

RA Dr. Volker Subatzus, Harsefeld

Melde- und Nachweispflicht bei Arbeitsunfähigkeit

► DB0580827

I. Einleitung

Wird ein Arbeitnehmer aufgrund einer Erkrankung oder Verletzung arbeitsunfähig, muss er dies dem Arbeitgeber mitteilen und bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als drei Kalendertagen eine ärztliche Bescheinigung am darauf folgenden Arbeitstag vorlegen. Der Arbeitgeber kann die Vorlage der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch schon früher verlangen. Diese Regelungen zur Melde- und Nachweispflicht aus § 5 Abs. 1 EFZG sind an sich lange bekannt und tägliche Praxis in den Unternehmen.

Gleichwohl hat die Entscheidung des BAG vom 14. 11. 2012¹ zu der Frage, ob das frühere Vorlageverlangen des Arbeitgebers besonderer Voraussetzungen bedarf, für ein großes Echo in den Medien gesorgt. Die Klägerin, deren Dienstreiseanträge für einen bestimmten Tag durch den Vorgesetzten abgelehnt wurden, meldete sich an diesem Tag krank und erhielt darauf hin eine Aufforderung ihres Arbeitgebers, ab sofort bereits am ersten Tag einer Arbeitsunfähigkeit ein Attest vorzulegen. Sie hielt diese Aufforderung für willkürlich, diskriminierend und schikanös, da in ihrer Person keine besonderen Gründe vorlägen, die eine vorzeitige Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung rechtfertigten würden. Das BAG folgte dieser Auffassung jedoch nicht. Nach Ansicht des Gerichts dürfen Arbeitgeber dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG folgend auch ohne besonderen Sachgrund die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung früher als gesetzlich festgelegt verlangen.

Die Entscheidung an sich ist nicht gerade als Revolution im Entgeltfortzahlungsrecht zu bezeichnen. Sie zeigt aber einmal mehr, dass die Melde- und Nachweispflichten im Zusammenhang mit Arbeitsunfähigkeit zu den „Dauerbrennern“ der arbeitsrechtlichen Praxis gehören.

II. Gesetzliche Grundregelung der Melde- und Nachweispflicht bei Arbeitsunfähigkeit

Das Entgeltfortzahlungsgesetz regelt den Standardfall der Melde- und Nachweispflichten des Arbeitnehmers bei Arbeitsunfähigkeit. Daneben können für den Arbeitnehmer günstigere tarifliche, betriebliche und vertragliche Regelungen getroffen werden. Ungünstigere Regelungen für den Arbeitnehmer sind durch § 12 EFZG gesperrt.

Die Melde- und Nachweispflichten gelten unabhängig von einem Anspruch auf Entgeltfortzahlung, also auch während der Wartezeit nach § 3 Abs. 3 EFZG, nach Ablauf des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums² und bei eigenem Verschulden der Arbeitsunfähigkeit i. S. des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG.

1. Meldepflicht

Ist ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt, so muss er dies dem Arbeitgeber unter Angabe der voraussichtlichen Dauer unverzüglich mitteilen, § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG. Durch die unverzügliche Anzeige wird der Arbeitgeber in die Lage versetzt, sich auf das Fehlen des Arbeitnehmers einstellen zu können. Anhand dieses Normzwecks wird deutlich, dass es sich bei der Meldepflicht um eine eigenständige Rechtspflicht neben der Nachweispflicht handelt. Weder ersetzt die Meldung der Arbeitsunfähigkeit einen später erforderlich werdenden Nachweis noch

ersetzt eine (spätere) Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung die unverzügliche Meldung.

a) Inhalt der Meldepflicht

Zu Art und Ursache der Erkrankung muss sich der Arbeitnehmer nicht äußern, wenn nicht besondere Interessen des Arbeitgebers bestehen. Dazu gehören z. B. das Treffen von Schutzmaßnahmen gegenüber anderen oder die Geltendmachung von übergegangenen Schadensersatzansprüchen gegenüber Dritten, die die Arbeitsunfähigkeit verursacht haben³. Man wird von dem Arbeitnehmer jedoch erwarten dürfen, seine Prognose so genau wie möglich anzustellen und – sollte er zum Zeitpunkt der Meldung bereits einen Arzt konsultiert haben – dessen Erkenntnisse einfließen zu lassen. Sucht der Arbeitnehmer erst nach der Krankmeldung einen Arzt auf, muss er seine Angaben präzisieren. Dies gilt jedenfalls bei einer Abweichung von eigener und ärztlicher Prognose. Sollten die Prognosen deckungsgleich sein, wird ebenfalls eine erneute Meldung beim Arbeitgeber gefordert⁴. Allerdings stellt sich die Frage, welchen Zweck diese bestätigende Meldung haben soll, wenn sich an der Eigenprognose aufgrund der ärztlichen Bestätigung nichts ändert. Dem Interesse des Arbeitgebers an der entsprechenden Disposition wird in diesem Fall bereits mit der ersten Meldung Rechnung getragen.

Hält sich der Arbeitnehmer bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Ausland auf, muss er zusätzlich seinen Aufenthaltsort angeben (§ 5 Abs. 2 Satz 1 EFZG).

b) Zeitpunkt der Meldung

Die Meldung hat unverzüglich zu erfolgen. Obwohl diese Vorgabe dem Wortlaut nach klar und eindeutig erscheint, offenbart die Praxis immer wieder unterschiedliche Auslegungen des Begriffs „unverzüglich“.

Unverzüglich bedeutet nicht sofort, sondern ohne schuldhaftes Zögern i. S. des § 121 BGB. Nicht ausreichend ist es daher, die Meldung hinauszuschieben, bis ein Arzt aufgesucht worden ist⁵. Der Arbeitnehmer hat die Meldung regelmäßig rechtzeitig vor seinem individuellen Arbeitsbeginn abzugeben, denn nur so kann dem Normzweck genügt werden, dem Arbeitgeber eine entsprechende Ausfallplanung zu ermöglichen. Tritt die Arbeitsunfähigkeit an einem arbeitsfreien Tag ein, besteht die Meldepflicht gegenüber dem Arbeitgeber auch schon früher, wenn zu erwarten ist, dass die Erkrankung über den arbeitsfreien Tag hinaus andauert⁶.

Maßgeblich für die Frage, ob eine Meldung unverzüglich erfolgt ist, ist der Zugang beim Arbeitgeber und nicht die Absendung der Mitteilung. Vor diesem Hintergrund ist eine Abmeldung per Telefon anzuraten. Sie hat gegenüber anderen schnellen Mitteilungsformen wie Fax, SMS oder E-Mail den Vorteil,

1 BAG vom 14. 11. 2012 – 5 AZR 886/11, DB 2013 S. 464.

2 LAG Schleswig-Holstein vom 17. 12. 2003 – 3 Sa 415/03, NZA-RR 2004 S. 241.

3 Dörner/Reinhard, in: Erfurter Kommentar, 13. Aufl. 2013, § 5 EFZG Rdn. 5.

4 Sievers, in: Hümmerich/Boecken/Düwell, Nomos Kommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 5 EFZG Rdn. 7; Dörner/Reinhard, a.a.O. (Fn. 3).

5 BAG vom 31. 8. 1989 – 2 AZR 13/89, DB 1990 S. 790, noch zur Vorgängernorm § 3 LFZG; LAG Rheinland-Pfalz vom 11. 4. 2001 – 10 Sa 1581/00, BDH-Kurier 2002 S. 18.

6 Dörner/Reinhard, a.a.O. (Fn. 3), § 5 EFZG Rdn. 6.

dass der Arbeitnehmer sich des tatsächlichen Zugangs seiner Meldung sicher sein kann.

Auf die Fortdauer einer Arbeitsunfähigkeit wendet die h. M. die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG entsprechend an⁷, so dass der Arbeitnehmer sich auch bei längerer als zunächst gemeldeter Arbeitsunfähigkeit unverzüglich abzumelden hat.

c) Adressat der Meldung

Der Arbeitnehmer hat den Arbeitgeber bzw. eine zur Entgegennahme der Meldung berechnete Person zu benachrichtigen. In der Regel ist das der Vorgesetzte. Nicht ausreichend ist die Mitteilung an Arbeitskollegen, Betriebsratsmitglieder oder die Telefonzentrale. Zwar kann sich der Arbeitnehmer dieser Personen als Boten bedienen. Seine Meldung gilt jedoch erst dann als dem Arbeitgeber zugegangen, wenn der Bote die Meldung an den Adressaten übermittelt. Das Risiko einer Verzögerung oder des Unterbleibens der Weiterleitung durch den Boten trägt der Arbeitnehmer⁸. Entscheidet sich der Arbeitgeber, den Meldungsadressaten generell zu ändern, indem er z. B. eine Abmeldung nicht mehr an die Rezeption sondern an den jeweiligen Vorgesetzten verlangt, hat er die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu beachten⁹.

Hält sich der gesetzlich krankenversicherte Arbeitnehmer bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Ausland auf, muss er neben dem Arbeitgeber zusätzlich auch die Krankenkasse über seine Arbeitsunfähigkeit informieren (§ 5 Abs. 2 Satz 3 EFZG).

2. Nachweispflicht

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, tritt die Nachweispflicht neben der Meldepflicht ein.

a) Inhalt der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

I. d. R. verwenden Ärzte den standardisierten Vordruck für Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, der alle notwendigen Angaben enthält. Die Verwendung dieses Vordrucks ist jedoch gesetzlich nicht vorgeschrieben, so dass der Arzt auch eine individuelle Bescheinigung ausstellen kann. Diese muss allerdings die Angaben enthalten, die auch der Vordruck vorsieht. Insbes. müssen der Name des Arbeitnehmers, die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit sowie die Angabe der voraussichtlichen Dauer und der Name des Ausstellers enthalten sein. Die Bescheinigung muss außerdem das Datum der Ausstellung enthalten und vom Aussteller unterschrieben sein¹⁰. Aussteller der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss ein approbierter Arzt sein. Eine Bescheinigung durch ärztliches Hilfspersonal oder durch einen Heilpraktiker ist nicht ausreichend¹¹. Unzureichend ist nach Auffassung des LAG Hamm auch eine Behandlungsbescheinigung einer Klinik, die nicht durch den behandelnden Arzt ausgestellt ist¹².

Angaben hinsichtlich der Art der Erkrankung oder ihrer Ursachen sind nicht Bestandteil der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Soweit der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran hat, hierzu weitere Informationen zu erlangen (z. B. aufgrund besonderer Hygienevorschriften) muss er sich an den Arbeitnehmer halten und diesen ggf. zur Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht auffordern. Dies gilt auch für die Klärung der Frage, ob eine Fortsetzungserkrankung vorliegt¹³.

b) Zeitpunkt der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

aa) Gesetzliche Regelung zur Vorlage der Erstbescheinigung

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, muss der Arbeitnehmer am darauffolgenden Arbeitstag eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer vorlegen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG).

Das Entgeltfortzahlungsgesetz unterscheidet zwischen Kalendertagen bei der Berechnung der Auslöseschwelle und Arbeitstagen bei der Bestimmung des Tages, an dem die Bescheinigung vorzulegen ist. Somit zählen Sonn- und Feiertage wie auch arbeitsfreie Tage bei der Betrachtung der Kalendertage mit. Der erste Tag der Arbeitsunfähigkeit ist der Tag, an dem sie eintritt¹⁴.

Bei der Bestimmung des „darauffolgenden Arbeitstages“ gehen die Meinungen auseinander. Teilweise wird auf die individuelle Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers abgestellt¹⁵, die h. M. zieht hingegen die betrieblichen Verhältnisse heran¹⁶. Beide Meinungen haben jeweils Vor- und Nachteile.

Stellt man auf die individuelle Arbeitsverpflichtung ab, erhielte der Arbeitgeber eine Bescheinigung auch dann, wenn der Arbeitnehmer außerhalb der betriebsüblichen Arbeitstage zur Arbeitsleistung verpflichtet ist. Zudem erübrigt sich in Zweifelsfällen die Prüfung, welche Arbeitstage als betriebsüblich zu betrachten sind. Andererseits kann es bei Arbeitnehmern mit unregelmäßigen Arbeitseinsätzen bis zum nächsten individuellen Arbeitstag u. U. sehr lange dauern. Das ist mit dem Normzweck, dem Arbeitgeber das tatsächliche Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen und ihm eine zuverlässigere Planungsgrundlage als die bloße Prognose bei der Krankmeldung zu geben¹⁷, wiederum nicht vereinbar. In diesen Fällen wäre der Rückgriff auf die betriebsüblichen Arbeitstage die bessere Lösung. Vor diesem Hintergrund bietet sich eine kombinierende Betrachtung dergestalt an, dass grundsätzlich auf die betriebsüblichen Verhältnisse abzustellen ist, es sei denn, der darauffolgende Arbeitstag i. S. des § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG ist bei individueller Betrachtung früher als der nächste betriebsübliche Arbeitstag.

Für den rechtzeitigen Nachweis kommt es nicht auf die Absendung, sondern auf den Zugang der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung an¹⁸. Daher ist der verspätete Zugang des Attests aufgrund einer falsch angegebenen Postleitzahl bei der Übersendung bereits eine abmahnungsrelevante Pflichtverletzung¹⁹. Sucht der Arbeitnehmer erst an dem Tag einen Arzt auf, an dem er die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits vorlegen muss, muss er entsprechend dafür Sorge tragen, dass sie am selben Tag beim Arbeitgeber eingeht. Sollte der Zugang des Originals ausnahmsweise nicht durch den Arbeitnehmer oder einen von ihm beauftragten Boten sichergestellt werden können, muss er zumindest im Rahmen seiner Möglichkeiten durch Telefax oder E-Mail die Bescheinigung vorab als Kopie an den Arbeitgeber senden und das Original unverzüglich nachreichen²⁰.

7 LAG Rheinland-Pfalz vom 19. 1. 2012 – 10 Sa 593/11, ArbU 2012 S. 177; LAG Hessen vom 1. 12. 2006 – 12 Sa 737/06, juris; ArbG Berlin vom 8. 6. 2012 – 28 Ca 6569/12, DB 2012 S. 1752 (LS); Dörner/Reinhard, a.a.O. (Fn. 3), § 5 EFZG Rdn. 19, m. w. N.

8 ArbG Suhl vom 26. 2. 2009 – 5 Ca 885/08, BeckRS 2011, 65648.

9 LAG Baden-Württemberg vom 13. 11. 2006 – 15 Ta BV 9/06, juris.

10 Feichtinger, in: Feichtinger/Malkmus, Entgeltfortzahlungsrecht, 2. Aufl. 2010, § 5 EFZG Rdn. 78.

11 Dörner/Reinhard, a.a.O. (Fn. 3), § 5 EFZG Rdn. 13.

12 LAG Hamm vom 3. 12. 2003 – 18 Sa 567/03, ZTR 2004 S. 164.

13 BAG vom 19. 3. 1986 – 5 AZR 86/85, DB 1986 S. 1877.

14 Feichtinger, a.a.O. (Fn. 10), § 5 EFZG Rdn. 38.

15 Dörner/Reinhard, a.a.O. (Fn. 3) § 5 EFZG Rdn. 11; Berenz, DB 1995 S. 2166 (2169 f.).

16 Hanau/Kramer, DB 1995 S. 94 (95); Worzalla, NZA 1996 S. 61 (64).

17 Ricken, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Stand 1. 9. 2012, § 5 EFZG Rdn. 11.

18 Feichtinger, a.a.O. (Fn. 10), § 5 EFZG Rdn. 42.

19 LAG Köln vom 18. 11. 2011 – 4 Sa 711/11, ArbU 2012 S. 176.

20 Gieseler, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht Handkommentar, 2. Aufl. 2010, § 5 EFZG Rdn. 10.

bb) Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit, Nachweis bei Überschreitung des Entgeltfortzahlungszeitraums

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als zunächst bescheinigt, sind die Regelungen über den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit aus § 5 Abs. 1 Satz 2 und 3 EFZG nach h. M. analog anzuwenden²¹.

Die Pflicht zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung endet nicht mit Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums. Auch nach Ablauf der Entgeltfortzahlung ist der Arbeitnehmer verpflichtet, bei fortbestehender Arbeitsunfähigkeit einen entsprechenden Nachweis zu erbringen²². Dagegen wird gelegentlich eingewendet, der Arzt sei nach § 5 Abs. 1 Satz 1 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien des gemeinsamen Bundesausschusses nicht berechtigt, über den Entgeltfortzahlungszeitraum hinaus Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen auszustellen. Vielmehr ist nach Ablauf der Entgeltfortzahlung ein Fortbestehen der Arbeitsunfähigkeit gem. § 6 Abs. 1 Satz 1 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien auf der Bescheinigung für die Krankengeldzahlung zu attestieren, wobei stets die Diagnose anzugeben ist. Diese gehe den Arbeitgeber jedoch nichts an, so dass auch der Krankengeldzahlschein nicht als Nachweis verlangt werden könne.

Gegen diese Sichtweise ist einzuwenden, dass die Richtlinien des gemeinsamen Bundesausschusses im Rahmen der Selbstverwaltung nicht geeignet sind, einfachgesetzliches Recht wie die Nachweispflicht aus § 5 EFZG zu verdrängen. Der Gesetzgeber hat im Entgeltfortzahlungsrecht gerade keine Einschränkung hinsichtlich der Nachweisdauer aufgenommen. Insofern kann eine solche Einschränkung erst recht nicht durch untergesetzliches Recht entstehen. Darüber hinaus würde eine solche Sichtweise auch den Gesetzeszweck des EFZG außer Acht lassen. Denn auch nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums besteht das Interesse des Arbeitgebers an einer nachvollziehbaren Darlegung der zu erwartenden Arbeitsunfähigkeitsdauer fort, um die Ausfallzeit durch geeignete Maßnahmen überbrücken und rechtzeitig die Rückkehr des Arbeitnehmers einplanen zu können.

Der Befürchtung, der Arbeitgeber könnte durch Angabe des Diagnoseschlüssels Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand und die zukünftige Leistungs- und Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers ziehen, lässt sich durch eine Schwärzung des Diagnoseschlüssels vor der Übermittlung wirksam begegnen. Insofern ist der Krankengeld-Zahlschein ein geeigneter Nachweis über das Fortbestehen der Arbeitsunfähigkeit, wenn und soweit er inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen entspricht²³.

Neben der Vorlage des Krankengeldzahlscheins besteht ferner die Möglichkeit, auch nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums ein ärztliches Attest – ggf. gegen Kostenerstattung – vorzulegen. Die Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien enthalten kein diesbezügliches Verbot²⁴.

III. Vorgezogene Nachweispflicht

Neben dem gesetzlich geregelten Standardfall der Nachweispflicht eröffnet § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG dem Arbeitgeber das Recht, die Vorlage der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung früher zu verlangen. Entsprechende Regelungen sind auch durch Tarif- oder Arbeitsvertrag²⁵ oder durch Betriebsvereinbarung möglich. Gerade im Hinblick auf Fälle zweifelhafter Krankmeldungen oder als Instrument zur Senkung des Krankenstands erscheint dieses Mittel verlockend²⁶. Im Folgenden sollen die Chancen und Risiken des vorzeitigen Vorlageverlangens und mögliche Alternativen beleuchtet werden.

1. Keine besonderen Voraussetzungen des vorzeitigen Vorlageverlangens

§ 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG gibt dem Arbeitgeber das Recht, den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung sowohl früher als zum „darauffolgenden Arbeitstag“ zu verlangen als auch einen Nachweis für Arbeitsunfähigkeitszeiten zu verlangen, die nicht länger als drei Kalendertage andauern²⁷.

Umstritten war bislang, ob der Arbeitgeber sich bei einem solchen Verlangen im Rahmen des billigen Ermessens zu halten hat oder sogar eine Begründung für das vorzeitige Vorlageverlangen geben muss²⁸. Das BAG hat mit seiner Entscheidung vom 14. 11. 2012 nunmehr diese Frage dahingehend beantwortet, dass das Verlangen „weder einer Begründung noch eines sachlichen Grundes oder gar besonderer Verdachtsmomente auf Vortäuschung einer Erkrankung in der Vergangenheit“ bedarf¹. Das Verlangen ist nicht einer Billigkeitskontrolle unterworfen. Seine Grenzen findet es an den allgemeinen Schranken der Rechtsausübung, insbes. dem Schikane-, Willkür- und Diskriminierungsverboten sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

Hintergrund der Entscheidung ist zum einen der Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG, der keine Einschränkungen oder Bedingungen für den vorgezogenen Nachweis beinhaltet. Zum anderen ergibt sich aus den Gesetzgebungsmaterialien, dass dem Arbeitgeber „auf jeden Fall“ das Recht zur früheren Anforderung eines Attests eingeräumt werden sollte²⁹. Auch systematisch lässt sich das Ergebnis anhand eines Vergleichs mit § 275 Abs. 1 SGB V begründen. Während nach dieser Norm der Arbeitgeber eine gutachterliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes der Krankenkasse nur zur Beseitigung von Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verlangen kann (s. dazu unter IV. 1.), ist eine solche Voraussetzung in § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG nicht enthalten¹.

Das BAG hat in diesem Zusammenhang ebenfalls klargestellt, dass tarifliche Regelungen, die zwar die generelle Nachweispflicht regeln, aber zur Frage des vorgezogenen Nachweisverlangens schweigen, dieses nicht ausschließen. Die Tarifvertragsparteien müssen ausdrücklich Regelungen treffen, wenn sie die gesetzlichen Vorgaben zugunsten der Arbeitnehmer modifizieren wollen¹.

2. Mitbestimmung des Betriebsrats

Die auf den ersten Blick verlockende Aussicht auf eine effektive Fehlzeitenbeeinflussung durch vorzeitiges Einfordern ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen steht vor der Hürde der Mitbestimmung durch den Betriebsrat, wenn das vorzeitige Vorlageverlangen über Einzelfälle hinausgeht. Bei der flächendeckenden Einführung einer früheren Nachweispflicht handelt

21 BAG vom 29. 8. 1980 – 5 AZR 1051/79, DB 1981 S. 171 zur Vorgängernorm § 3 LFZG; Dörmer/Reinhard, a.a.O. (Fn. 3), § 5 EFZG Rdn. 19; Sievers, a.a.O. (Fn. 4), § 5 EFZG Rdn. 7.

22 LAG Schleswig-Holstein vom 17. 12. 2003, a.a.O. (Fn. 2); LAG Sachsen-Anhalt vom 24. 4. 1996 – 3 Sa 449/95, NZA 1997 S. 772; Feichtinger, a.a.O. (Fn. 10), § 5 EFZG Rdn. 57.

23 Vgl. LAG Rheinland-Pfalz vom 4. 8. 2011 – 10 Sa 156/11; vom 4. 4. 2007 – 7 Sa 108/07, beide juris.

24 LAG Niedersachsen vom 4. 12. 2008 – 7 Sa 866/08, juris.

25 BAG vom 26. 2. 2003 – 5 AZR 112/02, DB 2003 S. 1395.

26 Vgl. Artikel von Meinert, FTD vom 14. 11. 2012.

27 BAG vom 25. 1. 2000 – 1 ABR 3/99, DB 2000 S. 1128.

28 So Boecken, NZA 1999 S. 679; Feichtinger, a.a.O. (Fn. 10), § 5 EFZG Rdn. 43; a. A. Dörmer/Reinhard, a.a.O. (Fn. 3), § 5 EFZG Rdn. 12; Sievers, a.a.O. (Fn. 4), § 5 EFZG Rdn. 27; LAG Schleswig-Holstein vom 13. 10. 2009 – 2 Sa 130/09, juris; LAG Rheinland-Pfalz vom 19. 1. 2012, a.a.O. (Fn. 7).

29 BT-Drucks. 12/5798 S. 26.

eine Kontrolle von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen durch § 3 Abs. 3 ASiG ausgeschlossen.

Ob durch einzel- oder kollektivvertragliche Abreden eine Verpflichtung geschaffen werden kann, einen bestimmten Arzt jedenfalls zur Beseitigung von Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aufzusuchen, ist noch nicht höchstrichterlich entschieden⁴¹. Angesichts der Anforderungen an die AGB-konforme, insbes. transparente Gestaltung von Arbeitsvertragsklauseln werden die Voraussetzungen einer Kontrolluntersuchung und Kriterien für die Festlegung des durchführenden Arztes jedoch hinreichend detailliert beschrieben werden müssen. Im Hinblick auf tarifvertragliche Regelungen schränkt das BAG die Regelungsbefugnis zudem dahingehend ein, dass die Neutralität des kontrollierenden Arztes sichergestellt sein muss⁴². Hier stellt sich die Frage, wie diese Neutralität sichergestellt werden kann, denn gerade der vom Arbeitgeber benannte (und bezahlte) Arzt setzt sich leicht dem Verdacht aus, im Zweifel eher arbeitgeberorientiert zu urteilen. Zweifelt der Arbeitnehmer aus nachvollziehbaren Gründen an der Neutralität des arbeitgeberseitig benannten Arztes, kann die Verweigerung einer Kontrolluntersuchung für ihn sogar folgenlos bleiben⁴³. Insofern sollten vertragliche Regelungen jedenfalls vorsehen, dass der Vorwurf wirtschaftlicher Interessen der zweitbegutachtenden Ärzte von vornherein vermieden wird – sei es durch regelmäßige Wechsel der Ärzte oder ein Pool-Modell, das dem Arbeitnehmer die Wahl des Zweitgutachters unter einer größeren Anzahl von Ärzten lässt.

3. Detektiv

Die Aufklärung von Verdachtsfällen des Krankfeierns durch Detektive ist ein weiterer Ansatz. Gerade wenn die Aufforderung zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Tag nicht erfolversprechend erscheint, kann der Arbeitgeber durch entsprechende Observationsergebnisse Tatsachen sichern, die den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern können. Die erfolgreiche Aufklärung von vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit oder genesungswidrigem Verhalten ist jedoch an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft. Dies beginnt bei der Qualität der Dokumentation der Beobachtungen. Selbst anscheinend eindeutige Ergebnisse der Observation sind vor Gericht keine sichere Bank⁴⁴. Detektive müssen für eine lückenlose Dokumentation sorgen, die den Arbeitnehmer eindeutig identifizierbar macht und sein Verhalten über einen längeren Zeitraum detailliert erfasst. Das Eindringen in die Privat-

oder sogar Intimsphäre führt i. d. R. zur Unverwertbarkeit der Beobachtungen. Zudem muss der Einsatz von Detektiven dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, d. h. er muss geeignet, erforderlich und angemessen sein. Gerade im Hinblick auf die Erforderlichkeit ist nach Ansicht des BAG aber zu prüfen, ob nicht andere, vor allem auch kostengünstigere Mittel wie die Einschaltung des MDK⁴⁵ vorzuzugswürdig sind. Nur wenn der Detektiveinsatz diesen Anforderungen genügt, hat der Arbeitgeber auch einen prozessualen oder materiellrechtlichen Kostenersatzanspruch aus den §§ 91 ZPO bzw. 280 Abs. 1 i. V. mit 241 Abs. 2 BGB bzw. 823 BGB.

V. Zusammenfassung

Krankmeldung und Nachweis der Arbeitsunfähigkeit sind zwei Pflichten, die nebeneinander bestehen. Sie bestehen auch über den Zeitraum der Entgeltfortzahlung hinaus.

Der Arbeitgeber ist berechtigt, den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit bereits vor dem gesetzlich festgelegten Zeitpunkt zu verlangen. Einer besonderen Begründung bedarf es dafür nicht. In diesem Fall hat er bei kollektiver Ausgestaltung der vorgezogenen Nachweispflicht allerdings die Mitbestimmung des Betriebsrats zu beachten. Mögliche nachteilige Auswirkungen auf die Fehlzeiten sollten im Vorfeld bedacht und abgewogen werden, insbes. wenn eine flächendeckende vorgezogene Nachweispflicht in Betracht gezogen wird.

Als Alternative bei Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit bietet sich die Einschaltung des MDK an. Wenn ausreichend Tatsachen bekannt sind, die insbes. ein Krankfeiern des Arbeitnehmers nahelegen und wenn eine schnelle Reaktion erforderlich wird, bietet sich auch die Einschaltung eines Detektivs an. Der Rückgriff auf arbeitgeberseitig benannte Ärzte zur Zweitbeurteilung der Arbeitsunfähigkeit ist dagegen mit rechtlichen Risiken behaftet und sollte daher nur in Ausnahmefällen gewählt werden.

41 Offengelassen von BAG vom 4. 10. 1978 – 5 AZR 326/77, DB 1979 S. 653; dafür: *Ricken*, a.a.O. (Fn. 17), § 5 EFZG Rdn. 19; *Feichtinger*, a.a.O. (Fn. 10), Rdn. 92 ff.; *Subatzus*, a.a.O. (Fn. 37), S. 349; dagegen: *Dörner/Reinhard*, a.a.O. (Fn. 3), § 5 EFZG Rdn. 13; *Sievers*, a.a.O. (Fn. 4), § 5 EFZG Rdn. 35.

42 BAG vom 4. 10. 1978, a.a.O. (Fn. 41).

43 So für eine außerordentliche Kündigung: BAG vom 23. 2. 1967 – 2 AZR 124/66, DB 1967 S. 1182.

44 Vgl. LAG Rheinland-Pfalz vom 6. 7. 2004 – 5 Ta BV 10/04, juris.

45 BAG vom 28. 5. 2009 – 8 AZR 226/08, DB 2009 S. 2379.

Entscheidungen

Entgeltrecht

Vergütungsvereinbarung als vorformulierte Vertragsbedingung (hier: Vereinbarung unbezahlter Arbeitsstunden)

Keine Angemessenheitskontrolle – Beurteilung auffälligen Missverhältnisses zum Wert der Arbeitsleistung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung – Keine Begründung einer Sittenwidrigkeit wegen fehlender Befristung der Entgeltabsenkung

BGB §§ 134, 138, 305 Abs. 1, § 307 Abs. 1 Satz 1, § 307 Abs. 3 Satz 1

Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Umfang der Arbeitszeit und die Höhe der Vergütung regeln, unterliegen nicht der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

BAG-Urteil vom 17. 10. 2012 – 5 AZR 792/11

► DB0581421

Die Parteien streiten über die Vergütung nicht – gesondert – bezahlter Arbeitsstunden.

Der Kläger war von Juni 1989 bis September 2011 als gewerblicher Arbeitnehmer bei der Beklagten beschäftigt. Sein Stundenlohn betrug im März 2009 12,28 Euro brutto. Unter dem 27. 3. 2009 trafen eine Viel-