

Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall
und die Möglichkeiten des Arbeitgebers,
gegen einen etwaigen Missbrauch dieses
Rechts vorzugehen

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
des Doktors der Rechtswissenschaften

(Dr. jur.)

an der Universität Konstanz

Fachbereich Rechtswissenschaften

vorgelegt von:

Rechtsassessorin Luzia Ruhnke, Freiburg

Tag der mündlichen Prüfung: 22.07.2004

1. Referent: Prof. Dr. Winfried Boecken
2. Referent: Prof. Dr. Martin Franzen

Für meine Eltern und Geschwister – insbesondere in liebender Erinnerung
meinem Bruder Martin Johannes Ruhnke, der am 29.07.2002 verstarb. Er
hat mich während meiner gesamten Ausbildung in einem hohen Maße
emotional unterstützt und war ein nicht zu ersetzender Gesprächspartner.

Menschen treten in unser Leben
und begleiten uns eine Weile.
Andere bleiben für immer, denn
sie hinterlassen ihre Spuren in
unseren Herzen.

Gliederung

Einführung	1
1. Kapitel: Die Entwicklung und die momentane Ausgestaltung des Rechts der Entgeltfortzahlung	16
I. Historische Entwicklung der Entgeltfortzahlung	16
1. Die Zeit vor dem Entgeltfortzahlungsgesetz	16
2. Das Entgeltfortzahlungsgesetz von 1994	18
3. Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz 1996.....	20
4. Das Korrekturgesetz 1998	21
5. Fazit.....	22
II. Anspruchsbedingungen	22
1. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit	22
2. Bestehen eines Arbeitsvertrages	23
3. Wartezeit	23
4. Kein Verschulden.....	24
5. Keine anspruchsbegründende Wirkung der Arbeitsunfähigkeits- bescheinigung.....	24
III. Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit	25
1. Einführung.....	25
2. Krankheit	26
3. Arbeitsunfähigkeit.....	27
4. Teilarbeitsunfähigkeit	31
4.1. Einführung	31
4.2. Meinungsstand.....	34
4.3. Eigene Lösung	35

4.3.1. Tätigkeitsbezogene Teilarbeitsunfähigkeit	35
4.3.2. Zeitbezogene Teilarbeitsunfähigkeit	37
4.3.3. Ergebnis.....	39
IV. Fehlerquellen bei der Diagnose	39
V. Der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit	48
1. Die Anzeigepflicht gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG.....	49
2. Die Nachweispflicht gemäß § 5 Abs. 1. S. 2 EFZG	52
2.1. Einführung.....	52
2.2. Grundsätzliche Vorlagepflicht bei Kurzerkrankungen?	53
2.3. Vorlagepflicht bei einer über drei Tage dauernden Arbeitsun- fähigkeit	55
2.4. Nachweistage.....	55
2.5. Die Form der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	56
2.6. Der Begriff des ausstellenden Arztes	57
2.7. Zusätzliche Erfordernisse?.....	59
2.7.1. Angaben über den Befund	59
2.7.2. Einhaltung der Vorschriften der AU-Richtlinien	62
2.7.3. Angaben über die zu verrichtende Tätigkeit	63
2.7.4. Nennung der angeordneten Verhaltensmaßnahmen.....	63
2.8. Nachweis- und Vorlagepflicht gemäß § 5 Abs. 1 S. 4 EFZG (Folgebescheinigung).....	64
3. Mitteilungs- und Nachweispflichten bei einem Auslandsaufent- halt	65
3.1. Anzeigepflicht	65
3.2. Nachweispflicht	67
3.3. Vereinfachtes Verfahren.....	67

VI. Der Beweiswert der im Inland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	68
1. Einführung	68
2. Die Rechtsnatur der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	70
3. Der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Prozess ..	71
VII. Der Beweiswert der im Ausland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.....	80
1. Einführung.....	80
2. Der Beweiswert einer in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	81
VIII. Ergebnisse des 1. Kapitels.....	86
2. Kapitel: Möglichkeiten des Arbeitgebers, gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlung vorzugehen.....	89
I. Die Verweigerung der Entgeltfortzahlung und das vorzeitige Vorlageverlangen.....	90
1. Die Verweigerung der Entgeltfortzahlung – Die Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Prozess	90
1.1. Einführung.....	90
1.2. Die einzelnen Fallgruppen der Beweiswerterschütterung	91
1.2.1. Umstände im Zusammenhang mit der Bescheinigung selbst	92
1.2.2. Das Verhalten des Arbeitnehmers vor der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit	94
1.2.3. Das Verhalten des Arbeitnehmers während der beschei-	

nigten Arbeitsunfähigkeit	95
1.2.4. Die Regelbeispiele des § 275 Abs. 1 a SGB V.....	96
1.3. Verpflichtung des Arbeitgebers, eine Kontrolluntersuchung durch den Medizinischen Dienst zu veranlassen?.....	97
1.4. Die Erschütterung des Beweiswerts einer in einem Mitglieds- staat der Europäischen Union ausgestellten Arbeitsunfähig- keitsbescheinigung.....	99
1.5. Die Verweigerung der Entgeltfortzahlung im Kampf gegen den Missbrauch	100
2. Die gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechte	102
2.1. § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG	102
2.2. § 100 Abs. 2 S. 2 1. HS SGB IV	106
2.3. Die Effektivität der gesetzlichen Leistungsverweigerungsrech- te im Kampf gegen den Missbrauch.....	108
3. Das vorzeitige Vorlageverlangen des Arbeitgebers gemäß § 5 Abs. 1. S. 3 EFZG („individuelle Nachweispflicht“)	109
3.1. Einführung	109
3.2. Inhalt und Form	110
3.3. Die Art des Vorlageverlangens	111
3.4. Rechtliche Grenzen eines vorzeitigen Vorlageverlangens.....	113
3.5. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats	115
3.6. Wirksamkeit der Regelung im Kampf gegen den Missbrauch ..	117
II. Kontrollmaßnahmen.....	117
1. Die Untersuchung durch den Medizinischen Dienstag	119
1.1. Einführung	119
1.2. Zweifel an der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.....	121

1.3. Die Regelbeispiele	123
1.3.1. Die Regelbeispiele des § 275 Abs. 1 a lit. a) 1. und 2. Var.	
SGB V	124
1.3.2. Das Regelbeispiel des § 275 Abs. 1 a lit. a) 3. Var.	
SGB V	124
1.3.3. Das Regelbeispiel des § 275 Abs. 1 a lit b) SGB V	125
1.3.4. Sonstige Umstände, die Zweifel begründen können	125
1.4. Der Ablauf des Verfahrens	126
1.5. Die Pflicht des Arbeitnehmers, sich untersuchen zu lassen und die Folgen einer Verweigerung	129
1.6. Die Überprüfung von Vertragsärzten	131
1.7. Die Effizienz der Einschaltung des Medizinischen Dienstes bei der Missbrauchsabwehr	132
2. Die Untersuchung durch einen Vertrauensarzt des Arbeitgebers...	135
2.1. Einführung	135
2.2. Arbeitsrecht und Grundrechte	137
2.2.1. Die Grundrechtsbindung im Individualarbeitsrecht.....	137
2.2.2. Die Grundrechtsbindung der Kollektivvertragsparteien..	140
2.3. Der verfassungsrechtliche Standort der freien Arztwahl	143
2.4. Die freie Arztwahl in anderen Rechtsbereichen	147
2.4.1. Die freie Arztwahl im Bereich der gesetzlichen Kranken- versicherung.....	147
2.4.2. Untersuchungen im Sozialrecht (§ 62 SGB I)	150
2.4.3. Die freie Arztwahl im Strafvollzug	150
2.5. Die Bestätigungsbescheinigung im Arbeitsrecht	151
2.5.1. Möglichkeit, die Untersuchung durch besondere Ärzte	

vornehmen zu lassen.....	151
2.5.2. Ärztliche Untersuchungen im Arbeitsverhältnis	153
2.5.3. Vertragliche Pflicht des Arbeitnehmers, bei Arbeitsun-	
fähigkeit eine Kontrolluntersuchung zu dulden?	159
2.5.3.1. Meinungen	160
2.5.3.2. Eigener Lösungsansatz	161
2.6. Die kollektiv-/arbeitsvertraglich vereinbarte Pflicht zur Nach-	
untersuchung	167
2.6.1. Tarifvertragliche Einschränkungen der freien Arztwahl	
in der Praxis.....	168
2.6.2. Rechtliche Möglichkeiten	170
2.7. Die Wirksamkeit der Kontrolluntersuchung im Kampf gegen	
den Missbrauch.....	173
3. Krankenbesuche	173
3.1. Rechtliche Grenzen.....	173
3.2. Die Effektivität im Kampf gegen den Missbrauch	175
4. Einschaltung einer Detektei	175
4.1. Einführung	175
4.2. Rechtliche Grenzen einer Überwachung des Arbeitnehmers ...	176
4.3. Die Verwertung des durch den Detektiv beschafften Beweis-	
materials vor Gericht	177
4.4. Die Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrats.....	178
4.5. Die Voraussetzungen für einen Anspruch des Arbeitgebers	
auf Erstattung der Detektivkosten.....	178
4.5.1. Prozessualer Kostenerstattungsanspruch gemäß § 91 ff.	
ZPO.....	178

4.5.2. Materieller Kostenerstattungsanspruch.....	180
4.6. Wirksamkeit im Kampf gegen den Missbrauch.....	180
III. Motivierende Maßnahmen.....	182
1. Kürzung von Sondervergütungen (§ 4 a EFZG).....	182
1.1. Einführung.....	182
1.2. Die Entwicklung der Anwesenheitsprämie.....	183
1.3. Voraussetzungen für die Kürzung von Sondervergütungen	185
1.3.1. Begriff der Sondervergütung.....	185
1.3.2. Leistungen zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt.....	185
1.3.3. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit	186
1.3.4. Vereinbarung über die Kürzung	186
1.3.5. Rechtliche Grenzen und Umfang der Kürzung.....	187
1.4. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.....	188
1.5. Effektivität der Kürzung von Sondervergütungen bei der Miss- brauchsabwehr	190
2. Betriebsklima	192
3. Fehlzeitenstatistik und informatorische Maßnahmen	195
4. Appell an den Arbeitswillen	196
4.1. Einführung.....	196
4.2. Mitarbeitergespräche (Fehlzeitengespräche).....	197
4.2.1. Allgemeines.....	197
4.2.2. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.....	199
4.3. Anrufe/Anschreiben	200
4.4. Fürsorgliche Krankenbesuche	202
4.5. Rückkehrgespräche	203
IV. Repressive Maßnahmen	204

1. Bedingte Abmahnung	204
2. Kündigung.....	205
2.1. Gesundheitswidriges Verhalten	205
2.2. Verdachtskündigung	206
2.3. Androhung der Arbeitsunfähigkeit	210
3. Bedingter Aufhebungsvertrag	212
V. Ergebnisse des 2. Kapitels.....	213
3. Kapitel: Änderungen der momentanen Gesetzeslage.....	217
I. Verschärfung der Attestpflicht	218
1. Verschärfung der Attestpflicht	218
2. Präzisierung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	219
II. Regelung der Teilarbeitsunfähigkeit.....	221
III. Die gesetzliche Normierung einer Kontrolluntersuchung (Einschränkung der freien Arztwahl).....	224
1. Einführung.....	224
2. Die Krankenkontrolle in Frankreich als Vorbild?.....	225
3. Verfassungsmäßigkeit einer solchen Norm?	226
4. Auswirkungen auf den Beweiswert der AUB.....	228
IV. Dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht.....	230
V. Kürzungen des Leistungsumfangs beziehungsweise Rückkehr zur versicherungsrechtlichen Lösung	231
1. Einführung von Karenztagen.....	232
2. Kürzung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	237
3. Die versicherungsrechtliche Lösung der Entgeltfortzahlung.....	239
VI. Ergebnisse des 3. Kapitels und Zusammenfassung.....	243

Literaturverzeichnis

- Angel, Erik**, Probleme der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, (Diss.) Frankfurt 2000.
- Badura, Bernhard, Münch, Eckhard und Ritter, Wolfgang**, Partnerschaftliche Unternehmenskultur und betriebliche Gesundheitspolitik: Fehlzeiten durch Motivationsverlust?, Gütersloh 1997.
- Barwasser, Franz**, Regelwidriges Verhalten des Arbeitnehmers vor und während Arbeitsunfähigkeit als Konfliktgegenstand, in: DB 1976, S. 1332 ff.
- Bauer, Jobst-Hubertus, Röder, Gerhard und Lingemann, Stefan**, Krankheit im Arbeitsverhältnis, Heidelberg 1996.
- Bauer, Jobst-Hubertus und Lingemann, Stefan**, Probleme der Entgeltfortzahlung nach neuem Recht, in: BB 1996, Beilage 17, S. 8 ff.
- Baumbach, Adolf, Lauterbach, Wolfgang, Albers, Jan und Hartmann, Peter**, Zivilprozessordnung, 61. Auflage, München 2003.
- Becker, Friedemann**, Detektive zur Überwachung von Arbeitnehmern?, Wiesbaden u.a. 1981.
- Becker, Friedemann**, Die Widerlegung ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsatteste seit der Änderung der §§ 368 m, 368 n, 369 b RVO, in: DB 1983, S. 1253 ff.
- Berenz, Claus, Brock, Gabriele und Worzalla, Michael**, Verfassungsrechtliche Grenzen überschritten, in: Arbeitgeber 1991, S. 381 ff.
- Berenz, Claus**, Lohnfortzahlung bei Erkrankung im Ausland, in: Arbeitgeber 1992, S. 861 ff.
- Berenz, Claus**, Lohnfortzahlung an im Ausland erkrankte Arbeitnehmer, in: DB 1992, S. 2442 ff.
- Berenz, Claus**, Anzeige- und Nachweispflichten bei Erkrankungen im Ausland, in: DB 1995, S. 1462 ff.
- Berenz, Claus**, Aktuelle Probleme bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, in: DB 1995, S. 2166 ff.
- Bezani, Thomas**, Die krankheitsbedingte Kündigung, (Diss.) Bergisch-Gladbach/Köln 1994.
- Boeck, Werner, Friedrichs, Hans, Haack, Renate und Seevogel, Max**, Die Ursache von Fehlzeiten im Betrieb, Möglichkeiten und Maßnahmen zu ihrer Minderung, Düsseldorf 1964.

Boecken, Winfried, Wie soll der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand rechtlich gestaltet werden?, Gutachten B für den 62. Deutschen Juristentag in Bremen 1998, Band I – Gutachten, München 1998.

Boecken, Winfried, Probleme der Entgeltzahlung im Krankheitsfall, in: NZA 1999, S. 673 ff.

Borchert, Günter, Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Arbeits- und Sozialrecht, in: ArbuR 1990, S. 375 ff.

Borchert, Günter, Der neue Bundesmantelvertrag Ärzte, in: NJW 1991, S. 1526 ff.

Boss, Alfred, Lohnfortzahlung und Krankenstand, Kiel 1999.

Brecht, Hans-Theo, Entgeltfortzahlung an Feiertagen und im Krankheitsfall, 2. Auflage, München 2000.

Breuer, Joachim, Die Teilarbeitsunfähigkeit – Lösungsmodell oder Problemfaktor?, in: RdA 1984, S. 332 ff.

Brill, Werner, Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach dem Lohnfortzahlungsgesetz, DOK 1971, S. 623 ff.

Brill, Werner, Die Bedeutung der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeiters, in: DOK 1971, S. 665 ff.

Brill, Werner, Die Bedeutung der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Lohnfortzahlungsrecht, in: WzS 1980, S. 69 ff.

Brill, Werner, Überprüfungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, in: DOK 1985, S. 64 ff.

Brust, Detlev, Görg, Axel, Hamer, Wolfgang, Hannig, Heinrich, Mosebach, Wilfried, Pieper, Rainer, Rzadkowski, Uwe, Schelter, Wolfgang, Schmalz, Hubert, Wolf, Franz, BAT-Bundes-Angestelltentarifvertrag, Kommentar für die Praxis, Köln 1989.

Bscheider, Ludwig, Aussagewert und Hintergründe der Diagnosen auf Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aus einer Allgemeinpraxis, (Diss.) München 1977.

Buchner, Herbert, Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs bei der Entwicklung des Arbeitsrechts, in: ZfA 1993, S. 279 ff.

Clausen, Peter, Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Entgeltfortzahlungsprozess, in: ArbuR 1989, S. 330 ff.

Clemens, Horst, Scheuring, Ottheinz, Steingen, Werner und Wiese, Friedrich, Kommentar zum Bundes-Angestelltentarifvertrag, Stand: 137. Ergänzung, Stuttgart 1996.

Derr, Dietmar, Fehlzeiten im Betrieb – Ursachenanalyse und Vermeidungsstrategien, Köln 1995.

Diergarten, Dagmar und Hagedorn, Jobst R., „Krank sein“ oder „krankfeiern“?, in: Arbeitgeber 1991, S. 580 ff.

Dieterich, Thomas, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, in: Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günter Schaub, München 1998, S. 117 ff.

Diller, Martin, Krankfeiern seit dem 01.06.1994 schwieriger?, in: NJW 1994, S. 1690 ff.

Dörner, Klemens, Abschied von der Verdachtskündigung?, in: NZA 1993, S. 873 ff.

Dütz, Wilhelm, Krankfeiern, in: Hromadka, Wolfgang (Hrsg.), Krankheit im Arbeitsverhältnis, Stuttgart 1993, S. 75 ff.

Dütz, Wilhelm, „Krankfeiern“ – wie entgegenwirken?, in: AuA 1993, S. 179 ff.

Edenfeld, Stefan, Die Krankenkontrolle des Arbeitgebers, in: DB 1997, S. 2273 ff.

Eich, Rolf-Achim, Rechtsfragen bei Krankheit des Arbeitnehmers, in: BB 1988, S. 197 ff.

Erasmý, Walter, Der EuGH konterkariert nationales Arbeitsrecht, in: Arbeitgeber 1992, S. 856 ff.

Erben, Christoph, Der Missbrauch kann verringert werden, in: Arbeitgeber 1996, S. 356 ff.

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2003.

Feichtinger, Peter und Pohl, Wolfgang, Verminderter Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in: DB 1984, Beilage Nr. 4, S. 1 ff.

Feichtinger, Peter, Krankheit des Arbeitnehmers, in: AR-Blattei SD 1000.1, S. 1 ff.

Feichtinger, Peter, Anzeige- und Nachweispflichten bei Arbeitsunfähigkeit, in: AR-Blattei SD 1000.2, S. 1 ff.

Feldgen, Dagmar, Das neue Entgeltfortzahlungsgesetz, in: DB 1994, S. 1289 ff.

Fick, Diemut, Der Krankenstand im Betrieb, Eine Analyse von Entwicklung, Ursachen und Maßnahmen, Konstanz 1993.

Fleischer, Ottmar, Die formellen und materiellen Voraussetzungen der für den Arbeitgeber bestimmten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach § 3 Lohnfortzahlungsgesetz, (Diss.) Aschaffenburg 1984.

Franzen, Martin, Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 27.04.1994, in: SAE 1995, 59 ff.

Frey, Erich, Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit durch Krankheit, in: ArbuR 1956, S. 298 ff.

Frölich, Armin, Erstattung von Detektivkosten im Arbeitsverhältnis, in: NZA 1996, 464 ff.

Galahn, Holger, Der Missbrauch der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und die Abwehrmöglichkeiten des Arbeitgebers, (Diss.) Frankfurt u.a. 1994.

Gamillscheg, Franz, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Berlin 1989.

Gaul, Dieter, Aspekte der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, in: DB 1992, S. 2189 ff.

Gaul, Dieter, Missbrauch einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, in: NZA 1993, S. 865 ff.

Gaul, Dieter, Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der fehlzeitenorientierten Gewährung von Sonderleistungen, in: DB 1994, S. 1137 ff.

Germelmann, Claas-Hinrich, Matthes, Hans-Christoph, Müller-Gloge, Rudi und Prütting, Hanns, Arbeitsgerichtsgesetz, 4. Auflage, München 2002.

Geyer, Heinrich, Knorr, Gerhard und Krasney, Otto Ernst, Entgeltfortzahlung – Krankengeld – Mutterschaftsgeld, 7. Auflage, Berlin 1996.

Giese, Dieter, Zum Subsidiaritätsprinzip und Wahlrecht in der öffentlichen Fürsorge, - Bemerkungen anlässlich der „Denkpause“ in der Jugendhilferechtsreform -, in: ZfSH 1976, S. 1 ff.

Gitter, Wolfgang, Arbeitsrechtliche Probleme der stufenweisen Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer, in: ZfA 1995, S. 123 ff.

Glaubitz, Werner, Nochmals: Das Rechtsverhältnis zur stufenweisen Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer, in: NZA 1992, S. 402.

Gola, Peter und Wronka, Georg, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 2. Auflage, Köln 1994.

Gola, Peter, Krankenkontrolle, Datenschutz und Mitbestimmung, in: BB 1995, S. 2318 ff.

Gruber, Thomas, Der Begriff der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit im Entgeltfortzahlungs- und Krankenversicherungsrecht, (Diss.) Konstanz 1998.

Hanau, Peter, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1983, in: ZfA 1984, S. 453 ff.

Hanau, Peter und Kramer, Michael, Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit, in: DB 1995, S. 94 ff.

Hanau, Peter, Ergänzende Hinweise zur Neuregelung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, in: RdA 1997, S. 205 ff.

Hapfelmeier, Manfred, Muss man Fehlzeiten einfach hinnehmen? Möglichkeit einer rationalen Fehlzeitenbearbeitung im Betrieb, in: Personal 1976, S. 180 ff.

Harth, Angela, Die Neuregelung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, (Diss.) Köln 2000.

Heinze Meinhard, Krankenstand und Entgeltfortzahlung – Handlungsbedarf und Anpassungserfordernisse, in: NZA 1996, S. 785 ff.

Heinze, Meinhard und Giesen, Richard, Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und der Europäische Gerichtshof, in: BB 1996, S. 1830 ff.

Heinze, Meinhard, Das Umlagesystem. Ein Alternativmodell zur Flexibilisierung im Bereich Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bei Mutterschutzleistungen, in: NZS 1998, S. 257 ff.

Helml, Ewald, Entgeltfortzahlungsgesetz, Heidelberg 1995.

Hermes, Georg, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, (Diss.) Heidelberg 1987.

Hitzfeld, Ulrike, Wiedereingliederung und Teilarbeitsfähigkeit, in: Liber Discipulorum, Dankschrift für Günther Wiese, Weinheim 1996, S. 55 ff.

Hold, Dieter, Das neue Entgeltfortzahlungsgesetz, in: AuA 1994, S. 193 ff.

Hoyningen-Huene, Das Rechtsverhältnis zur stufenweisen Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer (§ 74 SGB V), in: NZA 1992, S. 49 ff.

Hromadka, Wolfgang, Das allgemeine Weisungsrecht, in: DB 1995, S. 2601 ff.

Hunold, Wolf, Anmerkung zum Urteil des LAG München vom 09.11.1988, in: BB 1989, S. 845 ff.

Hunold, Wolf, Krankheit des Arbeitnehmers, 3. Auflage, Freiburg 1994.

Hunold, Wolf, Verweigerung der Entgeltfortzahlung und Medizinischer Dienst, in: DB 1995, S. 676 ff.

Jarass, Hans und Piero, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage, München 2002.

Junker, Abbo, Der EuGH im Arbeitsrecht – Die schwarze Serie geht weiter, in: NJW 1994, S. 2527 ff.

Kaiser, Heinrich, Dunkl, Hans, Hold, Dieter und Kleinsorge, Georg, Entgeltfortzahlungsgesetz, 5. Auflage, Köln 2000.

Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, Band 1, Stand: 39. Ergänzungslieferung, München 2002.

Keller, Ulrich, Die ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses, in: NZA 1988, S. 561 ff.

Kellner, Wolfgang, Arbeitsmoral und Arbeitsunfähigkeit, in: DB 1975, S. 1124 ff.

Kittner, Michael, Ärztliche Untersuchungen des Arbeitnehmers auf Verlangen des Arbeitgebers, (Diss.) München 1969.

Klages, Werner, Personaleinsatz bei bedingter Arbeitsfähigkeit, in: BB 1983, S. 1223 ff.

Kleinebrink, Wolfgang, Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – Die materielle und prozesuale Bedeutung für Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Recht der Entgeltfortzahlung, (Diss.) Augsburg 1994.

Kramer, Michael, Die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in: BB 1996, S. 1662 ff.

Küchenhoff, Günther, Der Werksarzt, in: RdA 1972, S. 336 ff.

Künzl, Reinhard und Weimann, Ralf, Arbeitsrechtliche Maßnahmen (Kündigung und Verweigerung der Entgeltfortzahlung) bei Vortäuschen einer Krankheit und wegen des Verhaltens des Arbeitnehmers während krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, Teil I in ArbuR 1996, S. 256 ff., Teil II in ArbuR 1996, S. 306 ff.

Küttner, Wolfdieter, Personalhandbuch, 8. Auflage, München 2001.

Kunz, Olaf und Wedde, Peter, EFZR – Kommentar für die Praxis zum Entgeltfortzahlungsgesetz und zu ergänzenden Vorschriften, Frankfurt 2000.

Lambeck, Rainer, Zum Beweiswert ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Entgeltfortzahlungsprozess, in: NZA 1990, S. 88 ff.

Langenmayr, Arnold, Krankheit als psychosoziales Phänomen, Göttingen 1980.

Leipold, Dieter, Schwer zu fassen: die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach deutschem und europäischem Recht, in: Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Otto Rudolf Kissel, München 1994, S. 629 ff.

Lepke, Achim, Zum Kündigungsgrund des Arbeitgebers bei Erkrankungen des Arbeitnehmers, in: DB 1970, S. 489 ff.

Lepke, Achim, Rechtsfolgen bei der Verletzung von Verhaltensobliegenheiten des Arbeitnehmers bei feststehender oder behaupteter, aber zweifelhafter krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, in DB 1974, S. 430 ff.

Lepke, Achim, Detektivkosten als Schadensersatz im Arbeitsrecht, in: DB 1985, S. 1231 ff.

Lepke, Achim, Zur arbeitsrechtlichen Bedeutung ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, in: DB 1993, 2025 ff.

Lepke, Achim, Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers bei Krankheit als Kündigungsgrund, in: NZA 1995, S. 1084 ff.

Lepke, Achim, Krankheitsbegriff im Arbeitsrecht, in: NZA-RR 1999, S. 57 ff.

Lepke, Achim, Kündigung bei Krankheit, 10. Auflage, Berlin 2000.

Lerche, Peter, Zur Bindung de Tarifnormen an Grundrechte, insbesondere an das Grundrecht der Berufsfreiheit, in: Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin, New York 1990, S. 897 ff.

Lingemann, Stefan und Göpfert, Burkhard, Der Einsatz von Detektiven im Arbeitsrecht, in: DB 1997, S. 374 ff.

Lörcher, Klaus, Urteilsanmerkung zu EuGH vom 02.05.1996 (Paletta II), in: ArbuR 1996, S. 235 ff.

Maib, Johannes, Fehlzeiten, Eine Untersuchung zu Begriff, Struktur und Bedingungen des Abwesenheitsverhaltens von Arbeitnehmern, (Diss.) Göttingen 1981.

Marburger, Horst, Vertrauensärztliche Untersuchung auf Verlangen des Arbeitgebers, in: BB 1987, S. 1310 ff.

Marburger, Horst, Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit bei Erkrankung im Ausland, in: BB 1988, S. 557 ff.

Marburger, Horst, Neu geregelt: Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, in: BB 1994, S. 1417 ff.

Maydell, Bernd Baron von, Der allgemeine Teil des Sozialgesetzbuches, in: NJW 1976, S. 161 ff.

Mende, Jochen, Dokumentation Wege zu Wissen und Wohlstand oder: lieber krankfeiern als gesundschufteten, Lollar 1984.

Meisel, Peter, Abschied von der Anwesenheitsprämie, in: DB 1972, S. 43 ff.

Meisel, Peter, Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, 9. Auflage, Köln 2001.

Molitor, Erich, Der minderleistungsfähige Arbeitnehmer, in: DB 1952, S. 677 ff.

Müller, Eugen und Berenz, Klaus, Entgeltfortzahlungsgesetz, 3. Auflage, Stuttgart 2001.

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht I, 2. Auflage, München 2000.

Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band 2 a, §§ 241-432, 4. Auflage, München 2003.

Münchener Kommentar, Zivilprozessordnung, §§ 1 – 354, Band 1, München 2000.

Naendrup, Peter-Hubert, Rechtliche und tatsächliche Probleme um Krankenstand und Lohnfortzahlung, in: ZfA 1984, S. 383 ff.

Neumann, Volker, Freiheitsgefährdungen im kooperativen Sozialstaat: Rechtsgrundlagen und Rechtsformen der Finanzierung der freien Wohlfahrtspflege, Köln 1992.

Nieder, Peter, Fehlzeiten, Ein Unternehmer- oder Arbeitnehmerproblem? Wege zur Reduzierung von Fehlzeiten, Bern und Stuttgart 1979.

Noppeney, Hanns, Die Kosten bei krankheitsbedingten Fehlzeiten und Möglichkeiten zu deren Reduzierung im Bereich der gewerblichen Arbeitnehmer, in: DB 1973, S. 1894 ff.

Oetker, Hartmut, Einführung von Karenztagen für die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall qua Tarifvertrag? Zugleich ein exemplarischer Beitrag zu den Grenzen der Tarifautonomie, in: SGB 1984, S. 193 ff.

Oppolzer, Alfred und Zachert, Ulrich, Gesetzliche Karenztage und Tarifautonomie, in: BB 1993, S. 1353 ff.

Oppolzer, Alfred, Ökologie der Arbeit: Mensch und Arbeitsumwelt; Belastungen und Gestaltungserfordernisse, Hamburg 1993.

Otten, August Wilhelm, Zur Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Sinne des Lohnfortzahlungsgesetzes, in: DB 1976, S. 389 ff.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München 2002.

Peter, Alexander, Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als europäisches Rechtsproblem, Ein Vergleich der Länderregelungen in Deutschland, Frankreich, und Großbritannien unter Einbeziehung europarechtlicher Regelungen, (Diss.) Berlin u.a. 1999.

Peter, Alexander, Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als europäisches Rechtsproblem, in: RdA 1999, S. 374 ff.

Pohen, Josef und Esser, Walter, Fehlzeiten senken, Mit System zum Erfolg, Zusammenhänge/Ursachen/Maßnahmen, 2. Auflage, Heidelberg 1995.

Prasse, Helmut, Ist der Arbeitnehmer verpflichtet, sich durch einen vom Arbeitgeber benannten Arzt untersuchen zu lassen?, in: RdA 1959, S. 55 ff.

Preis, Ulrich, Entwicklungslinien der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsrecht, in: ZIP 1995, S. 891 ff.

Preis, Ulrich, Arbeitsrecht, Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, Köln 1999.

Pschyrembel, Willibald, Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, 259. Auflage, Berlin 2002.

Raab, Thomas, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einführung und Ausgestaltung von Krankengesprächen, in: NZA 1993, S. 193 ff.

Rehbinder, Manfred, Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in: Wege zum japanischen Recht, Festschrift für Zentaro Kitegawa, Berlin 1992, S. 509 ff.

Reinecke, Gerhard, Die arbeitsrechtliche Bedeutung der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in: DB 1989, S. 2069 ff.

Reinecke, Gerhard, Krankheit und Arbeitsunfähigkeit – die zentralen Begriffe des Rechts der Entgeltfortzahlung, in: DB 1998, S. 130 ff.

Reinwald, Günter, Betriebliche Anreize, außerbetriebliche Rahmenbedingungen und Krankenstand: ein handlungstheoretisches Konzept und empirische Evidenzen zur Erklärung des Krankenstandes der Arbeitnehmer, (Diss.) Frankfurt u.a. 1999.

Ruf, Thomas, Gleichbehandlung auch in Zukunft unerlässlich, in: Arbeit und Sozialpolitik 1981, S. 380 ff.

Rühle, Hans Gottlob, Der Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in: BB 1989, S. 2046 ff.

Rumpfenhorst, Elmar, Wann wird das Inaussichtstellen künftiger Arbeitsverweigerung kündigungsrelevant?, in: NZA 1995, S. 111 ff.

Salowsky, Heinz, Fehlzeiten – ein internationaler Vergleich, Köln 1980.

Salowsky, Heinz, Wer seine Arbeit gerne tut, der geht auch gerne zur Arbeit hin, in: Arbeitgeber 1991, S. 157 ff.

Salowsky, Heinz, Fehlzeiten – Eine Bilanz nach 20 Jahren Lohnfortzahlungsgesetz, Köln 1991.

Schäfer, Horst, Pflicht zu gesundheitsförderndem Verhalten?, in: NZA 1992, S. 529 ff.

Schaub, Günter, Arbeitsrechts-Handbuch, 10.Auflage, München 2002.

Schaub, Günter, Rechtsfragen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz, in: BB 1994, S. 1629 ff.

Schaub, Günter, Europäisierung des deutschen Arbeitsrechts, in: NZA 1994, S. 769 ff.

Schelp, Günther und Trieschmann, Günther, Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle, Köln u.a. 1958.

Schliemann, Harald, Neues und Bekanntes im Entgeltfortzahlungsgesetz, in: ArbuR 1994, S. 317 ff.

Schliemann, Harald, Zur arbeitsrechtlichen Kontrolle kollektiver Regelungen, in: Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau, Köln 1999, S. 577 ff.

Schmidt, Werner, Der Krankenstand und seine Senkung durch Kurzkrankschreibung, (Diss.) Jena 1964.

Schmitt, Jochem, Der Missbrauch der Lohnfortzahlung – Ursachen und Bekämpfungsmöglichkeiten, in: ZTR 1990, S. 223 ff.

Schmitt, Jochem, Die Neuregelung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, in: RdA 1996, S. 5 ff.

- Schmitt, Jochem**, Entgeltfortzahlungsgesetz Kommentar, 4. Auflage, München 1999.
- Schulin, Bertram**, Gedanken über die Rolle der Arbeitgeber bei der sozialen Sicherung der Arbeitnehmer, in: Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Otto Rudolf Kissel, München 1994, S. 1055 ff.
- Schuster, Norbert**, Krankheit und Arbeitsverhältnis, in: AuA 1993, S. 168 ff.
- Schwanck, Jürgen**, Eine legale Methode den Krankenstand zu senken?, in: Arbeitnehmer 1991, S. 134 f.
- Schwedes, Rolf**, Arbeitsrechtliche Gesetzgebung zum Ende der 12. Legislaturperiode, in: Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung, Festschrift für Eugen Stahlhacke, Neuwied u.a. 1995, S. 489 ff.
- Selter, Thomas**, 130 Milliarden – na und? Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall – Missbrauch und Vorschläge, BJU-Broschüre Heft 9, Bonn 1981.
- Singer, Reinhard**, Tarifvertragliche Normenkontrolle nach dem Maßstab der Grundrechte?, in: ZfA 1995, S. 611 ff.
- Söllner, Alfred**, Grenzen des Tarifvertrags, in: NZA 1996, S. 897 ff.
- Stahlhacke, Eugen, Preis, Ulrich und Vossen, Reinhard**, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, München 1999.
- Stein, Axel**, Lohnfortzahlungskosten und krankheitsbedingte Kündigung, in: ArbuR 1987, S. 388 ff.
- Steinmeyer, Heinz-Dietrich**, Die Austauschbarkeit arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Gestaltungsformen und das Europäische Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift für Otto Rudolf Kissel, München 1994, S. 1165 ff.
- Steinmeyer, Heinz-Dietrich und Waltermann, Raimund**, Casebook Arbeitsrecht, 2. Auflage, München 2000.
- Stückmann, Roland**, „Krankfeiern“ und „Krankschreiben“ – Überlegungen zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle, in: NZS 1994, S. 529 ff.
- Stückmann, Roland**, Kostensenkung bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall?!, München und Mering 1997.
- Subatzus, Volker**, Wenn der Mitarbeiter Krankheit vortäuscht, in: AuA 2002, S. 174 ff.
- Surminski, Arno**, Die langfristige Entwicklung des Krankenstandes, in: BB 1974, S. 325 ff.
- Vossen, Reinhard**, Entgeltfortzahlung bei Krankheit und an Feiertagen, Neuwied u.a. 1997.
- Wahsner, Roderich**, Zur Befragung von Arbeitnehmern über häufige Fehlzeiten, Bremen 1975.

Wank, Rolf, Reform des Lohnfortzahlungsrechts, in: BB 1992, S. 1993 ff.

Wank, Rolf, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 03.06.1992, in: AR-Blattei ES 1000.3.1 Nr. 164.

Wanner, Ernst, Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien in Kraft – Konkretisierung der Regelung des Gesundheitsreformgesetzes zur Arbeitsunfähigkeit und zur stufenweisen Wiedereingliederung, in: DB 1992, S. 93 ff.

Wedde, Peter, Gerntke, Axel, Kunz, Olaf und Platow, Helmut, Entgeltfortzahlungsgesetz, 2. Auflage, Köln 1997.

Weiland, Heinz, Die rückdatierte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in: BB 1979, S. 1096 ff.

Wiedemann, Herbert, Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 6. Auflage, München 1999.

Wiese, Günther, Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, in: ZfA 1971, S. 273 ff.

Wiese, Günther, Genetische Analyse bei Arbeitnehmern, in: RdA 1986, S. 120 ff.

Worzalla, Michael, Die Anzeige- und Nachweispflicht nach § 5 I EFZG, in: NZA 1996, S. 61 ff.

Worzalla, Michael und Süllwald, Ralf, Kommentar zur Entgeltfortzahlung, 2. Auflage, Berlin u.a. 1998.

Zöller, Richard, Zivilprozessordnung, 23. Auflage, Köln 2003.

Zuleger, Thomas, Karenztage im Krankheitsfall – Fragen statt Antworten, in: ArbuR 1992, S. 231 ff.

Zwade, Christian, Die Teilarbeitsunfähigkeit aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, Regensburg 1995.

Einführung

Das Problem der Fehlzeiten existiert, seit es überhaupt Arbeitnehmer gibt. Bereits zu Beginn der Industrialisierung war dieser Fehlzeitenaspekt Anlass zu verschiedensten Bemühungen zu dessen Reduzierung. Von Friedrich dem Großen existiert ein „Edict wegen Abstellung einiger Missbräuche besonders des sogenannten Blauen Montages bey den Handwerkern“ aus dem Jahre 1783, das detaillierte Gebote und Verbote für Meister, Gastwirte und Handwerker enthielt, die bei wiederholtem Missbrauch mit einer polizeilichen Bestrafung bedroht wurden.¹

Die gesellschaftspolitische Diskussion um die Frage der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit wird seit der Einführung des Entgeltfortzahlungsgesetzes im Jahre 1970 in regelmäßiger Wiederkehr in den Medien und auf der Fachebene belebt. Deutsche Arbeitgeber beklagen sich vor allem im Hinblick auf die Internationalisierung der Wirtschaft und die damit einhergehende gestiegene Konkurrenz durch ausländische Unternehmen über den Wettbewerbsnachteil, der ihnen durch die hohen Lohnnebenkosten in der Bundesrepublik Deutschland entstehe. Die effektive durchschnittliche Wochenarbeitszeit in der deutschen Industrie nach Abzug von Urlaubs-, Feier-, und Fehltagen betrug 1991 laut Sallowsky² lediglich 29,3 Stunden, obwohl die Betriebe die Kosten für 38 Stunden zu verkraften haben. Des weiteren wird vorgebracht, dass der überhöhte Krankenstand in der Bundesrepublik Deutschland nicht nur die Betriebe kostenmäßig über Gebühr belaste und den reibungslosen Produktionsablauf störe; er beeinträchtigt auch die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft und gefährde somit Arbeitsplätze.³

Auf der anderen Seite gehört die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu den wichtigsten Errungenschaften⁴ des Sozialstaats. Sie ist im Bewusstsein der ab-

¹ Maib, Fehlzeiten, Eine Untersuchung zu Begriff, Struktur und Bedingungen des Abwesenheitsverhaltens von Arbeitnehmern, S. 1 m.w.N.

² Fehlzeiten (1991), S. 11.

³ So Fick, Der Krankenstand im Betrieb, S. 20.

⁴ Wank, DB 1992, 1993.

hängig Beschäftigten als sozialer Standard fest verankert.⁵

Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist im Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) geregelt. Die Regelungen dieses Gesetzes stellen eine Ergänzung zum Leistungsstörungenrecht des BGB dar. Sie modifizieren den Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“, da sie dem Arbeitnehmer, der durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit verhindert ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen, den Lohnanspruch bis zur Dauer von sechs Wochen erhalten. Erst danach kommt stattdessen die Inanspruchnahme von Krankengeld als Leistung der gesetzlichen Krankenkasse in Betracht. Darüber hinaus ist für ca. 85 % der Beschäftigten in der Bundesrepublik die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zusätzlich zu den gesetzlichen Bestimmungen tarifvertraglich abgesichert.⁶ Die in den Tarifverträgen festgelegten Bestimmungen dienen häufig lediglich dazu, eventuelle Modifizierungen der Gesetze zuungunsten der Arbeitnehmer zu verhindern. Ansonsten gilt das Günstigkeitsprinzip gemäß § 4 Abs.3 TVG, wonach im Verhältnis zwischen Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag grundsätzlich die für den Arbeitnehmer günstigste Regelung anzuwenden ist.

Die Krankheit eines Arbeitnehmers ist eine der wesentlichsten Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis und berührt zugleich elementare Interessen des Arbeitgebers. Zum einen führt sie dazu, dass zumindest vorübergehend die Arbeitskraft des Arbeitnehmers im Rahmen der Arbeitsorganisation des Betriebes nicht zur Verfügung steht, was je nach der Gestaltung des Einzelfalles Unterbrechungen im betrieblichen Ablauf und daraus folgend wirtschaftliche Einbußen des Arbeitgebers zur Folge haben kann. Zumindes stellt sie den Arbeitgeber jedoch vor die Aufgabe, den Ausfall des Arbeitnehmers zu kompensieren, sei es dadurch, dass die übrigen Arbeitnehmer die Aufgaben des erkrankten Kollegen mitübernehmen, was organisatorische Änderungen erforderlich machen kann, sei es durch den Einsatz zusätzlicher Kräfte in Form von Umsetzungen innerhalb des Betriebes oder gar durch Neueinstellung von Aushilfskräften. Zudem

⁵ Zuleger, ArbuR 1992, 231.

⁶ Fick, S. 20 m.w.N.

sind mit der Krankheit finanzielle Belastungen in Form der Entgeltfortzahlung verbunden, ohne dass der Arbeitgeber für die Dauer des Ausfalls eine Gegenleistung erhält.

Wie jede sozialstaatliche Errungenschaft birgt auch die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall die Gefahr des Missbrauchs in sich. Nicht zuletzt deswegen wird die verstärkte Überprüfbarkeit von Arbeitsunfähigkeitsattesten anhaltend kontrovers diskutiert. Die Möglichkeiten der Krankenkontrolle treten im Zusammenhang mit der Diskussion um den Wirtschaftsstandort Deutschland verstärkt ins Blickfeld. Die deutschen Arbeitnehmer lagen zumindest in den 90er Jahren, was Fehlzeiten betrifft, an der Spitze der Industrienationen, übertroffen nur von Skandinavien und Niederländern.⁷ Dabei ist jedoch zu beachten, dass derartige Vergleiche mit Vorsicht zu genießen sind. Dies liegt nicht zuletzt an den zum Teil schwer vergleichbaren Ausgangsdaten. Gerade die gerne zitierten Fehlzeitenquoten aus den USA und Japan sind mit den bundesdeutschen Zahlen kaum vergleichbar, da unterschiedliche soziale Einflüsse und gesetzliche Schutzbestimmungen Krankenstände stark beeinflussen. So bewirkt eventuell der soziale Druck in Japan oder die mangelnde soziale Absicherung in den USA, dass kranke Mitarbeiter zur Arbeit erscheinen oder Urlaub nehmen.⁸

1956 waren in der Bundesrepublik im Jahresdurchschnitt 3,57 % Arbeitnehmer arbeitsunfähig krank.⁹ Dieser niedrige Krankenstand (prozentuales Verhältnis der ausgefallenen Arbeitstage zu den Soll-Arbeitstagen eines Bereichs infolge ärztlich bescheinigter Arbeitsunfähigkeit) ist seitdem nie wieder erreicht worden. Er hat sich vielmehr langsam aber stetig, wenn auch mit Schwankungen, nach oben entwickelt, weist derzeit jedoch erfreulicherweise deutlich rückläufige Tendenzen auf. So erhöhte sich der Krankenstand der Pflichtmitglieder der gesetzlichen Krankenkasse von 4,4 % im Jahre 1983 auf 5,2 % im Jahre 1990 und war bei 6,3 % im Jahre 1995 auf seinem bisherigen Höchststand angelangt.¹⁰

⁷ vgl. Salowsky, Fehlzeiten, S. 10.

⁸ so Badura/ Münch/ Ritter, Partnerschaftliche Unternehmenskultur und betriebliche Gesundheitspolitik, S. 19.

⁹ Surminski, BB 1974, 325.

¹⁰ Kleinebrink, S. 2.

Seitdem ist die Quote deutlich zurückgegangen.¹¹ Für den Stichtag 1. Juli 2001 haben die Krankenkassen einen Krankenstand von nur 3,63 % gemeldet.¹² Noch nie seit Einführung der Lohnfortzahlung für Arbeiter im Jahre 1970 wurde für den Juli ein niedrigerer Wert gemeldet. Die Jahreszahlen deuten ebenfalls auf einen positiven Trend hin. Der gesamtdeutsche Krankenstand lag für das Jahr 2000 bei 4,22 Prozent.¹³ 2001 entlastete der Rückgang des Krankenstandes den Posten Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bei den Personalzusatzkosten um 0,2 Prozentpunkte.¹⁴

Für den einzelnen Arbeitgeber kann die Entgeltfortzahlung trotz dieser erfreulich rückläufigen Tendenz trotzdem erheblich belastend wirken. Für AOK Mitglieder wurde für 1997 ein Durchschnitt von 18,5 Krankheitstagen pro Arbeitnehmer und Kalenderjahr angegeben.¹⁵

Ein Prozent Krankenstand in Deutschland bedeutet, dass täglich rund 300 000 Arbeitnehmer fehlen. Bei einem Krankenstand von 4,15 vom Hundert¹⁶ sind das rund 1,3 Millionen Arbeitnehmer. Die dadurch ausgelösten Aufwendungen der Arbeitgeber für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall belasten die Arbeitgeber in hohem Maße. Das eigentliche Problem hierbei sind die Mitarbeiter, die eigentlich zur Arbeit erscheinen müssten, die nicht krank sind – und dennoch fehlen. Was bewegt einen Mitarbeiter, sich vertragswidrig zu verhalten, seine Kolleginnen und Kollegen im Stich zu lassen und vielleicht sogar seinen Arbeitsplatz aufs Spiel zu setzen?¹⁷

Zahlreiche betriebliche, außerbetriebliche und persönlich-familiäre Faktoren wirken auf das Fehlzeitenverhalten eines Menschen ein. Fehlzeiten sind also keine feste unbeeinflussbar gegebene Größe.¹⁸ Das zeigen etwa die großen Unterschiede beim Krankenstand je nach beruflicher Stellung, Qualifikationsni-

¹¹ vgl. etwa SZ vom 20.10.1998, S. 1.

¹² Mitteilung des Bundesgesundheitsministeriums, RdA 2002, 61; AuA 2001, 387.

¹³ Mitteilung des Bundesgesundheitsministeriums, RdA 2002, 61; AuA 2001, 387.

¹⁴ iw-trends 2002, S. 43.

¹⁵ vgl. Lepke, Rn. 3 m.w.N.

¹⁶ Durchschnitt der Betriebskrankenkassen im Jahre 1999, vgl. Müller/Berenz, EFZG, § 5 Rn. 120.

¹⁷ Diese Frage stellt so: Derr, Fehlzeiten im Betrieb, Vorwort S. VII.

¹⁸ Salowsky, Wer seine Arbeit gerne tut, geht auch gerne zur Arbeit hin, Arbeitgeber 1991, 157(158).

veau und Einkommenshöhe.¹⁹ Häufig wird jedoch bei der Suche nach den Ursachen des Krankenstandes der Fehler gemacht, dass man einzelne Ursachen herausgreift, die, isoliert von einer Vielzahl anderer Faktoren, als die entscheidende herausgestellt wird. In Wirklichkeit sind aber die Zusammenhänge von Ursache und Wirkung wesentlich komplexer; die Interdependenz der verschiedenen Fehlzeiten auslösenden Faktoren wird oft nicht genügend beachtet.²⁰ Die verschiedenen möglichen Ursachen bedingen sich oft wechselseitig (Ursachenbündel). Trotzdem können Unterschiede im Krankenstand Anhaltspunkte - insbesondere für Maßnahmen gegen einen zu hohen Krankenstand - liefern.

Ein besonders deutlicher Unterschied im Krankenstand besteht zwischen den Branchen.²¹ So ist der Krankenstand etwa in der Gummiverarbeitung und in der Bauindustrie höher als im Einzelhandel und im Versicherungs- und Kreditgewerbe. Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass diese Arbeitnehmergruppen auch unterschiedlichen spezifischen Belastungen am Arbeitsplatz ausgesetzt sind und die Unterschiede aus diesem Grunde nicht automatisch auf mangelnde Arbeitsmoral geschoben werden können. Ganz signifikant ist, dass an solchen Arbeitsplätzen, welche die Menschen körperlich-physiologisch am meisten fordern, auch die höchsten Krankenstände eintreten.²² So wird der sinkende Krankenstand in der letzten Zeit auch darauf zurückgeführt, dass in vielen Betrieben die Gesundheitsprävention verbessert wurde.²³

Auch die Größe des Betriebes ist entscheidend für die Höhe des Krankenstandes.²⁴ Kleinere Betriebe haben in der Regel einen geringeren Krankenstand als größere Betriebe.²⁵ Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass hier die soziale Kontrolle des einzelnen Beschäftigten stärker ist als in größeren Betrieben (und somit die Sanktionswahrscheinlichkeit). Die Krankmeldung wird von Vor-

¹⁹ Oppolzer, *Ökologie der Arbeit*, S. 37.

²⁰ Boeck u.a., S. 46.

²¹ Salowsky, S. 13 f., 46.

²² Naendrup, *ZfA* 1984, 383 (397).

²³ vgl. *AuA* 2001, 387.

²⁴ Salowsky, S. 74 ff., 103 ff.; Badura u.a., *Partnerschaftliche Unternehmenskultur und betriebliche Gesundheitspolitik*, S. 29 f.

²⁵ vgl. Reinwald, S. 122 m.w.N.

gesetzten und Kollegen in höherem Maß registriert. Gleichzeitig werden die Auswirkungen eines Fehlens von Mitarbeitern problematischer als bei größeren Betrieben sein, da der Ausfall eines Mitarbeiters stärker ins Gewicht fällt und schlechter zu kompensieren ist. In größeren Betrieben hingegen sinkt die Erkennbarkeit der Bedeutung des eigenen Beitrags zum Betriebsergebnis. Es ist eher zu erwarten, dass sich Arbeitnehmer als relativ unbedeutender Teil einer anonymen Gesamtbelegschaft empfinden. In kleineren Betrieben lässt sich hingegen leichter ein Zusammengehörigkeitsgefühl oder ein Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber entwickeln.²⁶

Sicher erscheint, dass der Krankenstand auf jeden Fall auch konjunkturabhängig ist, auch wenn diesem Punkt keine automatische und ausschließliche Gesetzmäßigkeit zuzuschreiben ist. So ging er in den Rezessionsjahren 1966/67, 1974, 1976 und ab 1981 beziehungsweise 1992 zurück. Auch der seit 1995 stark rückläufige Krankenstand wird mit der wirtschaftlich angespannten Situation und der damit verbundenen Angst vor Arbeitslosigkeit erklärt.²⁷

Aufgrund der Konjunkturabhängigkeit nimmt die Diskussion über die Frage des zu hohen Krankenstandes in der Öffentlichkeit nicht nur dann zu, wenn sich die Arbeitnehmerinteressen gegenüber den Arbeitgeberinteressen schwerer durchsetzen können, also in wirtschaftlich eher schwierigen Zeiten.²⁸ Auch in Phasen der Hochkonjunktur ist das Problem ungerechtfertigten Fernbleibens vom Arbeitsplatz ein in den Medien immer wiederkehrendes Thema.²⁹ Die Konjunkturschwankungen beim Krankenstand werden sowohl von Arbeitgeber- als auch von Arbeitnehmerseite genutzt, um ihre, durch die unterschiedlichen Interessenlagen beeinflusste, Argumente zu untermauern. Dabei wird besonders deutlich, wie das Ausklammern bestimmter Fakten zu einer ideologischen Verzerrung des diskutierten Aspekts beitragen kann. So argumentieren Arbeitgebervertreter, dass die in der Rezession herrschende Angst um den Arbeitsplatz zu einer Verbesserung der Arbeitsmoral und zu einer Reduzierung der miss-

²⁶ Badura u.a., Partnerschaftliche Unternehmenskultur und betriebliche Gesundheitspolitik, S. 31

²⁷ vgl. AuA 1991, 387.

²⁸ so Borchert, AuR 1990, 375.

²⁹ vgl. Welt am Sonntag vom 11.11.1990, S. 44: „Im Boom hat auch das Krankfeiern Hochkonjunktur“.

bräuchlichen Inanspruchnahme der Entgeltfortzahlung führe. Die Gegenseite argumentiert damit, dass die Arbeitsplatzunsicherheit in der Rezession dazu führe, dass Krankheiten verschleppt werden, indem viele Arbeitnehmer aus Sorge um den Arbeitsplatz trotz Arbeitsunfähigkeit am Arbeitsplatz erscheinen.

Besonders augenfällig sind die Unterschiede des Krankenstandes im Zeitverlauf. So endet eine große Zahl der Arbeitsunfähigkeitsfälle freitags, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen laufen somit zum Wochenende aus beziehungsweise beginnen montags.³⁰ Die Fehlzeiten erreichen dabei freitags ihren höchsten Stand; auf den Montag entfallen weiterhin die zweithöchsten Fehlzeiten. Häufig liegt aufgrund der überdurchschnittlichen Häufung individueller Fehlzeiten montags und freitags der Verdacht nahe, dass das Wochenende „verlängert“ wird. Zumindest Arbeitgebervertreter sehen in der im Wochenverlauf unterschiedlichen Höhe des Krankenstandes das Resultat bewusster Beeinflussung durch die Arbeitnehmer.

Des weiteren schwankt der Krankenstand jahreszeitlich und erreicht im Spätwinter seinen Höhepunkt und einen Tiefpunkt im Sommer,³¹ was sich sicherlich mit den vermehrt auftretenden Erkältungskrankheiten im Winter erklären lässt.

Anzumerken ist, dass die Höhe der Fehlzeiten in der Regel durch eine Minderheit der Belegschaft bestimmt wird, das heißt, dass der „Durchschnittsmitarbeiter“ nur wenige, wenn nicht sogar überhaupt keine Fehlzeiten aufzuweisen hat.³² 1997 verursachten etwa 20 % der BKK-Pflichtmitglieder 80 % aller Arbeitsunfähigkeitstage.³³

Für die vorliegende Arbeit ist entscheidend, ob es sich beim Problem ungerichteter Krankschreibungen um ein Massenphänomen handelt oder um nicht ins Gewicht fallende Ausnahmefälle.

³⁰ Fleischer, S. 3; Lepke, NZA 1995, 1084 (1088) der von 33 % der Arbeitsunfähigkeitsfälle mit Krankheitsbeginn montags und 46% der Fälle mit Krankheitsende freitags spricht.

³¹ Salowsky S. 14; Lepke, DB 1974, 430.

³² Gola, BB 1995, 2318.

³³ Lepke, Rn. 3.

Beim bewussten Missbrauch der Möglichkeiten der Krankmeldung meldet sich der Arbeitnehmer mit oder ohne ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung krank, obwohl er weiß, dass er nicht erkrankt ist. Dass ärztliche Atteste teilweise ausgestellt werden, obwohl der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitsfähig ist, ist unstrittig.³⁴ Nicht umsonst bezeichnet man die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in der betrieblichen Praxis auch als „gelben Urlaubsschein“ oder man spricht vom „Urlaub auf Krankenschein.“³⁵ So kommt es in der Praxis etwa häufiger vor, dass Veranstaltungen im Freizeitbereich, wie beispielsweise ein Volksfest, sich fördernd auf die Krankheitsquote der lokalen Arbeitnehmerschaft auswirkt.³⁶

Die damalige Bundesregierung ging in ihrer Begründung zum Entwurf des Entgeltfortzahlungsgesetzes 1994 davon aus, dass die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle von den Arbeitnehmern verstärkt missbräuchlich ausgenutzt wird.³⁷ Der Gesetzgeber hat jedenfalls Anhaltspunkte für einen Missbrauch in dem Anstieg der Kurzerkrankungen im Zeitraum von 1970 bis 1990 von 5,4 % auf 25,6 % gesehen.³⁸ Augenscheinlich dabei ist des Weiteren, dass mit Inkrafttreten des Lohnfortzahlungsgesetz am 01.01.1970, das heißt mit der Verlagerung des Arbeitsunfähigkeitsrisikos auf den Arbeitgeber, nicht nur die Zahl der Kurzerkrankungen, sondern auch die Erkrankungsdauer und die Erkrankungshäufigkeit gestiegen sind.³⁹

³⁴ BAG, DB 1994, 1523 (1525): „nicht von der Hand zu weisen“; LAG Berlin, NZA 1991, 896 (897): „nicht zu leugnende Tatsache“; ArbG Berlin, DB 1980, 598(599): „gerichtsbekannt“; ArbG Elmshorn, BB 1983, 125 (126): „allseits bekannte Tatsache“; Mayer-Maly, Anm. zu AP Nr. 51 zu § 242 Gleichbehandlung, Bl. 767: „Das Problem der krankheitsbedingten Fehlzeiten ohne wirkliche Erkrankung ist notorisch.“; Rühle, BB 1989, 2046: „Der bis zu einem gewissen Umfang nicht zu bestreitende Missbrauch der Lohn- und Gehaltsfortzahlung.“; Heinze, NZA 1996, 785 (787): „kann niemand...leugnen“.

³⁵ vgl. Schmitt, ZTR 1990, 223.

³⁶ Fleischer, S. 3. Gola, BB 1995, 2318.

³⁶ Lepke, Rn. 3.

³⁶ BAG, DB 1994, 1523 (1525): „nicht von der Hand zu weisen“; LAG Berlin, NZA 1991, 896 (897): „nicht zu leugnende Tatsache“; ArbG Berlin, DB 1980, 598(599): „gerichtsbekannt“; ArbG Elmshorn, BB 1983, 125 (126): „allseits bekannte Tatsache“; Mayer-Maly, Anm. zu AP Nr. 51 zu § 242 Gleichbehandlung, Bl. 767: „Das Problem der krankheitsbedingten Fehlzeiten ohne wirkliche Erkrankung ist notorisch.“; Rühle, BB 1989, 2046: „Der bis zu einem gewissen Umfang nicht zu bestreitende Missbrauch der Lohn- und Gehaltsfortzahlung

³⁷ Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und FDP für ein Entgeltfortzahlungsgesetz, BT-Drucks. 12/5262, S. 10.

³⁸ BT-Drucks. 12/5263, S. 10.

³⁹ Eich, BB 1988, 197; Fleischer, S. 2.

Die Angaben über den tatsächlichen Anteil der missbräuchlichen Inanspruchnahme der Entgeltfortzahlung an den wirklichen Erkrankungen schwanken – verständlicherweise je nach Interessenlage – zwischen 3 und 33 %.⁴⁰ Die wirtschaftliche Bedeutung des Missbrauchs ist in jedem Fall erheblich: Selbst wenn man – sehr optimistisch- unterstellt, dass nur in 3 % der Fälle Missbrauch vorliegt, so geht es bereits um erhebliche Summen, die die Arbeitgeber für dieses Ausnutzen arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften aufbringen müssen. Aus diesen Gründen können bereits marginale Verringerungen der krankheitsbedingten Fehlzeiten zu erheblichen Kosteneinsparungen führen.

Die Arbeitgeber gehen zum Teil von einem viel höheren Anteil der Missbrauchsfälle aus.⁴¹ Bei Umfragen⁴² meinten knapp zwei Drittel der befragten Unternehmen, dass sie konkrete Anhaltspunkte für den Missbrauch der Entgeltfortzahlung hätten. 33 % der befragten Betriebe gingen davon aus, dass das Krankfeiern mittlerweile einen erheblichen Umfang angenommen habe.

Des Weiteren wird konstatiert, dass dies zu Lasten der Betriebe und der pflichtbewussten Arbeitnehmer gehe. Die Attestierung von Arbeitsunfähigkeit erfolge für zu lange Zeit (wochenweise) und zu schematisch (Beginn: montags, Ende: freitags) sowie in Verbindung mit Urlaubs- und an den sogenannten Brückentagen. Die Krankenstandshöhe und die durchschnittliche Arbeitsunfähigkeitsdauer seien unverständlich angesichts der ständigen Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen und der gesundheitlichen Verhältnisse aufgrund der kürzeren Arbeitszeit, der langen Urlaubsdauer sowie der Betreuung der Betriebe durch mehr als 12.000 Betriebsärzte.

⁴⁰ vgl. Welt am Sonntag vom 11.11.1990, S. 44...Missbrauchsquote von einem Drittel.; Schmitt, ZTR 1990, 223 schätzt diese auf nur 3-5 %, Salowsky, Fehlzeiten, S. 28 auf 5-20 %. Auch der Bundesverband Mittelstandsunternehmer hat 1981 eine Missbrauchsquote von 20 % angenommen; der DAG-Gewerkschaftsvorsitzende Quartier stellte hingegen 1982 einen nennenswerten Umfang missbräuchlich ausgesetzter Bescheinigungen in Abrede.

⁴¹ vgl. Lepke, Kündigung bei Krankheit, Rn. 360 m.w.N. (Fn. 124).

⁴² vgl. die Ergebnisse der Umfrage „Betrieblicher Krankenstand: Probleme und Maßnahmen“ durch die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeber, 1991, S. 4, wiedergegeben bei Diergarten/Hagedorn, Arbeitgeber 1991, 580 ff.

Die Betriebe sind an der Finanzierung von Krankheitskosten über verschiedene Kostenstellen beteiligt, vor allem durch die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, indirekt aber auch durch die Arbeitgeberbeiträge zur Kranken- und Rentenversicherung und die Beiträge zu den Berufsgenossenschaften.

Angesichts der von den Arbeitgebern für die Entgeltfortzahlung aufgebrauchten Kosten erscheint es angebracht, der Frage nachzugehen, welche Möglichkeiten dem Arbeitgeber rechtlich wie auch tatsächlich zur Verfügung stehen, um einer missbräuchlichen Inanspruchnahme entgegenzuwirken. Jeder Arbeitgeber ist darauf bedacht, sein Unternehmen funktionsfähig und zugleich so kostengünstig wie möglich zu führen. Er wird versuchen, die ohnehin hohen Personalkosten zu begrenzen. Für die Leistungen der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erhält der Arbeitgeber nicht nur keine Gegenleistung, er muss vielmehr darüber hinaus die am Arbeitsplatz des Erkrankten anfallende Arbeit auf die anderen Arbeitnehmer verteilen oder für eine Ersatzkraft sorgen, was natürlich zusätzliche Kosten verursacht. Neben den Kosten verursachen Fehlzeiten immer dann, wenn eine Umorganisation der Arbeit notwendig wird, auch eine empfindliche Störung des Betriebsablaufs. Darüber hinaus stellen sie durch

- ungewünschte Umsetzungen,
- die Übernahme fremder und zusätzlicher Arbeitsaufgaben,
- Schicht- und Arbeitsplatzwechsel sowie
- vermehrte Überstunden

eine Belastung für die anwesenden Kollegen dar. Dies kann sich auch auf das Verhalten der Anwesenden gegenüber ihren erkrankten Kollegen niederschlagen oder aber negative Auswirkungen auf ihre Arbeitsmoral haben. Bei jeder der angeführten Maßnahmen, mit denen Betriebe versuchen, die fehlenden Beschäftigten zu ersetzen, ist zu bedenken, dass die Ersatzkräfte in der Regel nicht die gleiche Leistung erbringen wie die regulär an einem Arbeitsplatz Beschäftigten. Unter Umständen kann also die Qualität eines Produktes oder einer Dienstleistung unter Fehlzeiten leiden.

Häufig auftretende Probleme durch den Krankenstand ergeben sich des weite-

ren in den Folgewirkungen, die in der Beeinträchtigung der Kunden-Lieferanten-Beziehung liegen, etwa durch das Überschreiten der Lieferfristen und in Beeinträchtigungen der Produktivität, etwa durch Produktionsausfälle.

Die Kosten für die von den Arbeitgebern erbrachte Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall belief sich 1997 auf ungefähr 47,1 Milliarden DM.⁴³ In diesen Beträgen sind noch nicht die Folgekosten enthalten, die etwa dadurch entstehen, dass die Unternehmen häufig fehlende Arbeitskräfte durch Personalreserven ersetzen müssen oder Produktionseinbußen erleiden. Die Messung der indirekten Kosten bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Salowsky geht davon aus, dass je nach Wirtschaftszweig und Personalintensität der Branche noch Folgekosten von über 50 Prozent der direkten Kosten der Entgeltfortzahlung unterstellt werden können.⁴⁴ Es ist allerdings falsch, pauschal von einer Belastung der Unternehmen durch die Entgeltfortzahlungsregelungen zu sprechen. Gäbe es diese Regelungen nicht, wäre wahrscheinlich das Niveau des Entgelts für die effektiv geleistete Arbeitszeit höher. Das Durchsetzen der Lohnfortzahlung hat bei gegebener Gewerkschaftsmacht mögliche Lohnprozente gekostet.⁴⁵ Nichtsdestotrotz sind die Aufwendungen deutscher Arbeitgeber für die direkten und indirekten Kosten des Krankenstandes erheblich.

Die Diskussion über die Belastbarkeit des Arbeitgebers mit Personalkosten hat die letzten Jahre an Schärfe zugenommen. Denn der Personalkostendruck eines Unternehmens wird weiter verstärkt, sobald es international mit Unternehmen in Wettbewerb tritt, die geringere Lasten für die soziale Sicherung ihrer Arbeitnehmer zu tragen haben. Die Personalzusatzkosten haben eine solche Höhe erreicht, dass sie bereits zu einer entscheidenden Belastung der Unternehmen geworden sind; überdies steigen sie prozentual zum Direktlohn ständig an.⁴⁶ Aus der Sicht vor allem des Handwerks⁴⁷ wird behauptet, sie würden zur

⁴³ Boss, S. 17.

⁴⁴ Fehlzeiten (1991), S. 22.

⁴⁵ Boss, S. 17.

⁴⁶ vgl. die Statistik in iw-trends 2002, 49.

⁴⁷ vgl. das Zitat des früheren Bundesarbeitsministers Blüm vom 15.06.1984; abgedruckt bei Berenz/Brock/Worzalla, Arbeitgeber 1991, 381 (382).

„unerträglichen Last,“ Wettbewerbsunfähigkeit drohe, einerseits durch zu hohe Exportpreise, andererseits durch importierte Billigleistungen von Konkurrenten. Das Ausmaß der Auswirkungen hoher Fehlzeiten (direkte sowie indirekte Kosten des Krankenstands sowie immaterielle Schäden) macht den akuten Handlungsbedarf deutlich und lässt es als legitim erscheinen, wenn ein Betrieb den Krankenstand seiner Beschäftigten zu beeinflussen versucht.

Aber auch volkswirtschaftlich sind hohe Fehlzeiten problematisch. Hohe Personalkosten verstärken den Rationalisierungsdruck der Unternehmen und können sich damit negativ auf die Beschäftigtenzahlen auswirken.⁴⁸ Des Weiteren drohen Standortverlagerungen ins Ausland.⁴⁹

Auf der anderen Seite ist sicherzustellen, dass die Beschäftigung mit den Themen Arbeitsunfähigkeit und Fehlzeiten im betrieblichen wie auch politischen Bereich nicht mit unsachlichen Ressentiments und Verdächtigungen belastet wird. Fälle von Arbeitsunlust dürfen nicht unzulässig verallgemeinert und Fakten wie Verschleiß, undiagnostizierbare Leiden sowie soziale und psychische Leiden nicht pauschal in den Bereich der Simulation und Hypochondrie verwiesen werden. Solange keine gesicherte Kenntnis der Missbrauchsquote vorliegt, sollte von Verallgemeinerungen Abstand genommen werden.

Dem berechtigten Arbeitgeberinteresse steht vor allem ein anderes, aber ebenso legitimes Arbeitnehmerinteresse an materieller Sicherheit im Falle der Arbeitsunfähigkeit bei wirklicher Krankheit gegenüber. Die Arbeitswelt ist ein Raum in dem Verursachungs- oder Verstärkungsmomente für etliche Erkrankungen zu finden sind.⁵⁰ Sozial- und arbeitsmedizinisch nachgewiesenermaßen⁵¹ sind viele Krankheiten, nicht nur anerkannte Berufskrankheiten, auf die Bedingungen am Arbeitsplatz zurückzuführen; Arbeitsunfähigkeit ist vielfach

⁴⁸ So Joost, Anm. zu BAG, Urteil vom 15.02.1984, EzA Nr. 15 zu § 1 KSchG Krankheit. Kritisch zu diesem Argument: Stein, ArbuR 1987, S. 388 (390 f.)

⁴⁹ Peter, S. 3.

⁵⁰ so Fick, S. 8.

⁵¹ vgl. Naendrup, ZfA 1984, 383 (399) m.w.N. (FN 90).

das Ergebnis von Fehl- und Überbeanspruchungen in der Arbeitswelt.⁵² Arbeitnehmer haben daher, wenn sie sich schon Gesundheitsgefahren am Arbeitsplatz aussetzen müssen, einen berechtigten Anspruch auf soziale Sicherung gegen diejenigen, die aus den von den Arbeitnehmern geschaffenen Mehrwerten den Gewinn ziehen. Kranke und Arbeitsunfähige haben einen Anspruch auf Wiederherstellung ihrer Gesundheit in Würde und ohne Gefährdung ihres Lebensstandards. Auch wenn die wirtschaftlichen Folgen hoher Fehlzeiten für die Arbeitgeber beunruhigend sind, sind verallgemeinernde, unangemessene Verdächtigungen und Anschuldigungen zu unterlassen. Von Seiten der zuständigen Stellen (etwa Personalabteilung bzw. Vorarbeiter) muss beachtet werden, dass Fehlzeiten auch der Regeneration dienen und dass das Symptom der krankheitsbedingten Fehlzeiten nicht grundsätzlich als negative Verhaltensweise betrachtet werden darf, die es zu bekämpfen gilt.

Arbeitnehmer empfinden Kontrollen verständlicherweise als ungerechtfertigtes Misstrauen, das sie über die Krankheit hinaus in ihrer Persönlichkeit beeinträchtigt. Die Beschäftigung mit dem Thema Fehlzeiten darf deswegen keineswegs zu einer Jagd auf kranke Mitarbeiter führen. Mitarbeiter, die zur Arbeit kommen, obwohl sie offensichtlich krank sind, sollten im Gegenteil zur Vermeidung chronischer Erkrankungen oder Rückfälle – und in der Folge längerer Fehlzeiten – zum Auskurieren der Krankheit motiviert werden. Beim Ergreifen rigider Maßnahmen, die letztlich auch sich korrekt verhaltende Beschäftigte treffen, bedarf es einer vorherigen Abwägung, ob sie nicht eher das Gegenteil bewirken, etwa die Arbeitszufriedenheit insgesamt senken.

Es darf nicht übersehen werden, dass die große Mehrheit der Arbeitnehmer sich hinsichtlich ihrer Forderung nach Entgeltfortzahlung redlich verhält. Es ist sogar so, dass Arbeitnehmer, die nach medizinischen Kriterien als krank und arbeitsunfähig einzustufen wären, in manchen Fällen zur Arbeit gehen, weil sie

⁵² Oppolzer, Ökologie der Arbeit, S. 36.

sich entweder nicht krank fühlen, gehemmt sind, einen Arzt aufzusuchen oder Angst vor möglichen Folgen der Arbeitsunfähigkeit haben.⁵³

Arbeitnehmer und Ärzte sind somit nicht potentielle Rechtsbrecher, die grundsätzlich kontrolliert werden müssen.⁵⁴ Ausnahmefälle dürfen nicht verallgemeinert werden. Dies ist bei den Vorgehensmöglichkeiten des Arbeitgebers gegen einen etwaigen Missbrauch stets zu beachten. Es liegt weder im Interesse des Betriebes noch der Belegschaft, dass Kranke leichtfertig als Simulanten abgestempelt werden.

Im Interesse beider Gruppen (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) liegt es jedoch, den Prozentsatz der Simulanten möglichst gering zu halten. Dies ist auch für die wirklich Kranken besonders wichtig. Je höher die Zahl derjenigen ist, die auf „Krankenschein Urlaub machen“, desto größer ist die Gefahr, dass Unschuldige verdächtigt werden. Besonders Befindungsstörungen ohne objektives Substrat, (etwa viele psychosomatische Erkrankungen) gelten häufig als suspekt oder eben vorgetäuscht und unecht. In einem Klima gegenseitigen Vertrauens ist die Gefahr solcher ungerechtfertigten Verdächtigungen viel geringer. Des weiteren liegt eine Senkung der unberechtigten Fehlzeiten nicht nur im Interesse des einzelnen Betriebes, sondern ebenso im Interesse der Gesamtgesellschaft, die durch eine Erhöhung der Sozialversicherungsbeiträge ebenfalls unter einem hohen Krankenstand zu leiden hat.

Im ersten Kapitel dieser Arbeit wird zunächst die historische Entwicklung des Rechts der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall dargestellt. Im folgenden wird der Frage nachzugehen sein, wie der Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers heute geregelt ist. In einem weiteren Schritt soll die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung untersucht werden, um eine Grundlage für weitere Erörterungen zu schaffen. Untersucht werden müssen etwa Form und Inhalt der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Je größer die Anforderungen insoweit sind, desto schwieriger wird ein Missbrauch der Bescheinigung und damit des Rechts

⁵³ Fick, S. 9 m.w.N.

⁵⁴ so Rühle, BB 1989, 2046 (2048).

der Entgeltfortzahlung sein; je geringer die Anforderungen sind, desto leichter wird es für den Arbeitnehmer sein, den Arbeitgeber zu täuschen. So ist beim Vorgehen des Arbeitgebers gegen einen etwaigen Missbrauch insbesondere die Frage von Bedeutung, welchen Informationen ihm aufgrund der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zuteil werden. Des weiteren ist für die Bekämpfung des Missbrauchs erheblich, welcher Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Entgeltfortzahlungsprozess zukommt. Je größer die Bedeutung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für das Recht der Entgeltfortzahlung ist, desto schwerer wird es sein, einen Missbrauch zu verhindern.

Im zweiten Kapitel sollen die verschiedenen Möglichkeiten angesprochen werden, mit deren Hilfe der beeinflussbare Teil des Krankenstandes reduziert werden kann. So vielfältig die Ursachen für die Arbeitsunfähigkeit sind (Krankheit, arbeits- und betriebspsychologische, psychosoziale oder individuelle Aspekte), so differenziert müssen die unternehmerischen Möglichkeiten zum Einsatz gelangen. Die Möglichkeiten des Arbeitgebers, gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlung vorzugehen, sollen dabei auch dahingehend untersucht werden, inwieweit sie dazu geeignet sind, den Krankenstand in den Betrieben zu senken. Dabei werden die Möglichkeiten des Arbeitgebers unterteilt in die Verweigerung der Entgeltfortzahlung, das vorzeitige Vorlageverlangen, Kontrollmaßnahmen, Maßnahmen zur Förderung der Motivation und schlussendlich in repressive Maßnahmen.

Im dritten Kapitel werden Chancen und Risiken von Gesetzesänderungen aufgezeigt, die in der Literatur behandelt werden, um die Möglichkeiten, gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlung vorzugehen, zu verbessern.

1. Kapitel: Die Entwicklung und die momentane Ausgestaltung des Rechts der Entgeltfortzahlung

I. Historische Entwicklung der Entgeltfortzahlung

Für ein Grundverständnis und um die Brisanz des Themas der Entgeltfortzahlung zu verdeutlichen, soll in einem ersten Schritt kurz dargestellt werden, wie es zu den Ordnungsproblemen von heute gekommen ist und wie die anfänglichen Regelungsabsichten waren.

1. Die Zeit vor dem Entgeltfortzahlungsgesetz

Das Recht der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall war bis zum Inkrafttreten des Entgeltfortzahlungsgesetzes am 01.06.1994 höchst uneinheitlich geregelt.

Ab Mitte des 19. Jahrhunderts gab es die ersten zaghaften Versuche, den Arbeitnehmer vor dem Risiko, dass er seine Arbeitsleistung krankheitsbedingt nicht erbringen kann, zu schützen. Für Handlungsgehilfen kam es dann zur ersten gesetzlichen Regelung durch das „Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch“ von 1861,⁵⁵ das eine sechswöchige Gehaltsfortzahlung für den Fall einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung vorsah.

Seit 1900 wurde die Regelung durch § 616 BGB auf alle Arbeitnehmer ausgeweitet.⁵⁶ Da diese Vorschrift jedoch abdingbar war, profitierten Arbeiter weitgehend nicht davon. Es kam in Folge zu weiteren Teilregelungen, etwa § 63 HGB, § 616 Abs. 2 BGB, § 90 a BergG.

Während der Weimarer Republik wurde der Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Notverordnungen des Reichspräsidenten (1930/1931)⁵⁷ für Angestellte für die Dauer von sechs Wochen für unabdingbar erklärt; die Arbeiter erhielten hingegen wegen der Abdingbarkeit regelmäßig nur 50 % des Grundlohns als Krankengeld. Außerdem galt für Arbeiter eine dreitägige Karenzzeit, was bei den An-

⁵⁵ Gesetz vom 24.06.1861, Art. 60, GS Preußen 1861, 449 (491).

⁵⁶ vgl. Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, Einleitung zum EFZG, Rn. 2.

⁵⁷ vom 01.12.1930, RGBl. I, S. 517 und v. 05.06.1931, RGBl. I, S. 279.

gestellten nicht der Fall war. Diese Rechtslage blieb über das Kriegsende hinaus unverändert.

Aufgrund der von den Gewerkschaften erhobenen Forderung nach einer „unabhängigen sechswöchigen Lohnfortzahlung für Arbeiter“, die als SPD-Gesetzesentwurf⁵⁸ im Deutschen Bundestag abgelehnt wurde, kam es 1956 zu einer der längsten Arbeitsniederlegungen in der Geschichte der BRD. In einem 16-wöchigen Streik (vom 24.10.1956 – 14.02.1957) erwirkten die 34 000 Arbeiter der Metallindustrie Schleswig-Holstein den Durchbruch in Form des „Gesetzes zur Verbesserung der Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle (Arbeiterkrankheitsgesetz)“⁵⁹ vom 26.06.1957. Dieses Gesetz enthielt eine sogenannte „gespaltene Lösung“, wonach nicht primär die Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung verpflichtet waren, sondern der erkrankte Arbeitnehmer weiterhin Krankengeld als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung erhielt und daneben einen Zuschuss zum Krankengeld vom Arbeitgeber. Das Krankengeld wurde auf mindestens 65 % des Grundlohnes angehoben. Die Arbeitgeber waren verpflichtet auf 90 % des Nettoarbeitsentgelts aufzustocken. Krankengeld und Zuschuss wurden erstmals nach zwei Karenztagen gezahlt. Die zwei Karenztage entfielen jedoch bei einem Arbeitsunfall oder bei Berufskrankheit.

Das Änderungsgesetz von 1961 (Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle)⁶⁰ brachte eine weitere Verbesserung für die Arbeiter. Der Arbeitgeberzuschuss wurde erhöht, so dass die Arbeitnehmer nun Krankengeld und Zuschuss in Höhe von 100 % des Nettolohns erhielten. Des weiteren entfiel der zweite Karenztag.

1969 wurde unter der großen Koalition mit dem „Lohnfortzahlungsgesetz“⁶¹ die sechswöchige Lohnfortzahlung ohne Karenztage durch den Arbeitgeber einge-

⁵⁸ Gesetzesentwurf über die Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten im Krankheitsfall, BT-Drucks. 2/1704.

⁵⁹ BGBl. 1957/I, S. 649.

⁶⁰ BGBl. 1961/I, S. 913.

⁶¹ BGBl. 1969/I, S. 946.

führt und damit die teils sozialversicherungsrechtliche Lösung durch die rein arbeitsrechtliche abgelöst. Mit Inkrafttreten des Entgeltfortzahlungsgesetz am 01.01.1970, das heißt durch die Verlagerung des Arbeitsunfähigkeitsrisikos auf den Arbeitgeber, erfolgte ein Anstieg der Erkrankungsdauer und der Erkrankungshäufigkeit.⁶²

2. Das Entgeltfortzahlungsgesetz von 1994

Die Neuregelung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall im Jahr 1994 diente, neben der Finanzierung der Pflegeversicherung, vorrangig der Gleichstellung der unterschiedlichen Arbeitnehmergruppen bei der Absicherung im Krankheitsfall.⁶³ Es wurde als Art. 53 des Pflegeversicherungsgesetz von Bundestag und Bundesrat beschlossen und ist am 01.06.1994 in Kraft getreten.⁶⁴ Dem waren heftige Diskussionen und mehrfache Änderungen vorangegangen.⁶⁵ Das Gesetz beinhaltete eine Neugestaltung des Entgeltfortzahlungsrechts an Feiertagen und im Krankheitsfall. Ziel war die Vereinheitlichung des Rechts der Entgeltfortzahlung, welches bis dahin zersplittert war und nach einzelnen Arbeitnehmergruppen differenzierte, sowie die Angleichung des für die einzelnen Arbeitnehmergruppen unterschiedlichen Rechts. Die unterschiedliche Behandlung von Arbeitern und Angestellten hatte in der Rechtsprechung im Hinblick auf Art. 3 GG erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken hervorgerufen. Mehrere Arbeitsgerichte sahen übereinstimmend die Regelungen des Lohnfortzahlungsgesetzes als verfassungswidrig an und riefen deshalb das Bundesverfassungsgericht an.⁶⁶ Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits 1982⁶⁷ und 1990⁶⁸ entschieden, dass der lediglich formale Unterschied zwischen Arbeitern und Angestellten eine abweichende rechtliche Beurteilung nicht rechtfertigen könne. Im Hinblick auf diese Begründung musste auch im Recht der Entgeltfort-

⁶² Eich, BB 1988, 197; Fleischer, S. 2.

⁶³ BT-Drucks. 12/5263, (Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und F.D.P. v. 24.06.1993), S. 1/9

⁶⁴ Art. 53 des Pflege-Versicherungsgesetzes vom 26.05.1994, BGBl. I 1994, 1065.

⁶⁵ vgl. Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, Einleitung zum EFZG, Rn. 13 ff.

⁶⁶ etwa LAG Hamm, Aussetzungs- und Vorlagebeschluss vom 16.04.1992, Az.: 4 Sa 83/92; ArbG Osnabrück, Aussetzungs- und Vorlagebeschluss vom 07.04.1992, Az: 1 Ca 273/91.

⁶⁷ BVerfG vom 16.11.1982, BVerfGE 62, 256 ff. zu unterschiedlichen Regelungen über den Anknüpfungspunkt für verlängerte Kündigungsfristen bei Arbeitern und Angestellten (35. bzw. 25. Lebensjahr).

⁶⁸ BVerfG vom 30.05.1990, BVerfGE 82, 126 ff. zu unterschiedlich langen Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte.

zahlung eine Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten als mit dem Grundgesetz unvereinbar angesehen werden.⁶⁹

Des Weiteren sollte die unterschiedliche Rechtslage zwischen den neuen und alten Bundesländern beseitigt sowie EG-rechtliche Kompatibilität⁷⁰ herbeigeführt werden. Bei letzterem war Anlass hierzu die Rechtsprechung des EuGH zur sogenannten mittelbaren Geschlechterdiskriminierung.⁷¹ Zum Lohnfortzahlungsrecht hatte der Europäische Gerichtshof entschieden, dass eine Regelung, die geringfügig Beschäftigte von der Lohnfortzahlung ausnimmt, nicht mit dem europäischen Recht vereinbar ist, weil diese Regelung im Ergebnis Frauen stärker betreffe als Männer.⁷² Das Bundesarbeitsgericht hat daraufhin diese Bestimmung des Lohnfortzahlungsgesetzes für unanwendbar erklärt.⁷³

Im Zuge der Neuregelung sollte auch der Missbrauch der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall eingedämmt werden.⁷⁴ Eine missbräuchliche Ausnutzung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gefährde die Effektivität des sozialen Sicherungssystems und fordere ein Tätigwerden des Gesetzgebers.⁷⁵

Im Gesetzentwurf⁷⁶ war die Einführung einer Selbstbeteiligung der Arbeitnehmer an den Kosten der Entgeltfortzahlung in Form von zwei Karenztagen vorgesehen. Nach der Absicht der Regierungsparteien sollte hiermit einerseits der Missbrauch bei der Entgeltfortzahlung bekämpft, andererseits die 100 %-ige Einkommenssicherung aufgegeben sowie – im Interesse der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft und der Sicherung des Industriestandorts Deutschland – die Kostenbelastung der Unternehmen durch die Arbeitgeber-

⁶⁹ Hold, AuA 1994, 193.

⁷⁰ Indem geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer in die Entgeltfortzahlung miteinbezogen wurden.

⁷¹ vgl. EuGH, Urteil vom 13.05.1986, NJW 1986, 3020 f.

⁷² EuGH, Urteil vom 13.07.1989, AP Nr. 16 zu Art 119 (nunmehr Art. 141) EWG-Vertrag.

⁷³ vgl. BAG vom 09.10.1991, AP Nr. 95 zu § 1 LFG.

⁷⁴ BT-Drucks. 12/5263, S. 10 (Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und F.D.P. vom 24.06.1993).

⁷⁵ BT-Drucks. 12/5263, S. 10 (Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und F.D.P. vom 24.06.1993).

⁷⁶ BT-Drucks. 12/5263 / BR-Drucks. 506/93 vom 13.08.1993 (Entwurf der Bundesregierung); Stellungnahme des Bundesrates: BT-Drucks. 12/5760 v. 27.09.1993; Gegenäußerung der Bundesregierung: BT-Drucks. 12/5772 vom 28.09.1993.

Beiträge zur Pflegeversicherung kompensiert werden. Diese Regelung stieß bei einer Sachverständigenanhörung am 06.09.1993 auf breite Ablehnung.⁷⁷ In Folge war die Ersetzung der Karenztageregelung durch ein System der Entgeltkürzung an Feiertagen geplant. Nach heftigen Debatten im Bundestag und Bundesrat, sowie der mehrmaligen Anrufung des Vermittlungsausschusses, scheiterte jedoch auch dieses Vorhaben.

3. Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz 1996

Durch das am 01.10.1996 im Rahmen des „Bonner Sparpakets“ in Kraft getretene Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz⁷⁸ wurde das Recht der Entgeltfortzahlung erneut geändert. Ziel der Änderung war die Begrenzung der Kostenbelastung, die den Arbeitgebern durch die Vergütungsfortzahlung entsteht und die Bekämpfung des Missbrauchs der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch die Arbeitnehmer.⁷⁹ Hierzu wurde die Entgeltfortzahlung beschränkt. Der Gesetzgeber führte unter anderem in § 3 Abs. 3 EFZG bei Neubegründeten Arbeitsverhältnissen eine vierwöchige Wartezeit ein, nach der der Anspruch auf Vergütungsfortzahlung erst entsteht. Besondere politische Brisanz barg die Senkung des fortzuzahlenden Entgelts im Krankheitsfall von 100 % auf 80 % des Arbeitsentgelts⁸⁰, wobei die Möglichkeit bestand, Arbeitsunfähigkeitstage bzw. Ausfalltage aufgrund von Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation auf den Erholungsurlaub anzurechnen. Eine weitere Änderung war die Einführung der Möglichkeit zur Kürzung von Sondervergütungen,⁸¹ wodurch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts umgesetzt wurde.

⁷⁷ vgl. BT-Drucks. 12/5798, 23 f. (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung).

⁷⁸ BGBl. I/1996, 1476 ff.

⁷⁹ vgl. die Begründung zum Entwurf des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz, BT-Drucks. 13/4612, S. 10 f.

⁸⁰ vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 EFZG i.d.F. von Art. 3 des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes

⁸¹ vgl. § 4 b EFZG i.d.F. von Art. 3 des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes (heute inhaltlich unverändert § 4 a EFZG).

4. Das Korrekturgesetz 1998

Die Hoffnungen, die in das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz gesetzt wurden, haben sich in den Jahren 1996 bis 1998 nicht erfüllt.⁸² Insbesondere änderte sich nichts an der hohen Arbeitslosigkeit.

Die neuen Regelungen des Beschäftigungsförderungsgesetzes sind nach dem Regierungswechsel im Herbst 1998 mit Wirkung zum 01.01.1999 durch das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte⁸³ vom 19.12.1998 teilweise wieder rückgängig gemacht worden (nicht beim Krankengeld). Im Krankheitsfall und bei Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation wird jetzt wieder Entgeltfortzahlung in Höhe von 100 % des regelmäßigen Arbeitsentgelts geleistet. Damit wurde ein Wahlversprechen eingelöst.

Die Absenkung der gesetzlichen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall habe – so die Begründung zum Gesetzentwurf -⁸⁴ zu einer sozialpolitisch problematischen Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer geführt. Für etwa 80 % der Beschäftigten gelte eine Entgeltfortzahlung in Höhe von 100 % aufgrund bestehender oder nun abgeschlossener Tarifverträge. Unmittelbar von der gesetzlichen Absenkung der Entgeltfortzahlung betroffen würden nur diejenigen Beschäftigten, für die keine Tarifverträge bestünden oder für die Tarif- oder Arbeitsverträge keine volle Entgeltfortzahlung gewährleisten. Dabei handele es sich häufig um Arbeitnehmer, die ohnehin niedrige Arbeitsentgelte und ungünstige Arbeitsbedingungen hätten. Die Gleichstellung der Arbeitnehmer werde durch die Neuregelung wiederhergestellt. Dadurch sollen auch die entstandenen besonderen Härten für bestimmte Arbeitnehmergruppen wie chronisch Kranke, Schwangere, Schwerbehinderte und ehrenamtlich Tätige mit besonderem Risiko beseitigt werden.

⁸² vgl. Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, Einleitung zum EFZG, Rn. 22.

⁸³ Gesetzentwurf: BT-Drucks. 14/45 vom 17.11.1998.

⁸⁴ vgl. BT-Drucks. 14/45, S. 17.

5. Fazit

Die Geschichte der Entgeltfortzahlung ist in der Tat sehr bewegt. *„Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ist nicht irgendein Besitzstand. Sie gehört zum Kernstück der sozialen Absicherung für Arbeitnehmer, und die Tatsache, dass sie erst nach harten Auseinandersetzungen zwischen den Tarifvertragsparteien... zum festen Bestandteil des sozialen Netzes wurde, macht die Lohnfortzahlung zu einem besonders sensiblen Gegenstand.“*⁸⁵

Viele empirische Untersuchungen kommen zu dem Ergebnis, dass der Krankenstand in der Bundesrepublik seit Einführung der arbeitsrechtlichen Regelung der Lohnfortzahlung am 1. Januar 1970 deutlich angestiegen ist.⁸⁶ Dies verleitet dazu, die Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes näher zu beleuchten und ihre Auswirkungen auf die Fehlzeiten zu untersuchen.

II. Anspruchsvoraussetzungen

Für einen 100 %-igen Entgeltfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber muss der Arbeitnehmer gemäß § 3 EFZG mehrere Bedingungen erfüllen.

1. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG muss der Arbeitnehmer verhindert sein, seine Arbeitsleistung zu erbringen, weil er arbeitsunfähig erkrankt ist.⁸⁷

Da die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit die alleinige Ursache der Arbeitsverhinderung sein muss, besteht grundsätzlich kein Entgeltfortzahlungsanspruch, wenn der Betroffene im Falle der Nichterkrankung aus anderen Gründen nicht gearbeitet und somit kein Entgelt erhalten hätte. Der Gesetzgeber hat diese Problematik zum Teil durch ausdrückliche Regelungen gelöst.⁸⁸ Im übrigen ist anhand eines hypothetischen Kausalverlaufs zu ermitteln, ob der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung erbracht hätte, wenn er nicht krank gewesen wäre.⁸⁹

⁸⁵ SZ vom 12.05.1992: „Rätselhafte Brückierung der Arbeitnehmer“.

⁸⁶ Salowsky, Fehlzeiten, S. 18 m.w.N.

⁸⁷ dazu ausführlicher gleich unter III.

⁸⁸ etwa § 9 BUrlG, § 4 Abs. 2 EFZG.

⁸⁹ BAG, Urteil vom 26.06.1996, AP Nr. 2 zu § 3 EFZG.

2. Bestehen eines Arbeitsvertrages

Weitere Voraussetzung für die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall ist das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Dabei muss das Arbeitsverhältnis nicht wirksam zwischen den Parteien begründet worden sein. Vielmehr ist dem wirksam begründeten Arbeitsverhältnis das sogenannte faktische Arbeitsverhältnis gleichgestellt. Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses endet regelmäßig auch der Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Eine Ausnahme hiervon bilden die in § 8 Abs. 1 EFZG genannten Fälle.

3. Wartezeit

Nach § 3 Abs. 3 EFZG entsteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erst, wenn das Arbeitsverhältnis ununterbrochen vier Wochen bestanden hat. Diese Voraussetzung ist mit Inkrafttreten des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz am 01. Oktober 1996 unter der damaligen Bundesregierung von CDU/CSU-F.D.P. eingefügt⁹⁰ und durch die amtierende Koalition aus SPD und Bündnis 90/Die Grünen nicht wieder abgeschafft worden.⁹¹ Nach der Begründung des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes⁹² sollte dadurch eine Kostenentlastung des Arbeitgebers erreicht sowie „das Prinzip von Leistung und Gegenleistung stärker betont werden.“ Es erscheint hiernach unbillig, dem Arbeitgeber die Lasten der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall aufzubürden, wenn ein gerade erst eingestellter Arbeitnehmer krankheitsbedingt ausfällt.

Für die Wartezeit kommt es nur auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses an.⁹³ Eine tatsächliche Beschäftigung ist aus diesem Grunde nicht notwendig.

Tritt die Erkrankung vor Ablauf der Wartefrist ein, hat der Arbeitnehmer lediglich einen Anspruch auf Krankengeld (§ 44 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V).

⁹⁰ vgl. BGBl. 1996/I, 1476 (1477).

⁹¹ vgl. BT-Drucks. 14/45, S. 1 (23 f.).

⁹² BT-Drucks. 13/4612, S. 11.

⁹³ Schaub, § 98 III, Rn. 59.

Die Regelung des § 3 Abs. 3 EFZG kann tarifvertraglich oder einzelvertraglich abbedungen werden.

4. Kein Verschulden

Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht gemäß § 3 EFZG nur, wenn den Arbeitnehmer an seiner Krankheit kein Verschulden trifft. Der Verschuldensbegriff des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB findet hierbei keine Anwendung. Das Bundesarbeitsgericht hat für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall vielmehr einen abweichenden Verschuldensbegriff entwickelt.⁹⁴ Es bedarf hiernach eines „Verschuldens gegen sich selbst.“ Ein solches Verschulden ist gegeben, wenn der Arbeitnehmer gröblich gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartenden Verhalten verstößt, und es darüber hinaus unbillig ist, die Folgen des Verstoßes auf den Arbeitgeber abzuwälzen. Der Arbeitnehmer braucht jedoch nicht etwa seine gesamte Lebensführung im Interesse des Arbeitgebers so einzurichten, dass er alle Vorsichtsmaßnahmen trifft, um eine Arbeitsunfähigkeit zu vermeiden. Das Selbstverschulden wird damit auf Extremfälle begrenzt und spielt deshalb quantitativ keine große Rolle.

Wie problematisch sich jedoch die Frage nach dem Verschulden im Einzelfall oft darstellt, macht eine Fülle arbeitsgerichtlicher Entscheidungen deutlich. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts⁹⁵ und der herrschenden Meinung in der Literatur⁹⁶ trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die Verschuldensfrage im Entgeltfortzahlungsprozess. Er muss also im Einzelnen vortragen und im Streitfall nachweisen, dass der Arbeitnehmer in erheblichem Maße gegen die von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartenden Verhaltensweisen verstoßen hat.

5. Keine anspruchsbegründende Wirkung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Die herrschende Ansicht in Rechtsprechung⁹⁷ und Literatur⁹⁸ spricht sich zu

⁹⁴ BAG, Urteil vom 07.10.1981, AP Nr. 45 zu § 1 LFZG.

⁹⁵ etwa Urteil vom 11.11.1987, EzA Nr. 88 zu § 1 LFZG; vom 07.08.1991, EzA Nr. 120 zu § 1 LohnFG.

⁹⁶ Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 3 Rn. 146; Schmitt, EFZG, § 3 Rn. 92.

⁹⁷ BAG, Urteil vom 23.01.1985, AP Nr. 63 zu § 1 LFZG; BAG, Urteil vom 07.11.1984, AP Nr. 38 zu § 63 HGB.

Recht gegen eine anspruchsbegründende Bedeutung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aus. Dem ist zuzustimmen. Gegen eine anspruchsbegründende Wirkung spricht bereits der Wortlaut des § 3 Abs. 1 EFZG. Diese Vorschrift setzt für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht voraus. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus einer systematischen Auslegung der §§ 5 Abs. 1 S. 2, 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG ist der Arbeitgeber berechtigt, die Entgeltfortzahlung zu verweigern, solange der Arbeitnehmer die von ihm nach § 5 Abs. 1 EFZG vorzulegende Bescheinigung tatsächlich nicht vorlegt. Aus der Verwendung der Worte „solange verweigern“ folgt, dass es sich bei der Nachweispflicht nicht um ein anspruchsbegründendes Merkmal handelt.

Für das Bestehen des Anspruchs hat die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG somit keine Bedeutung. Durch die ärztlich bestätigte krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit wird der Krankheitszustand nicht konstitutiv begründet. Vielmehr wird nur eine tatsächlich gegebene Situation festgestellt und mit der auf den Arbeitsvertrag bezogenen Zwischenbewertung auch rechtlich qualifiziert.⁹⁹

Die Anspruchsvoraussetzungen sind somit abschließend in § 3 Abs. 1 EFZG geregelt.¹⁰⁰

III. Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit

1. Einführung

Voraussetzung für die Entgeltfortzahlung ist die ärztlich bescheinigte Tatsache der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer. Diese tatbestandlichen Abhängigkeiten lassen den Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit als für die Rechtsanwendung besonders bedeutsam hervortreten.

⁹⁸ Leipold, FS Kissel, S. 629 (634); Hunold, S. 91; Fleischer, S. 48; Clausen, ArbuR 1989, 330; Otten, DB 1976, 390.

⁹⁹ vgl. Gaul, Missbrauch einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, NZA 1993, 865 (866).

¹⁰⁰ vgl. Otten, DB 1976, 390.

Weder der Begriff der Krankheit noch der der Arbeitsunfähigkeit sind trotz ihrer zentralen Bedeutung in arbeitsrechtlichen oder in sozialrechtlichen Gesetzen definiert. Die Arbeitsunfähigkeit markiert jedenfalls keinen Sachverhalt, der von vornherein unter das (Schwarz-Weiß-) Urteil: „gegeben oder nicht gegeben“ einzuordnen wäre. Zwischen den beiden Begriffen „gesund“ und „krank“ liegt ein Kontinuum, bei dem zwischen den beiden schwer definierbaren Extrempunkten eine breite „graue Zone“ liegt, in der der subjektive Standard des Wohlbefindens des Patienten eine ausschlaggebende Rolle spielt.¹⁰¹ Die Rechtsprechung zum Begriff der Arbeitsunfähigkeit ist aus diesem Grunde ebenso umfangreich wie das kaum abschließend überschaubare Schrifttum aus allen beteiligten Disziplinen.

2. Krankheit

Gemäß § 3 Abs. 1 EFZG setzt der Anspruch des Arbeitnehmers voraus, dass „Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit“ eingetreten ist. Deshalb ist zunächst zu untersuchen, was unter Krankheit im entgeltfortzahlungsrechtlichen Sinn zu verstehen ist.

Ausgangspunkt hierfür ist die medizinische Definition. Unter Krankheit im medizinischen Sinne wird allgemein ein Zustand verstanden, in welchem das körperliche oder seelisch-geistige Leistungsvermögen infolge irgendwelcher Schädigungen oder Veränderungen beeinträchtigt oder gestört ist.¹⁰² Danach ist Krankheit jeder regelwidrige körperliche oder geistige Zustand.

Krankheit ist jedoch nicht nur eine objektive, organisch messbare Erscheinung, die von Außenstehenden wahrgenommen werden kann, sondern umfasst auch immer das subjektive Erleben des Kranken. Diese Dichotomie des Krankheitsbegriffs führt dazu, dass neben der Medizin auch andere Wissenschaften mit den ihnen eigenen Definitionsansätzen zum Krankheitsverständnis beitragen.¹⁰³

¹⁰¹ so Nieder, Fehlzeiten, S. 19.

¹⁰² Feichtinger, AR-Blattei SD, Nr. 1000.1 Rn. 5; Lepke, NZA-RR 1999, 57.

¹⁰³ Langenmayr unterscheidet zwischen dem naturwissenschaftlichen, dem psychologischen und dem soziologischen Definitionsansatz, in: Krankheit als psychosoziales Phänomen, S. 11.

Aus den verschiedenen Definitionsansätzen muss man folgern, dass Krankheit eben keine absolut objektivierbare Größe ist, und dass demzufolge sowohl derjenige als krank gelten muss, der sich krank fühlt, als auch derjenige, dem aufgrund objektiver Merkmale Krankheit attestiert wird.

Keine Krankheit ist jedenfalls das altersbedingte Nachlassen der Leistungs- und Konzentrationsfähigkeit.¹⁰⁴ Unfruchtbarkeit und Zeugungsunfähigkeit sind regelwidrige Körperzustände,¹⁰⁵ nicht aber die regulär verlaufende Schwangerschaft.¹⁰⁶ Treten bei letzterer aber über das normal anzusehende Maß hinaus Beschwerden und Störungen auf, sind diese als regelwidrig und deshalb als Krankheit anzusehen.¹⁰⁷ Unterzieht sich der Arbeitnehmer einer Schönheitsoperation, so kann eine Krankheit nur dann angenommen werden, wenn ein psychischer Leidensdruck besteht und die Operation medizinisch erforderlich ist.¹⁰⁸ Alkoholabhängigkeit ist eine Krankheit im medizinischen Sinne.¹⁰⁹

Die Ursache des regelwidrigen Zustandes ist für die Bestimmung des Begriffs „Krankheit“ unerheblich.¹¹⁰ Sie hat aber Bedeutung für die Frage des Verschuldens.

3. Arbeitsunfähigkeit

Die Krankheit im zuvor umschriebenen Sinne ist arbeitsrechtlich jedoch grundsätzlich nur dann relevant, wenn ein Krankheitsgeschehen den Arbeitnehmer außer Stande setzt, die ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegende Arbeit zu verrichten. In seinem Urteil vom 25.06.1981¹¹¹ hat das Bundesarbeitsgericht des weiteren zum Ausdruck gebracht, dass Arbeitsunfähigkeit im arbeitsrechtlichen Sinne auch dann vorliegt, wenn der Erkrankte nur mit der Gefahr, in absehbarer

¹⁰⁴ ErfK-Dörner, § 3 EFZG, Rn. 12.

¹⁰⁵ BSG, Urteil vom 28.04.1967, E 26, 240.

¹⁰⁶ BAG, Urteil vom 14.10.1954; AP Nr. 1 zu § 13 MuSchG.

¹⁰⁷ BAG a.a.O.

¹⁰⁸ LAG Hamm, Urteil vom 23.07.1986, BB 1986, 2061 (Ls.).

¹⁰⁹ BAG, Urteil vom 01.06.1983, AP Nr. 52 zu § 1 LohnFG unter Abweichung von BAG, Urteil vom 07.12.1972, AP Nr. 26 zu § 1 LohnFG.

¹¹⁰ vgl. Bezani, Die krankheitsbedingte Kündigung, S. 6 m.w.N.

¹¹¹ DB 1983, 2203.

naher Zukunft seinen Zustand zu verschlimmern, fähig ist, seiner bisherigen Erwerbstätigkeit nachzugehen.¹¹²

Maßgebend für die Arbeitsunfähigkeit ist demnach nicht die Krankheit als solche, sondern die Auswirkungen, die sie auf die Arbeitsfähigkeit des Betroffenen hat. Nicht alle Arbeitnehmer, die gesundheitliche Beeinträchtigungen aufweisen, sind auch arbeitsunfähig. Entscheidend für die Frage, ob eine medizinisch gegebene Krankheit auch dazu führt, dass der Mitarbeiter im arbeitsrechtlichen Sinne arbeitsunfähig ist, wird also immer die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung und deren Beeinträchtigung durch die Krankheit sein. Je nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages kann also ein und dieselbe Krankheit beim einen Mitarbeiter Arbeitsunfähigkeit verursachen und beim anderen nicht.¹¹³

Was arbeitsrechtlich geschuldet wird, muss nicht stets gleichbedeutend sein mit der vom erkrankten Arbeitnehmer zuletzt vor der Krankheit ausgeübten Beschäftigung. Zu berücksichtigen sind darüber hinaus alle Tätigkeiten, die der Arbeitnehmer aufgrund seines Arbeitsvertrages – und sei es nur nach zulässiger Ausübung eines entsprechenden Weisungsrechts durch den Arbeitgeber – schuldet.¹¹⁴

Hier kommt dem Arzt, der die Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer gegenüber dem Arbeitgeber und der Krankenkasse zu bescheinigen hat, eine große Verantwortung zu: unter Berücksichtigung des körperlichen, geistigen und seelischen Gesundheitszustandes seines Patienten hat er zu entscheiden, ob ein Kausalzusammenhang zwischen Krankheit und Arbeitsunfähigkeit vorliegt.

Zu beachten ist, dass Arbeitsunfähigkeit nicht mit akuter Krankheit einhergehen muss, sondern auch darin begründet sein kann, dass ein technisches Hilfsmittel (Brille, Prothese), auf das ein Arbeitnehmer bei der Erbringung seiner Arbeitsleistung angewiesen ist, defekt ist.¹¹⁵

¹¹² vgl. auch BAG, Urteil vom 29.02.1984, BAGE 45, 165(167); vom 09.01.1985, BAGE 48, 1.

¹¹³ BAG, Urteil vom 25.06.1981, EzA Nr. 20 zu § 616 BGB.

¹¹⁴ etwa Gaul, Aspekte der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, DB 1992, 2189 (2190 f.).

¹¹⁵ Salowsky, S. 31.

Wichtig ist für die Praxis des weiteren, dass krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Sinne des Entgeltfortzahlungsgesetzes auch dann vorliegt, wenn erst die zur Behebung der Krankheit notwendige Krankenpflege den Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung hindert, etwa die Operation, die zur Behebung des Leidens erforderlich ist.¹¹⁶ Allerdings darf nicht allein die Wahl des Behandlungszeitraums zum Arbeitsausfall führen.¹¹⁷

Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG ist nach wohl überwiegender Auffassung nicht gegeben, wenn ein Arbeitnehmer wegen einer Krankheit lediglich den Weg zur Arbeitsstätte nicht zurücklegen kann, jedoch zur Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung als solche durchaus noch in der Lage ist.¹¹⁸

Arbeitsunfähigkeit liegt hingegen dann vor, wenn die Arbeitsunfähigkeit infolge einer nicht rechtswidrigen Sterilisation oder eines nicht rechtswidrigen Abbruchs einer Schwangerschaft eintritt (§ 3 Abs. 2 EFZG). Dasselbe gilt für einen Abbruch der Schwangerschaft, wenn diese innerhalb von zwölf Wochen nach der Empfängnis durch einen Arzt abgebrochen wird, die schwangere Frau den Abbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nachgewiesen hat, dass sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff von einer anerkannten Beratungsstelle hat beraten lassen. Mit dieser Neufassung trägt das Entgeltfortzahlungsgesetz der Rechtslage nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 1993¹¹⁹ zu den Voraussetzungen über die Verfassungsmäßigkeit von Bestimmungen bei einem Schwangerschaftsabbruch Rechnung. Die aufgrund § 92 Abs. 1 Nr. 7 SGB V erlassenen Richtlinien des Bundesausschusses für Ärzte und Krankenkassen über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung – AU-Richt-

¹¹⁶ BAG, Urteil vom 26.07.1989, DB 1990, 229.

¹¹⁷ Reinecke, Krankheit und Arbeitsunfähigkeit – die zentralen Begriffe des Rechts der Entgeltfortzahlung, DB 1998, 130 (132).

¹¹⁸ BAG, Urteil vom 07.08.1970, AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG, Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 3 Rn. 54.

¹¹⁹ NJW 1993, 1751; vgl. dazu die JZ-Sonderausgabe vom 07.06.1993.

linien –¹²⁰ bauen auf den oben dargelegten Definitionen auf. Die Richtlinien sind für die Kassenärzte gemäß § 81 Abs. 3 Nr. 2 SGB V verbindlich. Die AU-Richtlinien verlangen von den Ärzten eine sorgfältige Untersuchung des Arbeitnehmers. Die Pflichten des Arztes bei der Erteilung von ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen waren früher im wesentlichen im Bundesmantelvertrag-Ärzte geregelt. Sie sind mit Wirkung vom 01.10.1991 weitgehend in die neuen AU-Richtlinien übernommen worden, wodurch ihr Rechtscharakter aufgewertet wurde.¹²¹ Sie lauten (auszugsweise):

1. *Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der Versicherte aufgrund von Krankheit seine ausgeübte Tätigkeit nicht mehr oder nur unter der Gefahr der Verschlimmerung der Erkrankung ausführen kann. Arbeitsunfähigkeit liegt auch vor, wenn aufgrund eines bestimmten Krankheitszustandes, der für sich allein noch keine Arbeitsunfähigkeit bedingt, absehbar ist, dass aus der Ausübung der Tätigkeit für die Gesundheit oder die Gesundheit abträgliche Folgen erwachsen, die Arbeitsunfähigkeit unmittelbar hervorrufen.*
2. *Zwischen der Krankheit und der dadurch bedingten Unfähigkeit zur Fortsetzung der ausgeübten Tätigkeit muss ein kausaler Zusammenhang erkennbar sein. Deshalb hat der Arzt den Versicherten über Art und Umfang der tätigkeitsbedingten Anforderungen und Belastungen zu befragen und das Ergebnis der Befragung bei der Beurteilung von Grund und Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu berücksichtigen.*
10. *Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit und die Bescheinigung über ihre voraussichtliche Dauer erfordern - ebenso wie die ärztliche Beurteilung zur stufenweisen Wiedereingliederung - wegen ihrer Tragweite für den Versicherten und ihrer arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen sowie wirtschaftlichen Bedeutung besondere Sorgfalt.*
11. *Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit des Versicherten kann nur aufgrund von Krankheit vorgenommen werden. Dabei sind körperlicher, geis-*

¹²⁰ BArbBl. 1991, Heft 11, S. 28; abgedruckt in: Müller/Berenz, EFZG, Anhang 5; Kaiser/Dunkl/Hold, Kleinsorge, EFZG, Anhang 17.

¹²¹ Wanner, DB 1992, 93 (94).

tiger und seelischer Gesundheitszustand des Versicherten gleichermaßen zu berücksichtigen. Deshalb dürfen die Feststellung von Arbeitsunfähigkeit und die Empfehlung zur stufenweisen Wiedereingliederung nur aufgrund ärztlicher Untersuchungen erfolgen.

4. Teilarbeitsunfähigkeit

4.1. Einführung

Bis jetzt wurde davon ausgegangen, dass der Arbeitnehmer entweder seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung in vollem Umfang erbringen kann oder es ihm aufgrund seiner Krankheit insgesamt unmöglich ist, diese zu verrichten. Diese Alles-Oder-Nichts-Betrachtungsweise deckt jedoch nicht alle möglichen Fallkonstellationen ab. Es gibt vielmehr auch Fälle, in denen der Arbeitnehmer seine Arbeit trotz Krankheit wenigstens noch zum Teil verrichten kann. Fraglich ist hierbei, ob der Arbeitnehmer dann zur Verwertung seiner Restarbeitsfähigkeit verpflichtet ist. Die Beantwortung dieser Frage ist auch für das Thema dieser Arbeit relevant. Bejaht man diese, werden nicht nur Arbeitgeber und Krankenkassen von Kosten entlastet, sondern auch potentielle „Simulanten“ abgeschreckt, da sie am Arbeitsplatz erscheinen müssten und der ansonsten entstehende Freizeitgewinn entfielen.

Es gibt grundsätzlich zwei Erscheinungsformen der Teilarbeitsunfähigkeit (auch Teilarbeitsfähigkeit¹²², bedingte Arbeitsfähigkeit¹²³, Minderleistungsfähigkeit¹²⁴ oder begrenzte Arbeitsfähigkeit¹²⁵ genannt).

Die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers kann zum einen dadurch beschränkt sein, dass er nur noch einen Teil der vertraglich geschuldeten Tätigkeiten zu verrichten vermag (funktionale Teilarbeitsunfähigkeit). Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn sich die Krankheit auf einen bestimmten Körperteil des Arbeitnehmers beschränkt, dessen Funktionsfähigkeit nur für einen Teil seiner Arbeitsleistung notwendig ist. Davon zu unterscheiden sind Sachverhalte, bei de-

¹²² Gitter, ZfA 1995, 123; Zwade, S. 7; Breuer, RdA 1984, 332.

¹²³ Klages, BB 1983, 1223.

¹²⁴ Molitor, DB 1952, 677.

¹²⁵ Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 5 Rn. 58.

nen der Arbeitnehmer seine bisherige Tätigkeit nur noch in zeitlich geringerem Umfang ausüben kann (quantitative Teilarbeitsunfähigkeit). Die Teilarbeitsunfähigkeit kann schließlich in kombinierter Form auftreten, wenn der Arbeitnehmer nur einen Teil seiner vertraglichen Leistungspflichten in einem zeitlich reduzierten Umfang ausüben kann.

In den genannten Fallgruppen sind die Arbeitnehmer zunächst nur in medizinisch-tatsächlicher Hinsicht teilarbeitsfähig. Inwieweit diese medizinisch-tatsächliche Teilarbeitsunfähigkeit auch eine Teilarbeitsunfähigkeit im rechtlichen Sinne zur Folge hat, wird im folgenden zu erörtern sein. Die Anerkennung einer rechtlich relevanten Teilarbeitsunfähigkeit hätte zur Folge, dass der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen gegenüber seinem Arbeitgeber, in dem Maße wie es sein Gesundheitszustand erlaubt, erfüllen muss.

Da es keine gesetzliche Regelung der Teilarbeitsunfähigkeit gibt, bereitet deren Einstufung und rechtliche Behandlung besondere Probleme. Bestrebungen, die Teilarbeitsunfähigkeit gesetzlich zu regeln, sind immer wieder verworfen worden.

Im Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung eines Gesetzes zur Förderung der Beschäftigung vom 23.03.1984¹²⁶ beispielsweise war die Ergänzung des Lohnfortzahlungsgesetzes um einen § 6 a vorgesehen, der detaillierte Regelungen zur Teilarbeitsunfähigkeit enthielt.¹²⁷ Nach § 6 a Abs. 1 sollte ein Arbeitnehmer dann teilarbeitsunfähig sein, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit „infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung nur zum Teil verhindert“ ist. Der Arbeitnehmer sollte verpflichtet sein, seinen Arbeitgeber unverzüglich darüber zu unterrichten, dass er in der Lage ist, seine Arbeitsleistung zum Teil zu erbringen. Gemäß § 6 a Abs. 3 S. 2 sollte der Arbeitnehmer zu der möglichen Leistung eines Teils seiner zuletzt ausgeübten Tätigkeit, zu einer anderen nach dem Inhalt des Arbeitsverhältnis geschuldeten Tätigkeit oder zu einem Teil dieser Tätigkeiten von dem in der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung angegebenen Zeitpunkt an oder, wenn eine solche Angabe fehlt, unverzüglich

¹²⁶ abgedruckt in: RdA 1984, 169 (174).

¹²⁷ hierzu auch Gitter, ZfA 1995, 123 (157 f.); Zwade, S. 186 ff.; Breuer, RdA 1984, 332 ff.

nach ihrer Ausstellung verpflichtet sein. Für den Fall, dass der Arbeitnehmer sich weigert, dem Arbeitgeber seine Restarbeitsfähigkeit anzubieten, sah § 6 a Abs. 6 den Verlust des Anspruchs auf Arbeitsentgelt in Höhe des auf diese Teilleistung entfallenden Teils vor.

Inhaltlich war die Pflicht zur Teilarbeit durch drei Faktoren eingegrenzt:

- Der bescheinigende Arzt hat einen Tätigkeitsbereich, in dem der Arbeitnehmer tätig sein kann, positiv oder negativ abgegrenzt,
- der Arbeitnehmer ist nur insoweit zur Teilarbeit verpflichtet, als es sich dabei um einen Teil seiner zuletzt ausgeübten Tätigkeit, um eine andere nach dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses geschuldete Tätigkeit oder um einen Teil dieser Tätigkeit handelt,
- die Verpflichtung zur Teilarbeit entfällt, wenn diese für den Arbeitnehmer unzumutbar ist.

Nachdem jedoch sowohl von Gewerkschaftsseite als auch von der Arbeitgeberseite wie auch aus der Regierungskoalition selbst Kritik an der vorgeschlagenen Regelung geübt worden war, wurde dieser Entwurf dann, um das ohnehin umstrittene Beschäftigungsförderungsgesetz zu entlasten, wieder zurückgenommen. Die darin enthaltenen Gedanken sind jedoch nach wie vor hochaktuell.

Die Regelung des § 74 SGB V, die am 01.01.1989 in Kraft getreten ist, hat zu keinen weiterführenden Erkenntnissen für die Frage der Teilarbeitsunfähigkeit geführt.¹²⁸ Diese Vorschrift besagt im wesentlichen nur, dass der Arzt auf der auszustellenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung Art und Umfang der möglichen Tätigkeiten angeben soll, wenn der Arbeitnehmer nach seiner Feststellung seine bisherige Tätigkeit teilweise verrichten und durch eine stufenweise Wiederaufnahme der Tätigkeit wieder besser in das Erwerbsleben eingegliedert werden kann.

Nach der Intention des Gesetzgebers dient § 74 SGB V somit vordringlich der Wiedereingliederung Langzeiterkrankter, denen die Möglichkeit einer stufenwei-

¹²⁸ vgl. Hitzfeld, Dankschrift für Wiese, S. 55 (56).

sen Wiederaufnahme der Beschäftigung eröffnet wird. Diese Möglichkeit ändert aber nichts daran, dass der Arbeitnehmer in diesem Fall bei entsprechender teilweiser Tätigkeit nach wie vor voll arbeitsunfähig im Sinne des Entgeltfortzahlungsrechts ist. Folglich ist der Arbeitnehmer weder zur teilweisen Arbeitsleistung verpflichtet noch muss der Arbeitgeber seine Arbeitsleistung annehmen. Soweit ein Arbeitnehmer nach Maßgabe des § 74 SGB V auf freiwilliger Basis wieder in den Arbeitsprozess eingegliedert wird, entsteht zwischen ihm und seinem Arbeitgeber ein Rechtsverhältnis sui generis, weil es nicht auf eine Arbeitsleistung im üblichen Sinne gerichtet ist, sondern als Maßnahme der Rehabilitation dem Arbeitnehmer ermöglichen soll, die Arbeitsfähigkeit wieder herzustellen.¹²⁹

4.2. Meinungsstand

Das Bundesarbeitsgericht hat - wie es scheint - eindeutig Stellung bezogen und lehnt eine Teilarbeitsunfähigkeit ab.¹³⁰ Das Recht der Entgeltfortzahlung kenne den Begriff der Teilarbeitsunfähigkeit nicht. Arbeitsrechtlich könne das Vorliegen einer Krankheit immer nur im Verhältnis zu den vom Arbeitnehmer vertraglich übernommenen Verpflichtungen beurteilt werden. Die durch Krankheit bedingte Arbeitsunfähigkeit werde deshalb nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer seine geschuldeten Vertragspflichten anstatt voll nur teilweise zu erbringen vermöge. Arbeitsrechtlich sei es gleichbedeutend, ob der Arbeitnehmer durch die Krankheit ganz oder teilweise arbeitsunfähig werde. Auch der vermindert Arbeitsfähige sei arbeitsunfähig krank im Sinne der einschlägigen entgeltfortzahlungsrechtlichen Regelungen, eben weil er seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht voll erfüllen könne.¹³¹

Gleichwohl hat das Bundesarbeitsgericht in einigen Entscheidungen nicht ausgeschlossen, dass für den Arbeitgeber eine Beschäftigungspflicht des nur ver-

¹²⁹ vgl. von Hoyningen-Huene, Das Rechtsverhältnis zur stufenweisen Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer (§ 74 SGB V), NZA 1992, 49 (51); Wank, Reform des Lohnfortzahlungsrechts, BB 1992, 1993 (1998).

¹³⁰ vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 74 SGB V.

¹³¹ BAG, a.a.O.

mindert leistungsfähigen Arbeitnehmers¹³² beziehungsweise eine Verpflichtung des Arbeitnehmers seine Restarbeitsunfähigkeit anzubieten,¹³³ bestehen kann.

Auch im arbeitsrechtlichen Schrifttum wird der Begriff der Teilarbeitsunfähigkeit überwiegend abgelehnt.¹³⁴ Daneben findet sich jedoch eine wachsende Zahl Autoren, die den Begriff der arbeitsrechtlichen Teilarbeitsunfähigkeit bejahen und den Arbeitnehmer als verpflichtet ansehen, seiner verminderten Leistungsfähigkeit entsprechend zu arbeiten.¹³⁵

4.3. Eigene Lösung

Die Vorschriften des Entgeltfortzahlungsgesetzes behandeln ausschließlich den Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers bei Arbeitsunfähigkeit. Unberührt von ihr bleibt der Anspruch des Arbeitgebers auf die im Arbeitsvertrag versprochene Arbeitsleistung. Dessen rechtliches Schicksal kann sich nur nach anderen gesetzlichen Regelungen richten.

Die Antwort auf die Frage, ob es eine rechtlich relevante Teilarbeitsunfähigkeit gibt, ergibt sich somit aus den zivilrechtlichen Leistungsstörungsregelungen.¹³⁶ Dabei ist für die Lösung zwischen tätigkeitsbezogener (funktionaler) und zeitbezogener (quantitativer) Teilarbeitsunfähigkeit zu unterscheiden.

4.3.1. Tätigkeitsbezogene Teilarbeitsunfähigkeit

Gemäß § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. mit dem Arbeitsvertrag ist der Arbeitnehmer grundsätzlich zur Verrichtung der versprochenen Arbeit verpflichtet. Von dieser Verpflichtung wird er jedoch gemäß § 275 Abs. 1 n. F. BGB frei, soweit die Leistung für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Die Befreiung von der Arbeitspflicht tritt aber gemäß § 275 Abs. 1 BGB nur ein, „soweit“ die Leistung unmöglich wird.

¹³² BAG, Urteil vom 25.06.1981, AP Nr. 52 zu § 616 BGB.

¹³³ BAG, Urteil vom 02.02.1973, AP Nr. 1 zu § 626 BGB „Krankheit“.

¹³⁴ Schaub, § 98, Rn. 17 m.w.N.

¹³⁵ vgl. MünchArbR-Boecken, Band 1, § 83 Rn. 50 ff.; Boecken, NZA 1999, 673 (675 f.); Gitter, ZfA 1995, 123 ff.; Glaubitz, NZA 1992, 402.

¹³⁶ vgl. auch Boecken, NZA 1999, 673 (675 f.).

Für die Annahme einer nur teilweisen Unmöglichkeit reicht es jedoch nicht aus, dass der Arbeitnehmer tatsächlich noch tätigkeitsbezogene Teilleistungen erbringen könnte. Vielmehr muss der Leistungsgegenstand auch im juristischen Sinne teilbar sein.

Kann der Arbeitnehmer jedoch nur noch bestimmte Tätigkeiten aus seinem Aufgabenbereich verrichten, berührt dies regelmäßig auch das Wesen seiner Arbeitsleistung, da diese, wie sie im Vertrag nach Inhalt und Umfang beschrieben ist, in ihrer Gesamtheit Maß für den Arbeitslohn ist, in dem der Wert der Leistung zum Ausdruck kommt. Diese lässt sich nicht ohne qualitative Veränderung in einzelne Teilleistungen zerlegen, die einem bestimmten Vergütungsanteil zugeordnet werden können.¹³⁷ Da sich einzelne Teilleistungen somit nach ihrem Wert und Wesen regelmäßig von der geschuldeten Gesamtleistung unterscheiden, wird man eine juristische Teilbarkeit ausschließen müssen.¹³⁸

Es führt jedoch nicht jede Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zur Unmöglichkeit der gesamten Arbeitsleistung. Diese Fragen werden aber häufig - auch durch die Rechtsprechung - vermischt. Der Kreis der vertraglichen Leistungspflichten des Arbeitnehmers geht nämlich in der Regel über seine zuletzt tatsächlich ausgeübte Beschäftigung hinaus. Der Arbeitgeber ist nicht gehindert, im Rahmen seines Direktionsrechts den Aufgabenbereich auf die noch möglichen und zumutbaren Tätigkeiten zu beschränken. Falls dem Arbeitnehmer im Rahmen des Weisungsrechts des Arbeitgebers noch vertraglich geschuldete Tätigkeiten übertragen werden können, denen er gesundheitlich gewachsen ist, so ist er als vollständig arbeitsfähig anzusehen. Nach meiner Auffassung ist somit ein Arbeitnehmer, der nur einen Teil seiner vertraglich vorgesehenen Tätigkeiten nicht verrichten kann, weder vollständig noch teilweise arbeitsunfähig, sondern in vollem Umfang arbeitsfähig. In diesem Fall wird der Arbeitnehmer nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB von der Verpflichtung zur Leistung frei. Vielmehr bleibt er verpflichtet, seine Restarbeitsfähigkeit durch Ausübung der anderen, ihm vom Arbeitgeber zulässigerweise zugewiesenen Tätigkeit zu verwerten.

¹³⁷ so Gruber, S. 223.

¹³⁸ so auch Gitter, ZfA 1995, 123 (160 ff.).

Ist die Leistungspflicht des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag dagegen so detailliert beschrieben, dass für eine Verweisung auf eine andere Tätigkeit kein Raum mehr bleibt, so wird man eine umfassende Unmöglichkeit anzunehmen haben. Gleiches gilt, wenn die Teilarbeitsunfähigkeit ein solches Ausmaß erreicht hat, dass dem Arbeitnehmer praktisch keine Aufgaben mehr zugewiesen werden können, denen er gesundheitlich gewachsen ist.¹³⁹

An einer Arbeitsfähigkeit fehlt es zudem auch dann, wenn die noch mögliche Arbeitsleistung zwar im Rahmen des Arbeitsvertrages liegt, der Arbeitgeber diese Tätigkeit aber nicht zugewiesen hat. Dies folgt aus der Konkretisierungs- und Gestaltungsfunktion des Direktionsrechts.¹⁴⁰

Liegt die angebotene Arbeitsleistung nicht mehr im Rahmen des Arbeitsvertrages, kann der Arbeitgeber sie nicht einseitig zuweisen. Dies könnte allenfalls durch eine einvernehmliche Vertragsänderung geschehen.

Nach alledem kann die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, dessen Leistungsfähigkeit in funktionaler Hinsicht eingeschränkt ist, nur entweder vollständig möglich oder vollständig unmöglich sein. Insoweit ist dem Bundesarbeitsgericht zuzustimmen.

4.3.2. Zeitbezogene Teilarbeitsunfähigkeit

Anders liegt der Fall, wenn der Arbeitnehmer die zugewiesenen Tätigkeiten zwar in vollem Tätigkeitsumfang, nicht aber über die volle Arbeitszeit ausüben kann.

Ausgangspunkt der Überlegungen muss wiederum § 275 BGB sein, wonach der Schuldner von der Leistungspflicht frei wird, soweit die Leistung unmöglich wird. Einem Arbeitnehmer, der seiner geschuldeten Tätigkeit zumindest noch stundenweise nachkommen kann, wird seine Leistung nicht vollständig unerbringlich. Wie oben bereits erläutert, kann eine Teilunmöglichkeit nur bei im juristischen Sinne teilbaren Leistungen angenommen werden. Da der Arbeitneh-

¹³⁹ Wank, DB 1992, 1993 (1997); Gaul 1992, 2189 (2191).

¹⁴⁰ vgl. Gruber, S. 205.

mer seine Arbeitsleistung in der vorliegenden Konstellation partiell (und zwar im vollen Tätigkeitsumfang) noch verwirklichen kann, ist dies zu bejahen. In zeitlicher Hinsicht kann der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung genau genommen immer nur in Teilleistungen erbringen.¹⁴¹

Die zeitbezogene Teilarbeitsfähigkeit führt damit grundsätzlich (nur) zur Teilunmöglichkeit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Für die Zeitspanne, in der dem Arbeitnehmer die Erbringung der vertraglichen Arbeitsleistung möglich ist, ist er dazu auch verpflichtet.

Vollständige Unmöglichkeit müsste man dagegen annehmen, wenn die noch mögliche Arbeitszeit so kurz bemessen ist, dass die verbleibende Teilleistung nach dem Zweck des Vertrages für den Arbeitgeber objektiv wertlos oder für den Arbeitnehmer subjektiv unzumutbar¹⁴² ist.

Für die Vergütungspflicht gilt, dass sich zwar der Anspruch des Arbeitnehmers aus § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag wegen der teilweisen Unmöglichkeit (zunächst) mindert, insofern ist der Arbeitgeber jedoch gemäß § 3 EFZG zur Entgeltfortzahlung verpflichtet. Nach sechs Wochen gilt, dass der Anspruch auf Krankengeld gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V ruht, soweit der Arbeitnehmer beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erhält.

Fraglich ist jedoch, ob der Arbeitgeber gemäß § 266 BGB berechtigt sein kann, die noch mögliche Restleistung des Arbeitnehmers zurückzuweisen. § 266 BGB verfolgt den Zweck, unzumutbare Belästigungen des Gläubigers durch Teilleistungen zu verhindern.

Die Leistung des Arbeitnehmers ist in zeitlicher Hinsicht teilbar,¹⁴³ so dass § 266 BGB grundsätzlich anwendbar ist. Die Zurückweisung der noch möglichen Arbeitsleistung würde jedoch zu erheblichen Nachteilen für den Arbeitnehmer führen. Für die an sich mögliche, jedoch vom Arbeitgeber abgelehnte Arbeitsleistung könnte er kein Entgelt verlangen und natürlich auch keine Entgeltfort-

¹⁴¹ vgl. auch Gitter, ZfA 1995, 123(166).

¹⁴² vgl. Derr, S. 69 mit dem Beispiel, dass die Wegezeiten gegenüber der verminderten Arbeitszeit unverhältnismäßig lang sind.

zahlung gemäß § 3 EFZG, da er insofern nicht arbeitsunfähig ist.

Die Anerkennung der Teilarbeitsunfähigkeit darf jedoch nicht zur Folge haben, dass derjenige Arbeitnehmer, der noch in der Lage ist, Teilleistungen zu erbringen, schlechter gestellt ist als ein Arbeitnehmer, der in vollem Umfang krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist. Eine solche Schlechterstellung wäre es jedoch, wenn der Arbeitgeber gemäß § 266 BGB berechtigt wäre, die Teilleistung des Arbeitnehmers zurückzuweisen.

Das Recht nach § 266 BGB ist nach allgemeiner Auffassung nach Maßgabe des § 242 BGB beschränkt. Danach darf der Gläubiger eine Teilleistung nicht zurückweisen, wenn ihm ihre Annahme bei verständiger Würdigung seiner schutzwürdigen Interessen und der Lage des Schuldners zuzumuten ist.¹⁴⁴

Nach alledem ist der Arbeitgeber nicht gemäß § 266 BGB berechtigt, im Falle der zeitbezogenen Teilarbeitsunfähigkeit die noch mögliche und vertraglich geschuldete Restarbeitsleistung des Arbeitnehmers zurückzuweisen.

4.3.3. Ergebnis

Dem Alles-oder-Nichts-Prinzip des Bundesarbeitsgerichts ist nicht zu folgen. Die Anwendung der zivilrechtlichen Leistungsstörungsregelungen führt zu einer Anerkennung der Teilarbeitsunfähigkeit, wenn der Arbeitnehmer zeitbezogene Teilleistungen erbringen kann. Bei tätigkeitsbezogenen Teilleistungen ist zu beachten, dass sich die Arbeitsleistung rechtlich nicht in einzelne Tätigkeiten aufteilen lässt. Dem Arbeitgeber bleibt nur die Möglichkeit, im Rahmen seines Direktionsrechts oder durch einvernehmliche Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer eine entsprechende Änderung des Tätigkeitsbereichs vorzunehmen. Dabei kann eine Versetzungsklausel im Arbeitsvertrag hilfreich sein. Der Arbeitnehmer ist in diesen Fällen immer entweder voll arbeitsfähig oder voll arbeitsunfähig.

IV. Fehlerquellen bei der Diagnose

Voraussetzung für eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Entgeltfortzahlung ist (zumindest ab dem vierten Tag), dass der Arbeitnehmer von seinem

¹⁴³ vgl. oben S. 37/38.

¹⁴⁴ MüKo-Krüger, § 266 Rn. 13; Palandt-Heinrichs, § 266 Rn. 8.

Arzt eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erhält, obwohl er objektiv nicht arbeitsunfähig ist. Dies führt zu der Frage, was dazu führen kann, dass ein Arzt fälschlicherweise eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellt.

Das Entgeltfortzahlungsgesetz sieht vor, dass ein Arzt als Sachverständiger die Arbeitsunfähigkeit bestätigt. Da nur Ärzte berechtigt sind, wegen Krankheit Arbeitsunfähigkeit auszusprechen und zu beenden, wird hier die Verantwortung des Gesundheitswesens besonders deutlich. Ärzte stellen eine wichtige Instanz sozialer Kontrolle dar. Sie entscheiden über die Erwerbs- beziehungsweise Arbeitsfähigkeit von Personen. Die Bezeichnung eines Abwesenheits-Falles als „Krankheit“ ist alleine durch das ärztliche Attest legitimiert.

Es gibt mannigfaltige Gründe, welche dazu führen, dass in der Praxis immer wieder Arztzeugnisse auftauchen, welche eine gar nicht vorhandene Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bescheinigen. Diese Gründe ergänzen sich hierbei auch teilweise.

Rechtliche und ethische Normen verpflichten den Arzt primär dazu, die Gesundheit des Patienten wiederherzustellen. Damit befindet sich der Arzt in einem gewissen Zwiespalt, da er einerseits gehalten ist, seinem Patienten ein persönlicher medizinischer Ratgeber zu sein, andererseits aber als Kontrollinstanz für Krankenversicherungen und Arbeitgeber fungieren soll. Ihm obliegt somit Abwägung zwischen dem Interesse des Arbeitgebers an der Vermeidung unnötiger Abwesenheit des Arbeitnehmers vom Arbeitsplatz und dem Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung beziehungsweise Wiederherstellung seiner Gesundheit.

Bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit sind § 31 BMV-Ä und die AU-Richtlinien zu beachten.¹⁴⁵ Diese haben folgenden Wortlaut (ausschnittsweise):

„§ 31 BMV-Ä: Bescheinigung von Arbeitsunfähigkeit

¹⁴⁵ vgl. oben S. 29-31; Borchert, Der neue Bundesmantelvertrag Ärzte, NJW 1991, 1526; auch: Wanner, DB 1992, 93.

Die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und ihrer voraussichtlichen Dauer sowie die Ausstellung der Bescheinigung darf nur auf Grund einer ärztlichen Untersuchung erfolgen. Näheres bestimmen die Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen.“

„AU-Richtlinien: Grundsätze zur Feststellung von Arbeitsunfähigkeit

10. *Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit und die Bescheinigung über ihre voraussichtliche Dauer erfordern – ebenso wie die ärztliche Beurteilung zur stufenweisen Wiedereingliederung – wegen ihrer Tragweite für den Versicherten und ihrer arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen sowie wirtschaftlichen Bedeutung besondere Sorgfalt.*
11. *Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit des Versicherten kann nur aufgrund von Krankheit vorgenommen werden. Dabei sind körperlicher, geistiger und seelischer Gesundheitszustand des Versicherten gleichermaßen zu berücksichtigen. Deshalb dürfen die Feststellung von Arbeitsunfähigkeit und die Empfehlung zur stufenweisen Wiedereingliederung nur aufgrund ärztlicher Untersuchungen erfolgen.*

Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit bei Entgeltfortzahlung

13. *Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen auf dem dafür vorgesehenen Vordruck (Muster Nr. 1) dürfen nur von Kassen-/Vertragsärzten oder deren persönlichen Vertretern und nur für Versicherte ausgestellt werden, die Anspruch auf Entgeltfortzahlung oder Entgeltersatzleistungen (z.B. Krankengeld) haben. Die Bescheinigung ist zu verwenden für die Erstfeststellung einer Arbeitsunfähigkeit und während der Zeit des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Sie ist sorgfältig und vollständig auszufüllen. Die Durchschrift soll vom Arzt zwölf Monate aufbewahrt werden.*
14. *Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Erstbescheinigung angegeben, ist erneut eine ärztliche Bescheinigung über das Fortbestehen der Arbeitsunfähigkeit nach Muster Nr. 1 (Folgebescheinigung) auszustellen. Dies trifft auch zu, wenn aus gesundheitlichen Gründen der Versuch der Wiederaufnahme einer Tätigkeit nach Beendigung der vom Arzt festgestellten Arbeitsunfähigkeit missglückt. Die Arbeitsunfähigkeit wird dadurch*

nicht unterbrochen, sondern besteht bis zur endgültigen Wiederaufnahme der Arbeit fort.

15. *Die Arbeitsunfähigkeit soll für eine vor der ersten Inanspruchnahme des Arztes liegende Zeit grundsätzlich nicht bescheinigt werden. Eine Rückdatierung des Beginns der Arbeitsunfähigkeit auf einen vor dem Behandlungsbeginn liegenden Tag ist ebenso wie eine rückwirkende Bescheinigung über das Fortbestehen der Arbeitsunfähigkeit nur ausnahmsweise und nur nach gewissenhafter Prüfung und in der Regel nur bis zu zwei Tagen zulässig.“*

Eine Untersuchung von Stückmann aus dem Jahre 1997 hat gezeigt, dass die große Mehrheit der Arbeitgeber eine sehr negative Meinung bezüglich der Sorgfalt der Ärzte bei Krankschreibungen hat.¹⁴⁶ Stimmen in der Literatur vertreten gar die Meinung, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen seien zum Teil das Papier nicht wert, auf dem sie geschrieben sind.¹⁴⁷ Interessant ist in diesem Zusammenhang des weiteren, dass auch befragte Arbeitnehmer (bereits in den 60er Jahren)¹⁴⁸ der Meinung waren, dass Ärzte zum Teil zu schnell krankschreiben. Zudem wurde im Rahmen dieser Umfrage Unmut darüber geäußert, dass man aufgrund dieser Tatsache durch ein Attest nicht wirklich beweisen kann, dass man krank war.

Von Seiten der Ärzte wird zum Teil offen eingeräumt, dass es gelegentlich zu Gefälligkeitsattesten kommen kann, um dem Arbeitnehmer in einer Notlage behilflich zu sein, insbesondere wenn der Arzt die privaten und persönlichen Verhältnisse sehr gut kennt.¹⁴⁹

Für den Arzt ergibt sich ein Dilemma aus der Tatsache, dass die Arztpraxis ein wirtschaftliches Unternehmen ist, dessen Bestehen nur dadurch gesichert werden kann, dass seine Leistungen nachgefragt werden. Wenn man davon aus-

¹⁴⁶ vgl. hierzu die empirische Untersuchung von Stückmann, „Kostensenkung bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall?!“ S. 68/69 wonach 90,5 % der befragten Arbeitgeber die Frage, ob es Ärzte gibt, die auf Wunsch des Arbeitnehmers krankschreiben, mit ja beantworteten und gar 97 % meinten, dass Ärzte es den Arbeitnehmern mit der „Krankschreibung“ zu einfach machen.

¹⁴⁷ so Eich, BB 1988, 197 (202).

¹⁴⁸ Boeck u.a., Die Ursache der Fehlzeiten im Betrieb, S. 70.

¹⁴⁹ Bscheider, S. 29/30.

geht, dass Ärzte an Einkommensmaximierung interessiert sind, kann es - angesichts finanzieller Anreize zur Erbringung nicht notwendiger ärztlicher Dienstleistungen - für sie interessanter sein, einen Patienten im Zweifelsfall in Behandlung zu behalten als ihn für gesund zu erklären. Die Zahl der zur kassenärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzte ist in den letzten Jahren deutlich angestiegen. Diese zunehmende Ärztedichte („Ärztenschwemme“)¹⁵⁰ und die damit gestiegene Konkurrenz in der Ärzteschaft hat mehrfach zu der Vermutung geführt, dass manche Ärzte in erster Linie in den Patienten ihre „Kunden“ sehen, deren Wünsche befriedigt werden müssen, damit sie „Kunden“ bleiben, und zwar auch dann, wenn der Wunsch darin besteht, arbeitsunfähig geschrieben zu werden.

In dieser Wettbewerbssituation ist es für den Arzt kaum förderlich, wenn er bei der Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen- im Gegensatz zu seinen Kollegen – sehr restriktiv vorgeht. Welcher Arzt schadet schon gern seinen wirtschaftlichen Eigeninteressen, indem er seinen Patienten an einen Kollegen verliert, der Krankenschreibungen großzügiger handhabt?¹⁵¹ Es ist plausibel, davon auszugehen, dass bei der gemäß § 76 SGB V bestehenden freien Arztwahl Unterschiede zwischen den Ärzten hinsichtlich der Ausübung ihres Berufs durch die Arbeitnehmer genutzt werden können, um Krankmeldungen herbeizuführen. Entspricht ein Arzt nicht den Erwartungen des Patienten, muss er damit rechnen, dass dieser die Behandlung bei ihm abbricht oder im nächsten Krankheitsfall einen anderen Arzt aufsucht, was für ihn mit ökonomischen Einbußen direkter oder indirekter Art (Reputation) verbunden ist. Diesem Argument kommt bei einer steigenden Zahl an Ärzten, die um einen „Kundenstamm“ konkurrieren, verstärkte Bedeutung zu. Diese Überlegungen werden zwar kaum einen Arzt dazu bewegen, bewusst eine falsche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auszustellen; in Grenzfällen wird er jedoch möglicherweise trotz bestehender Zweifel eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellen, weil er weiß, dass dies sonst ohnehin ein Kollege tun wird.¹⁵² Es ist nicht von der Hand zu

¹⁵⁰ vgl. Schmitt, Missbrauch der Lohnfortzahlung, ZTR 1990, 223 (224).

¹⁵¹ Fleischer, S. 4.

¹⁵² Hunold, BB 1989, 845 (846), Schmitt, ZTR 1990, 223 (224).

weisen, dass es dem Arzt in solchen Fällen schwer fallen wird, dem zu widerstehen, und in manchen Fällen zumindest unbewusst die Krankschreibung als den Weg des geringeren Widerstandes wählt. Eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Entgeltfortzahlung wird somit durch den zunehmenden Konkurrenzdruck, dem die Ärzte ausgesetzt sind, erleichtert.

Ein weiteres Problem liegt in der Beschaffenheit einiger Krankheitssymptome. Dem Arzt stehen als Mittel der Diagnose zur Verfügung:

1. Die Schilderung der Symptome durch den Patienten
2. Seine Kenntnisse, seine ärztliche Sachkunde und auch seine allgemeine Lebenserfahrung, um aus diesen Schilderungen des Patienten Schlussfolgerungen auf eine mögliche Krankheit zu ziehen.
3. Objektive Befundtatsachen durch Röntgenbilder, Laboruntersuchungen, Augenscheinnahme usw.

Soweit die Diagnose mit objektiven Kriterien erstellt werden kann, ist ihr Wert sehr hoch anzusetzen; gleiches gilt, wenn der Arzt nach der Schilderung der Symptome nach subjektivem Empfinden des Arbeitnehmers die vermutete Diagnose objektiv absichern kann. Weniger sicher ist die Diagnose jedoch dann, wenn der Arzt lediglich aufgrund der subjektiven Eindrücke und Schilderungen der Symptome durch den Patienten entweder wegen seiner Kenntnisse und ärztlichen Sachkunde oder wegen typischer Krankheitsverläufe auf das Vorliegen eines regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes schließen muss. Klagt der Patient etwa über heftige Kopfschmerzen, so ist dieses Krankheitsbild objektiv kaum nachweisbar. In diesem Bereich ist in der Regel die Möglichkeit der Erschleichung der Bescheinigungen oder der ungerechtfertigt verlängerten Arbeitsunfähigkeitsdauer anzusiedeln. Es liegt auf der Hand, dass sich damit für einen Arbeitnehmer, der einen „gelben Urlaubsschein“ erlangen will, eine Vielzahl von Möglichkeiten ergeben.¹⁵³ Für den Arzt ist dann die Schilderung der Symptome durch den Arbeitnehmer Ausgangspunkt für seine Diagnose hinsichtlich des Vorliegens einer Krankheit und der Einschätzung der Arbeitsfähig-

¹⁵³ so Schmitt, ZTR 1990, 223 (224).

keit. Er verlässt hierbei den Bereich gesicherten medizinischen Wissens. Die Misslichkeiten beim Feststellen des objektiv zu erfassenden Tatbestandes Arbeitsunfähigkeit verdichten sich im Blick auf das subjektiv sehr unterschiedliche Krankheitserleben und – verarbeiten verschiedener Patienten.

Es kommt hinzu, dass es bei zahlreichen Krankheiten schwierig bis ausgeschlossen ist, gleich anfänglich zu einer auch nur halbwegs gesicherten Diagnose zu gelangen. In der Regel sind die Krankheiten der Patienten nicht gleich am ersten Tag der Inanspruchnahme objektivierbar. Manche Krankheiten, insbesondere solche, deren Vorliegen nicht ohne weiteres organisch oder durch sichtbare Außenbefunde nachweisbar ist, erlauben es aus diesem Grunde auch weniger geübten Simulanten, ihren Arzt zu täuschen. Hinzu tritt die Möglichkeit, sich über das Lesen von popularwissenschaftlichem Schrifttum¹⁵⁴ zu fast allen Krankheitsbildern sachkundig zu machen. Des weiteren gibt es Literatur, die einzig und allein darauf abzielt, Arbeitnehmern das Krankfeiern zu erleichtern. So kursiert etwa eine Broschüre mit dem Titel „Wege zu Wissen und Wohlstand oder: Lieber krankfeiern als gesundschuffen“¹⁵⁵ in einer unbekanntenen Verbreitungshäufigkeit auf dem Markt. Es handelt sich um ein Buch, in dem beschrieben wird, wie man leicht zu einer Krankschreibung kommen kann. Anhand von häufig vorkommenden Krankheitsbildern wie niedriger Blutdruck, Migräne, Magenschleimhautentzündung, Durchfall, Erbrechen wird dargestellt, welche Symptome man simulieren muss und wie lange man dafür krankgeschrieben werden kann. Darüber hinaus enthält das Büchlein in einem allgemeinen Teil Tricks und Tipps gegen Arzt und Kasse.

Ein weiterer Unsicherheitsfaktor bei der Beurteilung durch den Arzt liegt auch darin begründet, dass der Arbeitnehmer die Symptome oft nur vage oder ungenau schildern kann, und der Arzt dadurch keine Grundlage für eine klare Diagnose erhält. Seine Schlussfolgerungen beruhen in diesen Fällen insgesamt auf den Angaben des Arbeitnehmers; hier liegt wohl auch ein wesentlicher Grund

¹⁵⁴ Etwa Willibald Pschyrembel, *Klinisches Wörterbuch*.

¹⁵⁵ Jochen Mende (Herausgeber), *Lollar* 1984.

für mögliche Fehlbeurteilungen und Fehldiagnosen.¹⁵⁶ Daneben wird das Aufdecken von Simulantentum dadurch erschwert, dass der Arzt oftmals gezwungen ist, Patientengespräche unter Zeitdruck zu führen und daher die Diagnose trotz mangelnder Informationen zu stellen, da keine Zeit für das für die zutreffende Diagnose notwendige ausführliche Gespräch da ist.¹⁵⁷

Insoweit spielt auch der Umstand eine Rolle, dass ein Arzt im Regelfall von der Vertrauenswürdigkeit der Patientenangaben ausgehen darf und daher nicht in jedem Patienten einen Simulanten sehen muss, den es zu überführen gilt. Es ist davon auszugehen, dass es für Ärzte ein schwerwiegenderes Problem darstellt, kranke Personen als gesund einzustufen, als fälschlicherweise gesunde Personen als krank zu bezeichnen. Ein Arzt geht verständlicherweise eher das Risiko ein, einen im medizinischen Sinn Gesunden arbeitsunfähig zu schreiben, als jemanden für arbeitsfähig zu erklären, obwohl er im medizinischen Sinne krank ist, falls eine absolut sichere Diagnose etwa aus Zeitmangel nicht möglich ist, was besonders bei Epidemien mit massenhaften Erkrankungen leicht vorkommen kann.¹⁵⁸ Der sogenannte „Bagatellfall“ (etwa leichte Bronchitis) kann sich zudem schnell anders entwickeln, wenn Komplikationen eintreten (etwa eine Lungenentzündung). Bei der Erstuntersuchung kann oft auch der genialste Arzt nicht sehen, ob es sich um einen Bagatellfall oder den Beginn einer schweren Krankheit handelt. Der Arzt ist deshalb verpflichtet, allen möglichen ungünstigen Verlaufsformen vorzubeugen, indem er die Krankheit zunächst einmal ernst nimmt. Die Diagnose Bagatellfall lässt sich somit oft nicht bei der ersten Untersuchung stellen, da der Verlauf abgewartet werden muss.

Eine weitere Ursache für das fälschliche Ausstellen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann darin liegen, dass dem Arzt häufig keine ausreichenden Informationen über die Ausgestaltung des Arbeitsplatzes und die daraus resultierenden Anforderungen an den Arbeitnehmer vorliegen.¹⁵⁹ Hinzu kommt, dass

¹⁵⁶ vgl. Hunold, BB 1989, 845.

¹⁵⁷ Rühle, BB 1989, 2046.

¹⁵⁸ so auch Kellner DB 1975, 1124 (1125).

¹⁵⁹ vgl. Schmitt, ZTR 1990, 223 (224).

zahlreiche Ärzte nicht über ausreichende arbeitsmedizinische Kenntnisse verfügen.¹⁶⁰ Die rechtlich zwingende Arbeitsplatzbezogenheit einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung setzt jedoch voraus, dass der behandelnde und attestierende Arzt, falls das Leiden keine absolute Bettruhe oder ähnliches erfordert, den konkreten Arbeitsplatz samt Anforderungsprofil des jeweiligen Arbeitnehmers kennt. Der Arzt muss somit die tatsächlichen Arbeitsverpflichtungen des Arbeitnehmers kennen, zu denen dieser aufgrund des Arbeitsvertrages verpflichtet ist. Er muss die genauen körperlichen und geistigen Anforderungen, die an den Arbeitnehmer bei der Erfüllung dieser Arbeitsleistung gestellt werden auch kennen, um beurteilen zu können, ob ein Fortsetzen der bisher ausgeübten Tätigkeit Ursache für ein Verschlimmern des Leidens sein kann.

All diese Kenntnisse sind erforderlich, damit ein Arzt bei der diagnostizierten Krankheit auch auf die sich daraus ergebende Arbeitsunfähigkeit schließen kann. Arbeitsplatzbesichtigungen sind jedoch aus zeitlichen und finanziellen Gründen kaum praktikabel, so dass der Arzt auf die Angaben des Betroffenen angewiesen ist, worin eine weitere Fehlerquelle liegt. Es besteht Anlass, davon auszugehen, dass jedenfalls eine repräsentative Anzahl der Ärzte beim Attestieren von Arbeitsunfähigkeit nichts Genaueres über die konkret anzusetzenden Belastungsfaktoren weiß. Die Schwierigkeiten, solches Wissen verlässlich zu gewinnen und unter dem Zeitdruck eines laufenden Praxisbetriebs umzusetzen, erschweren die Diagnosesituation zusätzlich. Einige Betriebe sind deshalb dazu übergegangen, Ärzte durch Briefaktionen und Arztgespräche über die Höhe des betrieblichen Krankenstandes zu informieren und sie vereinzelt auch - trotz der bereits oben angesprochenen zeitlichen und finanziellen Aufwendungen - zu Betriebsbesichtigungen einzuladen, um sie über die im Betrieb gegebenen Arbeitsbedingungen zu unterrichten.¹⁶¹ Die Erfolgsaussichten dieser Maßnahmen sind meines Erachtens jedoch als gering anzusehen, da der Arzt dadurch allenfalls einen groben Überblick über die allgemeinen Arbeitsbedingungen im Betrieb erlangen wird. Effektiver wäre es, die arbeitsmedizinische Ausbildung von Ärzten zu intensivieren.¹⁶² Jedenfalls kann aus den geschilderten Gründen fest-

¹⁶⁰ vgl. Naendrup, ZfA 1984, 383 (394).

¹⁶¹ vgl. Fick S. 122 m.w.N.

¹⁶² vgl. Naendrup, ZfA 1984, 383 (402).

gestellt werden, dass aufgrund mangelnder Kenntnis der Ärzte von den Bedingungen am Arbeitsplatz die Wahrscheinlichkeit hoch ist, dass es zu ungerechtfertigt ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kommt.

Die Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hängt in diesem Bereich augenscheinlich wesentlich von den Angaben des Arbeitnehmers (der über spezielles Wissen, was die Anforderungen an seinem Arbeitsplatz anbelangt verfügt) und dessen Krankheitsempfinden ab. Es kann davon ausgegangen werden, dass durch die Darstellung der arbeitsplatzbezogenen Anforderungen durch den Arbeitnehmer die Neigung des Arztes, eine Krankschreibung vorzunehmen, beeinflusst werden kann.¹⁶³ Da bezüglich der Arbeitsanforderungen in der Regel exklusives Wissen des Arbeitnehmers vorliegt, sind die damit verbundenen Steuerungsmöglichkeiten nicht als unbedeutend einzustufen.

Als Fazit lässt sich für diesen Abschnitt festhalten, dass „die Attestierung der Arbeitsunfähigkeit letztendlich als das Ergebnis eines Verständigungsprozesses zwischen Arzt und Patient innerhalb eines gewissen Ermessensspielraumes anzusehen ist.“¹⁶⁴

V. Der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit

Der folgende Abschnitt greift unter anderem die rechtliche Regulierung der Krankmeldung durch die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auf. Um den Entgeltfortzahlungsanspruch geltend machen zu können, hat der Arbeitnehmer verschiedene Nebenpflichten zu erfüllen. Dazu gehören auch bestimmte Mitteilungspflichten des Arbeitnehmers. Dabei ist zwischen der Anzeige- und Nachweispflicht des Arbeitnehmers zu unterscheiden.

Ein wesentliches Ziel der Neuregelung des Entgeltfortzahlungsrechts im Jahre 1994 war es, einer missbräuchlichen Inanspruchnahme der Entgeltfortzahlung entgegenzuwirken. Laut der Begründung des Entwurfs zum Entgeltfortzahlungsgesetz sollte dieser Zweck unter anderem mit einer Verschärfung der An-

¹⁶³ Eich, BB 1988, 197 (202); Naendrup, ZfA 1984, 383 (394).

¹⁶⁴ so Fick, S. 9 m.w.N.

zeige- und Nachweispflichten erreicht werden.¹⁶⁵ Zur Verwirklichung dieses Zieles enthält § 5 EFZG verschiedene Regelungen. Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG besteht für den Arbeitnehmer die Pflicht, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit anzuzeigen. Ab einer gewissen Dauer der Arbeitsunfähigkeit normiert § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG die Pflicht des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen, wobei dem Arbeitgeber gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG das Recht eingeräumt wird, die Vorlage dieser Bescheinigung von einem früheren Zeitpunkt an zu verlangen. Bei Überschreitung der angegebenen Dauer der Arbeitsunfähigkeit hat der Arbeitnehmer gemäß § 5 Abs. 1 S. 4 EFZG eine Folgebescheinigung vorzulegen. Schließlich werden zusätzliche inhaltliche Anforderungen an die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gestellt, wenn der Arbeitnehmer Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse ist (§ 5 Abs. 1 S. 5 EFZG). § 5 Abs. 2 EFZG modifiziert zum Teil die in Abs. 1 geregelten Pflichten bei einer Erkrankung.

1. Die Anzeigepflicht gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG

Alle Arbeitnehmer sind nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, möglichst frühzeitig über die Arbeitsunfähigkeit unterrichtet zu werden. Dadurch erhält er die Möglichkeit, die durch den Ausfall des Arbeitnehmers notwendig werdenden betrieblichen Dispositionen zu treffen. Im Hinblick auf diesen Zweck ist eine Anzeige in den Fällen nicht erforderlich, in denen der Arbeitgeber bereits anderweitig von der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers Kenntnis erlangt hat, etwa wenn der Arbeitnehmer einen Betriebsunfall erlitten hat, von dem der Arbeitgeber erfahren hat.¹⁶⁶

Die Anzeige hat unverzüglich gegenüber dem Arbeitgeber zu erfolgen. Gemäß § 121 Abs. 1 BGB bedeutet unverzüglich „ohne schuldhaftes Zögern.“ Die Anzeige hat demnach so schnell zu erfolgen, wie dem Arbeitnehmer dies möglich und zumutbar ist. Daraus folgt, dass eine briefliche Anzeige angesichts der

¹⁶⁵ BT-Drucks. 12/5263, S. 13/14.

¹⁶⁶ vgl. Schaub, § 98 V, Rn. 120.

Postlaufzeit eine verschuldete Verspätung bedeuten kann.¹⁶⁷ Gefordert ist die unverzügliche mündliche, telefonische, telegrafische Mitteilung beziehungsweise eine Mitteilung per Fax oder Email. Die Mitteilung kann auch durch Angehörige oder Arbeitskollegen erfolgen.¹⁶⁸ Erkrankt der Arbeitnehmer in einer Zeit, in der das Arbeitsverhältnis ruht, und zeichnet sich ab, dass die Arbeitsunfähigkeit auch noch am Tag der vorgesehen Arbeitsaufnahme andauert, so hat der Arbeitnehmer schon vor diesem Zeitpunkt und nicht erst am Tag der Arbeitsaufnahme dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen.¹⁶⁹ Für die Anzeige ist keine besondere Form vorgeschrieben. Das Gesetz verlangt lediglich die Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und deren voraussichtliche Dauer.

Angaben über Art und Ursache der Erkrankung sind wegen des besonderen Schutzes der Privatsphäre des Arbeitnehmers und seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung grundsätzlich nicht erforderlich. Fraglich ist jedoch, ob der Arbeitnehmer in Ausnahmefällen nicht doch verpflichtet sein kann, dem Arbeitgeber die Art seiner Erkrankung bekannt zu geben. Eine solche Informationspflicht des Arbeitnehmers kann aufgrund der Treuepflicht des Arbeitnehmers (§ 242 BGB) bestehen, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis des Befundes hat, welches das Interesse des Arbeitnehmers auf Nichtpreisgabe des Krankheitsbefundes überwiegt.

Ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Art der Erkrankung und damit eine Verpflichtung des Arbeitnehmers diese mitzuteilen wird in der arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung überwiegend in drei Fällen angenommen: Der Arbeitnehmer soll dann zur Mitteilung des Befundes verpflichtet sein, wenn er unter einer ansteckenden Krankheit leidet,¹⁷⁰ eine Fortsetzungserkrankung vorliegt¹⁷¹ oder ein Dritter die Arbeitsunfähigkeit zu vertreten hat.¹⁷² Demgegen-

¹⁶⁷ vgl. Schaub, § 98 V Rn. 121.

¹⁶⁸ vgl. Schaub, § 98 V Rn. 121.

¹⁶⁹ Wozalla/Süllwald, EFZG, § 5 Rn. 11 f.

¹⁷⁰ LAG Berlin, Urteil vom 27.11.1989, DB 1990, 1621; Schaub, § 98 V Rn. 122; Schmitt, EFZG, § 5, Rn. 23.

¹⁷¹ LAG Berlin, Urteil vom 27.11.1989 a.a.O.; Lepke, NZA 1995, 1084 (1085).

¹⁷² Schaub, § 98 V Rn. 122; Wozalla, NZA 1996, 61 (62).

über lehnt Brecht eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, die Krankheitsursache mitzuteilen, in jedem Fall ab.¹⁷³

Meines Erachtens ist nach den Fallkonstellationen zu differenzieren. Das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers muss ausnahmsweise dann zurücktreten, wenn die Art der Erkrankung besondere Maßnahmen des Arbeitgebers erforderlich macht, um die körperliche Integrität anderer Mitarbeiter sicherzustellen (etwa bei ansteckenden Krankheiten).¹⁷⁴

Demgegenüber besteht meines Erachtens keine Pflicht des Arbeitnehmers zur Mitteilung der Art und Ursache der Erkrankung im Falle einer Fortsetzungserkrankung.¹⁷⁵ Insoweit wird dem Interesse des Arbeitnehmers durch einen entsprechenden Auskunftsanspruch gegenüber der Krankenkasse ausreichend Rechnung getragen. Die Krankenkasse kennt wegen § 295 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V den Krankheitsbefund. Die Krankenkasse darf dem Arbeitgeber jedoch nur mitteilen, dass es sich um dieselbe Krankheit handelt. Ein Anspruch gegen die Krankenkasse des Arbeitnehmers auf Mitteilung der Diagnose ist wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Privatsphäre des Arbeitnehmers abzulehnen.¹⁷⁶

Wiederum anders zu beurteilen sind die Fälle, in denen ein Dritter die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers herbeigeführt hat. Nach § 6 Abs. 1 EFZG geht der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Schädiger auf Schadensersatz wegen des Verdienstausfalles kraft Gesetzes auf den Arbeitgeber über, soweit er dem Arbeitnehmer Entgeltfortzahlung leistet. Gemäß § 6 Abs. 2 EFZG hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber unverzüglich die zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches erforderlichen Angaben zu machen. Der Arbeitnehmer muss dem Arbeitgeber das Schadensereignis, die Schadensursache, den

¹⁷³ Brecht, Entgeltfortzahlung, § 5 Rn. 12, 16.

¹⁷⁴ Weiland, BB 1979, 1096 (1100); Kunz/Wedde, EFZR, § 5 Rn. 20.

¹⁷⁵ so auch Weiland a.a.O., a.A.: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 98 V Rn. 122, Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 5 Rn. 21.

¹⁷⁶ so auch Weiland, BB 1979, 1096 (1099 f.).

Namen und die Anschrift des Schädigers und etwaiger Zeugen mitteilen.¹⁷⁷ Der Arbeitgeber muss des weiteren bei der Verfolgung seines Anspruchs gegen den Schädiger nachweisen können, dass dessen Schädigungshandlung nicht nur die Gesundheitsschädigung, sondern gerade auch die Arbeitsunfähigkeit seines Arbeitnehmers herbeigeführt hat. Dies ist ihm aber nur möglich, wenn er die Krankheitsursache kennt. Aus diesem Grunde besteht auch ein Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Bekanntgabe der Art der Erkrankung. Dieser Anspruch ergibt sich jedoch aus § 6 Abs. 2 EFZG und nicht bereits aus der Anzeigepflicht gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG.¹⁷⁸ Da beide Verpflichtungen jedoch „unverzüglich“, das heißt „ohne schuldhaftes Zögern“ erfüllt werden müssen,¹⁷⁹ wird ihnen in aller Regel gemeinsam nachzugehen sein.

Die Anzeige der Arbeitsunfähigkeit muss auch die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit umfassen. In diesem Stadium ist eine Selbstdiagnose des Arbeitnehmers ausreichend, da diese Informationspflicht nur den Zweck hat, den Arbeitgeber frühestmöglich über die voraussichtliche Dauer der Abwesenheit zu informieren,¹⁸⁰ damit er Dispositionen treffen kann. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als der Arbeitnehmer zunächst vermutet und dem Arbeitgeber angezeigt hat, hat der Arbeitnehmer die nunmehrige voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit unverzüglich mitzuteilen.

2. Die Nachweispflicht gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG

2.1. Einführung

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, besteht für den Arbeitnehmer gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG die Pflicht, seine Arbeitsunfähigkeit durch eine ärztliche Bescheinigung nachzuweisen. Eine solche Bescheinigung muss die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer enthalten. Weiterhin ist darin die unverzügliche Unterrichtung der Krankenkasse zu vermerken (§ 5 Abs. 1 S. 5 EFZG). Der Zweck dieser Regelung

¹⁷⁷ Schmitt, EFZG, § 6 Rn. 55; Helml, Entgeltfortzahlungsgesetz, § 6 Rn. 20.

¹⁷⁸ vgl. Angel, S. 99.

¹⁷⁹ vgl. Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 6 Rn. 35.

¹⁸⁰ BAG, Urteil vom 31.08.1989, DB 1990, 790.

besteht laut Begründung des Gesetzentwurfs¹⁸¹ in der Missbrauchsbekämpfung. Durch die Mitteilung werden die Kassen in die Lage versetzt, ihrer in § 275 Abs. 1, 1 a SGB V niedergelegten Verpflichtung nachzukommen, einer missbräuchlichen Inanspruchnahme der Entgeltfortzahlung mit Hilfe von Überprüfungen der Arbeitsunfähigkeit durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen entgegenzuwirken.

Der Nachweis ist entbehrlich, wenn die Arbeitsunfähigkeit unstreitig ist.¹⁸²

Die Nachweispflicht dient - ähnlich der Anzeigepflicht - vornehmlich dem Interesse des Arbeitgebers, der ein berechtigtes Interesse daran hat, durch ärztliches Attest zu erfahren, mit welcher Arbeitsunfähigkeitsdauer zu rechnen ist, damit er die entsprechenden Dispositionen treffen kann. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer einen Entgeltfortzahlungsanspruch geltend machen kann oder will.¹⁸³

Da § 5 Abs. 1 EFZG dem Arbeitnehmer die Verpflichtung auferlegt, die Arbeitsunfähigkeit anzuzeigen und eine entsprechende Bescheinigung beizubringen, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer sowohl die Kosten der Anzeige als auch des Nachweises der Arbeitsunfähigkeit zu tragen hat.¹⁸⁴ Ist der Arbeitnehmer jedoch in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert, übernimmt die Krankenkasse die Kosten der Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, wenn ein Kassenarzt in Anspruch genommen wird (§ 73 Abs. 2 Nr. 9 SGB V).

2.2. Grundsätzliche Vorlagepflicht bei Kurzerkrankungen?

Nach der bis zum 31. Mai 1994 geltenden Rechtslage wurde nicht nach der Dauer der Erkrankung differenziert. Unabhängig von der Krankheitsdauer waren Arbeiter nach § 3 Abs. 1 S. 1 LFZG verpflichtet, ihrer Arbeitsunfähigkeit durch eine ärztliche Bescheinigung nachzuweisen. Fraglich ist nun, ob durch

¹⁸¹ BT-Drucks. 12/5263, S. 14.

¹⁸² BAG, Urteil vom 12.06.1996, NJW 1997, 962.

¹⁸³ Bauer/Lingemann, BB 1996, Beilage 17, S. 8 (9) für die Anzeige- und Vorlagepflicht während der Wartezeit gemäß § 3 Abs. 3 EFZG.

¹⁸⁴ MüKo-Schaub, § 616 BGB Rn. 142, 153 ff.; Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 5 Rn. 80 ff.; Schmitt, EFZG, § 5 Rn. 79.

die Neuregelung in § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG die Anforderungen an die Nachweispflicht für Kurzerkrankungen, also für Erkrankungen, die nicht länger als drei Tage dauern, geändert wurden.

Berenz¹⁸⁵ vertritt die Auffassung, der Arbeitnehmer sei auch nach der gesetzlichen Neuregelung gehalten, bei Kurzerkrankungen von ein bis drei Tagen eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Nach seiner Ansicht ist in § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG lediglich eine Regelung zu erblicken, die den Zeitpunkt bestimmt, zu dem der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung spätestens vorzulegen hat. § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG regelt hiernach nur die Vorlage-, nicht jedoch die Nachweispflicht.

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Schon nach dem Wortlaut ist eine länger als drei Tage dauernde Erkrankung eindeutig Tatbestandsmerkmal für die Vorlageverpflichtung („Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage..“). Anders würde auch die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG (vorzeitiges Vorlageverlangen) keinen Sinn machen. Dieses Ergebnis wird des Weiteren durch die Gesetzesmaterialien bestätigt. Der erste Entwurf des Gesetzes lautete:¹⁸⁶ „Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen und eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit ab dem ersten Kalendertag sowie deren voraussichtliche Dauer unverzüglich vorzulegen.“ Der Gesetzentwurf sah also ursprünglich eine Nachweispflicht für alle Arbeitnehmergruppen unabhängig von der Dauer der Erkrankung vor. Auf Vorschlag des Arbeits- und Sozialausschusses¹⁸⁷ wurde jedoch auf eine Nachweispflicht für Kurzerkrankungen verzichtet. Die gesetzliche Neuregelung sollte einer Kostensteigerung durch eine Zunahme ärztlicher Untersuchungen bei den Krankenkassen entgegenwirken.¹⁸⁸ Deshalb wurde – um die kostenträchtige Konsultation von Ärzten wegen Bagatellerkrankungen einzuschränken – die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auf Fälle eingeschränkt, in denen die Ar-

¹⁸⁵ DB 1995, 2166 (2170).

¹⁸⁶ BT-Drucks. 12/5263, S. 4 (Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und F.D.P. v. 24.06.1993).

¹⁸⁷ BT-Drucks. 12/5798, S. 26 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit- und Sozialordnung v. 29.09.1993).

¹⁸⁸ BT-Drucks. 12/5798, S. 26.

beitsunfähigkeit länger als drei Tage dauert. Um gleichwohl eine gezielte Missbrauchsbekämpfung durchführen zu können, wurde statt dessen die flexiblere Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG eingeführt, wonach dem Arbeitgeber das Recht eingeräumt wird, die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung auch früher zu verlangen. Die Annahme einer allgemeinen Nachweispflicht bei Kurzerkrankungen stünde im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers und kann daher nicht begründet werden.

2.3. Vorlagepflicht bei einer über drei Tage dauernden Arbeitsunfähigkeit

Bei der Berechnung des Drei-Tages-Zeitraums ist der Tag des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit mitzurechnen.¹⁸⁹

Nach der Gesetzesformulierung wäre an sich erst der fünfte Arbeitsunfähigkeitstag der Vorlagetag. Denn „länger als drei Kalendertage“ dauert die Krankheit erst am vierten, und der „ darauffolgende“ Tag ist der fünfte.¹⁹⁰ Demgegenüber heißt es in der amtlichen Gesetzesbegründung ausdrücklich, dass der Arbeitnehmer verpflichtet ist, am vierten Krankheitstag eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit vorzulegen.¹⁹¹ Man wird deshalb von einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers ausgehen müssen und die Vorschrift so zu verstehen haben, dass die Vorlagepflicht bereits am vierten Tag besteht.¹⁹²

Mit Arbeitstag i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG kann nur ein solcher Tag gemeint sein, an dem in dem Betrieb gearbeitet wird.¹⁹³ Somit verlängert sich die Frist zur Vorlage, wenn der vierte Kalendertag ein arbeitsfreier Samstag, ein Sonntag oder ein gesetzlicher Feiertag ist.

2.4. Nachweistage

Das Gesetz beantwortet in § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG nicht die Frage, für welche

¹⁸⁹ Diller, NZW 1994, 1690 (1691); Hanau/Kramer, DB 1995, 94 (95); Preis, Arbeitsrecht, § 46, S. 470; a.A.: Müller/Berenz, EFZG, Rn. 7; Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 5 Rn. 30.

¹⁹⁰ Diller, NJW 1994, 1690 (1691); Schmitt, RdA 1996, 5 (11).

¹⁹¹ BT-Drucks. 12/5798, S. 21 und 24.

¹⁹² vgl. auch Stückmann, NZS 1994, 529 (530).

¹⁹³ Gola, BB 1995, 2318 (2320).

Krankheitstage eine ärztliche Bescheinigung eingereicht werden muss. Anders als § 3 Abs. 1 S. 1 LFG, der durch die Formulierung „nachreichen“ klarstellte, dass auch der erste Krankheitstag durch eine ärztliche Bescheinigung belegt werden musste, enthält § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG eine solche Formulierung nicht. Man könnte somit diese Regelung so verstehen, dass der Arbeitnehmer nur die Tage nach den ersten drei Krankheitstagen durch ein ärztliches Attest nachzuweisen hat.¹⁹⁴

Meines Erachtens muss auch bereits der erste Krankheitstag durch ein ärztliches Attest belegt werden. Hierfür spricht bereits die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Ursprünglich war für das Entgeltfortzahlungsgesetz von 1994 eine Nachweispflicht ab dem ersten Krankheitstag vorgesehen.¹⁹⁵ Aufgrund der erwarteten Kostenexplosion im Gesundheitswesen wurde dann jedoch von der generellen Nachweispflicht abgesehen und die drei ersten Krankheitstage wurden aus der Regelung des § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG herausgenommen.¹⁹⁶ Hinsichtlich der Rechtslage für Erkrankungen von über drei Kalendertagen sollte hingegen keine Änderung eintreten. Weiterhin spricht der Zweck der Regelung - die Verschärfung der Nachweispflicht - für eine Nachweispflicht ab dem ersten Krankheitstag. Eine solche Auslegung verschafft der Vorschrift den größten Wirkungsgrad.¹⁹⁷

Die Vorschrift begründet daher eine allgemeine Nachweispflicht, das heißt sofern die Erkrankung über drei Kalendertage andauert, müssen sämtliche Krankheitstage vom Arbeitnehmer nachgewiesen werden.

2.5. Die Form der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bedarf der Schriftform. In § 5 Abs. 1 S. 2 bis 5 EFZG wird ausdrücklich von einer „Bescheinigung“ gesprochen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist darunter etwas Gegenständliches zu ver-

¹⁹⁴ so wohl Worzalla, NZA 1996, 61 (63).

¹⁹⁵ BT-Drucks. 12/5263, S. 4 (Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und FDP vom 24.06.1993); vgl. auch oben S. 53.

¹⁹⁶ BT-Drucks. 12/5798, S. 26 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 29.09.1993).

¹⁹⁷ so auch Harth, S. 150.

stehen.¹⁹⁸ Die lediglich mündliche oder telefonische Erklärung des Arztes gegenüber dem Arbeitgeber, dass der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist, reicht nicht aus.¹⁹⁹

Die Kassen-/ Vertragsärzte müssen für die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung Vordrucke (Muster Nr. 1) benutzen.²⁰⁰

Für die Frage der Ordnungsmäßigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung spielt die Verwendung der Vordrucke jedoch keine Rolle.²⁰¹ Durch die Bundesmanteltarifverträge sind zwar die Kassenärzte, nicht jedoch die Arbeitnehmer als deren Patienten gebunden. Die Benutzung bestimmter Vordrucke ist deshalb für den Entgeltfortzahlungsanspruch nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz nicht zwingend, sofern die erforderlichen Angaben (Name des Arbeitnehmers, Tatsache der Arbeitsunfähigkeit, voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit, Vermerk über Mitteilung der Krankenkasse) auf einem formlosen Schriftstück enthalten sind.²⁰²

2.6. Der Begriff des ausstellenden Arztes

Aussteller kann nur der behandelnde Arzt sein. § 2 a BÄO bestimmt in Verbindung mit der Approbationsordnung für Ärzte, dass nur derjenige befugt ist, die Bezeichnung „Arzt“ zu tragen, der eine Approbation als Arzt oder eine Berechtigung zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufes nach § 2 Abs. 2 bis 4 BÄO vorweisen kann. Die Bescheinigung eines Heilpraktikers ist nicht ausreichend.²⁰³ Die Pflichten des Arztes bei der Erteilung der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sind in den Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien²⁰⁴ und in § 31 BMV-Ä²⁰⁵ geregelt. Diese Regelungen sind für die Kassenärzte aufgrund des § 81 Abs. 3 Nr. 2 SGB V verbindlich.

¹⁹⁸ vgl. Kleinebrink, S. 10.

¹⁹⁹ Brill, DOK 1971, 625.

²⁰⁰ vgl. Ziff. 13 AU-Richtlinien.

²⁰¹ Vossen, Entgeltfortzahlung, Rn. 291.

²⁰² Wedde/Gerntke/Kunz/Platow, EFZG, § 5 Rn. 29; Schmitt, EFZG, § 5 Rn. 75.

²⁰³ vgl. Feichtinger, AR-Blattei SD, 1000.2 Rn. 61; Lepke, NZA 1995, 1084(1085).

²⁰⁴ vgl. oben S. 41/42.

²⁰⁵ vgl. oben S. 40/41.

Der krankenversicherungspflichtige Arbeitnehmer kann jedoch auch einen Nicht-Kassenarzt konsultieren.²⁰⁶ Dies ergibt sich bereits daraus, dass das Entgeltfortzahlungsgesetz keine Begrenzung auf Kassenärzte vorsieht, sondern lediglich von einer ärztlichen Bescheinigung spricht. In der Wahl des Arztes, der ihn untersucht, behandelt und der ihm krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, ist der Arbeitnehmer deshalb frei. Der Sinn und Zweck einer ärztlichen Bescheinigung wird unabhängig davon gewährleistet, ob es sich bei dem behandelnden Arzt um einen Kassenarzt oder um einen Nicht-Kassenarzt handelt. Die Einrichtung des Kassenarztes soll nicht dazu dienen, die Zuverlässigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu verbessern.²⁰⁷ Der Arbeitnehmer kann nicht dazu gezwungen werden, einen bestimmten Arzt oder eine bestimmte Art von Ärzten aufzusuchen, welcher ihn untersucht und dann die Arbeitsunfähigkeit bestätigt. Dieser Grundsatz der freien Arztwahl, der in Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 GG wurzelt, findet auch im Sozialrecht in § 76 SGB V seine Entsprechung, indem allen Patienten prinzipiell die Möglichkeit eingeräumt wird, zwischen allen Ärzten frei zu wählen.²⁰⁸ Sofern er einen Nicht-Kassenarzt aufsucht, muss er lediglich mit finanziellen Nachteilen rechnen. Folglich ist auch eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die ein Nicht-Kassenarzt ausfüllt, ordnungsgemäß im Sinne des EFZG.

§ 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG enthält jedoch noch weitere Anforderungen hinsichtlich der Person des Ausstellers der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Der Aussteller muss nicht nur Arzt sein, sondern er muss zudem auch der behandelnde Arzt sein. Teilweise wird hierfür gefordert, dass der Arzt den Arbeitnehmer untersucht beziehungsweise eine Diagnose gestellt hat.²⁰⁹ Entscheidend ist meines Erachtens jedoch allein, dass der Arbeitnehmer Patient des Arztes ist. Selbst wenn der Arzt den Arbeitnehmer nicht untersucht hat, ist er behandelnder Arzt i.S.d § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG.²¹⁰

²⁰⁶ vgl. Boecken, NZA 1999, 673 (679).

²⁰⁷ Fleischer, S. 94.

²⁰⁸ Darauf wird später noch genauer einzugehen sein.

²⁰⁹ vgl. Barwasser, DB 1976, 1332(1334); Weiland, BB 1979, 1096(1097); Lambeck, NZA 1990, 88(89)

²¹⁰ so auch Kleinebrink, S. 16.

2.7. Zusätzliche Erfordernisse

Es bleibt zu erörtern, welche Voraussetzungen neben den in § 5 EFZG ausdrücklich genannten zusätzlich erforderlich sind, um von einer ordnungsgemäßen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Sinne des § 5 EFZG sprechen zu können. Eine zusätzliche Anforderung könnte dann existieren, wenn der mit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verfolgte Sinn und Zweck ansonsten nicht erfüllt würde.

Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist die Erfüllung der Bestätigungs- und der Nachweisfunktion. Die Bestätigungsfunktion wird dadurch erfüllt, dass der Arbeitgeber darüber informiert wird, dass ein Arzt die Tatsache und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit festgestellt hat. Die Nachweisfunktion soll dem Arbeitgeber hingegen bestätigen, dass der Arbeitnehmer seinem Arbeitsplatz berechtigterweise ferngeblieben ist und er somit einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat.

2.7.1. Angaben über den Befund

Die Bescheinigung, die der behandelnde Arzt gemäß § 5 Abs. 1 Satz 5 EFZG der gesetzlichen Krankenkasse vorzulegen hat, enthält auch Angaben über den Befund. Fraglich ist jedoch, wie es sich mit der dem Arbeitgeber vorzulegenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verhält.

Die Bedeutung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hängt wesentlich von der Beantwortung dieser Frage ab. Das Ergebnis entscheidet darüber, inwieweit die Arbeitsunfähigkeit vom Arbeitgeber überprüft werden kann und der Arbeitnehmer Gefahr läuft, eines Missbrauchs überführt zu werden. Ein größtmöglicher Schutz für den Arbeitgeber wäre gewährleistet, wenn sich aus der Bescheinigung Einzelheiten zur Untersuchung und zur Diagnose ergeben würden. Wenn diese aus der Bescheinigung ersichtlich wären, könnte der Arbeitgeber leichter erkennen, ob die Arbeitsunfähigkeit zu Recht bescheinigt wurde, als wenn lediglich das Wort „Arbeitsunfähigkeit“ in der Bescheinigung aufgeführt ist.

Fraglich ist, ob die Nachweisfunktion der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nur mit der Aufnahme der ärztlichen Diagnose erfüllt werden kann. Hierbei sind durchaus Fallkonstellationen denkbar, in denen die Gewährleistung der Nachweisfunktion die Mitteilung der ärztlichen Diagnose erfordert, wenn sich anders nicht feststellen lässt, ob der Arbeitnehmer berechtigterweise seinem Arbeitsplatz ohne Verlust der Arbeitsvergütung fernbleibt.

Das Erfordernis der Angabe der Diagnose in der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung könnte aber gegen das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verstoßen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das heißt der Einzelne besitzt grundsätzlich die Entscheidungsbezugnis, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.²¹¹ Dieser Schutz ist umso stärker, je intimer der betreffende Bereich ist. Der Gesundheitszustand einer Person zählt zu den persönlichsten und intimsten Angelegenheiten eines Menschen, so dass die Mitteilung der Diagnose in dieses durch das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG geschützte Recht eingreifen würde.

Eine Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist jedoch dann möglich, wenn Rechte Dritter tangiert werden. Dem Recht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung steht das Recht des Arbeitgebers gegenüber, nur in berechtigten Fällen das Entgelt seiner Arbeitnehmer fortzahlen zu müssen. Bei einem derartigen Konflikt ist im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung zu ermitteln, welchem Schutzgut das höhere Gewicht beizumessen ist.

Meines Erachtens würde eine generelle Aufnahme der Diagnose in die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einen unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers darstellen. Hierbei ist auch zu bedenken, dass viele Erkrankungen dem Arbeitnehmer auch peinlich sein können

²¹¹ BVerfGE 65, 1 ff.

(etwa bei psychischen Problemen) und er dann ein berechtigtes Interesse daran hat, dass die Art und Ursache der Erkrankung dem Arbeitgeber nicht mitgeteilt wird. Allerdings kann sich in Einzelfällen ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergeben. Ein solch überwiegendes Interesse kann beispielsweise darin begründet liegen, dass der Arbeitgeber organisatorische Maßnahmen zu ergreifen hat, um den Schutz des arbeitsunfähigen Arbeitnehmers, der übrigen Arbeitnehmer oder der Kunden sicherzustellen.²¹²

Müsste die Diagnose jedoch stets aus der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hervorgehen, würde diese gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verstoßen. Die Zugrundelegung dieser Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist folglich nicht zulässig, so dass der Arbeitgeber der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung grundsätzlich keine Hinweise auf die Art und die Ursache der Erkrankung entnehmen kann. Ein Arzt, der dieses Schutzrecht seines Patienten nicht beachtet, verletzt seine Schweigepflicht und macht sich nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar.²¹³ Eine Übermittlung dieser Informationen darf nur bei einer ausdrücklichen Einwilligung des Arbeitnehmers erfolgen.

Dieses Ergebnis entspricht auch der Wertung des Gesetzes. Indem § 5 Abs. 1 S. 5 EFZG explizit festlegt, dass dem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung eine Bescheinigung zu übersenden ist, die auch Angaben über den Befund enthalten muss, zeigt sich, dass der Gesetzgeber die Diagnose als möglichen Bestandteil einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ansieht. Er hat sich jedoch durch die Nichtaufnahme dieser Anforderung in § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG ganz bewusst gegen die Angabe der ärztlichen Diagnose entschieden.²¹⁴

Für den Arbeitgeber resultiert hieraus die Schwierigkeit, dass er kaum feststellen kann, ob der Arbeitnehmer berechtigterweise der Arbeit ferngeblieben ist. Zweifel werden sich dadurch wenn, dann meist nur durch einen Zufall ergeben oder (sicher auch oft ungerechtfertigterweise) bestehen, wenn der Arbeitneh-

²¹² Brill, DOK 1971, 623 (627); Lepke, DB 1970, 489(494).

²¹³ vgl. Marburger, BB 1987, 1310.

²¹⁴ vgl. auch Fleischer, S. 205.

mer bereits in der Vergangenheit ein auffälliges Krankschreibeverhalten an den Tag gelegt hat.

2.7.2. Einhaltung der Vorschriften der AU-Richtlinien

Ein Teil der Literatur will für die Frage nach der Ordnungsmäßigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zusätzlich berücksichtigen, wie die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zustande gekommen ist. So soll eine ärztliche Bescheinigung nur dann ordnungsgemäß sein, wenn der Arzt die Vorschriften der AU-Richtlinien beziehungsweise § 31 BMV-Ä beachtet hat.²¹⁵

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist meines Erachtens jedoch auch dann als ordnungsgemäß anzusehen, wenn der Arzt gegen die AU-Richtlinien beziehungsweise gegen § 31 BMV-Ä verstoßen hat. § 5 Abs. 1 EFZG verlangt für eine ordnungsgemäße Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung Merkmale, die vom Arbeitgeber überprüft werden können. Eine solche Überprüfung ist dem Arbeitgeber aber bei den Anforderungen, die in den AU-Richtlinien beziehungsweise im Bundesmantelvertrag an den Arzt gestellt werden, nicht möglich. Der Arbeitgeber vermag beispielsweise nicht zu beurteilen, ob der Arzt beim Ausstellen der Bescheinigung die geforderte Sorgfalt hat walten lassen, indem er die Bescheinigung erst nach einer gründlichen Untersuchung des Arbeitnehmers ausgestellt hat.

Des weiteren gelten diese Regelungen nur im Verhältnis Kassenarzt – Krankenkasse.²¹⁶ Aus diesem Grunde kann ihre Befolgung auch nicht für die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber vorzulegen hat, ausschlaggebend sein.

Eine andere Frage ist, inwiefern eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die unter Verstoß gegen die AU-Richtlinien beziehungsweise den Bundesmantelvertrag ausgestellt wurde, prozessual von Bedeutung sein kann.²¹⁷

²¹⁵ Lambeck, NZA 1990, 88 (89)

²¹⁶ so auch Marburger, BB 1988, 557(558).

²¹⁷ Die etwaigen Auswirkungen auf den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Arbeitsgerichtsprozess werden später weiter unten dargestellt.

Somit bleibt festzuhalten, dass auch bei einem Verstoß gegen die AU-Richtlinien und § 31 BMV-Ä eine ordnungsgemäße Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorliegt.

2.7.3. Angaben über die zu verrichtende Tätigkeit

Der Arzt hat bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit die vom Arbeitnehmer konkret geschuldete Tätigkeit zugrunde zu legen.²¹⁸

Aus der Sicht des Arbeitgebers wäre es wünschenswert zu erfahren, welche zu verrichtenden Arbeiten der Arbeitnehmer gegenüber dem Arzt angegeben hat. Auf diese Weise könnte er nachprüfen, ob der Arzt bei der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit von einer richtigen Grundlage ausgegangen ist. Bei einer Divergenz von tatsächlich ausgeübter und angegebener Tätigkeit könnte er dann etwa die Entgeltfortzahlung verweigern, um den Arbeitnehmer zu einer ordnungsgemäßen Angabe seiner Tätigkeit im Rahmen einer Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit zu veranlassen.²¹⁹

So wünschenswert es für den Arbeitgeber erscheinen mag, die vom Arbeitnehmer angegebene Tätigkeit zu kennen, einen Anspruch darauf hat er nicht. Weder die Bestätigungs- noch die Nachweisfunktion der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung lassen eine derartige über die gesetzliche Regelung des § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG hinausgehende Anforderung an eine ordnungsgemäße Bescheinigung als gerechtfertigt erscheinen.

2.7.4. Nennung der angeordneten Verhaltensmaßnahmen

Der Arbeitgeber wird der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung häufig keinen Glauben schenken, weil der angeblich arbeitsunfähige Arbeitnehmer bei einem Verhalten beobachtet wurde, das mit dem wirklichen Vorliegen einer Krankheit nicht vereinbar scheint. Da der Arbeitgeber der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht die Diagnose entnehmen kann, kann er ohne Kenntnis der vom Arzt angeordneten Verhaltensmaßnahmen kaum beurteilen, wie das Verhalten des Arbeitnehmers zu werten ist. Wer arbeitsunfähig krankgeschrieben ist, muss

²¹⁸ vgl. oben S. 27 ff.

²¹⁹ Vgl. Kleinebrink S. 31.

nicht zwangsläufig zu Hause im Bett liegen (es sei denn, der Arzt hat ausdrücklich Bettruhe verordnet). Der arbeitsunfähig Erkrankte kann etwa einkaufen, spazieren gehen oder sich auch sportlich betätigen, solange dies nicht im Widerspruch zu den ärztlich verordneten Verhaltensregeln steht und die Genesung nicht gefährdet oder verzögert.²²⁰

Der Arbeitgeber hat aus diesem Grunde ein Interesse daran, dass die vom Arzt angeordneten Verhaltensregeln in die Bescheinigung aufgenommen werden, um unberechtigten Entgeltfortzahlungsansprüchen begegnen zu können. Auch beim hier erörterten Problembereich (wie bei der möglichen Bekanntgabe der Diagnose) verlangt das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers meines Erachtens jedoch, die denkbare zusätzliche Voraussetzung nicht in die Bescheinigung aufzunehmen, da die vom Arzt aufgegebenen Verhaltensmaßregeln auf das engste mit dem Gesundheitszustand zusammenhängen. Die Interessenabwägung ergibt somit, dass die Bescheinigung keine Angaben über die vom Arzt angeordneten Verhaltensregeln enthalten darf.

2.8. Nachweis- und Vorlagepflicht gemäß § 5 Abs. 1 S. 4 EFZG (Folgebescheinigung)

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Erstbescheinigung angegeben, so ist der Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 S. 4 EFZG verpflichtet, eine erneute ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Diese Pflicht besteht unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer noch einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat oder nicht.

Eine bestimmte Frist, innerhalb der die Folgebescheinigung dem Arbeitgeber vorzulegen ist, sieht das Gesetz nicht vor. Zu diesem Problem werden im Wesentlichen zwei Theorien vertreten. Vertreter der einen Auffassung fordern die Vorlage spätestens zu dem Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer die Arbeit wieder aufnehmen soll.²²¹ Die Gegenansicht wendet auch bei der Folgebescheini-

²²⁰ vgl. ErfK-Dörner, § 5 Rn. 39.

²²¹ Feichtinger, AR-Blattei SD, 1000.2 Rn. 34; Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 5 Rn. 34; Kleinebrink, S. 53 f.

gung die 3-Tage-Frist des § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG an.²²² Dafür soll die Praktikabilität und Rechtssicherheit sprechen.

Der letzten Ansicht ist nicht zu folgen. Entsprechend dem Sinn und Zweck der Regelung – der Arbeitgeber soll möglichst frühzeitig die wegen des fortgesetzten Ausfalls des Arbeitnehmers notwendig werdenden betrieblichen Dispositionen treffen können – hat der Arbeitnehmer die Folgebescheinigung vorzulegen, sobald feststeht, dass die Arbeitsunfähigkeit länger dauert als erwartet und der Arzt ihm dies bescheinigt hat.²²³ Der Arbeitgeber soll mit Hilfe der Folgebescheinigung ebenso wie mit der Erstbescheinigung disponieren können. Dies ist ihm aber nur dann möglich, wenn er sie so schnell wie möglich erhält. Durch eine Analogie zur Vorlagefrist der Erstbescheinigung nach § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG wird dem Sinn und Zweck der Folgebescheinigung nicht genügt.²²⁴

Die in der Folgebescheinigung attestierte Arbeitsunfähigkeit muss sich des weiteren zeitlich unmittelbar an das Ende der in der Erstbescheinigung angegebenen Arbeitsunfähigkeit anschließen und damit die Dauer der Arbeitsunfähigkeit nahtlos nachweisen.

3. Mitteilungs- und Nachweispflichten bei einem Auslandsaufenthalt

3.1. Anzeigepflicht

Hält sich der Arbeitnehmer bei Beginn der Erkrankung im Ausland auf, besteht gegenüber dem Arbeitgeber gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 EFZG eine erweiterte Mitteilungspflicht. Der Arbeitnehmer ist nicht nur verpflichtet, die Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und ihre voraussichtliche Dauer mitzuteilen, sondern er muss zusätzlich Auskunft über die Adresse des ausländischen Aufenthaltsortes erteilen. Dabei hat er den schnellstmöglichen Weg der Übermittlung zu wählen (etwa Telefon, Telefax). Dies muss wegen des Sinns und Zwecks der Anzeige-

²²² Schmitt, EFZG, § 5 Rn. 100; Vossen, Entgeltfortzahlung, Rn. 294 ff. m.w.N.; Lepke, NZA 1995, 1084 (1087).

²²³ Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 5 Rn. 34.

²²⁴ anders BAG, Urteil vom 29.08.1980 Feichtinger, AR-Blattei SD, 1000.2 Rn. 34; Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 5 Rn. 34; Kleinebrink, S. 53 f., DB 1981, 171 zu § 3 LFZG; Lepke, NZA 1995, 1084 (1087).

pflicht auch bei Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit über das zunächst prognostizierte Ende hinaus gelten.²²⁵

Unter „Adresse am Aufenthaltsort“ ist die Anschrift zu verstehen, unter der der Arbeitnehmer während seiner Arbeitsunfähigkeit möglichst rasch erreicht werden kann. Mitzuteilen sind Land, Ort, Straße, Hausnummer, Name des Hotels oder Vermieters und auch die Telefonnummer.²²⁶

Mit der Erweiterung der Anzeigepflicht bei Arbeitsunfähigkeit im Ausland gegenüber früheren Regelungen hat der Gesetzgeber dem Arbeitgeber die Möglichkeit geben wollen, das Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit zu überprüfen beziehungsweise überprüfen zu lassen, wenn er das Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit bezweifelt.²²⁷ Hiermit hat er auf das Paletta I-Urteil²²⁸ des EuGH reagiert, wonach der deutsche Arbeitgeber grundsätzlich an die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des dortigen Krankenversicherungsträgers gebunden sein soll. Bei Zweifeln hat er hiernach nur die Möglichkeit, den Arbeitnehmer am Aufenthaltsort durch einen Arzt seines Vertrauens untersuchen zu lassen.

Der Arbeitgeber hat gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 EFZG die Kosten zu tragen, die bei der Übermittlung der Informationen entstehen.

Ist der Arbeitnehmer Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse, besteht gemäß § 5 Abs. 2 S. 3 EFZG für ihn die Pflicht, auch seine Krankenkasse unverzüglich über seine Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer zu benachrichtigen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als angezeigt, ist er gemäß § 5 Abs. 2 S. 4 EFZG verpflichtet, seiner Krankenkasse die nunmehrige voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen. Durch diese Unterrichtungspflichten erhält die Krankenkasse die Gelegenheit, eventuellen Zweifeln am Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit nachzugehen.²²⁹

²²⁵ Schmitt, EFZG, § 5 Rn. 114.

²²⁶ Berenz, DB 1995, 1462; Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 5 Rn. 60.

²²⁷ BT-Drucks. 12/5798, S. 26.

²²⁸ EuGH, Urteil vom 03.06.1992 in der Rechtssache C-45/90, „Paletta I“, Slg. 1992, I-3423 = NJW 1992, 2687, auf dieses Urteil wird unten noch näher einzugehen sein.

²²⁹ LAG Hannover, Urteil vom 14.05.1996, LAGE Nr. 1 zu § 7 EFZG.

Gemäß § 5 Abs. 2 S. 7 EFZG muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber und auch seiner Krankenkasse unverzüglich seine Rückkehr anzeigen. Dies gilt unabhängig davon, ob er noch arbeitsunfähig ist oder nicht.

3.2 Nachweispflicht

Die allgemeinen Pflichten des Abs. 1 bleiben auch bei einer Erkrankung im Ausland bestehen. Der Arbeitnehmer hat daher, auch wenn die Arbeitsunfähigkeit im Ausland beginnt, gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG spätestens am darauffolgenden Arbeitstag eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen, falls die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage dauert und der Arbeitgeber sie nicht gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG früher verlangt hat.²³⁰

Durch den längeren Postlauf kann es zu Verzögerungen kommen, was bei der Beurteilung des Leistungsverweigerungsrechts des Arbeitgebers gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. EFZG im Rahmen der Verschuldensprüfung nach § 7 Abs. 2 EFZG zu berücksichtigen ist.

Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss aufgrund der in § 5 Abs. 2 S. 3 EFZG normierten Anzeigepflicht gegenüber der Krankenkasse nicht den in § 5 Abs. 1 S. 5 EFZG verlangten Vermerk des behandelnden Arztes enthalten.

3.3. Vereinfachtes Verfahren

Die gesetzlichen Krankenkassen können gemäß § 5 Abs. 2 S. 5 EFZG festlegen, dass die bei ihnen versicherten Arbeitnehmer, die im Ausland erkranken, die in § 5 Abs. 2 S. 3 und 4 EFZG normierten Anzeigepflichten auch gegenüber dem dort ansässigen Sozialversicherungsträger erfüllen können. Dieses sogenannte vereinfachte Verfahren ist entweder in einem zwischenstaatlichen Sozialversicherungsabkommen oder in den EWG-Verordnungen Nr. 1408/71 vom 14. 06.1971²³¹ und Nr. 574/72 vom 21.03.1972²³² geregelt. Hiernach vereinfacht

²³⁰ Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 5 Rn. 36; Schmitt, EFZG, § 5 Rn. 119.

²³¹ abgedruckt in: AbleG 1971 Nr. L 149/2.

²³² abgedruckt in: AbleG 1972 Nr. L 74/8.

chen sich die Pflichten des Arbeitnehmers gegenüber seiner Krankenkasse und dem Arbeitgeber erheblich.

Der krankenversicherte Arbeitnehmer hat sich unverzüglich nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit an den für seinen Aufenthaltsort zuständigen ausländischen Sozialversicherungsträger zu wenden und ihm eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des behandelnden Arztes vorzulegen. Er hat dabei seine Adresse und die Anschrift der Deutschen Krankenkasse anzugeben. Der ausländische Versicherungsträger hat dann seinerseits unverzüglich die deutsche Krankenkasse vom Beginn der Arbeitsunfähigkeit zu unterrichten und ihr die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen. Eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung oder einen Befundbericht erhält die Krankenkasse hingegen üblicherweise nicht.²³³

Die deutsche Krankenkasse setzt dann den Arbeitgeber davon in Kenntnis, dass sich der Arbeitnehmer arbeitsunfähig gemeldet hat.²³⁴ Der Arbeitnehmer ist dann von den Nachweispflichten des § 5 Abs. 1 S. 2 bis S. 3 EFZG befreit. Die Anzeigepflicht des § 5 Abs. 2 S. 1 EFZG bleibt jedoch bestehen.²³⁵

VI. Der Beweiswert der im Inland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

1. Einführung

Kommt es zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Streit über das tatsächliche Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit, dann spielt die vorgelegte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beim Nachweis dieser Arbeitsunfähigkeit eine erhebliche Rolle. Wenn der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung verweigert, etwa weil er Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers hat, kann der Arbeitnehmer sein Gehalt für die Krankheitszeiten nur dann erhalten, wenn er den Arbeit-

²³³ LAG Köln, Urteil vom 04.01.1989, LAGE Nr. 4 zu § 3 LFZG.

²³⁴ LAG Köln, Urteil vom 04.01.1989, LAGE Nr. 4 zu § 3 LFZG Nr. 4; Worzalla/Süllwald, EFZG, § 5 Rn. 95.

²³⁵ Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 5 Rn. 68; Berenz, DB 1995, 1462 (1463).

geber verklagt und ein obsiegenderes Urteil erstreitet. In der Prozesssituation stellen sich die in diesem Abschnitt erläuterten Beweisfragen.

Im Arbeitsrechtsstreit finden die allgemeinen zivilprozessualen Darlegungs- und Beweislastregeln Anwendung (§ 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG). Der Arbeitnehmer muss also die anspruchsbegründenden Tatsachen behaupten und beweisen. Beansprucht der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber trotz Nichterbringung seiner Arbeitsleistung die Fortzahlung des Entgelts, so muss er beweisen, dass er – wie es § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG vorsieht – infolge einer Krankheit arbeitsunfähig war. Hat er gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt, stellt sich im Prozess die Frage welcher Beweiswert dieser zukommt.

Die Möglichkeit des Missbrauchs des Instituts der Entgeltfortzahlung ist eng verbunden mit der Bedeutung dieser Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Mit ihr bescheinigt der Arzt dem Arbeitnehmer dessen Arbeitsverhinderung. Es ist unstrittig, dass derartige Bescheinigungen ausgestellt werden, obwohl der Arbeitnehmer tatsächlich nicht arbeitsunfähig ist.²³⁶ Je größer die Bedeutung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist, desto schwerer wird es sein, einen Missbrauch zu verhindern. Die größte Bedeutung hätte die Bescheinigung, wenn allein ihre Vorlage einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung begründen würde. Der Arbeitgeber wäre dem Urteil des Arztes schutzlos ausgeliefert, da er trotz möglicher Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit Entgeltfortzahlung leisten müsste. Der Arbeitnehmer erhielte auch dann die von ihm beanspruchte Entgeltfortzahlung, wenn er wissentlich den Arzt getäuscht hat.

Am geringsten wäre die Bedeutung der Bescheinigung, wenn ihre Vorlage in einem Verfahren, das die Entgeltfortzahlung zum Streitgegenstand hat, dem Arbeitnehmer keinerlei Vorteile einbrächte, weil er die Tatsachen, die das Tatbestandsmerkmal der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausfüllen, immer substantiiert darlegen und – bei einem Bestreiten des Arbeitgebers – beweisen müsste und ihm die Bescheinigung damit letztendlich auch nicht zur Durchset-

²³⁶ LAG Berlin, Urteil vom 27.05.1991, NZA 1991, 896 (897); LAG München (2. Kammer), Urteil vom 05.04.1991, NZA 1991, 899; Rühle, BB 1989, 2046; Schmitt, ZTR 1990, 223.

zung seines Anspruches dienen würde. Der Arbeitgeber könnte aufgrund des umfassenden Tatsachenvortrags und einer eventuellen Vernehmung des Arztes verhältnismäßig leicht feststellen, ob dieser zu Recht von einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgegangen ist oder ob der Arbeitnehmer möglicherweise versucht hat, das Recht der Entgeltfortzahlung zu missbrauchen. Wie bereits ausgeführt,²³⁷ gibt es mehrere Gründe dafür, dass in einigen Fällen Atteste nicht der Wahrheit entsprechen. Aus diesem Grunde ist der Beweiswert solcher Bescheinigungen bereits generell in Zweifel gezogen worden. Allerdings stellte dies zumindest in der Vergangenheit eher eine Mindermeinung dar.²³⁸

2. Die Rechtsnatur der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist im Prozess als Urkundenbeweis verwertbar.²³⁹ Ihr kommt allerdings nicht die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde im Sinne der §§ 415, 417, 418 ZPO zu, da der behandelnde Arzt regelmäßig keine Amtsperson im Sinne dieser Vorschriften ist.²⁴⁰ Der Arzt wird beim Ausstellen eines Attestes vielmehr nur als Privatperson tätig²⁴¹ und die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist somit lediglich eine Privaturkunde, deren Beweiskraft an sich nicht über den in § 416 ZPO genannten Umfang hinausreicht.

Bliebe es hierbei, wäre die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung lediglich Beweis dafür, dass die in der ärztlichen Bescheinigung abgegebene Erklärung von dem die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellenden Arzt abgegeben wurde. Der Inhalt der Erklärung würde von der Beweiskraft nicht erfasst. Fraglich ist jedoch, ob der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht ein über § 416 ZPO hinausgehender Beweiswert zuerkannt werden muss.

²³⁷ vgl. oben S. 39 ff.

²³⁸ vgl. Reh binder, FS Kitegawa, S. 509 (511 ff.).

²³⁹ LAG Berlin, Urteil vom 27.05.1991, NZA 1991, 896 (897); Kleinebrink S. 99 ff.; a.A.: LAG München, Urteil vom 05. 04. 1991, NZA 1991, 899; Reinecke, DB 1989, 2069 (2070), die den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach den Grundsätzen des Zeugenbeweises behandeln wollen.

²⁴⁰ vgl. LAG Berlin a.a.O.; Borchert, ArbuR 1990, 375.

²⁴¹ Kleinebrink, S. 100.

3. Der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Prozess

Die Frage, welcher Beweiswert einer von dem behandelnden Arzt ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zukommt, wird weder im Entgeltfortzahlungsgesetz noch im Krankenversicherungsrecht geregelt.

Es war lange Zeit weitgehend unstrittig, dass einer ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein hoher Beweiswert zukommt, mit der der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit nachweisen konnte.²⁴² Vor allem das Bundesarbeitsgericht vertrat diese Auffassung in ständiger Rechtsprechung.²⁴³ Noch vor einigen Jahren konnte man lesen, die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung stelle in der Praxis kaum Probleme; es könnten in der rechtlichen Beurteilung und Bewertung kaum ernsthafte Schwierigkeiten entstehen.²⁴⁴ Der Arbeitgeber konnte folglich die im Entgeltfortzahlungsprozess vom Arbeitnehmer unter Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung behauptete Arbeitsunfähigkeit nicht gemäß § 138 IV ZPO mit Nichtwissen bestreiten. Der Arbeitgeber musste vielmehr Umstände darlegen und beweisen, die ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hervorrufen.

Erst aufgrund der Aufsehen erregenden Entscheidung der 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts München vom 09.11.1988²⁴⁵ entbrannte eine heftige Kontroverse über den Umfang des Beweiswertes einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.²⁴⁶ Das Landesarbeitsgericht München wandte sich in dieser Entscheidung explizit gegen die von der absolut herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassung und schrieb der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung keinen nennenswerten Beweiswert zu.²⁴⁷ Allein mit der Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann der Arbeitnehmer hiernach im Entgeltfortzahlungsprozess nicht beweisen, dass er tatsächlich arbeitsunfähig

²⁴² etwa Weiland, BB 1979, 1096; Feichtinger/Pohl, DB 1984, Beilage Nr. 4, S. 1(5).

²⁴³ etwa BAG, Urteil vom 11.08.1976; BAGE 28, 144 (146).

²⁴⁴ Brecht, Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 3 LFZG.

²⁴⁵ LAG München, Urteil vom 09.11.1988, NZA 1989, 597.

²⁴⁶ etwa LAG Hamm vom 12.04.1989, BB 1989, 1270; LAG Köln vom 16.06.1989; BB 1989, 2048; LAG Berlin vom 27.05.1991, NZA 1991, 896.

²⁴⁷ LAG München a.a.O.

krank ist. Das Landesarbeitsgericht argumentierte: *Für die Beurteilung der Richtigkeit von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen gelte die allgemeine Regel des § 286 ZPO, wonach das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden habe, ob es eine tatsächliche Behauptung für wahr halte. Bei der Würdigung des Beweiswertes einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung könne zunächst nicht außer acht gelassen werden, dass Ärzte keine Übermenschen seien, denen in größerem Maße als anderen die Fähigkeit gegeben wäre, unwahre Angaben ihrer Patienten zu durchschauen. Bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit komme hinzu, dass der Arzt – anders als ein Richter im Prozess – in aller Regel keine Veranlassung habe, an der Wahrheit dessen zu zweifeln, was der Patient ihm sage. Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheine es ausgeschlossen, einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einen nennenswerten Beweiswert zuzuerkennen.*

Das Landesarbeitsgericht München ist somit der Auffassung, dass der Arbeitgeber zur Entkräftung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung keine Umstände darlegen und beweisen muss, die zu ernsthaften Zweifeln an der behaupteten Erkrankung Anlass geben. Er hat hiernach vielmehr – trotz vorliegender Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – das Recht, die Erkrankung mit Nichtwissen zu bestreiten. Nach dieser Auffassung ist es dann Sache des Arbeitnehmers, den Nachweis der Erkrankung in anderer Weise zu führen.²⁴⁸

Diese Rechtsprechung hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichtes München mit Urteil vom 27.03.1991²⁴⁹ ausdrücklich bestätigt. Das Landesarbeitsgericht München ist mit dieser arbeitgeberfreundlichen Rechtsprechung jedoch weitgehend allein geblieben. Das Bundesarbeitsgericht hob das Urteil des Landesarbeitsgerichtes vom 27.03.1991 auf und bestätigte seine ständige Rechtsprechung.²⁵⁰

²⁴⁸ kritisch hierzu: Clausen, AuR 1989, 330; Lambeck, NZA 1990, 88; Rühle, BB 1989, 2046.

²⁴⁹ LAG München, LAGE Nr. 9 zu § 3 LFZG.

²⁵⁰ BAG, Urteil vom 15.07.1992, NZA 1993, 23.

Fraglich ist, ob dieser Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes oder der Auffassung des Landesarbeitsgerichtes München zu folgen ist. Hierfür ist zunächst der besondere Beweiswert, von dem die herrschende Meinung ausgeht, dogmatisch genauer einzuordnen. Für diese Überzeugungsbildung - das heißt für den Rückschluss von der durch die Urkunde bewiesenen Abgabe der Erklärung auf die Richtigkeit der Erklärung - gibt es verschiedene Möglichkeiten.

Denkbar wäre zunächst, dass die besondere prozessuale Bedeutung, welche die herrschende Ansicht in der Rechtsprechung und in der Literatur der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zuspricht, damit zu rechtfertigen ist, dass eine ordnungsgemäße Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eine gesetzliche Vermutung im Sinne des § 292 ZPO begründet. Gesetzliche Vermutungen im Sinne des § 292 ZPO sind Vorschriften, in denen der Gesetzgeber beim Vorliegen bestimmter Tatsachen, der sogenannten Vermutungsbasis, ein anderes Merkmal ohne weiteres als gegeben ansieht.²⁵¹ Dieses vermutete Merkmal kann eine Tatsache sein. Es handelt sich dann um eine gesetzliche Tatsachenvermutung. Es ist aber auch möglich, dass eine Rechtsposition vermutet wird; in diesem Fall liegt eine gesetzliche Rechtsvermutung vor. Allein die Vermutungsbasis muss von der Partei, welche sich auf die Vermutung stützen will, dargelegt und – wenn die dargelegten Tatsachen bestritten werden – auch bewiesen werden. Dann greift die Vermutungswirkung ein.

Die vermutete Tatsache oder das vermutete Recht steht für das Gericht bindend fest. Eine richterliche Beweismwürdigung nach § 286 ZPO darf nicht mehr erfolgen. Bei gesetzlich verankerten Vermutungen entfällt also für denjenigen, der sich auf diese Tatsache beruft, die Beweisbedürftigkeit für diese Behauptung.²⁵²

Käme der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der Charakter einer gesetzlichen Vermutung im Sinne des § 292 ZPO zu, bräuchte der Arbeitnehmer nicht auf andere Art zu beweisen, dass er tatsächlich arbeitsunfähig krank ist. Er müsste nur beweisen, dass der Arzt die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt

²⁵¹ MüKoZPO-Prütting; § 292 ZPO Rn.19.

²⁵² MüKoZPO-Prütting, § 292 ZPO Rn. 1.

hat.²⁵³ Hierzu würde zu seinen Gunsten die Beweiskraft der Privaturkunde gemäß § 416 ZPO eingreifen. Der Arbeitgeber hätte nach § 292 ZPO in diesem Fall nur die Möglichkeit, die gesetzliche Vermutung für die Arbeitsunfähigkeit durch den Beweis des Gegenteils zu widerlegen. Er würde die volle Beweislast für das Nichtvorliegen der Arbeitsunfähigkeit tragen, denn der Beweis des Gegenteils im Sinne des § 292 ZPO ist Hauptbeweis. Die bloße Erschütterung der Beweiskraft, die dem Arbeitnehmer die erneute Beweislast aufbürdet, würde nicht genügen.

Gesetzliche Vermutungen sind jedoch in den materiellen Gesetzen gewöhnlich hinreichend gekennzeichnet, wie ein Blick auf §§ 938, 1006, 1117 III, 1253 II, 1362, 2009 BGB zeigt. Dies ist wegen der weitreichenden Folgen der gesetzlichen Vermutung auch angebracht. Deshalb geht die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur zu Recht davon aus, dass der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz nicht die Wirkung einer gesetzlichen Vermutung im Sinne des § 292 ZPO zukommt.²⁵⁴

Möglicherweise kommt der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung jedoch infolge der Grundsätze des Anscheinsbeweises ein über § 416 ZPO hinausgehender Beweiswert zu. Der Anscheinsbeweis oder auch der Beweis des ersten Anscheins beziehungsweise „prima-facie-Beweis“ ist gesetzlich nicht definiert. Er wurde von der Rechtsprechung entwickelt und ist heute gewohnheitsrechtlich anerkannt. Der Anscheinsbeweis ist kein Beweismittel wie der Zeugen-, Sachverständigen-, Urkunden-, Augenscheinbeweis oder die Parteivernehmung; es geht bei ihm allein um die Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung im Rahmen der Beweiswürdigung. Es wird lediglich ein Sachverhalt bewiesen, der wegen seiner Typik unter Berücksichtigung der Erfahrungssätze des täglichen Lebens für den Richter im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO den Rückschluss zulässt, dass sich die Dinge im zu entscheidenden Streitfall so abgespielt haben, wie es in solchen Fällen üblich ist.²⁵⁵

²⁵³ BAG, Urteil vom 11.08.1976, BAGE 28, 144 (146 f.); Feichtinger/ Pohl, DB 1984 Beilage Nr. 4, S. 1 (5); Lepke, DB 1993, 2025.

²⁵⁴ vgl. etwa BAG, Urteil vom 11.08.1976, AP Nr. 2 zu § 3 LFG mit Anmerkung Brecht; Rehbinder, FS Kitegawa, S. 509 (511 f.).

²⁵⁵ MüKoZPO-Prütting § 286 Rn. 48.

Zu untersuchen ist deshalb im folgenden, ob es einen allgemeinen Satz der Lebenserfahrung des Inhalts gibt, dass aus dem Vorliegen einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung darauf geschlossen werden kann, dass der in der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung genannte Arbeitnehmer auch tatsächlich arbeitsunfähig ist. Der für die Feststellung eines solchen typischen Geschehensablaufs erforderliche Erfahrungssatz des täglichen Lebens setzt dabei eine hinreichende Tragfähigkeit voraus. Zur Führung eines Anscheinsbeweises sind hierbei Handlungsabläufe geeignet, die nicht ausnahmslos gelten, die aber mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zutreffen.²⁵⁶ An die Heranziehung der Grundsätze des Anscheinsbeweises dürfen zwar keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden, der Geschehensablauf muss jedoch nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache hinweisen und so sehr das Gepräge des Gewöhnlichen und Üblichen tragen, dass die besonderen individuellen Umstände in ihrer Bedeutung zurücktreten.

Wie bereits dargestellt, werden in der Praxis aus mannigfaltigen Gründen auch zu Unrecht Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ausgestellt.²⁵⁷ Um festzustellen, ob trotzdem von einer ausreichend hohen Wahrscheinlichkeit der Rechtmäßigkeit einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auszugehen ist, ist zunächst zu prüfen, ob es sich bei dem Missbrauch der Entgeltfortzahlung um ein beachtenswertes Problem oder nur um eine untergeordnete Randerscheinung handelt.

Es wird sich kaum mit Absolutheit feststellen lassen, wie hoch der Prozentsatz derjenigen ist, die die Vorteile, die ihnen das Gesetz bietet, missbräuchlich ausnutzen. Exakte Feststellungen sind auch bei sehr detaillierten Erhebungen nicht möglich. Schätzungen sind praktisch nur an Hand von nachgewiesenen Fällen des Missbrauchs unter Aufschlag eines gewissen Prozentsatzes für die Dunkelziffer durchführbar.²⁵⁸ Arbeitnehmer und Arbeitgeber beurteilen das Ausmaß

²⁵⁶ MüKoZPO-Prütting § 286 Rn. 57 ff.; Galahn S. 165 ff. m.w.N.

²⁵⁷ vgl. oben S. 39 ff.

²⁵⁸ so auch Boeck u.a., S. 53.

aufgrund der unterschiedlichen Interessenlagen vollkommen unterschiedlich.²⁵⁹ Niemand wird jedoch ernsthaft bezweifeln können, dass es in der Praxis Fälle gibt, in denen eine Arbeitsunfähigkeit bescheinigt wird, ohne dass der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitsunfähig erkrankt ist. Wegen der an einen Erfahrungssatz zu stellenden Anforderungen kommt es jedoch entscheidend darauf an, mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit von dem Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auf die Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden kann. Das Bestehen eines Erfahrungssatzes müsste abgelehnt werden, wenn der Anteil von missbräuchlich ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen derart hoch wäre, dass nicht mehr mit dem für das Vorliegen eines Anscheinsbeweises erforderlichen hohen Grad an Wahrscheinlichkeit auf die tatsächliche Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden kann.

Schwierigkeiten bei der Beantwortung dieser Frage treten naturgemäß deshalb auf, weil es – wie bereits oben erwähnt - keine verlässlichen Zahlen bezüglich missbräuchlich ausgestellter Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen gibt. Untersuchungen die sich mit dieser Problematik beschäftigen, hatten stets Unsicherheiten an. Ein genauer Prozentsatz missbräuchlich ausgestellter Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ist statistisch äußerst schwer, wenn nicht gar unmöglich zu erfassen.²⁶⁰

Der Anteil an Missbrauchsfällen, in denen der Arzt vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig eine Arbeitsunfähigkeit festgestellt hat, ohne dass deren Voraussetzungen tatsächlich vorgelegen haben, dürfte zumindest als gering einzustufen sein. Dazu tragen vermutlich auch die §§ 106 Abs. 3 a, 275 Abs. 1 b SGB V bei. Ergibt die Wirtschaftlichkeitsprüfung der Krankenkassen beziehungsweise der kassenärztlichen Vereinigung gemäß § 106 Abs. 2 und §§ 275 Abs. 1 Nr. 3 b, 1 a und 1 b SGB V nämlich, dass ein Arzt Arbeitsunfähigkeit bescheinigt hat, obwohl die medizinischen Voraussetzungen dafür nicht vorlagen,

²⁵⁹ vgl. Welt am Sonntag vom 11.11.1990, S. 44...Missbrauch von einem Drittel... ; Schmitt, ZTR 1990, 223 schätzt diesen nur auf 3 bis 5 %; Salowsky, Fehlzeiten, S. 28 auf 5 bis 20 %; auch der Bundesverband Mittelstandsunternehmen hat 1981 eine Missbrauchsquote von 20 % angenommen, wohingegen Gewerkschaften einen nennenswerten Missbrauch stets in Abrede stellen.

²⁶⁰ Schnabel, iw-trends 1996, Heft 1, S. 33 ff. m.w.N.

so kann der Arbeitgeber, der zu Unrecht Arbeitsentgelt gezahlt hat, von dem Arzt Schadensersatz verlangen, wenn dieser grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat (§ 106 Abs. 3 a SGB V). Diese seit dem 01.01.1995 geltende Vorschrift soll einem leichtfertigen Krankschreiben entgegenwirken. Da dem Arzt eigene finanzielle Nachteile drohen, wird er es sich genau überlegen, ob er seinen Patienten ein falsches Attest ausstellen wird.

Dennoch wird - geht man alleine davon aus, dass der Anscheinsbeweis eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit voraussetzt - dieser Nachweis nicht zu erbringen sein.²⁶¹ Die Fehlerquote dürfte zumindest so hoch liegen, dass nur von einer relativen Wahrscheinlichkeit auszugehen ist. Bei bloßen Erfahrungssätzen mit einer nur relativ hohen Wahrscheinlichkeit ist eine Beweiserleichterung jedoch auch dann anzunehmen, wenn sich aus dem Gesetz ein deutlicher Anhaltspunkt für eine gewollte Beweismaßsenkung ergibt.²⁶² Die geringere Wahrscheinlichkeit des typischen Geschehensablaufes muss dann durch eine rechtliche Wertung kompensiert werden. Die bindende Wirkung des Gesetzes verlangt hiernach grundsätzlich auch dann Beachtung, wenn dem Gesetzanwender die zugrundeliegende Wertung nicht in jeder Hinsicht einleuchtet.²⁶³

Aber auch aus gesetzlich nicht geregelten Erwägungen (etwa verfassungsrechtlichen Wertungen) kann ein Anscheinsbeweis begründet sein. Denkbar wäre zum einen, dass sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers (beziehungsweise aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung) eine dogmatische Grundlage für einen hohen Darlegungs- und Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ergibt. So wird in der Literatur zum Teil angenommen, das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers werde verletzt, wenn er auf bloßes Bestreiten des Arbeitgebers hin den Befund und die

²⁶¹ Reh binder, FS für Kite gawa, S. 509 (513) kritisiert, dass bisher nicht versucht wurde, einen sozialwissenschaftlichen Beweis für die Zuverlässigkeit von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erbringen. Er vermutet (S. 516), dass eine solche sozialwissenschaftliche Untersuchung nicht den Nachweis eines Erfahrungssatzes verschaffen würde, wonach die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zutreffen.

²⁶² so zutreffend Reh binder, FS für Kite gawa, S. 509 (515).

²⁶³ so Leipold, FS Kissel, 629 (636).

Diagnose seines Arztes offenbaren muss.²⁶⁴ Daher sei es geboten, den Darlegungs- und Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erst dann als erschüttert anzusehen, wenn der Arbeitgeber Tatsachen vortrage und bei einem Bestreiten des Arbeitnehmers beweise, die den Wahrheitsgehalt der Bescheinigung zweifelhaft erscheinen ließen.

Dem ist nicht zuzustimmen. Bei der Beantwortung dieser Frage kommt es darauf an, ob das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, welches dafür spricht, dass der Arbeitnehmer die Diagnose und den Befund nicht auf ein bloßes Bestreiten des Arbeitgebers offenbaren muss, gegenüber dem nach Art. 12, 14 GG geschützten Recht des Arbeitgebers überwiegt, nicht unberechtigt Entgeltfortzahlung leisten zu müssen.²⁶⁵ Hierbei überwiegen meines Erachtens jedoch die Rechte des Arbeitgebers. Zu seinen Gunsten spricht, dass ihm durch das Recht der Entgeltfortzahlung zugemutet wird, das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen, obwohl er keine Gegenleistung erhält.²⁶⁶ Außerdem werden Befund und Diagnose lediglich den unmittelbar am Verfahren beteiligten Personen und nicht der breiten Öffentlichkeit bekannt, wenn der Arbeitnehmer gemäß § 52 S. 2 ArbGG i.V.m. § 171 b GVG den Ausschluss der Öffentlichkeit beantragt.²⁶⁷

Die geringere Wahrscheinlichkeit des typischen Geschehensablaufs bei der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wird jedoch durch die Wertungen einfachgesetzlicher Regelungen kompensiert. Auch das Bundesarbeitsgericht beruft sich inzwischen bei der Einordnung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als Anscheinsbeweis nicht mehr alleine auf die Lebenserfahrung als solche, sondern auf die Entscheidung des Gesetzgebers.²⁶⁸ Das Gericht entnimmt dem Gesetz die „normative Wertung“, dass die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung das für den Arbeitnehmer grundsätzlich ausreichende Beweismittel für seinen An-

²⁶⁴ Lambeck, NZA 1990, 88 (89); Reinecke, DB 1989, 2069 (2071).

²⁶⁵ Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 12.

²⁶⁶ Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 42.

²⁶⁷ Kleinebrink, S. 113.

²⁶⁸ BAG, Urteil vom 15.07.1992, NJW 1993, 809 (810).

spruch auf Entgeltfortzahlung darstellt.²⁶⁹

Dem ist zuzustimmen. Letztlich darf nicht verkannt werden, dass die Ärzte für die Beurteilung des Gesundheitszustandes ihrer Patienten ausgebildet wurden. Letztlich muss auch den Ärzten zugestanden werden, was für sich auch jeder praktizierende Jurist in Anspruch nimmt, nämlich den Respekt vor dem erworbenen Können und der Berufserfahrung. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist der für den Arbeitnehmer gesetzlich vorgesehene und gewichtigste Beweis für die Tatsache einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Aus den gesetzlichen Regelungen folgt, dass der Arbeitnehmer seiner Nachweispflicht über das Vorliegen einer zu Leistungen nach § 3 EFZG berechtigenden Arbeitsunfähigkeit durch Vorlage der ärztlichen Bescheinigung genügt. Nach der sich aus den §§ 5,7 EFZG ergebenden materiellrechtlichen Wertentscheidung soll der Arbeitnehmer mit einfachen und schnellen Mitteln seine Arbeitsunfähigkeit nachweisen können.²⁷⁰ Insoweit ist davon auszugehen, dass die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung das für den Arbeitnehmer grundsätzlich erforderliche aber auch ausreichende Beweismittel für seinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung darstellt. Dies gilt nicht nur für den außergerichtlichen Bereich, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber mit schlichtem Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit die Leistung verweigert und der Arbeitnehmer auf den Klageweg angewiesen ist. In den Bestimmungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes kommt letztendlich zum Tragen, dass der Gesetzgeber nach der Lebenserfahrung die vom Arzt ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als den auf der ärztlichen Sachkunde beruhenden Nachweis der Arbeitsunfähigkeit wertet. So sehr der Gesetzgeber nicht die Augen davor verschließen konnte, dass solche Zeugnisse keine Garantie für ihre inhaltliche Richtigkeit bieten können, so hat er doch den Arzt ersichtlich für geeigneter gehalten, das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit zu überprüfen, als den Richter.²⁷¹ Dieser könnte sich neben dem Zeugnis des behandelnden Arztes nur auf weitere Gutachten stützen, was zu einer Verteuerung

²⁶⁹ BAG a.a.O.

²⁷⁰ LAG Berlin, Urteil vom 27.05.1991, NZA 1991, 896 (898) für die §§ 3, 5 LFZG.

²⁷¹ so Reh binder, FS Kitegawa S. 509 (516).

und Verlängerung der Entgeltfortzahlungsprozesse führen würde.²⁷²

Nach alledem kann somit davon ausgegangen werden, dass trotz aller grundsätzlichen Bedenken im Regelfall davon auszugehen ist, dass die in einem Arzzeugnis bescheinigte Arbeitsunfähigkeit tatsächlich vorliegt. Der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist im Wege des Anscheinsbeweises ein über den in § 416 ZPO hinausgehender Beweiswert beizumessen. Aus diesem Grund genügt im Entgeltfortzahlungsprozess das einfache Bestreiten der Richtigkeit einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch den Arbeitgeber nicht zu deren Widerlegung. Es ist vielmehr mit der herrschenden Meinung in Literatur²⁷³ und Rechtsprechung²⁷⁴ festzustellen, dass einer ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Entgeltfortzahlungsprozess ein hoher Beweiswert zukommt.

VII. Der Beweiswert der im Ausland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

1. Einführung

Im Ausland auftretende Krankheitsfälle wecken bei Arbeitgebern besonders oft Zweifel an deren tatsächlichem Eintritt. So ist etwa zu beachten, dass nicht in allen Ländern ähnlich restriktive Zulassungsbedingungen zur Ausübung des Arztberufes bestehen, wie sie in Deutschland gehandhabt werden, so dass in Einzelfällen wohl zu Recht daran gezweifelt werden darf, ob die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach hiesigem Verständnis ordnungsgemäß zustande gekommen ist.

Zunächst muss hinsichtlich des Beweiswertes der ausländischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unterschieden werden, ob das Attest in einem Mitglieds-

²⁷² so auch ArbG Düsseldorf, DB 1989, 1628 (1629).

²⁷³ Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 5 Rn. 52; Schmitt, EFZG, § 5 Rn. 80 ff; Kleinebrink, S. 185; Lambeck, NZA 1990, 88; Feichtinger/Pohl, DB 1984, Beilage Nr. 4, S. 1 (5).

²⁷⁴ BAG, Urteil vom 11.08.1976, BAGE 28, 144; BAG, Urteil vom 15.07.1992, NZA 1993, 23; BAG, Urteil vom 21.03.1996, NZA 1996, 1030; LAG Düsseldorf, Urteil vom 17.06.1997, BB 1997, 1902.

staat der Europäischen Union oder einem sonstigen Staat ausgestellt worden ist.

Wenn die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aus einem Land außerhalb der Europäischen Union stammt, kommt ihr grundsätzlich der gleiche Beweiswert zu, wie einer im Inland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Die Bescheinigung muss allerdings erkennen lassen, dass der ausländische Arzt zwischen einer bloßen Erkrankung und einer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheit unterschieden und damit eine den Begriffen des deutschen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht entsprechende Beurteilung vorgenommen hat.²⁷⁵ Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, mangelt es der Bescheinigung am nötigen Beweiswert. Erfüllt hingegen eine im Ausland ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung diese Anforderung, gelten die zu den in der Bundesrepublik ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aufgezeigten Grundsätze. Der Arbeitgeber bedarf also auch bei einem Attest eines außerhalb der Bundesrepublik praktizierenden Arztes guter Argumente, um deren Beweiswert zu erschüttern.

2. Der Beweiswert einer in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Der Europäische Gerichtshof hat sich in drei grundlegenden Urteilen zum Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung geäußert.

Nach einer Entscheidung des EuGH vom 12.03.1987 („Rindone-Entscheidung“)²⁷⁶ soll der deutsche Sozialversicherungsträger bei der Beurteilung von Ansprüchen auf Zahlung von Krankengeld an die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Heimatlandes des Versicherten tatsächlich und rechtlich gebunden sein, wenn die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach innerstaatlichem Recht der EU ordnungsgemäß ausgestellt worden ist. Art. 18 Abs. 4 VO (EWG) Nr. 574/72 sehe vor, dass es Sache des zuständigen Träger des Wohnortes ist, die

²⁷⁵ BAG, Urteil vom 20.02.1985; BAGE 48, 115; BAG, Urteil vom 19.02.1997, NZA 1997, 652; Urteil vom 01.10.1997, NZA 1998, 372; Marburger, BB 1988, 557 m.w.N.

²⁷⁶ in der Rechtssache 22/86, „Rindone“, Sammlung 1987, 1339; BB 1987, 1254 = NJW 1988, 2171.

verwaltungsmäßige oder ärztliche Kontrolle durchzuführen und das Ende der Arbeitsunfähigkeit „für den zuständigen Träger“ festzustellen.

Dieses Urteil betraf jedoch nur den Krankengeldanspruch eines Versicherten gegenüber der Krankenkasse als Sozialleistungsträger im Sinne der genannten Verordnungen. Für die arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall war das EuGH-Urteil hingegen nicht bindend,²⁷⁷ da es nicht die Frage beantwortete, ob auch ein Arbeitgeber als Sozialleistungsträger im Sinne des Rechts der Europäischen Union qualifiziert werden kann.

Mit der Frage des Beweiswertes einer in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung musste sich der Europäische Gerichtshof aus diesem Grunde erneut in den beiden Entscheidungen „Paletta I“ und „Paletta II“ auseinandersetzen.

Eine italienische Familie, bestehend aus Vater, Mutter, Sohn und Tochter klagte auf Lohnfortzahlung nach § 1 LohnFG. Alle waren bei demselben deutschen Arbeitgeber beschäftigt. Alle vier Personen hatten sich für mehrere Wochen aus der italienischen Heimat, wo sie während ihres Urlaubs verweilten, krank gemeldet. Der Arbeitgeber leistete daraufhin trotz der ihm vorliegenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aus Italien keine Lohnfortzahlung. Er führte an, dass seiner Ansicht nach ernsthafte und begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit bestünden. Es läge ein offensichtlicher Missbrauch der Lohnfortzahlung vor, zumal sämtliche Familienmitglieder auch in den vorangegangenen Jahren während des in ihrer Heimat verbrachten Urlaubs gleichzeitig erkrankten. Die Familie klagte in Folge vor dem Arbeitsgericht Lörrach auf Lohnfortzahlung. Das Arbeitsgericht Lörrach legte dem EuGH die (zuvor schon einmal vom ArbG Stuttgart²⁷⁸ verneinte) Frage vor²⁷⁹, ob auch ein Arbeitgeber der einem Arbeitnehmer Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zu leisten hat, unionsrechtlich als ein für die Gewährung einer Leistung der sozialen Sicherheit zuständiger Träger zu qualifizieren ist.

²⁷⁷ ArbG Stuttgart, Urteil vom 13.04.1989, DB 1989, 2130.

²⁷⁸ ArbG Stuttgart a.a.O.

²⁷⁹ ArbG Lörrach, Vorlagebeschluss vom 31.01.1990, DB 1990, 1875.

Der EuGH bejahte die tatsächliche und rechtliche Bindung im selben Umfang wie gegenüber der Krankenkasse und ließ auch den Einwand der praktischen Schutzlosigkeit des Arbeitgebers nicht gelten.²⁸⁰ Der Arbeitgeber habe die tatsächliche Möglichkeit, bei Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit gemäß Art. 18 V der VO 574/72 einen Arzt seines Vertrauens hinzuzuziehen. Eventuell auftretende praktische Probleme hinsichtlich dieser Überprüfungsmöglichkeit der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers im Ausland könnten die von ihm vorgenommene Auslegung einer Vorschrift nicht in Frage stellen und seien de lege ferenda, auf nationaler oder unionsrechtlicher Ebene zu beseitigen.²⁸¹

Die Urteile des EuGH in Sachen Rindone und Paletta I ließen nicht deutlich erkennen, ob der EuGH der Krankenkasse beziehungsweise dem Arbeitgeber auch eine rechtliche Gelegenheit zum Ausschluss von Missbräuchen und nicht nur eine tatsächliche Untersuchungsmöglichkeit eröffnen wollte. Freilich hätte man im Paletta I Urteil – angesichts des extremen Falles – einen Hinweis des EuGH zur Frage des Rechtsmissbrauchs erwarten dürfen.²⁸² Dies gilt um so mehr, als diese Problembereiche im Verfahren vor dem EuGH ausführlich diskutiert worden sind, und sogar die Kommission den Hinweis auf andere Beweismöglichkeiten bei begründeten Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit für angebracht hielt. Da dies unterblieb, hat der EuGH weitere Vorlagen selbst provoziert.

Der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts rief aus diesem Grunde durch Beschluss vom 27.04.1994²⁸³ erneut den EuGH an, um klären zu lassen, ob dem Arbeitgeber der Missbrauchseinwand völlig abgeschnitten sei, was der Fall wäre, wenn den Vorschriften der genannten Verordnung die Bedeutung einer Beweislastregel im Sinne von § 286 Abs. 2 ZPO zukäme. Daraufhin schränkte der EuGH in seinem zweiten Urteil in Sachen Paletta²⁸⁴ seine Rechtsprechung insofern ein, als er die tatsächliche und rechtliche Bindungswirkung des Arbeitge-

²⁸⁰ EuGH (Paletta I), Slg. 1992, S. I-3423 (3465).

²⁸¹ EuGH (Paletta I), Slg. 1992, S. I-3423 (3465).

²⁸² so Preis, ZIP 1995, 891 (897).

²⁸³ AP Nr. 100 zu § 1 LohnFG, mit Anm. von Blomeyer/Bramigk.

²⁸⁴ EuGH, Urteil vom 02.05.1996 (Paletta II), AP Nr. 2 zu Art. 18 EWG-Verordnung Nr. 574/72 (mit Anm. Wank/Börgmann, Bl. 2170 ff.).

bers an die Feststellungen des ausländischen Sozialleistungsträgers dann entfallen lässt, wenn eine nachgewiesener (betrügerischer) Missbrauch vorliegt. Der (deutsche) Arbeitgeber kann hiernach Nachweise erbringen, anhand derer das nationale Gericht gegebenenfalls feststellen kann, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach Art. 18 der Verordnung 574/72 missbräuchlich oder betrügerisch erlangt hat. Der EuGH wies jedoch darauf hin, dass die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Erschütterung eines solchen Attestes nicht mit den Zielen des Art. 18 der Verordnung Nr. 574/72 vereinbar sei.²⁸⁵ Der Europäische Gerichtshof hat die Möglichkeit der Beweiswerterschütterung somit in einem wichtigen Punkt eingeschränkt. Für die Erschütterung der Beweiskraft der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung reicht es hiernach nicht aus, dass der Arbeitgeber Umstände darlegt und beweist, die zu ernsthaften und objektiv begründeten Zweifeln an der Richtigkeit der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit Anlass geben, wie dies bei deutschen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen der Fall ist.

Alle Entscheidungen, insbesondere die „Paletti I – Entscheidung“, sind im deutschen Schrifttum heftig kritisiert worden.²⁸⁶

Vorgebracht wird vor allem, dass durch diese Entscheidung des EuGH im europäischen Ausland erkrankte Arbeitnehmer gegenüber im Inland erkrankten Arbeitnehmern bevorzugt würden, was ein Verstoß gegen tragende Grundsätze des Rechts der Europäischen Gemeinschaft sei.²⁸⁷

Die Rechtsprechung des EuGH führt in der Tat zu unterschiedlichen Rechtsfolgen, je nachdem, ob eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im In- oder im (EU) Ausland ausgestellt wurde. Während es bei im Inland ausgestellten Attesten sowie solchen, die von einem Arzt in einem Nicht-EU-Staat erteilt worden sind, ausreicht, dass deren Beweiswert durch ernsthafte Zweifel erschüttert ist, soll dies für den Bereich der Europäischen Union nicht gelten.

²⁸⁵ EuGH, Urteil vom 02.05.1996 (Paletta II), AP Nr. 2 zu Art. 18 EWG-Verordnung Nr. 574/72 (mit Anm. von Wank/Börgmann), Bl. 2170; vgl. auch Lepke, Rn. 374.

²⁸⁶ etwa Berenz, DB 1992, 2442; Junker, NJW 1994, 2527; Schaub, NZA 1994, 769 (775); Franzen, SAE 1995, 59; Gaul, NZA 1993, 865(867); Lörcher, ArbuR 1996, 235.

²⁸⁷ etwa Müller/Berenz, EFZG, § 5 Rn. 98; Lepke, Rn. 375.

Man sollte – trotz der Erheblichkeit dieses Arguments - freilich nicht außer acht lassen, dass sich die Bescheinigungen auch ihrer Art nach unterscheiden. Der EuGH äußerte sich nicht zu einer in Italien von irgendeinem Arzt ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, sondern es geht um die vom Träger (der sozialen Sicherheit) des Wohn- und Aufenthaltsorts getroffenen ärztlichen Feststellungen. Erst das Ergebnis einer von dieser staatlichen Gesundheitsbehörde durchgeführten Kontrolluntersuchung vermag die Bindungswirkung zu erzeugen. Es handelt sich hier also um zwei verschiedene Arten von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, die nicht gleichgesetzt werden können.²⁸⁸ Das Argument, in der EuGH Entscheidung liege ein Verstoß gegen die Freizügigkeit in Gestalt einer Inländerdiskriminierung²⁸⁹ ist somit zwar auf den ersten Blick durchschlagend, verliert aber jedenfalls teilweise an Überzeugungskraft, wenn man die unterschiedliche Art der Bescheinigungen berücksichtigt.

Des weiteren wird dem Europäischen Gerichtshof vorgeworfen, er ignoriere die praktischen Probleme, die im Zusammenhang mit der nach Art. 18 Abs. 5 VO (EWG) Nr. 574/72 möglichen Kontrolluntersuchung im Ausland entstehen können. Aufgrund dessen, dass die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht direkt dem Arbeitgeber zugeschickt werde, sondern dem Arbeitgeber über die zuständige Krankenkasse zugeht, könne es jedenfalls für den Arbeitgeber in vielen Fällen zu spät sein, eine ärztliche Kontrolluntersuchung durchführen zu lassen.²⁹⁰ Er erfahre von der angeblichen Erkrankung des Arbeitnehmers unter Umständen erst zu einem Zeitpunkt, zu dem dieser wieder genesen sei.²⁹¹ Des weiteren besteht keine Rückkehrpflicht zur Durchführung der Untersuchung für den Arbeitnehmer.²⁹² Aus diesem Grunde bereitet es dem Arbeitgeber zudem praktische Schwierigkeiten, überhaupt einen ausländischen Arzt in Erfahrung zu bringen, der eine solche Kontrolluntersuchung vornehmen könnte.²⁹³ Die alternative Möglichkeit, einen deutschen Arzt ins Ausland zu schicken, dürfte wohl

²⁸⁸ Leipold, FS Kissel, S. 629 (641); Steinmeyer, FS Kissel, S. 1165(1178).

²⁸⁹ Erasmy, Arbeitgeber 1992, 856 (860); Berenz, Arbeitgeber 1992, 861 (863).

²⁹⁰ Erasmy, Arbeitgeber 1992, 856; Buchner, ZfA 1993, 279(304).

²⁹¹ Franzen, SAE 1995, 59.

²⁹² EuGH, Urteil vom 12.03.1987 in der Rechtssache 22/86, „Rindone“, Slg. 1987, 1339; Peter, RdA 1999, 374 (377).

²⁹³ Steinmeyer, FS Kissel, S. 1175(1176).

schon aus Kostengründen ausscheiden, zumal dem deutschen Arzt die erforderlichen medizinischen Einrichtungen regelmäßig nicht zur Verfügung stehen werden.²⁹⁴ Der Arbeitgeber hat dann lediglich die Möglichkeit, die inländische Krankenkasse aufzufordern, eine Kontrolluntersuchung vornehmen zu lassen, da die Krankenkasse da mehr (beziehungsweise die besseren) Möglichkeiten hat.²⁹⁵ Der Arbeitgeber hat jedoch keinen Anspruch gegen die Krankenkasse.²⁹⁶ Ansonsten werden wohl vor allem kleine und mittelständische Unternehmen Schwierigkeiten haben, im Ausland einen vertrauenswürdigen Arzt ausfindig zu machen. Alles in allem verfügt der Arbeitgeber deshalb oft lediglich über die theoretische Möglichkeit, eine Kontrolluntersuchung nach Art. 18 Abs. 5 VO (EWG) Nr. 574/72 im Ausland durchführen zu lassen. Der Europäische Gerichtshof hat hier meines Erachtens die Arbeitgeberinteressen nicht ausreichend berücksichtigt.

VIII. Die Ergebnisse des 1. Kapitels

Die gesetzlichen Regelungen zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sind geprägt von einer ständigen Verbesserung zugunsten der Arbeitnehmer. Seit dem Inkrafttreten des Lohnfortzahlungsgesetzes am 01.01.1970, das heißt mit der Verlagerung des Arbeitsunfähigkeitsrisikos auf den Arbeitgeber, erfolgte ein Anstieg der Erkrankungsdauer und der Erkrankungshäufigkeit.²⁹⁷

Ein Arbeitnehmer der krank und arbeitsunfähig ist, hat gemäß § 3 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Diese Entgeltfortzahlung wird in den ersten sechs Wochen durch den Arbeitgeber geleistet (arbeitsrechtliche Lösung der Entgeltfortzahlung).

Im Arbeitsleben wird Arbeitnehmern, die häufiger oder länger krank sind und deren Krankheitsbild nicht von jedem erkannt und nachvollzogen werden kann, von Arbeitgeber und Arbeitskollegen große Skepsis entgegengebracht. Zumin-

²⁹⁴ Wank, AR-Blattei ES, 1000.3.1., Nr. 164, S. 11.

²⁹⁵ vgl. Angel, S. 284.

²⁹⁶ Wank a.a.O. S. 15.

²⁹⁷ Eich, BB 1988, 197; Fleischer, S. 2.

dest unterschwellig wird häufig der Verdacht gehegt, die Krankheit sei simuliert oder der Arzt hätte zu schnell beziehungsweise zu lange krankgeschrieben.

Der Arbeitgeber wird durch das ärztliche Attest nur über die Tatsache und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit unterrichtet (vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG). Weder die Art der Erkrankung noch die dadurch verursachten Einschränkungen, die den Arbeitnehmer an der Arbeit hindern, werden dem Arbeitgeber mitgeteilt. Art. 1 i.V.m. 2 GG schützt den Arbeitnehmer insofern in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Eine Offenbarung seiner Krankheit durch Mitteilung der Diagnose des Arztes gegenüber dem Arbeitgeber kann es aus diesem Grunde nicht geben.

Diese rechtliche Situation erschwert es dem Arbeitgeber, zu beweisen, dass eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung missbräuchlich ausgestellt wurde und der Arbeitnehmer arbeitsfähig ist, denn eine Prüfung im Hinblick darauf, ob der Arbeitnehmer wegen Intensität der Krankheit an der von ihm geschuldeten Leistung tatsächlich gehindert ist, ist dem Arbeitgeber mangels Kenntnis der Diagnose nicht möglich.²⁹⁸

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen werden ohne Zweifel auch auf missbräuchliche Art und Weise ausgestellt beziehungsweise durch den Arbeitnehmer erlangt. Trotz aller grundsätzlicher Bedenken ist in einem Entgeltfortzahlungsprozess jedoch grundsätzlich davon auszugehen, dass die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit auch tatsächlich vorliegt. Nach herrschender Meinung stellt die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einen Anscheinsbeweis dar. Der Beweiswert geht also deutlich über den einer sonstigen Privaturkunde hinaus. Dieser hohe Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschwert es dem Arbeitgeber erheblich, gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlung vorzugehen. Im Prozess ist ein bloßes Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit mit Nichtwissen gemäß § 138 IV ZPO nicht möglich. Der Arbeitgeber muss vielmehr versuchen, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern.

²⁹⁸ Gaul, DB 1992, 2189 (2190); Schmitt, EFZG, § 5 Rn. 67.

Die immensen Kosten für die Entgeltfortzahlung lassen es als angezeigt erscheinen, die Möglichkeiten aufzuzeigen, die dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen, um etwas gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlung zu unternehmen. Dem Arbeitgeber müssen hierbei – schon im Hinblick auf das Betriebsklima - effektive Möglichkeiten an die Hand gegeben werden, gegen das Fehlverhalten der wenigen sich nicht redlich verhaltenden Arbeitnehmer vorzugehen.

2. Kapitel: Möglichkeiten des Arbeitgebers, gegen den Missbrauch seiner Entgeltfortzahlungsverpflichtung vorzugehen.

Der im ersten Kapitel festgestellte hohe Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung führt häufig zu Unzufriedenheiten bei Arbeitgebern, aber auch bei den übrigen Mitarbeitern.²⁹⁹ So wird vor der Gesellschaft aufgrund vorhandener Normen Absentismus dann legitim, wenn die „Befindlichkeitsstörung“ ärztlich attestiert und damit durch medizinisches Fachwissen objektiviert worden ist.

In diesem Kapitel soll untersucht werden, ob der Arbeitgeber, der vom Arbeitnehmer auf Entgeltfortzahlung in Anspruch genommen wird (was diesen in hohem Maße finanziell belastet) dem Missbrauch dieser Leistungen schutzlos ausgeliefert ist, oder ob ihm ein ausreichendes Instrumentarium zur Verfügung steht, dagegen vorzugehen.

Es fehlt nicht an Vorschlägen, wie der Missbrauch, der mit der Entgeltfortzahlung betrieben wird, bekämpft werden kann. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass die Mehrheit der Arbeitnehmer sich hinsichtlich ihrer Forderung nach Entgeltfortzahlung redlich verhält. Dies ist bei den Vorgehensmöglichkeiten des Arbeitgebers gegen einen etwaigen Missbrauch stets zu beachten. Es kommt dabei immer auf die Umstände des Einzelfalles an, wonach die zu treffenden Maßnahmen entsprechend abzustufen sind.³⁰⁰ So vielfältig die Ursachen für (unberechtigte) Fehlzeiten sind, so differenziert müssen die unternehmerischen Möglichkeiten zum Einsatz gelangen.

Der Betrieb kann jedenfalls durch seinen Umgang mit arbeitsunfähigen Beschäftigten in Fällen, in denen ein Entscheidungsspielraum besteht (leichte oder überhaupt keine Befindlichkeitsstörung), Bezugspunkte für die Entscheidung des Einzelnen setzen, Arbeitsunfähigkeit für sich in Anspruch zu nehmen oder

²⁹⁹ Bauer/Röder/Lingemann, S. 75.

³⁰⁰ so Hafelmeier, 1976, 180 (182).

nicht.³⁰¹

Ich möchte in diesem Kapitel die Möglichkeiten des Arbeitgebers darstellen, die es gibt, um gegen den Missbrauch vorzugehen. Diese werden hierbei unterteilt in die Verweigerung der Entgeltfortzahlung, das vorzeitige Vorlageverlangen, Kontrollmaßnahmen, Maßnahmen zur Förderung der Motivation und schlussendlich in repressive Maßnahmen. Dabei soll stets geprüft werden, ob es sich hierbei um gangbare Wege handelt.

I. Die Verweigerung der Entgeltfortzahlung und das vorzeitige Vorlageverlangen des Arbeitgebers gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG

1. Die Verweigerung der Entgeltfortzahlung - Die Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Prozess –

1.1. Einführung

Hegt der Arbeitgeber den Verdacht, dass der Arbeitnehmer in Wirklichkeit gar nicht arbeitsunfähig ist, kommt eine vorläufige Verweigerung der Entgeltfortzahlung in Betracht. Allerdings sieht das Gesetz die Einstellung der Entgeltfortzahlung nur für die in § 7 EFZG genannten Fälle vor. Wird die Krankheit jedoch nur vorgeschoben, so ist der Arbeitgeber natürlich nicht verpflichtet, Entgeltfortzahlung zu leisten.

Die Verweigerung der Entgeltfortzahlung ist ein probates Mittel, um in Fällen begründeter Zweifel an der Richtigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu einer Klärung vor dem Arbeitsgericht zu gelangen. Das wird auch von der Rechtsprechung so gesehen.³⁰² Der Arbeitnehmer wird dann dazu gezwungen, Klage auf Entgeltfortzahlung beim Arbeitsgericht zu erheben. Hat der Arbeitgeber das Entgelt (teilweise) fortbezahlt, kann er ferner, falls er im Prozess obsiegt, vom Arbeitnehmer, der seiner Arbeitspflicht nicht nachgekommen ist, die Rückzahlung des weitergezahlten Gehalts wegen ungerechtfertigter Bereiche-

³⁰¹ so Fick, S. 102.

³⁰² LAG Hamm, Urteil vom 26.06.1984, BB 1985, 273 ff.

rung in vollem Umfang verlangen. Es empfiehlt sich, sowohl dem betreffenden Arbeitnehmer als auch der Krankenkasse schriftlich mitzuteilen, dass und aus welchen Gründen die Entgeltfortzahlung abgelehnt wird.³⁰³

Im Entgeltfortzahlungsprozess genügt das Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit mit Nichtwissen gemäß § 138 Abs. 4 ZPO nicht. Der Arbeitgeber muss den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern. Da er die Art der Erkrankung nicht kennt, ist dies jedoch schwierig. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist meistens nicht besonders aussagekräftig.³⁰⁴ Nach den allgemeinen Grundsätzen des Anscheinsbeweises erfordert das Erschüttern des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung das Vortragen und Beweisen von Tatsachen, die zu ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit Anlass geben. Dann entfällt der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und der Arbeitnehmer muss die Arbeitsunfähigkeit auf andere Art und Weise beweisen, wenn er seinen Entgeltfortzahlungsanspruch noch durchsetzen will. Dies ist die logische Konsequenz aus der Tatsache, dass primär den Arbeitnehmer die Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit trifft. Häufig wird ihm im Falle einer Beweiswerterschütterung nichts anderes übrig bleiben, als den Arzt, der die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt hat, als Zeugen zu benennen. Der Arzt hat dann insbesondere Untersuchungsverfahren, Untersuchungsergebnisse und den Eindruck, den er vom Patienten gewonnen hat, darzulegen.

Die Zahl der relativ eindeutigen Fälle, in denen der Arbeitnehmer offenkundig simuliert (hat), ist als gering zu veranschlagen. Es hat sich deshalb eine umfangreiche Judikatur insbesondere zu krankheitswidrigen Freizeit- und Arbeitsaktivitäten entwickelt.

1.2. Die einzelnen Fallgruppen der Beweiswerterschütterung

Die Rechtsprechung und die Literatur haben Fallgruppen herausgearbeitet, in

³⁰³ so auch Hunold, S. 117.

³⁰⁴ vgl. oben S. 59 ff.

denen ernsthafte und begründete Zweifel an der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit entstehen können. Maßgeblich bleibt jedoch stets die Bewertung durch das jeweils angerufene Gericht an Hand der Umstände des konkreten Einzelfalles. Der Richter im Entgeltfortzahlungsprozess wird deshalb von einer schematischen Falllösung absehen müssen.

1.2.1. Umstände im Zusammenhang mit der Bescheinigung selbst

Der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann durch Umstände erschüttert werden, die sich aus der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung selbst und/oder der Art ihres Zusammenkommens ergeben, etwa wenn dabei gegen Vorschriften des BMV-Ä beziehungsweise der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien verstoßen wurde. Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn der ausstellende Arzt den Arbeitnehmer vor Ausstellung des Attestes nicht untersucht hat, die Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung somit nur aufgrund des vom Arbeitnehmer geschilderten Sachverhalts (eventuell gar fernmündlich) erfolgt ist.³⁰⁵

Auch der Umstand, dass der Arzt den Beginn der Arbeitsunfähigkeit länger als zwei Tage zurückdatiert, erschüttert den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.³⁰⁶ Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn die Arbeitsunfähigkeit mit Sicherheit bereits vorher bestanden hat, etwa bei einem Unfall.³⁰⁷

Ferner kann der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein nennenswerter Beweiswert auch dann nicht zukommen, wenn der Arzt den Begriff der Arbeitsunfähigkeit verkannt hat.³⁰⁸ Ein Arzt kann die Arbeitsunfähigkeit nur dann bescheinigen, wenn er die Unterscheidung zwischen bloßer Erkrankung und krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit beachtet hat.³⁰⁹ Der Arzt wird dieser Anforderung

³⁰⁵ BAG, Urteil vom 11.08.1976, AP Nr. 2 zu § 3 LFZG; LAG Düsseldorf vom 19.10.1973, DB 1973, 2533; LAG Hamm, Urteil vom 09.03.1971; DB 1971, 970

³⁰⁶ vgl. Vossen, Entgeltfortzahlung, Rn. 338 m.w.N.

³⁰⁷ Hunold, S. 103 m.w.N.

³⁰⁸ LAG Hamm, Urteil vom 01.12.1981, DB 1982, 232.

³⁰⁹ BAG, Urteil vom 01.10.1997, NZA 1998, 372; Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 5 Rn. 54.

dann nicht gerecht, wenn er sich ersichtlich nicht mit den Auswirkungen der Krankheit auf die vom Arbeitnehmer zu leistende Arbeit auseinandergesetzt hat.³¹⁰ Denn Arbeitsunfähigkeit, die zur Aufrechterhaltung des Entgeltfortzahlungsanspruchs führt, liegt nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer infolge der Erkrankung nicht in der Lage ist, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.

Ernsthafte und begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers können auch darauf beruhen, dass der ausstellende Arzt die Attestierung der Arbeitsunfähigkeit außerhalb seines Fachgebietes vorgenommen hat, oder dass die Diagnose und der Befundbericht nicht im Einklang mit der bescheinigten Dauer der Arbeitsunfähigkeit stehen.³¹¹

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung selbst kann des weiteren Zweifel hervorrufen, wenn die Folgebescheinigung dasselbe Ausstellungsdatum wie die Erstbescheinigung aufweist.³¹²

Liegen hinsichtlich der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zwei einander widersprechende Bescheinigungen vor, dann begründet dieser Umstand für sich genommen noch keinen ernsthaften Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers.³¹³ Da der Arbeitnehmer meist selbst medizinischer Laie ist, kann es ihm nicht angelastet werden, dass er auf das ihm günstigere, die Arbeitsunfähigkeit feststellende Attest vertraut. Der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wird jedoch erschüttert, wenn die Begutachtung durch den Medizinischen Dienst zu einer von der ärztlichen Bescheinigung abweichenden Beurteilung hinsichtlich des Vorliegens einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers gelangt.³¹⁴

³¹⁰ LAG Frankfurt, Urteil vom 11.06.1993, BB 1994, 939.

³¹¹ Brill, DOK 1971, 665 (672).

³¹² Brill, DOK 1985, 64 (66).

³¹³ LAG Hamm, Urteil vom 18.01.1985, DB 1985, 927 (928); Feichtinger/Pohl, DB 1984, Beilage Nr. 4 S. 1 (8).

³¹⁴ Lambeck, NZA 1990, 88 (91); Brill, DOK 1971, 665 (673).

1.2.2. Das Verhalten des Arbeitnehmers vor der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit

Die Erschütterung des Beweiswerts kann sich auch aus dem Verhalten des Arbeitnehmers vor der Krankschreibung ergeben. Solche Zweifel sind etwa dann angebracht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit ankündigt.³¹⁵ Einer solchen Ankündigung geht oftmals die Versagung bestimmter Wünsche des Arbeitnehmers, etwa auf Gehaltserhöhung, Urlaub oder Versetzung durch den Arbeitgeber voraus.

Der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann auch dann erschüttert sein, wenn der Krankschreibung ein Streit mit dem Arbeitgeber vorausging. So hat das Arbeitsgericht Berlin³¹⁶ den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in einem Fall als erschüttert angesehen, in dem sich nach einer Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber acht von den fünfzehn Arbeitern einer Kolonne arbeitsunfähig krankschreiben ließen. Dies muss auch dann gelten, wenn jeder Arbeiter von einem anderen Arzt arbeitsunfähig krankgeschrieben wird, denn es widerspricht jeglicher Lebenserfahrung, dass innerhalb kürzester Zeit nach einer Auseinandersetzung mit dem Arbeitnehmer ein so hoher Krankenstand auftritt.³¹⁷ Eine Ausnahme ist lediglich dann gegeben, wenn die Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Art der Erkrankung und der Art der zu erbringenden Leistung einem sachkundigen Beobachter ohne weiteres erkennbar ist (etwa Massenepidemie).

Anlass für Zweifel besteht außerdem, wenn die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in Anschluss an eine Kündigungserklärung erfolgt.³¹⁸ Das Arbeitsgericht Elmshorn³¹⁹ hat in einem Fall, in dem in einem Betrieb mit ca. 60 Arbeitnehmern innerhalb von vier Wochen zehn Arbeitnehmern gekündigt wurde und in Folge alle zehn Arbeitnehmer krankgeschrieben wurden, den Beweiswert jeder der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen als erschüttert angesehen.

³¹⁵ BAG, Urteil vom 04.10.1978, BB 1979, 577; BAG, Urteil vom 11.08.1976, BB 1976, 1663; Eich, BB 1988, 197 (202); Reinecke, DB 1989, 2069.

³¹⁶ Urteil vom 05.06.1980, BB 1980, 1105.

³¹⁷ vgl. Angel, S. 179.

³¹⁸ Lambeck, NZA 1990, 88 (90).

³¹⁹ Urteil vom 09.11.1982, BB 1983, 125.

1.2.3. Das Verhalten des Arbeitnehmers während der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit

Steht das Verhalten des Arbeitnehmers so auffällig im Widerspruch zur attestierten Arbeitsunfähigkeit, dass die Unvereinbarkeit von bescheinigter Krankheit und tatsächlichem Verhalten deutlich erkennbar ist, so sind diese Umstände geeignet, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern.³²⁰

Auch eine der geschuldeten Arbeitsleistung nicht vergleichbare Tätigkeit kann den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern. So hat etwa das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein³²¹ die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bei einem Arbeitnehmer als erschüttert angesehen, der während seiner Krankschreibung in der Gaststätte seiner Ehefrau gearbeitet hatte. Es muss in einem solchen Falle davon ausgegangen werden, dass er dann auch für den Arbeitgeber hätte tätig sein können.

In gleicher Weise können sportliche oder sonstige körperlich anstrengende Aktivitäten ein der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit widersprechendes Verhalten darstellen. Die Anforderungen, die die Rechtsprechung hierbei an die Beweiswerterschütterung durch den Arbeitgeber stellt, sind jedoch hoch. Auch die Tatsache, dass der Arbeitgeber den erkrankten Arbeitnehmer wiederholt nicht zu Hause angetroffen hat oder dass er ihn gar beim Sport oder in einem Lokal angetroffen hat, ermöglicht es dem Arbeitgeber in vielen Fällen nicht, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern.³²² Dies liegt daran, dass nicht jede Arbeitsunfähigkeit Bettruhe erfordert. Der Arbeitnehmer ist deshalb nicht grundsätzlich gezwungen, zu Hause zu bleiben, sondern er ist lediglich zu einem „gesundheitsfördernden Verhalten“³²³ verpflichtet.

³²⁰ vgl. Angel, S. 181 f.

³²¹ Urteil vom 07.06.1977, BB 1977, 1762.

³²² vgl. Schmitt, ZTR 1990, 223 (228).

³²³ Darauf wird weiter unten noch genauer einzugehen sein.

1.2.4. Die Regelbeispiele des § 275 Abs. 1 a SGB V

In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, dass der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch immer dann erschüttert sei, wenn ein Regelbeispiel des § 275 Abs. 1 a SGB V vorliegt.³²⁴

Dem ist nicht zu zustimmen. Eine Heranziehung der Regelbeispiele des § 275 Abs. 1 a SGB V als Indizien zur Beweiswerterschütterung würde das Verfahren gemäß § 275 SGB V in weiten Bereichen überflüssig machen. Ein Arbeitgeber würde oft, da er bei Vorliegen der dort genannten Tatbestände auch die Entgeltfortzahlung verweigern und sich später erfolgreich auf eine Beweiswerterschütterung berufen könnte, von der Einleitung des Verfahrens absehen, da ihm dies keine weiteren Vorteile bringen kann.

Des Weiteren erwähnt das Gesetz in § 275 SGB V nur „einfache“ Zweifel. Zur Beweiswerterschütterung sind aber nur solche Tatsachen geeignet, die im konkreten Fall die ernsthafte Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs eröffnen.³²⁵ Zu einer Beweiswerterschütterung sind somit weiterhin nur Tatsachen geeignet, die - wie unter der alten Rechtslage - „begründete“ Zweifel rechtfertigen. Das Vorliegen „einfacher“ Zweifel berechtigt allein zur Einleitung des Verfahrens nach § 275 SGB V. Gelangt der Medizinische Dienst allerdings zu einer abweichenden Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit, so ist der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert.³²⁶

Die Neuregelung der §§ 275 SGB V ist jedoch als gesetzliche Wertung anzuerkennen. Es ist Aufgabe der Arbeitsgerichte, den Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen den richtigen Stellenwert zuzuerkennen. Dazu gehört, dass die Anforderungen, die der Arbeitgeber zu erfüllen hat, um die Vermutung zu erschüttern, nicht unrealistisch hoch geschraubt sein dürfen.³²⁷ Es ist wenig verständlich, dass die Richtigkeitsvermutung etwa nicht als erschüttert angesehen wird,

³²⁴ Hanau/Kramer, DB 1995, 94 (99).

³²⁵ etwa BGH, Urteil vom 20.06.1978, NJW 1978, 2032 (2033 unter. 2.).

³²⁶ vgl. Lambeck, NZA 1990, 88 (91); Brill, DOK 1971, 665 (673).

³²⁷ Schmitt, ZTR 1990, 223 (228).

wenn der Arbeitnehmer – während der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit – wiederholt auf Vergnügungsveranstaltungen angetroffen wird. Dies bedeutet nicht, dass dem Arbeitnehmer wegen seines – möglicherweise durchaus korrekten (nicht jede Arbeitsunfähigkeit verlangt die absolute Bettruhe) – Verhaltens der Entgeltfortzahlungsanspruch entzogen werden soll. Es geht nur darum, dass derartige Verhaltensweisen die Richtigkeitsvermutung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern und es nunmehr Sache des Arbeitnehmers ist, die Richtigkeit zu beweisen.

Mit einer Erleichterung der Anforderungen, die an die Erschütterung des Beweiswertes der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gestellt werden, wird beweisrechtlich nur das nachvollzogen, was der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 275 SGB V (Erleichterung der Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit durch den Medizinischen Dienst) zum Ausdruck gebracht hat.³²⁸ Der Arbeitgeber hat bei dementsprechend geringeren Anforderungen an den Erschütterungsbeweis in viel höherem Maße die Möglichkeit, gegen einen Missbrauch seiner Entgeltfortzahlungsverpflichtung vorzugehen.

1.3. Verpflichtung des Arbeitgebers, eine Kontrolluntersuchung durch den Medizinischen Dienst zu veranlassen?

Seit der Neufassung des § 275 SGB V durch Art. 4 Nr. 11 des Pflegeversicherungsgesetzes vom 26.05.1994³²⁹ wird in der Literatur³³⁰ verschiedentlich die Frage aufgeworfen, ob der Arbeitgeber nicht nur berechtigt ist, zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers eine Kontrolluntersuchung durch den Medizinischen Dienst gemäß § 275 Abs. 1 a S. 3 SGB V zu veranlassen, sondern ob nicht sogar eine Verpflichtung des Arbeitgebers besteht, das Verfahren nach § 275 SGB V einzuleiten und dessen Ausgang abzuwarten, bevor er die Entgeltfortzahlung verweigern darf.

Dies ist abzulehnen. Dem Arbeitgeber kann es nicht zum Nachteil gereichen, wenn er von der Möglichkeit des § 275 Abs. 1 a S. 3 SGB V keinen Gebrauch

³²⁸ so auch Boecken, Münchner Handbuch für Arbeitsrecht, Band 1, § 85 Rn. 51.

³²⁹ BGBl. 1994/I, S. 1014 (1047).

³³⁰ Hanau/Kramer, DB 1995, 94 (97 ff.).

macht. Eine derartige verfahrensrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers kann durch die Neuregelung des § 275 SGB V nicht gewollt sein, sollte durch sie doch die Position des Arbeitgebers verbessert werden. Mit dieser Regelung wird dem Arbeitgeber nach Maßgabe des Krankenversicherungsrechts ein zusätzliches Instrumentarium zur Missbrauchsabwehr an die Hand gegeben, ohne ihm die privatrechtlich begründeten Möglichkeiten der Leistungsverweigerung und beweisrechtlichen Entkräftung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu nehmen.³³¹

Der Arbeitgeber ist somit nicht verpflichtet, die Krankenkasse aufzufordern, eine Begutachtung durch den Medizinischen Dienst einzuleiten, wenn er die Entgeltfortzahlung verweigern will. Wenn er von der Möglichkeit, die Arbeitsunfähigkeit durch den Medizinischen Dienst überprüfen zu lassen (§ 275 Abs. 1 a S. 3 SGB V) keinen Gebrauch gemacht hat, so ist es dem Arbeitgeber nicht verwehrt, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch andere Beweismittel zu erschüttern.³³² Es steht deshalb im Belieben des Arbeitgebers, ob er (allein) privatrechtlich vorgeht oder sich, falls die Voraussetzungen vorliegen – alternativ oder zusätzlich – (auch) des krankenversicherungsrechtlichen Instrumentariums bedient. Das in § 275 Abs. 1 a S. 3 SGB V geregelte Verfahren stellt die anderen Möglichkeiten des Arbeitgebers, gegen den Missbrauch vorzugehen, nicht in Frage.³³³

Die unterlassene zeitnahe Einschaltung des Medizinischen Dienstes kann aber im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu Lasten des Arbeitgebers berücksichtigt werden.³³⁴

³³¹ so auch Schmitt, EFZG, § 5 Rn. 94 f.; Hunold, DB 1995, 676 f.; ArbG Hannover, Urteil vom 04.05.1992, ARSt. 1993, S. 104 (105) Nr. 40.

³³² ErfK-Dörner, § 5 EFZG, Rn. 43.

³³³ so auch Boecken, Münchner Handbuch für Arbeitsrecht, Band 1, § 85 Rn. 52.

³³⁴ LAG LSA, Urteil vom 08.09.1998, DB 1999, 1561; ErfK-Dörner, § 5 EFZG, Rn. 43.

1.4. Die Erschütterung des Beweiswerts einer in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Der EuGH hat in seiner Paletta II – Entscheidung betont, dass die tatsächliche und rechtliche Bindungswirkung des Arbeitgebers an die Feststellungen des ausländischen Sozialversicherungsträgers dann entfalle, wenn ein nachgewiesener (betrügerischer) Missbrauch vorliegt;³³⁵ bloße begründete Zweifel reichen hiernach wohl nicht aus. Aus dieser Formulierung des EuGH ergibt sich jedoch nicht deutlich, unter welchen Voraussetzungen denn im Unterschied zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein solcher nachgewiesener (betrügerischer) Missbrauch gegeben sein soll.

Heinze/Giesen³³⁶ meinen der „Paletta II“ – Entscheidung entnehmen zu können, dass nach der Zulassung des Missbrauchseinwandes durch den Europäischen Gerichtshof die gleiche Situation wie im deutschen Recht eingetreten sei. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 19.02.1997³³⁷ die Auffassung vertreten, es reiche nicht aus, dass ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dargelegt werden. Der Arbeitgeber müsse vielmehr die missbräuchliche Krankenschreibung voll beweisen. Dem ist zuzustimmen. Der Europäische Gerichtshof hat in der Paletta II – Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass zur Erschütterung der Beweiskraft der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze nicht ausreichen, nach denen der Arbeitnehmer zusätzlichen Beweis für die durch die ärztliche Bescheinigung belegte Arbeitsunfähigkeit erbringen muss, wenn der Arbeitgeber Umstände darlegt und beweist, die zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit Anlass geben.³³⁸ Der Europäische Gerichtshof begründet das damit, dass der Arbeitnehmer ansonsten zusätzlichen Beweis für die Richtigkeit erbringen müsse,

³³⁵ vgl. oben S. 83 f.; Paletta II abgedruckt in: NJW 1996, 1881.

³³⁶ Heinze/Giesen, BB 1996, 1830.

³³⁷ NZA 1997, 705 ff.; vgl. auch Lepke, Rn. 374 m.w.N.

³³⁸ EuGH, Urteil vom 02.05.1996 in der Rechtssache C-206/94, „Paletta II“, Slg. 1996, I – 2351 (2391).

was wegen der für den Arbeitnehmer erwachsenen Beweisschwierigkeiten mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gerade nicht vereinbar sei.³³⁹

Das Bundesarbeitsgericht lässt jedoch zum Nachweis, dass der Arbeitnehmer missbräuchlich oder betrügerisch eine nach Art. 18 VO (EWG) Nr. 574/72 festgestellte Arbeitsunfähigkeit gemeldet hat, eventuelle Indiztatsachen für die Wahrheit einer Behauptung zu, wobei sich der Richter bei deren Würdigung „mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit“ begnügen müsse.³⁴⁰ Im Ergebnis bedeutet dies, dass nicht dieselben hohen Erwartungen wie sonst an die Erbringung des Vollbeweises gestellt werden.

Das Bundesarbeitsgericht führt weiter aus, dass es sich um eine Beweisvereitelung im Hinblick auf die Beweisführung des Arbeitgebers handeln könne, falls der Arbeitnehmer den Arzt nicht von der ärztlichen Schweigepflicht entbunden habe. Dies könne zu einer Umkehr der Beweislast führen, wenn dem eigentlich Beweispflichtigen (dem Arbeitgeber) die Beweisführung nicht mehr zumutbar sei.³⁴¹ Diesen Ausführungen des Bundesarbeitsgerichtes ist zuzustimmen. Da die Beweiswerterschütterung bei im EU-Ausland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschwert ist, darf die Judikatur nicht so hohe Hürden aufstellen, dass der Einwand des Rechtsmissbrauchs faktisch kaum mehr zum Erfolg führen kann.

1.5. Die Verweigerung der Entgeltfortzahlung im Kampf gegen den Missbrauch

Angesichts der hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Erschütterung des Beweiswertes stellt, ist es nicht verwunderlich, dass es dem Arbeitgeber in den seltensten Fällen gelingt, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern. So mag der Arbeitgeber, der den angeblich arbeitsunfähigen Arbeitnehmer bei einer Freizeitaktivität antrifft, noch so verständliche Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit haben, es wird ihm nach der bisherigen

³³⁹ EuGH a.a.O.

³⁴⁰ BAG, Urteil vom 19.02.1997, NZA 1997, 705 (708).

³⁴¹ BAG, Urteil vom 19.02.1997, NZA 1997, 705 (709).

Rechtsprechung der Arbeitsgerichte kaum gelingen, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern.

Wegen der zahlreichen Einzelfallentscheidungen ist es für den Arbeitgeber oft kaum abzuschätzen, in welchen Fällen die Entgeltfortzahlung zu Recht verweigert werden kann. Dies stellt sich meist erst im Prozess heraus, was nicht zuletzt zu einer sehr unbefriedigenden Rechtsunsicherheit führt.

Die Möglichkeit, durch die Einstellung der Entgeltfortzahlung einen gewissen Druck auf den Arbeitnehmer auszuüben (etwa damit er in etwaige weitere Untersuchungen einwilligt), sollte nicht überschätzt werden, denn bei Nichtleistung von Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber wird die Pflicht der Krankenkassen zur Zahlung von Krankengeld wieder aktiviert, da der Krankengeldanspruch nicht mehr gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V ruht. Erweisen sich die Bedenken des Arbeitgebers im Prozess endgültig als unbegründet, muss er der Krankenkasse die geleisteten Beträge erstatten, da der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung gemäß § 115 SGB X in dieser Höhe auf die Kasse übergegangen ist.

Vor diesem Hintergrund sind die Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Beweiswerterschütterung stellt, oft zu hoch,³⁴² vor allem in Anbetracht dessen, dass der Arbeitgeber den Krankheitsbefund nicht kennt. Die ärztliche Diagnose kann er deshalb kaum in Zweifel ziehen. Die Arbeitsgerichte haben jedoch durchaus Beurteilungsspielräume, ob die Richtigkeitsvermutung im Einzelfall widerlegt ist. Deren sinnvolle Nutzung kann dazu beitragen, die Zahl der Missbrauchsfälle zu reduzieren. Die Anforderungen, die der Arbeitgeber bei der Erschütterung der Richtigkeitsvermutung zu erfüllen hat, dürfen hierbei nicht unrealistisch hoch geschraubt sein. Für eine Erleichterung der Anforderungen an eine Beweiswerterschütterung spricht auch die Neuregelung des § 275 SGB V betreffend die Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit durch den Medizinischen

³⁴² so auch Boecken, NZA 1999, 673 (680).

Dienst.³⁴³ Die damit verbundene Erleichterung dieser Kontrolle sollte prozessrechtlich ihre Parallele in dementsprechend geringeren Anforderungen an die arbeitgeberseits zu führende Beweiserschütterung finden.³⁴⁴ Der Arbeitgeber hat dann in sehr viel stärkerem Maße die Möglichkeit, den Missbrauch der Entgeltfortzahlung zu verhindern beziehungsweise zu vereiteln.

Bei im EU-Ausland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen dürfte aufgrund der Paletta I und II – Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes der Missbrauchseinwand – trotz der leichten Korrektur durch das Bundesarbeitsgericht –³⁴⁵ im Einzelfall nur äußerst selten zum Erfolg führen.

Die Frage, ob die Entgeltfortzahlung letztendlich verweigert werden soll, muss unter Abwägung aller Umstände im Einzelfall beantwortet werden. Bei der Beurteilung, ob ein Rechtsstreit durchgestanden werden soll, spielt auch ein präventiver Gesichtspunkt eine Rolle; eine konsequente Haltung kann das Verhalten der Belegschaft für die Zukunft positiv beeinflussen.³⁴⁶

2. Die gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechte

2.1. § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG

Das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht des § 7 EFZG beschränkt sich ausdrücklich auf Verstöße des Arbeitnehmers gegen einzelne, in den §§ 5 und 6 EFZG vorgeschriebene Verpflichtungen. Die Regelung ist insoweit abschließend. Nur die in § 7 EFZG aufgezählten Fälle – sieht man einmal von der Sonderregelung des § 100 Abs. 2 S. 2 1. HS SGB IV ab – berechtigen den Arbeitgeber zur Verweigerung der Entgeltfortzahlung.³⁴⁷ Wegen des in § 12 EFZG normierten Unabdingbarkeitsgrundsatzes kann das Leistungsverweigerungsrecht auch nicht durch kollektiv- oder einzelvertragliche Vereinbarungen erweitert werden.³⁴⁸

³⁴³ so auch Boecken, NZA 1999, 673 (680).

³⁴⁴ so auch Boecken, Münchner Handbuch für Arbeitsrecht, § 85 Rn. 51.

³⁴⁵ vgl. oben S. 100.

³⁴⁶ so auch Hunold, S. 117.

³⁴⁷ LAG Hamm, Urteil vom 26.06.1984, BB 1985, 273 für den damals geltenden § 5 LFZG.

³⁴⁸ Vossen, Entgeltfortzahlung, Rn. 367.

Für den Kampf gegen den Missbrauch ist alleine § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG relevant, weswegen im hier vorgegebenen Rahmen nur auf diese Regelung eingegangen wird.

Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG kann der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung verweigern, solange der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht vorlegt beziehungsweise seinen Verpflichtungen aus § 5 Abs. 2 EFZG nicht nachkommt.

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung spielt für die Begründung des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung keine Rolle.³⁴⁹ Ihre Nichtvorlage begründet keine rechts-hindernde oder rechtsvernichtende Einwendung zugunsten des Arbeitgebers. Es handelt sich nicht um eine arbeitsvertragliche Gegenleistung, sondern lediglich um eine unselbstständige Nebenpflicht des die Entgeltfortzahlung begehrenden Arbeitnehmers, deren selbstständige Erfüllung der Arbeitgeber nicht erzwingen kann. Aus diesem Grund steht dem Arbeitgeber auch kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB zu. Die Nichterfüllung der Nachweispflichten wird allenfalls schadensersatzrechtlich sanktioniert, wenn dem Arbeitgeber dadurch irgendwelche Schäden entstehen. In extremen Fällen kann auch eine Kündigung des Arbeitgebers gerechtfertigt sein.

Da die Nachweispflichten für den Arbeitgeber jedoch große Bedeutung haben, damit er anderweitige Dispositionen treffen kann, gibt § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG dem Arbeitgeber ein Leistungsverweigerungsrecht, um ihn nicht schutzlos zu stellen. Er ist hiernach (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt) berechtigt, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts solange zu verweigern, wie der Arbeitnehmer die ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit nicht vorlegt (beziehungsweise eine vorgelegte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht alle zwingend erforderlichen Angaben enthält). Ein Leistungsverweigerungsrecht besteht auch dann, wenn sich die Arbeitsunfähigkeit über die in der ärztlichen Bescheinigung angegebe-

³⁴⁹ BAG, Urteil vom 23.01.1985, AP Nr. 63 zu § 1 LFG; Leipold, FS Kissel, S. 629 (634); Fleischer, S. 48.

nen Dauer hinaus verlängert und eine ärztliche Folgebescheinigung gemäß § 5 Abs. 1 S. 4 EFZG nicht rechtzeitig vorgelegt wird.³⁵⁰

Ein zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht ergibt sich für den Arbeitgeber des weiteren aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., wenn der Arbeitnehmer im Ausland erkrankt und seiner Anzeigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber aus § 5 Abs. 2 EFZG nicht oder nur unvollständig nachkommt. Gleiches gilt, wenn er seinen in § 5 Abs. 2 EFZG vorgeschriebenen Verpflichtungen gegenüber seiner Krankenkasse nicht nachkommt. Erkrankt der Arbeitnehmer in einem Land, in dem diese Pflichten auch gegenüber einem dort ansässigen Sozialversicherungsträger erfüllt werden können (vereinfachtes Verfahren), müssen die dann geltenden Pflichten verletzt worden sein, um das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers auszulösen.³⁵¹ Erkrankt er dagegen in einem Land, in dem dies nicht möglich ist, kann daneben auch ein Verstoß gegen die in § 5 Abs. 1 S. 2 - S.4 EFZG geregelten Nachweispflichten zu einem Leistungsverweigerungsrecht nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. führen. Schließlich besteht ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers, solange der Arbeitnehmer bei Rückkehr aus dem Ausland seiner ihm gegenüber Arbeitgeber und Krankenkasse gemäß § 5 Abs. 2 S. 7 EFZG obliegenden Anzeigepflicht nicht nachkommt. Dagegen besteht kein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers bei Verletzung der Anzeigepflicht im Inland.³⁵²

Der Arbeitnehmer muss diese Pflichten gemäß § 7 Abs. 2 EFZG schuldhaft verletzt haben, damit dem Arbeitgeber ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Der Verschuldensbegriff richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.³⁵³ Danach hat der Arbeitnehmer Vorsatz und jede Form von Fahrlässigkeit zu vertreten. Hier ist kein allzu strenger Maßstab anzulegen.³⁵⁴ Bei einer Auslandserkrankung ist vor allem die längere Dauer des Postlaufs zu-

³⁵⁰ Kunz/Wedde, EFZR, § 7 Rn. 12.

³⁵¹ Schmitt, EFZG, § 7 Rn. 20.

³⁵² Schmitt, EFZG, § 7 Rn. 14; a.A.: Müller/Berenz, EFZG, § 7 Rn. 11.

³⁵³ BAG, Urteil vom 07.12.1988, EzA Nr. 3 zu § 5 LFZG; Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 7 Rn. 11; Schmitt, EFZG, § 7 Rn. 38.

³⁵⁴ Feichtinger, AR-Blattei SD, 1000.2 Rn. 186.

gunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Des weiteren kann man den Arbeitnehmer nicht für jede Nachlässigkeit seines Arztes verantwortlich machen; der Arzt ist nicht Erfüllungsgehilfe des Arbeitnehmers im Sinne des § 278 BGB.³⁵⁵

Bei § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG handelt es sich – wie bereits der Gesetzeswortlaut klarstellt – nicht um ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht, sondern dieses besteht nur „solange“ der Arbeitnehmer seine Verpflichtungen aus § 5 Abs. 1 S. 2-4, Abs. 2 EFZG schuldhaft nicht erfüllt. Ihre Verletzung führt somit nur zu einem vorläufigen Leistungsverweigerungsrecht.³⁵⁶ Bei Erfüllung erlischt das Leistungsverweigerungsrecht rückwirkend. Dem Arbeitnehmer steht nunmehr ein fälliger Entgeltfortzahlungsanspruch für den gesamten Zeitraum der Erkrankung zu.

Das Arbeitsgericht Wuppertal³⁵⁷ sieht eine verspätete Anzeige bei einer Erkrankung im Ausland als nicht „unverzüglich“ an. Deshalb könne diese Pflicht auch nicht mehr nachgeholt werden. In einem solchen Fall sei deshalb von einem dauernden Leistungsverweigerungsrecht auszugehen.

Dem ist nicht zu folgen. Auch das Bundesarbeitsgericht³⁵⁸ geht zu Recht davon aus, dass sich das zeitweilige Leistungsverweigerungsrecht nicht automatisch in ein endgültiges Leistungsverweigerungsrecht umwandelt, wenn ein im Urlaub im Ausland erkrankter Arbeitnehmer in die Bundesrepublik zurückkehrt, ohne zuvor nach § 5 Abs. 2 S. 1 EFZG seine Urlaubsanschrift angegeben zu haben. Auch in einem solchen Fall erlösche das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers. Allerdings stellt das Bundesarbeitsgericht klar, dass die Verletzung der Verpflichtung, dem Arbeitgeber die Urlaubsanschrift im Ausland mitzuteilen, beweisrechtlich von Bedeutung sein kann. Je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls kann darin eine Beweisvereitelung zu sehen sein.

³⁵⁵ Kunz/Wedde, EFZR, § 7 Rn. 33.

³⁵⁶ BAG, Urteil vom 19.02.1997, EzA Nr. 2 zu § 3 EFZG; Kramer BB 1996, 1662 (1665); Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 7 Rn. 5; Schmitt, EFZG, § 7 Rn. 22.

³⁵⁷ Urteil vom 20.11.1980.

³⁵⁸ Urteil vom 19.02.1997, NZA 1997, 652 (654).

Dieser Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes ist zuzustimmen. Alleine die Tatsache, dass eine Obliegenheit des Arbeitnehmers nicht mehr nachgeholt werden kann, kann aus einem vorläufigen kein endgültiges Leistungsverweigerungsrecht machen. Des weiteren wird das Leistungsverweigerungsrecht natürlich auch dann nicht zu einem endgültigen, wenn der Arbeitnehmer die Unterrichtung des Trägers der gesetzlichen Krankenversicherung erst nach Rückkehr in die Bundesrepublik vornimmt.³⁵⁹ Dies kann dann nicht anders gehandhabt werden, als bei einer Verletzung der Pflichten gegenüber dem Arbeitgeber.

In Einzelfällen kann dem Arbeitgeber jedoch, obwohl nach dem Gesetz nur ein zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht gegeben ist, nach den Grundsätzen der Verwirkung das Recht zustehen, die Entgeltfortzahlung auf Dauer zu verweigern. Verwirkung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber durch sein Verhalten Anlass zu der Annahme gegeben hat, er wolle seinen Anspruch nicht (mehr) geltend machen.³⁶⁰ Dabei genügt es nicht, wenn erhebliche Zeit bis zur Vorlage einer fehlenden Bescheinigung verstrichen ist;³⁶¹ es müssen vielmehr noch besondere Umstände hinzukommen, die eine verspätete Vorlage als einen Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen.

Macht der Arbeitgeber von seinem Leistungsverweigerungsrecht nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG Gebrauch, obliegt ihm im Entgeltfortzahlungsprozess die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der in dieser Norm angesprochenen Pflichtverletzungen.³⁶² Streiten die Parteien hingegen über die Schuldhaftigkeit der Pflichtverletzungen, ist der Arbeitnehmer dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass kein Verschulden von seiner Seite aus vorlag.³⁶³

2.2. § 100 Abs. 2 S. 2 1. HS SGB IV

Mit dem Ziel der Bekämpfung von Schwarzarbeit und der Verhinderung von Leistungsmissbrauch wurde am 01.07.1991 die Sozialversicherungsausweis-

³⁵⁹ Kaiser/Dunkl/Hold-Kleinsorge, EFZG, § 7 Rn. 21; a.A.: Schmitt Anm. 2.) zu BAG, AP Nr. 4 zu § 3 EFZG.

³⁶⁰ BAG, Urteil vom 27.08.1971, DB 1971, 2265 (2266).

³⁶¹ Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 7 Rn. 14.

³⁶² Schmitt, EFZG, § 7 Rn. 43.

³⁶³ Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 7 Rn. 12.

pflcht eingeführt.³⁶⁴

Ein solcher Ausweis ist dem Arbeitgeber bei Beginn einer Beschäftigung vorzulegen. In § 100 SGB IV wird neben der Bundesanstalt für Arbeit, dem Sozialamt und der Krankenkasse auch der Arbeitgeber ermächtigt, bei Gewährung von Leistungen wegen Arbeitslosigkeit oder Arbeitsunfähigkeit - zur Verhinderung von Leistungsmissbrauch durch gleichzeitige anderweitige Beschäftigung - die Hinterlegung des Sozialversicherungsausweises zu verlangen.

Der Gesetzesbegründung zu § 100 Abs. 2 SGB IV³⁶⁵ ist zu entnehmen, dass der Arbeitnehmer die Hinterlegung verlangen kann, „soweit er dies für erforderlich hält.“ Das Vorlageverlangen hat somit nach „billigem“ Ermessen im Sinne von § 315 Abs. 3 BGB zu erfolgen. Dazu müssen alle wesentlichen Umstände des Falles berücksichtigt und die beiderseitigen Interessen abgewogen werden. Abzustellen ist daher insbesondere darauf, ob im konkreten Einzelfall die Gefahr eines unberechtigten Leistungsbezugs bestehen könnte. Ist die Gefahr der missbräuchlichen Inanspruchnahme der Entgeltfortzahlung durch eine anderweitige Beschäftigung während der Krankmeldung durch die Umstände des Einzelfalles eindeutig ausgeschlossen (etwa aufgrund der Schwere der Krankheit/der Verletzungen des Arbeitnehmers), so ist das Verlangen nach der Hinterlegung des Ausweises unberechtigt. Das Verlangen darf auch nicht gegen das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot verstoßen oder diskriminierende Wirkung haben.

Hat der Arbeitgeber die Vorlage des Sozialversicherungsausweises verlangt, so ist er gemäß § 100 Abs. 2 S. 2 1. HS SGB IV berechtigt, die Entgeltfortzahlung so lange zu verweigern, bis die Hinterlegung erfolgt. Der Arbeitnehmer muss die Hinterlegungspflicht hierbei schuldhaft verletzt haben.

Nachdem in der Literatur und Rechtsprechung anfangs umstritten war, ob es sich bei diesem Leistungsverweigerungsrecht um ein nur zeitweise bestehendes handelt, oder ob die fehlende Hinterlegung zu einem entgeltigen Verlust

³⁶⁴ Gesetz zur Einführung eines Sozialversicherungsausweises und zur Änderung anderer Sozialgesetze vom 06.10.1989, BGBl. I/1989, S. 1822.

³⁶⁵ BT-Drucks. 11/2807, S. 14.

des Entgeltfortzahlungsanspruchs führt, liegt zwischenzeitlich eine höchstinstanzliche Entscheidung zu dieser Frage vor. Nach der zutreffenden Auffassung des Bundesarbeitsgerichts handelt es sich bei § 100 Abs. 2 S. 2 1. HS SGB IV um ein vorübergehendes Leistungsverweigerungsrecht.³⁶⁶ Hierfür spricht auch die Wortgleichheit mit der in § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG für die Nichtvorlage des ärztlichen Attestes getroffenen Formulierung.

2.3. Die Effektivität der gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechte im Kampf gegen den Missbrauch

Es ist fraglich, ob § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 1. und 2. Variante EFZG beziehungsweise § 100 Abs. 2 S. 2 1. HS SGB IV für den Arbeitgeber ein geeignetes Mittel darstellt, um dem Missbrauch seiner Entgeltfortzahlungsverpflichtung wirksam entgegenzutreten zu können.

Einen Missbrauch kann der Arbeitnehmer am gefahrlosesten betreiben, indem er das Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen vortäuscht. Unterlässt es der Arbeitnehmer dagegen, seinen Pflichten aus § 5 EFZG nachzukommen, erregt er nur unnötigerweise die Aufmerksamkeit des Arbeitgebers.³⁶⁷ Ein effektives Mittel, um gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlung vorzugehen, kann deshalb in § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG nicht gesehen werden. Unterlässt es der Arbeitnehmer, seinen Pflichten aus § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG nachzukommen, erweckt er hiermit das Misstrauen des Arbeitgebers. Ein Arbeitnehmer, der die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall missbräuchlich in Anspruch nehmen will, wird selten so ungeschickt vorgehen und dem Arbeitgeber dadurch die Möglichkeit bieten, nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG vorzugehen. Möchte er „krankfeiern“, erscheint es leichter, einen Arzt durch Simulation einer nicht objektivierbaren Krankheit zu täuschen.

Falls ein simulierender Arbeitnehmer doch so plump vorgegangen ist und am vierten Tag kein Attest vorgelegt hat, hat er aufgrund des nur dilatorischen Leistungsverweigerungsrechts regelmäßig die Möglichkeit, seine Pflichten nach-

³⁶⁶ BAG, Urteil vom 14.06.1995, AP Nr. 1 zu § 100 SGB IV.

³⁶⁷ so auch Galahn, S. 97.

träglich zu erfüllen und das vorübergehende Leistungsverweigerungsrecht so zum Erlöschen zu bringen.

Des Weiteren ist mit dem Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG den Kurzerkrankungen bis zu drei Tagen, unter denen viel Missbrauch vermutet wird, nicht beizukommen, da der Arbeitnehmer in dieser Zeit (noch) kein Attest vorlegen muss, falls der Arbeitgeber nicht von seinem Recht aus § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG Gebrauch gemacht hat.

Gegen die Effektivität des § 100 Abs. 2 S. 2 1. HS SGB IV spricht - ebenso wie bei § 7 Abs. 1 Nr. 1 - das nur dilatorische Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers.

Die Effektivität dieser Regelung ist beim Kampf gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlung jedoch nicht nur aus diesem Grund eher als gering einzuschätzen. Die Hinterlegung des Ausweises wird den Arbeitnehmer letztendlich nicht daran hindern, trotz Krankmeldung einer anderen Tätigkeit nachzugehen, wenn er dies möchte. Ferner wird das Vertrauensverhältnis zu dem Arbeitnehmer durch ein solches Verlangen stark beeinträchtigt.

Somit bleibt festzuhalten, dass ein geeignetes und effektives Mittel gegen den Missbrauch in den gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechten nicht gesehen werden kann.

3. Das vorzeitige Vorlageverlangen des Arbeitgebers nach § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG („individuelle Nachweispflicht“)

3.1. Einführung

Abweichend von der Grundregel des § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG ist der Arbeitgeber gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung „früher“ zu verlangen. Es handelt sich insoweit um einen sogenannten verhaltenen Anspruch,³⁶⁸ also um einen Anspruch, dessen Erfüllung jederzeit, aber nur auf Verlangen des Berechtigten zu bewirken ist.

³⁶⁸ vgl. Lepke, NZA 1995, 1084 (1086) m.w.N.

Mit der Regelung, es dem einzelnen Arbeitgeber zu überlassen, ob er bereits für den Beginn der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bescheinigung von seinem Arbeitnehmer fordert, hat der Gesetzgeber im Entgeltfortzahlungsgesetz von 1994 die Nachweispflicht flexibler ausgestaltet³⁶⁹ als dies in den Entwürfen der Fraktionen der CDU/CSU und FDP vom 24.06.1993³⁷⁰ und der Bundesregierung vom 13.08.1993³⁷¹ zunächst geplant war. Diese enthielten in Art. 1 § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG eine generelle Vorlagepflicht ab dem ersten Kalendertag der Arbeitsunfähigkeit, was dann jedoch wegen der hohen Kosten für das Gesundheitswesen verworfen wurde.

3.2. Inhalt und Form

Bei § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG handelt es sich um eine eigenständige Rechtsgrundlage, die es dem Arbeitgeber ermöglicht, die ärztliche Bescheinigung vor dem vierten Tag zu verlangen.³⁷²

Der Arbeitgeber kann nach dieser Vorschrift jedoch nicht nur den Zeitpunkt der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorverlegen. Die Formulierung „früher“ bezieht sich auch auf die Dauer der Erkrankung.³⁷³

Nach einer Mindermeinung³⁷⁴ darf hingegen aufgrund der Unabdingbarkeitsklausel des § 12 EFZG von der Regel des § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG (Nachweispflicht bei einer länger als drei Tage andauernden Arbeitsunfähigkeit) nicht abgewichen werden. Diese Frist steht hiernach nicht zur Disposition des Arbeitgebers. § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG eröffnet ihm nach dieser Auffassung lediglich die Möglichkeit, den Zeitpunkt der Nachweispflicht vorzuverlegen. Hiernach gilt

³⁶⁹ BT-Drucks. 12/5798, S. 26.

³⁷⁰ BT-Drucks. 12/5263.

³⁷¹ BR-Drucks. 506/93.

³⁷² Anders Berenz DB 1995, 2166 (2170); Müller/Berenz, EFZG, § 5 Rn. 32 ff. Hiernach hat § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG nur die Wirkung, dass der Arbeitnehmer auf Verlangen des Arbeitgebers die ohnehin schon für den ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit vorzulegende ärztliche Bescheinigung früher als nach der Frist des § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG einzureichen hat. Dies ist die Konsequenz aus der Tatsache, dass nach dieser Auffassung § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG nur eine Regelung über den Zeitpunkt darstellt, zu dem die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung spätestens vorzulegen ist, die Nachweispflicht selbst jedoch schon für den ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit besteht (vgl. oben S. 54).

³⁷³ Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 5 Rn. 28; Worzalla, NZA 1996, 61.

³⁷⁴ Kunz/Wedde, EFZR, § 5 Rn. 33; Wedde/Gerntke/Kunz/Platow, EFZG, § 5 Rn. 24.

auch gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG, dass eine Nachweispflicht durch Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung nur dann besteht, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Tage dauert.

Diese Meinung ist jedoch abzulehnen. Das Bundesarbeitsgericht³⁷⁵ hat zu Recht entschieden, dass der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits für den ersten Tag der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit verlangen kann. § 5 Abs. 1 S. 2 und 3 EFZG stehen somit als Wahlrecht nebeneinander. Durch Ausübung seines Rechts aus § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG kann der Arbeitgeber hierdurch eine Nachweispflicht bei Kurzerkrankungen begründen.

Das Vorlageverlangen des Arbeitgebers ist an keine bestimmte Form gebunden. Es kann deshalb mündlich oder schriftlich erfolgen.³⁷⁶ Da der Arbeitgeber im Entgeltfortzahlungsprozess in Bezug auf das vorzeitige Vorlageverlangen darlegungs- und beweispflichtig ist, empfiehlt sich jedoch eine schriftliche Erklärung.³⁷⁷

Der Arbeitgeber muss das Vorlageverlangen weder begründen,³⁷⁸ noch setzt es einen sachlichen Grund (etwa begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit) voraus.³⁷⁹ Der Arbeitgeber kann deshalb, um Missbräuchen vorzubeugen, die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung - ab Beginn der Arbeitsunfähigkeit - auch bloß stichprobenartig verlangen.³⁸⁰

3.3. Die Art des Vorlageverlangens

Ob der Arbeitgeber die vorzeitige Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aufgrund einer abstrakt-generellen Regelung verlangen kann (etwa antezipiert

³⁷⁵ Urteil vom 01.10.1997, DB 1998, 580.

³⁷⁶ Diller NJW 1994, 1690 (1692); Schaub § 98 V Rn. 127; Wozalla NZA 1996, 61 (65).

³⁷⁷ so auch Harth, S. 160.

³⁷⁸ Berenz, DB 1995, 2166 (2170); Schaub § 98 V Rn. 128/129.

³⁷⁹ Diller, NJW 1994, 1690 (1692); Hanau/Kramer, DB 1995, 94 (95); Müller/Berenz, EFZG, § 5 Rn. 33 wonach der Arbeitgeber „in jedem Fall die Möglichkeit hat, eine Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit früher zu verlangen“. **a.A.:** Wedde/Gerntke/Kunz/Platow, EFZG, § 5 Rn. 25 wonach die Regelung nur eingreifen soll, wenn der Arbeitgeber ernsthafte und objektiv begründete Zweifel an dem tatsächlichen Bestehen der Arbeitsunfähigkeit hat, etwa bei einer Erklärung seines Arbeitnehmers, die vermuten lässt, dass dieser die Krankheit nur vortäuscht.

³⁸⁰ Vossen, Entgeltfortzahlung, Rn. 272 m.w.N.

im Arbeitsvertrag oder durch Aushang am „schwarzen Brett“) oder ob das Vorlageverlangen anlässlich einer konkreten Erkrankung gestellt werden muss, ist streitig.

Die Vertreter einer Mindermeinung³⁸¹ halten ein generelles früheres Vorlageverlangen des Arbeitgebers, unerheblich ob es auf einer einzelarbeitsvertraglichen oder kollektivrechtlichen Vereinbarung beruht, für unzulässig, da es für den Arbeitnehmer ungünstiger sei und damit gegen § 12 EFZG verstoße. § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG sei im Gesamtzusammenhang mit § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG zu lesen und sei dementsprechend als Ausnahmeregelung konzipiert. Der Konzeption des § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG als Ausnahmenvorschrift würde es aber widersprechen, wenn ein generelles Vorlageverlangen im voraus vereinbart werden könnte. Denn dadurch würde die Ausnahme zur Regel werden.³⁸²

Die überwiegende Meinung hält hingegen ein generelles, antezipiertes Vorlageverlangen für zulässig.³⁸³ Auch das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 01.10.1997 ein arbeitsvertraglich vereinbartes antezipiertes Vorlageverlangen für zulässig gehalten.

Dem ist zuzustimmen. Dies ergibt sich bereits bei einem Blick auf die Gesetzesmaterialien. Dort wird zur Begründung der gesetzlichen Neuregelung ausgeführt, dass der Arbeitgeber „in jedem Fall“ die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verlangen kann.³⁸⁴ Hierdurch sollte eine flexiblere Ausgestaltung der Nachweispflicht gegenüber dem ursprünglichen Entwurf, der noch eine Nachweispflicht ab dem ersten Tag vorsah, erreicht werden.³⁸⁵

Zudem ist oftmals nur ein uneingeschränktes Vorlageverlangen geeignet, Arbeitnehmer von einer missbräuchlichen Ausnutzung des Rechts der Entgeltfortzahlung abzuhalten. Da die Bekämpfung dieses Missbrauchs ein Haupt-

³⁸¹ Schaub, BB 1994, 1629 (1630); Gola, BB 1995, 2318 (2320); Angel, S. 119 ff.

³⁸² Angel, S. 120.

³⁸³ Berenz, DB 1995, 2166 (2170); Hanau/Kramer, DB 1995, 94 (96); Diller, NJW 1994, 1690 (1692); Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 5 Rn. 22 ff.; Kleinebrink S. 50; Lepke, NZA 1995, 1084 (1087); Marburger, BB 1994, 1417 (1421); Schwedes, FS Stahlhacke, S. 489 (499).

³⁸⁴ BT-Drucksache 12/5798, S. 26.

³⁸⁵ BT-Drucksache 12/5263, S. 4, 13 f.

anliegen des Gesetzgebers war,³⁸⁶ spricht auch Sinn und Zweck der Neufassung des Gesetzes für die Möglichkeit eines uneingeschränkten Vorlageverlangens.

3.4. Rechtliche Grenzen eines vorzeitigen Vorlageverlangens

Die Ausübung des Rechts aus § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG ist dem Wortlaut nach an keine materiellen Voraussetzungen geknüpft (insbesondere muss der Arbeitgeber nicht besondere Verdachtsmomente darlegen) und bedarf auch keines sachlichen Grundes. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie inhaltlich überhaupt keinen Schranken unterworfen wäre.

Als einseitige Arbeitgeberanordnung hat die Geltendmachung zum einen gemäß der Auslegungsregel des § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen zu erfolgen.³⁸⁷ Unbillig wäre etwa ein schikanöses, einzelne Arbeitnehmer diskriminierendes Vorlageverlangen.³⁸⁸

Die Vorschrift des § 315 Abs. 1 BGB ist des weiteren besonders wichtig für die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Arbeitgeber frühestens die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung verlangen kann. Überwiegend wird dem Arbeitgeber hierbei das Recht eingeräumt, eine Verpflichtung zur Vorlage schon am ersten Krankheitstag zu verlangen.³⁸⁹ In der Literatur wird der Begriff „früher“ zum Teil jedoch auch einschränkend ausgelegt. Der Arbeitgeber kann hiernach das ärztliche Attest erst ab dem zweiten beziehungsweise dritten Krankheitstag verlangen.³⁹⁰ Begründet wird diese Ansicht vor allem mit Praktikabilitätsgründen. Es bedeute eine unzumutbare Überspannung der an den erkrankten Arbeitnehmer zu stellenden Anforderungen, wenn er dem Arbeitgeber noch am gleichen Tag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zukommen lassen müsse. Dies habe um

³⁸⁶ BT-Drucksache 12/5798, S. 22; BT-Drucksache 12/5263, S. 1, 10 f.

³⁸⁷ Hanau/Kramer, DB 1995, 94 (95); Lepke, NZA 1995, 1084 (1086).

³⁸⁸ Gola, BB 1995, 2318, 2320; Hanau/Kramer, DB 1995, 94 (96).

³⁸⁹ Feldgen, DB 1994, 1289 (1290); Schliemann, ArbuR 1994, 317 (324); Müller/Berenz, EFZG, § 5 Rn. 32 f.

³⁹⁰ Hanau/Kramer, DB 1995, 94 (95); Lepke, NZA 1995, 1084 (1086); Kramer, BB 1996, 1662 (1666); Vossen, Entgeltfortzahlung, Rn. 276.

so mehr zu gelten, als wegen der kurzen Frist der postalische Weg von vornherein ausscheidet.³⁹¹

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen.³⁹² Dagegen spricht bereits der Wortlaut der Gesetzesbegründung.³⁹³ Dort heißt es nämlich, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit haben soll, eine Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit ab dem ersten Tag zu verlangen. Der Arbeitgeber ist jedoch für den Fall, dass es dem Arbeitnehmer nicht möglich ist, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am ersten Tag vorzulegen, nicht zur Verweigerung der Lohnfortzahlung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG berechtigt. Dem Arbeitnehmer ist dann kein Verschuldensvorwurf im Sinne des § 7 Abs. 2 EFZG zu machen. Die (ohne Verschulden) später eingehende Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss jedoch bereits den ersten Arbeitsunfähigkeitstag belegen.

Verlangt der Arbeitgeber nicht von sämtlichen Mitarbeitern seines Betriebs, sondern nur von einzelnen Arbeitnehmern die vorzeitige Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, ist er an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Dieser verbietet dem Arbeitgeber die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage.³⁹⁴ Als nicht sachfremd in diesem Sinne ist es anzusehen, wenn der Arbeitgeber nur von Mitarbeitern ab einer bestimmten Fehlzeitquote oder in Abteilungen mit einem überdurchschnittlichen Krankenstand die vorzeitige Vorlage verlangt.³⁹⁵

Dem Arbeitgeber bleibt es unbenommen, in jedem Einzelfall neu zu entscheiden. Erst wenn der Arbeitgeber nach einer generalisierenden Regelung vorgeht, kann der Gleichbehandlungsgrundsatz eingreifen.³⁹⁶ Eine solche generalisierende Regelung liegt beispielsweise vor, wenn die Attestpflicht in gleichlau-

³⁹¹ vgl. Harth, S. 164.

³⁹² so auch Boecken, Münchner Handbuch für Arbeitsrecht, Band 1, § 85 Rn. 44.

³⁹³ BT-Drucksache, 12/5798, S. 26.

³⁹⁴ vgl. BAG, Urteil vom 20.11.1996, EzA Nr. 71 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG, Urteil vom 18.06.1997, EzA Nr. 66 zu Art. 3 GG.

³⁹⁵ Diller, NJW 1994, 1690 (1692).

³⁹⁶ vgl. Diller, NJW 1994, 1690 (1692).

tenden Arbeitsvertragsklauseln oder per Aushang am schwarzen Brett geregelt wird.

Unter Beachtung des Grundsatzes des billigen Ermessens und des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes kann der Arbeitgeber sein Recht nach § 5 Abs.1 Satz 3 EFZG speziell für einzelne oder generell für alle Arbeitnehmer ausüben.

3.5. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

Ob es für die Wirksamkeit des vorzeitigen Vorlageverlangens (wenn es generell für alle oder für eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern gelten soll) der Zustimmung des Betriebsrats bedarf, also ein Tatbestand der erzwingbaren Mitbestimmung vorliegt, ist umstritten.³⁹⁷

Problematisch ist sowohl der Gesetzesvorrang im Einleitungssatz des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG als auch die Frage, ob ein Fall des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG vorliegt.

§ 87 Abs. 1 ES BetrVG schließt das Mitbestimmungsrecht dann aus, wenn eine an und für sich mitbestimmungspflichtige Angelegenheit inhaltlich und abschließend durch Gesetz oder Tarifvertrag geregelt ist.

Nach einer Auffassung enthält § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG eine abschließende und zwingende Regelung, die die Anwendbarkeit des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sperre, da sie dem Arbeitgeber ein einseitiges und alleiniges Bestimmungsrecht einräumt.³⁹⁸ Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Eine generelle Anordnung des Arbeitgebers ist nach § 87 Abs. 1 – Eingangssatz – BetrVG nur dann mitbestimmungspflichtig, wenn keine gesetzliche oder tarifliche Bestimmung die Angelegenheit inhaltlich regelt. Eine solche – die Mitbestimmung des Betriebsrats verdrängende – Regelung liegt jedoch dann nicht vor, wenn einer Vertragspartei lediglich rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten gegeben werden, etwas zu ver-

³⁹⁷ bejahend: Schaub, BB 1994, 1629 (1630); Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG § 5 Rn. 25; Kunz/Wedde, EFZR, § 5 Rn. 37; verneinend: Diller, NJW 1994, 1690 (1692); Worzalla, NZA 1996, 61 (66); Kramer, BB 1996, 1662(1668).

³⁹⁸ Worzalla, NZA 1996, 61(66); Kramer, BB 1996, 1662(1668).

langen oder etwas durchzuführen.³⁹⁹ Nach § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG ist der Arbeitgeber berechtigt, das ärztliche Attest früher zu verlangen. Die näheren Umstände wie etwa Zeitpunkt oder Form der Bescheinigung oder der betroffene Personenkreis regelt das Gesetz nicht und führt damit auch nicht zu einer Sperrwirkung des Mitbestimmungsrechts. § 87 Abs. 1 ES BetrVG steht somit dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht entgegen.

Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass Fragen der betrieblichen Ordnung nur anwesende Arbeitnehmer betreffen und die Handhabung der Fehlzeiten durch den Arbeitgeber somit keinen Fall des § 87 Abs. 1 Nr. 1 darstellt.⁴⁰⁰

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Fehlzeiten einzelner Arbeitnehmer können erhebliche Auswirkungen auf die betriebliche Organisation (etwa bei Gruppenarbeit) und auf das persönliche Verhältnis der Mitarbeiter untereinander haben. Aus diesem Grunde hat das Bundesarbeitsgericht mehrfach entschieden, dass die Frage, ob und in welcher Form der Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verlangen kann, die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betrifft.⁴⁰¹ Für das Wann des Vorlageverlangens kann nichts anderes gelten. Bei dem vorzeitigen Vorlageverlangen des Arbeitgebers hat der Betriebsrat deshalb ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, falls ein kollektiver Tatbestand vorliegt. Dies hat auch das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 25. 01. 2000⁴⁰² so gesehen.

³⁹⁹ Feichtinger, AR-Blattei SD, 1000.2 Rn. 30 m.w.N.

⁴⁰⁰ Diller, NJW 1994, 1690.

⁴⁰¹ grundlegend BAG, Beschluss vom 27.06.1990, NZA 1991, 103; siehe auch Beschluss vom 21.01.1997, BB 1997, 365 f.

⁴⁰² BAGE 93, 276 ff.

3.6. Wirksamkeit der Regelung bei der Bekämpfung von Missbrauch

Bevor ein Arbeitgeber von der ihm in § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG eingeräumten Möglichkeit Gebrauch macht, sollte er bedenken, dass Ärzte erfahrungsgemäß dazu neigen, eine Arbeitsunfähigkeit selbst bei Erkrankungen, die zumeist nach drei Tagen abgeklungen sind, für eine ganze Woche zu attestieren.⁴⁰³ Erkrankt der Arbeitnehmer etwa an einem Montag wird der Arbeitgeber - wenn er die sofortige Attestvorlage verlangt - viele Arbeitnehmer erst am nächsten Montag wiedersehen, während ansonsten die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass der Arbeitnehmer bei nur leichten Erkrankungen noch im Laufe der Woche wieder am Arbeitsplatz erscheint. Somit besteht die Gefahr, dass der Arbeitnehmer länger der Arbeit fernbleibt, als wenn es bei der Vorlagepflicht bei der Grundregel des § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG geblieben wäre. Bei der Möglichkeit des Arbeitgebers, die Attestvorlage früher zu verlangen, ist deshalb Vorsicht geboten. Sinnvoll kann die Pflicht zur sofortigen Attestvorlage aber bei Mitarbeitern mit häufigen Kurzerkrankungen sein oder an Tagen, an denen erfahrungsgemäß mit verstärkten Missbräuchen zu rechnen ist (Beginn der Erkrankung montags oder freitags; Erkrankungen an Brückentagen, Karnevalszeit etc.).

II. Kontrollmaßnahmen

Die Durchführung von Kontrollmaßnahmen bietet sich in Fällen an, in denen Zweifel an der tatsächlichen Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bestehen. Dies kann etwa bei häufigen Kurzerkrankungen oder bei gehäufter Abwesenheit an bestimmten Wochentagen (Montag und Freitag -Brückentage-) der Fall sein.

Will sich der Arbeitgeber darauf stützen, dass es sich bei der vorgelegten Bescheinigung um ein Gefälligkeitsattest handelt oder die Krankheit simuliert wird, muss er versuchen, dies nachzuweisen, was natürlich naturgemäß gewisse Schwierigkeiten bereitet. Zudem ist die ausgestellte Bescheinigung inhaltlich ohnehin selten besonders aussagekräftig, so dass ihm eine ausreichende Beurteilungsgrundlage fehlt. Der Arbeitgeber wird versuchen, den Beweiswert der

⁴⁰³ Hanau/Kramer, DB 1995, 94 (96); Schliemann AuR 1994, 317 (324); Helml, EFZG, § 5 Rn. 12.

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern, wenn er den Verdacht hat, dass der Arbeitnehmer in Wirklichkeit gar nicht arbeitsunfähig ist. Hierbei kommen als Kontrollmaßnahmen vor allem die Einschaltung des Medizinischen Dienstes und die Aufforderung zur Vorlage eines Bestätigungsattestes von einem anderen Arzt in Betracht. Der Arbeitgeber kann sich aber auch um den Nachweis eines krankheitswidrigen Verhaltens bemühen. Dazu dienen häusliche Kontrollbesuche und die Einschaltung einer Detektei.

„Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser.“ Dieser von Lenin stammende Grundsatz ist bei der Bekämpfung des Missbrauchs bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle mit Vorsicht zu genießen. Kontrollmaßnahmen stehen im Grunde im Widerspruch zu einer modernen Personalpolitik, die nicht durch Strafen und Kontrollen, sondern durch Überzeugung zu wirken suchen sollte.⁴⁰⁴ Derartige Maßnahmen treffen eventuell nicht nur den Simulanten, sondern auch den wirklich Kranken und können das Arbeitsverhältnis aufgrund des offen zutage tretenden Misstrauens erheblich belasten. Kontrollmaßnahmen mögen zwar einerseits auf den ein oder anderen Simulanten abschreckend wirken, sie können aber andererseits die beklagte „negative Arbeitsmoral“ noch verschlechtern.⁴⁰⁵ Jeder vernünftig denkende Arbeitgeber wird deshalb das gute Verhältnis zu bewährten Arbeitnehmern nicht dadurch gefährden, dass er deren Integrität durch grundlose Kontrollen in Zweifel zieht. Eine durch die von Kontrollmaßnahmen ausgehende Abschreckungswirkung, die zu einer Senkung des Krankenstandes führen kann, kann unter Umständen nur durch eine erhöhte Fluktuation „erkauft“ werden.⁴⁰⁶

Auf der anderen Seite ist jedoch allgemein bekannt, dass über die inhaltliche Richtigkeit von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen auch unter Medizinern nicht immer eine einhellige Auffassung besteht; dass auch manchmal Ärzte die Lage ihrer Patienten etwas subjektiv betrachten, besonders wenn sie das persön-

⁴⁰⁴ so auch Boeck u.a., S. 98.

⁴⁰⁵ Oppolzer, Ökologie der Arbeit, S. 43.

⁴⁰⁶ so Boeck u.a., S. 98.

liche Umfeld des Patienten kennen.⁴⁰⁷ Es kann daher bei längeren oder bei häufigeren Erkrankungen nicht immer verhindert werden, dass beim Arbeitgeber Zweifel an der unbestreitbaren Richtigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung entstehen. Man muss ihm in diesen Fällen das Recht zubilligen, eine gewisse Kontrolle ausüben zu können, da er ansonsten völlig wehrlos dem Arbeitnehmer und dessen Arzt ausgeliefert wäre.⁴⁰⁸

1. Die Untersuchung durch den Medizinischen Dienst

1.1. Einführung

Eine Möglichkeit für den Arbeitgeber, die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers überprüfen zu lassen, ist (falls die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung von einem Kassenarzt ausgestellt wurde) die Begutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen.

§ 275 SGB V verpflichtet die Krankenkassen, in bestimmten Fällen, vor allem bei Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit, eine Begutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung zu veranlassen. § 275 SGB V ist mit dem Gesundheits-Reformgesetz vom 20.12.1988⁴⁰⁹ zum 01.01.1989 in Kraft getreten und hat damit die bis dahin geltende Regelung des § 369 b RVO abgelöst. An die Stelle der Begutachtung durch den Vertrauensärztlichen Dienst trat hierdurch die Stellungnahme durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung. Träger des Medizinischen Dienstes sind seither die Krankenkassen, während der Vertrauensärztliche Dienst von der Abteilung „Krankenversicherung“ der Landesversicherungsanstalten durchgeführt wurde. Die Spitzenverbände der Krankenkassen haben hierfür gemäß § 282 SGB V gemeinsam und einheitlich „Richtlinien über die Zusammenarbeit der Krankenkassen mit den Medizinischen Diensten der Krankenversicherung (MDKRL)“ beschlossen.⁴¹⁰

Die Rechtsentwicklung hat bezüglich des Verfahrens zu einer Stärkung der Po-

⁴⁰⁷ vgl. Bscheider S. 30.

⁴⁰⁸ vgl. LAG Bremen, Urteil vom 28.03.1956, AP Nr. 17 zu § 626 BGB Anm. Schnorr von Carolsfeld 2. Bl. Nr. 318.

⁴⁰⁹ BGBl. 1988/I, S. 2477 ff.

⁴¹⁰ Abgedruckt in der Fassung vom 27.08.1990 in: Müller/Berenz, EFZG, Anhang 8.

sition des Arbeitgebers geführt. Seit 1983⁴¹¹ war die Krankenkasse verpflichtet, eine Begutachtung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Vertrauensarzt auch dann zu veranlassen, wenn der Arbeitgeber dies unter Darlegung begründeter Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit verlangte. Damit wurde dem Arbeitgeber erstmals ein eigenes Antragsrecht gegenüber der Krankenkasse auf vertrauensärztliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers eingeräumt. Bis dato hatte er weder ein eigenes Recht auf unmittelbare Einschaltung des Vertrauensarztes noch ein Antragsrecht gegenüber der Krankenkasse.

Die effektivere Überprüfung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen wurde bei der Diskussion um die Finanzierung der Pflegeversicherung intensiv geführt.⁴¹² Aus diesem Grunde wurde das Recht zur Einschaltung des Medizinischen Dienstes nach den §§ 275 ff. SGB V am 01.01.1995 nochmals geändert. Seither ist die Konsultation der Krankenkassen für den Arbeitgeber unter erleichterten Bedingungen möglich, und durch die Stärkung der Position des Arbeitgebers ist eine effektivere Missbrauchsbekämpfung möglich. Durch die Änderung des § 275 Abs. 1 Nr. 3 b SGB V und die Einführung des § 275 Abs. 1 a SGB V (durch Art. 4 PflegeVG) ist die Qualifizierung der Zweifel als „begründete“ entfallen.

Für den Arbeitgeber besteht nun gemäß § 275 Abs. 1 a S. 3 SGB V die Möglichkeit, beim Verdacht einer Gefälligkeitskrankschreibung beziehungsweise der Simulation die Krankenkassen einzuschalten, die dann ihrerseits verpflichtet sind, den Medizinischen Dienst zu beauftragen und von ihm eine gutachtliche Stellungnahme einzuholen, wenn der Arbeitnehmer in der gesetzlichen Krankenversicherung oder bei einer Ersatzkasse versichert ist. Nur ausnahmsweise kann die Krankenkasse von der Einholung einer gutachtlichen Stellungnahme absehen, wenn sich die medizinischen Voraussetzungen der Arbeitsunfähigkeit eindeutig aus den der Krankenkasse vorliegenden ärztlichen Untersuchungen ergeben (§ 275 Abs. 1 a S. 3 und 4 SGB V).

⁴¹¹ Änderung des seinerzeitigen § 369 b Abs. 1 Nr. 2 RVO durch das Haushaltsbegleitgesetz 1983, BGBl. 1982/I, S. 1857 ff.

⁴¹² vgl. BT-Drucks. 12/5262, S. 87.

Zu einer weiteren Verbesserung des Antragsrechts, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz zum 01.01.1997 diskutiert worden ist, kam es jedoch nicht. In einem Entwurf⁴¹³ war vorgesehen, dass der Arbeitgeber sich ohne Einschaltung der Krankenkasse direkt an den Medizinischen Dienst der Krankenkassen zwecks Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit hätte wenden können, was zu einer Verfahrensbeschleunigung geführt hätte. Der neu einzufügende § 5 a EFZG regelte die Verpflichtung des Arbeitnehmers, an dieser Prüfung mitzuwirken. Eine Ergänzung in § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG sah ein vorläufiges Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers für den Fall vor, dass der Arbeitnehmer seinen Mitwirkungspflichten nach § 5 a EFZG nicht nachkam. Diese weiteren Regelungen zur Missbrauchsbekämpfung haben die erforderlichen parlamentarischen Mehrheiten jedoch nicht gefunden, da der Bundesrat seine Zustimmung versagte.

Die Vorladung des Arbeitnehmers durch den Medizinischen Dienst auf Veranlassung des Arbeitgebers setzt voraus, dass der Krankenstand durch den Arbeitgeber überwacht wird und er dadurch weiß, welche Mitarbeiter aufgrund ihres Krankschreibeverhaltens besonders verdächtig sind.

1.2. Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit

Die Anzeige- und Nachweispflichten sowie die Übersendung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mit dem ärztlichen Befundbericht an die Krankenkasse stehen mit der Begutachtung der Arbeitsunfähigkeit durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen in engem Zusammenhang. Gemäß § 5 Abs. 1 S. 5 EFZG hat der behandelnde Arzt für Mitglieder einer gesetzlichen Krankenkasse dieser unverzüglich eine Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit mit Angaben über den Befund und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu übersenden. Dadurch wird die Krankenkasse in der Regel in die Lage versetzt, die Arbeitsunfähigkeit zu beurteilen und den Anspruch auf Krankengeld festzustellen. Treten hierbei Zweifel über das Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit auf, so ist die Krankenkasse gemäß § 275 Abs. 1 Nr. 3 b SGB V verpflichtet, eine Be-

⁴¹³ BT-Drucks 13/4611, S. 4 (Gesetzesentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und F.D.P) v. 10.05.1996.

gutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen zu veranlassen. Diese Verpflichtung obliegt der Krankenkasse unabhängig davon, ob sie Krankengeld zahlt oder ob dieser Anspruch wegen der Entgeltfortzahlung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V ruht. Die Krankenkasse ist dabei gehalten, von Amts wegen alle ihr bekannt werdenden Umstände zu berücksichtigen, die einen Anhaltspunkt dafür ergeben, dass Arbeitsunfähigkeit in Wirklichkeit gar nicht vorliegt. Sie muss alle eingehenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sofort sichten und prüfen, ob sie richtig und vollständig ausgefüllt sind und ob eine Vorladung des Versicherten zum Medizinischen Dienst angezeigt ist. Dabei können sie sich auch durch den Medizinischen Dienst unterstützen lassen. Dieser führt eine sozialmedizinische Vorberatung bei der Auswahl der geeigneten Fälle durch.⁴¹⁴

Grundsätzlich brauchen die Zweifel aber nicht unmittelbar bei der Krankenkasse zu entstehen. Ebenso wie der behandelnde Arzt oder der Arzt des Medizinischen Dienstes kann auch der Arbeitgeber der Krankenkasse diejenigen Anhaltspunkte liefern, die eine gutachtliche Stellungnahme rechtfertigen. Des Weiteren kann der Arbeitgeber gemäß § 275 Abs. 1 a S. 3 SGB V verlangen, dass die Krankenkasse eine gutachtliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit einholt.

Die Zweifel, die auf Verlangen des Arbeitgebers eine Begutachtung durch den Medizinischen Dienst ermöglichen, müssen nun nicht mehr „begründet“ sein, wie dies in § 275 Abs. 1 Nr. 3 b SGB V a.F. noch verlangt worden ist.

Unter „begründeten“ Zweifeln waren Zweifel zu verstehen, die sich an bestimmten, objektiven Tatsachen festmachen ließen; es mussten konkrete Umstände oder Tatsachen vorliegen, aus denen sich für einen objektiv urteilenden Sachkundigen ein berechtigter Zweifel am Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit ergab.⁴¹⁵

Gemäß § 275 Abs. 1 Nr. 3 b SGB V reichen nunmehr einfache Zweifel, um das Verfahren in Gang zu setzen. Der Gesetzgeber wollte die Voraussetzungen für die Einschaltung des Medizinischen Dienstes herabsetzen. Der Unterschied ist

⁴¹⁴ Müller/Berenz, EFZG, § 5 Rn. 156.

⁴¹⁵ vgl. Hunold, S. 113 ff.

dabei graduell zu verstehen; es genügt eine geringere „Verdachtsstufe“ für das Nichtbestehen der Arbeitsunfähigkeit, um eine Überprüfung einleiten zu können. Dies ist eine wesentliche Erleichterung für den Arbeitgeber, der früher bei seinem Antrag die begründeten Zweifel geltend machen musste. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Einholung einer gutachtlichen Stellungnahme durch den Medizinischen Dienst zur Durchführung von Stichproben zulässig ist. Aus der Fassung des § 275 Abs. 1 a SGB V ergibt sich eindeutig, dass das Antragsrecht des Arbeitgebers nur dann bestehen soll, wenn Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit vorliegen. Die Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit müssen im konkreten Einzelfall bestehen. Eine allgemeine Begründung des Arbeitgebers, der Krankenstand in seinem Betrieb sei erheblich angestiegen, deshalb müssten verstärkte Überprüfungen durch den Medizinischen Dienst erfolgen, reicht nicht aus. Es ist nicht Aufgabe des Medizinischen Dienstes, entsprechende Untersuchungen durchzuführen, um erst Tatsachen aufzudecken, die zu Zweifeln Anlass geben.⁴¹⁶ Eine Begutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen kommt somit nur dann in Betracht, wenn sich im konkreten Einzelfall Zweifel an dem Bestehen der Arbeitsunfähigkeit gezeigt haben; lediglich die Darlegung dieser Zweifel durch den Arbeitgeber bei der Antragsstellung entfällt.

Allerdings wird die Krankenkasse den Medizinischen Dienst nur dann einschalten, wenn sie Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Inanspruchnahme sieht. Denn sie kann von einer Beauftragung des Medizinischen Dienstes absehen, wenn sich die medizinischen Voraussetzungen der Arbeitsunfähigkeit eindeutig aus den Unterlagen ergeben (§ 275 Abs. 1 a S. 4 SGB V). Der Arbeitgeber tut also gut daran, wenn er die Umstände darlegt, auf die sich seine Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit stützen. Andernfalls läuft er Gefahr, dass die Krankenkasse seinen Antrag unter Hinweis auf die Krankenunterlagen ablehnt.

1.3. Die Regelbeispiele

Die Umstände, die den Antrag auf Einschaltung des Medizinischen Dienstes rechtfertigen, lassen sich jetzt ansatzweise dem Gesetz entnehmen. Nach §

⁴¹⁶ Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 5 Rn. 72.

275 Abs. 1 a S. 1 lit. a) SGB V sind Zweifel an der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung insbesondere dann berechtigt, wenn der Arbeitnehmer auffällig häufig beziehungsweise auffällig häufig nur für kurze Dauer arbeitsunfähig ist oder wenn der Beginn der Arbeitsunfähigkeit häufig auf einen Arbeitstag am Beginn oder am Ende einer Woche fällt. Gemäß § 275 Abs. 1 a lit. b) SGB V sind Zweifel auch dann anzunehmen, wenn die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist.

1.3.1. Die Regelbeispiele des § 275 Abs. 1 a lit. a) 1. und 2. Var. SGB V

Nach § 275 Abs. 1 a lit. a) 1. und 2. Var. SGB V sind Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit dann anzunehmen, wenn der gesetzlich versicherte Arbeitnehmer auffällig häufig oder auffällig häufig nur für kurze Dauer arbeitsunfähig ist. Unter der auffälligen Häufigkeit ist nach der amtlichen Begründung des Gesetzgebers zum Gesetzentwurf⁴¹⁷ eine Wiederholung zu verstehen, die nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht mehr plausibel erscheint.

Eine solche, nicht plausible Wiederholung wird man annehmen können, wenn der Arbeitnehmer um 50 % erhöhte krankheitsbedingte Fehltage aufweist wie der Durchschnitt seiner Vergleichsgruppe, also der übrigen Arbeitnehmer seines Betriebes, seiner Abteilung oder Altersgruppe.⁴¹⁸ Um das Merkmal der auffälligen Häufigkeit festzustellen, braucht der Arbeitgeber somit - ebenso wie die Krankenkasse - Vergleichsgruppen über den Krankenstand und die Dauer der Erkrankungen, mit der sie die Zeiten der Arbeitsunfähigkeiten des betreffenden Arbeitnehmers vergleichen kann.

1.3.2. Das Regelbeispiel des § 275 Abs. 1 a lit. a) 3. Var. SGB V

Nach der dritten Variante des § 275 Abs. 1 a lit. a) sind Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit auch dann anzunehmen, wenn der Beginn der Arbeitsunfähigkeit häufig auf einen Arbeitstag am Beginn oder am Ende einer Woche fällt. Mit Hilfe dieser Vorschrift soll die hohe Zahl der Krankmeldungen an Montagen und Frei-

⁴¹⁷ BT-Drucks. 12/5262, S. 157.

⁴¹⁸ vgl. Hanau/Kramer, DB 1995, 94(98); ebenso: Lepke, NZA 1995, 1084(1089); Bauer/Röder/Lingemann, S. 77; Edenfeld, DB 1997, 2273(2276).

tagen eingedämmt werden. Im Gegensatz zu den beiden ersten Varianten des § 275 Abs. 1 a lit. a) ist hier der arbeitsunfähig geschriebene Arbeitnehmer selbst Vergleichsmaßstab.

1.3.3. Das Regelbeispiel des § 275 Abs. 1 a lit. b) SGB V

Gemäß § 275 Abs. 1 a lit. b) sind Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit auch dann anzunehmen, wenn die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist. In diesem Fall liegt der Verdacht nahe, dass der Arzt den Arbeitnehmer leichtfertig arbeitsunfähig geschrieben hat. Ob diese Tatbestandsmerkmale vorliegen, wird sich zumeist der Kenntnis des Arbeitgebers entziehen. Dieser Tatbestand ist daher in der Regel nur für die Krankenkassen relevant, die etwa Informationen vom Medizinischen Dienst der Krankenkassen haben können, der bei den Stichproben im Rahmen des § 275 Abs. 1 b Auffälligkeiten bemerkt hat. Was den Begriff der „Häufigkeit“ betrifft, gelten die Ausführungen im Rahmen des § 275 Abs. 1 a lit. a) SGB V entsprechend.

1.3.4. Sonstige Umstände, die Zweifel begründen können

Die Aufzählung in § 275 Abs. 1 a ist nicht enumerativ, sondern nur exemplarisch.⁴¹⁹ Dies folgt aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ in § 275 Abs. 1 a S. 1 SGB V.⁴²⁰ Die Zweifel der Krankenkasse beziehungsweise des Arbeitgebers an der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit können im übrigen medizinischer, rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Die MDKRL⁴²¹ enthalten in 3.1.3.2. einen beispielhaften Katalog von Ursachen für Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit:

- Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung enthält keine eindeutige Diagnose,
- der Befundbericht fehlt, ist unzureichend oder entspricht nicht der Diagnose,
- Diagnose und Befundbericht stehen nicht im Einklang mit der bescheinigten voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit,

⁴¹⁹ vgl. Lepke, Rn. 384 m.w.N.

⁴²⁰ Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 5 Rn. 71.

⁴²¹ siehe oben S. 119.

- Attestierung von Arbeitsunfähigkeit außerhalb des Fachgebietes des Arztes,
- häufige Auffälligkeit des Arztes bei der Attestierung von Arbeitsunfähigkeit,
- das Vorliegen einer Krankheit im versicherungsrechtlichen Sinne ist fraglich,
- häufige Arbeitsunfähigkeit wegen wechselnder, leichter Befindlichkeitsstörungen,
- häufiger Arztwechsel,
- erneute Bescheinigung von Arbeitsunfähigkeit durch einen anderen Arzt nach Feststellung von Arbeitsfähigkeit durch den bisher behandelnden Arzt oder den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung,
- regelmäßige Arbeitsaufnahme vor der ersten Einladung zur sozialmedizinischen Begutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung,
- Fehlverhalten des Versicherten im Hinblick auf das bescheinigte Krankheitsbild,
- Arbeitsunfähigkeitsmeldung nach innerbetrieblichen Differenzen oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses,
- vorherige Ankündigung der Arbeitsunfähigkeit durch den Versicherten.

1.4. Der Ablauf des Verfahrens

Sind die Voraussetzungen des § 275 Abs. 1 Nr. 3 b SGB V erfüllt, dann trifft die Krankenkasse eine gesetzliche Verpflichtung, die gutachtliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes zu veranlassen; die Einschaltung steht nicht in ihrem Ermessen.

Gemäß § 275 Abs. 1 a S. 3 SGB V besteht ein Rechtsanspruch des Arbeitgebers darauf, dass die Krankenkasse den Medizinischen Dienst zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit konsultiert, wenn sich die medizinischen Voraussetzungen der Arbeitsunfähigkeit nicht eindeutig aus den der Krankenkasse vorliegenden ärztlichen Unterlagen ergeben (§ 275 Abs. 1 a S. 4 SGB V). Ansonsten kann sich die Krankenkasse nicht einfach über die vom Arbeitgeber geäußerten

Zweifel hinwegsetzen. Bei Untätigkeit der Krankenkasse kann der Arbeitgeber vor dem Sozialgericht seinen Anspruch gegen sie im Wege einer Leistungsklage - § 54 Abs. 5 SGG – durchsetzen⁴²², was wegen des Zeitfaktors jedoch wenig sinnvoll erscheint. Der Arbeitgeber selbst hat nicht die Möglichkeit, den Medizinischen Dienst unmittelbar zur Begutachtung einzuschalten.

Die Krankenkasse hat den Medizinischen Dienst über die jeweiligen Vorladungsgründe und auch über die vom Arbeitgeber dargelegten Zweifel zu informieren. Die Begutachtung durch den Medizinischen Dienst erfolgt in aller Regel auf Grund einer körperlichen Untersuchung. Eine Begutachtung nach Aktenlage ist hingegen die Ausnahme.

Durch das PflegeVersG wurde in § 276 Abs. 5 SGB V den Ärzten des Medizinischen Dienstes das Recht eingeräumt, den Versicherten auch in seiner Wohnung zu untersuchen. Im Hinblick auf Art. 13 GG ist dieses Recht jedoch an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. So ist eine Untersuchung in der Wohnung dann möglich, wenn aus den Befundberichten hervorgeht, dass der Versicherte sich nicht fortbewegen kann oder nicht transportfähig ist, oder der Versicherte selbst dies mitteilt und deshalb zu einem Untersuchungstermin nicht erscheint. Verweigert der Versicherte seine Zustimmung zur Untersuchung in der Wohnung, obwohl er nur dort untersucht werden könnte, kann die Kasse die Leistung kürzen oder versagen.

Die Ärzte des Medizinischen Dienstes sind gemäß § 275 Abs. 5 S. 1 SGB V bei der Wahrnehmung ihrer medizinischen Aufgaben nur ihrem ärztlichen Gewissen unterworfen. Insoweit sind sie an Weisungen nicht gebunden. Der gesundheitliche Zustand des Arbeitnehmers ist objektiv darzulegen. Auf der anderen Seite hat der Medizinische Dienst gegenüber dem behandelnden Arzt auch keine Weisungsbefugnis. Er darf gemäß § 275 Abs. 5 S. 2 SGB V auch nicht in die Behandlung des Vertragsarztes eingreifen. Der Medizinische Dienst der Krankenkassen ist kein Oberkontrollorgan der behandelnden Ärzte.⁴²³

⁴²² Becker, DB 1983, 1253; Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 5 Rn. 74.

⁴²³ vgl. Galahn, S. 115.

Die Prüfung, ob Zweifel an der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bestehen, muss gemäß § 275 Abs. 1 a S. 2 SGB V unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, nach Vorlage der ärztlichen Bescheinigung erfolgen. Diese Verpflichtung besteht unabhängig davon, ob die Krankenkasse bereits Krankengeld an den Arbeitnehmer bezahlt hat oder der Arbeitgeber noch zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verpflichtet ist. Denn die Prüfung und gegebenenfalls die Einschaltung des Medizinischen Dienstes dient nicht nur dem Interesse der Krankenkasse selbst, eigene Versicherungsleistungen rechtzeitig nachprüfen zu lassen, sondern auch dem Interesse des von dem krankheitsbedingten Ausfall des Arbeitnehmers betroffenen Arbeitgebers und letztendlich auch dem Interesse der Versichertengemeinschaft an einer ordnungsgemäßen Verwendung der geleisteten Beträge.⁴²⁴

Durch die Einführung des § 275 Abs. 1 a S. 2 SGB V durch das PflegeVersG sollte eine Verfahrensbeschleunigung erreicht werden. Denn je zeitnaher die vom Medizinischen Dienst erfolgte Nachuntersuchung zu der testierten Arbeitsunfähigkeit liegt, desto brauchbarer und aussagekräftiger sind ihre Ergebnisse. Durch die Neuregelung sollte dem Missstand entgegengewirkt werden, wonach kaum eine Begutachtung durch den Medizinischen Dienst in den ersten beiden Wochen der Arbeitsunfähigkeit stattfand.⁴²⁵ Nicht selten wurden die Krankenkassen erst nach Ablauf des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraumes tätig. Dadurch wurde die Entkräftung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vereitelt, weil selbst eine tatsächlich bestehende Krankheit bis dahin längst abgeklungen war.

Gemäß § 277 Abs. 1 S. 1 SGB V hat der Medizinische Dienst dem behandelnden Arzt und der Krankenkasse das Ergebnis der Begutachtung und der Krankenkasse die erforderlichen Angaben über den Befund mitzuteilen. Der Medizinische Dienst erstellt die Stellungnahme schriftlich in Form eines Gutachtens. Das Gutachten des Medizinischen Dienstes ist grundsätzlich verbindlich.⁴²⁶

⁴²⁴ so Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 5 EFZG Rn. 73.

⁴²⁵ BT-Drucks. 12/5262, S. 157.

⁴²⁶ AU-Richtlinien Ziff. 23 S. 1; Müller/Berenz, EFZG, § 5 Rn. 162.

Gegenüber dem behandelnden Arzt besteht für den Medizinischen Dienst gemäß § 277 Abs. 1 S. 2 SGB V die Befugnis, jedoch nicht die Verpflichtung, den Befund mitzuteilen. Bestehen zwischen dem behandelnden Arzt und dem Medizinischen Dienst Meinungsverschiedenheiten, so kann der behandelnde Arzt unter Darlegung seiner Gründe die Krankenkasse unterrichten.⁴²⁷ Kann die Krankenkasse die Meinungsverschiedenheiten nicht ausräumen, hat sie auf Verlangen des Arztes ein Zweitgutachten herbeizuführen.⁴²⁸

Die Krankenkasse hat gemäß § 277 Abs. 2 S. 1 SGB V auch dem Arbeitgeber und dem Versicherten das Ergebnis des Gutachtens des Medizinischen Dienstes über die Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen, wenn es mit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des behandelnden Arztes nicht übereinstimmt. Mangelnde Übereinstimmung kann sowohl dann vorliegen, wenn der Medizinische Dienst zu dem Ergebnis kommt, Arbeitsunfähigkeit sei nicht gegeben, als auch dann, wenn die vom behandelnden Arzt bescheinigte Dauer einer Arbeitsunfähigkeit nicht bestätigt wird.⁴²⁹ Die Mitteilung darf jedoch gemäß § 277 Abs. 2 S. 2 SGB V keine Angaben über die Krankheit des Versicherten enthalten.

1.5. Die Pflicht des Arbeitnehmers, sich untersuchen zu lassen und die Folgen einer Verweigerung

Die §§ 275 ff. SGB V gelten nur im Verhältnis zwischen der Krankenkasse und ihren Versicherten.⁴³⁰ Aus diesem Grunde besteht auch keine Pflicht des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber, der Vorladung des Medizinischen Dienstes Folge zu leisten.

Die Pflicht, der Vorladung nachzukommen, ergibt sich für den Arbeitnehmer aus § 62 SGB I. § 62 SGB I enthält eine Mitwirkungspflicht des krankenversicherten Arbeitnehmers gegenüber der Krankenkasse, wenn es um den Bezug von Krankengeld geht. Danach soll sich der Arbeitnehmer, der Sozialleistungen beansprucht oder erhält, ärztlich untersuchen lassen, soweit dies für die Ent-

⁴²⁷ AU-Richtlinien Ziff. 23 S. 2.

⁴²⁸ so die AU-Richtlinien in Ziff. 23 S. 3.

⁴²⁹ Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 5 Rn. 76.

⁴³⁰ BAG, Urteil vom 03.10.1972, DB 1973, 144 für die damalige Regelung des § 368 RVO.

scheidung über die Leistung erforderlich ist. Die Krankenkasse kann eine vertrauensärztliche Untersuchung jedoch auch schon für die Zeit verlangen, in der dem Arbeitnehmer gemäß § 3 EFZG noch ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegen den Arbeitgeber zusteht und der Anspruch auf Krankengeld aus diesem Grunde gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V ruht. Die Mitwirkungspflicht besteht gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I dann nicht, wenn dies dem Arbeitnehmer aus einem wichtigen Grund nicht zumutbar ist.

Nach herrschender Meinung im sozialrechtlichen Schrifttum handelt es sich bei der Mitwirkungspflicht des § 62 SGB I nicht um eine erzwingbare Rechtspflicht, der ein Erfüllungsanspruch des Sozialleistungsträgers gegenübersteht, sondern um eine Obliegenheit.⁴³¹ Die Krankenkasse kann den vorgeladenen Arbeitnehmer nicht zur Duldung der Begutachtung durch den Medizinischen Dienst zwingen. Sie kann jedoch indirekten Druck auf den Arbeitnehmer ausüben. Lehnt der Arbeitnehmer die Untersuchung nämlich grundlos ab, kann die Krankenkasse gemäß den §§ 66, 67 SGB I die Leistung solange verweigern, bis der Arbeitnehmer seiner Mitwirkungspflicht aus § 62 SGB I nachkommt. Die Krankenkasse kann von ihrem Leistungsverweigerungsrecht jedoch nur Gebrauch machen, wenn sie den Arbeitnehmer zuvor schriftlich auf die Folgen seines Verhaltens hinweist und eine angemessene Nachfrist erfolglos verstrichen ist (§ 66 Abs. 3 SGB I).

Da der Anspruch des Arbeitnehmers auf Krankengeld gegenüber der Krankenkasse in dem Zeitraum, in dem der Arbeitgeber noch zur Entgeltfortzahlung verpflichtet ist, ruht, kann die Krankenkasse in diesen Fällen durch die §§ 66, 67 SGB I keinen Druck auf den Arbeitnehmer ausüben, damit dieser der Vorladung Folge leistet. Fraglich ist deshalb, ob dann der Arbeitgeber berechtigt ist, die Entgeltfortzahlung zu verweigern, wenn der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund der Aufforderung zur Begutachtung nicht nachkommt. Auf §§ 66, 67 SGB I kann sich der Arbeitgeber nicht berufen, da die Entgeltfortzahlung keine Sozialleistung im Sinne dieser Vorschrift ist. Die §§ 66, 67 SGB I betreffen nur das Verhältnis zwischen der Kasse und dem Arbeitnehmer. Eine Drittwirkung dieser

⁴³¹ etwa v. Maydell, NJW 1976, 161 (165).

Vorschriften ist - ebenso wie bei der Frage, ob die Pflicht des Arbeitnehmers der Vorladung des Medizinischen Dienstes Folge zu leisten auch gegenüber dem Arbeitgeber besteht - zu verneinen.

Ein spezielles Leistungsverweigerungsrecht besteht somit in diesen Fällen für den Arbeitgeber nicht. Allerdings kann die Weigerung des Arbeitnehmers, sich vom Medizinischen Dienst untersuchen zu lassen, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeit erschüttern,⁴³² so dass er das Entgelt verweigern und es auf eine Klage des Arbeitnehmers ankommen lassen kann.

Die herrschende Meinung vertritt die Auffassung, dass die Krankenkasse verpflichtet ist, dem Arbeitgeber mitzuteilen, wenn der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund der Ladung des Medizinischen Dienstes nicht nachkommt beziehungsweise eine Untersuchung in seiner Wohnung nach § 276 Abs. 5 verweigert.⁴³³

1.6. Die Überprüfung von Vertragsärzten

Der Medizinische Dienst der Krankenkassen, der ansonsten nur auf Veranlassung der Krankenkasse tätig wird, hat durch den durch das PflegeVersG eingefügten und seit dem 01.01.1995 geltenden § 275 Abs. 1 b SGB V ein eigenständiges Überprüfungsrecht bei den behandelnden Ärzten im Hinblick auf die Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erhalten. Er ist hiernach verpflichtet, im Rahmen der nach § 106 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB V durchzuführenden Wirtschaftlichkeitsprüfung Vertragsärzte stichprobenartig und zeitnah auf ihre Feststellungen der Arbeitsunfähigkeit zu überprüfen.

Ergibt die Wirtschaftlichkeitsprüfung der Krankenkassen nach § 106 Abs. 2 und §§ 275 Abs. 1 Nr. 3 b, 1 a und 1 b SGB V, dass ein Arzt Arbeitsunfähigkeit bescheinigt hat, obwohl die medizinischen Voraussetzungen dafür nicht vorlagen, so kann der Arbeitgeber, der zu Unrecht Arbeitsentgelt bezahlt hat, von dem Arzt Schadensersatz verlangen, wenn dieser grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat (§ 106 Abs. 3 a SGB V). Diese Vorschrift soll einem leichtfertigen

⁴³² vgl. Vossen, Entgeltfortzahlung, Rn. 301.

⁴³³ Müller/Berenz, EFZG, § 5 Rn. 174.

Krankschreiben entgegenwirken. Es bleibt aber zu befürchten, dass diese Haftungsnorm schon wegen der diesbezüglichen Beweisschwierigkeiten mehr präventive als konkrete praktische Bedeutung entfaltet.⁴³⁴

1.7. Die Effizienz der Einschaltung des Medizinischen Dienstes bei der Missbrauchsbekämpfung

Die Vorladung durch den Medizinischen Dienst auf Veranlassung des Arbeitgebers setzt voraus, dass der Krankenstand genau überwacht wird und man weiß, welche Mitarbeiter zum „Krankfeiern“ neigen. Dies bedeutet einen gewissen Aufwand, kann jedoch nachhaltig wirken, da jede Vorladung auch eine gewisse Warnung an den betreffenden „Kranken“ ist.

Probleme ergeben sich jedoch häufig daraus, dass die Einschaltung des Medizinischen Dienstes oft zu lange dauert, als dass der betreffende Arbeitnehmer noch während der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit untersucht werden könnte. Da es jedoch für die häufigsten Ursachen von Arbeitsunfähigkeit kaum geeignete Methoden gibt, anhand derer ein medizinischer Gutachter das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit für einen vergangenen Zeitraum feststellen könnte, ist eine Überprüfung von Arbeitsunfähigkeitsmeldungen durch den Medizinischen Dienst häufig nur von bedingtem Nutzen. Der Zeitraum von der Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch den Arzt bis zum Untersuchungstermin liegt bei durchschnittlich 100 Tagen bei AOK-Versicherten, kassenspezifisch noch darüber.⁴³⁵

Die Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen erfolgt des weiteren – insbesondere in den ersten sechs Wochen der Entgeltfortzahlung – nicht in dem erforderlichen Umfang. Erfahrungsgemäß kommt während der ersten sechs Wochen der Krankmeldung nur etwa jeder sechzigste Arbeitsunfähigkeitsfall zur Begutachtung durch den Medizinischen Dienst, nach Ablauf der Leistungspflicht der Arbeitgeber aber etwa jeder vierte Fall.⁴³⁶ Es liegt nahe zu vermuten, dass innerhalb der ersten sechs Wo-

⁴³⁴ so auch Gola, BB 1995, 2318 (2322).

⁴³⁵ vgl. Erben, Arbeitgeber 1996, 356.

⁴³⁶ so Müller/Berenz, EFZG, § 5 Rn. 121; Peter, S. 258.

chen der Arbeitsunfähigkeit, während der der Arbeitgeber die vollen finanziellen Lasten trägt, die Krankenkassen nicht in dem Umfang wie der Arbeitgeber daran interessiert sind, einem Krankheitsmissbrauch entgegenzutreten. Das Problem ergibt sich daraus, dass mit der Einführung des Lohnfortzahlungsgesetzes den Arbeitgebern zwar die Lohnfortzahlungspflicht übertragen wurde, die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Anspruches jedoch weiterhin dem Vertrauensärztlichen (beziehungsweise inzwischen dem Medizinischen) Dienst vorbehalten blieb. Von Seiten der Arbeitgeber wird diese Kompetenzverteilung seit jeher scharf kritisiert. Da die Leistungsgewährung und die Kontrollmöglichkeit in verschiedenen Händen lägen, bestehe dadurch der begründete Verdacht, dass dadurch das Interesse der Krankenkassen an der Durchführung vertrauensärztlicher Untersuchungen gesenkt würde.⁴³⁷

Da der Arbeitgeber jedoch inzwischen von den Krankenkassen eine Kontrolle durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen verlangen kann, stellt diese Untersuchung (beziehungsweise das Einleiten des Verfahrens) für den Arbeitgeber eher ein organisatorisches als ein gesetzliches Problem dar.

In 20 – 40 % aller Fälle kommt es wegen Nichterscheinens des Arbeitnehmers nicht zu der geplanten Kontrolluntersuchung,⁴³⁸ weil er inzwischen die Arbeit wieder aufgenommen hat. Inwieweit hierbei tatsächliche Genesungsprozesse oder der „Ankündigungseffekt“ ursächlich verantwortlich sind, ist nicht aufzuklären. Diese Nichterscheinensquote wird jedoch teilweise als belangreichstes Ergebnis der Untersuchungen durch den Medizinischen Dienst gewertet.⁴³⁹

Simulierten Kurzerkrankungen (bis zu drei Kalendertagen), für die der Arbeitgeber keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG verlangt, ist mit der Möglichkeit der Krankenkontrolle durch den Medizinischen Dienst gemäß § 275 ff. SGB V nicht beizukommen. Ein Antragsrecht ist für diesen Fall zu verneinen.

⁴³⁷ Selter, 130 Milliarden – na und?, S. 32.

⁴³⁸ Erben, Arbeitgeber 1996, 356 geht von 30 % aus.

⁴³⁹ Erben, Arbeitgeber 1996, 356.

Aufgrund der vielfältigen Ursachen von Krankenständen und wegen der kapazitiven Begrenzung wäre der Medizinische Dienst überfordert, jegliche Abwesenheitszeiten zu kontrollieren, die nicht wirklich krankheitsbedingt sind. Des Weiteren scheint häufig übersehen zu werden, dass die Begutachtung durch den Medizinischen Dienst nicht im Arbeits-, sondern im Versicherungsverhältnis begründet liegt. Die Krankenkasse fordert zur Untersuchung auf, nicht der Arbeitgeber. Der medizinische Gesundheitsdienst erfüllt staatliche Aufgaben und darf nicht als verlängerter Arm der Personalabteilung missverstanden werden.⁴⁴⁰ Bei nicht in der gesetzlichen Krankenkasse versicherten Arbeitnehmern kann der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit zudem überhaupt nicht durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen überprüfen lassen.⁴⁴¹

Die Möglichkeit der Krankenkontrolle durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen nach § 275 Abs. 1 Nr. 3 b SGB V ist alles in allem für den Arbeitgeber wenig effizient. Auch die jetzige Gesetzesfassung ändert nichts daran, dass verdächtigen Erkrankungen des Arbeitnehmers kaum wirksam begegnet werden kann. Die Einleitung des Verfahrens ist für Arbeitgeber aufwendig und für die besonders relevanten Kurzzeiterkrankungen schlicht nicht rechtzeitig zu verwirklichen. Trotzdem sollte der Arbeitgeber die Möglichkeit der Untersuchung durch den Medizinischen Dienst konsequenter nutzen. Denn die Zahl der Missbrauchsfälle ließe sich sicher schon aufgrund der abschreckenden Wirkung reduzieren.⁴⁴² Laut Ergebnissen des Projektes PAULA⁴⁴³ wurde bei gut 50 Prozent der Fälle, bei denen die Konsultation auf Wunsch des Arbeitgebers erfolgte, der Verdacht auf Missbrauch der Arbeitsunfähigkeit durch die Ärzte des Medizinischen Dienst für gegeben angesehen.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ so auch Schuster, AuA 1993, 168 (169).

⁴⁴¹ Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 5 Rn. 68 m.w.N.

⁴⁴² so auch Schmitt, ZTR 1990, 223 (228).

⁴⁴³ näheres: Angel, S. 165 f.; Erben, Arbeitgeber 1996, 356 ff.

⁴⁴⁴ Erben, Arbeitgeber 1996, 356 (357).

2. Die Untersuchung durch einen Vertrauensarzt des Arbeitgebers

2.1. Einführung

Der Arbeitgeber bringt naturgemäß dem Zeugnis eines von ihm benannten Arztes das größte Vertrauen entgegen. Soweit der Arbeitnehmer zwecks Nachweises seiner Krankheit zur Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses verpflichtet ist, ist er in der Auswahl des zu konsultierenden Arztes jedoch grundsätzlich frei.⁴⁴⁵

Der Arbeitnehmer genügt seinen gesetzlichen Obliegenheiten, wenn er die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung irgendeines Arztes vorlegt (§§ 5, 7 EFZG). Durch das geltende Entgeltfortzahlungsgesetz wird die freie Arztwahl nicht eingeschränkt.⁴⁴⁶ Der Arbeitgeber kann daher im allgemeinen nicht vom seinem Arbeitnehmer verlangen, dass er sich von einem bestimmten Arzt untersuchen lässt.

Möglich erscheint jedoch, dass für den Arbeitnehmer (eventuell auch aufgrund einer tarifvertraglichen Regelung oder einer Betriebsvereinbarung) eine Duldungspflicht zu einer ärztlichen Kontrolluntersuchung durch einen Arzt, der das Vertrauen des Arbeitgebers besitzt, besteht. Der Arbeitgeber hat bei Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ein berechtigtes Interesse daran, diese wirksam überprüfen (lassen) zu können.

Die Bejahung einer derartigen Pflicht stellt jedoch einen Eingriff in das Grundrecht des Arbeitnehmers auf freie Arztwahl dar. Rechtsgrundlage dieses Grundsatzes ist die aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG bestehende Wertung zugunsten eines individuellen Freiheitsraumes.⁴⁴⁷ Besondere Berücksichtigung findet er in § 76 SGB V SGB V. Da es grundsätzlich im freien Belieben eines jeden Patienten steht, den Arzt seines Vertrauens aufzusuchen, stellt jede Pflichtuntersuchung eine Einschränkung dieser Freiheit dar. Eine Entscheidung in diesem Konflikt muss durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen gefunden werden.

⁴⁴⁵ vgl. oben S. 58.

⁴⁴⁶ vgl. Boecken, Münchner Handbuch für Arbeitsrecht, Band 1, § 85 Rn. 26.

⁴⁴⁷ LAG Berlin, Urteil vom 27.11.1989, DB 1990, 1621 (1622).

Für den Arbeitnehmer, der sich einer Untersuchung unterziehen muss, ist wesentlich, welchen Arzt er konsultieren kann/muss.⁴⁴⁸ Die Untersuchung durch einen nicht von ihm ausgewählten Arzt, den er möglicherweise sogar ablehnt, bedeutet einen weitgehenden Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers.

Die sozialrechtliche Literatur betont die Grundrechtsrelevanz der Wunsch- und Wahlrechte nachhaltig.⁴⁴⁹ *Die Achtung vor der Würde des Menschen, das allgemeine Freiheitsrecht,.....lassen es unerträglich erscheinen, den Menschen in den seine Persönlichkeit berührenden Fragen von der Rechtsgestaltung her in Situationen ohne Alternative zu drängen. Je personaler ein Bereich ist und je länger und intensiver der Mensch von ihm berührt wird, desto größer muss die Sorge um die Erhaltung von Alternativen sein.*⁴⁵⁰

Gesetzliche Regelungen einer Kontrolluntersuchung auf Verlangen des Arbeitgebers haben sich nicht durchgesetzt. So sah etwa § 58 Abs. 3 des Arbeitsvertragsgesetzesentwurfes 1992 für den Arbeitnehmer eine Obliegenheit vor, sich auf Verlangen des Arbeitgebers einer weiteren Untersuchung durch den Medizinischen Dienst oder bei einem Arzt, auf den sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einigen müssen, zu unterziehen und eine Bescheinigung über das Ergebnis vorzulegen.

Eine Pflicht des Arbeitnehmers, sich durch einen Vertrauensarzt des Arbeitgebers untersuchen zu lassen, kann sich etwa aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers oder aus seinen vertraglichen Nebenpflichten ergeben,⁴⁵¹ die ihrerseits auf dem Grundsatz von Treu und Glauben basieren. Bei der inhaltlichen Ausgestaltung dieser arbeitsvertraglichen Nebenpflichten müssen Grundrechte beachtet werden. Gleiches gilt für kollektivrechtliche Normen, die eine Pflicht des Arbeitnehmers normieren, sich einer Kontrolluntersuchung zu unterziehen.

⁴⁴⁸ vgl. Götz Hueck, Anmerkung zu AP Nr. 4 zu § 611 BGB (Treuepflicht).

⁴⁴⁹ so auch Neumann, S. 50 ff.; Giese, ZfSH 1976, 1 (4 f.).

⁴⁵⁰ Giese ZfSh 76, 1 (4).

⁴⁵¹ so auch Keller, NZA 1988, 561 (564).

Dafür soll zunächst einmal der Frage nachgegangen werden, welcher Geltung den Grundrechten im Arbeitsrecht zukommt.

2.2. Arbeitsrecht und Grundrechte

2.2.1. Die Grundrechtsbindung im Individualarbeitsrecht

Dem Grundgesetz kommt als rechtliche Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland naturgemäß für alle Bereiche des Rechts eine besondere Bedeutung zu.

Eine Anwendung der Grundrechte auf die Rechtsverhältnisse zwischen einzelnen Grundrechtsträgern ist dem Wesen der Grundrechte zunächst fremd. Ausgangspunkt für die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik ist die liberale oder bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtsauffassung. Von ihr wird das Grundrechtsverständnis zu Recht noch weithin beherrscht. Danach sind die Grundrechte Freiheitsrechte gegenüber dem Staat. Der Bürger kann im Rahmen der grundrechtlichen Gewährleistung Eingriffe öffentlich-rechtlicher Gewalten abwehren. Das spricht zunächst dafür, dass die Grundrechte im Verhältnis zu privaten Machtträgern grundsätzlich keine unmittelbare Anwendung finden.

Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von anderen Schuldverhältnissen jedoch insbesondere dadurch, dass der Arbeitnehmer in sehr viel stärkerem Maße seine Person einbringt und auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht selten existentiell angewiesen ist.⁴⁵² Hierbei liegt wie im Verhältnis Bürger-Staat eine Art Über-Unterordnungsverhältnis vor. Zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geht es also nicht nur um den Austausch von Vermögenswerten; vielmehr muss der Arbeitnehmer als Person im Rahmen dieses Rechtsverhältnisses rechtliche Berücksichtigung finden.

Nach einer insbesondere von Nipperdey⁴⁵³ entwickelten Auffassung muss der grundrechtliche Schutz (verstanden als Abwehrrecht) in gleicher Weise Platz greifen, wenn der Grundrechtsträger zwar nicht durch den Staat, aber durch einen vom Staat geschaffenen oder tolerierten Machtträger in seiner Position ge-

⁴⁵² Steinmeyer/Waltermann, Casebook Arbeitsrecht, S. 8.

⁴⁵³ vgl. Preis, Arbeitsrecht, § 15 II 2 a).

fährdet wird. Die Grundrechte sind danach zwar nicht innerhalb jeder privatrechtlichen Beziehung in gleicher Weise wie gegenüber dem Staat anzuwenden, wohl aber in solchen Beziehungen, in denen ein Verhältnis der Über- und Unterordnung zu konstatieren ist.

In der Diskussion ist diese Auffassung vielfach als Drittwirkung der Grundrechte diskutiert worden. Eine derartige Anwendung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis setzt voraus, dass man den Betrieb als staatsähnliches Organisations- und Herrschaftsgefüge versteht, in dem die Arbeitnehmer den betrieblichen Gewalten nicht gleich mächtig gegenüberstehen, sondern ihnen, anders als die Partner gewöhnlicher zivilrechtlicher Austauschbeziehungen, unterworfen sind. Nur dann wäre der teleologische Sinn der Grundrechte, Freiheiten gegenüber öffentlichen Gewalthabern zu gewähren, auf die arbeitsrechtliche Lage übertragbar.

Diese Lehre vertrat das Bundesarbeitsgericht trotz starker Kritik über viele Jahre.⁴⁵⁴ Grundrechte wurden als Verbotsgesetze gewertet. Als solche konnten sie die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nach § 134 BGB begründen.⁴⁵⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat im sogenannten Lüth-Urteil⁴⁵⁶ im Jahre 1958 der Sicht des Bundesarbeitsgerichts widersprochen. Es betonte darin, dass die Grundrechte ihrer Entstehungsgeschichte nach in erster Linie dazu bestimmt seien, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern. Sie seien Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Deshalb habe der Gesetzgeber den besonderen Rechtsbehelf zur Wahrung dieser Rechte, die Verfassungsbeschwerde, auch nur gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährt.

Das Grundgesetz wolle aber keine wertneutrale Ordnung sein, sondern habe in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet. Gerade hierin komme eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck. Dieses Wertsystem müsse als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten. Im Privatrecht

⁴⁵⁴ etwa BAG, Urteil vom 10.05.1957, NJW 1957, 1688 ff.

⁴⁵⁵ BAG a.a.O.

⁴⁵⁶ BVerfGE 7, 198 ff.

könne diese Wertordnung vor allem mittels der wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts (etwa §§ 134, 138, 242, 826 BGB) als „Einbruchsstellen“ („Medium“) für die Grundrechte in das Privatrecht realisiert werden. Es besteht hiernach (lediglich) eine Ausstrahlung der Grundrechte auf das Privatrecht.

Das Bundesverfassungsgericht hat damit deutlich gemacht, dass die Grundrechte nicht unmittelbar im Privatrechtsverkehr anzuwenden sind, sondern dass vielmehr die grundrechtlichen Wertvorstellungen über die Generalklauseln ins Privatrecht einfließen. Das Bundesarbeitsgericht ist zunächst bei seiner Rechtsauffassung geblieben, hat sich jedoch aufgrund der berechtigten Kritik von Seiten des Bundesverfassungsgerichts und der Lehre hiervon entfernt. Inzwischen geht auch das Bundesarbeitsgericht von der (bloß) mittelbaren Wirkung der Grundrechte aus.⁴⁵⁷

Dem ist meines Erachtens zuzustimmen. Die Unterworfenheit gegenüber der betrieblichen Hierarchie lässt sich nicht mit der Unterworfenheit gegenüber der Staatsgewalt gleichsetzen. Dem Konsens des Arbeitnehmers kann nicht jegliche Bedeutung versagt werden. Des weiteren spricht gegen eine direkte Geltung der Grundrechte, dass der Arbeitnehmer den betrieblichen Gewalten nicht in gleicher Weise ausgeliefert ist, wie der Bürger den staatlichen.

Das Bundesverfassungsgericht hat seine Auffassung von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte mittlerweile weiterentwickelt. Es versteht das Drittwirkungsproblem nun als Unterfall der allgemeinen Grundrechtsfunktion staatlicher Schutzpflichten. Das Gericht hält an der Auffassung fest, dass die Grundrechte nur mittelbar über die zivilrechtlichen Generalklauseln auf den Privatrechtsverkehr einwirken. Jedoch begründet es die Befugnis und Verpflichtung der Fachgerichte, die Grundrechte im Zivilrecht geltend zu machen, nun mit einem Schutzauftrag der Verfassung.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ BAG, Urteil vom 15.12.1993, DB 1994, 1040.

⁴⁵⁸ vgl. etwa die „Schuldturmentscheidung“, BVerfG, Beschluss vom 19.10.1993, BVerfGE 89, 214 (229 f.).

2.2.2. Die Grundrechtsbindung der Kollektivvertragsparteien

Ähnlich schwierig wie die Frage der Grundrechtsbindung der Parteien des Arbeitsvertrages gestaltet sich die Frage nach der Grundrechtsbindung der Parteien kollektivrechtlicher Regelungen (Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen). Ein wichtiges Kriterium ist die Tatsache, dass sowohl dem Tarifvertrag als auch der Betriebsvereinbarung eine privatautonome Abrede zugrunde liegt. Dies spricht zunächst für eine mittelbare Grundrechtswirkung. Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, dass Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge aufgrund ihrer normativen Wirkung Dritte wie ein Gesetz binden. Sie können gleichermaßen wie staatliche Gesetze grundrechtlich geschützte Freiheiten einschränken.

Klar ist somit zwar, dass die Bindung an Grundrechte für die Parteien kollektivrechtlicher Regelungen zumindest gleich weit gehen muss wie für die Parteien eines Arbeitsvertrages. Das bedeutet, dass auch für sie zumindest die „mittelbare“ (Ausstrahlungs-) Wirkung der Grundrechte bestehen muss.

Nicht so einfach zu beantworten ist hingegen, ob es mit dieser „mittelbaren“ (Ausstrahlungs-) Wirkung sein Bewenden hat. Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen enthalten Rechtsnormen, die unmittelbar und zwingend gelten (siehe §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG bzw. § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG).

Im Arbeitsrecht galt deshalb jahrzehntelang die nahezu einhellige Auffassung, dass die Tarifvertragsparteien bei ihrer Normsetzung unmittelbar an Grundrechte gebunden seien,⁴⁵⁹ teilweise wurde sogar von Gewohnheitsrecht gesprochen.⁴⁶⁰ Das Bundesarbeitsgericht nahm dies in ständiger Rechtsprechung an und hielt aus diesem Grunde Tarifnormen, die gegen das Grundgesetz verstießen, für nichtig.

Im grundlegenden Lohnleichheitsbeschluss vom 15.01.1955 begründete das Bundesarbeitsgericht diese Auffassung mit dem Charakter des Tarifvertrages als Gesetz im materiellen Sinne, aus dem gemäß § 1 Abs. 3 GG die Bindung an die Grundrechte folge.⁴⁶¹ Dies wurde zusätzlich durch das Argument unterstützt, dass die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien vom Gesetz-

⁴⁵⁹ so auch Boecken, 62. DJT, Gutachten, B. 32.

⁴⁶⁰ vgl. etwa die Nachweise bei Wiedemann-Wiedemann, Einleitung, Rn. 198/199.

⁴⁶¹ vgl. BAG, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG, Bl. 124.

geber verliehen worden sei, der jedoch aufgrund seiner eigenen Grundrechtsbindung daran gehindert sei, ihnen damit zugleich die Verletzung von Grundrechten zu gestatten („Delegationstheorie“).⁴⁶²

Andere Stimmen in der Literatur stützen die unmittelbare Grundrechtsbindung hingegen auf den Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge.⁴⁶³ Diese ergebe sich nicht aus staatlicher Delegation, sondern durch „eine durch staatlichen Rückzug etablierte Möglichkeit privatautonomer Gestaltung.“⁴⁶⁴

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung über die unterschiedlichen Kündigungsfristen von Arbeitern und Angestellten ausdrücklich offen gelassen, ob eine unmittelbare oder eine mittelbare Bindung der Tarifnormen an die Grundrechte anzunehmen ist.⁴⁶⁵ In der verfassungsrechtlichen Literatur hingegen war die unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifparteien schon länger auf Skepsis gestoßen, da es sich nicht um staatliche Normsetzung handele.⁴⁶⁶

Aber auch im arbeitsrechtlichen Schrifttum bahnte sich die letzten Jahren ein Meinungswechsel an.⁴⁶⁷ Seit das Bundesverfassungsgericht die Einwirkung der Grundrechte auf Individualverträge zwischen Privatpersonen auf die grundrechtlichen Schutzpflichten stützte,⁴⁶⁸ begann auch in der arbeitsrechtlichen Literatur eine Diskussion darüber, ob dies nicht auch für die Grundrechtsbindung der Tarifverträge der richtige Ansatz sei.

Dieser beginnende Meinungsumschwung beeinflusste auch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Die Altersgrenzenentscheidungen des 7. Se-

⁴⁶² BAG a.a.O.

⁴⁶³ vgl. etwa Lerche, FS für Steindorff, S. 897 (906).

⁴⁶⁴ Lerche, a.a.O.

⁴⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 30.05.1990, AP Nr. 28 zu § 622 BGB.

⁴⁶⁶ vgl. etwa Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 1 GG Rn. 31, weitere Nachweise bei Wiedemann-Wiedemann, Einleitung Rn. 198.

⁴⁶⁷ vgl. Dieterich, FS für Schaub, S. 117 ff.; Singer, ZfA 1995, 611 ff.; Söllner, NZA 1996, 897 ff.; Schliemann, FS für Hanau, S. 577 (583 ff.), ErfK-Dieterich, Einleitung GG Rn. 50.

⁴⁶⁸ vgl. etwa die „Schuldurteilsentscheidung“, BVerfG, Beschluss vom 19.10.1993, BVerfGE 89, 214 (229 f.).

nats⁴⁶⁹ sind hierbei als Wendepunkt der Rechtsprechung anzusehen. Der Senat griff das in der Lehre verwendete Stichwort der „kollektiven Privatautonomie“⁴⁷⁰ auf. Er lehnte eine unmittelbare Bindung der Tarifparteien an Art. 12 GG ab, da der Tarifvertrag durch den privatautonomen Verbandsbeitritt der Mitglieder legitimiert sei, mit dem sie ihr Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 wahrnehmen. Trotzdem seien die Tarifgebundenen der Gestaltungsmacht der Tarifvertragsparteien nicht schutzlos ausgeliefert. Staatliche Grundrechtsadressaten einschließlich der Gerichte seien vielmehr aufgrund der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte verpflichtet, einzelne Grundrechtsträger vor einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung ihrer Grundrechte im Sinne eines Mindestschutzes zu bewahren.

Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Tarifverträge sind das Ergebnis privatautonomer Gestaltung. Eine Prüfung jeder Maßnahme am Maßstab der Verhältnismäßigkeit wie bei einem staatlichen Hoheitsakt würde zu einer unzulässigen Tarifizensur führen. Die Normsetzung der Tarifvertragsparteien ist nicht mit der Ausübung staatlicher Gewalt gleichzusetzen. Die tarifvertragliche Regelungsbefugnis ergibt sich nicht aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Delegation hoheitlicher Gewalt, sondern stellt einen besonderen Fall normativer Gestaltung innerhalb der Privatautonomie dar.⁴⁷¹

Auch der Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge⁴⁷² rechtfertigt meines Erachtens keine unmittelbare Grundrechtsbindung. Überlässt der Staat eine bisher von ihm wahrgenommene Funktion privatautonomer Entfaltung, so bedeutet dies keineswegs, dass auch die Grundrechtsbindung übergeht.⁴⁷³

Des weiteren spricht gegen eine unmittelbare Grundrechtsbindung, dass Grundrechten, die unter einem Gesetzesvorbehalt stehen, nur durch den parlamentarischen Gesetzgeber Grenzen gezogen werden dürfen. Eine Einschränkung von grundrechtlich verbürgten Rechten des Arbeitnehmers wäre bei einer

⁴⁶⁹ BAG, Urteil vom 25.02.1998, AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt; BAG, Urteil vom 11.03.1998, AP Nr. 12 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt; BAG, Urteil vom 31.07.2002, AP Nr. 14 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt.

⁴⁷⁰ Vgl. Dieterich, FS für Schaub, S. 117 (121); Schliemann, FS für Hanau, S. 577 (586); Singer, ZfA 1995, 611 (617).

⁴⁷¹ so auch Singer, ZfA 1995, 611 (617 ff.).

⁴⁷² vgl. Lerche, FS für Steindorff, S. 897 (906).

⁴⁷³ so auch Richardi, Münchner Handbuch für Arbeitsrecht, Band 1, § 10 Rn. 25.

unmittelbaren Grundrechtsbindung durch einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung überhaupt nicht möglich.

Die privatautonome Gestaltung hat allerdings Grenzen, was sich aus der Schutzfunktion der Grundrechte ergibt. Da im Tarifvertrag eine kollektive Ordnung aufgerichtet wird, dürfen durch sie nicht die in den Grundrechten festgelegten Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben außer Kraft gesetzt werden.⁴⁷⁴ Die kollektive Privatautonomie ist somit nicht unmittelbar aus der Abwehrfunktion, sondern mittelbar aus der Schutzfunktion der Grundrechte begrenzt. Es handelt sich hierbei um eine Grundrechtskollision. Art. 9 Abs. 3 GG muss im Wege praktischer Konkordanz mit den betroffenen Individualgrundrechten zum Ausgleich gebracht werden. Soweit bestimmte Lebensbereiche grundrechtlich geschützt sind, muss eine tarifvertragliche Grenzziehung durch eine arbeitsvertraglich übernommene Arbeitsaufgabe sachlich gerechtfertigt sein.

Für den Grundrechtsschutz bei Betriebsvereinbarungen gilt im Prinzip Gleiches wie bei Tarifverträgen. Die Betriebspartner sind nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden.⁴⁷⁵ Schranken für Regelungen durch Betriebsvereinbarung ergeben sich auch hier aus der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte.⁴⁷⁶ Des weiteren hat der Betriebsrat gemäß § 75 BetrVG die Grundrechte der Belegschaft zu wahren.

2.3. Der verfassungsrechtliche Standort der freien Arztwahl

Seit dem Elfes-Urteil geht das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Art. 2 Abs. 1 GG jegliches Handeln und Unterlassen schützt, ganz gleich, welcher Art es ist, sofern nicht eines der sonstigen Freiheitsrechte eingreift.⁴⁷⁷ Art. 2 wurde zum „allgemeinen Freiheitsrecht“, zur Generalklausel aller Freiheitsverbürgungen des Grundgesetzes.⁴⁷⁸ Art. 2 GG

⁴⁷⁴ vgl. auch Richardi, Münchner Handbuch für Arbeitsrecht, Band 1, § 10 Rn. 32.

⁴⁷⁵ vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.04.1986, BVerfGE 73, 261 (268 f.).

⁴⁷⁶ vgl. auch Richardi, Münchner Handbuch für Arbeitsrecht, Band 1, § 10 Rn. 35.

⁴⁷⁷ BVerfGE 6, 32(36) = NJW 1957, 297; vgl. auch BVerfGE 54, 143 (144).

⁴⁷⁸ BVerfGE 6, 32(37). Konsequenterweise ist Art. 2 subsidiär gegenüber anderen Freiheitsrechten, vgl. BVerfGE 21, 227 (234) = NJW 1967, 1315; BVerfGE 67, 157 (171).

wird so gelesen, als ob dort stünde: Jeder kann tun und lassen, was er will. Unter der Voraussetzung, dass der Arzt zur Behandlung bereit beziehungsweise rechtlich zur Behandlung verpflichtet ist, hat der einzelne ein durch Art. 2 GG gesichertes Recht, den Arzt seiner Wahl aufzusuchen, um sich behandeln zu lassen. Art. 2 GG verleiht hierbei jedoch keinen Anspruch gegenüber dem Arzt, sondern einen Anspruch gegen reglementierende Eingriffe des Staates.

Für die freie Arztwahl ist ferner das durch Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht einschlägig, das als „unbenanntes“ Freiheitsrecht die speziellen Freiheitsrechte ergänzt. Art. 2 I GG erfährt als allgemeines Persönlichkeitsrecht unter dem Einfluss des Art. 1 GG einen besonderen Schutz. Es geht um Verhaltensweisen, die einen besonderen Konnex mit der in Art. 1 GG geschützten Würde des Menschen aufweisen und daher eines stärkeren Schutzes bedürfen als alle sonstigen Verhaltensweisen, die im übrigen von Art. 2 GG erfasst werden.⁴⁷⁹ Dementsprechend führt das Bundesverfassungsgericht durchgängig Art. 2 in Verbindung mit Art. 1 als Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts an. Primäre Grundlage dürfte dabei das Grundrecht des Art. 2 I GG sein, das durch Art. 1 GG beeinflusst und verstärkt wird. Wäre Art. 1 GG die eigentliche Grundlage, könnte das allgemeine Persönlichkeitsrecht schwerlich durch Gesetz beschränkt werden, ist dies doch beim Grundrecht des Art. 1 GG ausgeschlossen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht verdrängt als spezielleres Freiheitsrecht die allgemeine Handlungsfreiheit.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht billigt jedem einzelnen einen Bereich zu „...innerhalb dessen er nach seiner Eigenart und Besonderheit leben kann, in dem er gegen platte Verallgemeinerung, gegen stumpfe Vermassung und gegen die Neugier anderer geschützt ist.“⁴⁸⁰

Das Bundesverfassungsgericht hat das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unterstellt, weil Vertrauen eine Grundvoraussetzung des ärztlichen Wirkens sei, die die

⁴⁷⁹ BVerfGE 54, 148 (153) = NJW 1986, 1859.

⁴⁸⁰ Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 269.

Chancen der Heilung verbessere und der Aufrechterhaltung einer leistungsfähigen Gesundheitsvorsorge diene.⁴⁸¹ Vertrauen wird sich aber nur wirklich entwickeln können, wenn der Patient sich in die Behandlung eines Arztes seines Vertrauens begeben, beziehungsweise Ärzten, denen er (nicht) mehr vertraut, ausweichen kann. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und allgemeine Handlungsfreiheit im Sinne von Art. 2 GG sichern dem Bürger daher die Freiheit der Wahl zwischen verschiedenen Alternativen. Mit diesem Schutzzweck verfolgt das Wahlrecht die „Verhinderung des Ausgeliefertseins des Staatsbürgers an eine existentiell bedrückende Alternativlosigkeit im Falle seiner Hilfsbedürftigkeit.“⁴⁸²

Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG gewährleistet des weiteren das Recht jedes einzelnen, sich nicht untersuchen zu lassen, wenn er dies nicht möchte (negative Arztwahlfreiheit). Eine Zwangsuntersuchung wäre mit diesem Recht nicht vereinbar. Rechtliche Nachteile dürfen demjenigen, der eine Untersuchung verweigert nur dann entstehen, wenn er rechtlich zu dieser Untersuchung verpflichtet ist.

Aus der Forderung der freien Arztwahl kann aber nicht abgeleitet werden, dass die Persönlichkeit des Menschen in diesem Bereich in allen Belangen gleichermaßen schutzwürdig ist. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit hat seine Grenzen in der verfassungsmäßigen Ordnung. Auch das Bundesverwaltungsgericht betont, dass es ein uneingeschränktes Recht auf freie Arztwahl nicht gibt und dass zur Wahrung der Belange der Allgemeinheit (oder einer besonderen Solidargemeinschaft) „in vielen Rechtsgebieten, insbesondere unter dem Aspekt dessen, was finanzierbar ist, auf Einschränkungen des Rechts auf freie Arztwahl nicht verzichtet werden könne.“⁴⁸³

In diesem Sinne steht nicht der gesamte Bereich des privaten Lebens unter dem absoluten Schutz des Grundrechts aus Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG. Wenn der

⁴⁸¹ BVerfGE 32, 373 (380).

⁴⁸² Neumann, , S. 53 m.w.N.

⁴⁸³ BVerwGE 60, 367 (371 f.).

einzelne als ein in der Gemeinschaft lebender Bürger in Kommunikation mit anderen trifft, durch sein Verhalten auf andere einwirkt und dadurch die persönliche Situation von Mitmenschen oder Belange des Gemeinschaftslebens berührt, können sich Einschränkungen seines ausschließlichen Bestimmungsrechts über sein Privatleben ergeben, soweit dieser nicht zum unantastbar innersten Lebensbereich gehört. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Einschränkung durch Rechte Dritter zutreffend ausgeführt: *„Da im Zusammenleben in einer großen Gemeinschaft sich notwendig ständig Interessen- und Rechtskollisionen zwischen den einzelnen ergeben, hat im sozialen Bereich ständig ein Ausgleich und eine Abwägung der einander entgegenstehenden Rechte nach dem Grad ihrer Schutzwürdigkeit stattzufinden.“* Was als Ergebnis einer solchen Abwägung an Beschränkung der freien Entfaltungsmöglichkeit für den einzelnen verbleibt, muss hingenommen werden.⁴⁸⁴

Im Grundsatz kann die Wahlfreiheit (in Verbindung mit dem Selbstbestimmungsrecht) nur nach Maßgabe der gesetzlichen und sonstigen Bestimmungen gelten. Auch die Regeln des Arbeitsverhältnisses sind hierbei Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung, die die Arztwahl einzuschränken vermögen. Des weiteren sind auch Grundrechte des Arbeitgebers zu beachten. Er kann sich in erster Linie auf Art. 14, Nutzung von Besitz und Eigentum an den Produktionsmitteln und auf Art. 2 und 12, Vertragsfreiheit und Entfaltung seiner unternehmerischen Persönlichkeit berufen. Gewinn zu machen ist legitim und notwendig und steht nicht weniger unter dem Schutz der Verfassung wie das Interesse des Arbeitnehmers.⁴⁸⁵

Es besteht jedoch eine Wechselwirkung. Die gesetzlichen und sonstigen Bestimmungen müssen umgekehrt die verfassungsrechtliche Grundlage (das Selbstbestimmungsrecht) und deren Ausformung in anderen Rechtsvorschriften angemessen berücksichtigen.⁴⁸⁶ Die Einführung weiterer die freie Arztwahl beschränkende Regelungen steht daher unter dem Gebot der Verhältnismäßig-

⁴⁸⁴ BVerfG, Urteil vom 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (220) - Lüth-Urteil -.

⁴⁸⁵ vgl. Gamillscheg, S. 19.

⁴⁸⁶ so zur Therapiefreiheit: BSG, Urteil vom 08.09.1993, NZS 1994, 125 (127).

keit und ausreichenden Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts des Arbeitnehmers.

2.4. Die freie Arztwahl in anderen Rechtsbereichen

Eine Lösung der vorliegenden Problematik wird nur im Wege einer umfassenden Abwägung der beteiligten Interessen erreicht werden können. Da es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers ist, die in der Gesellschaft auftretenden Interessenkonflikte zu lösen, soll – um einen Ausgangspunkt für die weiteren Überlegungen zu schaffen - zunächst untersucht werden, wie die freie Arztwahl in anderen Rechtsbereichen außerhalb des Arbeitsrechts geregelt, beziehungsweise welchen Einschränkungen sie in diesen Bereichen unterworfen ist. In einem weiteren Schritt bleibt zu überprüfen, ob die Wertungen vergleichbarer existierender gesetzlicher Konfliktlösungen auf die vorliegende Konstellation übertragbar sind.

2.4.1. Die freie Arztwahl im Bereich der gesetzlichen Krankenkassen

Das Prinzip der freien Arztwahl gilt insbesondere im Bereich der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung und hat somit im gesamten Gesundheitsbereich Geltung, was dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung dient. Für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung regelt § 76 SGB V die freie Arztwahl. Nach § 76 Abs. 1 SGB V können die Versicherten unter den zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzten, den ermächtigten Ärzten, den ermächtigten ärztlich geleiteten Einrichtungen, den Zahnkliniken der Krankenkassen, den Eigeneinrichtungen der Krankenkassen, den nach § 72 a Abs. 3 SGB V vertraglich zur ärztlichen Behandlung verpflichteten Ärzten und Zahnärzten sowie den zum ambulanten Operieren zugelassenen Krankenhäusern frei wählen.

Die (modifizierte) Vorschrift entspricht § 368 d RVO a.F.; sie wurde mit Wirkung zum 01.01.1989 durch Art. 1 GRG vom 20.12.1988 eingefügt.⁴⁸⁷ Die Paragraphen-Überschrift ist irreführend, weil die Versicherten gerade nicht die freie

⁴⁸⁷ BGBl. 1988/I, S. 2477.

Wahl unter allen Ärzten und ärztlich geleiteten Instituten haben; vielmehr ist die Vorschrift Ausdruck des Vertragsarzt-Monopols. Wer auf Krankenversichertenkarte behandelt werden will, hat nur die Auswahl unter den an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzten und Einrichtungen.⁴⁸⁸ Nicht zugelassene Ärzte dürfen nach § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V nur in Notfällen in Anspruch genommen werden (d.h. zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung). Ein derartiger Notfall liegt vor, wenn – aus der Sicht des betroffenen Versicherten – eine solche bedrohliche Erkrankung vorliegt, bei der nur noch sofortige ärztliche Behandlung Hilfe bringen kann und bei der dem Versicherten unter Berücksichtigung aller Umstände die Inanspruchnahme eines Kassenarztes nicht zuzumuten ist.⁴⁸⁹ Eine Notfallbehandlung liegt nicht vor, wenn ein Versicherter einen Nichtkassenarzt wegen einer Behandlung nach einer wissenschaftlich nicht anerkannten Methode in Anspruch nimmt mit dem Hinweis, dass Kassenärzte solche Methoden nicht anbieten.⁴⁹⁰ Dies gilt auch für den Fall, dass der Versicherte eine auch von Kassenärzten durchgeführte Behandlung bei einem Nichtkassenarzt durchführen lässt, ohne sich vorher bei seiner Krankenkasse zu informieren.⁴⁹¹ Hat der Versicherte allerdings Anstrengungen unternommen, eine kassenärztliche Behandlungsmöglichkeit zu finden und wendet er sich nach vergeblichen Bemühungen an einen Nichtkassenarzt, so kann er die Kosten von seiner Krankenkasse erstattet verlangen, wenn diese ihm falsche oder ungenügende Auskunft erteilt oder nicht alles Zumutbare zur Sicherstellung der ärztlichen und nichtärztlichen Versorgung unternommen hat.⁴⁹² Der Honoraranspruch des im Notfall tätiggewordenen Arztes richtet sich gegen die Krankenversicherung. Ansonsten kann der Versicherte einen nicht zugelassenen Arzt nur als Privatpatient in Anspruch nehmen.⁴⁹³

Unter den zugelassenen Ärzten – insbesondere den Fachärzten für Allgemein-

⁴⁸⁸ vgl. hierzu § 95 SGB V.

⁴⁸⁹ BSGE 19, 270; BSGE 34, 172.

⁴⁹⁰ LSG Rheinl.-Pfalz, Urteil vom 29.07.1976, Breithaupt 1977, 399 (Nr. 113) für eine Akupunkturbehandlung.

⁴⁹¹ BSGE 34, 172.

⁴⁹² BSGE 53, 144 für den Fall einer verhaltenstherapeutischen Behandlung durch einen Diplompsychologen.

⁴⁹³ Kassler Kommentar – Hess, § 76 SGB V, Rn. 3.

medizin – hat der Versicherte die durch etwaige Mehrkosten (§ 76 Abs. 2 SGB V) getrübbte Auswahl. Aus § 76 Abs. 2 SGB V lässt sich herleiten, dass der Versicherte grundsätzlich den nächsterreichbaren an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Arzt in Anspruch nehmen soll. Nächsterreichbar in diesem Sinne ist der Arzt, den der Versicherte aus seiner Sicht für die Behandlung seines Leidens in Anspruch nehmen kann. Das Bundessozialgericht hat entschieden, dass das Recht der freien Arztwahl auch dann dem Wirtschaftlichkeitsgebot unterliegt und somit keine freie Wahl mehr stattfinden kann, wenn der zweitnächste Arzt unangemessen weit entfernt praktiziert.⁴⁹⁴ Aus Abs. § 76 Abs. 1 S. 1 SGB V ist kein Anspruch des Versicherten abzuleiten, in jedem Ort die Auswahl zwischen zumindest zwei Ärzten jeder Fachrichtung zu haben.⁴⁹⁵ Ein anderer als einer der nächsterreichbaren an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte oder ärztlich geleiteten Einrichtungen kann nur bei einem „zwingenden Grund“ in Anspruch genommen werden. Der Mehrkostenvorbehalt ist ein Anwendungsfall des aus der Verfassungsrechtsprechung entwickelten „Grundsatzes der individuellen Maßstabswahl.“⁴⁹⁶

Eine weitere nach dem Gesetzeswortlaut wichtige Einschränkung der freien Arztwahl ist in der sogenannten Quartalsbindung gemäß § 76 Abs. 3 SGB V zu sehen. Grundsätzlich soll der Patient hiernach den für das laufende Kalendervierteljahr gewählten, an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Arzt nicht wechseln. Die Führung des Patienten wenigstens in einem Quartal soll einer planmäßigen und wirtschaftlichen Diagnostik und Therapie dienen. Der Wechsel des Arztes innerhalb eines Quartals soll deshalb nur aus einem wichtigen Grund möglich sein. Die Quartalsbindung ist heutzutage jedoch keine wirkliche Einschränkung der freien Arztwahl mehr. Die Krankenkassen haben bereits vor der Einführung der Krankenversichertenkarte in der Regel Krankenscheinhefte ausgegeben und auf Anforderung auch jederzeit weiter nachgeliefert. Mit der Krankenversichertenkarte können die Versicherten nun jederzeit einen oder auch mehrere Ärzte ihrer Wahl aufsuchen.

⁴⁹⁴ BSG, Urteil vom 20.01.1982, Breithaupt 1982, 849 (Nr. 224).

⁴⁹⁵ BSG, Urteil vom 20.12.1995, Breithaupt 1996, 627 (632) (Nr. 144).

⁴⁹⁶ etwa BVerfGE 52, 171 (175); 54, 148 (155 f.); 54, 208 (217).

2.4.2 Untersuchungen im Sozialrecht (§ 62 SGB I)

Gemäß § 62 SGB I hat eine Person, die Sozialleistungen (etwa Krankengeld) beansprucht oder erhält, ärztliche Untersuchungen zuzulassen, soweit dies für die Entscheidung über die Leistung erforderlich ist.

Der Sozialleistungsträger bestimmt alles Nähere über die äußeren Umstände der Untersuchung, etwa ob die Untersuchung durch einen praktischen Arzt oder einen Facharzt durchgeführt werden soll. Der Leistungsträger kann auch verlangen, dass ein bestimmter Arzt (z.B. Hausarzt, Amtsarzt oder Arzt des Medizinischen Dienstes)⁴⁹⁷ aufzusuchen ist und dass die Untersuchung ambulant oder stationär erfolgt. Er kann die Untersuchung auch durch einen eigenen Arzt vornehmen lassen, wenn ein solcher vorhanden ist.⁴⁹⁸

Bei § 62 SGB I handelt es sich jedoch nicht um eine erzwingbare Rechtspflicht, sondern um eine Obliegenheit.⁴⁹⁹ Der Sozialleistungsempfänger kann somit nicht zur Duldung der Untersuchung gezwungen werden. Gemäß §§ 66,67 SGB I (Leistungsverweigerungsrecht) kann jedoch mittelbar Druck auf ihn ausgeübt werden. Der Grundsatz, dass keine weitere Rechtsnachteile (über die Versagung der Leistung hinaus) eintreten dürfen und insbesondere, dass keine Zwangsmaßnahmen ergriffen werden dürfen, gilt für Untersuchungsmaßnahmen mit besonderem Nachdruck.

2.4.3. Die freie Arztwahl im Strafvollzug

Der Gefangene, der ärztliche Hilfe wünscht, kann sich nach dem deutschen Strafvollzugsgesetz einzig und allein an den Anstaltsarzt wenden. Aus der Fürsorgepflicht des Staates für den Gefangenen und dem sich daraus ergebenden Recht auf ärztliche Betreuung lässt sich kein Anspruch auf freie Wahl eines Arztes herleiten. Die ärztliche Betreuung – und damit auch die angeordnete Untersuchung nach § 81 a StPO, 101 StVollG – obliegt in erster Linie dem Anstaltsarzt beziehungsweise den von dem zuständigen Richter bestellten Ärzten des

⁴⁹⁷ vgl. Kassler Kommentar – Seewald, § 62 SGB I, Rn. 10.

⁴⁹⁸ Hanck/Heines, § 62 Rn. 12.

⁴⁹⁹ v. Maydell, NJW 1976, 161(165).

Justizvollzugskrankenhauses. Diese können bei Bedarf andere Fachärzte hinzuziehen.⁵⁰⁰ In den Materialien zum deutschen Strafvollzugsgesetz⁵⁰¹ wird dies wie folgt begründet: Dem Gefangenen, dem ein externer Arzt lieber sei als der Anstaltsarzt, gehe es gewöhnlich nicht um eine bessere Gesundheitsfürsorge. Er wolle vielmehr erreichen, was er vom Anstaltsarzt meistens nicht erreichen könne, nämlich die Bescheinigung der Haftunfähigkeit oder der Arbeitsunfähigkeit, häufig die Verordnung einer bestimmten Kost, oft auch die Verschreibung bestimmter Medikamente, mit denen in der Anstalt leicht Missbrauch getrieben werden könnten. Der externe Arzt, der mit den Besonderheiten des Strafvollzugs regelmäßig nicht vertraut sei, werde viel eher als der Anstaltsarzt dazu bereit sein, dem Wunsch des Gefangenen zu entsprechen, auch in der Erwägung, dass der Gefangene sonst eben bei einem anderen Arzt seiner Wahl mit seinem Begehren Erfolg haben werde. Mithin sei im Strafvollzug das Recht der freien Arztwahl nicht praktikabel und auch nicht akzeptabel.⁵⁰²

2.5. Die Bestätigungsbescheinigung im Arbeitsrecht

Der Arbeitnehmer ist in seiner Entscheidung, welchen Arzt er konsultieren will, um dem Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen zu können, grundsätzlich frei.

Zu prüfen bleibt, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Arbeitnehmer, der die nach § 5 Abs. 1 EFZG erforderliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt hat, verpflichtet ist, sich einer Nachuntersuchung durch einen vom Arbeitgeber bestimmten Arzt zu unterziehen und ein zweites ärztliches Attest vorzulegen, das die Richtigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bestätigt.

2.5.1. Möglichkeit, die Untersuchung durch besondere Ärzte vornehmen zu lassen

Die Diskussion darüber, wer den untersuchenden Arzt jeweils bestimmen kann,

⁵⁰⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.05.1988, JZ 1988, 984.

⁵⁰¹ Bericht des Bundestagssonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Druck. 7/3998, S. 25 f.

⁵⁰² So bei der Beratung der Gesetzesvorlage im Bundestagssonderausschuss für die Strafrechtsreform namentlich Eichelhardt und Weinert, BT-SondAstr. Protokoll vom 04.12.1974, S. 1856 ff.

wird überlagert von der Problematik, ob der Arbeitgeber eine Untersuchung durch bestimmte Ärzte – etwa vom Werksarzt, Amtsarzt oder dem Vertrauensarzt der Krankenkassen – verlangen kann. Es erscheint daher notwendig, vorweg zu klären, ob und in welchem Umfang diese Ärzte überhaupt von den Parteien eines Arbeitsvertrages in Anspruch genommen werden können.

Der Sinn einer betriebsärztlichen Untersuchung besteht gemäß § 3 des Gesetzes über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte der Arbeitssicherheit vom 12.12.1973 (ASiG) darin, neben dem Beobachten der Arbeitsplätze zur Beseitigung von arbeitsplatzbedingten Gesundheitsgefahren eine positive Einstellung der Arbeitnehmer zum Arbeitsschutz und zur Unfallverhütung zu erreichen, sie insoweit zu überzeugen und zur aktiven Mitarbeit zu gewinnen. Bedenken gegen eine Pflicht des Arbeitnehmers, sich speziell durch einen Betriebsarzt untersuchen zu lassen, bestehen schon deshalb, weil das ASiG den Aufgabenbereich der Betriebsärzte umschreibt, und in § 3 Abs. 3 ASiG eindeutig bestimmt, dass es nicht zu den Aufgaben des Betriebsrats gehört, Krankmeldungen der Arbeitnehmer auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen. Die Weigerung des Arbeitnehmers, sich betriebsärztlich (nach)untersuchen zu lassen, stellt folglich weder einen Grund zur außerordentlichen Kündigung dar, noch wirkt sie sich auf den Entgeltfortzahlungsanspruch aus, weil ein Betriebsarzt vom Arbeitgeber nicht für die Missbrauchskontrolle im Rahmen der Entgeltfortzahlung in Anspruch genommen werden darf. Der Werksarzt ist weder zusätzliches Nachprüfungsorgan ärztlicher Diagnosen noch dient seine Einrichtung einer im Ergebnis ärztlichen Zwangsbehandlung.⁵⁰³

Auch der Amtsarzt kann keine Kontrolluntersuchung für den privaten Arbeitgeber durchführen. Dieser ist ausschließlich mit der Erfüllung staatlicher oder kommunaler Aufgaben des öffentlichen Gesundheitswesens betraut.⁵⁰⁴ Ihm obliegt etwa die ärztlichen Aufgaben der Gesundheitsaufsicht, der Schulgesundheitspflege sowie der Mütter- und Kinderberatung.⁵⁰⁵ Damit wird eine amtsärzt-

⁵⁰³ so Prasse, RdA 1959, 55 (57).

⁵⁰⁴ vgl. LAG Berlin, Urteil vom 27.11.1989, DB 1990, 1621 (1622).

⁵⁰⁵ vgl. Kleinebrink, S. 155.

liche Untersuchung ausgeschlossen, soweit sie als Kontrolluntersuchung dem Nachweis einer Krankheit für den privaten Arbeitgeber dienen soll. Dieser, auf ein ausschließlich privates beziehungsweise vertragliches Interesse zurückzuführende Zweck darf nicht von einem Amtsarzt verfolgt werden.⁵⁰⁶

Des weiteren kommen auch die Vertrauensärzte des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen nicht für eine Nachuntersuchung in Betracht. Aufgabe des Vertrauensarztes ist zwar vornehmlich die Nachprüfung der Arbeitsunfähigkeit der Versicherten beziehungsweise der Verordnung von Versicherungsleistungen der Krankenkassen in den erforderlichen Fällen. Darüber, ob ein Arbeitnehmer einem solchen Vertrauensarzt vorgestellt werden soll oder nicht, entscheidet jedoch alleine die Krankenkasse. Der Arbeitgeber hat zwar gemäß § 275 Abs. 1 a S. 3 SGB V ein Antragsrecht (er kann von der Krankenkasse, die Vorladung verlangen), er kann jedoch nicht direkt beim Medizinischen Dienst mit einem Antrag vorstellig werden. Der Arbeitgeber kann somit vom Arbeitnehmer nicht verlangen, dass er einen Arzt des Medizinischen Dienstes aufsucht.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass eine vom Arbeitgeber veranlasste Kontrolluntersuchung von vornherein nur durch einen Arzt, der weder Betriebs-, Amtsarzt noch ein Arzt des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen ist, vorgenommen werden kann.

2.5.2. Ärztliche Untersuchungen im Arbeitsverhältnis

In einem weiteren Schritt soll überprüft werden, ob es im Arbeitsverhältnis (außerhalb des Bereiches der Kontrolle ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen) Einschränkungen der freien Arztwahl des Arbeitnehmers gibt.

Ärztliche Untersuchungen von Arbeitnehmern auf Verlangen ihrer Arbeitgeber sind im Arbeitsleben keine Seltenheit und nicht nur im Hinblick auf die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall von Bedeutung. Aus den verschiedensten Anlässen wird von Arbeitnehmern verlangt, dass sie sich einer derartigen Untersuchung unterziehen.

⁵⁰⁶ so auch schon Prasse, RdA 1959, 55 (57); Frey, ArbuR 1956, 298.

Prägnant für die mannigfaltig vorkommenden Gesundheitschecks im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ist die höchst unterschiedliche Interessenlage der Beteiligten. Für den Arbeitgeber stehen betriebswirtschaftliche Belange im Vordergrund. Er hat ein berechtigtes Interesse daran, Personalzusatzkosten niedrig zu halten. Vor diesem Hintergrund kann die ärztliche Untersuchung eines Arbeitnehmers vor allem zur Vermeidung unnötiger krankheitsbedingter Fehlzeiten beitragen. Ferner können medizinische Untersuchungen Gefährdungen der übrigen Belegschaft, Kunden und Geschäftspartner vermeiden, indem ansteckende Krankheiten rechtzeitig erkannt werden.

Auch der Arbeitnehmer selbst hat ein Interesse daran, dass seine Gesundheit durch die berufliche Tätigkeit nicht gefährdet wird. Der Arbeitnehmer kann jedoch ärztliche Untersuchungen im Rahmen des Arbeitsverhältnisses auch vermeiden wollen, weil er negative Auswirkungen auf seine berufliche Zukunft oder sogar den Verlust seines Arbeitsplatzes befürchtet.

Eine ärztliche Untersuchung bedeutet stets einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers an der Eigensphäre,⁵⁰⁷ der einer hinreichenden Legitimation bedarf. Es sind zwei Problemkreise zu unterscheiden. Zum einen ist der Frage nachzugehen, ob der Arbeitgeber die Untersuchung verlangen kann und zweitens, von welchem Arzt eine derartige Untersuchung durchgeführt werden soll/kann. Aus dem prinzipiellen Recht des Arbeitgebers, eine Untersuchung zu verlangen, folgt nicht automatisch sein Recht, auch den untersuchenden Arzt zu bestimmen. Eine derartige pauschale Schlussfolgerung macht keinen genügenden Unterschied zwischen der grundsätzlichen Bejahung einer Pflicht und ihrer inhaltlichen Ausgestaltung.⁵⁰⁸

Häufig steht eine ärztliche Untersuchung bereits am Anfang der vertraglichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Wenn ein Arbeitgeber von einem Stellenbewerber verlangt, er solle sich untersuchen lassen, so handelt es sich nicht um eine „Forderung“ im Sinne des Schuldrechts, der eine ent-

⁵⁰⁷ vgl. BAG, AP Nr. 1 zu Art. 1 GG Bl. 2 R mit Anm. von Wertenbruch; Keller, NZA 1988, 561 (562).

⁵⁰⁸ vgl. Kittner, S. 103.

sprechende „Verpflichtung“ gegenüber stünde.⁵⁰⁹ Das Verlangen des Arbeitgebers ist vielmehr eine „Anforderung“, an die er seinen freien Entschluss zur Eingehung eines Arbeitsvertrages knüpft. Eine aus § 242 BGB bestehende Verpflichtung des Stellenbewerbers, sich untersuchen zu lassen, besteht nicht.⁵¹⁰ Ein aus einer umfassenden Interessenabwägung resultierendes überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an einer Untersuchung in diesem Stadium besteht nicht. Der Arbeitgeber kann vielmehr eine Gefährdung seiner Interessen dadurch vermeiden, dass er den Abschluss eines Arbeitsvertrages von einer vorausgegangenen Einstellungsuntersuchung abhängig macht oder den Vertrag unter einer entsprechenden aufschiebenden Bedingung abschließt. Bei Einstellungsuntersuchungen besteht somit die Besonderheit, dass der Bewerber keiner entsprechenden Forderung ausgesetzt ist, zu deren Erfüllung er verpflichtet wäre. Die Problematik eines Eingriffs in die Persönlichkeitssphäre betrifft somit nicht den Komplex der Einstellungsuntersuchungen. Lässt sich der Arbeitnehmer „freiwillig“ (d.h. natürlich auch um die Arbeitsstelle zu bekommen) untersuchen, muss der Arbeitgeber auch den Arzt bestimmen dürfen.⁵¹¹ Wegen seiner Kenntnis der betrieblichen Gegebenheiten ist es am zweckmäßigsten, den Betriebsarzt mit der Untersuchung zu betrauen.

Allgemeine arbeitsmedizinische Untersuchungen während des bestehenden Arbeitsverhältnisses erfolgen ebenfalls auf freiwilliger Basis und können in der Regel weder Beschäftigungsverbote noch Beschäftigungsbeschränkungen auslösen.⁵¹² Der Betriebsarzt verschafft sich mit ihrer Hilfe einen Eindruck von dem betroffenen Arbeitnehmer im Hinblick auf die von ihm zu erfüllenden Aufgaben und die damit verbundenen Belastungen. Wenn die allgemeinen arbeitsrechtlichen Untersuchungen nicht durch einen Tarifvertrag beziehungsweise durch eine Betriebsvereinbarung vorgeschrieben werden, sind sie für den Arbeitgeber jedoch in der Regel ohne Einverständnis des Arbeitnehmers nicht durchsetzbar. Liegt jedoch eine solche Regelung beziehungsweise das Einver-

⁵⁰⁹ vgl. Kittner, S. 105 m.w.N.

⁵¹⁰ vgl. Kittner a.a.O.

⁵¹¹ vgl. Kittner a.a.O.

⁵¹² vgl. Kittner, Personalhandbuch, § 3 Rn. 72.

ständnis des Arbeitnehmers vor, ist die Einschränkung der Arztwahl des Arbeitnehmers logische Konsequenz, da nur der Betriebsarzt die gesundheitlichen Anforderungen, die an den Arbeitnehmer zu stellen sind, in Gänze kennt.

Zahlreiche Gesetze,⁵¹³ Tarifverträge⁵¹⁴ oder Unfallverhütungsvorschriften⁵¹⁵ der Berufsgenossenschaften schreiben während des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses bestimmte ärztliche Untersuchungen vor oder erlauben sie unter gewissen Voraussetzungen (spezielle arbeitsmedizinische Untersuchungen).

Die jeweilig Norm bedarf der Auslegung, ob damit zugleich die vertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers verbunden ist, sich einer ärztlichen Verpflichtung zu unterziehen. Dies ist für dem Arbeitsschutz dienende Vorschriften zu verneinen, da diese nur eine gesundheitsschädliche Beschäftigung unterbinden sollen, ohne eine arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Untersuchung zu begründen.⁵¹⁶ Entsprechendes gilt für die Anordnung ärztlicher Untersuchungen von Arbeitnehmern zu gesundheitlichen Zwecken.⁵¹⁷

In den Fällen, in denen die ärztliche Untersuchung Beschäftigungsvoraussetzung ist, weil die Beschäftigung des Arbeitnehmers andernfalls nicht erlaubt ist, besteht jedoch eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht des Arbeitnehmers, sich ärztlich untersuchen zu lassen.⁵¹⁸ Der Arbeitnehmer ist aufgrund seines Arbeitsvertrages zur Arbeitsleistung verpflichtet und muss deshalb auch die persönlichen Voraussetzungen schaffen und erhalten, die ihn befähigen, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.

Eine Einschränkung der freien Arztwahl des Arbeitgebers ergibt sich bei speziellen arbeitsmedizinischen Untersuchungen häufig daraus, dass sie von einem ermächtigten Arzt vorgenommen werden müssen (vgl. z.B. § 30 GefStoffV).

Zur Frage, ob eine Untersuchungspflicht auch bei begründeten Zweifeln an der

⁵¹³ vgl. z.B. §§ 32 ff. JArbSchG; § 81 Abs. 2, 3 SeemG; § 28 GefStoffV.

⁵¹⁴ insbesondere § 7 BAT; auf diese Regelung wird später noch genauer einzugehen sein.

⁵¹⁵ z.B. § 2 a UVV „Gesundheitsdienst“ – VGB 103.

⁵¹⁶ vgl. Wiese, RdA 1986, 120 (125) m.w.N.

⁵¹⁷ vgl. Wiese a.a.O.

⁵¹⁸ vgl. LAG Düsseldorf, Urteil vom 31.05.1996, NZA-RR 1997, 88 ff.; Wiese, RdA 1986, 120 (125).

gesundheitlichen Eignung (Tauglichkeit) eines Arbeitnehmers bestehen kann, hat sich das Landesarbeitsgericht Berlin geäußert.⁵¹⁹ In einer Entscheidung vom 27.11.1989 sah es den Arbeitgeber unter gewissen Voraussetzungen auch ohne besondere Vereinbarung als berechtigt an, vom Arbeitnehmer eine Untersuchung durch einen von ihm benannten Arzt zu verlangen, soweit dem Arbeitnehmer die Person des Arztes und die Umstände der Untersuchung zumutbar seien. Eine entsprechende arbeitsvertragliche Nebenpflicht des Arbeitnehmers bestehe jedoch nur dann, wenn durch bestimmte Tatsachen der Verdacht begründet sei, dass der Arbeitnehmer infolge seines Gesundheitszustandes auf seinem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr eingesetzt werden kann.

Diesem Urteil ist zuzustimmen. Ein Verlangen des Arbeitgebers zur Untersuchung des Arbeitnehmers durch einen Arzt seines Vertrauens wird als berechtigt angesehen werden müssen, wenn es darum geht, die körperliche Tauglichkeit des Arbeitnehmers für eine bestimmte Tätigkeit im Betrieb festzustellen. Bei einer Untersuchung im Hinblick auf gefährliche Tätigkeiten folgt das Recht des Arbeitgebers, die Durchführung einer Untersuchung zu verlangen, aus seiner Pflicht, die eigenen Beschäftigten und Dritte zu schützen. Der Arbeitgeber kann ansonsten einem Dritten gegenüber schadensersatzpflichtig werden, wenn er einen untauglichen Arbeitnehmer beschäftigt und dadurch anderen Personen, sei es innerhalb oder außerhalb des räumlichen Betriebsbereiches, ein Schaden entsteht.

Wenn somit die gesundheitliche Tauglichkeit für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit festgestellt werden soll, kann es sein, dass nicht jeder Arzt in der Lage ist, die Untersuchung durchzuführen. Ein außenstehender Arzt kann die Tauglichkeit möglicherweise nicht hinreichend beurteilen. Hier zeigt sich eine sachliche Notwendigkeit, den Arbeitnehmer in der Arztwahl zu beschränken, da es nur Sinn macht einen Arzt zu bestimmen, der in der Lage ist, dem Zweck der Untersuchung gerecht zu werden. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers gebietet es ihm dann, dieses berechnete Interesse des Arbeitgebers anzuerkennen und auf die schrankenlose Freiheit der Auswahl des Arztes zu verzichten. Geeignete

⁵¹⁹ LAG Berlin, Urteil vom 27.11.1989, DB 1990, 1621 (1622).

ter Arzt kann in vielen dieser Fälle dann auch der Betriebsarzt sein.

Ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an einer Untersuchung des Arbeitnehmers durch einen Arzt seines Vertrauens kann des weiteren auch gegeben sein, wenn die Möglichkeit einer ansteckenden Krankheit besteht.⁵²⁰ Dann erfordert es die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber den übrigen Arbeitnehmern, dass diese Frage geklärt wird, um gegebenenfalls eine Ansteckungsgefahr zu verhindern.

Dagegen dürfte es zu weit gehen, allgemein ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers allein schon aus der Tatsache wiederholter Erkrankungen des Arbeitnehmers abzuleiten. Dies wird vielmehr nur dann zutreffen, wenn eine Gleichartigkeit der Erkrankungen beziehungsweise ihre Zurückführung auf ein einheitliches Grundleiden in Betracht kommt oder zweifelhaft ist. Nur dann ist das Verlangen des Arbeitgebers auf Untersuchung durch einen Arzt, der das Vertrauen des Arbeitgebers genießt, aus diesem Gesichtspunkt anzuerkennen, weil diese Frage für die Ansprüche des Arbeitnehmers aus Anlass der Krankheit von Bedeutung ist und es sich hier durchaus vom medizinischen Standpunkt aus gesehen objektiv um eine Streitfrage handeln kann. Insofern ist die Sachlage grundsätzlich eine andere wie wenn es nur um die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit geht.

Als Ergebnis dieses Abschnitts lässt sich festhalten, dass es im Arbeitsverhältnis zahlreiche Untersuchungen des Arbeitnehmers gibt, bei denen teilweise auch der Arbeitgeber den Arzt bestimmen kann, wenn eine Interessenabwägung der beiderseitigen Interessen dies als notwendig erscheinen lässt. Für alle Untersuchungen gilt, dass sie für den Arbeitnehmer zumutbar sein müssen. Eine Untersuchung wäre beispielsweise unzumutbar, wenn ihre Durchführung mit schmerzhaften oder risikoreichen Eingriffen verbunden ist.⁵²¹ Sachlich begründete Zweifel gegen die Neutralität oder die fachliche Qualifikation des vom

⁵²⁰ vgl. Schelp/Trieschmann, S. 28.

⁵²¹ vgl. Lepke, Rn. 396.

Arbeitgeber beauftragten Arztes muss der Arbeitnehmer grundsätzlich geltend machen können.⁵²²

2.5.3. Vertragliche Pflicht des Arbeitnehmers, bei Arbeitsunfähigkeit eine Kontrolluntersuchung zu dulden?

Wie bereits oben festgestellt, besteht keine gesetzliche Pflicht des Arbeitnehmers, sich einer Kontrolluntersuchung durch einen vom Arbeitgeber bestimmten Arzt zu stellen.⁵²³

Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Arbeitnehmer aus allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen verpflichtet sein kann, sich untersuchen zu lassen.

In Betracht kommt zum einen das Direktionsrecht des Arbeitgebers. Das auf dem Arbeitsvertrag beruhende Weisungsrecht ist wesentlicher Inhalt eines jeden Arbeitsverhältnisses.⁵²⁴ Da die Art der zu erbringenden Tätigkeit im Arbeitsvertrag zumeist nur schlagwortartig umschrieben ist, kann die vertragliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers durch Anweisungen des Arbeitgebers in Ausübung seines Direktions- und Weisungsrechts konkretisiert werden. Durch das Weisungsrecht kann der Arbeitgeber die Leistungspflicht des Arbeitnehmers im einzelnen nach Zeit, Art und Ort bestimmen.⁵²⁵ Es steht dem Arbeitgeber als Gestaltungsrecht zur einseitigen Leistungsbestimmung im Sinne des § 315 BGB zur Verfügung und ist nach billigem Ermessen auszuüben. Weisungen dienen jedoch lediglich der Konkretisierung von Leistungspflichten. Keine Weisung liegt deshalb vor, wenn der Arbeitgeber nur die Einhaltung einer bestimmten Regelung verlangt. Konkretisierung setzt nämlich immer die (rechtliche) Möglichkeit zu einem anderen Verhalten voraus.⁵²⁶ Insbesondere handelt es sich auch dann nicht um Weisungen, wenn der Arbeitgeber sich auf Nebenpflichten des Arbeitnehmers (Schutz- und Rücksichtspflichten) beruft, auch wenn in der betrieblichen Praxis die Geltendmachung dieser Rechte häufig als Weisung bezeichnet wird.

⁵²² vgl. BAG, Urteil vom 08.05.1969, AP Nr. 1 zu § 59 BAT; Keller, NZA 1988, 565.

⁵²³ vgl. oben 2.1. Einführung, S. 135.

⁵²⁴ BAG, Urteil vom 23.06.1993, AP Nr. 42 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

⁵²⁵ BAG, Urteil vom 27.03.1980, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

⁵²⁶ vgl. Hromadka, DB 1995, 2601 (2605).

Des weiteren erstreckt sich das Weisungsrecht des Arbeitgebers nicht auf das Verhalten des Arbeitnehmers außerhalb des Betriebes.⁵²⁷ Weisungen, die dieses außerbetriebliche Verhalten beschränken, brauchen von dem Arbeitnehmer nicht befolgt zu werden.

Somit kommt als Anspruchsgrundlage für ein etwaiges Recht des Arbeitgebers auf eine Kontrolluntersuchung lediglich § 242 (Treu und Glauben) in Betracht. Fraglich ist somit, ob der Arbeitgeber im Entgeltfortzahlungsfall unter Umständen (etwa bei Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit) aus § 242 BGB einen Anspruch gegen den Arbeitnehmer auf Durchführung einer Kontrolluntersuchung durch einen Arzt seines Vertrauens haben kann.

2.5.3.1. Meinungen

Das Landesarbeitsgericht Berlin hat in seinem Urteil vom 25.10.1955⁵²⁸ sehr weitgehend entschieden, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich verpflichtet sei, sich im Falle einer durch Erkrankung bedingten Arbeitsunfähigkeit auf Verlangen des Arbeitgebers der Untersuchung durch einen vom Arbeitgeber benannten Arzt zu unterziehen, wenn dieses Verlangen nach den gegebenen Umständen für den Arbeitnehmer nicht unzumutbar erscheint. Dies solle selbst dann gelten, wenn keine Zweifel an der Richtigkeit der Angaben des Arbeitnehmers bestehen.

Ansonsten wird die Untersuchungspflicht des Arbeitnehmers durch einen Arzt, den der Arbeitgeber bestimmt, durch die Rechtsprechung zum Teil dann bejaht, wenn ernsthafte und begründete Zweifel an der Wahrhaftigkeit der Krankmeldung bestehen, insbesondere beim Verdacht eines Gefälligkeitsattestes.⁵²⁹ Andere Gerichte lehnen eine solche Untersuchung ab.⁵³⁰

Auch in der Literatur wird zum Teil die Meinung vertreten, dass der Arbeitgeber, eine Untersuchung durch einen von ihm bestimmten Arzt gemäß § 242 BGB

⁵²⁷ vgl. Prasse, 1959, RdA 55 (56).

⁵²⁸ AP Nr. 4 zu § 611 BGB Treuepflicht.

⁵²⁹ LAG Bremen, Urteil vom 25.01.1991, MDR 1991, 648 f.; LAG Berlin, Urteil vom 03.06.1969, DB 1970, 838 f.

⁵³⁰ etwa LAG Bremen, Urteil vom 28.03.1956, AP Nr. 17 zu § 626 BGB; LAG Hamm, Urteil vom 16.02.1977, DB 1977, 828.

verlangen kann, wenn er ernsthafte und begründete Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers habe, insbesondere wenn der dringende Verdacht eines Gefälligkeitsattestes bestehe.⁵³¹

Die wohl herrschende Meinung lehnt jedoch eine Duldungspflicht des Arbeitnehmers hinsichtlich einer ärztlichen Kontrolluntersuchung auf Ersuchen des Arbeitgebers ausdrücklich ab.⁵³²

2.5.3.2. Eigener Lösungsansatz

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts Kaiserslautern/Pirmasens⁵³³ ist die Überwachung der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers keineswegs ausschließlich dem Medizinischen Dienst übertragen,⁵³⁴ zumal nicht alle Arbeitnehmer Mitglieder einer gesetzlichen Krankenkasse sind. Zwar hat auch das Bundesarbeitsgericht das Antragsrecht auf Einschaltung des Medizinischen Dienstes in mehreren Entscheidungen als grundsätzlich einzig adäquates Mittel des Arbeitgebers bezeichnet, um Missbräuchen bei der Gehaltsfortzahlung entgegenzuwirken;⁵³⁵ dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Weder der Gesetzeswortlaut des § 275 SGB V noch der Kontext, in dem diese Norm steht, schließen von vornherein das Bestehen sonstiger Untersuchungspflichten des Arbeitnehmers oder die Zulässigkeit weiterer Kontrollmittel des Arbeitgeber aus.⁵³⁶ Der medizinische Dienst der Krankenkassen erfüllt staatliche Aufgaben und darf nicht als verlängerter Arm der Personalabteilung missverstanden werden.⁵³⁷ Die Begutachtung der Arbeitsunfähigkeit durch den Medizinischen Dienst kommt somit lediglich als zusätzliche betriebliche Maßnahme zur Verminderung von Fehlzeiten in Betracht, ohne allein an ihre Stelle zu treten.⁵³⁸ Die Untersuchung durch einen Vertrauensarzt des Arbeitgebers ist mithin nicht schlechthin unzu-

⁵³¹ Lepke, Rn. 396 m.w.N; Bauer/Röder/Lingemann, S. 76.

⁵³² Feichtinger/Pohl, DB 1994 Beilage Nr. 4 S. 1 (4); Küchenhoff, RdA 1972, 336 (339); Hunold, S. 112 f.

⁵³³ vom 20.04.1977, ARSt 1978, S. 57 Nr. 55; Borchert, ArbuR 1990, 375 (378).

⁵³⁴ so auch Galahn, S. 130; Gola, BB 1995, 2318(2322); Bauer/Röder/Lingemann, S. 78; Edenfeld, DB 1997, 2273(2276).

⁵³⁵ etwa BAG, Urteil vom 19.05.1982, DB 1982, 2190.

⁵³⁶ anders wohl LAG Düsseldorf, Urteil vom 15.01.1986, DB 1986, 1180.

⁵³⁷ so Norbert Schuster, Krankheit und Arbeitsverhältnis, in : AuA 1993, 168 (169).

⁵³⁸ Ortlepp, Anm. zu BAG, Urteil vom 19.05.1982, AP Nr. 12 zu § 611 Anwesenheitsprämie, Bl. 776 (777); Edenfeld, DB 1997, 2273(2276/2277).

lässig, nur weil die Möglichkeit der Krankenkontrolle durch den Medizinischen Dienst besteht. § 275 SGB V entfaltet keine Sperrwirkung.

In Ausnahmefällen sollte der Arbeitgeber meines Erachtens auch ohne entsprechende vertragliche Grundlage berechtigt sein, vom Arbeitnehmer eine zweite Untersuchung bei einem anderen Arzt zu verlangen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass berechtigte Zweifel an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit nicht von der Hand zu weisen sind; weiter sollte eine – vielleicht Zweifel aus-räumende - Befragung des das erste Attest ausstellenden Arztes in Betracht gezogen werden.

Ein anderer Problemkreis ist jedoch, wer den zweiten Arzt bestimmen darf. Aus dem prinzipiellen Recht des Arbeitgebers, eine Nachuntersuchung verlangen zu können, folgt nicht automatisch sein Recht, auch den untersuchenden Arzt zu bestimmen. Eine derartige pauschale Schlussfolgerung macht keinen genügenden Unterschied zwischen der grundsätzlichen Bejahung einer Pflicht und ihrer inhaltlichen Ausgestaltung.⁵³⁹ Ein etwaiges Recht des Arbeitgebers, einen Arzt seiner Wahl zu bestimmen, stellt natürlich einen noch viel gravierenderen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers dar als die meines Erachtens in Ausnahmefällen bestehende Verpflichtung des Arbeitnehmers, ein Zweitattest irgendeines Arztes beizubringen. Da es nämlich grundsätzlich im freien Belieben eines jeden Patienten steht, den Arzt seines Vertrauens auszusuchen, stellt jede Pflichtuntersuchung durch einen bestimmten Arzt eine Einschränkung dieser Freiheit dar.

Die Frage, ob der Arbeitnehmer verpflichtet ist, sich von einem Arzt, der das Vertrauen des Arbeitgebers genießt, untersuchen zu lassen, kann nur unter Berücksichtigung der beiderseitigen Treuepflichten (§ 242 BGB) beantwortet werden.

Die Treuepflicht des Arbeitnehmers ist Bestandteil und Ausfluss seiner Verpflichtung zur Übernahme einer durch den Arbeitsvertrag festgelegten Funktion innerhalb eines fremden Arbeits- oder Lebensbereiches. Nach einer Formulie-

⁵³⁹ vgl. Kittner, S. 103.

rung von Wiese⁵⁴⁰ schuldet der Arbeitnehmer ein Gesamtverhalten, das darauf gerichtet ist, nach Maßgabe der von ihm übernommenen Funktion die berechtigten Interessen des Arbeitgebers nicht zu schädigen und im Rahmen des Zumutbaren wahrzunehmen. Der Arbeitnehmer braucht etwaige berechnigte Arbeitgeberinteressen jedoch nur wahrzunehmen, sofern er sich nicht auf vorrangige eigene entgegenstehende Interessen oder Rechte berufen kann.

Wie oben geschildert, gelten die Grundrechte im Privatrechtsverkehr zwar nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar, wobei die Generalklauseln des Privatrechts als „Einbruchsstelle“ dienen.⁵⁴¹ Da die Treuepflicht des Arbeitnehmers ihre Grundlage in der Generalklausel des § 242 BGB hat, ist es eine logische Konsequenz, dass den Grundrechten bei der Ausgestaltung dieser Nebenpflichten Rechnung getragen werden muss. Aus diesem Grund bedarf die Beantwortung der Frage, ob eine Pflicht des Arbeitnehmers anzuerkennen ist, sich auf Geheiß des Arbeitgebers von einem Arzt seines Vertrauens untersuchen zu lassen, einer umfassenden Interessenabwägung.

Eine ärztliche Untersuchung bedeutet stets einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers,⁵⁴² der einer hinreichenden Legitimation bedarf, geht es doch um die Offenlegung seiner Persönlichkeitssphäre, die durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt ist.⁵⁴³ Eine ärztliche Kontrolluntersuchung ist allerdings nicht ohne Mitwirkung des Arbeitnehmers möglich, so dass ein einseitiger Eingriff des Arbeitgebers in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist. Das Verlangen des Arbeitgebers, sich einer Kontrolluntersuchung zu unterziehen, ist ebenso wenig ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers wie eine aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes unzulässige Frage; nicht durch die Frage, sondern erst durch deren Beantwortung wird der Persönlichkeitsbereich offengelegt.⁵⁴⁴ Das Verlangen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, sich einer Nachuntersuchung durch

⁵⁴⁰ RdA 1986, 120 (126).

⁵⁴¹ BVerfGE 7, 198 (205 ff.); 25, 256 (263).

⁵⁴² BAG, AP Nr. 1 zu Art. 1 GG Bl. 2 R mit Anm. von Wertbruch zur Einstellungsuntersuchung.

⁵⁴³ vgl. oben S. 143 ff.

⁵⁴⁴ vgl. Wiese, ZfA 1971, 273 (300 f.).

einen von ihm gewählten Arzt zu unterziehen, ist daher allein unter dem Aspekt zu betrachten, ob den Arbeitnehmer eine entsprechende Verpflichtung trifft und arbeitsvertragliche Sanktionen gegen ihn zulässig sind, falls er sich weigert, die Untersuchung vornehmen zu lassen.

Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung muss somit berücksichtigt werden, dass die verfassungsrechtlich geschützte Freiheit der Arztwahl auf Seiten des Arbeitnehmers beachtet werden muss.

Aber auch Interessen des Arbeitgebers fallen stark ins Gewicht. Es darf nicht außer acht gelassen werden, dass das Recht der Entgeltfortzahlung dem Arbeitgeber zumutet, das Arbeitsentgelt weiterzubezahlen, ohne eine Gegenleistung des Arbeitnehmers zu erhalten. Er hat ein berechtigtes Interesse daran, dem Missbrauch seiner Entgeltfortzahlungsverpflichtung wirksam begegnen zu können.

Aus diesem Grunde sind bei der Interessenabwägung auch Grundrechte des Arbeitgebers zu beachten, da die Grundrechte beider Arbeitsvertragsparteien auch im Arbeitsverhältnis zumindest mittelbar gelten. Der Arbeitgeber kann sich auf Art. 14, Nutzung von Besitz und Eigentum an den Produktionsmitteln und auf Art. 2 und 12 GG, die Entfaltung seiner unternehmerischen Persönlichkeit berufen. Jeder Arbeitgeber möchte sein Unternehmen so profitabel wie möglich führen. Gewinn zu erzielen ist legitim und notwendig und steht nicht weniger unter dem Schutz der Verfassung als die immateriellen Interessen des Arbeitnehmers. Hinter den Interessen des Arbeitgebers stehen noch andere Belange: die Erwartungen des Verbrauchers, billige und gute Waren und Dienstleistungen vorzufinden (jeder Arbeitnehmer ist in allen anderen Beziehungen selbst Verbraucher), das Interesse des Staates an Steuern, der Allgemeinheit an der Stellung der Bundesrepublik im internationalen Wettbewerb oder auch an der Ausbildung der nachfolgenden Generation. Die Pflicht zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall belastet den Arbeitgeber nicht unerheblich. Zudem steht ihr keine Gegenleistung des Arbeitnehmers gegenüber. Der Arbeitgeber hat deswegen ein legitimes Interesse daran, dass der Missbrauch der Entgeltfortzahlungsver-

pflichtung durch effektive Kontrollen unterbunden werden kann. Zudem verdient der Arbeitnehmer keinen Schutz, wenn er dem Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt, obwohl er weiß, dass er gar nicht arbeitsunfähig ist.⁵⁴⁵

Die Entscheidung in diesem Konflikt muss durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen gefunden werden, wobei das Interesse des Arbeitgebers in jedem Fall auf objektivierbare betriebliche Erfordernisse zurückzuführen sein muss. Dem Arbeitgeber wäre das Recht, die Personen des nachuntersuchenden Arztes zu bestimmen jedenfalls dann zuzugestehen, wenn er hierfür ein überwiegendes Interesse besitzen würde.

Wie oben festgestellt, gibt es in mehreren Rechtsbereichen Einschränkungen der freien Arztwahl. Auch ist es im Grundsatz anerkannt, dass der Arbeitnehmer verpflichtet sein kann, sich unter bestimmten Voraussetzungen von einem Vertrauensarzt des Arbeitgebers untersuchen zu lassen. Beispielsweise ist ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers zu bejahen, wenn es um die Feststellung der Tauglichkeit für eine bestimmte Tätigkeit geht, welche nicht jeder Hausarzt ausreichend zu beurteilen vermag.⁵⁴⁶

In die Privatsphäre des Arbeitnehmers darf hierbei jedoch nur insoweit eingegriffen werden, wie dies zur Erreichung der Interessen des Arbeitgebers unbedingt erforderlich ist. Diesem den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtenden Grundsatz muss auch hier Rechnung getragen werden. Daraus folgt, dass sich die Untersuchungspflicht eines Arbeitnehmers von vornherein nur auf solche Umstände erstrecken darf, die ein Arbeitgeber notwendigerweise kennen muss.

Zur Bejahung einer Verpflichtung des Arbeitnehmers, sich einer Kontrolluntersuchung durch einen vom Arbeitgeber bestimmten Arzt zu unterziehen, ist somit ein aus einer umfassenden Interessenabwägung resultierendes überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an einer solchen Untersuchung erforderlich. Dieses Interesse geht dahin, einen möglichst zuverlässigen Nachweis der

⁵⁴⁵ Gamillscheg, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, S. 19.

⁵⁴⁶ vgl. oben S. 157 f.

Krankheit zu erhalten, wobei der Arbeitgeber naturgemäß dem Zeugnis eines von ihm benannten Arztes das größte Vertrauen entgegenbringt. Auf Seiten des Arbeitgebers besteht häufig ein subjektiv begründetes Misstrauen in die Person des vom Arbeitnehmer selbst gewählten Arztes.

Dem steht das Interesse des Arbeitnehmers gegenüber, von einem so weitgehenden Eingriff in die eigene Persönlichkeitssphäre, wie sie die Untersuchung durch einen fremden Arzt darstellt, bewahrt zu bleiben. Selbst eine vom Arbeitgeber rechtens verlangte Untersuchung dürfte nicht weiter gehen, als es der jeweilige Zweck der Untersuchung zwingend gebietet.⁵⁴⁷

Die gegensätzlichen Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern sind in „praktische Konkordanz“ zu bringen, was das zentrale Problem der Grundrechtsanwendung ist.⁵⁴⁸ Die Interessen der Beteiligten sind auszugleichen, jedem ist also das seine so weit wie möglich zu gewähren.

Für die Abwägung der gegensätzlichen Interessen gibt es keine feste Rangordnung, keine „vollständige und geschlossene Werteordnung.“⁵⁴⁹ Die nicht-vermögensrechtlichen Interessen des Arbeitnehmers verdrängen auch nicht deshalb die Belange des Arbeitgebers, weil sie edler wären.⁵⁵⁰ Dem Arbeitnehmer gebührt jedoch ein fairer Anteil am gemeinschaftlich erwirtschafteten Gewinn und eine Stellung im Betrieb, die auch seine nichtvermögensrechtlichen Belange im Rahmen des möglichen wahr.

Es ist dem Arbeitnehmer aus diesem Grund keinesfalls ohne weiteres zuzumuten, sich ohne besonderen Grund nach Belieben des Arbeitgebers einem ihm in der Regel völlig fremden, jedenfalls nicht nach dem eigenen Vertrauen ausgewählten Arzt vorstellen zu müssen. Die Untersuchung durch den Vertrauensarzt des Arbeitgebers kann je nach den Umständen des Falles für den Arbeitnehmer peinlich oder auch mit anderen Unannehmlichkeiten verbunden sein. Es darf des weiteren auch nicht übersehen werden, dass das Verlangen des Arbeitge-

⁵⁴⁷ vgl. Wiese, RdA 1986, 120 (127).

⁵⁴⁸ Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 18.

⁵⁴⁹ Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 252 f.

⁵⁵⁰ vgl. Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 20.

bers, dass sich der erkrankte Arbeitnehmer trotz Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch den behandelnden Arzt noch einer Untersuchung durch den Vertrauensarzt des Arbeitgebers unterziehen soll, vielfach als Zeichen des Misstrauens gewertet wird, also für den Arbeitnehmer diffamierend wirken kann.

Aus diesen Gründen kann der Arbeitgeber meines Erachtens keine Untersuchung – zumindest nicht ohne Angaben von Gründen - verlangen. Aber auch bei (berechtigten) Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit dringt die Forderung des Arbeitgebers nach einer Untersuchung durch einen Arzt seines Vertrauens weiter in die Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers ein, als dies im Interesse der Aufrechterhaltung und Kontrolle der Ordnung im Betrieb erforderlich wäre. Eine solche Forderung ist meines Erachtens nicht ohne eine entsprechende Regelung möglich. Diesen Weg der Krankenkontrolle hat der Gesetzgeber jedoch nicht vorgesehen. Das Bedürfnis des Arbeitgebers, einen verlässlichen Beweis für die Arbeitsunfähigkeit zu erlangen wiegt schwer, eine Untersuchungspflicht des Arbeitnehmers in diesem Umfang kann aber nur anerkannt werden, wenn keine schützenswerten Interessen des Arbeitnehmers existieren, denen ein stärkeres Gewicht beigemessen werden muss. Hierbei überwiegt jedoch meines Erachtens für die vorliegende Konstellation der Kontrolle der Arbeitsunfähigkeit – im Gegensatz etwa zu einer Tauglichkeitsprüfung - das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers.

Somit existiert keine arbeitsvertragliche Nebenpflicht des Arbeitnehmers, eine Bestätigungsbescheinigung eines vom Arbeitgeber bestimmten Arztes vorzulegen. Freiwillig kann sich der Arbeitnehmer natürlich diesem Arzt anvertrauen und ihn von der Schweigepflicht entbinden.

2.6. Die kollektiv-/arbeitsvertraglich vereinbarte Pflicht zur Nachuntersuchung

Völlig anders könnte die Situation jedoch dann zu bewerten sein, wenn die Kontrolluntersuchung für den Fall der Arbeitsunfähigkeit geregelt ist. Auch die Regelungen des Arbeitsverhältnisses (Arbeits-, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung-

en) gehören zur verfassungsrechtlichen Ordnung und können das Grundrecht der freien Arztwahl (des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) einschränken.

Die Grundrechte gelten jedoch auch für Arbeits-/Tarifverträge beziehungsweise für Betriebsvereinbarungen zumindest mittelbar.⁵⁵¹ Soweit bestimmte Lebensbereiche grundrechtlich geschützt sind, muss eine Grenzziehung durch die arbeitsvertraglich übernommenen Arbeitsaufgaben sachlich gerechtfertigt sein. Der zugrunde liegende Konsens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (beziehungsweise Betriebsrat oder Gewerkschaft) rechtfertigt aber grundsätzlich eine andere Bewertung der Interessenlagen als bei der Prüfung einer Untersuchungsspflicht des Arbeitnehmers aus der allgemeinen Treuepflicht.

Fraglich ist deshalb, ob in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Einzelarbeitsvertrag eine Vereinbarung (rechtswirksam) festgelegt werden kann, die eine Nachuntersuchung und das Ausstellen einer Bestätigungsbescheinigung durch einen Arzt vorschreibt, der das Vertrauen des Arbeitgebers genießt und von diesem benannt wird.

2.6.1. Tarifvertragliche Einschränkungen der freien Arztwahl in der Praxis

Bei der Prüfung, ob eine Einschränkung der Arztwahlfreiheit durch ein arbeitsvertragliche Regelung möglich ist, sollen zunächst in der Praxis gebräuchliche Regelungen beleuchtet werden. Vor allem tarifvertragliche Regelungen, die dem Arbeitnehmer eine Untersuchung durch einen vom Arbeitgeber vorgegebenen Arzt vorschreiben, sind in der Praxis keine Seltenheit.

Einschränkungen der freien Arztwahl gibt es vor allem auch in Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes etwa § 7 BAT oder § 10 II MTB II. Die Regelung des § 7 BAT ist im folgenden kurz darzustellen.

§ 7 Absatz 1 BAT regelt die Einstellungsuntersuchung. Der Arbeitgeber hat dabei das Recht, dem Angestellten den Arzt vorzuschreiben, der die Untersuchung vornehmen soll. In der Auswahl ist er keinen Einschränkungen unterwor-

⁵⁵¹ vgl. oben 2.2. S. 137 ff.

fen. Es liegt nahe, den mit den gesundheitlichen Aufgaben im öffentlichen Dienst vertrauten Amtsarzt zu beauftragen. Es kann aber auch ein Betriebsarzt oder eine niedergelassener Arzt mit der Einstellungsuntersuchung betraut werden. Der Angestellte hat grundsätzlich kein Recht, den vom Arbeitgeber bestimmten Arzt abzulehnen, sofern er hierfür nicht im Ausnahmefall triftige Gründe hat. Auf keinen Fall hat er aber ein Recht darauf, von einem von ihm benannten Arzt untersucht zu werden.⁵⁵²

§ 7 Abs. 2 BAT behandelt die Untersuchungen während des bestehenden Arbeitsverhältnisses. Auch in diesen Fällen bestimmt der öffentliche Arbeitgeber die Person des untersuchenden Arztes. Das Bundesarbeitsgericht führte in seiner Entscheidung vom 15.07.1993⁵⁵³ aus: *Den Angestellten entbindet auch ein von ihm etwa vorgelegtes privatärztliches Zeugnis nicht von der Verpflichtung nach Abs. 2, da es dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann, aufgrund eines nach den Angaben des Angestellten zustande gekommenen privatärztlichen Gutachtens eine personelle Entscheidung zu treffen.*

§ 7 Abs. 2 BAT sieht die Untersuchung „bei gegebener Veranlassung“ vor, enthält aber keine weiteren Angaben, unter welchen Voraussetzungen die Untersuchungen angeordnet werden dürfen. Der Arbeitgeber darf von der Untersuchungsbefugnis jedenfalls nicht willkürlich oder missbräuchlich Gebrauch machen. Nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23.02.1967⁵⁵⁴ ist § 7 Abs. 2 BAT dahin auszulegen, dass der sachliche Grund für die Anordnung einer Untersuchung sowohl in der Fürsorgepflicht für den Angestellten selbst und für die mit ihm arbeitenden Angestellten, als auch im sonstigen Pflichtenkreis des Betriebs oder der Verwaltung liegen kann.

Der Arbeitnehmer verstößt nicht gegen seine arbeitsrechtlichen Pflichten, wenn er vertretbare Gründe für die Weigerung hat, auf deren Richtigkeit vertraut und

⁵⁵² vgl. Clemens u.a., BAT-Kommentar, § 7, Erl. 1) Bl. 3.

⁵⁵³ AP Nr. 1 zu § 10 MTB II (inhaltsgleich zu § 7 BAT).

⁵⁵⁴ AP Nr. 1 zu § 7 BAT.

sie dem Arbeitgeber vor oder bei der Weigerung mitteilt.⁵⁵⁵

Teilweise wird die Meinung vertreten, dass der Arbeitgeber bei begründetem Misstrauen die von dem Angestellten angegebenen Gründe für sein Fernbleiben von der Arbeit durch ärztliche Untersuchung auf Dienstfähigkeit nachprüfen lassen kann.⁵⁵⁶ Die BAT-Kommission⁵⁵⁷ hat jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass die in § 7 Abs. 2 BAT vorgesehene Untersuchung nicht der Nachprüfung einer im Krankheitsfall vorgelegten ärztlichen Bescheinigung dient, sondern dem Arbeitgeber die Möglichkeit gibt, die Dienstfähigkeit feststellen zu lassen (Tauglichkeitsprüfung).

§ 7 BAT stellt meines Erachtens keinen verfassungsrechtlich unzulässigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Angestellten dar.⁵⁵⁸ Auch das Bundesarbeitsgericht hat trotz des mit der Pflichtuntersuchung durch einen vom Arbeitgeber bestimmten Arzt verbundenen Eingriffs in die Arztwahlfreiheit (also in das allgemeine Persönlichkeitsrecht) keine verfassungsrechtlichen Zweifel an der Gültigkeit des § 7 Abs. 2 BAT beziehungsweise damit wortgleicher Vorschriften anderer Manteltarifverträge des öffentlichen Dienstes (etwa § 10 Abs. 2 MTB II) geäußert.⁵⁵⁹

Es bleibt somit festzuhalten, dass grundsätzlich die Möglichkeit besteht, die freie Arztwahl (das Persönlichkeitsrecht) des Arbeitnehmers durch einen Tarifvertrag einzuschränken.

2.6.2. Rechtliche Möglichkeiten

Die Regelungen im öffentlichen Dienst, die die freie Arztwahl einschränken, werden überwiegend als verfassungsgemäß angesehen; eine tarifvertragliche Einschränkung der freien Arztwahl wird in der Praxis somit als rechtlich zulässige Möglichkeit angesehen.

⁵⁵⁵ BAG, Urteil vom 23.02.1967, DB 1967, 1182.

⁵⁵⁶ vgl. Clemens u.a. BAT-Kommentar, § 7, Erl. 2 c) Bl. 8 m.w.N.

⁵⁵⁷ Sitzung am 10.10.1980; vgl. auch Bruse u.a., BAT-Kommentar, § 7 Rn. 34 ff.

⁵⁵⁸ so auch Clemens u.a., BAT-Kommentar, § 7, Erl. 2 a) m.w.N.

⁵⁵⁹ vgl. auch das Urteil vom 13.02.1964, AP Nr. 1 zu Art. 1 GG.

Fraglich ist, ob - beziehungsweise in welchen Grenzen - auch im Entgeltfortzahlungsfall die rechtliche Möglichkeit besteht, eine Nachuntersuchung durch einen Arzt, dem der Arbeitgeber vertraut, zu normieren, sei es durch einen Einzelarbeitsvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder einen Tarifvertrag.

Das Bundesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang die Zulässigkeit einer tariflichen Regelung in seiner Entscheidung vom 04.10.1978⁵⁶⁰ ausdrücklich offen gelassen.

In der Literatur wird die Einschränkung der freien Arztwahl durch eine Regelung im Arbeits-, Tarifvertrag beziehungsweise einer Betriebsvereinbarung überwiegend für möglich gehalten.⁵⁶¹ Dem ist meines Erachtens zuzustimmen. Zwar gelten die Grundrechte auch bei Arbeits-/Tarifverträgen beziehungsweise Betriebsvereinbarungen zumindest mittelbar. Soweit ein bestimmter Lebensbereich grundrechtlich geschützt ist, muss eine Grenzziehung durch die arbeitsvertraglich übernommenen Arbeitsaufgaben sachlich gerechtfertigt sein. Dies ist jedoch für Fälle, in denen der Arbeitgeber berechtigte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers hat, zu bejahen. Dem Arbeitgeber kann dann durch eine einzelarbeitsvertragliche oder kollektivrechtliche Regelung die Möglichkeit einer Nachuntersuchung (durch einen Arzt seiner Wahl) eingeräumt werden. Die Interessen des Arbeitgebers an einer effektiven Überprüfung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wiegen schwer und vermögen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers einzuschränken.

Der Unterschied zur Prüfung der Untersuchungspflicht im Rahmen der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers (dort überwiegendes Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers) liegt in dem Konsens, der einem Einzelarbeits-, Tarifvertrag beziehungsweise einer Betriebsvereinbarung zugrunde liegt.

Im Hinblick auf den Unabdingbarkeitsgrundsatz des § 12 EFZG dürfen die Anzeige- und Nachweispflichten jedoch keinesfalls über § 5 EFZG hinaus durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag so zu Lasten des Arbeitnehmers erweitert werden, dass hiervon der Entgeltfortzahlungsanspruch ab-

⁵⁶⁰ EzA, Nr. 13 zu § 616 BGB.

⁵⁶¹ Bezani, Die krankheitsbedingte Kündigung, S. 68 m.w.N.; Bauer/Röder, S. 76; a.A. Peter, S. 254.

hängig ist.⁵⁶² Eine solche Vereinbarung in einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einem Einzelarbeitsvertrag wäre unzulässig, da sie gegen den Schutzcharakter der Vorschriften über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verstößt.⁵⁶³

Des Weiteren darf eine solche Vereinbarung keine bindende Beweisregel zum Inhalt haben, die hinsichtlich der Frage nach dem Vorliegen der Krankheit des Arbeitnehmers in die Freiheit der gerichtlichen Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO eingreift. Ansonsten wäre die Vereinbarung ebenfalls unwirksam.⁵⁶⁴ Das schließt jedoch nicht aus, dass das Gericht im Einzelfall aus einer Weigerung des Arbeitnehmers, sich der Kontrolluntersuchung zu stellen, für den Arbeitnehmer nachteilige Schlüsse auf das Vorhandensein einer Krankheit ziehen kann.⁵⁶⁵

In die Privatsphäre des Arbeitnehmers darf nur insoweit eingegriffen werden, wie dies zur Erreichung der Interessen des Arbeitgebers unbedingt erforderlich ist. Diesem Grundsatz (der das Gebot der Verhältnismäßigkeit beachtet) muss auch hier Rechnung getragen werden. Daraus folgt, dass sich die Untersuchungspflicht eines Arbeitnehmers von vornherein nur auf solche Umstände erstrecken darf, die ein Arbeitgeber notwendigerweise kennen muss (ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig oder nicht). Keinesfalls darf dem Arbeitgeber die Diagnose mitgeteilt werden.

Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers wiegt umso schwerer, desto weniger Mitspracherecht er bei der Auswahl des Arztes hat. Aus diesem Grunde ist dem Arbeitnehmer zumindest die Möglichkeit einzuräumen, sachlich begründete Bedenken an der tatsächlichen Qualifikation und Objektivität eines Arztes geltend zu machen.⁵⁶⁶

⁵⁶² Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 12 Rn. 4.

⁵⁶³ Bauer/Röder/Lingemann, S. 76.

⁵⁶⁴ BAG, Urteil vom 04.10.1978, DB 1979, 653 f.; Brill, WzS 1980, 69 (74).

⁵⁶⁵ vgl. BAG, Urteil vom 04.10.1978, DB 1979, 653 (654).

⁵⁶⁶ vgl. Keller, NZA 1988, 561 (565).

2.7. Die Wirksamkeit der Kontrolluntersuchung im Kampf gegen den Missbrauch

Der Arbeitgeber schenkt verständlicherweise am ehesten dem Attest eines Arztes Glauben, der sein Vertrauen genießt. Eine bestätigende Stellungnahme eines Arztes, den der Arbeitgeber benannt hat, dient aus diesen Gründen nicht zuletzt dem Frieden am Arbeitsplatz, kann sich somit auch durchaus positiv für einen Arbeitnehmer auswirken, der zu Unrecht der Simulation verdächtigt wird.

Eine Kontrolluntersuchung des Arbeitnehmers durch einen Arzt, den der Arbeitgeber bestimmt, ist meines Erachtens jedoch nach geltendem Recht nur möglich, falls eine Regelung existiert, die eine solche Untersuchung gebietet.

In einem Rechtsstreit, der die Beweiskraft der gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung betrifft, kann die Weigerung des Arbeitnehmers, einer in dieser Weise vereinbarten ärztlichen Nachuntersuchung nachzukommen, für das Nichtbestehen der Arbeitsunfähigkeit sprechen.⁵⁶⁷ Da dem Arbeitgeber die Beweiswerterschütterung dadurch erheblich erleichtert werden kann, ist es dem gegen Missbrauch ankämpfenden Arbeitgeber anzuraten, eine solche Vereinbarung zu treffen.

3. Krankenbesuche

3.1. Rechtliche Grenzen

Der Arbeitgeber kann dem Missbrauch der Entgeltfortzahlung auch begegnen, indem er versucht, durch Krankenbesuche an Informationen zu gelangen, die er in einem etwaigen Rechtsstreit benötigt, wenn es darum geht, Zweifel an der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu begründen. Krankenbesucher sollen Tatsachen feststellen, die die Aussagekraft der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in tatsächlicher Hinsicht erschüttern.

Auch Krankenbesuche sind unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art 1 Abs. 1 GG,

⁵⁶⁷ BAG, Urteil vom 04.10.1978, DB 1979, 653; Baur/Röder/Lingemann, S. 76 m.w.N.

welches auch im Arbeitsverhältnis zumindest mittelbar⁵⁶⁸ Beachtung finden muss, nicht unproblematisch.

Jeder Arbeitnehmer hat das Recht darauf, dass er gerade im Krankheitsfalle nicht unnötig gestört wird. Krankenbesuche dürfen keine „Jagd auf Kranke“ darstellen. Der Arbeitnehmer darf nicht unter psychischen Druck gesetzt werden oder gar zur Rückkehr an den Arbeitsplatz genötigt werden. Der Arbeitnehmer muss sich nicht die tägliche Aufwartung zur laufenden Überwachung gefallen lassen. Die wohl herrschende Meinung hält jedoch gelegentliche Hausbesuche zu Recht für zulässig,⁵⁶⁹ insbesondere, wenn Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Entgeltfortzahlung vorliegen,⁵⁷⁰ woran jedoch keine überzogenen Anforderungen zu stellen sind. Ob Hausbesuche rechtswidrige Ausmaße annehmen, hängt von ihrer Dauer, der Tageszeit und der Art der Durchführung ab. Jegliche Bloßstellung, Anprangerung und Schädigung des sozialen Ansehens des Krankgeschriebenen hat im Interesse seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu unterbleiben.

Aber auch wenn Hausbesuche aufgrund der überwiegenden Interessen des Arbeitgebers als zulässig angesehen werden können, darf der Arbeitnehmer von seinem Hausrecht Gebrauch machen und den Zutritt zu seiner Wohnung oder zu seinem Grundstück verweigern. Er muss weder die gewünschten Auskünfte erteilen noch Untersuchungen durch den Krankenbesucher dulden.⁵⁷¹ Aus dieser Weigerungshaltung des Arbeitnehmers dürfen keine Rückschlüsse auf seine Arbeitsunfähigkeit gezogen werden.

⁵⁶⁸ vgl. oben 2.2. S. 137 ff.

⁵⁶⁹ Brill, DOK 1985, S. 64 (67); Feichtinger/Pohl, DB 1984, Beilage 4, S. 1 (4); Galahn, S. 134.

⁵⁷⁰ so Lepke, Rn. 387.

⁵⁷¹ Dütz, AuA 1993, 179 (180); Feichtinger/Pohl, DB 1984, Beilage 4, S. 1 (4).

3.2. Die Effektivität im Kampf gegen den Missbrauch

Der Beweiswert der Beobachtungen des Krankenbesuchers sollte nicht überschätzt werden. Dem Krankenbesucher fehlt gewöhnlich die medizinische Sachkenntnis. Er kann nicht beurteilen, ob ein arbeitsunfähig geschriebener Arbeitnehmer wirklich krank ist, sondern nur über allgemeine Beobachtungen berichten.

Der Krankenbesucher kann jedoch trotzdem wichtig für einen etwaigen späteren Arbeitsgerichtsprozess sein, wenn es darum geht, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern. Er kann im Verfahren bestätigen, dass der Arbeitnehmer während seiner Krankschreibung körperlich anstrengende Tätigkeiten vorgenommen hat oder etwa gar nicht anwesend war. Dabei ist jedoch wiederum zu beachten, dass es Krankheitsbilder gibt, die keine Bettruhe erfordern, so dass aus einer Abwesenheit des Arbeitnehmers nicht automatisch auf dessen Arbeitsfähigkeit geschlossen werden kann. Möglicherweise befindet sich der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Besuchs auch beim Arzt.

Im übrigen kann ein Krankenbesuch natürlich auch dafür gut sein, bestehende (unberechtigte) Zweifel des Arbeitgebers zu zerstreuen.

4. Einschaltung einer Detektei

4.1. Einführung

In den letzten Jahren ist die Überwachung von Arbeitnehmern im außerbetrieblichen Bereich durch Privatdetektive im Auftrag des Arbeitgebers wiederholt Gegenstand arbeitsgerichtlicher Verfahren gewesen. Typischer Anlass zur Einschaltung eines Privatdetektivs ist hierbei auch der Verdacht der Arbeitsverweigerung gegen einen krankgeschriebenen Arbeitnehmer. Insbesondere ein nicht krankheitsgemäßes Verhalten des Arbeitnehmers während einer Krankschreibung kann die Vermutung nahe legen, der Arbeitnehmer sei trotz Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Aufgrund der von den Arbeitsgerichten recht hoch angesetzten Darlegungs- und

Beweislast nutzen immer mehr Arbeitgeber die Möglichkeit, diese Anforderungen durch Einschaltung einer Detektei zu erfüllen.

4.2. Die rechtlichen Grenzen einer Überwachung des Arbeitnehmers

Da der Arbeitgeber mittelbar an die Grundrechte gebunden ist, stellt sich aufgrund der erheblichen Eingriffsintensität die Frage nach der Zulässigkeit einer detektivischen Observation des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Arbeitnehmer gegen un gerechtfertigte Bild- und Tonaufnahmen und gegen alle anderen Ausspähungen des Privatbereichs. Somit ist jede detektivische Tätigkeit in Richtung Privatsphäre des Arbeitnehmers ein tatbestandsmäßiger Eingriff in dessen Persönlichkeitsrecht. Das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verlangt hierbei eine weite Auslegung des Begriffs Privatbereich. Zur Entfaltung gehören somit auch Tätigkeiten außerhalb des häuslichen Bereichs. Dabei spielt es keine Rolle, dass der Arbeitnehmer in diesen Fällen den Blicken der Öffentlichkeit ausgesetzt ist. Zum Privatbereich gehört mithin jeder Ort, an dem sich der Arbeitnehmer aufhält, ohne dazu durch das Arbeitsverhältnis zum jeweiligen Arbeitgeber veranlasst zu sein.

Ein Teil der Literatur⁵⁷² lehnt aufgrund der hohen Eingriffsqualität einer detektivischen Observation das Recht des Arbeitgebers zur Einschaltung einer Detektei völlig ab oder erkennt es nur im Ausnahmefall an. Das Beweisinteresse des Arbeitgebers müsse grundsätzlich hinter dem Recht des Arbeitnehmers auf Respektierung seines privaten Umfelds zurücktreten.

Meines Erachtens ist ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers durch eine detektivische Observation solange nicht rechtswidrig, wie dieses Recht im Rahmen der Interessenabwägung hinter die Rechte des Arbeitgebers – hier die durch die etwaige Simulation der Arbeitsunfähigkeit tangierten wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers – zurücktreten muss. Da das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers stets tangiert ist, ist

⁵⁷² Borchert, AuR 1990, 375 (380); Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, S. 123.

somit entscheidend, ob der Arbeitnehmer sich die Überwachung durch einen Detektiv gefallen lassen muss, weil die Interessen des Arbeitgebers im Einzelfall überwiegen. Routineobservationen ohne konkreten Anlass in der Person des Betroffenen sind vor diesem Hintergrund meines Erachtens stets rechtmäßig.⁵⁷³ Anders ist die Lage jedoch, wenn der Arbeitnehmer den Verdacht unkorrekten Verhaltens auf sich gezogen hat. In diesen Fällen ist die Observation grundsätzlich als zulässig anzusehen. Vorauszugehen hat jedoch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁵⁷⁴ Der Arbeitgeber darf erst dann eine Detektei beauftragen, wenn weniger einschneidende Maßnahmen erfolglos geblieben sind oder aussichtslos erscheinen. In jedem Fall geht es über das Ziel hinaus, wenn der Detektiv den Arbeitnehmer fotografiert, filmt oder dessen Gespräche auf Tonträger bringt. Dem Beweisinteresse des Arbeitgebers ist genügt, wenn der Detektiv seine Beobachtungen vor Gericht als Zeuge wiedergibt.

4.3. Die Verwertung des durch den Detektiv beschafften Beweismaterials vor Gericht

War die Beschattung des Arbeitnehmers durch den Detektiv rechtlich zulässig, so bestehen keine Bedenken gegen eine Berücksichtigung der Ergebnisse im Prozess. Schwieriger ist die Verwertbarkeit rechtmäßig erlangter Untersuchungsergebnisse zu beurteilen. Bestanden zum Zeitpunkt der Beauftragung des Detektivbüros noch keine konkreten Verdachtsmomente, verletzt die Überwachung das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers und ist damit rechtmäßig. Allerdings zieht ein solches Beweisgewinnungsverbot nicht zwangsläufig auch ein Beweisverwertungsverbot nach sich.⁵⁷⁵ Das Gesetz kennt kein generelles Verbot der Verwertung rechtmäßig erlangter Beweismittel. Wie im Strafprozess gilt jedoch für das Zivilverfahren erst recht, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis ermittelt werden darf. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁷⁶ ist eine Abwägung zwischen dem gegen die Verwertung sprechenden Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers und dem da-

⁵⁷³ so auch Becker, S. 27.

⁵⁷⁴ vgl. auch BGH, Urteil vom 24.10.1961, BGHZ 36, 77 ff.

⁵⁷⁵ Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz, § 58 ArbGG Rn. 36.

⁵⁷⁶ Beschluss vom 19.12.1991, EzA Nr. 10 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht, S. 6; LAG Hamm, Urteil vom 01.09.1995, LAGE Nr. 7 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht.

für sprechenden Interesse des Arbeitgebers als Beweisführer vorzunehmen. Diese Abwägung wird regelmäßig zu einem Beweisverwertungsverbot bezüglich der hergestellten Fotos und Tonbandaufnahmen führen.⁵⁷⁷ Diese stellen einen sehr intensiven Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers dar. Stellt sich jedoch trotz rechtswidriger Observation die Richtigkeit des anfangs nur sehr vagen Verdachts heraus, wird der Detektiv regelmäßig zulässigerweise als Zeuge vernommen werden können. Bei der bloßen Mitteilung von Beobachtungen durch die Vernehmung des Detektivs als Zeuge ist der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers wesentlich geringer. Insoweit kann dem Interesse des Arbeitgebers an der Beweisführung der Vorrang eingeräumt werden.

4.4. Die Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrats

Trotz des mit dem Einsatz von Detektiven verbundenen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Beschäftigten räumt das Bundesarbeitsgericht⁵⁷⁸ dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht ein, da es sich hierbei nicht um die nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG getroffene Regelung zur Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer innerhalb dieser Ordnung gehe, sondern um das sogenannten Arbeitsverhalten, dessen Kontrolle aber nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nur dann der Mitbestimmung unterliegt, wenn sie mit Hilfe technischer Einrichtungen erfolgt.

4.5. Die Voraussetzungen für einen Anspruch des Arbeitgebers auf Erstattung der Detektivkosten

4.5.1. Prozessualer Kostenerstattungsanspruch gemäß §§ 91 ff. ZPO

Gemäß § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO hat die obsiegende Partei einen Anspruch gegen den Gegner auf Erstattung der Kosten, die zu ihrer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren. Die Regelung des § 12 a Abs. 1 S. 1 ArbGG steht der Erstattungsfähigkeit der Detektivkosten über § 91 ZPO nicht entgegen. Der Ausschluss der Kostenerstattung trifft nur die in § 12 a Abs. 1 S.

⁵⁷⁷ vgl. Becker, S. 62.

⁵⁷⁸ Beschluss vom 26.03.1991, BB 1991, 691.

1 ArbGG aufgeführten Tatbestände, wovon Parteikosten in Form von Detektivkosten nicht erfasst werden.

Der Anspruch auf Erstattung setzt zunächst voraus, dass die Detektivkosten prozessbezogen sind, mithin im Hinblick auf den vorliegenden Rechtsstreit verursacht wurden.⁵⁷⁹ Hierbei muss jedoch nicht von vornherein feststehen, dass sich der Arbeitnehmer gegen eine auf den Detektivbericht gestützte Einstellung der Entgeltfortzahlung beziehungsweise sogar gegen eine Kündigung zur Wehr setzt.⁵⁸⁰ Nach allgemeiner Auffassung reicht es im Bereich der Vorbereitungskosten zur Rechtsverteidigung aus, dass die Partei (die die Detektei beauftragt) damit rechnen muss, verklagt zu werden.⁵⁸¹

Die Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten als Prozesskosten erfordert weiterhin, dass die aufgewendeten Kosten notwendig waren.⁵⁸² Erforderlich ist hierbei, dass die Einschaltung des Detektivs bei vernünftiger Würdigung aller zum Zeitpunkt der Beauftragung bekannten Umstände objektiv geboten war.⁵⁸³ Maßgebend ist also, ob einem vernünftigen Dritten die Beauftragung als notwendig im Sinne einer objektiven Erforderlichkeit erscheinen musste. Eine derartige objektive Gebotenheit setzt voraus, dass zum Zeitpunkt der Einschaltung des Detektivs bestimmte Verdachtsmomente vorlagen. Bei einer Beauftragung aufgrund bloßer Vermutungen ohne Vorliegen konkreter Verdachtsmomente liegt hingegen keine Notwendigkeit vor. In der Literatur⁵⁸⁴ hat diese Einschränkung Zustimmung gefunden. Der Schutz der menschlichen Würde lasse keine andere Wertung zu, andernfalls sei das Überwachungsrecht des Arbeitgebers nicht mehr abgrenzbar. Jeder Krankgeschriebene müsste sonst mit seiner Observierung rechnen, gleichgültig ob er wirklich krank ist oder nicht und der Schutz der Privatsphäre liefe weitgehend leer.

⁵⁷⁹ OLG München, Beschluss vom 18.06.1993, JurBüro 1994, 226.

⁵⁸⁰ vgl. Frölich, NZA 1996, 464 (465); a.A.: LAG Nürnberg, Urteil vom , NZA 1995, 808 (Ls.).

⁵⁸¹ LAG Hamm, Urteil vom 28.08.1991, DB 1992, 431.

⁵⁸² Zöller-Herget, § 91 Rn. 13; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 91 Rn. 90 f.

⁵⁸³ OLG München, Beschluss vom 18.06.1993, JurBüro 1994, 226.

⁵⁸⁴ Lepke, DB 1985, 1231 (1235), Frölich, NZA 1996, 464 (467).

4.5.2. Materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch

Neben dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch können auch materielle Schadens- oder Aufwendungserstattungsansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Ersatz der Detektivkosten in Betracht kommen. Dies wurde früher über die pVV gehandhabt und ist jetzt nach der Schuldrechtsreform aus den §§ 280 ff. BGB n.F. geltend zu machen.

Eine adäquate Kausalität liegt nach allgemeiner Meinung vor, wenn die Beauftragung des Detektivs aus der Sicht eines verständigen Menschen zum Zeitpunkt der Beauftragung erforderlich erscheinen durfte, um gegen die Verletzungshandlung vorzugehen.⁵⁸⁵

Ungewöhnlich hohe oder vermeidbare Kosten kann der Arbeitgeber jedoch nicht auf den Arbeitnehmer abwälzen. Die Verpflichtung zur Erstattung der Detektivkosten besteht nur insoweit, als die Beauftragung des Detektivbüros aus der Sicht eines sorgsam abwägenden Arbeitgebers sachdienlich und notwendig war und die Ermittlungskosten in einem angemessenen Verhältnis zum eingetretenen oder drohenden Schaden stehen.⁵⁸⁶

4.6. Wirksamkeit im Kampf gegen den Missbrauch

Problematisch ist, dass der Detektiv in vielen Fällen nicht wissen wird, auf welche Tatsachen es ankommt. Er ist genau wie der Krankenbesucher in der Regel nicht medizinisch vorgebildet. Er kann die Arbeitsunfähigkeit somit nicht zuverlässig beurteilen. Er kann nur Tatsachen vortragen, die auf das krankheitswidrige Verhalten schließen lassen. Hinzu kommt, dass der krankgeschriebene Arbeitnehmer nicht zu Hause im Bett liegen muss (es sei denn, der Arzt hat ausdrücklich Bettruhe verordnet). Der arbeitsunfähig Erkrankte kann alles tun, was seine Genesung nicht gefährdet oder verzögert.⁵⁸⁷ Unter diesen Voraussetzungen kann der Kranke etwa einkaufen, spazieren gehen oder sich auch

⁵⁸⁵ BGH, Urteil vom 24.04.1990, NJW 1990, 2060.

⁵⁸⁶ vgl. Frölich, NZA 1995, 464 (467 f.).

⁵⁸⁷ BAG, Urteil vom 13.11.1979, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

sportlich betätigen.⁵⁸⁸ Der Detektiv kann aber trotz aller Bedenken im Arbeitsgerichtsprozess zu wichtigen Erkenntnissen verhelfen, etwa wenn er über ein krankheitswidersprüchliches Verhalten des Arbeitnehmers zu berichten vermag.

Angesichts der meist erheblichen Kosten, die durch den Einsatz eines Detektivs entstehen, besteht auch die große Gefahr, dass der Arbeitgeber auf diesen Kosten sitzen bleibt. Zum anderen kann die prozessuale Verwendbarkeit der vom Detektiv ermittelten Ergebnisse an einem Beweisverwendungsverbot wegen der Überschreitung gesetzlicher Schranken scheitern.⁵⁸⁹ Die fehlende Verwertbarkeit wird sich jedoch erst im Prozess herausstellen. Aber auch im Falle einer Verwertbarkeit kann sich der Arbeitgeber auf eine Erstattung der Detektivkosten gemäß § 91 ZPO beziehungsweise aufgrund materiellen Rechts angesichts der hohen Anforderungen, die an den dafür erforderlichen Anfangsverdacht gestellt werden, nicht verlassen.

Wegen der hohen Kosten und drohender Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen des Observierten sollte der Arbeitgeber hiernach sorgfältig abwägen, ob das Risiko des Detektiveinsatzes in angemessenem Verhältnis zu den Erfolgsaussichten steht.

Des Weiteren bleibt stets zu bedenken, dass eine Observation nicht immer Simulanten treffen wird, sondern möglicherweise auch wirklich Kranke. Der in dem Detektiveinsatz liegende schwere Eingriff in die Privatsphäre des Arbeitnehmers kann dann zu schweren Beeinträchtigungen der Vertrauensbasis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer führen. Aus diesem Grund und aufgrund der für den Arbeitgeber bestehenden Gefahr, die hohen Kosten nicht ersetzt zu bekommen, kann ihm nur als ultima ratio zu einem Detektiveinsatz geraten werden.

⁵⁸⁸ ErfK-Dörner § 7 EFZG Rn. 39.

⁵⁸⁹ Lingemann/Göpfert, DB 1997, 374 (375).

III. Motivierende Maßnahmen

Fehlzeiten haben ihre Ursache häufig auch in der unzureichenden Motivation der Mitarbeiter. Wissenschaftliche Untersuchungen und praktische Einsichten belegen dies fast ohne Ausnahme.⁵⁹⁰

Die innerbetriebliche Gestaltung von Anreizen hat gegenüber externen Regulierungen den Vorteil, dass sie flexibel auf die betrieblichen Bedingungen und Problemfelder zugeschnitten sein kann und dabei die unterschiedlichen Präferenzen und Ressourcen der jeweiligen Akteure in den Arbeitsbeziehungen berücksichtigt werden können. Rein restriktive Maßnahmen zur Eindämmung der (unberechtigten) Abwesenheit bergen hingegen das Risiko, dass die Leistungsverweigerung sich nur in andere Bereiche verlagert oder dadurch sogar zusätzliche Anreize zur Leistungsverweigerung entstehen.

Betriebliche Anreizbedingungen müssen so gestaltet werden, dass sie für die Arbeitnehmer Kooperationsanreize darstellen. Dabei muss das betriebliche Ziel, die Leistung der Arbeitnehmer zu fördern, berücksichtigt werden

1. Kürzung von Sondervergütungen (§ 4 a EFZG)

1.1. Einführung

Der Arbeitgeber kann im Rahmen seiner finanziellen Möglichkeiten zusätzliche Anreize zur Vermeidung krankheitsbedingter Fehlzeiten schaffen. Schon Anfang der 60er Jahre wurden in der Praxis aus diesem Anlass sogenannte Anwesenheitsprämien bezahlt, die bei Fehlzeiten gekürzt wurden.

§ 4 a EFZG ist ursprünglich als § 4 b EFZG durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz⁵⁹¹ mit Wirkung vom 01.10.1996 in das Entgeltfortzahlungsgesetz eingefügt worden. Diese Vorschrift regelt die Kürzung von Sondervergütungen wegen Fehlzeiten des Arbeitnehmers aus Anlass von Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit.

⁵⁹⁰ so Pohen/Esser, Fehlzeiten senken, S. 126.

⁵⁹¹ vom 25.06.1996 (BGBl. 1996/I, S. 1476).

Stimmen in der Literatur sehen die Kürzungsmöglichkeit im Hinblick darauf, dass die Arbeitnehmer im Krankheitsfall mit erheblichen Einkommenseinbußen zu rechnen haben, als sozialpolitisch bedenklich an, weil die Gefahr bestünde, dass Arbeitnehmer vermehrt trotz Krankheit ihrer Arbeit nachgehen.⁵⁹² Einige sehen darin auch eine Doppelbestrafung des Arbeitnehmers (Krankheit plus Entgeltkürzung).

Eine empirische Untersuchung von Reinwald⁵⁹³ belegt, dass durch die monetäre Anreizwirkung (zumindest anfangs) durchaus anwesenheitssteigernde Wirkungen zu erwarten sind. Demotivierungseffekte der Mitarbeiter, denen aufgrund ihrer Abwesenheitstage keine Anwesenheitsprämien gezahlt werden, fallen Reinwalds Ergebnissen zufolge zumindest geringer ins Gewicht als der positive Anzeizeffekt.

1.2. Die Entwicklung der Anwesenheitsprämie

Die bis zum Erlass des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes⁵⁹⁴ (welches die Kürzung der Sonderleistung aufgrund von Krankheit erstmals regelte) ergangene Rechtsprechung war uneinheitlich, wenn auch zuletzt die Zulässigkeit einer solchen Kürzung bejaht worden war.

Teilweise wurde eine Kürzung für unzulässig gehalten, da die Schutzfunktion des Lohnfortzahlungsgesetzes, die auf die wirtschaftliche Sicherung des durch Krankheit arbeitsunfähigen Arbeitnehmers durch die Gleichstellung mit arbeitsfähigen Arbeitnehmern abziele (bezüglich des Einkommens), umgangen würde.⁵⁹⁵

Zum Teil wurden Kürzungen nur für unberechtigte Fehlzeiten zugelassen. Meisel⁵⁹⁶ erkannte jedoch zu Recht, dass eine Anwesenheitsprämie, die nur zur Vermeidung unberechtigter Fehlzeiten ausgezahlt wird, praktisch ohne Sinn und Zweck ist. Eine Differenzierung nach dem Grund der Fehlzeit ist unprakti-

⁵⁹² Wedde/Gerntke/Kunz/Platow, EFZG, § 4 b (alte Fassung) Rn. 4.

⁵⁹³ „Betriebliche Anreize, außerbetriebliche Rahmenbedingungen und Krankenstand“, S. 226.

⁵⁹⁴ mit Wirkung zum 01.10.1996.

⁵⁹⁵ BAG, Urteil vom 26.11.1964, BB 1965, 373.

⁵⁹⁶ DB 1972, 43.

kabel, da es dem Arbeitgeber kaum möglich und zumutbar ist, berechtigt und unberechtigt fehlende Arbeitnehmer voneinander zu trennen.⁵⁹⁷

Das Bundesarbeitsgericht hat dann in seinen Entscheidungen vom 15.02.1990⁵⁹⁸ und vom 26.10.1994⁵⁹⁹ judiziert, dass vertragliche oder sonstige Regelungen zulässig sind, nach denen auch krankheitsbedingte Fehlzeiten mit einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung zur automatischen Kürzung der freiwilligen Anwesenheitsprämie führen. Dies verstoße nicht gegen § 612 a BGB. Es sei Inhalt der Arbeitsrechtsordnung, dass Arbeitsentgelt grundsätzlich nur für geleistete Arbeit gezahlt werde, soweit nicht gesetzliche Vorschriften zur Fortzahlung des Entgelts auch für Zeiten ohne Arbeitsleistung verpflichten. Eine Regelung, die den Lohnanspruch daran knüpfe, dass der Arbeitnehmer tatsächlich gearbeitet habe, stelle darum keine verbotene Maßregelung dar, „und zwar auch dann nicht, wenn sie Ansprüche auf Arbeitsentgelt auch für solche Zeiten versagt, zu denen der Arbeitnehmer berechtigterweise und aufgrund eigener Entscheidung nicht gearbeitet hat.“⁶⁰⁰ Die konkrete Handhabung der Prämienkürzung unterliege jedoch der richterlichen Kontrolle. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts war eine Kürzung von Sondervergütungen aufgrund eines Arbeitsvertrages in Höhe von 1/60 für jeden Fehltag⁶⁰¹ in einer Betriebsvereinbarung um 1/30 zulässig.⁶⁰²

Mit der am 01.10.1996 eingeführten Regelung des § 4 b EFZG ist diese Rechtsprechung bezüglich der Kürzung von Sondervergütungen aufgrund von Fehlzeiten aus krankheitsbedingten Gründen obsolet geworden. Der Gesetzgeber wollte – ausweislich der Begründung zum Gesetzentwurf - angesichts der verworrenen Rechtslage eine sichere Grundlage für die Vereinbarung über die Kürzung von Sondervergütungen wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten schaffen.⁶⁰³ Der Gesetzgeber hat sich hierbei jedoch an der Rechtsprechung des

⁵⁹⁷ so auch Ortlepp, Anm. zu AP Nr. 12 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, Bl. 776 (777).

⁵⁹⁸ DB 1990, 1416 .

⁵⁹⁹ DB 1995, 830 ff.

⁶⁰⁰ BAG, DB 1995, 830 (831).

⁶⁰¹ BAG, Urteil vom 15.02.1990, AP Nr. 15 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie.

⁶⁰² BAG, Urteil vom 26.10.1994, BB 1995, 312.

⁶⁰³ Schmitt, EFZG, § 4 a Rn. 3.

Bundesarbeitsgerichtes der letzten Jahre orientiert. Diese Regelung bietet dem Arbeitgeber nun ausdrücklich die Möglichkeit, eine Vereinbarung zu treffen, die ihn zur Kürzung von Sondervergütungen aufgrund krankheitsbedingter Fehlzeiten berechtigt. § 4 a EFZG, der mit Wirkung zum 01.01.1999 durch das Korrekturgesetz eingeführt wurde, entspricht der bisherigen Regelung des § 4 b EFZG im vollen Umfang.

1.3. Voraussetzungen für die Kürzung der Sondervergütungen

1.3.1. Begriff der Sondervergütung

§ 4 a EFZG enthält eine Legaldefinition für die Sondervergütung. Demnach handelt es sich bei einer Sondervergütung um Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt. Sondervergütungen sind in der Regel Einmalzahlungen des Arbeitgebers, die neben dem Arbeitsentgelt gezahlt werden. Es handelt sich hierbei nicht um ein Äquivalent zur Arbeitsleistung. Sondervergütungen sind etwa Gratifikationen, Urlaubsgeld, einmalige Prämien oder Tantiemen.⁶⁰⁴ Die Sondervergütung kann auch durch eine Gesamtzusage oder eine betriebliche Übung begründet worden sein.

Auf die Höhe der Sondervergütung kommt es grundsätzlich nicht an. Da das Gesetz keine Ausnahmen vorsieht, gilt § 4 a EFZG auch für sogenannte Kleinstgratifikationen (früher unter 200 DM).⁶⁰⁵

1.3.2. Leistungen zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt

Die Sondervergütungen sind vom laufenden Arbeitsentgelt abzugrenzen. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass die Zahlung von Sondervergütungen in größeren Zeitabständen und unabhängig von der auf einen bestimmten Zeitabschnitt entfallenden Arbeitsleistung erfolgt.⁶⁰⁶

Anwesenheitsprämien, die laufend gezahlt werden, unterliegen nicht der Kürzungsmöglichkeit nach § 4 a EFZG,⁶⁰⁷ denn diese gehören zum laufenden Arbeitsentgelt nach § 4 Abs. 1 EFZG.⁶⁰⁸

⁶⁰⁴ vgl. Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 4 a, Rn. 1.

⁶⁰⁵ Bauer/Lingemann, BB 1996, Beilage 17, S. 8 (14); Schmitt, EFZG, § 4 a Rn. 16.

⁶⁰⁶ vgl. Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 4 a, Rn. 10.

⁶⁰⁷ Hanau, RdA 1997, 205 (207).

1.3.3. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit

Zu den Fehlzeiten, wegen derer das Arbeitsentgelt gekürzt werden kann, zählen zum einen Tage der Arbeitsunfähigkeit, zum anderen – wegen der Verweisung in § 9 EFZG – auch Zeiten der Arbeitsverhinderung infolge einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation.⁶⁰⁹ Es ist dabei auf alle Arbeitsunfähigkeitstage abzustellen, die in dem Jahr angefallen sind, in denen die Sondervergütung gewährt wird.

Dem Wortlaut der Bestimmung nach können Kürzungen für alle Arbeitsunfähigkeitstage vorgenommen werden. Eine Einschränkung ist meines Erachtens jedoch zu machen, wenn die Erkrankung auf einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit beruht.⁶¹⁰ Auch das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, dass eine Kürzung von Sondervergütungen sachwidrig ist, wenn der Krankenstand einer Arbeitnehmergruppe auf die jeweiligen Arbeitsbedingungen zurückzuführen ist.⁶¹¹

Eine Anwendung der Vorschrift auf Fehlzeiten aus sonstigen Gründen (etwa Mutterschutz, Arbeitskampf) scheidet aus.⁶¹²

1.3.4. Vereinbarung über die Kürzung

Die Kürzung der Sondervergütung setzt eine Vereinbarung voraus. Daraus folgt die Unzulässigkeit einer einseitigen Bestimmung durch den Arbeitgeber,⁶¹³ das heißt der Arbeitgeber hat keine Möglichkeit, durch Ausübung seines Direktionsrechtes eine Kürzung ohne Zustimmung des Arbeitnehmers herbeizuführen. Nach der Begründung des Gesetzentwurfes ist davon auszugehen, dass sowohl individual- als auch kollektivrechtliche Vereinbarungen zulässig sind.⁶¹⁴

Bei einer tarifvertraglichen geregelten Sondervergütung ist eine Kürzung dieser

⁶⁰⁸ Schmitt, EFZG, § 4 a Rn. 13 ff.

⁶⁰⁹ Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 4 a Rn. 7.

⁶¹⁰ so auch Harth, S. 128 f.

⁶¹¹ Beschluss vom 01.09.1997, NJW 1998, 591.

⁶¹² vgl. Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 4 a, Rn. 12.

⁶¹³ vgl. Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 4 a, Rn. 14.

⁶¹⁴ siehe BT-Drucks. 13/4612 vom 10.05.1996, S. 16.

Sondervergütung nur möglich, wenn dies der Tarifvertrag durch eine Öffnungsklausel ausdrücklich gestattet, oder wenn der Sondervergütungsanspruch bereits im Tarifvertrag beschränkt ist. Ansonsten ist eine Kürzung grundsätzlich nur durch eine entsprechende Vereinbarung in einem (neuen) Tarifvertrag möglich.⁶¹⁵ Im Nachwirkungszeitraum des Tarifvertrags (§ 4 Abs. 5 TVG) kann eine Kürzung jedoch auch aufgrund eines Einzelarbeitsvertrages oder einer Betriebsvereinbarung erfolgen.⁶¹⁶

Betriebsvereinbarungen über Sondervergütungen finden sich in der betrieblichen Praxis häufig. Enthält eine solche Betriebsvereinbarung nicht bereits eine Kürzungsvereinbarung, kann eine Kürzung der Sondervergütung nur durch eine neue Betriebsvereinbarung erfolgen.⁶¹⁷

Von großer Bedeutung ist auch die einzelvertragliche Vereinbarung sowohl über die Begründung als auch über die Kürzung der Sondervereinbarung. Wird eine Sondervergütung auf individualvertraglicher Basis gewährt, so kann diese, und zwar ausschließlich, durch einzelvertragliche Vereinbarung gekürzt werden.⁶¹⁸ Dies ergibt sich aus dem Günstigkeitsprinzip und dessen Schutzfunktion zugunsten des Arbeitnehmers.

1.3.5. Rechtliche Grenzen und Umfang der Kürzung

Gemäß § 4 a S. 2 EFZG darf die vereinbarte Kürzung für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit ein Viertel des Arbeitsentgelts, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt, nicht überschreiten.

Welcher Jahreszeitraum bei der Ermittlung des Jahresdurchschnitts zugrunde zu legen ist, lässt das Gesetz offen. Die Vertragsparteien sind in der Bestimmung frei. Es bietet sich jedoch an, die letzten 12 Monate vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Sondervergütung heranzuziehen.⁶¹⁹ Das zugrundezulegende Arbeitsentgelt, von dem der Kürzungsbetrag zu berechnen ist (Bemessungs-

⁶¹⁵ Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, § 4 a, Rn. 14.

⁶¹⁶ Kunz/Wedde, EFZR, § 4 a Rn. 12.

⁶¹⁷ Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EGZG, § 4 a, Rn. 14.

⁶¹⁸ vgl. Harth, S. 134.

⁶¹⁹ so auch Bauer/Lingemann, BB 1996, Beil. 17, S. 8 (15).

grundlage) ist dann das gesamte Bruttogehalt des Arbeitnehmers während dieses Bemessungszeitraums. Der Jahresverdienst ist dann durch die Zahl der Arbeitstage desselben Zeitraums zu dividieren.

Bei der Festsetzung von Kürzungsklauseln besteht ein sehr weitgehender Ermessensspielraum für die Vertragspartner.⁶²⁰ Eine einheitliche Handhabung für alle Arbeitnehmer ist nicht zwingend. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet jedoch, dass verschiedene Gruppen von Arbeitnehmern nur aus sachlichen Gründen unterschiedlich behandelt werden dürfen. Unzulässig ist somit eine Unterscheidung nach dem Geschlecht, nach Religion, Nationalität, Abstammung, Religion oder politischer Anschauung.

§ 4 a S. 2 EFZG enthält nur eine Obergrenze für die mögliche Kürzung von Sondervergütungen im Hinblick auf krankheitsbedingte Fehlzeiten. Kürzungsvereinbarungen, die die Möglichkeit des § 4 a EFZG nicht ausschöpfen, sind natürlich zulässig. So kann beispielsweise erst ab einer bestimmten Anzahl von Krankheitstagen eine Kürzung erfolgen oder es können ältere oder länger beschäftigte Arbeitnehmer ganz oder teilweise von der Anrechnung ausgenommen werden.

1.4. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

Fraglich ist, ob bei Kürzungsvereinbarungen, die einen kollektiven Charakter aufweisen, ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats sei im Hinblick auf Kürzungsvereinbarungen bereits gemäß § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG ausgeschlossen.⁶²¹ Vertreter dieser Auffassung argumentieren, der Gesetzgeber habe in § 4 a EFZG eine bewusste und sorgfältige Abwägung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen getroffen, die eine Mitbestimmung zum Schutz der Arbeitnehmer entbehrlich mache.⁶²² Dem ist nicht zuzustimmen. Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 E.S. BetrVG entfällt

⁶²⁰ Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, § 4 b (alte Fassung) Rn. 12.

⁶²¹ Hanau, RdA 1997, 205 (208).

⁶²² Hanau a.a.O für § 4 b EFZG.

aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung in der Regel nur, wenn dem Arbeitgeber kein Regelungsspielraum verbleibt; sie bleibt hingegen bestehen, soweit für das „wie“ einer Maßnahme noch mehrere Möglichkeiten bestehen.⁶²³ Das Gesetz gibt in § 4 a S. 2 EFZG den maximalen Kürzungsrahmen von Sondervergütungen bei Krankheit vor. Dazwischen sind aber noch vielfältige Gestaltungsfaktoren denkbar. Das Mitbestimmungsrecht ist somit nicht von vornherein aufgrund des § 87 Abs. 1 Eingangssatz EFZG ausgeschlossen.

Bei einer Kürzung von Sondervergütungen könnte ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bestehen. Nach dieser Regelung besteht ein Mitbestimmungsrecht bei Fragen der Ordnung im Betrieb und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Allerdings kommt eine Anwendung dieses Mitbestimmungstatbestandes nur dann in Betracht, wenn die betrieblichen Sozialpartner Regelungen treffen wollen, die rechtswidrige und unentschuldigte Fehlzeiten betreffen.⁶²⁴ Sollen Sondervergütungen auch in Fällen gekürzt werden, in denen ein Arbeitnehmer entschuldigt der Arbeit fernbleibt (was wegen den ansonsten auftretenden Beweisschwierigkeiten meistens der Fall sein wird), ist § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht einschlägig.

Einschlägig sein könnte jedoch § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und die Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung der Mitbestimmung des Betriebsrats. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG betrifft nicht nur das eigentliche Arbeitsentgelt, sondern auch freiwillige Leistungen des Arbeitgebers.⁶²⁵ Die Frage, bei welchen Arbeitnehmern eine Kürzung wegen Fehlzeiten bis zu welcher Höhe vorgenommen werden soll, betrifft sowohl die Berechnung als auch die Verteilung der Sondervergütung auf den Kreis der begünstigten Arbeitnehmer und ist daher mitbestimmungspflichtig gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Der Betriebsrat hat somit bei der Kürzungsvereinbarung ein Mitbe-

⁶²³ BAG, Beschluss vom 23.04.1985, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

⁶²⁴ Gaul, DB 1994, 1137(1138).

⁶²⁵ vgl. Harth, S. 138.

stimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Voraussetzung ist allerdings, dass es um die Kürzung von Sondervereinbarungen geht, die der Arbeitgeber nach abstrakt-generellen Grundsätzen und nicht nur im Einzelfall gewährt.⁶²⁶

1.5. Effektivität der Kürzung von Sondervergütungen bei der Missbrauchsabwehr

Es stellt sich die Frage, inwieweit mit finanziellen Anreizen beziehungsweise mit deren Entzug ein Krankfeiern von Arbeitnehmern verhindert werden kann.

Anwesenheitsprämien erwecken oft den Eindruck von Ungerechtigkeit, weil ihre Kürzung tatsächliche Erkrankte ebenso sanktioniert, wie Personen die das System der Entgeltfortzahlung ausnutzen. Dies kann zu Beeinträchtigungen des Betriebsklimas führen.

Ein weiteres Problem liegt darin, dass der finanzielle Anreiz der Anwesenheitsprämien dazu führen kann, dass Arbeitnehmer, um ihre Anwesenheitsprämie nicht zu verlieren, selbst dann zur Arbeit erscheinen, wenn sie krank sind. Dadurch könnten Krankheiten verschleppt werden, so dass der Arbeitnehmer eventuell sogar länger zu Hause bleiben muss, als wenn er die Krankheit sofort auskuriert hätte.⁶²⁷ Darüber hinaus besteht auch die Befürchtung, dass Arbeitnehmer, die krank zur Arbeit gehen, ihre Kollegen anstecken könnten, was die Leistungsfähigkeit der Belegschaft herabsetzt und zu weiteren Arbeitsunfähigkeitsfällen führen würde, was sich dann auch unter betriebswirtschaftlichen Aspekten negativ auswirkt.⁶²⁸

Aus der betrieblichen Praxis wird berichtet, dass Anwesenheitsprämien zu Beginn durchaus krankenstandssenkend wirken können.⁶²⁹ Eine empirische Untersuchung von Reinwald⁶³⁰ belegt, dass durch die monetäre Anreizwirkung durchaus anwesenheitssteigernde Wirkungen zu erwarten sind.

⁶²⁶ Gaul, DB 1994, 1137 (1139).

⁶²⁷ Derr, S. 109.

⁶²⁸ Kunz/Wedde, EFZR, § 4 a Rn. 7.

⁶²⁹ vgl. Fick, S. 126.

⁶³⁰ Betriebliche Anreize, außerbetriebliche Rahmenbedingungen und Krankenstand, S. 226.

Betrachtet man die Wirksamkeit der Anwesenheitsprämie jedoch über einen längeren Zeitraum hinweg, entsteht ein differenziertes Bild. Nach dem anfänglichen Erfolg der Anwesenheitsprämien pendeln sich die Fehlzeiten bald wieder auf ihrem ursprünglichen Niveau ein. In Betrieben, in denen die Anwesenheitsprämie nach einer gewissen Zeit wieder abgeschafft wurde, stiegen die Fehlzeiten sogar weit über das ursprüngliche Niveau an.⁶³¹ In der wissenschaftlichen Literatur zum Thema Anwesenheitsprämie besteht aufgrund dieser Erfahrungen, die in der betrieblichen Praxis gemacht wurden, weitgehend Einigkeit darüber, dass Anwesenheitsprämien zur Senkung des Krankenstandes langfristig ungeeignet sind.⁶³² Ein möglicher Grund dafür ist, dass Anwesenheitsprämien in den Betrieben, in denen sie angewandt werden, innerhalb kurzer Zeit als Einkommensbestandteil aufgefasst werden, und dass die Wirkungen, die von den materiellen Anreizen zunächst ausgehen, daher schnell nachlassen.

Hier wird das grundsätzliche Dilemma der Anwesenheitsprämien deutlich: Entweder sind die Prämien in Gefahr, als relativ unbedeutender Bestandteil des Entgelts kaum eine Wirkung auf die Fehlzeiten auszuüben beziehungsweise diese über eine längere Frist zu verlieren, oder sie üben starken materiellen Reiz aus und werden bei Krankheit als ungerechte Bestrafung empfunden und können auf diese Weise vielleicht mehr schaden als nützen.

Im übrigen ist es nicht unproblematisch, dass durch die Anwesenheitsprämien ein Verhalten belohnt wird, zu dem die Beschäftigten ohnehin arbeitsvertraglich verpflichtet sind.⁶³³ Sie honorieren die schlichte Anwesenheit, die eigentlich bereits durch den Lohn/das Gehalt abgegolten ist. Die eigentlichen Beweggründe, wegen derer das Fehlverhalten reflektiert werden sollte (etwa die Solidarität mit den Kollegen), können durch den finanziellen Anreiz für den betroffenen Arbeitnehmer in den Hintergrund treten.

Die Gewährung von Anwesenheitsprämien birgt des weiteren die Gefahr, dass Arbeitnehmer, die aufgrund von Abwesenheiten ihren Anspruch auf Prämie ver-

⁶³¹ Fick, S. 126.

⁶³² Derr, S. 109.

⁶³³ Derr, S. 109.

wirkt haben, keine Motivation mehr haben, bei geringfügigen Erkrankungen zur Arbeit zu gehen.

Alles in allem muss deshalb davon ausgegangen werden, dass Anwesenheitsprämien (zumindest langfristig) kein probates Mittel zur Senkung des Krankenstandes sind.

2. Betriebsklima

Ein hoher Krankenstand indiziert immer auch ein Management-Versagen.⁶³⁴ Für Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite gilt es als unstrittig erwiesen, dass Betriebe mit einem guten Betriebsklima weniger Probleme mit dem Krankfeiern ihrer Mitarbeiter haben als Betriebe mit einem schlechten Betriebsklima.⁶³⁵ Häufiges Zuspätkommen, Häufung von kurzen Abwesenheiten und unentschuldigtem Fehlen können somit nicht nur ein Indikator einer schlechten Arbeitsmoral, sondern auch für ein schlechtes Arbeitsumfeld sein.

Die Wechselbeziehungen zwischen der (mangelnden) Arbeitszufriedenheit und dem Entschluss, sich bei (geringen oder gar keinen) Befindlichkeitsstörungen krankzumelden, sind anerkannt. In vielen Grenzfällen wird die Entscheidung des Arbeitnehmers, ob er zur Arbeit geht oder nicht durch die gefühlsmäßige Einschätzung des Arbeitsplatzes bestimmt. Je mehr ein Arbeitsplatz den Bedürfnissen und Interessen eines Arbeitnehmers entspricht, desto eher wird er auch bei leichten Befindlichkeitsstörungen zur Arbeit gehen.⁶³⁶ Auf der anderen Seite kann ein unbefriedigendes Arbeitsklima, auch wenn überhaupt keine Befindlichkeitsstörungen vorliegen, Absentismus verursachen.

Arbeitsunlust und Unzufriedenheit am Arbeitsplatz bilden somit wichtige Ursachen für das „Krankfeiern“. Mangelnde Mitsprachemöglichkeiten, ungerechte Arbeitsverteilung, unsachliche Kritik, übermäßige Aufsicht und Kontrolle, grober Führungsstil und ausbleibende Anerkennung führen oft zu Verärgerung und Enttäuschung von Mitarbeitern. Auch Unterforderung und damit Frustration so-

⁶³⁴ Lepke, Rn. 8.

⁶³⁵ vgl. Fick, 82 m.w.N.

⁶³⁶ Fick, S. 83.

wie Überforderung von Mitarbeitern⁶³⁷ wegen fehlender Eignung und mangelnder Ausbildung führen ebenso zu Belastungen wie schlechte Arbeitsbedingungen, häufige Umsetzungen und Spannungen innerhalb einer Arbeitsgruppe. Intellektuelle Unterforderung bei der Arbeit kann sich ebenso wie eine die kognitive Kompetenz überfordernde Aufgabenstellung als Belastung erweisen.⁶³⁸

Es ist ein relativ einfacher Kreislauf: Wer Spaß am Beruf hat, also weder unter- noch überfordert ist, ist psychisch zufrieden, was sich in aller Regel auch auf den Gesundheitsstand überträgt. Psychisch und physisch intakte Arbeitnehmer sind in der Lage, ihre Arbeitskraft optimal einzusetzen. Dafür sprechen auch die deutlichen Unterschiede im Krankenstand. Arbeitnehmer mit einer guten beruflichen Stellung, hohem Qualifikationsniveau und einem überdurchschnittlichen Einkommen fehlen seltener als Arbeitnehmer, die einen schlechteren Arbeitsplatz haben.⁶³⁹ Mit der Qualifikation des Mitarbeiters und der Qualität seiner Arbeit steigen Arbeitslust und Verantwortungsbereitschaft.⁶⁴⁰ Wer sich im Betrieb selbst verwirklichen kann, dem fehlt das Motiv (unberechtigt) absent zu sein. Aus diesem Grunde kann der Arbeitgeber ungerechtfertigte Fehlzeiten vorbeugen, indem er möglichst jeden im Betrieb nach seinen Möglichkeiten fordert, fördert und anerkennt.

Ein wichtiger Aspekt, der das Fehlzeitenverhalten eines Arbeitnehmers beeinflussen kann, ist des weiteren die Stimmung unter den Arbeitskollegen. In Gruppen, in denen die Arbeitnehmer freundschaftlich-kollegial miteinander verkehren ist der gruppenspezifische Krankenstand niedriger als in Arbeitsgruppen, in denen unkollegiales Verhalten und Misstrauen der Gruppenmitglieder untereinander vorherrschen.⁶⁴¹ Das Verhältnis zu den Kollegen wird auch durch die Möglichkeit der Kommunikation bei der Arbeit bestimmt. Stark zergliederte Arbeitsschritte sowie ein hoher Lärmpegel am Arbeitsplatz beeinträchtigen die Kommunikationsmöglichkeiten und damit die Möglichkeit des einzelnen Arbeitneh-

⁶³⁷ zur Unter- bzw. Überforderung: Nieder, Fehlzeiten (1979), S. 102.

⁶³⁸ so Badura u.a., Partnerschaftliche Unternehmenskultur und betriebliche Gesundheitspolitik, S. 37.

⁶³⁹ Oppolzer, Ökologie der Arbeit, S. 37.

⁶⁴⁰ Salowsky, Arbeitgeber 1991, 157 (157).

⁶⁴¹ so Fick, S. 86 m.w.N.

mers, sich in seine Arbeitsgruppe zu integrieren. Des weiteren kann die Größe der Arbeitsgruppe bei der sozialen Integration der Arbeitnehmer eine bedeutende Rolle spielen, da die Kontaktaufnahme mit Kollegen und Vorgesetzten in kleinen, überschaubaren Abteilungen in der Regel besser funktioniert als in großen und unübersichtlichen Einheiten.⁶⁴²

Besonders wichtig für ein gutes Betriebsklima ist eine Vertrauensgrundlage zwischen den Arbeitnehmern und ihren Vorgesetzten. Da in Großbetrieben mehr Fehlzeiten wegen Krankheit festgestellt wurden als in Kleinbetrieben, ist davon auszugehen, dass durch einen persönlichen Führungsstil des Vorgesetzten durchaus eine Senkung des Krankenstandes der Arbeitnehmer möglich ist. Eine Intensivierung der Personalbetreuung und eine Schulung der Vorgesetzten im Führungsverhalten kann aus diesem Grunde ein langfristiger Erfolg beschieden sein. Zu dem Führungsverhalten, das das Fehlzeitenverhalten der Arbeitnehmer beeinflussen kann, zählt etwa die Wertschätzung, die dem Arbeitnehmer vom Vorgesetzten entgegengebracht wird.⁶⁴³ Arbeitnehmer, die das Gefühl haben, dass gute Leistung vom Arbeitgeber anerkannt wird, werden seltener fehlen als Arbeitnehmer, deren Leistung vom Vorgesetzten nicht genügend geschätzt wird. Des weiteren können flexiblere Arbeitszeiten, die Berücksichtigung privater Wünsche bei der Lage des Urlaubs, Bildung von selbständigen kleinen Arbeitsgruppen, Weiterbildungs- und Aufstiegsmöglichkeiten, außerbetriebliche Betreuung von ausländischen Mitarbeitern, Lohngerechtigkeit und ein aufgeschlossenes Führungsverhalten sicherlich Fehlzeiten reduzieren. Wenn zwischen dem Vorgesetzten und seinen Mitarbeitern eine kooperative Kommunikation praktiziert wird, bei der insbesondere mit einzelnen Arbeitnehmern über die Gründe von häufigen Fehlzeiten gesprochen wird, erscheint es möglich, gemeinsam eine Lösung für die den Fehlzeiten möglicherweise zugrunde liegenden Probleme zu finden. So versuchen etwa nicht selten durch Beruf und Familie doppelt belastete Elternteile Konflikte zwischen Arbeit und Familienpflichten über den Krankenschein zu lösen, indem sie krankfeiern, um ein krankes Kind oder einen kranken Familienangehörigen betreuen zu können.

⁶⁴² Salowsky, Fehlzeiten – ein internationaler Vergleich (1980), S.33.

⁶⁴³ Fick, S. 87.

Betriebe, die hier versuchen Hilfestellung zu leisten, können solche Konfliktsituationen häufig im Ansatz vermeiden. Dies erfordert jedoch sehr viel Einfühlungsvermögen, persönliche Sensibilität und Fingerspitzengefühl des Vorgesetzten. Ansonsten kann auf Arbeitnehmerseite leicht der Eindruck entstehen, man werde nur zum Vorteil des Unternehmens kontrolliert, während ein wirkliches Interesse an der Person des Arbeitnehmers und seinen Problemen in Wahrheit nicht besteht. Dies erfordert nicht nur eine gute psychologische Schulung der Vorgesetzten, sondern ein gutes Verhältnis zwischen dem Vorgesetzten und seinen Mitarbeitern, damit diese das Bewusstsein haben, man begegnet ihnen nicht mit kleinlichem Misstrauen, sondern erkundigt sich nach ihnen, sowohl in betrieblichen als auch im persönlichen Interesse.

Wichtig für das Betriebsklima ist auch die Beschaffenheit des Arbeitsplatzes. Nicht selten haben Arbeitsunfähigkeitszeiten mit den Verhältnissen am Arbeitsplatz zu tun. Eine sichere und zugleich zweckmäßige Arbeitsplatzumgebung nach den neuesten ergonomischen Erkenntnissen und unter Beratung des Betriebsarztes wird sich positiv bei der Senkung der Fehlzeiten auswirken.

3. Fehlzeitenstatistik und informatorische Maßnahmen

Grundlage aller Maßnahmen des Arbeitgebers aber auch ein Mittel, um Arbeitnehmern die betrieblichen Auswirkungen von Fehlzeiten bewusst zu machen, sind statistische Erhebungen der Fehlzeiten. Dabei stehen die Fehlzeiten als solche, die hierdurch verursachten Kosten und eine möglichst genaue Analyse der Ursachen für die Fehlzeiten im Vordergrund.

In Betracht kommt etwa die Erhebung folgender Daten:

- Differenzierung nach der Art des Fehlens (etwa Krankheit, Mutterschutz, Rehabilitation),
- Mitarbeiter mit vielen Fehltagen,
- Mitarbeiter mit häufigen Kurzerkrankungen,
- Mitarbeiter mit Fehlzeiten während/ vor/ oder nach dem Urlaub,
- Mitarbeiter mit Erkrankungen an Montagen und/oder Freitagen sowie vor oder nach Wochenfeiertagen

- Mitarbeiter, die häufig den Arzt wechseln.

Der Belegschaft, dem Betriebsrat und den Vorgesetzten sollten diese Zahlen laufend mitgeteilt werden.⁶⁴⁴ Auf diese Weise kann das Problembewusstsein geschärft und die erwünschte Akzeptanz für etwaige Gegenmaßnahmen verbessert werden. Der Belegschaft soll dadurch bewusst werden, dass vermeidbare Fehlzeiten die Betriebsgemeinschaft belasten, etwa durch Mehrarbeit, die Kollegen leisten müssen, erhöhte Kosten, Produktionsausfälle, Lieferschwierigkeiten etc.. Die Unternehmensleitung muss verdeutlichen, dass sie vermeidbare Fehlzeiten nicht hinnimmt, sondern gewillt ist, Auswüchse zu unterbinden. Den Arbeitnehmern soll durch informatorische Maßnahmen somit verdeutlicht werden, dass überhöhte Fehlzeiten für alle Beteiligten im Betrieb nur negative Konsequenzen haben können und das „Krankfeiern“ einzelner zu Lasten der Solidargemeinschaft der Versicherten geht.⁶⁴⁵

Dieses Informieren der Belegschaft sollte gegebenenfalls mit dem Betriebsrat abgestimmt und von diesem mitgetragen werden und kann etwa durch Anschläge am Schwarzen Brett, Rundschreiben, Hinweise in der Betriebsversammlung oder gegebenenfalls in der Werkszeitschrift stattfinden.⁶⁴⁶

4. Appell an den Arbeitswillen

4.1. Einführung

Der Arbeitgeber kann auch durch Einflussnahme auf den Arbeitnehmer versuchen, bei diesem die Einsicht hervorzurufen, dass sein Verhalten – die Simulation der Arbeitsunfähigkeit – unsozial ist und er damit den Arbeitgeber und nicht zuletzt auch seine Arbeitskollegen schädigt.

Derart motivierende Maßnahmen spielen sich häufig im Vorfeld einer Krankenkontrolle beziehungsweise einer restriktiven Maßnahmen ab. Sind sie erfolgreich, können sie eine solche im Idealfall überflüssig machen. Erscheint der Ap-

⁶⁴⁴ so auch Meisel, 297 Rn. 472.

⁶⁴⁵ so Derr, S. 99.

⁶⁴⁶ vgl. Derr, S. 100.

pell an den Arbeitswillen des Arbeitnehmers jedoch aussichtslos oder zeigt er keine positive Reaktion, so wird der Arbeitgeber die Senkung der Fehlzeiten anders durchsetzen wollen.

Vier Fünftel der bundesdeutschen Betriebe ergreifen diese oder ähnliche Maßnahmen zur Verringerung des Krankenstandes. Je größer das Unternehmen, desto intensiver werden sie angewendet. Die Unternehmen schätzen den Erfolg solcher Maßnahmen als mittel beziehungsweise sogar als groß ein.⁶⁴⁷

4.2. Mitarbeitergespräche (Fehlzeitengespräche)

4.2.1. Allgemeines

Häufig führen Betriebe Gespräche mit Mitarbeitern, bei denen überdurchschnittliche Fehlzeiten festgestellt worden sind, um die Stichhaltigkeit der für die Fehlzeiten angegebenen Gründe zu überprüfen beziehungsweise um Ursachen am Arbeitsplatz Abhilfe verschaffen zu können.⁶⁴⁸

Darüber hinaus besteht aber auch aufgrund rechtlicher Zusammenhänge (etwa bei Fortsetzungserkrankungen) unter Umständen ein Bedürfnis, nähere Informationen über Art, Ursache und Verlauf einer Krankheit zu erfahren. Fehlzeitengespräche weisen insofern nicht nur „mitarbeitermotivierende“, sondern auch kontrollierende Züge auf.

Für die Fehlzeitengespräche ist ein Fehlzeitencontrolling durch die Personalabteilung erforderlich, die ein Fehlzeitenprotokoll erstellen sollte, welches neben den zeitlichen Angaben Hinweise auf bestimmte Auffälligkeiten beinhalten sollte.⁶⁴⁹

Bei der Ansprache einzelner Mitarbeiter ist äußerst behutsam vorzugehen. Solange nicht eindeutige Beweise für einen Missbrauch der Entgeltfortzahlung vorliegen, müssen Vorwürfe unterbleiben. Außerdem darf nicht unberücksichtigt

⁶⁴⁷ so 79 % der befragten Unternehmen bei der Umfrage „Betrieblicher Krankenstand: Probleme und Maßnahmen“ durch die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, 1991, wiedergegeben bei Diergarten/Hagedorn, „Krank sein“ oder „krankfeiern“?, Arbeitgeber 1991, 580 ff.

⁶⁴⁸ vgl. Diergarten/Hagedorn, Arbeitgeber 1991, 580 (581).

⁶⁴⁹ Derr, S. 105.

bleiben, dass eine Ursache für die Fehlzeiten aus der Sicht des Arbeitnehmers unbefriedigende betriebliche Zustände sein können, etwa ein schlechtes Gruppenklima oder das Vorgesetztenverhalten.⁶⁵⁰

Das intensive Gespräch des Vorgesetzten mit dem Mitarbeiter macht diesem deutlich, wie ernst der Betrieb sein Fehlen nimmt. Hinzu kommt, dass wirksame Maßnahmen zur Verminderung von Fehlzeiten eine sorgfältige Ermittlung ihrer Ursachen voraussetzen. Diese Situation hat offenbar dazu geführt, dass manche Arbeitgeber versuchen, sich ihre Informationen durch Gespräche mit den Mitarbeitern zu beschaffen, die durch häufige oder lange Fehlzeiten auffallen. Zu beachten ist, dass die befragten Arbeitnehmer weder aus gesetzlichen oder tarifvertraglichen Regelungen noch aufgrund einer Treuepflicht verpflichtet sind, dem Arbeitgeber Auskünfte über die Art der Erkrankung und die Diagnose des Arztes, die über den Inhalt einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hinausgehen, zu erteilen.⁶⁵¹ Die Gründe hierfür entsprechen denen, die auch gegen die Bekanntgabe der Diagnose in der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verbieten⁶⁵² (insbesondere also das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers). Eine etwaige Weigerung des Arbeitnehmer darf keine rechtlichen Nachteile für ihn zur Folge haben.

Dem Mitarbeiter sollte gegebenenfalls freigestellt werden, ein Betriebsratsmitglied hinzuzuziehen. Die meisten Betriebsräte sind im Interesse der voll arbeitenden Belegschaftsangehörigen bereit, bei einem sinnvollen Vorgehen gegen zu hohe Fehlzeiten mitzuarbeiten. Bereits aus betriebspraktischen Gründen sollte die Führung von Fehlzeitengesprächen mit dem Betriebsrat abgestimmt sein, denn die Durchführung solcher Gespräche kann praktisch sehr erschwert werden, wenn der Betriebsrat dagegen opponiert.⁶⁵³

Im Gespräch kann dabei auf Folgendes eingegangen werden:

- Bisherige Fehlzeiten des Mitarbeiters

⁶⁵⁰ Nieder, Handelsblatt vom 28/29.04.1989.

⁶⁵¹ vgl. Wahsner, Zur Befragung von Arbeitnehmern über häufige Fehlzeiten, S. 7 ff.

⁶⁵² vgl. oben I. Kapitel, V. 2.7.1., S. 59 ff.

⁶⁵³ vgl. Hunold, S. 69/70.

- Aufzeigen von betrieblichen Problemen, die sich hieraus ergeben (z.B. Arbeit konnte nicht erledigt werden, Aushilfe musste eingestellt werden, Lohnfortzahlungskosten).
- Aufzeigen der Probleme für die Mitarbeiter (Vertretung, Mehrarbeit)
- Erörterung der Fehlzeitenursache, sofern Hinweise bestehen, dass dies für die Betrachtung der Gesamtproblematik wichtig ist.

Fehlzeitengespräche nach verdächtigen Fehlzeiten sind im Zweifel von der Personalabteilung zu führen⁶⁵⁴ und sollen den Mitarbeiter warnen. Solche Gespräche können dann auch der Vorbereitung weiterer arbeitsrechtlicher Schritte dienen.

In besonders gelagerten Fällen sollten auch unterstützende Maßnahmen erwogen werden. Beispielsweise kann bei Mitarbeitern, bei denen Suchtprobleme bestehen oder vermutet werden, Kontakte zu entsprechenden Hilfsorganisationen vermittelt werden.

4.2.2. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

Wird bei den Krankengesprächen erkennbar nach einer gewissen Regel verfahren, wird die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit der Betriebsrat mitzubestimmen hat, wenn ein Arbeitgeber die Arbeitnehmer mit überdurchschnittlichen Fehlzeiten über die Ursache ihrer Erkrankung befragen will.

Dem Betriebsrat könnte dann ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zustehen. Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Dies fordert ein aufeinander abgestimmtes Verhalten. Dazu dienen verbindliche Verhaltensregeln sowie Maßnahmen, die geeignet sind, das Verhalten der Arbeitnehmer zu beeinflussen und zu koordinieren. Von dem mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhalten ist das reine Arbeitsverhalten zu unterscheiden. Das Arbeitsverhalten wird berührt, wenn der Arbeitgeber kraft sei-

⁶⁵⁴ so auch Hunold, S. 69.

ner Organisations- und Leitungsmacht näher bestimmt, welche Arbeiten in welcher Weise auszuführen sind und dadurch die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers unmittelbar konkretisiert wird.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Beschluss vom 08.11.1994⁶⁵⁵ zu Recht entschieden, dass die Führung formalisierter Krankengespräche (beziehungsweise deren Vorbereitung) gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist, da es dabei um das Verhalten der Arbeitnehmer in bezug auf die betriebliche Ordnung und nicht um das Verhalten bei der Arbeitsleistung selbst geht (dann nicht mitbestimmungspflichtige Regelung des Arbeitsverhaltens).⁶⁵⁶ Der Bezug zur betrieblichen Ordnung ergibt sich meines Erachtens daraus, dass der Arbeitgeber bei der Durchführung der Gespräche zumindest von der Vorstellung geleitet wird, dass ein Teil der Fehlzeiten nicht durch tatsächliche Krankheiten verursacht wird, sondern Folge des Missbrauchs der Entgeltfortzahlung ist. Der Arbeitgeber setzt deshalb die Gespräche - zumindest auch - als Instrument ein, um das Fehlzeitenverhalten der Arbeitnehmer zu beeinflussen und damit über die konkret betroffenen Arbeitnehmer hinaus generalpräventiv auf die übrige Belegschaft einzuwirken.

4.3. Anrufe, Anschreiben

Die Kontaktaufnahme durch Anrufe zur betrieblichen Krankenbetreuung ist rechtlich unbedenklich.⁶⁵⁷ Dem Arbeitgeber kann es nicht verwehrt werden, den Mitarbeiter anzurufen, um sich beispielsweise nach seinem Befinden zu erkundigen. Dies gilt auch, wenn er Zweifel an der Erkrankung seines Mitarbeiters hat.⁶⁵⁸

Die Kontaktaufnahme kann neben einem Anruf auch darin bestehen, dass sich die Firma oder der Personalleiter brieflich äußert. Dieser Brief kann dergestalt sein, dass man dem Mitarbeiter baldige Genesung wünscht. Dem Mitarbeiter sollte dabei verdeutlicht werden, dass er für den Betrieb wertvoll und schwer

⁶⁵⁵ DB 1995, 1132.

⁶⁵⁶ **a.A.:** Raab, NZA 1993, 193 ff., lehnt ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mit der Begründung ab, dass es sich lediglich um die Regelung des Arbeitsverhaltens handle.

⁶⁵⁷ Pohen/Esser, S. 169.

⁶⁵⁸ so auch Pohen/Esser, S. 169.

ersetzbar ist. Der Adressat kann hieraus entnehmen, dass er nicht irgendwer ist, sondern ein Mitarbeiter, auf den man zählt.⁶⁵⁹ Darüber hinaus bietet ein solcher Brief auch den Rahmen, Mitarbeiter in die Verantwortung einzubeziehen, um bei der Lösung des Problems eines hohen Krankenstandes zu helfen, und ihnen Mut zu machen, Kritik zu üben, wenn betriebliche Ursachen für das Fehlen vorliegen. Der besondere Wert solcher Briefe liegt darin, dass im Vergleich zu mündlichen Gesprächen die schriftliche Form wesentlich eindringlicher ist.⁶⁶⁰

Sofern Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit bestehen, sollte man erwägen, einen Brief zu schreiben, in dem man auf die notwendige Neubesetzung des freistehenden Arbeitsplatzes verweist und möglicherweise auf die wirtschaftlich-finanzielle Belastung, die sich daraus ergibt, dass der Arbeitgeber zur Engeltfortzahlung verpflichtet ist. Des weiteren kann darauf aufmerksam gemacht werden, dass von Seiten des Arbeitgebers mit der Engeltfortzahlung dieselbe Leistung erbracht wird, als ob der betreffende Arbeitnehmer arbeitet, er dafür jedoch keine Gegenleistung erhält.

Briefe der Personalabteilung an kranke Beschäftigte sind allerdings des öfteren der gewerkschaftlichen Kritik ausgesetzt. Dazu mag zum einen beitragen, dass diese Briefe schwarz auf weiß vorliegen und damit konkret kritisiert werden können, zum anderen, dass Fälle bekannt geworden sind, in denen versucht wurde, kranke Arbeitnehmer schriftlich einzuschüchtern.⁶⁶¹ Oft hat der Inhalt von Briefen anlässlich von Fehlzeiten weniger fürsorglichen eher drohenden Charakter, etwa wegen des Hinweises auf die in Zukunft nicht mehr annehmbaren Fehlzeiten und die daraus erwachsende Mehrbelastung für die anderen Kolleginnen und Kollegen. Nicht selten verwendet der Arbeitgeber die Krankenbriefe später zur Untermauerung einer Kündigung.

In seinem Urteil vom 19.02.1988⁶⁶² hat das Landesarbeitsgericht Köln einen Krankenbrief als unzulässiges Druckmittel auf die Beschäftigte angesehen, der

⁶⁵⁹ Noppeney, DB 1973, 1894 (1896).

⁶⁶⁰ Boeck u.a., S. 104.

⁶⁶¹ Beispiel bei Fick, Anhang 8, Beispiel 2.

⁶⁶² AiB 1989, 163 f.

gegen die Grundsätze des § 75 BetrVG – Missachtung des Persönlichkeitsrechts – verstößt. Im Fall war vorliegende Formulierung aus dem Brief an die Beklagte Gegenstand des Anstoßes: *„Ihr Fehlzeitenverhalten (ist) auch im Hinblick auf Ihr Lebensalter und ihre Betriebszugehörigkeit überdurchschnittlich hoch...im Gegensatz (zu Mitarbeitern,) die...ihre arbeitsvertraglichen Verpflichtungen erfüllen.“* Nach der Auffassung des Gerichtes übt ein Arbeitgeber mit derartigen Formulierungen unzulässig Druck auf die betroffenen Beschäftigten aus, wenn er eine Krankheit generell mit willkürlichem Verhalten eines Arbeitnehmers gleichsetzt. Er unterstellt dadurch nämlich, dass die Krankheit beeinflussbar ist, und rückt die Arbeitsunfähigkeit in die Nähe einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung. Das Landesarbeitsgericht Köln bestärkt mit seinem diesbezüglichen Urteil die Betriebsräte darin, das Persönlichkeitsrecht der einzelnen Beschäftigten zu überwachen.

Bei Briefen anlässlich von Fehlzeiten von Mitarbeitern ist also darauf zu achten, dass ihnen kein drohender Charakter zukommt und kein unzulässiger Druck auf die Arbeitnehmer ausgeübt wird.

4.4. Fürsorglicher Krankenbesuch

Diese Krankenbesuche sind im Gegensatz zu den Krankenbesuchen, die die Kontrolle des Arbeitnehmers bezwecken, angekündigt. Sie dienen weniger der Überprüfung Krankgeschriebener als vielmehr der Mitarbeitermotivation. Der Arbeitgeber bringt sein Interesse an der möglichst baldigen Wiederaufnahme der Arbeit zum Ausdruck, ohne etwaige Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit seines Arbeitnehmers zu zeigen. Ein kleines Genesungsgeschenk mag ebenfalls angebracht sein.⁶⁶³ Derartige Besuche können sich sehr positiv auf das Betriebsklima auswirken. Wer wirklich krank ist, wird den Besuch als Aufmerksamkeit des Betriebes empfinden und das Gefühl haben, dass man ihn nicht vergessen hat, sondern sich um ihn bemüht.⁶⁶⁴

⁶⁶³ Hapfelmeier, Muss man Fehlzeiten einfach hinnehmen?, Personal 1976, 180 (182).

⁶⁶⁴ Boeck u.a., S. 101.

Es dürfte von Vorteil sein, wenn bei solchen Aktionen der Betriebsrat eingeschaltet wird und bei den Krankenbesuchen ein Betriebsratsmitglied stellvertretend für die Belegschaft dabei ist. Dadurch steht der Besuch noch weniger unter Verdacht, ein Kontrollgang zu sein.

4.5. Rückkehrgespräch

Vorgesetzte können auch mit den Mitarbeitern Gespräche führen, die nach einer Krankheit zurück in den Betrieb kommen. Diese Gespräche zeigen dem Mitarbeiter, dass sein Vorgesetzter sich um ihn kümmert und seine An- beziehungsweise Abwesenheit bemerkt wird.

Um ihre Motivationswirkung zu entfalten, sollte bei Rückkehrgesprächen zunächst die Freude des Vorgesetzten ausgedrückt werden, dass der Mitarbeiter von seiner Krankheit genesen ist und seine Arbeit wieder aufnimmt.⁶⁶⁵ Dies zeigt dem Mitarbeiter, dass der Betrieb, der Vorgesetzte und seine Kollegen auf ihn gewartet haben und sich über die Wiedergenesung freuen. Im Rahmen dieses Gespräches sollte auch auf wichtige Ereignisse hingewiesen werden, die während der Abwesenheit des Mitarbeiters passiert sind. Darüber hinaus können diese Gespräche den Personalabteilungen Aufschluss über Arbeitsbelastungen und über möglicherweise erforderliche Versetzungen der betroffenen Beschäftigten geben.

Dass Rückkehrgespräche von Vorgesetzten ein besonderes Fingerspitzengefühl erfordern, liegt auf der Hand. Auch bei vermeintlichen „Edelabsentisten“ sollte der Vorgesetzte das Gespräch positiv ausklingen lassen, aber auch auf mögliche Konsequenzen bei weiteren Fehlzeiten hinweisen.

Die Durchführung von Rückkehrgesprächen birgt immer die Gefahr, dass sie von den Arbeitnehmern als subtile Art der Einschüchterung aufgefasst werden. Ein Arbeitnehmer der zugibt, dass er wegen der Art seiner Erkrankung auch zukünftig Fehlzeiten haben wird, liefert damit eventuell selbst die Gründe für seine Kündigung. Einem Unternehmen, das die aus den Rückkehrgesprächen gewon-

⁶⁶⁵ Derr, S. 101.

nenen Erkenntnisse als Begründungen für krankheitsbedingte Kündigungen heranzog, wurde diese Praxis allerdings gerichtlich untersagt.⁶⁶⁶

IV. Repressive Maßnahmen

Da ein Verhalten, das durch Anerkennung positiv verstärkt wird, eher wiederholt wird als ein Verhalten, auf das nicht oder negativ reagiert wird, ist es bedeutsam, dass im Betrieb eine klare Linie bezüglich ungerechtfertigtem Fehlen besteht. Genauso wie es wichtig ist, dass kranken Arbeitnehmern vermittelt wird, dass sie gebraucht werden und dass man sich um ihren Gesundheitszustand sorgt, ist es auch wichtig, dass Arbeitnehmer, die des Missbrauchs verdächtigt werden, darüber informiert werden und die Gelegenheit erhalten, den Verdacht zu entkräften. In diesem Bereich hat allerdings besondere Vorsicht zu walten. Rein restriktive Maßnahmen zur Eindämmung der Abwesenheit bergen stets das Risiko, dass Leistungsverweigerung sich nur in andere Bereiche verlagert oder sogar zusätzliche Anreize zur Leistungsverweigerung entstehen.⁶⁶⁷

1. Bedingte Abmahnung

Zunächst steht dem Arbeitgeber als repressive Reaktionsmöglichkeit die Abmahnung zur Verfügung. Dabei besteht jedoch das Problem, dass die Hinweis- und Warnfunktion der Abmahnung ein Fehlverhalten des Arbeitnehmer voraussetzt, dass nicht nur lediglich vermutet wird.⁶⁶⁸ Solange nur ein Verdacht auf Missbrauch der Entgeltfortzahlungsverpflichtung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer besteht, ist es jedoch nicht möglich, ein konkretes Fehlverhalten vorzuwerfen. Zu denken wäre allenfalls an eine bedingte Abmahnung, also eine Abmahnung unter dem Vorbehalt, dass ein Simulieren des Arbeitnehmers vorliegt. Die bedingte Abmahnung hätte allemal die Funktion, den Arbeitnehmer vor dem Missverständnis zu bewahren, sein Verhalten werde vom Arbeitgeber nicht als entlassungsrelevant angesehen.⁶⁶⁹ Eine bedingte Abmahnung kann

⁶⁶⁶ vgl. Schwanck, ArbN 1991, 134.

⁶⁶⁷ Reinwald, S. 3.

⁶⁶⁸ vgl. Dütz, Krankfeiern, in: Hromadka, S. 75 (84) m.w.N.

⁶⁶⁹ vgl. BAG, Urteil vom 30.06.1983, NJW 1984, 1917 (1919).

somit präventiv wirken, indem sie für den Arbeitnehmer eine ernstzunehmende Warnung darstellt.

2. Kündigung

Das einschneidendste Mittel des Arbeitgebers und ultima ratio, um gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlung und die dadurch verursachten Kosten vorzugehen, ist die Kündigung. Wenn ein Arbeitnehmer sich nicht seiner Erkrankung entsprechend verhält, sind Spannungen vorprogrammiert. Der Verdacht der vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit und der Erschleichung der Entgeltfortzahlung liegt nahe. Im Wiederholungsfall kann der Arbeitgeber auch eine Kündigung als Reaktionsmöglichkeit in Betracht ziehen. Eine ähnliche Konstellation liegt vor, wenn der Arbeitnehmer die „Erkrankung“ im Vorfeld angekündigt hat.

Wenn aus dem Fehlzeitenverhalten bestimmter Mitarbeiter personelle Konsequenzen gezogen werden, muss stets der Betriebsrat gemäß § 102 BetrVG gehört werden.

In der Rechtsprechung haben sich drei für den hier behandelten Themenkreis der Missbrausbekämpfung relevante Fallgruppen herauskristallisiert.

2.1. Gesundheitswidriges Verhalten

Wenn sich ein Arbeitnehmer während eines Zeitraums, für den ihm ein Arzt Arbeitsunfähigkeit bescheinigt hat, nicht krankheitsgemäß verhält, so kann der Vorwurf eines gesundheitswidrigen Verhaltens begründet sein. Verzögert der Arbeitnehmer durch sein Verhalten den Heilungsprozess, stellt dies auch eine Art des Missbrauchs der Entgeltfortzahlungsverpflichtung des Arbeitgebers dar. Das gesundheitswidrige Verhalten kann dann je nach Lage der Dinge ein ordentliches oder außerordentliches Kündigungsrecht des Arbeitgebers begründen.⁶⁷⁰

In der Regel hat den Arbeitgeber die private Lebensführung seines Arbeitnehmers nicht zu interessieren.⁶⁷¹ Es ist allein Sache des Arbeitnehmers, wie er

⁶⁷⁰ vgl. Hunold, S. 166.

seine Freizeit und seinen Feierabend verbringt. Anders ist dies jedoch, wenn er im Krankheitsfall ohne entsprechende Gegenleistung das volle Gehalt erhält. Jetzt trifft den Arbeitnehmer auch eine Verpflichtung, sich während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit angemessen zu verhalten.⁶⁷² Diese Verpflichtung des Arbeitnehmers folgt aus seiner Treuepflicht⁶⁷³ gegenüber dem Arbeitgeber. Er hat alles zur Wiederherstellung seiner Arbeitsunfähigkeit zu tun und alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögern könnte. Insbesondere muss der arbeitsunfähige Arbeitnehmer ärztliche Anordnungen befolgen und gesundheitsschädliche Tätigkeiten vermeiden, wobei jedoch auf die Art der Erkrankung abzustellen ist. Selbstverständlich zwingt nicht jede Arbeitsunfähigkeit zur Bettruhe.⁶⁷⁴

Das Bundesarbeitsgericht⁶⁷⁵ lässt die theoretische Möglichkeit der Genesungsverzögerung zur Begründung einer Kündigung ausreichen, während von anderer Seite eine tatsächliche Verzögerung der Heilung gefordert wird.⁶⁷⁶ Dem ist zuzustimmen, da die tatsächliche Verzögerung des Heilungsverlaufes in aller Regel auch nicht nachweisbar wäre. Voraussetzung für eine Kündigung ist somit ein Verhalten des Arbeitnehmers, das eine Verlängerung der Krankheitszeit durch ein nicht krankheitsgemäßes Verhalten verursacht haben könnte.⁶⁷⁷ Geringfügige Verstöße gegen ärztliche Anordnungen und Verhaltensregelungen, durch die der Heilungsprozess weder verzögert noch die Krankheit verschlimmert wird, rechtfertigen hingegen weder eine ordentliche noch eine außerordentliche Kündigung.⁶⁷⁸

2.2. Verdachtskündigung

Der Vorwurf gesundheitswidrigen Verhaltens setzt voraus, dass der Mitarbeiter tatsächlich arbeitsunfähig ist. In solchen Fällen kann jedoch auch der Verdacht nahe liegen, dass der Mitarbeiter gar nicht arbeitsunfähig ist.

⁶⁷¹ vgl. Hunold, S. 163.

⁶⁷² Nachweise bei Lepke, Rn. 410; Hunold, S. 163; a.A.: Schäfer, NZA 1992, 529 ff.

⁶⁷³ LAG Hamm, Urteil vom 11.05.1982, DB 1983, 235.

⁶⁷⁴ vgl. Hunold, S. 163.

⁶⁷⁵ etwa Urteil vom 13.11.1979, DB 1980, 741.

⁶⁷⁶ LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.05.1966, BB 1966, 821; Feichtinger/Pohl, DB 1984, Beil. 4, S. 1(10).

⁶⁷⁷ BAG, Urteil vom 26.08.1993, DB 1993, 2534.

⁶⁷⁸ BAG, Urteil vom 13.11.1979, DB 1980, 741.

Eine durch vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit erlangte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann je nach Lage der Dinge die verhaltensbedingte ordentliche oder außerordentliche Kündigung rechtfertigen.⁶⁷⁹ Diese beharrliche Arbeitsverweigerung stellt eine so schwerwiegende Pflichtverletzung dar, dass auch eine vorherige Abmahnung nicht mehr erforderlich ist.⁶⁸⁰ In den meisten dieser Fälle wird dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zumutbar sein, so dass die fristlose Kündigung gemäß § 626 BGB gerechtfertigt ist.⁶⁸¹

In einem etwaigen Kündigungsschutzprozess trifft den Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast für die die Kündigung rechtfertigenden Umstände. Der Arbeitgeber wird sich mit dem Nachweis, dass die Krankheit vorgetäuscht ist, jedoch regelmäßig schwer tun, da er meistens keine Kenntnis vom Befund hat und infolgedessen auch nicht beurteilen kann, ob ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers im Widerspruch zur bescheinigten Arbeitsunfähigkeit steht. Dabei ist zu beachten, dass eine Erschütterung der Beweiswirkung eines ärztlichen Attestes zwar den vom Arbeitnehmer zu erbringenden Nachweis der Arbeitsunfähigkeit und damit den Entgeltfortzahlungsanspruch zu Fall bringen kann, der Arbeitgeber damit jedoch noch nicht zugleich den für eine Kündigung von ihm zu erbringenden Beweis für die (bewusste) Vortäuschung der Arbeitsunfähigkeit erbracht hat. Oftmals kann daher nur eine sogenannte Verdachtskündigung ausgesprochen werden.

Schon seit langem vertritt das Bundesarbeitsgericht die Auffassung, dass allein der Verdacht einer schwerwiegenden Arbeitsvertragsverletzung oder einer strafbaren Handlung eine ordentliche verhaltensbedingte oder auch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könne, wenn schon der Verdacht das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört hat.⁶⁸² Trotz erheblicher Kritik in der Literatur⁶⁸³ hat das Bundesarbeitsgericht diese

⁶⁷⁹ BAG, Urteil vom 26.08.1993, NZA 1994, 63.

⁶⁸⁰ Künzl/Weinmann, ArbuR 1996, 256.

⁶⁸¹ Bauer/Röder/Lingemann, S. 112.

⁶⁸² BAG, Urteil vom 04.06.1964, ArbuR 1965, 91 m.Anm. Herschel, Urteil vom 24.03.1958, AP Nr. 5 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlung.

⁶⁸³ etwa Dörner, NZA 1993, 873.

Rechtsprechung aufrechterhalten.⁶⁸⁴ Die Kritiker argumentieren zum einen damit, dass die Unschuldsvermutung als zentraler rechtsstaatlicher Grundsatz missachtet und gegen Art. 6 Abs. 2 MRK verstoßen werde. Demgegenüber betont das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 14.09.1994,⁶⁸⁵ dass an dem Rechtsinstitut aus einem praktischen Bedürfnis heraus festzuhalten sei. In einem Arbeitsverhältnis als personenrechtlichem Dauerschuldverhältnis müsse unbedingt ein Mindestmaß an gegenseitigem Vertrauen bestehen. Der Verdacht schwerwiegender Verfehlungen könne zum Verlust dieses Vertrauens führen und bei schuldhaftem Verhalten eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Dem ist zuzustimmen. Die Bedenken gegen das Rechtsinstitut der Verdachtskündigung, gerade unter dem Gesichtspunkt, dass ein Unschuldiger seinen Arbeitsplatz verlieren kann, wiegen sicher schwer. In bestimmten Fällen ist jedoch meines Erachtens in Einklang mit dem Bundesarbeitsgericht ein praktisches Bedürfnis für eine Verdachtskündigung anzuerkennen, wenn dem Arbeitgeber wegen des Vertrauensverlustes die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist. Auch eine Beschränkung der Verdachtskündigung auf solche Arbeitnehmer, die eine besondere Vertrauensstellung innehaben, erscheint sachlich nicht gerechtfertigt.⁶⁸⁶

Eine Verdachtskündigung kommt dann in Betracht, wenn das fragliche Verhalten als solches geeignet ist, einen Kündigungsgrund darzustellen. Eine Verdachtskündigung ist hiernach grundsätzlich dann möglich, wenn der besonders schwerwiegende oder dringende Verdacht besteht, der Arbeitnehmer habe eine strafbare Handlung begangen und dadurch das Vertrauen des Arbeitgebers derart erschüttert, dass ihm die Weiterbeschäftigung des Verdächtigen aufgrund des Vertrauenswegfalls nicht mehr zugemutet werden kann. Das vermutete Vergehen müsste als bewiesene Tat eine Kündigung rechtfertigen können. Im Falle des Simulationsverdachts kommt als Straftat ein versuchter oder vollendeter Betrug gemäß §§ 263, 22, 23 StGB in Betracht.

⁶⁸⁴ BAG, Urteil vom 14.09.1994, ArbuR 1995, 229; Urteil vom 13.09.1995, ArbuR 1996, 30.

⁶⁸⁵ BAG, Urteil vom 14.09.1994, ArbuR 1995, 229.

⁶⁸⁶ so auch Lepke, NZA 1995, 1084 (1091) m.w.N.

Stets bedarf es bei einer Verdachtskündigung jedoch der vorherigen Anhörung des Arbeitnehmers.⁶⁸⁷ Dem Arbeitnehmer muss die Möglichkeit gegeben werden, den Verdacht zu entkräften. Die Anhörung des Arbeitnehmers ist bei der Verdachtskündigung somit formelle Wirksamkeitsvoraussetzung. Ferner muss der Arbeitgeber alles getan haben, was in seinen Kräften steht, um den Sachverhalt aufzuklären.⁶⁸⁸

Der Verdacht des bloßen Vortäuschens einer Arbeitsunfähigkeit beruht regelmäßig auf dem eigenen Verhalten des Arbeitnehmers, sei es, dass er die Arbeitsunfähigkeit angekündigt hat oder sein Verhalten einer Arbeitsunfähigkeit widerspricht (etwa Gartenarbeit, Hausbau, Nebentätigkeitsverrichtung).⁶⁸⁹ Dabei ist zu bedenken, dass dieses Verhalten zumeist im außerbetrieblichen Bereich liegt; es spielt sich in einer Sphäre ab, in der dem Arbeitnehmer grundsätzlich keine Pflichten gegenüber dem Arbeitgeber obliegen. Dies macht es für den Arbeitgeber schwierig, überhaupt Kenntnis von den eine Verdachtskündigung rechtfertigenden Umständen zu erlangen. Für den Verdacht müssen jedenfalls objektiv nachweisbare Tatsachen vorliegen.⁶⁹⁰ Der Verdacht ist dringend, wenn das Vergehen mit großer Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann. Ein bloßer Anfangsverdacht reicht hingegen nicht aus.

Gerade der Verdacht, der Arbeitnehmer sei nicht krank, er simuliere vielmehr eine Erkrankung, muss das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen in den Arbeitnehmer zerstören oder das Arbeitsverhältnis in anderer Weise über Gebühr belasten.

Die Verdachtskündigung erfolgt wegen der Störung im Vertrauensbereich in der Regel fristlos, kann aber auch unter Einhaltung der Kündigungsfrist ausgesprochen werden.⁶⁹¹ Richtigerweise bedarf es hier auch keiner vorherigen Abmahnung.

⁶⁸⁷ BAG, Urteil vom 26.08.1993, NZA 1994, 63 (66).

⁶⁸⁸ BAG, Urteil vom 11.04.1985, BB 1987, 1316 = DB 1986, 1726.

⁶⁸⁹ vgl. die zahlreichen Beispiele bei Hunold, S. 179 ff.

⁶⁹⁰ vgl. Dütz, in Hromadka, Krankheit im Arbeitsverhältnis, S. 75(85).

⁶⁹¹ BAG, Urteil vom 14.09.1994, DB 1995, 534 f.

Zu beachten ist, dass der Betriebsrat bei der Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG über die Kündigung wegen des Verdachts der Pflichtverletzung unterrichtet wird. Die Rechtsprechung trennt hier scharf zwischen Tat- und Verdachtskündigung.⁶⁹² Wird in der Anhörung nicht deutlich, dass es sich um eine Verdachtskündigung handelt, kann sich der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess nur auf eine Tat Kündigung berufen.

Da das krankheitswidrige Verhalten und die Verdachtskündigung in der Praxis schwer voneinander zu trennende Kündigungsgründe sind, sind die strafprozessualen Grundsätze der Wahlfeststellung entsprechend anzuwenden.⁶⁹³

2.3. Androhung der Arbeitsunfähigkeit

Eine ordentliche beziehungsweise gar eine außerordentliche Kündigung kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit angedroht hat.

In seiner Entscheidung vom 05.11.1992⁶⁹⁴ hat das Bundesarbeitsgericht die angedrohte krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Fall der Ablehnung eines erwünschten Urlaubsverlängerungsgesuchs als nachhaltige und gewichtige Störung des Arbeitsverhältnisses bezeichnet und eine hierauf gestützte außerordentliche Kündigung als angemessene arbeitgeberseitige Reaktion anerkannt. Die im Zeitpunkt der noch vorhandenen Gesundheit angedrohte Erkrankung stelle eine so schwere Vertragsstörung dar, dass es auf die dann etwa nachgewiesene krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit als Rechtfertigung einer Arbeitsverhinderung nicht ankommt. Ausreichend sei, dass der Arbeitnehmer in einem Moment der Gesundheit mit Rücksicht auf ein arbeitgeberseitiges Ablehnungsverhalten den Eintritt einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit als „Erpressungstatbestand“ nutzbar gemacht hat. Unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer tatsächlich erkrankt sei, liege bereits in diesem Verhalten des Arbeitnehmers eine so gravierende Missachtung des wechselseitigen Vertrauensverhältnisses, dass diese Störung eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertige. In

⁶⁹² vgl. Subatzus, AuA 2002, 174 (176).

⁶⁹³ LAG Berlin, Beschluss vom 14.08.1998, BB 1999, 421 (423); Lepke, NZA 1995, 1084 (1091) m.w.N.

⁶⁹⁴ BB 1993, 434 f.

diesem Fall überlagere das Störverhalten des Arbeitnehmers die möglicherweise vorhandene krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und die damit begründete Legitimation, bei Fortzahlung der Bezüge von der Arbeit berechtigt fernzubleiben.

Diese Entscheidung ist zu begrüßen. Einen absoluten Kündigungsgrund „Androhung des Krankfeierns“ gibt es freilich nicht.⁶⁹⁵ Vielmehr muss im Einzelfall geprüft werden, ob das vom Arbeitnehmer gezeigte Verhalten einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung, sei es zur fristgerechten oder fristlosen, veranlassen würde.

Bezüglich der offenen Androhung der Krankschreibung durch einen Mitarbeiter gegenüber dem Vorgesetzten für den Fall einer Realisierung einer betrieblichen Anweisung oder der Aufrechterhaltung einer bestimmten Entscheidung ist die Bewertung als meist zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Versuch der Nötigung durch Rechtsprechung und Schrifttum recht einhellig.⁶⁹⁶ Ein Arbeitnehmer, der seinen Arbeitgeber derart unter Druck setzt, setzt sein Arbeitsverhältnis aufs Spiel.⁶⁹⁷ Demgegenüber wird die bloße Ankündigung der Arbeitsunfähigkeit gegenüber Kollegen von der Rechtsprechung durchaus unterschiedlich bewertet.⁶⁹⁸

Da das Fehlverhalten den Vertrauensbereich tangiert, erfordert eine Kündigung in diesen Fällen keine Abmahnung.⁶⁹⁹ Eine Abmahnung als Teil des Kündigungsgrundes ist in einem solchen Fall nur dann erforderlich, wenn der Arbeitnehmer aus vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber zumindest nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen.⁷⁰⁰

⁶⁹⁵ so auch LAG Frankfurt/M., Urteil vom 22.09.1983, ARSt 1984, S. 54 Nr. 54; Hunold, S. 190; Stahlhacker/Preis/Vossen, Rdn. 701.

⁶⁹⁶ etwa LAG Hamm, DB 1985, 49; ArbG Kiel, DB 1975, 841; Bauer/Röder/Lingemann, S. 114 f.; Rumpenhorst, NZA 1995, 111.

⁶⁹⁷ ArbG Düsseldorf, Urteil vom 25.09.1980, wiedergegeben in Hunold, S. 191 (192).

⁶⁹⁸ vgl. Hunold, S. 197/198.

⁶⁹⁹ BAG, Urteil vom 05.11.1992, NZA 1993, 308 (311); LAG Hamm, DB 1985, 49.

⁷⁰⁰ BAG, Urteil vom 30.06.1983, NJW 1984, 1917 (1919).

3. Bedingter Aufhebungsvertrag

Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitgebers, um auf einen Verdacht des vorgeschobenen Krankfeierns zu reagieren, könnte ein bedingter Aufhebungsvertrag sein. Fraglich ist, ob diese Möglichkeit rechtlich überhaupt besteht.

Nach der grundlegenden Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 12.10.1960⁷⁰¹ liegt eine Gesetzesumgehung dann vor, wenn „der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch vereitelt wird, dass andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten missbräuchlich verwendet werden.“

Zwar ist eine vertragliche Vereinbarung der Aufhebung eines Arbeitsvertrags nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässig und durch Kündigungsschutzbestimmungen nicht ausgeschlossen.⁷⁰² Dies gilt jedoch dann nicht ohne weiteres, wenn die Parteien des Aufhebungsvertrages diesen unter eine Bedingung stellen, sei es eine aufschiebende oder auflösende Bedingung. Eine solche Vereinbarung ist unwirksam, wenn sie die zwingenden Bestimmungen des Kündigungsschutzes umgeht.⁷⁰³ Eine solche Umgehung liegt nach dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 15.10. 1990⁷⁰⁴ dann vor, wenn ein Arbeitsvertrag unter die auflösende Bedingung gestellt ist, dass der Arbeitnehmer während eines bestimmten Zeitraums eine bestimmte Quote krankheitsbedingter Fehlzeiten nicht überschreitet. Ein solcher Vertrag wäre demnach unwirksam. Dies gilt nicht nur für echte Fehlzeiten. Auch bei berechtigtem Verdacht wegen zweifelhafter Fehlzeiten ist der Arbeitgeber darauf verwiesen, durch bedingte Abmahnung oder durch eine Kündigung auf das zurückliegende Verhalten zu reagieren.⁷⁰⁵ Es besteht somit keine Möglichkeit, Fehlzeiten mit bedingten Aufhebungsverträgen beizukommen.

⁷⁰¹ DB 1961, 409.

⁷⁰² BAG, Urteil vom 25.06.1987, DB 1988, 1024.

⁷⁰³ BAG, Urteil vom 19.12.1974, DB 1975, 890.

⁷⁰⁴ DB 1991, 918.

⁷⁰⁵ so Dütz, in Hromadka, Krankheit im Arbeitsverhältnis, S. 75 (87).

V. Ergebnisse des 2. Kapitels

Arbeitnehmer sind keine potentiellen Rechtsbrecher, die grundsätzlich kontrolliert werden müssten. Ausnahmefälle dürfen nicht verallgemeinert werden. Auf der anderen Seite hat der Arbeitgeber - angesichts der von ihm für die Entgeltfortzahlung aufgebrauchten Kosten - ein berechtigtes Interesse daran, dass nur wirklich Kranke in den Genuss dieser Sozialleistung kommen.

Dieser Interessenkonflikt war bei der Untersuchung, welche Möglichkeiten dem Arbeitgeber offen stehen, um gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlung vorzugehen und bei der Frage nach deren Effektivität stets zu beachten.

Eine Zerrüttung der Beziehung Arbeitgeber-Arbeitnehmer ist für beide Seiten unfruchtbar und darf deswegen nicht aus Gründen übertriebenen Misstrauens billigend in Kauf genommen werden. Bestehen jedoch berechtigte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, müssen dem Arbeitgeber schon im Hinblick auf die 100 %-ige Entgeltfortzahlung effektive Möglichkeiten an die Hand gegeben werden, um gegen das Fehlverhalten der sich nicht redlich verhaltenden Arbeitnehmer vorzugehen.

Vor diesem Hintergrund sind die Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung stellt, oft zu hoch, vor allem in Anbetracht dessen, dass dem Arbeitgeber der Krankheitsbefund nicht vorliegt. Die Beweiswerterschütterung wird dem Arbeitgeber nur in den seltensten - sprich offensichtlichen - Fällen gelingen, ist doch jedem Arztzeugnis die Vermutung inhärent, sein Inhalt sei korrekt. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, den Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen den richtigen Stellenwert zuzuerkennen und die Anforderungen an den Arbeitgeber bei der Beweiswerterschütterung nicht unrealistisch hoch zu schrauben. So sollte die Richtigkeitsvermutung etwa erschüttert sein, wenn der Arbeitnehmer zum wiederholten Mal bei irgendwelchen Freizeitaktivitäten beobachtet wurde. Das bedeutet noch nicht, dass dem Arbeitnehmer wegen seines - möglicherweise - durchaus korrekten - Verhaltens der Entgeltfortzahlungsanspruch endgültig entzogen werden soll; es geht lediglich darum, dass derartige Verhaltensweisen die Richtigkeitsvermutung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüt-

tern und es nunmehr Sache des Arbeitnehmers ist, die Richtigkeit auf eine andere Weise zu beweisen.

Die gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechte des § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG und des § 100 Abs. 2 S. 2 1. HS. SGB IV sind schon aufgrund ihrer nur dilatorischen Natur (Leistungsverweigerungsrecht bis zur Nachholung der geschuldeten Handlung) nicht zur Missbrauchsbekämpfung geeignet.

Die vorzeitige Attestvorlage gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG kann bei häufigen Kurzerkrankungen eine sinnvolle Maßnahme sein. Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass sich die frühere Konsultation eines Arztes im Endeffekt negativ auf die Fehlzeitendauer auswirkt, da Ärzte oft dazu neigen, für eine ganze Woche krank zu schreiben.

Ständige Nachforschungen des Arbeitgebers führen nicht selten zu einer Beeinträchtigung des Klimas Arbeitgeber-Arbeitnehmer. Kontrollmaßnahmen können aufgrund des offen zutage tretenden Misstrauens die Atmosphäre am Arbeitsplatz erheblich belasten und die Arbeitsmoral kann sich dadurch noch verschlechtern. Deswegen hat bei Kontrollmaßnahmen besondere Vorsicht zu walten. Trotzdem sind Kontrollmaßnahmen oft unvermeidbar, entweder um Zweifel des Arbeitgebers zu zerstreuen oder ihm – wenn sie berechtigt sind – die Möglichkeit zu geben, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern.

Die Untersuchung durch den Medizinischen Dienst ist oftmals – insbesondere bei Kurzerkrankungen unter denen der meiste Missbrauch vermutet wird – schlicht nicht rechtzeitig realisierbar. Trotzdem ist den Arbeitgebern anzuraten, die Möglichkeit der Einschaltung des Medizinischen Dienstes (durch die Krankenkassen) in Zweifelsfällen konsequenter zu nutzen.

Der Arbeitgeber bringt natürlich dem Attest eines von ihm gewählten Arztes das größte Vertrauen entgegen. Der Arbeitnehmer hat jedoch nach dem geltenden Entgeltfortzahlungsrecht die freie Arztwahl, wenn er sich seine Arbeitsunfähig-

keit attestieren lassen will.

Der Arbeitgeber kann jedoch meines Erachtens eine Kontrolluntersuchung vom Arbeitnehmer verlangen, wenn dies im Einzelarbeits- beziehungsweise Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung geregelt ist. Die Möglichkeit einer Kontrolluntersuchung eignet sich besonders gut, um gegen einen vermuteten Missbrauch bei Kurzerkrankungen vorzugehen. Ist die Kontrolluntersuchung jedoch nicht geregelt, steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht (die freie Arztwahl) einer (Nach-) Untersuchungspflicht aus der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers aus § 242 BGB entgegen.

Hausbesuche oder gar die Einschaltung einer Detektei sollten nur in Ausnahmefällen erwogen werden, etwa wenn es ansonsten unmöglich erscheint, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern zu können. Aufgrund der Eingriffsintensität vor allem eines Detektiveinsatzes ist hierbei aber zu besonderer Vorsicht zu raten.

Gute Erfolgsaussichten wird Maßnahmen bescheinigt, die eine Verbesserung des Betriebsklimas anstreben. Ein zu hoher Krankenstand indiziert oft ein Versagen bei der Personalbetreuung. Delegation von Verantwortung, eigenverantwortliches Handeln, Freiraum zum kreativen Denken und Mitsprachemöglichkeiten setzen nicht für möglich gehaltenes Potential eines Arbeitnehmers frei⁷⁰⁶ und können sich nachhaltig positiv auf den Krankenstand auswirken.

Anwesenheitsprämien sind hingegen (zumindest langfristig) nicht als probates Mittel anzusehen, um den Krankenstand zu senken.

Sehr wichtig erscheint es im Kampf gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlungsverpflichtung, die Belegschaft regelmäßig über das Ausmaß und die Auswirkungen des Krankenstandes zu informieren. Das Problembewusstsein wird dadurch geschärft und die Akzeptanz für etwaige Gegenmaßnahmen verbessert.

⁷⁰⁶ vgl. dazu auch Badura u.a., Partnerschaftliche Unternehmenskultur und betriebliche Gesundheitspolitik, S. 7.

Maßnahmen die an den Arbeitswillen (scheinbarer Simulanten) appellieren (Mitarbeiter-, Rückkehrgespräche, fürsorgliche Krankenbesuche, Anrufe beziehungsweise Anschreiben), wird nahezu einhellig ein guter Erfolg bescheinigt. Auf der Hand liegt, dass es dafür eines besonderen Fingerspitzengefühls von Seiten des Arbeitgebers (der Personalführung) bedarf, damit der Arbeitnehmer derartige Maßnahmen nicht als subtilen Einschüchterungsversuch des Arbeitgebers wertet.

Repressive Maßnahmen (Abmahnung beziehungsweise Kündigung) eignen sich nur in besonders offensichtlichen Fällen des Missbrauchs. Sie sind dann jedoch als ultima ratio in Betracht zu ziehen.

Nachdem in diesem Kapitel dargestellt wurde, welche Vorgehensweisen und Einwirkungsmöglichkeiten dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen, um den Missbrauch zu verhindern beziehungsweise zu verringern, kann festgehalten werden, dass es Bereiche gibt, in denen es dem Arbeitgeber kaum möglich ist, den Missbrauch effektiv zu bekämpfen. Zu denken ist hierbei beispielsweise an das Auftreten häufiger Kurzerkrankungen, wo die Vermutung besonders nahe liegt, dem Arbeitnehmer fehle ab und zu bloß die Lust, seine Arbeitsleistung zu erbringen.

Unbestreitbar ist deshalb, dass das Recht der Entgeltfortzahlung weiterhin reformbedürftig ist. Aus diesem Grunde werden im nächsten Kapitel Änderungen der momentanen Rechtslage in Betracht gezogen.

3.Kapitel: Änderungen der momentanen Rechtslage

Wie in den ersten beiden Kapiteln dieser Arbeit dargestellt, wird die missbräuchliche Inanspruchnahme der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zum Teil durch die geltenden rechtlichen Bestimmungen vereinfacht. Es gibt zwar eine Vielzahl möglicher Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers; die derzeitigen arbeitsrechtlichen Vorschriften schützen den Arbeitgeber im Endeffekt jedoch nicht wirksam gegen eine missbräuchliche Ausschöpfung der sozialen Schutzgesetzgebung durch den Arbeitnehmer.⁷⁰⁷

Es gibt Bereiche, etwa die der vorgetäuschten Kurzerkrankungen, in denen es dem Arbeitgeber nahezu unmöglich ist, den Missbrauch effektiv zu bekämpfen. Der Arbeitgeber kann die Anspruchsvoraussetzungen anhand der gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht überprüfen. Er erfährt weder welche Krankheit vorliegt noch ob die Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit für das konkrete Arbeitsverhältnis führt und ob ein Verschulden des Arbeitnehmers vorliegt. Der Arbeitgeber ist somit während der ersten sechs Wochen häufig zur Entgeltfortzahlung verpflichtet, ohne dass er die Arbeitsunfähigkeit wirksam feststellen beziehungsweise überprüfen kann.

Aus diesem Grund wird von den Arbeitgebern seit Jahren die Forderung nach einer Änderung des Lohn- beziehungsweise (inzwischen) des Entgeltfortzahlungsgesetzes geäußert. Es fehlt nicht an Vorschlägen, wie der Missbrauch, der zum Teil mit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und der Entgeltfortzahlung betrieben wird, bekämpft werden kann. In Betracht kommen Änderungen, die entweder die Kontrollmöglichkeiten verbessern oder die Sanktionen an die missbräuchliche Krankmeldung knüpfen. Im folgenden werden die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen vorgestellt und sowohl im Hinblick auf ihre Effektivität im Rahmen der Missbrauchsbekämpfung, als auch unter dem Aspekt ihrer Durchsetzbarkeit untersucht. Novellierungen in den letzten Jahren haben gezeigt, welche politische Brisanz in diesem Bereich steckt.⁷⁰⁸

⁷⁰⁷ so auch Meisel, Rn. 480.

⁷⁰⁸ etwa bei Erlass des Beschäftigungsförderungsgesetzes im Jahre 1998.

I. Verschärfung der Attestpflicht

1. Attestvorlage ab dem ersten Krankheitstag

Vor dem Erlass des Entgeltfortzahlungsgesetzes war heftig darüber diskutiert worden, ob man eine Verpflichtung zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Tag begründen soll. Diese Überlegungen waren dann jedoch zugunsten der flexibleren Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG verworfen worden. Zu überlegen ist nun, ob es positive Auswirkungen auf den Krankenstand haben könnte, wenn doch die obligatorische Attestvorlage ab dem ersten Krankheitstag eingeführt würde. Hiermit würde bewirkt werden, dass nur die Beschäftigten, die dazu eine ärztliche Legitimation haben, für sich in Anspruch nehmen können, wegen Krankheit zu fehlen.

Dagegen spricht, dass bei ersten Anzeichen einer Erkrankung eine frühzeitige aber dafür kurzzeitige „Auszeit“ oft durchaus sinnvoll ist. Viele Arbeitnehmer würden jedoch am ersten Tag, an dem Symptome auftreten, vor einem Arztgang zurückschrecken. Es ist aber in vielen Fällen nicht richtig, diese Arbeitnehmer weiter am Arbeitsplatz zu belassen. Dies würde ihren Gesundheitszustand verschlechtern und die Infektionsgefahr im Betrieb erhöhen. Krankheiten würden verschleppt werden und es könnten dadurch Komplikationen eintreten. Fälle mit langer Arbeitsunfähigkeitsdauer wären oft vermeidbar, wenn der Arbeitnehmer frühzeitig kürzer treten würde.

Die Einführung einer zwingenden Attestpflicht ab dem ersten Tag hätte vermutlich zur Folge, dass zwar die Zahl der Kurzerkrankungen abnimmt, die gesamten krankheitsbedingten Fehlzeiten (wegen der längeren Dauer der Arbeitsunfähigkeit in einigen Fällen - auch weil Ärzte oft allzu schematisch für die gesamte Woche krankschreiben -) jedoch zunehmen. Somit kann der Verzicht auf eine Attestvorlage ab dem ersten Arbeitstag wie es die jetzige Gesetzesfassung vorsieht, gar als ein Mittel angesehen werden, die durchschnittliche Arbeitsunfähigkeitsdauer zu verringern.⁷⁰⁹

⁷⁰⁹ vgl. auch Werner Schmidt, Der Krankenstand und seine Senkung durch Kurzkrankschreibung, S. 62.

Die Einführung des Attestzwanges hätte zudem die Wirkung, dass Arbeitnehmer auch bei Erkrankungen, die eine Arbeitsruhe ratsam erscheinen lassen aber nicht unbedingt ärztlicher Behandlung bedürfen, einen Arzt aufsuchen müssten. Dies würde zu einer Kostenexplosion im Gesundheitswesen und damit zu einer Erhöhung der Sozialversicherungsbeiträge beitragen und ist daher auch sozialpolitisch nicht wünschenswert. Genau aus diesem Grund hat sich der Gesetzgeber bei Erlass des Entgeltfortzahlungsgesetzes für die erheblich flexibleren Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG entschieden,⁷¹⁰ was meines Erachtens auch vorzugswürdig ist.

2. Präzisierung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Andere Reformüberlegungen zielen darauf ab, einen Missbrauch anhand der Bescheinigung entdecken zu können. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist in der momentanen Fassung nicht besonders aussagekräftig. Dem Arbeitgeber fehlt eine ausreichende Beurteilungsgrundlage. Die Verbesserung des Informationsgehalts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist deshalb wiederholt gefordert worden.⁷¹¹

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung enthält keine Information über die Art der Erkrankung. Deshalb wird die Meinung vertreten, dass sich dies dahingehend ändern sollte, dass im Attest künftig die Diagnose mitgeteilt wird.⁷¹²

Nach anderen, nicht ganz so weitgehenden, aber in dieselbe Richtung zielenden Vorschlägen soll auf der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zumindest vermerkt werden, ob ein objektiv nachweisbarer Befund festgestellt wurde oder ob der Befund allein auf den Angaben des Arbeitnehmers beruht (subjektiver Befund).⁷¹³

Fraglich ist, ob derartige Änderungen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung rechtlich möglich beziehungsweise effektiv sind.

⁷¹⁰ vgl. BT-Drucks. 12/5798, S. 26.

⁷¹¹ so etwa der Arbeitskreis „Krankheit und Entgeltfortzahlung“ der Geschäftsführerkonferenz (02.-04.05.1996) der Bundesvereinigung der Dt. Arbeitgeberverbände.

⁷¹² Hunold, BB 1989, 845(847); a.A.: Rühle, BB 1989, 2046 (2047 f.).

⁷¹³ Hunold, BB 1989, 845(847); a.A.: Wank, BB 1992, 1993 (1997); Rühle, BB 1989, 2046 (2047 f.).

Die Verwirklichung dieser Vorschläge würde den Missbrauch der Entgeltfortzahlung sicherlich einschränken, denn durch die Mitteilung der Diagnose beziehungsweise durch die Information, der Befund sei nicht objektivierbar, erfährt der Arbeitgeber welche Krankheitsfälle am ehesten potentielle Missbrauchsfälle sind und kann in diesen Fällen weitere Schritte einleiten. Obwohl diese Vorschläge somit durchaus geeignet sind, dem Missbrauch der Entgeltfortzahlung entgegenzuwirken, kann ich diese nicht befürworten.

Soweit vorgeschlagen wird, nicht nur der Krankenkasse, sondern auch dem Arbeitgeber stets die Diagnose mitzuteilen, erscheint mir dies im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers außerordentlich problematisch. Eine entsprechende Mitteilung mag bei vielen Erkrankungen unproblematisch erscheinen, erscheint jedoch etwa bei psychischen Erkrankungen grundsätzlich nicht akzeptabel.⁷¹⁴ Der Arbeitnehmer würde mit all seinen Erkrankungen „ausgezogen“.⁷¹⁵ Auch eine Gesetzesänderung in der Form, dass dem Arbeitgeber die Diagnose immer dann mitzuteilen ist, wenn der Arbeitnehmer sein Einverständnis erteilt, ist abzulehnen. Es bestünde stets die Gefahr, dass der Arbeitnehmer möglichen Beeinflussungen des Arbeitgebers auf Offenlegung der Diagnose nachgeben würde. Die Aufdeckung des Krankheitsbildes würde sich in einer Grauzone zwischen freiwilliger und erzwungener Offenlegung bewegen. Eine Änderung der deutschen ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dahingehend, dass dem Arbeitgeber die Diagnose mitzuteilen ist, ist dementsprechend abzulehnen. Eine solche Gesetzesänderung würde ohne Not übergeordnete Rechtsgrundsätze zu Lasten der Arbeitnehmer verletzen.⁷¹⁶ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wäre nicht gewahrt. Hinzu kommt, dass die ärztliche Schweigepflicht ebenso wie Datenschutzrechte eingeschränkt werden müssten.

Ebenso verhält es sich mit der Forderung, auf der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung müsse vermerkt sein, ob die Arbeitsunfähigkeit objektiv nachweisbar ist.

⁷¹⁴ so auch Schmitt, ZTR 1990, 223 (226).

⁷¹⁵ so Rühle, BB 2046 (2047); ArbG Düsseldorf, Urteil vom 10.05.1989, BB 1989, 1270 spricht vom „gläsernen“ Mitarbeiter.

⁷¹⁶ so Rühle, BB 2046 (2047).

Die Folge hiervon wäre nämlich, dass alle Arbeitnehmer, die an einer objektiv nicht nachweisbaren Krankheit leiden, dem Verdacht ausgesetzt wären, die Entgeltfortzahlung missbräuchlich in Anspruch zu nehmen. Da es sehr viele Krankheiten gibt, die nicht objektivierbar sind, ist es nicht akzeptabel, dass Arbeitnehmer, die an einer solchen Krankheit leiden, dadurch automatisch einem Missbrauchsverdacht ausgesetzt sind. Dies würde ebenfalls unverhältnismäßig in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingreifen.⁷¹⁷

Auch eine dritte Möglichkeit wird als geeignet angesehen, den Missbrauch mit Hilfe der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einzudämmen.⁷¹⁸ Der Arzt ist verpflichtet, Informationen über die Tätigkeiten seines Patienten einzuholen, bevor er eine Arbeitsunfähigkeit infolge der von ihm diagnostizierten Krankheit bescheinigt. In diesem Bereich ist er auf die Angaben seines Patienten angewiesen. In der Praxis könnte einem Missbrauch der Entgeltfortzahlung somit dadurch vorgebeugt werden, dass der Arzt auf der Bescheinigung vermerkt, wie der Arbeitnehmer seine Tätigkeit gegenüber dem Arzt beschrieben hat.

Dieser Vorschlag ist meines Erachtens zu befürworten. Dies fördert auch die Vertrauensbildung beim Arbeitgeber, weil er sieht, dass der Arzt sich mit der Tätigkeit des Patienten befasst hat. Durch die zusätzliche Angabe darüber, wie der Arbeitnehmer dem Arzt seine betriebliche Tätigkeit geschildert hat, werden zudem falsche Informationen des Arbeitnehmers gegenüber dem Arzt verhindert, wodurch eine weitere Fehlerquelle ausgeschaltet wird.

II. Regelung der Teilarbeitsunfähigkeit

Meines Erachtens gibt es entgegen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine rechtlich relevante (zeitbezogene) Teilarbeitsunfähigkeit.⁷¹⁹ Wie bereits im 1. Kapitel erörtert, gibt es somit bereits de lege lata Möglichkeiten, eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zu begründen, eine seiner Teilarbeitsfähigkeit entsprechende Teilleistung zu erbringen.

⁷¹⁷ so auch Wank, BB 1992, 1993 (1997).

⁷¹⁸ Rühle, BB 1989, 2046 (2047).

⁷¹⁹ vgl. oben 1. Kapitel, III. 4.3. S. 35 ff.

Fraglich ist, inwieweit trotzdem das Bedürfnis für eine Kodifikation besteht. Aufgrund der gefestigten entgegenstehenden Rechtsprechung ist meines Erachtens bereits aus Gründen der Rechtssicherheit eine gesetzliche Regelung erforderlich. Hinzu kommt, dass die Verflechtung mit dem Sozialrecht so eng ist, dass dies unumgänglich zu sein scheint. So muss die Anerkennung der Teilarbeitsunfähigkeit etwa auch eine Änderung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mit sich ziehen. Allein mit der Anerkennung des Begriffs der Teilarbeitsunfähigkeit in der Rechtsprechung ist es nicht getan. Vielmehr ist zur Vermeidung von ungewollten Folgen und Auswirkungen aufgrund bestehender Normen zwingend eine gesetzgeberische Modifikation des existenten Gesetzeswerkes erforderlich.

Interessant in dieser Hinsicht ist auch die Begründung des Referentenentwurfs von 1984,⁷²⁰ der in § 6 a LFZG detaillierte Regelungen zur Teilarbeitsunfähigkeit enthielt.⁷²¹ Danach sollte mit der Neufassung die aus Sicht des Verfassers schon damals vom Bundesarbeitsgericht anerkannte Möglichkeit einer Teilarbeitsunfähigkeit gesetzlich geregelt werden. Der Referentenentwurf wollte hiernach die Teilarbeitsunfähigkeit nicht erstmals in das Arbeitsrecht einführen, sondern den Beteiligten lediglich mehr Klarheit über die geltende Rechtslage verschaffen.

Die praxisbezogene Verwirklichung der (zeitbezogenen) Teilarbeitsunfähigkeit setzt eine entsprechend aussagefähige ärztliche Bescheinigung über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers voraus. Dies lässt sich nur dann erreichen, wenn der Arzt verpflichtet wird, den Arbeitgeber in einer künftigen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung über die Art und den noch möglichen Umfang der restlichen Arbeitsfähigkeit zu informieren.

Durch die Einführung einer Teilarbeitsunfähigkeit auf der ärztlichen Bescheinigung könnten nicht nur die Arbeitgeber und die Krankenkassen von Kosten entlastet, sondern auch potentielle „Blaumacher“ abgeschreckt werden, da sie am

⁷²⁰ Art. 5, 10 des Gesetzentwurfs, abgedruckt in: RdA 1984, 169 ff.

⁷²¹ vgl. oben I. Kapitel, III. 4.1. S. 32 f.

Arbeitsplatz erscheinen müssten und der ansonsten entstehende Freizeitgewinn entfielen.

In Anlehnung an § 275 BGB sollte die Entgeltfortzahlung gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG nur eingreifen, „soweit“ ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist. Die Berücksichtigung der zeitbezogenen Teilarbeitsunfähigkeit macht es notwendig, die Entgeltfortzahlung auch stundenweise zu berechnen. Durch die Wendung „soweit“ soll klargestellt werden, dass sich die Entgeltfortzahlung bei zeitbezogener Arbeitsunfähigkeit auf die unmöglich beziehungsweise unzumutbar gewordenen Teilleistungen beschränkt und grundsätzlich nur zur anteiligen Entgeltfortzahlung führt.⁷²²

Das wohl schwerwiegendste Problem ist die Feststellung der Teilarbeitsunfähigkeit durch den behandelnden Arzt. Dessen Aufgabe wird es sein, anhand des diagnostizierten Krankheitsbildes zu entscheiden, ob der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung ganz, nur zum Teil oder gar nicht mehr erbringen kann. Stärker noch als bei der Alles- oder Nichts- Frage über die Arbeitsfähigkeit des behandelten Patienten ist der behandelnde Arzt für diese Entscheidung auf Informationen über die Ausgestaltung der geschuldeten Arbeitsleistung angewiesen. Nur wenn der Arzt den Arbeitsablauf des Arbeitnehmers in seinen wesentlichen Grundzügen überschauen kann, ist ein Urteil darüber möglich, inwieweit die medizinische Beurteilung dazu führt, dass die Arbeitsleistung nicht mehr in vollem Umfang erbracht werden kann. Dies wird naturgemäß viele Probleme mit sich bringen. Man sollte aber die Flinte nicht gleich ins Korn werfen. § 74 SGB V zeigt für den Fall der Wiedereingliederung nach längerer Krankheit einen gangbaren Weg. Nach dieser Vorschrift soll der Arzt auf der Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit Art und Umfang der möglichen Tätigkeit angeben und dabei in geeigneter Form die Stellungnahme des Betriebsarztes einholen. Würde das Sozialrecht so ergänzt, dass der behandelnde Arzt auch in anderen Fällen in der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung angeben soll, welche Art der Tätigkeit in welchem Umfang noch möglich ist, so könnte der Arbeitgeber sich ent-

⁷²² so zutreffend Gruber, S. 253.

scheiden, ob er den weiterhin möglichen Teil der Arbeitsleistung in Anspruch nehmen will oder nicht. Die krankschreibenden Ärzte müssten sich dann gewiss mehr Gedanken machen als bisher und die Begutachtung würde sie auch mehr Zeit kosten, da sie die Anforderungen des Arbeitsplatzes in einem höheren Maße berücksichtigen müssten als bisher. Es wäre aber sicher ein Weg, die Erbringung von Teilleistungen aufgrund gesundheitlicher Beeinträchtigung auch in der Praxis zu ermöglichen.

Dazu muss die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit entsprechend differenziert durch den behandelnden Arzt gekennzeichnet werden. Dafür bietet sich folgende Formulierung an:

Herr/Frau/Frl.....ist voraussichtlich für die Zeit vom....bis....

1. *für jede Tätigkeit arbeitsunfähig*
2. *funktional gehindert, z.B. stehende Tätigkeiten auszuüben, körperlich schwere Lasten zu tragen, unter den Arbeitsbedingungen.....tätig zu sein, Arbeiten in Nachtschicht zu verrichten.....*
3. *gehindert, zeitlich länger als....Stunden pro Tag einer beruflichen Tätigkeit nachzugehen.*
4. *Bei einer beruflichen Tätigkeit ist auf folgende derzeitigen Einschränkungen seiner/ihrer körperlichen, geistigen oder nervlichen Leistungsfähigkeit Rücksicht zu nehmen:.....*

III. Die gesetzliche Normierung einer Kontrolluntersuchung (Einschränkung der freien Arztwahl)

1. Einführung

Da eine medizinische Behandlung tief in die Privat- und Intimsphäre des Patienten eingreift, ist es grundsätzlich Sache des Arbeitnehmers, welchem Arzt er sein Vertrauen schenken will, wen er also mit der Untersuchung beauftragt.

Der Arbeitgeber schenkt jedoch verständlicherweise am ehesten dem Urteil eines Arztes Glauben, der sein Vertrauen genießt. Eine Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit durch eine Kontrolluntersuchung eines Vertrauensarztes könnte

somit nicht zuletzt dem Betriebsfrieden dienlich sein.

Eine Kontrolluntersuchung des Arbeitnehmers durch einen Arzt, den der Arbeitgeber bestimmt, ist jedoch meines Erachtens nach geltendem Recht nur möglich, falls eine Regelung (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Einzelarbeitsvertrag) existiert, die eine solche Untersuchung gebietet (was zudem noch umstritten ist).⁷²³ Fraglich ist deshalb, ob de lege ferenda die Möglichkeit einer Kontrolluntersuchung durch einen Vertrauensarzt des Arbeitgebers eingeführt werden sollte.

Mit Hilfe einer gesetzlich geregelten Kontrolluntersuchung könnte verhindert werden, dass ein vom Arbeitnehmer frei gewählter Arzt alleine über das Vorliegen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit entscheiden kann, ohne dass dem zur Entgeltfortzahlung verpflichteten Arbeitgeber effektive Kontrollmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Diese Kontrolluntersuchung sollte dann nicht von besonderen Voraussetzungen abhängig sein, da sie dem Arbeitgeber in den meisten Fällen erst die Tatsachen verschaffen wird, die es ihm ermöglichen, im Verfahren welches die Entgeltfortzahlung zum Streitgegenstand hat, den mangelnden Wahrheitsgehalt der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Arbeitnehmers darzulegen und zu beweisen. Die Arbeitgeber würden sehr wahrscheinlich trotzdem – schon weil sie die Kontrolluntersuchung natürlich bezahlen müssten – nur in Zweifelsfällen von dieser Möglichkeit Gebrauch machen.

2. Die Krankenkontrolle in Frankreich als Vorbild?

Voraussetzung eines Anspruchs gegen den Arbeitgeber auf Krankenvergütung ist in Frankreich die Bereitschaft des Arbeitnehmers, sich auf Verlangen des Arbeitgebers einer Untersuchung durch einen Vertrauensarzt des Arbeitgebers (contre-visite) zu unterziehen.⁷²⁴ Früher war die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung sehr umstritten. Als Haupteinwände wurden der Grundsatz der freien

⁷²³ vgl. oben 2. Kapitel, II. 2.5.3.2. S. 161 ff. und 2.6.2. S. 170 ff.

⁷²⁴ vgl. hierzu ausführlicher Peter, RdA 1999, 374 (377 f.).

Arztwahl, der Schutz der Privatsphäre und der Gesundheit, die Freiheit der ärztlichen Verordnungstätigkeit sowie das Recht auf Verteidigung im Prozess angeführt. In seiner Entscheidung vom 18.01.1978 hat der Conseil constitutionnel diese Einwände jedoch verworfen und die Verfassungsmäßigkeit der Regelung betont.⁷²⁵ Heute konzentriert sich die Diskussion aus diesem Grunde auf Inhalt und Grenzen einer derartigen Krankheitskontrolle durch den Arbeitgeber.

Verneint der vom Arbeitgeber beauftragte Arzt das Vorliegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit oder verweigert der Arbeitnehmer unberechtigterweise eine Kontrolluntersuchung, so schuldet der Arbeitgeber keinerlei Entgeltfortzahlung. Der Arbeitgeber ist des weiteren nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht verpflichtet, den ärztlichen Besuch vorher anzukündigen. Trifft der vom Arbeitgeber beauftragte Arzt den Arbeitnehmer an dessen Wohnsitz nicht an, verliert dieser den Anspruch auf Krankenvergütung. Während der Erkrankung wird von einer Pflicht des Arbeitnehmers ausgegangen, sich grundsätzlich zu Hause aufzuhalten. Begründet wird dies mit dem Zweck des contre-visite. Allein die Möglichkeit zur plötzlichen und unerwarteten Kontrolle könne Missbräuche bei der Entgeltfortzahlung aufdecken und in Zukunft vermeiden. Aus diesem Grunde muss der Arbeitgeber auch nicht die Vorlage eines Attests des behandelnden Arztes abwarten. Vielmehr kann er, unmittelbar nachdem der Arbeitnehmer ihn von seiner Krankheit in Kenntnis gesetzt hat, eine Kontrolluntersuchung veranlassen.

3. Verfassungsmäßigkeit einer solchen Norm

Entscheidend für die Frage, ob ein solches Gesetz, welches dem Arbeitgeber das Recht zu einer Kontrolluntersuchung durch einen Arzt seiner Wahl gibt, auch in Deutschland verfassungsgemäß wäre, ist die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Ein derartiges Gesetz müsste geeignet, erforderlich und angemessen sein, um die Missbrauchsquote bei der Entgeltfortzahlung wirkungsvoll zu verringern.

⁷²⁵ J.O. vom 10.01.1978, S. 422.

Die Kontrolluntersuchung ist jedenfalls geeignet, eine effektivere Missbrauchsbekämpfung zu gewährleisten. Der Arbeitgeber ist dann nicht mehr einzig und allein auf das Attest eines Arztes angewiesen, den der Arbeitnehmer ausgewählt hat.

In vielen Fällen dürfte allerdings aus der Untersuchung durch einen Vertrauensarzt des Arbeitgebers nicht der Nachweis resultieren, dass das erste Arztzeugnis unkorrekt war. Dies ist einerseits auf die Tatsache zurückzuführen, dass zwischen den Untersuchungen einige Zeit verstrichen und somit die erste Diagnose gar nicht mehr vollständig nachprüfbar sein wird, andererseits auf den Umstand, dass nur in klaren Fällen ein Arzt seinen Berufskollegen desavouieren wird.

Eine solche Neuregelung ist meines Erachtens auch erforderlich, um effektiv gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlung vorgehen zu können.

Die Einführung der Kontrolluntersuchung belastet den Arbeitnehmer auch nicht über Gebühr. Der Vertrauensarzt des Arbeitgebers untersteht selbstverständlich der Schweigepflicht. Der Arbeitgeber würde nach wie vor durch die Kontrolluntersuchung (wie bei der ersten ärztlichen Untersuchung) nur von der Einschätzung des Arztes seiner Wahl erfahren, ob nach dessen Einschätzung der Arbeitnehmer arbeitsfähig ist oder nicht. Die Diagnose müsste vom Arzt, der die Kontrolluntersuchung durchführt, geheimgehalten werden und dürfte dem Arbeitgeber keinesfalls mitgeteilt werden. Wirklich Kranke müssten sich nicht/weniger dem Verdacht der vorgetäuschten Krankheit aussetzen, was letztlich natürlich auch dem Betriebsklima zugute kommen würde.

Die Einschränkung der freien Arztwahl wiegt natürlich um so schwerer, je weniger Mitspracherechte ein Arbeitnehmer bei der Bestimmung des zu beauftragenden Arztes hat. Aus diesem Grund muss einem Arbeitnehmer zumindest die Möglichkeit eingeräumt werden, sachlich begründete Bedenken an der fachlichen Qualifikation und Objektivität eines Arztes geltend zu machen.⁷²⁶ Ein Verlangen, sich von einem Arzt untersuchen zu lassen, dessen fachliche Qualifika-

⁷²⁶ Keller, NZA 1988, 561 (565).

tion oder Objektivität zweifelhaft ist, wäre sicherlich unzulässig, mit der Konsequenz, dass ein Arbeitnehmer ihm nicht Folge leisten müsste. Es muss sich dann dabei jedoch um konkrete, auf den Einzelfall bezogene Gründe handeln. Allgemeine Vorbehalte (etwa die Behauptung, ein vom Arbeitgeber bestimmter Arzt sei befangen) reichen nicht aus. Eine Ablehnung ist vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn weitergehende durch Tatsachen begründete Zweifel an der Unabhängigkeit oder der fachlichen Qualifikation eines Arztes bestehen.⁷²⁷

Werden diese Grundsätze beachtet, sprechen meines Erachtens keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Pflicht des Arbeitnehmers, sich auf Verlangen des Arbeitgebers der gesetzlich vorgeschriebenen Kontrolluntersuchung zu stellen.

Alles in allem befürworte ich die gesetzliche Einführung einer Kontrolluntersuchung durch den Arbeitgeber. Eine solche Kontrolluntersuchung stellt ein effektives Mittel dar, um gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlung vorzugehen.

4. Auswirkungen auf den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Die Möglichkeit des Arbeitgebers, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beweisrechtlich zu entkräften, sollte - auch wenn der Arbeitgeber von der Kontrolluntersuchung keinen Gebrauch machen möchte - bestehen bleiben. Die gesetzliche Regelung einer Kontrolluntersuchung sollte nicht zu einem „erzwingbaren“ Vorverfahren führen. Eine derartige verfahrensrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers kann nicht Sinn der Neuregelung sein. Dadurch soll dem Arbeitgeber ein zusätzliches Instrumentarium zur Missbrauchsabwehr an die Hand gegeben werden, ohne ihm die anderen Möglichkeiten der Leistungsverweigerung und der beweisrechtlichen Entkräftung (durch andere Beweismittel) der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu nehmen.

Wird ein Kontrolluntersuchung eingeführt, muss dies jedoch auch Auswirkungen

⁷²⁷ siehe dazu auch BAG, Urteil vom 04.10.1978, in DB 1979, 653 f.

auf den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung haben. Die Beweiswerterschütterung muss dem Arbeitgeber dann zusätzlich erschwert werden. Er hat dann schließlich die Möglichkeit die Arbeitsunfähigkeit bereits im Vorfeld eines etwaigen Prozesses überprüfen zu lassen. Bloße begründete Zweifel können dann nicht mehr ausreichen, um den Beweiswert zu erschüttern. Auf der anderen Seite sollten auch nicht die selben hohen Erwartungen wie an die Erbringung des Vollbeweises im Sinne des § 292 ZPO gestellt werden, da dem ärztlichen Attest durch die Neuregelung nicht automatisch der Status einer gesetzlichen Vermutung zukommt.⁷²⁸

Die unterschiedliche Behandlung von Attesten im Inland/im EU-Ausland würde hierdurch entfallen, da dies der EuGH-Rechtsprechung (und der des Bundesarbeitsgerichts) entspricht.⁷²⁹ Die eingeführte Kontrolluntersuchung würde derjenigen des Art. 18 Abs. 5 der DVO 574/72 entsprechen. Die Rechtsprechung zur Beweislasterschütterung - die in der Vergangenheit aufgrund der uneinheitlichen Urteile zu einer gewissen Rechtsunsicherheit geführt hat - würde zu großen Teilen der Vergangenheit angehören.

Eine solche Neuregelung erfordert auch die Normierung eines Leistungsverweigerungsrechts für den Fall, dass der Arbeitnehmer der Aufforderung des Arbeitgebers nicht nachkommt, damit die Kontrolluntersuchung auch durchsetzbar ist. Dieses Leistungsverweigerungsrecht würde demjenigen entsprechen, welches dem Arbeitgeber nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG im Rahmen des Wachstums- und Beschäftigungsförderungs-Ergänzungsgesetzes⁷³⁰ hätte eingeräumt werden sollen, für den Fall dass der Arbeitnehmer seiner Mitwirkungspflicht (§ 5 a EFZG des Entwurfs) bei der Untersuchung seiner Arbeitsunfähigkeit durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen bei dessen unmittelbaren Einschaltung durch den Arbeitgeber (§ 275 Abs. 1 a S. 3 SGB V des Entwurfs) nicht nachgekommen wäre.

⁷²⁸ anders Peter, RdA 1999, 374 (381).

⁷²⁹ vgl. Peter, RdA 1999, 374 (381).

⁷³⁰ Gesetzentwurf der CDU/CSU- und FDP-Fraktionen, BT-Drucks. 13/4611, S. 1, 4, 6; der Bundesrat hat hierzu allerdings seine Zustimmung verweigert.

IV. Dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht

Ein weiterer Vorschlag, der von mehreren Autoren gemacht wird, ist die Abschaffung des vorläufigen und die Einführung eines dauerhaften Leistungsverweigerungsrechts des Arbeitgebers.⁷³¹ Das Recht des Arbeitgebers nach § 7 Abs. 1 EFZG vorzugehen, müsste hiernach so ausgestaltet werden, dass die Beibringung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als eigentliche Anspruchsvoraussetzung anzusehen wäre.⁷³² Dies würde erreicht, indem dem Arbeitgeber bei einem verschuldeten Verstoß des Arbeitnehmers gegen die fristgemäße Vorlagepflicht ein dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht für den verstrichenen Zeitraum zugestanden wird. Die Konjunktion „solange“ in § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG müsste wie in § 7 Abs. 1 Nr. 2 durch „wenn“ ersetzt werden. Durch das Verschuldenserfordernis gemäß § 7 Abs. 2 EFZG wären die Fälle ausgenommen, in denen den Arbeitnehmer (etwa wegen langer Postlaufzeiten) an der verspäteten Vorlage keine Schuld trifft.

Teilweise wird argumentiert, dass ein dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht auch erforderlich sei, um die einzuführende Kontrolluntersuchung durch den Arbeitgeber wirksam zu ermöglichen.⁷³³ Eine Gestaltung als vorläufiges Leistungsverweigerungsrecht im Falle einer Weigerung sei nicht dazu geeignet, die Arbeitnehmer im notwendigen Maße dazu anhalten zu können, an einer entsprechenden Untersuchung teilzunehmen.

Meines Erachtens ist ein dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers nicht vonnöten und auch nicht geeignet, um dem Missbrauch der Entgeltfortzahlung entgegenzutreten.

Einen Missbrauch kann der Arbeitnehmer am gefahrlosesten betreiben, indem er das Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen vortäuscht. Er wird selten so plump vorgehen, dass er seinen Pflichten aus § 5 EFZG nicht nachkommt, da er ansonsten nur unnötigerweise die Aufmerksamkeit des Arbeitgebers erregt, sondern eher das Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit beim Arzt simulieren

⁷³¹ etwa Boecken, NZA 1999, 673 (680), Peter, S. 259.

⁷³² vgl. Peter, S. 259.

⁷³³ so Peter, S. 259.

oder am vierten Tag einfach wieder am Arbeitsplatz erscheinen.

Die einzuführende Kontrolluntersuchung durch den Arbeitgeber kann durch ein vorläufiges Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers - solange der Arbeitnehmer seiner Mitwirkungspflicht bei der Kontrolluntersuchung durch einen Arzt des Vertrauens des Arbeitgebers nicht nachkommt - wirksam ermöglicht werden.

V. Kürzungen des Leistungsumfangs beziehungsweise Rückkehr zur versicherungsrechtlichen Lösung

Andere Reformvorschläge setzen weniger auf die Kontrolle im Einzelfall, sondern auf Sanktionen durch Einschränkungen des Leistungsumfangs beim Entgelt. Die abschreckende Wirkung ergibt sich für den Arbeitnehmer bei diesen Lösungsmodellen aus der finanziellen Einbuße, die er trotz einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erleidet.

Die Entgeltfortzahlungsregelungen in der Bundesrepublik Deutschland bedeuten für die Beschäftigten nach der momentanen Rechtslage eine hundertprozentige Absicherung gegen das Risiko des Einkommensausfalls bei Krankheit.

Der umfassende Schutz gegen Erwerbsausfall führt jedoch dazu, dass sich viele Arbeitnehmer immer weniger bemühen, möglichst rasch „gesund“ zu werden. Ein Ansatzpunkt, dem Missbrauch zu begegnen, ist somit auch, für den Krankheitsfall finanzielle Einbußen vorzusehen, damit einige Arbeitnehmer nicht der Versuchung der 100 %-igen Entgeltfortzahlung erliegen, obwohl sie die Arbeit (wieder) aufnehmen könnten. Scheinkrankheit könnte durch finanzielle Einbußen weniger attraktiv werden, aber auch in Fällen nur leichter Erkrankung ohne Arbeitsunfähigkeit könnte dadurch ein erhöhter Anreiz zur Arbeit bestehen. Dafür spricht, dass in Ländern, in denen der Arbeitnehmer nicht vollkommen von dem Risiko der Gehalts- beziehungsweise Lohneinbuße durch Krankheit befreit ist, die Krankheitsquote niedriger als in der Bundesrepublik ist.⁷³⁴

Boss,⁷³⁵ der dieses Phänomen aus ökonomischer Sicht untersucht hat, betrach-

⁷³⁴ Eich, BB 1988, 197 (206).

⁷³⁵ Lohnfortzahlung und Krankenstand, Kiel 1999.

tet die Entgeltfortzahlung als Versicherung eines Risikos, dessen Eintritt der Versicherte beeinflussen kann. Bei Bestehen der Versicherung wird die Häufigkeit des Auftretens der Risikofälle zunehmen, je besser das Risiko abgesichert ist, da der Risikofall nicht unabhängig vom Verhalten des Versicherten eintritt und der Versicherer dessen Verhalten nur unvollkommen beobachten und bei der Prämienfestsetzung berücksichtigen kann. Dieser Zusammenhang wird in der ökonomischen Theorie als Moral Hazard bezeichnet. Boss führt empirische Evidenzen dafür an, dass in der Bundesrepublik Moral Hazard aufgrund der Regelungen der Entgeltfortzahlung tatsächlich auftritt. Durch eine Selbstbeteiligung (Karenztage, Absenkung der Höhe, versicherungsrechtliche Lösung) könne dem „moral-hazard“-Verhalten hiernach wirksam begegnet werden.⁷³⁶

Die Gewerkschaften reagieren auf derartige Vorschläge seit jeher besonders empfindlich, was nicht zuletzt darin seine Erklärung findet, dass es immerhin der Anspruch der Arbeiter auf Lohnfortzahlung gegen den Arbeitgeber vom ersten Tage und in voller Höhe war, um den der bisher längste Streik (16 Wochen) in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland - der Metallarbeiter-Streik 1956/1957 in Schleswig-Holstein - geführt wurde.⁷³⁷ Novellierungen (beziehungsweise geplante Gesetzesänderungen) in den letzten Jahren haben gezeigt, welche politische Brisanz in diesem Bereich steckt.

1. Einführung von Karenztagen

Für das Entgeltfortzahlungsgesetz von 1994 waren von Seiten der damaligen Bundesregierung ursprünglich Karenztage in Betracht gezogen worden. Im Gesetzentwurf⁷³⁸ war die Einführung einer Selbstbeteiligung der Arbeitnehmer an den Kosten der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in Form von zwei Karenztagen (höchstens sechs Karenztage im Jahr) vorgesehen; wahlweise sollte der Arbeitnehmer berechtigt sein, statt der Karenztage, Urlaubstage einzusetzen. Nach der Ansicht der Regierungsparteien sollte hiermit einerseits der Missbrauch bei der Entgeltfortzahlung bekämpft, andererseits – im Interesse der Er-

⁷³⁶ vgl. Boss, S. 21.

⁷³⁷ zur Geschichte der Entgeltfortzahlung siehe oben 1. Kapitel, I. S. 16 ff.

⁷³⁸ BT-Drucks. 12/5263 = BR-Drucks. 506/93 vom 13.08.1993 (Entwurf der Bundesregierung); Stellungnahme des Bundesrates: BT-Drucks. 12/5760 vom 27.09.1993; Gegenäußerung der Bundesregierung: BT-Drucks. 12/5772 vom 28.09.1993.

haltung der Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft und der Sicherung des Industriestandorts Deutschland – die Kostenbelastung der Unternehmen durch die Arbeitgeber-Beiträge zur Pflegeversicherung kompensiert werden. Die Kostenentlastung für die Arbeitgeber wurde pro Karenztag mit 6,5 Milliarden angegeben, wobei jedoch auf der anderen Seite die Einnahmeverluste für die Sozialversicherung auf 1,9 Milliarden geschätzt wurden.⁷³⁹

Die geplante Regelung stieß jedoch auf breite Ablehnung. Die Gewerkschaften standen der Kompensation der Arbeitgeber-Beiträge ablehnend gegenüber, während die Arbeitgeber die Karenztageregelung wohl als Mittel der Missbrauchsbekämpfung, nicht aber als ausreichend für die Kompensation ansahen. Die damalige Bundesregierung hat letztendlich davon abgesehen, Karenztage zur Finanzierung der Pflegeversicherung einzuführen, nachdem in einer Anhörung durch den Arbeits- und Sozialausschuss am 06.09.1993 von allen Seiten erhebliche rechtliche und praktische Bedenken vorgetragen worden waren.⁷⁴⁰

Karenztage sind keine neue Institution. Bis 1957 gab es sowohl sozialversicherungs- als auch arbeitsrechtlich drei, ab 1957 zwei und ab 1961 einen Karenztag(e). Dieser entfiel erst am 01.01.1970, als das Lohnfortzahlungsgesetz in Kraft trat. Anlass für die Karenztage waren unter anderem auch damals schon die in der Praxis aufgetretenen Fälle des „Blaumachens“ oder „Krankfeiern“. Exemplarisch hierfür ist eine Äußerung des Bundesarbeitsgerichts in einer Entscheidung vom 30.10.1940:⁷⁴¹

„Die Gründe hierfür liegen auf psychologischem Gebiet. Die Erfahrung hat jedenfalls in früherer Zeit gelehrt, dass ein gewisser Bruchteil der Arbeiterschaft im allgemeinen nicht genügend innere Festigkeit besaß, um im Falle der Weitergewährung der Vergütung oder des Krankengeldes für die ersten Krankheitstage der Neigung zu unnötigen kurzen Krankmeldungen zu widerstehen. Dieser Neigung, vor allem im Interesse der gewiss weit überwiegenden, arbeitswilligen und arbeitsfreudigen, daher von der Nichtgewährung der Vergütung und des Krankengeldes in den ersten drei Tagen entsprechend wenig betroffenen

⁷³⁹ Zuleger, ArbuR 1992, 231.

⁷⁴⁰ vgl. BT/Drucks. 12/5798, S. 23.

⁷⁴¹ ARS Bd. 40, RAG Nr. 50, 282 (283 f.), abgedruckt bei Oetker SGB 1984, 193 Fn. 2.

Teiles der Arbeiterschaft selbst, wie auch im Interesse des Gesamtbetriebes entgegenzuwirken, und weiter eine krankenärztliche Versorgung der ernstlich erkrankten Gefolgschaftsmitglieder sicherzustellen, war und ist Sinn und Zweck der Nichtgewährung einerseits von Arbeitslohn und andererseits des Krankengeldes für die ersten drei Krankheitstage“.

Vergleichbare Regelungen bestehen in unterschiedlicher Form in fast allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.⁷⁴²

Das Wiedereinführen von Vorschalttagen ohne Entgeltfortzahlung ist hinsichtlich ihrer sozialen Vertretbarkeit und ihrer tatsächlichen Auswirkungen heftig umstritten.

Ihre Wiedereinführung würde dem Gedanken der Selbstbeteiligung Rechnung tragen. Eine Selbstbeteiligung gilt in der Versicherungsbranche als geeignet, dem „moral hazard“ – Denken entgegenzuwirken.⁷⁴³ Scheinkrankheit wird dadurch weniger attraktiv und auch in Fällen nur leichter Erkrankung ohne Arbeitsunfähigkeit wird der Anreiz zur Arbeit erhöht. Durch einen Einkommensverlust während der ersten Krankheitstage könnte vor allem der Zahl der Kurzzeiterkrankungen, unter denen der meiste Missbrauch erwartet wird, begegnet werden. Eine solche Beschränkung der Einkommensabsicherung würde keine soziale Notlagen herbeiführen, wenn sie auf wenige Tage begrenzt würde. Der Einkommensausfall könnte in aller Regel aus Rücklagen überbrückt werden.

Es geht aber bei der Einführung von Karenztagen nicht nur um sozialpolitische Probleme, sondern auch um Rechtsfragen im Hinblick auf die Zulässigkeit. Es stellt sich die Frage, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, eine bisher gewährte Sozialleistung ersatzlos zu streichen. Dabei wird einmal auf den Eigentumsschutz des Art. 14 GG, zum anderen auf den Vertrauensschutzgedanken abzustellen sein. Es darf meines Erachtens jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich der Arbeitnehmer den Entgeltfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber nicht durch eigenen Beiträge wie im Rentenversicherungsrecht (wo

⁷⁴² vgl. Salowsky, S. 98.

⁷⁴³ vgl. Boss, S. 21.

der Eigentumsschutz bejaht wird) erkaufte hat. Eine Garantie jeder einmal gewährten Sozialleistung würde zu einer Zementierung der Sozialrechtsordnung führen, die eine Anpassung an sich verändernde Verhältnisse unmöglich machen würde. Die Einführung von Karenztage scheidet somit meines Erachtens nicht an dieser verfassungsrechtlichen Problematik.

Große rechtliche Probleme müssen jedoch bei der Kollision einer gesetzlichen Karenztageverordnung mit tariflichen Bestimmungen gesehen werden. Es stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese zu tarifvertraglichen Bestimmungen stehen würde, die eine Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber vom ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit an vorsehen. Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist in zahlreichen Tarifverträgen zusätzlich abgesichert. Die Gefahr der Einführung von Karenztagen besteht insbesondere darin, dass Auseinandersetzungen um die Entgeltfortzahlung lediglich auf die tarifliche Ebene verlagert werden. Zweiseitig zwingende gesetzliche Regelungen hingegen sind im Hinblick auf die Tarifautonomie, die integraler Bestandteil des Grundrechts der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG ist, verfassungsrechtlich höchst problematisch.⁷⁴⁴

Die Effektivität der gesetzlichen Regelung von Karenztagen könnte zudem darunter leiden, dass sich manche Arbeitnehmer entgegen der mit der Wiedereinführung verbundenen Erwartungen verhalten. Der Sinn von Karenztagen ist wesentlich von der Druckwirkung des zu erwartenden Entgeltausfalles abhängig. Möglich erscheint, dass viele Arbeitnehmer geneigt sein könnten, sich länger krankzuschreiben zu lassen, um den Verlust an Einkommen durch mehr Freiheit auszugleichen. Ein echter „Drückeberger“ könnte ermuntert werden, nicht nur zwei oder drei Tage „krankzufeiern“, sondern gleich länger, damit es sich auch lohnt. Vom Ende der Karenzzeit an bleibt die Einkommenseinbuße unverändert, egal, wie lange die gesamte Arbeitsunfähigkeit dauert. Sobald die Karenztage verstrichen sind, ist die maximale Einkommenseinbuße erreicht, und es

⁷⁴⁴ vgl. hierzu die Ausführungen von Oppolzer/Zachert, BB 1993, 1353.

besteht dann kein finanzieller Anreiz mehr, die Arbeitsunfähigkeitsdauer möglichst kurz zu halten.

Des Weiteren besteht die Gefahr, dass eine vorhandene Krankheit aus Furcht vor dem Entgeltverlust kostensteigernd verschleppt wird.⁷⁴⁵ Oft ist es so, dass selbst ein Tag der Regeneration schon sehr gut tut, um später seine Arbeit wieder optimal leisten zu können. Ohne diese Regeneration muss befürchtet werden, dass Krankheitskeime verschleppt werden und eine längerfristige Krankheit folgt. Vor allem bei weniger ernsthaften Erkrankungen könnten sich Arbeitnehmer dazu entschließen, aus Kostengründen zur Arbeit zu gehen, anstatt sich auszukurieren. Damit wäre nicht mehr gewährleistet, dass durch rechtzeitige Ruhephasen schlimmeren Erkrankungen vorgebeugt wird.

Gegen die Regelung von Karenztagen spricht weiter, dass eigentlich nur die geringe Anzahl der Fälle von nur scheinbaren oder leichten Erkrankungen getroffen werden soll. Karenztage würden aber undifferenziert alle Arbeitnehmer, einschließlich der unzweifelhaft arbeitsunfähigen, benachteiligen. Hierbei ist zu bedenken, dass vielfach bis zu drei Viertel aller Arbeitsunfähigkeitstage auf nicht mehr als ein Drittel aller Beschäftigten entfallen. Berücksichtigt man weiter, dass zwar 23 % aller Arbeitsunfähigkeitsfälle aber nur weniger als 3 % aller Arbeitsunfähigkeitstage auf Fehlzeiten von bis zu drei Tagen fallen,⁷⁴⁶ fast drei Viertel der Arbeitsunfähigkeitstage aber durch Krankheiten von mehr als zwei Wochen Dauer zustande kommen, dann wird deutlich, dass Karenztage nur zu einem kleinen Teil die Personen ohne oder mit nur geringfügigen gesundheitlichen Einschränkungen treffen, sondern vielmehr ganz überwiegend Personen mit erheblichen gesundheitlichen Einschränkungen, deren Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt attestiert ist und die kaum einen Spielraum bei der Entscheidung darüber haben, ob sie zur Arbeit gehen oder nicht. Diese bereits gesundheitlich benachteiligte Gruppe würde von einer derartigen Neuregelung ebenso

⁷⁴⁵ Naendup, ZfA 1984, 383 (403).

⁷⁴⁶ diese Werte stammen aus einer Untersuchung des Bundesverbandes der Betriebskrankenkassen von 1990, zitiert von Oppolzer/Zachert, BB 1993, 1353 (1358).

betroffen, wie die im Verhältnis dazu kleine Gruppe der nur scheinbar Erkrankten.

Zusammenfassend komme ich zu dem Ergebnis, dass Karenztage weder ein sozial gerechtes noch ein geeignetes (Gefahr kontraproduktiver Nebeneffekte wie etwa verschleppte Krankheiten) Mittel zur Senkung des Krankenstandes sind. Des Weiteren zeigt die Erfahrung, dass sie kaum politisch durchsetzbar wären.

2. Kürzung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Eine Alternative zur Einführung von Karenztagen stellt die Absenkung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall dar. In keinem anderen EU-Land erhalten die Arbeitnehmer Entgeltfortzahlung in voller Höhe. Die Krankheitsquote liegt in Ländern, in denen der Arbeitnehmer nicht vollkommen von dem Risiko der Gehalts- beziehungsweise Lohneinbuße durch Krankheit befreit ist, niedriger als in der Bundesrepublik.⁷⁴⁷

Mit dem Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 erfolgte die Absenkung von 100 % auf 80 % des Bruttoarbeitsentgelts. Durch die Begrenzung der Entfortzahlung versprach sich der Gesetzgeber jährliche Entlastungen bei den Arbeitgebern in Höhe von circa 3,6 Milliarden DM,⁷⁴⁸ denen jedoch auch Mindereinnahmen der Sozialversicherungsträger durch geringere Beiträge in Höhe von rund einer Milliarde DM gegenüberstanden.

Diese Neuregelung verlagerte jedoch die Auseinandersetzung um die Entgeltfortzahlung lediglich auf die tarifliche beziehungsweise auf die betriebliche Ebene,⁷⁴⁹ da in den meisten Tarifverträgen die 100 %-ige Entgeltfortzahlung vorgesehen war und selbst bei Neuabschlüssen in vielen Fällen nicht von der vollen Entgeltfortzahlung abgewichen wurde.⁷⁵⁰

⁷⁴⁷ Eich, BB 1988, 197 (206).

⁷⁴⁸ BT-Drucks. 13/4612, S. 13.

⁷⁴⁹ vgl. Reinwald, S. 1 m.w.N.

⁷⁵⁰ Reinwald a.a.O.

Das Bundesarbeitsgericht hatte die Unterscheidung zwischen konstitutiven (also von der im EFZG nun vorgesehenen 80%igen Höhe der Entgeltfortzahlung unabhängigen und eigenständigen) tariflichen Regelungen und bloß deklaratorischen (also auf die jeweilige Gesetzesfassung verweisenden) Bestimmungen erheblich verwischt.⁷⁵¹

1998 wurde durch den neu gewählten Bundestag mit dem „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“⁷⁵² eine Rücknahme der Absenkung der Entgeltfortzahlung beschlossen und somit die bis 1996 geltende Regelung im wesentlichen wiederhergestellt.⁷⁵³ Damit wurde ein Wahlversprechen eingelöst.

Boss⁷⁵⁴ spricht der „Arbeitsbefreiung zum Nulltarif“ einen starken Anreiz zu, sich krankzuschreiben zu lassen, zumal bei Abwesenheit vom Arbeitsplatz Ausgaben für die Fahrt vom und zum Arbeitsplatz und bestimmte weitere erwerbsbedingte Kosten entfallen.

Fraglich ist aus diesem Grunde, ob für den Kampf gegen den Missbrauch der Entgeltfortzahlung die Entgeltfortzahlung erneut – eventuell zweiseitig zwingend – abgesenkt werden sollte.

Mit einer solchen linearen Absenkung soll entsprechend dem Grundsatz, „... dass das höchste erzielbare Sozialeinkommen immer noch wesentlich unter dem geringsten erzielbaren Arbeitseinkommen zu liegen hat, damit ein Anreiz zum Einsatz der Arbeitskraft verbleibt,“⁷⁵⁵ bewirkt werden, dass Arbeitnehmer nicht motivationsbedingt fehlen.

Befürworter einer Absenkung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall führen an, dass eine maßvolle Senkung der Entgeltfortzahlung den Lebensstandard des Arbeitnehmers nicht über Gebühr zu belasten brauche. Dadurch, dass der Arbeitnehmer nicht zur Arbeit geht, blieben ihm auch Kosten erspart (etwa Fahr-

⁷⁵¹ vgl. etwa BAG, Urteil vom 16.06.1998, NZA 1998, 1062; Urteil vom 01.07.1998, NZA 1998, 1066.

⁷⁵² vom 19.12.1998.

⁷⁵³ vgl. § 4 EFZG in der zum 01.01.1999 durch das Korrekturgesetz eingeführten Fassung, Gesetzentwurf: BT-Drucks. 14/45 vom 17.11.1998.

⁷⁵⁴ S. 2/3.

⁷⁵⁵ vgl. Ruf, ASP 1981, 380 (381).

kosten).⁷⁵⁶ Deswegen sei auch eine niedrigere Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sozialverträglich und reiche aus, um die mit den gesetzlichen Regelungen zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verbundene Absicht, nämlich die Sicherung des Lebensunterhalts, zu gewährleisten.

Erheblich ist aber auch hier wieder der Einwand, dass alle Arbeitnehmer, einschließlich der unzweifelhaft Kranken, getroffen werden. Da Missbrauchsfälle insbesondere bei kurzzeitigen Krankmeldungen vorkommen, könnte der Anteil der zu Unrecht Benachteiligten noch größer sein als bei Karenztagen.

Des Weiteren haben die Erfahrungen mit dem Beschäftigungsförderungsgesetz gezeigt, dass erhebliche Probleme bei der Frage nach dem Verhältnis zwischen den existenten Tarifvertragsnormen und der gesetzlichen Neuregelung zu erwarten sind. Es bleibt zu befürchten, dass bei einer einseitig zwingenden Ausgestaltung einer solchen Gesetzesänderung die Auseinandersetzung wiederum lediglich auf die tarifliche Ebene verlagert wird. Die Verwischung der Unterschiede zwischen deklaratorischen und konstitutiven tarifvertraglichen Regelungen durch die Rechtsprechung hat während der Geltung des Beschäftigungsförderungsgesetzes zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit geführt. Eine zweiseitig zwingende gesetzliche Regelung hingegen ist im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG ebenso wie bei der Diskussion um die Einführung von Karenztagen sehr problematisch.

Alles in allem kann ich die Absenkung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nicht befürworten.

3. Die versicherungsrechtliche Lösung der Entgeltfortzahlung

Dass Arbeitnehmer heute gegen das Risiko, wegen Krankheit kein Einkommen erzielen zu können, ausreichend gesichert sind, ist als soziale Errungenschaft unbestritten beizubehalten. Eine andere Frage ist, wie diese Absicherung erreicht werden soll. Grundsätzlich können Lebensrisiken von Arbeitnehmern

⁷⁵⁶ etwa Selter, S. 21.

durch Eigenvorsorge, Privatversicherung, staatliche Leistungen, Sozialversicherung oder Arbeitgeberleistungen abgedeckt werden.⁷⁵⁷ Speziell für die Entgelt-sicherung bei Krankheit kommt sowohl eine Zahlung durch die Sozialversicherung (sozialversicherungsrechtliche Lösung) als auch eine Zahlung durch den Arbeitgeber (arbeitsrechtliche Lösung) in Betracht.

Während heute in den ersten sechs Wochen der Krankheit der Arbeitgeber allein die Entgeltfortzahlungskosten trägt, galt bis 1957 eine sozialversicherungsrechtliche Lösung; gezahlt wurde die Hälfte des Grundlohns. Das Arbeiterkrankheitsgesetz von 1957 führte zu einer gespaltenen Lösung; die Arbeitgeber wurden zu Zuschüssen zum Krankengeld verpflichtet, das 65 % des Grundlohnes betrug. Seit dem 01.01.1970 (Inkrafttreten des Lohnfortzahlungsgesetz) gilt die rein arbeitsrechtliche Lösung.

Mit der Verlagerung des Arbeitsunfähigkeitsrisikos auf den Arbeitgeber durch das Lohnfortzahlungsgesetz erfolgte ein deutlicher Anstieg der Erkrankungsdauer und der Erkrankungshäufigkeit.⁷⁵⁸

Zu erwägen wäre, die arbeitsrechtliche Lösung der Entgeltfortzahlung insgesamt wegfallen zu lassen und erneut durch eine versicherungsrechtliche zu ersetzen.⁷⁵⁹ Die versicherungsrechtliche Lösung der Entgeltfortzahlung beinhaltet den Übergang der Entgeltfortzahlungsverpflichtung von den Arbeitgebern auf die Krankenversicherungen. Technisch wäre dies kein Problem, denn bereits nach geltendem Recht bezahlen die Krankenkassen ab der siebten Woche (soweit keine günstigeren tarifvertraglichen Ansprüche bestehen) Krankengeld, das die Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber ablöst.

Die Entgeltfortzahlung wird momentan zu über 80 % von den Arbeitgebern finanziert. Relativ geschont werden hingegen die Krankenkassen. Nur in etwa sechs Prozent aller Fälle von Arbeitsunfähigkeit haben die Krankenkassen Krankengeld zu zahlen. Sie können des weiteren finanzielle Engpässe dadurch

⁷⁵⁷ vgl. Wank, BB 1992, 1993 m.w.N.

⁷⁵⁸ Eich, BB 1988, 197; Fleischer, S. 2.

⁷⁵⁹ Naendrup, ZfA 1984, 383 (404).

auffangen, dass sie an der „Beitragsschraube“ drehen.⁷⁶⁰ Zudem brauchen sie sich nicht um Verluste durch Produktionsausfälle zu kümmern.

Die Rückführung der Entgeltsicherung im Krankheitsfall vom Arbeits- in das Krankenversicherungsrecht hätte natürlich eine entsprechende Beitragssatzsteigerung von mehreren Prozentpunkten zur Folge (die – nach geltendem Recht – wiederum zu 50 % zu Lasten der Arbeitgeber gehen würde). Dieser Effekt würde sozialpolitisch auf Widerstand stoßen,⁷⁶¹ sah man es nach der Einführung der Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber doch nicht ungern, dass damals die Krankenversicherungsbeiträge mit einem Schlag um fast 22 % sanken, nämlich von 10,5 % auf 8,2 %.⁷⁶² Eine Wiedereinführung der versicherungsrechtliche Lösung hätte selbstverständlich zur Voraussetzung, dass bei einer derartigen Umstellung eine einmalige Anpassung der Arbeitsentgelte der versicherten Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der von den Arbeitgebern ersparten Aufwendungen für die Entgeltfortzahlung erfolgt.⁷⁶³

Durch eine versicherungsrechtliche Lösung der Entgeltfortzahlung ließen sich die Unterschiede, die zwischen den Betrieben bezüglich der Belastung durch die direkten Entgeltfortzahlungskosten bestehen, nivellieren.⁷⁶⁴ Die fehlende Kalkulierbarkeit der Entgeltfortzahlungskosten, die einen Belastungsfaktor für die Betriebe darstellt, würde entfallen.

(Das Problem fehlender Kalkulierbarkeit der Entgeltfortzahlungskosten hat auch der Gesetzgeber gesehen und in §§ 10, 14 LFZG ein umlagefinanziertes Erstattungssystem vorgesehen, das aber nur für Kleinbetriebe gilt. Größere Unternehmen können jedoch gemäß § 19 LFZG Einrichtungen zum Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen errichten.)

Die Entgeltfortzahlung durch die Krankenkassen ab dem ersten Tag könnte des weiteren den Vorteil haben, dass die Gewährung der Leistung und die Prüfung der Leistungsvoraussetzungen (Kontrolle durch den Medizinischen Dienst) in

⁷⁶⁰ Naendrup, ZfA 1984, 383(399).

⁷⁶¹ vgl. Schulin, FS für Kissel, S. 1055 (1064).

⁷⁶² Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, Statistisches Taschenbuch 1950-1990, 1992, Nr.7.7.

⁷⁶³ Schulin, FS für Kissel, S. 1055(1064).

⁷⁶⁴ Fick, S. 136.

ein und derselben Hand lägen. Es kann vermutet werden, dass durch die versicherungsrechtliche Lösung das Interesse der Krankenkassen an Kontrolluntersuchungen des Medizinischen Dienstes und ihre Durchsetzungsfähigkeit größer wäre. Vor allem würden die Krankenkasse von Anfang an ohne weiteres bei Verdacht des Missbrauchs den Medizinischen Dienst einschalten können (was der Arbeitgeber ja nicht kann). Hiermit könnte dann dem Leistungsmissbrauch ein weiterer Riegel vorgeschoben werden. Dieser Aspekt darf aber nicht überschätzt werden. Für die Mehrzahl der Krankenkassen dürfte dies keine Bedeutung haben. Hier ist der einzelne Krankheitsfall noch mehr „Massenphänomen“ als im Betrieb. Eine wirksamere Kontrolle dürfte dann nicht zu erwarten sein.

Nicht zuletzt könnten durch die sozialversicherungsrechtliche Lösung kündigungsrechtliche Nachteile für Kranke vermieden werden. Unzumutbar hohe finanzielle Belastungen durch die Entgeltfortzahlung sind nach ständiger Rechtsprechung der Arbeitsgerichte geeignet, eine Kündigung als sozial gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Die speziell arbeitsrechtlich organisierte Sicherung des einen sozialen Risikos (Krankheit) kann damit gerade zur Realisierung eines anderen sozialen Risikos (Arbeitslosigkeit) führen, was wenig verständlich ist. Hanau⁷⁶⁵ ist darin zuzustimmen, dass es ein „befremdlicher Umstand“ ist, dass eine „Sozialleistung zum Kündigungsgrund“ werden kann. Dabei ist es jedoch bei einem arbeitsrechtlichen Weg der Sicherung des Arbeitnehmers bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit durchaus konsequent, unzumutbare Belastungen der Arbeitgeber durch Entgeltfortzahlungsansprüche kündigungsrechtlich zu deren Gunsten zu berücksichtigen. Bei einer versicherungsrechtlichen Lösung käme es erst gar nicht zu diesem Dilemma.

Das System der rein arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlung ist leistungs- und finanzierungsmäßig starr und erlaubt keine Regelungsvarianten, die für die Arbeitnehmer einen Anreiz bieten könnten, missbräuchliche Leistungsansprüche zu unterlassen.⁷⁶⁶ Bei einer versicherungsrechtlich gelösten Entgeltfortzahlung könnte dem Moral-Hazard-Verhalten der Arbeitnehmer durch Bildung

⁷⁶⁵ ZfA 1984, 453 (562).

⁷⁶⁶ Schulin, FS für Kissel, 1055 (1063).

von Risikogruppen mit unterschiedlichen Prämiensätzen entgegengewirkt werden. Eine andere Methode wäre die Einführung von Schadensfreibeträgen, die, bei Nichtanspruchnahme von Entgeltfortzahlungsleistungen, eine Teilrückerstattung der Versichertenprämie vorsehen.

Die versicherungsrechtliche Lösung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall würde also bewirken, dass Arbeitnehmer die Entgeltfortzahlung indirekt selbst finanzieren und durch die Zahl ihrer Abwesenheitstage Einfluss auf die Kosten der Entgeltfortzahlungsversicherung nehmen könnten. Ein Vorteil einer solchen Regelung wäre, dass Arbeitnehmer, die bei der derzeit geltenden für sie kostenlosen Entgeltfortzahlungsregelung bei leichten Befindlichkeitsstörungen oder gar ohne überhaupt gesundheitlich beeinträchtigt zu sein, der Arbeit fernbleiben, dieses Verhalten aus Kostengründen überdenken würden.

Eine Abschaffung der rein arbeitgeberfinanzierten Entgeltfortzahlung erscheint jedoch – trotz aller genannten Vorteile - kaum politisch durchsetzbar. Durch eine solche Lösung würde das Rad der Sozialgeschichte entschieden zurückgedreht. Das arbeitsrechtliche Modell ist den Arbeitgebern unter Opfern abgerungen worden. Damit sind Modelle, die den Arbeitnehmer sofort am ersten Krankheitstag auf das Krankengeld verweisen, schlichtweg politisch nicht realisierbar.⁷⁶⁷ Für chronisch Kranke Arbeitnehmer hätte die Einführung einer versicherungsrechtlichen Regelung zudem zur Folge, dass sie für die aus ihrem Gesundheitszustand resultierenden häufigen Arbeitsunfähigkeitsfälle negativ sanktioniert würden. Dem Vorschlag der versicherungsrechtlichen Lösung der Entgeltfortzahlung ist somit nicht zu folgen.

VI. Ergebnisse des 3. Kapitels und Zusammenfassung

Aufgrund der in dieser Arbeit vorgenommenen Analyse kann bestätigt werden, dass von den gesetzlichen Regelungen zur Entgeltfortzahlung ein gewisser Anreiz zur missbräuchlichen Inanspruchnahme der Leistungen ausgeht. Unbestreitbar ist, dass das Recht der Entgeltfortzahlung angesichts der anfallenden

⁷⁶⁷ so auch Heinze, NZS 1998, 257.

Entgeltfortzahlungskosten und der zwar sinkenden aber immer noch zu hohen Krankenstände weiterhin reformbedürftig ist. Es wird wohl nie gelingen, den Missbrauch der Entgeltfortzahlung auf Null zu reduzieren. Das realistische Ziel kann folglich nur lauten, die Quote so gering wie möglich zu halten. Novellierungen in den letzten Jahren haben jedoch gezeigt, welche politische Brisanz in diesem Bereich steckt.

Der Stärkung des gegenseitigen Vertrauens und der beiderseitigen Mitverantwortung scheint meines Erachtens eher ein Erfolg beschieden zu sein als der Verschärfung von Kontrollen. Wo Unternehmen die Interessen der Mitarbeiter ernst nehmen, sie mitverantwortlich in Arbeitsprozesse integrieren und ein positives Leistungsklima bieten, wird auch die Missbrauchsquote gering sein. Keinesfalls dürfen Maßnahmen zur Verringerung von Fehlzeiten auch auf wirklich Kranke einen solchen Druck ausüben, dass sie ihre Arbeit früher als vorgesehen wieder aufnehmen. Dies kann zu einer Verschleppung der Krankheit führen und sich somit gar kontraproduktiv auswirken.

Dem Arbeitgeber sollte jedoch eine Nachuntersuchung durch einen Arzt seiner Wahl gesetzlich ermöglicht werden. Die unterschiedliche Behandlung von Attesten im Inland/im EU-Ausland würde entfallen, da die Neuregelung der EuGH-Rechtsprechung entsprechen würde. Mit Hilfe einer gesetzlichen geregelten Kontrolluntersuchung kann verhindert werden, dass ein vom Arbeitnehmer frei gewählter Arzt alleine über das Vorliegen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit entscheiden kann, ohne dass dem zur Entgeltfortzahlung verpflichteten Arbeitgeber effektive Kontrollmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Eine solche Neuregelung erfordert auch die Normierung eines Leistungsverweigerungsrechts für den Fall, dass der Arbeitnehmer der Aufforderung des Arbeitgebers nicht nachkommt, damit die Kontrolluntersuchung auch durchsetzbar ist.

Zu befürworten ist auch die gesetzliche Regelung der Teilarbeitsunfähigkeit. Damit geht jedoch das schwerwiegende Problem einher, dass die behandelnden Ärzte detaillierte Kenntnisse über die jeweiligen Anforderungen und Belastungen, denen die Arbeitnehmer am Arbeitsplatz ausgesetzt sind, besitzen

müssen. In diesem Zusammenhang muss auch die geltende Fassung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung geändert werden. Trotz dieser Probleme kann diese Maßnahme (im Kontext möglicher Änderungen des Rechts der Entgeltfortzahlung) im Hinblick auf die Reduzierung betrieblicher Fehlzeiten zusammen mit der Einführung der Kontrolluntersuchung als die vielversprechendste beurteilt werden.

Ein dritte anzustrebende Gesetzesänderung betrifft ebenfalls die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Meines Erachtens sollte in der Praxis auf der Bescheinigung vermerkt werden, wie der Arbeitnehmer seine Tätigkeit gegenüber dem Arzt beschrieben hat. Dies ist vor allem deshalb zu befürworten, weil es das Vertrauen des Arbeitgebers in die Bescheinigung fördert, wenn er merkt, dass sich der Arzt mit den Gegebenheiten des Arbeitsplatzes beschäftigt hat. Diese Änderung könnte mit der notwendigen Neufassung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wegen der gesetzlichen Regelung der Teilarbeitsunfähigkeit einhergehen.

Gegenüber den vorgeschlagenen Änderungen im Hinblick auf den Umfang der Entgeltfortzahlung (Karenztage beziehungsweise Absenkung der Entgeltfortzahlung) ist hinsichtlich ihrer Effektivität vor allem deshalb Skepsis angezeigt, da ihre Umsetzung mit der Gefahr verbunden ist, dass sie kontraproduktive Nebeneffekte mit sich bringen, welche der fehlzeitensenkenden Wirkung zuwiderlaufen. Diese Vorschläge (wie auch die Rückkehr zur versicherungsrechtlichen Lösung der Entgeltfortzahlung) sind auch aus wirtschaftspolitischer Sicht gefährlich, da sie sehr konfliktträchtig sind und zu erheblichem sozialen Unfrieden führen würden (womit die mangelnde politische Durchsetzbarkeit einhergeht). Der soziale Friede ist neben dem hohen technischen Produktionsstandard jedoch ein wesentlicher Grund für die überdurchschnittliche Arbeitsproduktivität in Deutschland.⁷⁶⁸

⁷⁶⁸ so auch Zuleger, ArbuR, 1992, 231 (234).