

Fortbildung „Medizinische Gutachten und Arztzeugnisse“ vom 27.09.2016, Bern (durchgeführt vom Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen)

1.

Das erste Referat wurde durch **Frau Dr. med. Ulrike Hoffmann-Richter**, Psychiatrie und Psychotherapie FMH, gehalten. Sie legte die unterschiedlichen Kriterien für ein **Arztzeugnis** und für ein **Gutachten** dar. Beim Arztzeugnis steht der **Handlungsaspekt** im Vordergrund, beim Gutachten der **Wahrheitsaspekt**. Dieser Unterschied muss beachtet werden, auch vom Arzt selber bei der Erstellung. So darf ein Arztzeugnis keine breiteren Informationen weitergeben. Gegebenenfalls ist im Rahmen eines Arztzeugnisses eine Leistungsdiagnostik gefragt (Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit EFL), wozu entsprechende Tests eingesetzt werden. Eine EFL kann auch im Rahmen eines Gutachtens eine (ausführlichere) Teiluntersuchung darstellen. Eine EFL ist aber nur bedingt auf den Arbeitsalltag übertragbar, weil es sich um eine Testsituation handelt. Bei Gutachten besteht die Gefahr, dass die vorläufige **(Arbeits-) Hypothese**, die ein Gutachter zwangsläufig schon relativ früh festlegt trotz gegenteiliger Ergebnisse im Untersuchungsverlauf nicht verworfen, sondern „verteidigt“ wird. Im Gegensatz zum Arztzeugnis ist beim Gutachten zu beachten, dass es nicht allein dem Arzt, sondern der Verwaltung oder dem Gericht obliegt, die **Folgen** aus dem Gutachten im Blick auf Versicherungsleistungen **abzuschätzen**. Wird beim Patienten eine **Aggravation** (bewusste Verstärkung der Symptome) festgestellt, ist eine Invalidität ausgeschlossen, was von Frau Dr. Hoffmann-Richter als **problematisch** angesehen wird. Denn auch bei Aggravation kann daneben noch ein Gesundheitsschaden bestehen. Frau Dr. Hoffmann-Richter weist auf die **Gefahr** hin, dass auch nicht nachvollziehbare Gutachten akzeptiert werden, wenn sie die Entscheidungspräferenzen der Adressaten nicht tangieren. Ferner, dass die Wahrheitsfindung der Instrumentalisierungsgefahr ausgesetzt ist.

2.

Sodann referierte **Prof. Dr. iur. Ueli Kieser** detaillierter zum Thema **Aggravation**. Dieses Thema sei als „**Mode-Begriff**“ in den letzten Jahren aufgekomen. Von Aggravation ist als stärkere Form die **Simulation** (Vortäuschen von Symptomen) und als schwächere Form die **Verdeutlichung** von Symptomen (ähnlich einem Leuchtstift zur Textmarkierung) zu unterscheiden. Eine Verdeutlichung wird als normales Verhalten angesehen, wobei die Grenze zur Aggravation schwierig zu ziehen ist. Für eine Aggravation muss in der Begutachtung ein „**Bruch**“ zwischen subjektiven Angaben und objektiven Feststellungen festgestellt werden. Dabei werden auch Angaben über das Alltagsleben des Patienten in die Untersuchung einbezogen. Sogenannte Beschwerdevalidierungstests (z.B. der „Rey Memory Test“ u.a.) sind vom Bundesgericht nur als „möglicher ‚Mosaikstein‘“ für die Feststellung einer Aggravation bezeichnet worden. Wird eine **Aggravation** erkannt, so wird die geklagte gesundheitliche Beeinträchtigung **nicht näher untersucht** (kein strukturiertes Beweisverfahren), sondern direkt auf Nicht-Invalidität geschlossen. Auch Dr. Kieser **kritisiert**, dass neben Aggravation, die in der Medizin als relativ häufig gilt, auch ein Gesundheitsschaden vorliegen könnte, der aber nicht mehr berücksichtigt wird. Dies verletzt die **Abklärungspflicht** von Verwaltung und Gericht.

3.

An dritter Stelle hielt **Dr. rer. publ. Alfred Blesi** sein Referat und beleuchtete **Arztzeugnisse** aus dem **arbeitsrechtlichen** Blickwinkel. Auch er hielt fest, dass ein Arztzeugnis nur rudimentäre Informationen abgibt und keine weitergehenden Angaben enthalten darf. Bestehen beim Arbeitgeber **Zweifel** über die Angaben, kann eine Verifizierung über einen Vertrauensarzt oder letztlich über das Gericht erfolgen. Besonders heikel sind rückdatierte Arztzeugnisse. Plausible, nachvollziehbare ärztliche Aussagen werden selten hinterfragt.

4.

Dann beschäftigte sich **Dr. iur. Manuel Stengel** speziell mit dem Thema **Arztzeugnis und Vertrauensarzt**. Dem Arbeitnehmer obliegt eine **Treuepflicht** gegenüber dem Arbeitgeber. Diese berechtigt den Arbeitgeber gemäss

Rechtsprechung, bei Zweifeln an einem Arztzeugnis einen Vertrauensarzt beizuziehen. Der Arbeitgeber kann verlangen, dass der Arbeitnehmer dazu seine Einwilligung gibt. Dennoch besteht keine gesetzlich geregelte Berechtigung, wie etwa bei der Krankenversicherung. Oft fehlt auch eine Vereinbarung darüber im Arbeitsvertrag. Es kann gesagt werden, dass eine vertrauensärztliche Überprüfung dann zulässig ist, wenn sie **nötig bzw. erforderlich** ist. Dazu muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Im gegebenen Fall erteilt der Arbeitgeber dem Vertrauensarzt einen privatrechtlichen Auftrag. Mit dem Auftrag ist der Arbeitgeber grundsätzlich **weisungsberechtigt**. Er darf den Vertrauensarzt aber nicht mit der Einholung unnötiger oder zu weit gehender Informationen beauftragen (Art. 328b OR). Die beiden Quellen der Informationsbeschaffung für den Vertrauensarzt sind die persönliche **Untersuchung** und die Einsicht in die vorhandenen **Akten**. Sinnvoll ist es auch, dass der Arbeitgeber den Vertrauensarzt über die Aufgaben und Anforderungen der **Berufstätigkeit** des Arbeitnehmers orientiert. Bei der Berichterstattung des Vertrauensarztes an den Arbeitgeber darf nur der mit dem Auftrag verbundene Inhalt weitergegeben werden. Zu beachten ist wieder Art. 328b OR in Verbindung mit dem Datenschutzgesetz. Das Berufsgeheimnis des Arztes geht grundsätzlich den auftragsrechtlichen Bestimmungen vor. Für die Übermittlung des Berichts an den Arbeitgeber benötigt der Vertrauensarzt nach erfolgter Untersuchung vom Arbeitnehmer eine **Entbindung vom Berufsgeheimnis**. Durch die Einwilligung des Arbeitgebers in die vertrauensärztliche Untersuchung kann von der **stillschweigende** Entbindungserklärung ausgegangen werden. In jedem Fall **unzulässig** sind Angaben des Vertrauensarztes an den Arbeitgeber über die Art der gesundheitlichen Beeinträchtigung(en) des Arbeitnehmers (Befund, Diagnosen), über eine allfällige Schwangerschaft oder über die eventuellen weiteren Auswirkungen des aktuellen Gesundheitsproblems. Das **Fragerecht** des Arbeitgebers ist also auch bei vorbehaltloser Entbindungserklärung des Arbeitnehmers **beschränkt** (Art. 328b OR, Art. 28 ZGB, Art. 15 DSG). Widersprechen sich Arztzeugnis und vertrauensärztliche Prüfung, so ist auf das **qualifiziertere** Zeugnis abzustellen.

5.

Anschliessend referierte **Dr. iur. Hans-Jakob Mosimann** über **Gutachten im Sozialversicherungsrecht**. Eine zu beurteilende **Arbeitsunfähigkeit** bezieht sich auf die aktuelle Tätigkeit, die **Erwerbsunfähigkeit** auf sämtliche Tätigkeiten. **Invalidität** ist eine dauerhafte Erwerbsunfähigkeit. Sie wird begrenzt durch IV-fremde Faktoren. Handelt es sich um Unfallfolgen, werden diese durch den Kausalzusammenhang begrenzt. Zentraler Begriff ist die **Zumutbarkeit** einer Arbeitsleistung trotz gesundheitlicher Beeinträchtigung. Versicherten obliegt es, das zu unternehmen, was zumutbar ist, um den Schaden zu mindern. Für eine dauerhafte Erwerbsunfähigkeit bedarf es einer entsprechenden **Diagnose**. Ausserdem darf **keine Aggravation** vorliegen. Nur wenn beide Kriterien im Sinne zweier „Hürden“ erfüllt sind, erfolgt ein strukturiertes **Beweisverfahren** anhand von Standardindikatoren (Bundesgerichtsurteil 141 V 281 vom 03.06.2015). Von den medizinischen Fachverbänden (z.B. für Psychiatrie, Rheumatologie etc.) werden **Leitlinien** für die Begutachtung herausgegeben, deren Anwendung verbindlich ist. Ein Gutachten hat gemäss Bundesgericht vollen **Beweiswert**, wenn der Bericht umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten und der Anamnese abgegeben wurde, wenn die medizinischen Zusammenhänge und die Beurteilung einleuchten und wenn die Schlussfolgerungen begründet und allfällige Unsicherheiten deklariert sind (Bundesgerichtsurteil 134 V 231 vom 26.05.2008).

6.

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt befasste sich dann mit der Frage der **Befangenheit** und der **Haftung** von Sachverständigen (Gutachtern). Eine klare Abgrenzung zwischen Gutachten (z.B. IV-Gutachten) und ärztlichen Stellungnahmen besteht nicht. Für Gutachter gelten dieselben **Ausstandsgsgründe** wie für Richter (persönliches Interesse, Verwandtschaft, Parteieigenschaft, fehlende Unabhängigkeit etc.). Von diesen formellen Gründen sind die materiellen **Ablehnungsgründe** zu unterscheiden. Diese sind erst nach der Begutachtung gegen das Gutachten selber zulässig (Mängel, fehlende Sachkunde, falsche

Fachrichtung etc.). Ein Ausstandsgrund im Sinne einer persönlichen Vorbefassung liegt vor, wenn Gutachter den Auftrag für ein Verlaufsgutachten erhalten sollen, die in der Sache schon ein erstes Gutachten erstellt haben, deren Schlüssigkeit aber als fraglich gilt. Sie dürfen nicht zur Überprüfung der Schlüssigkeit ihres eigenen Vorgutachtens herangezogen werden. Eine unabhängige Studie zeigt, dass **22%** der Gutachten **Mängel** aufwiesen. Eine **Haftung** für mangelhafte Gutachten kann sich privatrechtlich aus einer Vertrags- oder Auftragswidrigkeit gegenüber dem Auftraggeber oder aus einer Widerrechtlichkeit gegenüber dem Patienten ergeben. Ist die Auftraggeberin eine Sozialversicherung, ist es gemäss Dr. Landolt als unsicher zu beurteilen, ob Staatshaftungsansprüche geltend gemacht werden können.

7.

Abschliessend machte **Prof. Dr. iur. Thomas Geiser** interessante Ausführungen zur Frage der **Ferienfähigkeit trotz Arbeitsunfähigkeit**. Ferienanspruch hat eine Doppelnatur. Einerseits geht es um die Einräumung von **Freizeit**, andererseits um **Lohnfortzahlung**. Die Minimalferiendauer und der Anspruch auf Lohn ist **zwingend**. Das gilt auch für die Verjährung von Ferien (Art. 128 OR). Ebenfalls zwingend ist, dass der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien bestimmt und dabei auf die Wünsche des Arbeitnehmers Rücksicht nimmt (Art. 329c Abs. 2 OR). Bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers während Ferien können sich **drei Konstellationen** ergeben. Im **ersten Fall** ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig und auch ferienunfähig. Die beabsichtigte Erholung wird verunmöglicht. Er hat Anspruch auf die vereitelten Ferientage. Im **zweiten Fall** besteht eine Arbeitsunfähigkeit, aber eine Ferienfähigkeit (die heisere Opernsängerin ist am Skiurlaub nicht verhindert). Im **dritten Fall** besteht Ferienunfähigkeit, aber Arbeitsfähigkeit (der Buchhalter, der sich beim Skifahren den Fuss verstaucht, kann arbeiten). Entscheidend ist daher die **Art der Ferien**. Diese darf der Arbeitnehmer selber bestimmen. Ist der Arbeitnehmer bei der Ferienplanung schon gesundheitlich beeinträchtigt, muss er im Sinn der Treuepflicht die Art der Ferien entsprechend wählen. Wichtig ist, dass die **Ferienfähigkeit entweder voll oder gar nicht** gegeben ist. Eine Teilerienfähigkeit gibt es nicht. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

bestimmen im Einzelfall darüber, ob der Arbeitnehmer bei Auftreten eines gesundheitlichen Problems den **Ferienzweck anpassen** oder, falls das nicht möglich ist, die **Ferien abbrechen** und zur Arbeit erscheinen muss. Um Unannehmlichkeiten zu vermeiden empfiehlt es sich, eine Ferienunfähigkeit mittels **Arztzeugnis** bescheinigen zu lassen, in gleicher Weise wie eine Arbeitsunfähigkeit.