art Schockzustand bzw. an einer irgendwie gearteten psychischen Störung. Da solche Schockzustände in der Regel nicht lang andauernd nachwirken und gerade bei psychischen Störungen ein grosser ärztlicher Interpretationsspielraum hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeit besteht, durfte die Beklagte zumindest nach einer gewissen Zeit Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Klägers haben, gerade zumal die von jenem eingereichten Arztzeugnisse keine Diagnose enthielten. Eine solche Diagnose fällt zwar unter das Arztgeheimnis und kann vom Arbeitgeber nicht verlangt werden, doch ist dem Arbeitgeber nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gerade in solchen Fällen das Recht

zuzuerkennen, die Arbeitsfähigkeit durch einen Vertrauensarzt bestätigen zu lassen. An dieser Möglichkeit, ihre Zweifel zu erhärten, wurde die Beklagte

jedoch durch die Verweigerung der vertrauensärztlichen Untersuchung durch den Kläger gehindert. Damit beging der Kläger eine Beweisvereitelung (ROLAND MÜLLER, *Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten*, AJP 2010, 167 ff., S. 171), indem er der Beklagten verunmöglichte, den Gegenbeweis anzutreten. Mit der Anordnung der Untersuchung hat die Beklagte auch nicht etwa über Gebühr zugewartet. Vielmehr hat sie spätestens nach Erhalt des zweiten Arztzeugnisses [also rund 1 Woche nach Beginn der angeblichen Arbeitsunfähigkeit] reagiert, mithin in einem Zeitpunkt, in welcher sie an der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit zu zweifeln beginnen durfte. Weiter geht der Kläger fehl in der Annahme, die Beklagte habe zuerst das vertraglich vereinbarte Recht zu Kontrollbesuchen ausüben müssen. Einerseits sieht der Arbeitsvertrag keine solche Rangordnung vor und andererseits dürften Kontrollbesuche am Wohnort des Arbeitnehmers, nota bene durch – im Gegensatz zum Vertrauensarzt – nicht einer Geheimnispflicht unterliegende Personen, regelmässig stärker in die Rechte des Arbeitnehmers eingreifen. (...). 39. Es stellt sich die Frage, wie die Verweigerung der vertrauensärztlichen Untersuchung im Rahmen der Beweiswürdigung zu werten ist. Zwar kann die Verweigerung des Besuchs beim Vertrauensarzt nicht per se dazu führen, dass die Arbeitsunfähigkeit verneint wird, doch muss verlangt werden, dass die vom Arbeitnehmer vorgelegten Beweise so hieb- und stichfest sind, dass eine andere Beurteilung durch den Vertrauensarzt ausgeschlossen erscheint. Andernfalls würde das Institut des Vertrauensarztes untergraben und der Betroffene von seinem vertragswidrigen Verhalten profitieren, indem seine Beweismittel in einem günstigeren Licht erscheinen als bei Vorliegen einer möglicherweise abweichenden Zweitmeinung des Vertrauensarztes. 40. In casu liegen zwar keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Atteste von [Hausarzt] Dr. P. als Gefälligkeitszeugnisse qualifiziert werden müssten. Insbesondere genügt hierfür die Bekanntschaft von Kläger und Arzt aus dem Tennisclub nicht. Der Kläger litt jedoch an einem diffusen, auf „weichen“ Faktoren beruhenden Krankheitsbild (Wutgefühle, Verzweiflung, Angst, Schlafstörungen, Gefühle der Unsicherheit, Unruhe und Unsicherheit, [...]). Die Atteste [des Hausarztes] Dr. P. beruhten gemäss dessen Aussagen auf den Schilderungen des Klägers (...). Auch wenn Dr. P. daher zum Schluss kam, dass es dem Kläger klarerweise schlecht ging, hätte der Vertrauensarzt der Beklagten durchaus zu einer anderen Beurteilung kommen können, und sei es bloss hinsichtlich des Grades der Arbeitsunfähigkeit. Die vom Kläger ins Feld geführten, angeblich unterschiedlichen fachlichen Voraussetzungen der Ärzte zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit hätten bei der gerichtlichen Würdigung der Befunde eine Rolle spielen können. Der Arbeitnehmer kann jedoch der Arbeitgeberin die Wahl ihres Vertrauensarztes nicht vorschreiben. Zudem beruhte die damalige Weigerung des Klägers auf grundsätzlichem Widerstand gegen den Beizug eines Vertrauensarztes und nicht auf angeblich dessen angeblich schlechteren Kompetenzen. Wenn schon, hätte er die Beklagte nach Erhalt des Aufgebots auf die Frage der fachlichen Voraussetzungen aufmerksam machen müssen (vgl. Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel vom 13.11.2008, JAR 2009 483). Möglicherweise hätte eine Beurteilung durch den Vertrauensarzt auch zu einem anderen Behandlungskonzept und zu Zuweisung zumutbarer Arbeit geführt, was der Kläger jedoch nach dem Gesagten zum Vornherein vereitelte.

41. Die Kammer kommt deshalb (...) zum Beweisergebnis, dass dem Kläger der zweifelsfreie Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit zumindest für die gesamte Dauer seiner Abwesenheit misslingt. Die Beklagte hegte jedoch nicht von Anbeginn der Abwesenheit des Klägers den Verdacht, dieser sei womöglich arbeitsfähig. (...). Wie bereits ausgeführt, bezogen sich ihre Zweifel somit weniger auf die Erkrankung als solche, als auf deren Fortdauer. Es erscheint auch für die Kammer nachvollziehbar, dass der Kläger aufgrund der (wenn auch nicht rechtsgültig) ausgesprochenen Kündigung in einen psychischen Ausnahmezustand geriet, aufgrund dessen er zumindest kurzfristig nicht mehr arbeitsfähig war. Es bestehen wie gesagt keine Anhaltspunkte, dass es sich bei den Attesten von [Hausarzt] Dr. P. um Gefälligkeitszeugnisse handeln würde. Der Kläger hatte auch keine Vorgeschichte als Simulant oder Ähnliches. Solche psychischen Ausnahmezustände sind jedoch in der Regel regredient. Mit zunehmender Dauer der attestierten Arbeitsunfähigkeit verlieren die ins Recht gelegten Arztzeugnisse daher an Beweiskraft und die Verweigerung der vertrauensärztlichen Untersuchung lassen bei der Kammer Zweifel an der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit entstehen. Wäre die Untersuchung durch [den Vertrauensarzt] Dr. G. am besagten Termin (...) durchgeführt worden, ist davon auszugehen, dass dieser allenfalls eine zukünftige (...), kaum aber eine zurückliegende Arbeitsfähigkeit festgestellt hätte. Die Kammer erachtet daher aufgrund der ins Recht gelegten Arztzeugnisse die Arbeitsunfähigkeit des Klägers immerhin für den Zeitraum vom [Kündigungsgespräch bis zum Termin der vorgesehenen vertrauensärztlichen Untersuchung] als erstellt. (...) 42. Nach dem Gesagten hat der Kläger gestützt auf Art. 324a OR (...) für diesen (...) Zeitraum Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes im vollen Umfang. 43. Dagegen hat der Kläger für [die Zeit danach] keinen Lohnanspruch. (...) 6. Verurteilung zur Leistung der Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherungen 75. Der Kläger verlangt, die Beklagte sei zu verurteilen, die auf den geschuldeten Bruttolöhnen anfallenden gesetzlichen und vertraglichen Arbeitnehmerbeiträge an Sozialversicherungen an die gesetzlich vorgeschriebenen Destinatäre zu leisten; nebst Zins seit wann rechtens. 76. (...) 77. Bei der Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers handelt es sich indessen um eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlichrechtliche Aufgabe (BGE 137 V 51 ff. E. 3.2; Urteil AK.2010.00033 des Sozialversicherungsgerichts des Kt. ZH vom 19.01.2012 E. 4.1, abrufbar unter <http://www.sozialversicherungsgericht.zh.ch>). Gläubigerin der Beiträge ist die Sozialversicherungseinrichtung. Diese und nicht der Arbeitnehmer erleidet den Schaden, wenn der Arbeitgeber geschuldete Beiträge nicht leistet (vgl. MARCO REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2008, § 3, Rz 134 ff.). Mithin handelt es sich um öffentlich-rechtliche Forderungen der Sozialversicherungsträger gegenüber dem Arbeitgeber. 78. Das klägerische Rechtsbegehren ist daher im Zivilprozess nicht zulässig. Darauf ist nicht einzutreten.

(...) Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.