

■ Arbeitsunfähigkeit – was kann vertraglich vereinbart werden?

von RAin FAinArbR Daniela Range-Ditz, Rastatt*

Trotz steigender Angst um den Arbeitsplatz und damit einhergehender reduzierter Krankheitszeiten werden die Betriebe durch die Aufwendungen für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach wie vor ganz erheblich belastet. Zur Vermeidung von Missverständnissen über die den Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit treffenden Rechte und Pflichten und zur Vermeidung von Missbrauch der Arbeitsunfähigkeit kann es daher im Arbeitgeberinteresse liegen, als vorbeugende Maßnahme entsprechende Klauseln in den Arbeitsvertrag aufzunehmen. Hierbei sollten jedoch stets die sich aus den §§ 305 bis 310 BGB ergebenden Konsequenzen berücksichtigt werden. Vorbehaltlich hierzu noch zu erwartender Rechtsprechung können sich hierbei zahlreiche Regelungsbereiche ergeben.

I. Mitteilungspflichten bei Vertragsbeginn

Die **Auskunftspflicht** des Arbeitnehmers zu Fragen des Arbeitgebers nach Krankheit ist eingeschränkt. Das gilt ebenfalls in Bezug auf **Offenbarungspflichten**.

Eine Offenbarungspflicht wird nur dann angenommen, wenn der Arbeitgeber ein **objektives Interesse** an der Mitteilung über das Bestehen der körperlichen oder geistigen Beeinträchtigung hat. Dies wird üblicherweise dann angenommen, wenn der Arbeitnehmer die vertraglich **geschuldete Arbeitsleistung** aufgrund der körperlichen oder geis-

* Kanzlei Dr. Ditz und Kollegen, Rastatt.

Hinweise zur Vertragsgestaltung

tigen Beeinträchtigung gar **nicht ausüben kann**. Dann ist eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB wegen Fehlens einer verkehrswesentlichen Eigenschaft des Bewerbers möglich¹.

Um somit bereits bei Vertragsabschluss den Arbeitnehmer über die Konsequenzen einer Falschinformation in Kenntnis zu setzen, empfiehlt sich eine möglichst genaue Darstellung der vom Arbeitnehmer zu erbringenden **Arbeitsleistungen und Tätigkeitsbeschreibung** sowie im Anschluss hieran eine Klausel der in Bezug auf diese Tätigkeit bestehenden Arbeitsfähigkeit (Achtung: Durch die präzise Tätigkeitsbeschreibung kann sich jedoch eine Beschränkung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechtes im Falle einer später eventuell erforderlich werdenden Versetzung oder Umsetzung ergeben!).

Musterformulierung

Der/die Arbeitnehmer/in erklärt ausdrücklich, an keiner Erkrankung zu leiden, die ihn/sie hindert seiner/ihrer Arbeitspflicht nachkommen zu können.

II. Anzeigepflicht während des Arbeitsverhältnisses

Ist das Arbeitsverhältnis begründet und in die Tat umgesetzt, so besteht häufig Unkenntnis über die Differenzierung der Pflicht zur Krankmeldung des Arbeitnehmers einerseits sowie der Pflicht zum Nachweis der Arbeitsunfähigkeit andererseits.

Die insoweit bereits gesetzlich bestehenden Pflichten nach § 5 EFZG könnten daher in einem Vertrag nochmals ausdrücklich aufgenommen werden.

Musterformulierung

Der/die Arbeitnehmer/in ist verpflichtet unverzüglich, d. h. möglichst noch vor Arbeitsbeginn, spätestens jedoch drei Stunden nach dem eigentlich vorgesehenen Arbeitsbeginn die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer anzuzeigen. Die Anzeige muss gegenüber der Leitung der Personalabteilung (Herrn/Frau) oder aber dem/der unmittelbar Vorgesetzten innerhalb des genannten Zeitraumes telefonisch oder durch Boten mitgeteilt werden.

Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Anzeigepflicht während der gesamten Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit besteht, insbesondere auch nach Ablauf der sechswöchigen Entgeltfortzahlung.

Es ist zwar durchaus nicht üblich, bereits im Arbeitsvertrag auf die arbeitsrechtliche Konsequenzen einer Verletzung der Anzeigepflicht hinzuweisen, sollte die Arbeitgeberseite jedoch einschlägig negative Erfahrungen gesammelt haben, so würde sich folgende weitere Formulierung im Arbeitsvertrag anbieten:

Musterformulierung

Sollte der/die Arbeitnehmer/in gegen die Anzeigepflicht verstoßen, wird darauf hingewiesen, dass dem Arbeitgeber vorbehalten bleibt, in diesem Falle den Vertragsverstoß abzumahnen, im Wiederholungsfalle die Kündigung auszusprechen.

¹ BAG v. 28. 3. 1974, AP Nr. 19 zu § 123 BGB.

² BAG v. 25. 1. 2000 – 1 ABR 3/99, NZA 2000, 665 (666).

III. Nachweispflicht

Neben der Anzeigepflicht hat gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen, sofern diese länger als drei Kalendertage dauert. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist spätestens am 4. Krankheitstag vorzulegen.

Auch die Nachweispflicht besteht nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraumes weiter, was vielfach von Arbeitnehmern nicht realisiert wird. Ist die Arbeitgeberseite aufgrund fehlender weiterer Nachweise über die weitere Fortdauer der Krankheit des Arbeitnehmers in Unkenntnis, können nachhaltige Probleme bei der weiteren Personaldisposition entstehen.

Auch hier könnte daher im Arbeitsvertrag eine umfassende Regelung vorgenommen werden.

Musterformulierung

Die Arbeitnehmer/in ist gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG verpflichtet, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, sofern die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage andauert. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist dem Arbeitgeber spätestens am 4. Krankheitstage zu übermitteln. Hierbei hat der/die Arbeitnehmer/in sie an folgende Adresse zu übersenden:

...

(präzise Anschriftenbenennung)

Aus der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss sich die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer ergeben. Der/die Arbeitnehmer/in wird darauf hingewiesen, dass die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch vorzulegen ist, wenn der 6-wöchige Entgeltfortzahlungszeitraum abgelaufen ist.

Auch hier ist der Hinweis von arbeitsrechtlichen Konsequenzen für den Fall des Verstoßes gegen diese Pflicht möglich:

Musterformulierung

Wird die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verspätet oder gar nicht an die oben angegebene Anschrift übersandt, so ist der Arbeitgeber berechtigt, arbeitsrechtliche Konsequenzen gegenüber dem Arbeitnehmer/in zu ziehen. Im Wiederholungsfall ist der Arbeitgeber berechtigt, nach erfolgloser Abmahnung das Arbeitsverhältnis zu kündigen.

IV. Vorgezogene Nachweispflicht

Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG kann die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung auch vor Ablauf des 4. Krankheitstages verlangt werden. Damit hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, nicht nur die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung früher anzufordern, sondern er hat auch das Recht, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für Zeiten geltend zu machen, die kürzer als drei Tage andauern.²

Sofern eine solche Regelung aufgenommen wird, könnte diese in Abänderung des obigen Textvorschlages wie folgt lauten:

Musterformulierung

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit bereits am 1. Tag seiner Arbeitsunfähigkeit vorzulegen. Die

Hinweise zur Vertragsgestaltung

Übersendung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann vorab per Telefax an folgende Telefax-Nr. erfolgen:

...

(präzise Angabe der hierfür zuständigen Empfangsstelle)

Das Original der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss spätestens am 3. Kalendertag nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit bei dem Arbeitgeber unter folgender Anschrift eingegangen sein:

...

(präzise Angabe der hierfür zuständigen Empfangsstelle).

Auch hier kann im Falle des Pflichtverstoßes der obige Abmahnungshinweis aufgenommen werden.

V. Pflichten bei Erkrankung im Ausland

Beginnt die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin im Ausland, so greift § 5 Abs. 2 EFZG ein: Danach muss der Arbeitnehmer nicht nur die Erkrankung und die voraussichtliche Dauer anzeigen, sondern die **Adresse am Aufenthaltsort** angeben. Ferner muss der Arbeitnehmer die Anzeige in der schnellstmöglichen Art der Übermittlung durchführen. Die hierfür entstehenden Kosten sind vom Arbeitgeber zu tragen, § 5 Abs. 2 EFZG. Üblicherweise wird hier von einer Übermittlung per Telefon, Telegramm oder per Telefax sowie E-Mail auszugehen sein. Gemäß § 7 Abs. 1 EFZG steht dem Arbeitgeber ein zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn der Arbeitnehmer seine Auslandanschrift nicht mitteilt. Der Arbeitnehmer muss darüber hinaus im Falle der Rückkehr ins Inland sowohl dem Arbeitgeber als auch der Krankenkasse unverzüglich diese Rückkehr anzeigen, § 5 Abs. 2 Satz 7 EFZG. Im Hinblick auf diese Vorschrift könnte daher folgende Vertragsklausel aufgenommen werden:

Musterformulierung

Wird der/die Arbeitnehmer/in im Ausland arbeitsunfähig und begehrt Entgeltfortzahlung, so besteht gegenüber dem Arbeitgeber die unverzügliche Verpflichtung zur Anzeige der Erkrankung sowie deren voraussichtlicher Dauer, spätestens jedoch innerhalb von Stunden, unter nachfolgender Anschrift durch schnellstmögliche Art der Übermittlung (Telefon, Telegramm, Telefax oder E-Mail):

...

(konkrete Angabe der zuständigen Empfangsadresse)

Die hierdurch ggf. entstehenden Kosten trägt der Arbeitgeber. Der/die Arbeitnehmer/in ist darüber hinaus innerhalb der gleichen Frist verpflichtet, die Adresse am Aufenthaltsort anzugeben. Es wird darauf hingewiesen, dass im Falle des Verstoßes gegen diese Verpflichtungen die Entgeltfortzahlung verweigert werden kann.

VI. Ärztliche Untersuchung auf Veranlassung des Arbeitgebers

Wegen des Grundsatzes der freien Arztwahl gem. Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG sowie § 76 SGB V ist der Arbeitnehmer grundsätzlich berechtigt, den Arzt seiner Wahl aufzusuchen. Abgesehen von einigen gesetzlichen Sonderregelungen, die eine arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchung vorschreiben, ist dem Arbeitgeber grundsätzlich keine Möglichkeit gegeben, eine ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers zu veranlassen. Dies kann nur

erreicht werden, wenn bestimmte Tatsachen den **dringenden Verdacht** begründen, dass der Arbeitnehmer infolge seines Gesundheitszustandes die betrieblich geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr erbringen kann oder der Verdacht der Ausstellung eines Gefälligkeitsattestes oder sonstiger schwerwiegender Umstände besteht. Soweit die sich hieraus ergebenden ärztlichen Untersuchungen dem Arbeitnehmer zumutbar sind, wird von einigen Gerichten die Auffassung vertreten, dass dann vom Arbeitgeber zu einer ärztlichen Untersuchung eines von ihm benannten Arztes verpflichtet werden kann.³

Üblicherweise hat der Arbeitgeber lediglich die Möglichkeit, im Rahmen des § 275 SGB V den **medizinischen Dienst der Krankenkassen** einzuschalten: Insbesondere nach dem im Gesetz genannten Regelbeispielen wie häufig oder auffällig häufig kurzdauernde Arbeitsunfähigkeitszeiten oder auch geballte Arbeitsunfähigkeitszeiten um ein Wochenende herum führen dazu, dass Zweifel an der jeweils erteilten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bestehen können, die den medizinischen Dienst der Krankenkassen verpflichten, mit einer ärztlichen Untersuchung tätig zu werden.

Problematisch sind auch jene Fälle, in denen der Arbeitnehmer sein **Fernbleiben ankündigt**, nachdem sein Urlaubswunsch nicht bewilligt wurde, oder wenn bei dem Arbeitnehmer eine **Alkoholbeeinträchtigung am Arbeitsplatz** deutlich erkennbar ist. Insbesondere im letztgenannten Fall wird üblicherweise die Aufforderung, sich einer Blutuntersuchung zur Feststellung des Blutalkoholwertes zu unterziehen, nicht durchgesetzt werden können, so dass dem Arbeitgeber nur die Möglichkeit bleibt, im Falle der Weiterung einer ärztlichen Untersuchung eine Abmahnung auszusprechen und im Wiederholungsfall zu kündigen. Bei einem Berufskraftfahrer beispielsweise könnte eine entsprechende Regelung im Zusammenhang mit dem bestehenden Alkoholverbot explizit aufgenommen werden. Diese könnte dann wie folgt lauten:

Musterformulierung

Der/die Arbeitnehmer/in wird darauf hingewiesen, dass ein absolutes Alkoholverbot am Arbeitsplatz besteht. Verstößt der/die Arbeitnehmer/in hiergegen, so muss er/sie mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen bis hin zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechnen.

Werden bei dem/der Arbeitnehmer/in bereits bei Arbeitsaufnahme oder auch im Verlaufe der Arbeit Indizien für eine Alkoholbeeinträchtigung (Alkoholfahne, lallende Sprache, Konzentrationsbeeinträchtigungen, schwankender Gang etc.) festgestellt, so ist der Arbeitgeber berechtigt, den/die Arbeitnehmer/in aufzufordern, sich einer sofortigen ärztlichen Untersuchung über die Blutalkoholkonzentration zu unterziehen. Der/die Arbeitnehmer/in wird darauf hingewiesen, dass er/sie im Verweigerungsfall mit einer Abmahnung, und im Wiederholungsfall mit einer Kündigung rechnen muss.

Problematisch dürfte jedoch in diesem Zusammenhang die Abwägung der **Zumutbarkeit** einer solchen angeordneten Untersuchung sein. Andererseits hat der Arbeitgeber aber auch Schutzpflichten, insbesondere für Leib und Leben des Arbeitnehmers und für Dritte ebenso wie für deren Sachgüter.

³ LAG Berlin v. 27.11.1989 – 9 Sa 82/89, DB 1989, 1621 = LAGE Nr. 2 zu § 242 BGB.

Hinweise zur Vertragsgestaltung

VII. Vergütungskürzung

Schließlich sind Regelungen zur Vergütungskürzung bei Sonderzahlungen im Fall der Arbeitsunfähigkeit denkbar, **§ 4 a EFZG**. Voraussetzung ist jedoch, dass es sich bei der Sondervergütung nicht um eine tarifvertragliche Zusatzzahlung handelt, die durch einzelvertragliche Vereinbarung nicht abdingbar wäre. Typischerweise unterfallen dieser Kürzungsmöglichkeit **z.B. Anwesenheitsprämien oder Jahressondervergütungen**.

Musterformulierung

Die unter § dieses Arbeitsvertrages vorgesehene Sonderzahlung kann für jeden arbeitsunfähigkeitsbedingten Fehltag um $\frac{1}{2}$ des sich aus dem Jahresdurchschnitt ergebenden arbeitstäglichen Arbeitsentgeltes gekürzt werden.

VII. Fazit

Die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten zur Verminderung von Missbrauchsfällen bei Arbeitsunfähigkeit sind zwar vielfältig, sie sollten aber nicht außer Verhältnis zu den sonstigen, den eigentlichen Kern des Arbeitsverhältnisses ausmachenden Regelungen stehen und damit den Vertrag überfrachten. Daher sollte bei Verwendung von oben gemachten Gestaltungsvorschlägen erst überprüft werden, ob überhaupt ein Regelungsbedarf in dem jeweiligen Betrieb (meist erst nach einschlägigen Negativverfahren) besteht. Ferner werden dabei stets die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB zu beachten sein. In Betrieben mit Betriebsräten empfiehlt es sich, derartige Themen im Rahmen von Betriebsvereinbarungen zu regeln.