

Wirksame Maßnahmen des Arbeitgebers zur Verringerung von Fehlzeiten

Rechtsanwalt Dr. Benjamin Heider *

„Da kann man nichts machen!“ Wenn Arbeitgeber mit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, dem so genannten „gelben Schein“ konfrontiert werden, winken die meisten resignierend ab. Nicht nur die krankheitsbedingte Kündigung wird überwiegend als aussichtslos eingeschätzt, sondern auch ein aktives Vorgehen des Arbeitgebers zur Verringerung von Krankenständen. Dieser Beitrag geht der Frage nach, ob und wenn ja welche Maßnahmen Arbeitgeber im Vorfeld einer Kündigung ergreifen können, um wirksam gegen hohe Fehlzeiten vorzugehen.

I. Vorbemerkungen

Deutsche Unternehmen ereilt in diesen Tagen eine Welle an Krankmeldungen.¹ Allerdings gibt es auch „Trittbrettfahrer“, Arbeitnehmer also, die „krank feiern“, aber nicht krank sind. Für den Arbeitgeber ist es sehr schwierig, einem Arbeitnehmer nachzuweisen, dass er in Wahrheit nicht krank ist, sobald dieser eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (im Folgenden: AUB) vorlegt. Der Beitrag zeigt auf, dass die von der Rechtsprechung aufgestellten Hürden zwar hoch sind, dem Arbeitgeber aber trotzdem sinnvolle Mittel zur Senkung des Krankenstands zur Verfügung stehen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund der aktuellen Entscheidung des BAG zur Observation des Arbeitnehmers durch einen Detektiv mit heimlichen Videoaufnahmen bei Verdacht einer vorgetäuschten Krankheit.²

II. Kontext

Im Münchener Radio wirbt das Burn-out-Diagnostik Institut offensiv mit dem Slogan „Wir machen Burn-out messbar!“. ³ Suggestiert wird, dass jeder unter einem Burn-out leiden kann, sofern er nur ausreichend daran glaubt und sich „messen“ lässt. Es geht – jedenfalls in diesem Werbeslogan – noch nicht einmal um Behandlung, sondern nur um die Sichtbarmachung einer angeblichen Erkrankung. Dies entspricht der weit verbreiteten Annahme, dass eine stetig zunehmende Arbeitsverdichtung mit einer Zunahme von psychischen Erkrankungen – insbesondere Burn-out – einhergehe.

Dem wird von Arbeitgeberseite entgegen gehalten, dass der Zusammenhang von Arbeitsverdichtung und einer angeblichen Zunahme von psychischen Krankheiten nicht nachweisbar sei. Die Ursachen für Krankheiten seien mindestens in gleichem Umfang im privaten Bereich zu suchen. Hierunter werden insbesondere zeitintensive und belastende Freizeitaktivitäten verstanden sowie sich verändernde Sozial- und Familienstrukturen (Patchwork-Family).

Neuerdings gibt es aber auch die Antithese, wonach die Behauptung, dass Stress und Burn-out die Arbeitswelt regieren, nur die halbe Wahrheit sei.⁴ In Wahrheit werde immer mehr Zeit im Büro für private Dinge verwendet. So sollen 90 % aller Online-Einkäufe während der Arbeitszeit getätigt werden.⁵

III. Krankheit und Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Nach dem Fehlzeiten-Report 2014 betrug der Krankenstand im Jahr 2013 bei den 11,1 Millionen erwerbstätigen AOK-Mitgliedern 5,1 %. ⁶ 54,8 % der AOK-Mitglieder meldeten sich mindestens einmal krank. Die Versicherten waren im Jahresdurchschnitt 11,5 Kalendertage krankgeschrieben.⁷ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass nur die Fälle erfasst werden können, die den Krankenkassen überhaupt bekannt werden. Das ist in der Regel erst ab dem vierten Krankheitstag der Fall.⁸ Der tatsächliche Krankenstand ist also noch (wesentlich) höher. Obwohl die Finanzwirtschaft (Banken/Versicherungen) mit einem Krankenstand von 3,4 %⁹ den mit Abstand niedrigsten Krankenstand aller Branchen in Deutschland aufweist und um 32,1 % vom standardisierten

Bundesdurchschnitt nach unten abweicht,¹⁰ entspricht dieser Krankenstand nach einer Untersuchung des Arbeitgeberverbands der Versicherungsunternehmen (AGV) allein für die Assekuranz rund 300 Vollzeitstellen und Kosten für Lohnfortzahlung von rund 20 Mio. Euro.¹¹

Ein Arbeitnehmer erhält nur dann Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert wird, ohne dass ihn ein Verschulden trifft (§ 3 I 1 EFZG). Arbeitsunfähigkeit ist auch Voraussetzung für (sozialrechtliche) Ansprüche gegenüber der Krankenkasse, dem Unfallversicherungsträger und der Arbeitsagentur. Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer auf Grund von Krankheit seine zuletzt vor der Arbeitsunfähigkeit ausgeübte Tätigkeit nicht mehr oder nur unter der Gefahr der Verschlimmerung der Erkrankung ausführen kann,¹² oder nicht mehr ausüben sollte, weil die Heilung nach ärztlicher Prognose verhindert oder verzögert würde.¹³

Hier beginnt das Dilemma für den Arbeitgeber. Er weiß nicht, aus welchen Gründen der Arbeitnehmer fehlt und ist auch rechtlich regelmäßig nicht in der Lage, den Arbeitnehmer zu einer Begutachtung durch einen Amtsarzt oder vom Arbeitgeber zu benennenden Arzt zu zwingen.¹⁴

Der Arbeitnehmer dagegen kann seine Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer problemlos durch das gesetzlich vorgegebene Mittel der AUB beweisen.¹⁵ Zwar begründet die AUB keine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit.¹⁶ Gleichwohl misst die Rechtsprechung einer durch einen (in Deutschland praktizierenden) Arzt ausgestellten AUB einen hohen Beweiswert zu und geht von einer tatsächlichen Vermutung für das Vorliegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit aus. „Der Tatrichter kann normalerweise den Beweis der Erkrankung als erbracht ansehen, wenn der Arbeitnehmer im Rechtsstreit eine solche Bescheinigung vorlegt.“¹⁷

Fraglich ist indes, ob die gesetzlich vorgesehene Untersuchung durch den Arzt auch arbeitsrechtlichen Maßstäben genügt. Eigentlich sind Prüfungsmaßstab und ärztliche Sorgfaltspflichten klar: So heißt es in § 1 Präambel der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien, dass die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit und die Bescheinigung über ihre voraussichtliche Dauer wegen ihrer Tragweite für Versicherte und ihrer arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen sowie wirtschaftlichen Bedeutung besondere Sorgfalt erfordert.¹⁸ Wie der Begriff AUB nahelegt, geht es um die Unfähigkeit im Zusammenhang mit der Arbeit. Dafür müsste der Arzt aber die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitspflicht präzise abfragen. Erst nach dieser sorgfältigen Abfrage kann der Arzt beurteilen, zu welchen Tätigkeiten der Arbeitnehmer vor dem Hintergrund der Krankheit „unfähig“ ist. Bei der Beurteilung ist darauf abzustellen, welche Bedingungen die bisherige Tätigkeit konkret geprägt haben (§ 2 I 2 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien). Auch den Arbeitnehmer trifft die arbeitsvertragliche Nebenpflicht, den Arzt von sich aus auf etwaig in Betracht kommende und mit der Krankheit zu vereinbarende Einsatzmöglichkeiten im Betrieb des Arbeitgebers hinzuweisen.¹⁹

IV. Maßnahmen gegen „Gefälligkeitsatteste“

In der Praxis kommt es dagegen immer wieder zu so genannten „Gefälligkeitsattesten“, also AUB, bei denen der Arzt entweder keine oder keine ausreichend sorgfältige Prüfung in Hinblick auf die konkret arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit vornimmt.²⁰ Diese Realität ist vielen Arbeitgebern ein Dorn im Auge. Das Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit erfüllt den Straftatbestand des Betrugs gem. § 263 StGB und stellt grundsätzlich einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung gem. § 626 BGB dar.²¹ Gleiches gilt für ein grob genesungswidriges Verhalten, mit welchem der Arbeitnehmer den Entgeltfortzahlungszeitraum vorsätzlich verlängert.²² Der Arbeitgeber hat im Falle eines „Gefälligkeitsattests“ im Wesentlichen die nachfolgenden Handlungsoptionen.

1. Handlungsmöglichkeiten gegenüber dem Arzt

Ein Arzt, der ein Attest ausstellt, ohne sich über die konkret geschuldete Tätigkeit informiert zu haben, verletzt seine Berufspflichten. Wird der Arbeitgeber mit einem solchen Arzt konfrontiert, sollte zunächst der Arzt durch Anwaltsschreiben um Aufklärung gebeten werden. Er kann dabei auch noch einmal auf die ärztlichen Pflichten im Zusammenhang mit einer Krankschreibung hingewiesen werden sowie auf mögliche Konsequenzen in berufs- und sogar strafrechtlicher Hinsicht. Gemäß § 106 III a SGB V können sowohl der Arbeitgeber als auch die Krankenkasse von dem behandelnden Arzt Schadensersatz verlangen, wenn die Arbeitsunfähigkeit grob fahrlässig oder vorsätzlich festgestellt worden ist, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorgelegen haben.

Indes dürfte es für den Arbeitgeber in prozessualer Hinsicht schwierig sein, den Beweis der Berufspflichtverletzung effektiv zu führen. Bei negativem Ausgang kann danach ein Anwaltsschreiben an die zuständige Ärztekammer erwogen werden, in dem der Fall geschildert und um Prüfung auf etwaige berufsrechtliche Verstöße gebeten wird. Schließlich kann – in krassen Fällen – eine Strafanzeige gegen den Arzt in Erwägung gezogen werden. Ein Arzt, der vorsätzlich ein falsches Attest ausstellt, veranlasst die Vertragskrankenkasse zu einer unberechtigten Vermögensverfügung zu Lasten der Versichertengemeinschaft und begeht gegebenenfalls einen Betrug (§ 263 StGB); jedenfalls stellt er aber ein unrichtiges Gesundheitszeugnis aus (§ 278 StGB).

2. Medizinischer Dienst der Krankenkassen

Der Arbeitgeber kann gem. § 275 I a SGB V zur Beseitigung von Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit – also bei Verdacht auf Gefälligkeitsattest und/oder Simulation –²³ den Medizinischen Dienst der Krankenkassen (MDK) einschalten. Der Arbeitgeber kann „verlangen“, dass die Krankenkasse eine gutachtliche Stellungnahme des MDK zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit einholt (§ 275 I a 3 SGB V). Zweifel bestehen insbesondere dann, wenn Versicherte auffällig häufig oder auffällig häufig nur für kurze Dauer arbeitsunfähig sind oder der Beginn der Arbeitsunfähigkeit häufig auf einen Arbeitstag am Beginn oder am Ende einer Woche fällt (§ 275 I a 1 a SGB V), oder die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist (§ 275 I a 1 b SGB V). Die Krankenkasse kann nur dann von einer Beauftragung des MDK absehen, wenn die Arbeitsunfähigkeit nach Aktenlage offensichtlich ist (§ 275 I a 4 SGB V).

Mit dem MDK kann der Arbeitgeber bei in der gesetzlichen Krankenversicherung oder bei einer Ersatzkasse versicherten Arbeitnehmern eine Kontrollinstanz einschalten, die sowohl an den Arzt als auch den Arbeitnehmer das (disziplinierende) Signal sendet, dass es „Auffälligkeiten“ gibt und diese beobachtet werden. Kommt der MDK zu einer von der AUB divergierenden Rechtsauffassung, hält den Arbeitnehmer also für gesund, muss dieser seine Arbeitspflichten wieder aufnehmen. Nach richtiger Auffassung ist das Testat des MDK nicht nur als beweiserschütternd zu verstehen, sondern als abschließende Klärung und Widerlegung der Arbeitsunfähigkeit.²⁴

Bei in der privaten Krankenversicherung (PKV) versicherten Arbeitnehmern, für die die Regelungen über den MDK nicht gelten, besteht ein vergleichbarer Untersuchungsmechanismus nicht. Es stellt sich die Frage, ob der MDK gleichwohl tätig werden kann. *Kühn*²⁵ meint, mit PKV-Versicherten könne der Arbeitgeber „Regelungen zur Untersuchung(-spflicht) durch den MDK arbeitsvertraglich oder tarifvertraglich vereinbaren“ und beruft sich dabei auf das *BAG, Lepke* und *v. Hoyningen-Huene/Linck*.

Eine tarifvertragliche Vereinbarung mit PKV-Versicherten ist schon rechtstechnisch nicht möglich.

Sofern *Kühn* mit „tarifvertraglicher Vereinbarung“ die von ihm zitierte *BAG*-Entscheidung²⁶ meint, lässt sich aber auch dieser eine entsprechende Aussage nicht entnehmen. Hier ging es um die Frage, ob der Arbeitnehmer auf Grund Tarifvertrag²⁷ zur Untersuchung durch einen Vertrauensarzt oder das

Gesundheitsamt verpflichtet war. *Lepke*²⁸ meint, nachdem er die Regelungen über den MDK bei gesetzlich Versicherten beschrieben hat, dass mit Privatversicherten „entsprechende Vereinbarungen“ getroffen werden können und verweist auf *v. Hoyningen-Huene/Linck*. Hier heißt es, nachdem die tarifliche Untersuchungspflicht in vorgenannter BAG-Entscheidung zum Musiker-Tarifvertrag zitiert wurde, dass „mit privatversicherten Arbeitnehmern entsprechende Regelungen getroffen werden sollten“²⁹.

Man wird die beiden zuletzt genannten Auffassungen richtig so verstehen müssen, dass mit Privatversicherten Vereinbarungen hinsichtlich einer Untersuchungspflicht durch Amts- oder Vertrauensarzt getroffen werden sollen.

Unzutreffend dürfte die Auffassung sein, dass die Zuständigkeit des MDK qua Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien begründet werden kann. Privatversicherte gehören nicht zum Kreis der Mitglieder der gesetzlichen Krankenkassen. Die Vereinbarung wäre eine Vereinbarung zu Lasten Dritter, weil der MDK hiernach Leistungen erbringen müsste, die nicht durch die solidarische Finanzierung (§ 3 SGB V) gerechtfertigt sind. Hiernach sollen die Leistungen nur der Versichertengemeinschaft als Beitragszahler zugutekommen.

Bleibt noch die Variante der einzelvertraglichen Vereinbarung einer Untersuchungspflicht durch Amts- oder Vertrauensarzt (nicht MDK), die von den vorgenannten Autoren als zulässig angesehen wird. Andere lehnen eine Pflicht zur Untersuchung durch einen vom Arbeitgeber zu bestimmen den Arzt unter Hinweis auf das Recht zur freien Arztwahl (§ 76 SGB V) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht kategorisch ab – auch in Verträgen und Vereinbarungen.³⁰ Solche Klauseln sind jedenfalls dann unzulässig, wenn sie eine Untersuchungspflicht zur Voraussetzung der Entgeltfortzahlung machen (§ 12 EFZG).

Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente und die Regelungssystematik über den MDK dafür, dass eine Untersuchungspflicht nicht regelbar ist.³¹ Allenfalls unter ganz besonderen Voraussetzungen wäre eine Regelung denkbar, welche der strengen AGB-Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB genügt und die Rechte der Arbeitnehmer wahrt.³² Das könnte dann der Fall sein, wenn lediglich eine zusätzliche, also über die freie Arztwahl hinausgehende Untersuchung durch einen vom Arbeitgeber zu bestimmenden Arzt vereinbart wird und diese nicht als Voraussetzung der Entgeltfortzahlung dient,³³ oder für den Fall einer besonderen Gefährdung für Dritte (Ansteckungsgefahr) oder bei durch Tatsachen begründeten ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit der AUB.

3. Vorgehen gegen das Attest

Der Arbeitgeber kann den Beweiswert des Attests und damit die tatsächliche Vermutung einer Arbeitsunfähigkeit erschüttern. Er braucht nicht den Gegenbeweis zu führen, muss aber Tatsachen vortragen, die bei Gericht ernsthafte Zweifel an der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit hervorrufen. Dabei ist das Vorgehen gem. § 275 I a SGB V nicht vorrangig.³⁴ Die ernsthaft und objektiv begründeten Zweifel können sich aus der Bescheinigung selbst ergeben oder aber auf deren Zustandekommen beruhen.

Zweifel bestehen etwa dann, wenn der Arbeitnehmer die Krankheit nur simuliert oder der Arzt sich seiner konkreten Pflichten bei Ausstellung des Attests gar nicht bewusst gewesen ist. Noch eindeutiger ist die Sachlage, wenn der Arzt *gar keine* Untersuchung vorgenommen hat.³⁵ Eine körperliche Untersuchung dagegen ist nicht erforderlich.³⁶ Vielfach kommt es auch vor, dass die AUB oder das Fortbestehen der Arbeitsunfähigkeit rückdatiert werden auf einen vor dem Behandlungstag liegenden Tag. Keine oder eine mindestens zwei Tage vordatierte Untersuchung erschüttern den Beweiswert der AUB.³⁷

Oftmals begründet auch der Arbeitnehmer selbst Zweifel an seiner Arbeitsunfähigkeit. Das kann dann der Fall sein, wenn er seine Krankmeldung androht für den Fall der Ablehnung einer gewünschten Arbeitsbefreiung³⁸ oder bei ungewöhnlich vielen AUB von verschiedenen Ärzten im Zusammenhang mit Konfliktsituationen mit dem Arbeitgeber.³⁹ Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer einer Anordnung der Krankenkasse zur Untersuchung beim MDK nicht Folge leistet.⁴⁰

Auch das Verhalten des Arbeitnehmers während der Arbeitsunfähigkeit bietet oftmals Anlass zu Zweifeln.

Immer wieder kommt es vor, dass Arbeitgeber ihre krankgeschriebenen Arbeitnehmer während der Krankschreibung scheinbar gesund und munter antreffen, zum Teil sogar beschäftigt mit anderer Arbeit. Hierzu ist zu sagen, dass den Arbeitnehmer während der Krankheit keine Pflicht trifft, zu Hause zu bleiben. Es kann sogar genesungsförderlich sein, wenn der Arbeitnehmer an die frische Luft geht. Wann die Pflicht zum genesungsförderlichen Verhalten verletzt wird, ist immer eine Frage des Einzelfalls. Nicht nur erschüttert, sondern widerlegt sollte der Beweiswert der AUB nach gesundem Menschenverstand sein, wenn der Arbeitnehmer während der Krankmeldung arbeitet und die identische Tätigkeit aus dem Arbeitsverhältnis bei der Konkurrenz verrichtet (zB Lagerist arbeitet als Lagerist). Geht er dagegen nur einer geringfügig anderen (körperlich genauso belastenden) Arbeitstätigkeit nach (Schlosser reinigt Spritzboxen), soll nach dem BAG der Beweiswert der AUB lediglich erschüttert und weitere Sachaufklärung, vor allem die Vernehmung der behandelnden Ärzte, erforderlich sein.⁴¹

Wurde der Beweiswert der AUB durch den Arbeitgeber erfolgreich erschüttert, muss nunmehr der Arbeitnehmer nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast den vollen Beweis für seine Arbeitsunfähigkeit erbringen.⁴² Dieser kann er in der Regel nur durch Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht genügen. Bei der Vernehmung des Arztes als Zeuge im Prozess besteht wiederum die Schwierigkeit für den Arbeitgeber, dass der Arzt schon aus Selbstschutz zur Vermeidung eigener Schadensersatzansprüche gem. § 106 III a SGB V von Arbeitgeber und Krankenkasse alles daransetzen wird, die AUB als richtig darzustellen.⁴³

Letztlich ist die Rechtsprechung zum Beweiswert einer AUB für die Arbeitgeber in der Praxis sehr unbefriedigend. Selbst in Fällen, in denen der Arbeitnehmer während der angeblichen Arbeitsunfähigkeit mit derselben Arbeit woanders angetroffen wird, ist der Beweiswert der AUB nicht automatisch widerlegt, wenn der Arzt die Arbeitsunfähigkeit trotzdem glaubhaft bezeugt. Der Arbeitnehmer hätte dann einfach gearbeitet, obwohl er eigentlich arbeitsunfähig war. Das aber ist ein Widerspruch in sich. Die Arbeitsgerichtsbarkeit sollte in solchen Fällen im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO die Arbeitsunfähigkeit erkennen und sich auf die allgemeine Lebenserfahrung besinnen.

4. Sonderfall „Teil-Arbeitsunfähigkeit“

In der betrieblichen Praxis werden zunehmend ärztliche „Bescheinigungen“ vorgelegt, wonach Arbeitnehmer bestimmte Tätigkeiten nicht mehr leisten können. So wird etwa in Call-Centern behauptet, dass die Telefonie den Mitarbeiter krank mache, er also aus ärztlicher Sicht aus der Telefonie herauszunehmen sei.⁴⁴

Gleiches gilt für unbeliebte Schicht- und Nachtdienste. Das stellt den Arbeitgeber vor nicht unerhebliche Herausforderungen. Ein Call-Center-Betreiber fragt sich, womit er den Arbeitnehmer dann noch beschäftigen soll. Entfällt das Beschäftigungsbedürfnis, liegt natürlich eine betriebsbedingte Kündigung nahe. In der betrieblichen Realität gibt es dagegen auch in Call-Centern meist noch Aufgaben außerhalb der Telefonie. Tatsache ist jedoch, dass die Privilegierung von Mitarbeitern auf Grund ärztlicher Bescheinigung zu erheblichen Belastungen des Betriebsfriedens

führen kann, weil die anderen Mitarbeiter zusätzlich die ungeliebten Tätigkeiten mitübernehmen müssen. Der ärztlich befreite Mitarbeiter dagegen muss nicht nur die ungeliebten Tätigkeiten nicht mehr machen, sondern „verbraucht“ auch noch die wenigen beliebteren Tätigkeiten außerhalb der Telefonie.

Führt der Gruppendruck zu keiner Änderung im Verhalten des krankgeschriebenen Mitarbeiters, kann der Arbeitgeber letztlich nicht anders, als dem ärztlichen Rat zu folgen. Anderenfalls würde er riskieren, dass ihm Arbeitsunfälle/Krankheiten zugerechnet werden.

Was allerdings nicht in Betracht kommt ist, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer selbst für insgesamt arbeitsunfähig erklärt und nach Hause schickt. Von der Arbeitsunfähigkeit sind solche Fälle nicht umfasst, in denen der Arbeitnehmer eine volle Arbeitsleistung erbringen kann und lediglich gehindert ist, der gesamten Bandbreite der arbeitsvertraglich an sich möglichen Leistungsbestimmungen gerecht zu werden.⁴⁵ Hiervon zu unterscheiden wiederum ist der Fall der verminderten oder Teil-Arbeitsfähigkeit, bei welchem der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen die geschuldete Tätigkeit qualitativ oder quantitativ (teilweise) nicht mehr im geschuldeten Umfang leisten kann.⁴⁶ Dieser Fall wird insgesamt als Arbeitsunfähigkeit behandelt, weil kein Arbeitgeber sich auf eine Teilleistung einlassen muss.⁴⁷

V. Weitere Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers

Neben den Reaktionsmöglichkeiten gegen „Gefälligkeitsatteste“ stehen dem Arbeitgeber zur Senkung des Krankenstands und zur Reduzierung von Kosten im Zusammenhang mit Krankheit folgende weitere Handlungsoptionen zur Verfügung.

1. Anordnung der Vorlage der sofortigen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Eine bekannte, dennoch selten genutzte, aber sehr effektive Maßnahme zur Senkung des Krankenstands hält das Gesetz selbst bereit: Der Arbeitgeber kann gem. § 5 I 3 EFZG die ärztliche Bescheinigung bereits ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit verlangen. Diese Maßnahme dürfte von den „Montagskranken“ als äußerst unangenehm empfunden werden, bedenkt man, dass sie nunmehr bereits ab dem ersten Krankentag nicht unerhebliche Zeiten in Wartezimmern zubringen müssen. Über die Frage, ob der Gesetzgeber den Satz so gemeint hat, wie er im Gesetz steht, musste sogar das BAG befinden. Es kam – erwartungsgemäß – zum dem Schluss, die Entscheidung des Arbeitgebers zur Anordnung der Vorlagepflicht ab dem ersten Tag stehe im „nicht gebundenen Ermessen“ des Arbeitgebers.⁴⁸ Der Arbeitgeber kann also die Anordnung treffen, ohne dass er einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Lediglich willkürliche oder schikanöse Anordnungen sind nicht von § 5 I 3 EFZG gedeckt, denn jede Maßnahme des Arbeitgebers muss billigem Ermessen entsprechen (§ 315 BGB).

Der Auffassung, dass „für eine Anordnung im Rahmen des Direktionsrechts auf Grund anderweitiger Regelungen kein Raum“ sei,⁴⁹ ist das BAG zu Recht entgegen getreten. Es hat festgestellt, dass eine von § 5 I EFZG abweichende Regelung der Anzeige- und Nachweispflichten bei Arbeitsunfähigkeit durch Tarifvertrag einer klaren Regelung bedarf. Der Tarifvertrag muss ausdrücklich regeln, dass die Anordnung der Vorlage einer AUB ab dem ersten Tag ausgeschlossen ist. Auch wenn der Arbeitnehmer sich auf eine angebliche betriebliche Übung beruft, muss er darlegen, dass der Arbeitgeber ausdrücklich (durch Mitteilung oder sonstige Verhaltensweise) eine Vergünstigung – hier das Recht, erst ab dem vierten Tag eine AUB vorlegen zu müssen – gewähren wollte. Dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers muss aus Sicht der Arbeitnehmer der Wille zu Grunde liegen, eine bestimmte (übertarifliche) Leistung zu erbringen.⁵⁰ Man wird schon ablehnen müssen, dass die bloße (zeitweilige) Nicht-Wahrnehmung des Rechts gem. § 5 I 3 EFZG überhaupt einer betrieblichen Übung zugänglich ist.

2. Beschäftigung trotz Krankheit

Nicht jede Krankheit führt zur Arbeitsunfähigkeit. Es sind Konstellationen denkbar, in denen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Interesse an einem Arbeitseinsatz während der Krankheit/Arbeitsunfähigkeit haben. Hier gilt es, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegen die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Arbeitnehmers abzuwägen. Der Arbeitgeber riskiert die Verletzung seiner Fürsorgepflicht bei Beschäftigung während der Arbeitsunfähigkeit und damit eine Haftung gem. § 280 I BGB.⁵¹ Er sollte sich deshalb vorher das Ende der Arbeitsunfähigkeit durch den Arzt bestätigen lassen.

3. Bekanntmachung der Arbeitsunfähigkeit im Betrieb

Es gibt Fälle, in denen Arbeitgeber morgens per E-Mail „an alle“ die aktuellen Krankmeldungen unter Namensangabe bekanntgeben. Kommt der Arbeitnehmer wieder aus dem Krankenstand zurück, erkundigen sich zahlreiche Kollegen/Vorgesetzte nach dem Befinden. Das geschieht auch bei Kurzerkrankungen von wenigen Tagen. Dieses „fürsorgliche“ Verhalten soll zu einer Verringerung von Krankenstand und Kurzerkrankungen führen. In arbeitsrechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit. Die Datennutzung müsste erforderlich sein iSd §§ 28, 32 BDSG. Dabei ist das Interesse des Arbeitgebers an der Bekanntgabe mit dem Anspruch des Beschäftigten auf Wahrung der Vertraulichkeit abzuwägen.⁵² Sicherlich unzulässig sind „Rennlisten“, also Listen, aus denen die Namen der einzelnen Beschäftigten und deren jährliche Krankheitstage hervorgehen.⁵³ Klar ist indes, dass unter keinen Umständen die konkrete Krankheit kommuniziert werden darf. Aber selbst die bloße Bekanntmachung des Fehlens *wegen Krankheit* dürfte kaum zu rechtfertigen sein.⁵⁴ Das Argument *für* die Veröffentlichung ist Arbeitseinteilung und Organisation. Die Kollegen und das Sekretariat müssen wissen, wer wann wie erreichbar ist, um den betrieblichen Ablauf störungsfrei zu gewährleisten. Wollte man eine entsprechende Bekanntmachung für zulässig halten, dann wäre allenfalls eine Bekanntmachung gegenüber einem sehr engen Personenkreis denkbar, nämlich denjenigen, die unmittelbar mit dem erkrankten Mitarbeiter zusammenarbeiten. Allerdings dürften hierfür die bloße Mitteilung und Dauer der Abwesenheit ausreichend sein, ohne die Krankheit zu erwähnen. Im Ergebnis sprechen daher die besseren Argumente gegen die Zulässigkeit der Bekanntmachung von Krankheit. Allenfalls bei Vorliegen besonderer Einzelfallumstände – zum Beispiel zur Klärung von Vertretungsbedarf bei eiliger Projektarbeit – kann die Mitteilung der voraussichtlichen Dauer der Abwesenheit infolge Krankheit gerechtfertigt sein.

4. Abbau von Gleitzeit bei Krankheit

Wird ein Arbeitnehmer während des Urlaubs krank und weist er dies durch ärztliches Zeugnis nach, werden die Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht angerechnet (§ 9 BUrlG). Oftmals irrtümlich gleichbehandelt wird der Fall der Gleitzeit. Arbeitszeitordnungen sehen in der Regel die Möglichkeit vor, zum Abbau von über die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitszeit hinaus geleisteter Arbeit so genannte „Gleittage“ zu nehmen. Wird der Arbeitnehmer während eines solchen Gleittags krank, ist der Arbeitgeber gleichwohl berechtigt, die entsprechende Arbeitszeit vom Arbeitszeitkonto abzuziehen. Ein Anspruch auf Arbeitszeitausgleich durch Freistellung von der Arbeitspflicht wird grundsätzlich auch dann erfüllt, wenn der Arbeitnehmer nach der wirksamen Festlegung der Arbeitsbefreiung im Freistellungszeitraum arbeitsunfähig erkrankt.⁵⁵

5. Lohnkürzung

Hat der Arbeitgeber begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, kann er auch den Lohn einbehalten für die Zeit der seiner Meinung nach unberechtigten Abwesenheit.⁵⁶ Das Arbeitsgericht hätte dann nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast über das Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit zu entscheiden. Aus taktischer Sicht kann die Lohnkürzung

sinnvoll sein, weil der Arbeitnehmer im Zweifel seinen Arbeitgeber⁵⁷ wegen gegebenenfalls nur weniger Tage Lohn kaum verklagen wird – erst recht nicht, wenn er selbst um die zweifelhaften Umstände der Krankschreibung weiß. Die Berechtigung des Arbeitgebers zur Lohnkürzung ist allerdings umstritten. Nach einer Auffassung hat der Arbeitgeber kein Leistungsverweigerungsrecht, weil § 7 I Nr. 1 EFZG insoweit abschließend sei.⁵⁸ Dem ist entgegenzuhalten, dass § 7 EFZG nur den speziellen Fall der Verletzung von Anzeige- und Nachweispflichten (§ 5 EFZG) und der Verhinderung des Schadenersatzanspruchsübergangs gem. § 6 EFZG erfasst. Richtig ist zwar, dass nicht jede Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung im Bereich des EFZG den Arbeitgeber zur Verweigerung der Lohnfortzahlung berechtigt.⁵⁹ Neben § 7 I EFZG muss aber ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB bestehen, wenn offensichtlich ist, dass die AUB auf Grund falscher Tatsachen oder fehlender oder evident unzureichender Untersuchung zu Stande gekommen ist. Kommt das Arbeitsgericht später zu der Erkenntnis, dass eine Arbeitsunfähigkeit tatsächlich vorgelegen hat, ist der Arbeitgeber zur Nachzahlung des ausstehenden Lohns verpflichtet.

6. Krankenbesuche/Rückkehrgespräche

Beim Krankenbesuch besucht der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu Hause. Haben die Arbeitsvertragsparteien ein gutes Verhältnis, kann ein solcher Besuch vertrauensbildend wirken und vom Arbeitnehmer als wertschätzend empfunden werden. Handelt es sich dagegen in erster Linie um einen Kontrollbesuch, sollte der Arbeitgeber hiervon nur sehr sensibel Gebrauch machen. Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, den Arbeitgeber zu Hause zu empfangen.⁶⁰ Ein guter Arbeitgeber sollte um das Wohl seiner Arbeitnehmer besorgt sein. Dazu zählt es auch, den Arbeitnehmer nach (längerer) Krankheit wieder am Arbeitsplatz zu begrüßen, sich nach seinem Befinden zu erkundigen und ihm einen reibungslosen Wiedereinstieg zu ermöglichen. In Fällen begründeter Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit können *Krankenrückkehrgespräche* – unter Teilnahme von Vorgesetzten, gegebenenfalls Vorstand/Geschäftsführung – nicht nur dazu genutzt werden, mögliche Ursachen der häufigen Fehlzeiten aufzuklären; es kann damit auch dem Arbeitnehmer verdeutlicht werden, dass er „auffällig“ geworden ist, der Arbeitgeber dies beobachtet und nicht gewillt ist, weiter in diesem Ausmaß hinzunehmen.

7. Detektiv

Bei konkretem Tatverdacht des Erschleichens der Lohnfortzahlung kann der Arbeitgeber auch einen Detektiv beauftragen. Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber wegen der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten (§ 280 I BGB) die durch das Tätigwerden eines Detektivs notwendigen Kosten zu ersetzen, wenn der Arbeitgeber auf Grund eines konkreten Tatverdachts einem Detektiv die Überwachung des Arbeitnehmers überträgt und der Arbeitnehmer einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird.⁶¹ Das gilt auch, wenn die ermittelten Tatsachen zu einem so schwerwiegenden Verdacht einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung führen, dass dies den Ausspruch einer Verdachtskündigung rechtfertigt. Dabei kommt es bei den durch den Detektiv ermittelten Belastungstatsachen nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer sich während der Krankschreibung gesundheits- oder genesungswidrig verhalten hat, sondern darauf, ob er sich vorsätzlich so verhalten hat, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung der Schluss gezogen werden muss, er sei nicht arbeitsunfähig.⁶²

Grundsätzlich darf ein vom Arbeitgeber beauftragter Detektiv zur Beweissicherung auch Filmaufnahmen machen, wenn die verdeckte Überwachung das einzige zur Verfügung stehende Mittel zur Überführung von Arbeitnehmern ist, die der Begehung von Straftaten konkret verdächtig sind.⁶³ Die Überwachungsmaßnahme ist am Maßstab des § 32 BDSG zu messen. Im Falle der Überwachung bei einer angeblichen Arbeitsunfähigkeit müssen allerdings „ernsthafte Zweifel“ bestehen, welche den Beweiswert der AUB erschüttern. Bestehen diese nicht und wird dennoch überwacht, kann hierin eine zur Geldentschädigung verpflichtende Persönlichkeitsverletzung

liegen.⁶⁴ Das *LAG Hamm* begründet seine Entscheidung damit, dass „die Detektivüberwachung im Konfliktfall die Einholung medizinischen Sachverständnisses regelmäßig nicht ersetzen“ könne und deutet an, dass vorrangig der MDK einzuschalten sei. Beide Argumente gehen fehl. Das Gericht entzieht sich seiner tatrichterlichen Verantwortung gem. § 286 BGB und „versteckt“ sich hinter den Sachverständigen. Nach dem Gesetz soll es aber selbst nach „freier Überzeugung“ entscheiden. Für ein Vorrangverhältnis von MDK gegenüber Detektiv gibt es überhaupt keine Anhaltspunkte. Der MDK ist ein langsames und oftmals ineffektives Verfahren und hat etwa im Bereich privatversicherter Arbeitnehmer gar keinen Anwendungsbereich. Einzig gültiger Maßstab für die Überwachung sind § 32 BDSG und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Das *BAG* hat nunmehr mit Urteil vom 19.2.2015 die Vorinstanz bestätigt und entschieden, dass der Verdacht der vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit auf *konkreten Tatsachen* beruhen muss.⁶⁵ Dem Arbeitgeber ist zur Vermeidung etwaiger Schadensersatzansprüche wegen Persönlichkeitsverletzung zu raten, einen Detektiv gegen „Blaumacher“ nur bei ernsthaften und auf konkreten Tatsachen beruhenden Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit zu beauftragen. Die Tatsachen sind zu dokumentieren. Der Arbeitgeber muss abwägen, ob die Observation in einem angemessenen Verhältnis steht zum vorgeworfenen Fehlverhalten/Schaden und ob nicht weniger einschneidende Maßnahmen zur Verfügung stehen.

VI. Zusammenfassung

Um es klar und deutlich zu sagen: Das beste Mittel gegen hohe Krankenstände ist gute, abwechslungsreiche Arbeit und eine wertschätzende Behandlung der Mitarbeiter durch den Arbeitgeber. Dennoch gibt es auch unter vorgenannten Arbeitsbedingungen Arbeitnehmer, die das hohe deutsche arbeits- und sozialrechtliche Schutzniveau ausnutzen und eine Arbeitsunfähigkeit vortäuschen. Entgegen weitläufiger Meinung stehen dem Arbeitgeber vielfältige Möglichkeiten zur Verfügung, um gegen hohe Fehlzeiten und damit verbundene Kosten vorzugehen. Hierzu zählen Maßnahmen gegen die AUB (Arzt, MDK, Beweiswert des Attests), die Anordnung der Vorlage einer AUB ab dem ersten Tag, der Abbau von Gleitzeit bei Krankheit, gegebenenfalls Lohnkürzung, Krankenbesuche, Rückkehrgespräche sowie der Einsatz eines Detektivs.

Der Autor, LL. M. (Stellenbosch), ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht beim Arbeitgeberverband der Versicherungsunternehmen in Deutschland (AGV) in München sowie bei *Ruge · Krömer* Fachanwälte für Arbeitsrecht in Hamburg.

- 1  [Faz.net v. 19.2.2015](http://www.faz.net/v.19.2.2015), vgl. www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/influenza-die-grippewelle-erfasst-deutschlands-unternehmen-13436412.html, zuletzt abgerufen am 22.3.2015.
- 2  *BAG*, Urte. v. 19.2.2015 – 8 AZR 1007/13, bisher liegt nur die Pressemitteilung vor (PM 7/15 = NZA aktuell H. 5/2015, VI).
- 3  www.burn-out-muenchen.de/standorte/index.html, zuletzt abgerufen am 22.3.2015.
- 4  In der FAZ v. 25.11.2014, 16 wird unter Berufung auf eine aktuelle Untersuchung der DAK darauf hingewiesen, dass die durch Burn-out verursachten Krankschreibungen im Jahr 2013 um 1/3 zurückgegangen seien und sich dieser Trend im ersten Quartal 2014 fortgesetzt habe.
- 5  www.spiegel.de/karriere/berufsleben/arbeitszeit-und-privates-soziologe-untersucht-faulenzerei-im-job-a-1004913-druck.html, zuletzt abgerufen am 23.3.2015.
- 6  Nach dem BKK Gesundheitsreport beträgt der Krankenstand 4,9 %. Die Betriebskrankenkassen repräsentieren rund 15 % aller Versicherten innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), vgl. VersicherungsJournal.de v. 10.12.2014.

7

Fehlzeiten-Report 2014, 328 und Tab. 31.1.2; für den Bereich der Betriebskrankenkassen wird eine durchschnittliche Fehlzeit je Arbeitnehmer von rund 18 Tagen angenommen, vgl. BKK Gesundheitsreport.

8

§ 5 I 2 EFZG. Kurzeiterkrankungen werden davon erfasst, wenn Arbeitnehmer freiwillig, überobligatorisch schon vor dem vierten Krankheitstag eine AUB beibringen oder eine entsprechende Pflicht durch den Arbeitgeber angeordnet wurde, § 5 I 3 EFZG.

9

Fehlzeiten-Report 2014, Abb. 31.1.7.

10

Fehlzeiten-Report 2014, 328 und Tab. 31.1.2012.

11

Vis a vis September/Okttober 2014, 9.

12

§ 2 I der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung (Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien) nach § 92 I 2 Nr. 7 SGB V idF v. 14.11.2013, in Kraft getreten am 28.1.2014.

13

BAG, NJW 2008, 1550 = NZA 2008, 595 Rn. 19; *Schaub/Linck*, ArbR-HdB, 15. Aufl. 2013, § 98 Rn. 14 f.

14

LAG Hamm, DB 1977, 828 = BeckRS 1977, 30460188; vgl. etwa auch BAG, NZA-RR 2006, 636.

15

BAGE 85, 167 = NZA 1997, 652 = AP EFZG § 3 Nr. 4.

16

BeckOK EFZG/*Ricken*, 33. Ed. 1.9.2014, § 5 Rn. 26.

17

BAG, NJW 1977, 350 = AP LohnFG § 3 Nr. 2.

18

Vgl. zB auch § 25 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns v. 12.10.1997, zuletzt geändert am 14.10.2001. Hiernach hat der Arzt „bei der Ausstellung ärztlicher Gutachten und Zeugnisse mit der notwendigen Sorgfalt zu verfahren und nach bestem Wissen seine ärztliche Überzeugung auszusprechen“.

19

So auch *Merkel*, DB 2012, 2691 (2692).

20

Selbst der Gesetzgeber konzidiert diesen Missstand, indem er mit der Einschaltung des MDK gem. § 275 SGB V ein eigenes Prüfverfahren bei „Auffälligkeiten“ von Arzt oder Versichertem geschaffen hat.

21

Moderegger in *Grobys/Panzer*, SWK-ArbR, 2012, Rn. 31 – Arbeitsunfähigkeit.

22

BAG, NZA-RR 2006, 636 Rn. 23.

23

Lepke, Kündigung bei Krankheit, 14. Aufl. 2012, Rn. 581.

24

So auch *Kühn*, NZA 2012, 1249 (1253).

25

Kühn, NZA 2012, 1249 (1252).

26

BAG, NZA 1993, 81 = AP BGB § 611 Musiker Nr. 21.

27

Tarifvertrag für Musiker in Kulturorchestern (TVK) v. 1.7.1974.

28

Lepke, Kündigung bei Krankheit, Rn. 581.

29 
Krause in v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 15. Aufl. 2013, § 1 Rn. 386.

30 
ErfK/Reinhard, 15. Aufl. 2015, § 5 EFZK Rn. 13; Schliemann in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2014, § 5 BDSG Rn. 19.

31 
BAG, NZA-RR, 2006, 636 (639) Rn. 30 (noch offengelassen von BAG, NJW 1979, 1264 = DB 1979, 6539); ebenso Preis in Preis, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. 2011, II G 30 Rn. 15.

32 
So auch *Ley in Fuhlrott/Mückl, Praxis-HdB Low-Performance, Krankheit, Schwerbehinderung, 2014, Kap. 2, Rn. 74*, der allerdings aus der Regelung dann doch keine Rechtsfolgen ableiten mag (Rn. 78).

33 
Schmitt, EFZG, 7. Aufl. 2012, § 5 Rn. 99.

34 
LAG Hamm, Urt. v. 9.4.2008 – 18 Sa 1938/07, BeckRS 2008, 54151; aA noch Hanau/Kramer, DB 1995, 94 (98).

35 
BAG, NJW 1977, 350 = AP LohnFG § 3 Nr. 2.

36 
LAG München, Urt. v. 18.6.2009 – 3 Sa 1059/08, BeckRS 2009, 44920.

37 
LAG Köln, NZA-RR 2004, 572; Schmitt, Rn. 116.

38 
LAG Köln, NZA-RR 2003, 15; aA für einen Ausnahmefall bei verweigerter Freistellung zur Pflege eines an Leukämie erkrankten Kindes LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 24.3.2010 – 2 Sa 309/09, BeckRS 2010, 71572.

39 
LAG Hamm, NZA-RR 2004, 292; LAG Niedersachsen, Urt. v. 7.5.2007 – 6 Sa 1045/05, BeckRS 2007, 45982; vgl. auch FAZ v. 15.2.2015, 21.

40 
ErfK/Reinhard, EFZG § 5 Rn. 16; aA BAG, VersR 1973, 230.

41 
BAGE 74, 127 = NZA 1994, 63 = AP BGB § 626 Nr. 112.

42 
Moderegger in Grobys/Panzer, SWK-ArbR, Rn. 25 – Arbeitsunfähigkeit.

43 
So auch *Kühn, NZA 2012, 1249 (1251 f.)*.

44 
Ärzte überschreiten dadurch ihre Kompetenzen. Die bemerkenswerteste ärztliche Bescheinigung, die dem Autor in seiner Funktion als ehrenamtlicher Richter beim *ArbG München* begegnet ist, enthielt die Aussage, dass es der Gesundheit der Patientin nicht förderlich sei, wenn sie weitere Abmahnungen oder Kündigungen erhalte.

45 
BAG, NJW 2014, 2302 = NZA 2014, 719 Rn. 24, wo zudem der Anteil der Nachtschichten völlig untergeordneter Natur (5 % der Gesamtarbeitszeit) war.

46 
Stückmann, DB 1998, 1662 (1664).

47 
BAGE 69, 272 = NZA 1992, 643.

48 
BAGE 143, 315 = NJW 2013, 892 = NZA 2013, 322.

49 
Willemsen/Fritzsche, DB 2012, 860 (864).

50 

Altenburg in Grobys/Panzer, SWK-ArbR, Rn. 6 – Betriebliche Übung.

51

Eingehend Merkel, DB 2012, 2691.

52

Gola/Wronka, HdB Arbeitnehmerdatenschutz, 6. Aufl. 2013, Rn. 959.

53

Aufsichtsbehörde Baden-Württemberg, Hinw. z. BDSG Nr. 32 – Staatsanzeiger v. 12.1.1994, Nr. 3, 8 ff.

54

Gola, Datenschutz am Arbeitsplatz, 5. Aufl. 2014, Rn. 657 mit Hinw. auf die Bayerische Aufsichtsbehörde, RB 2009/2010, Nr. 12.4, wonach die Krankheitstage nicht angezeigt werden dürfen.

55

BAGE 107, 278 = NZA 2004, 738; aA Moderegger in Grobys/Panzer, SWK-ArbR, Rn. 43 – Arbeitsunfähigkeit.

56

„Ohne Arbeit kein Lohn“, §§ 326 I 1, 614 S. 1 BGB; ErfK/Reinhard, EFZG § 5 Rn. 17.

57

Sofern nicht ein Leistungsträger Sozialleistungen (zB Krankenkasse leistet Krankengeld) erbracht hat. In diesem Fall geht der Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnzahlung gegen den Arbeitgeber bis zur Höhe der Sozialleistung auf den Leistungsträger über, § 115 SGB X.

58

Preis in Preis, Der Arbeitsvertrag, II G 30 Rn. 13.

59

BAG, BB 1973, 88, für den Fall der Vereitelung einer Untersuchung durch Betriebskrankenkasse und Vertrauensarzt.

60

Ruhnke, Rückkehrgespräche, 2004, 174.

61

BAG, NZA-RR 2011, 231.

62

BAG, NJW 2014, 877 = NZA 2014, 301.

63

Lembke in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, Vorb. BDSG Rn. 108.

64

LAG Hamm, ZD 2014, 204.

65

BAG, Urt. v. 19.2.2015 – 8 AZR 1007/13, bisher liegt nur die Pressemitt. vor (PM 7/15 = NZA aktuell H. 5/2015, VI).