

# Attest nach einem Krankheitstag?

## Anmerkung zum Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln, 3 Sa 597/11<sup>1</sup>

Dr. Roman Stumpf, Bonn\*

### Aus der Sachverhaltsdarstellung

Die Klägerin ist bei einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt beschäftigt. Sie stellte für den 30.11.2010 [...] einen Dienstreisantrag, dem nicht entsprochen wurde. Nachdem auch eine nochmalige Nachfrage der Klägerin wegen der Dienstreisegenehmigung am 29.11.2010 abschlägig beschieden wurde, meldete sich die Klägerin am Tag der beabsichtigten Dienstreise [...] krank. Die Beklagte forderte daraufhin die Klägerin [...] auf, künftig am ersten Tag der Krankmeldung ein ärztliches Attest einzuholen und vorzulegen [...]. Mit Schreiben ihres späteren Prozessbevollmächtigten teilte die Klägerin der beklagten Rundfunkanstalt mit, dass keinerlei Anhaltspunkte für einen Missbrauchsverdacht gegeben seien und insbesondere kein Zusammenhang zwischen der Erkrankung und dem abgelehnten Dienstreisantrag bestünde. Gleichzeitig forderte sie die Beklagte auf, das geäußerte Verlangen nachvollziehbar zu begründen oder dieses ausdrücklich zurückzunehmen.

Die Beklagte wies [...] darauf hin, dass die Aufforderung zur Vorlage der ärztlichen Bescheinigung ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit nach ihrer Auffassung keiner Begründung bedürfe.

Die Klägerin erkundigte sich daraufhin beim Betriebsarzt [...], wie viele Mitarbeiter des Beklagten verpflichtet seien, am ersten Tag ihrer Erkrankung ein ärztliches Attest vorzulegen und ob er das in ihrem Fall für berechtigt halte. Erläuternd heißt es in dieser vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin vorgelegten E-Mail weiter:

„Ich bin einmal ein halbes Jahr wegen einer OP [krank gewesen], war aber ansonsten in den ersten 30 Jahren meines W-Lebens so gut wie nie krank. Erst jetzt fange ich an, auf Signale meines Körpers intensiver zu hören und entziehe mich hin und wieder den Anfeindungen durch Auszeiten.“ [...]

Das Arbeitsgericht Köln hat mit Urteil vom 03.05.2011 die Klage abgewiesen [...]

Gegen dieses [...] Urteil hat die Klägerin [...] Berufung eingelegt. [...]

Die Klägerin ist weiterhin der Auffassung, dass nach dem Gesetzeszweck das vorzeitige Verlangen der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung immer dann greife, wenn vorangegangene Erkrankungen einen Missbrauchsverdacht begründeten [...] Schließlich könne eine derart gravierende Maßnahme wie die streitgegenständliche Anweisung der Be-

klagten, die tiefes Misstrauen gegenüber der Klägerin zum Ausdruck bringe, nur gerechtfertigt sein, wenn das Verhalten der Klägerin in der Vergangenheit die Vermutung nahelege, dass «Kurzerkrankungen» zur Nichtleistung von Arbeit missbraucht würden, oder wenn die Klägerin einer Mitarbeitergruppe angehörte, bei der nach allgemeiner betrieblicher Übung aus naheliegenden Gründen ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ab dem ersten Tag verlangt würden. Beides sei nicht der Fall [...]

Die Beklagte tritt der erstinstanzlichen Entscheidung bei. Die Aufforderung nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG bedürfe weder einer Begründung noch eines Sachverhalts, der in der Vergangenheit Zweifel an einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit begründet hätte. Unabhängig davon hätten im vorliegenden Fall aber auch hinreichende Zweifel an dem Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit am 30.11.2010 bestanden.

Ergänzend trägt die Beklagte vor, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien in der Vergangenheit nicht völlig unbelastet gewesen sei [...]

### Aus den Entscheidungsgründen

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Widerruf der streitgegenständlichen Anweisung vom 10.12.2010. Sowohl für einen schuldrechtlichen Anspruch aus §§ 611, 242 BGB als auch einen quasinegatorischen Anspruch aus analoger Anwendung des § 1004 BGB fehlt es an der erforderlichen fortdauernden Rechtsbeeinträchtigung. Denn die Beklagte war zur Erteilung der streitgegenständlichen Anweisung berechtigt.

1. Die Rechtmäßigkeit der Anweisung vom 10.12.2010 folgt aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG. Nach dieser Vorschrift ist der Arbeitgeber berechtigt, vom Arbeitnehmer die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung früher als nach drei Kalendertagen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG) zu verlangen. Der MTV<sup>2</sup> enthält insofern keine abweichende Regelung, sondern wiederholt lediglich in § 9 Abs. 2 MTV die Grundregelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG.

a. Die Aufforderung des Arbeitgebers nach § 5 Abs. 1 EFZG bedarf weder einer Begründung noch eines Sachverhalts, der Anlass für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Arbeitnehmers gibt (LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom

\* Der Autor ist Alumnus der Universität Bonn. Er ist zugleich Mitarbeiter der erfolglos verklagten Rundfunkanstalt. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche juristische Auffassung wieder.

<sup>1</sup> Das Urteil ist online abrufbar unter Angabe des AZ: <http://www.justiz.nrw.de/ses/nrweSearch.php>.

<sup>2</sup> Zur Erläuterung: „MTV“ ist die Abkürzung für „Manteltarifvertrag“.

13.10.2009 – 2 Sa 130/09, BeckRS 2011, 66401;ErfK/Dörner, 11. Aufl., § 5 EFZG Rn. 12; Handbuch, 13. Aufl., § 98 Rn. 120 f.; Ricken, in: BeckOK EFZG, § 5 Rn. 21; Feichtinger/Malkmus, EFZG, 2. Aufl., § 5 Rn. 21; Lepke, Kündigung bei Krankheit, 13. Aufl., Rn. 540 f.). Das folgt aus dem insoweit eindeutigen Normwortlaut und der Gesetzessystematik.

Einer im Schrifttum ähnlich stark vertretenen differenzierenden Meinung ist daher nicht zu folgen. Nach dieser Auffassung ist das Verlangen des Arbeitgebers auf billiges Ermessen zu überprüfen (so z. B. HWK/Schliemann, 4. Aufl., § 5 EFZG Rn. 36; Boecken, NZA 1999, 679; Schlachter, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., § 75 Rn. 20; Treber, EFZG, 2. Aufl., § 5 Rn. 36; Vossen, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., § 5 EFZG Rn. 13; DLW/Dörner, Arbeitsrecht, 8. Aufl., B Rn. 1989; wohl auch Küttner/Griese, Personalsbuch, 18. Aufl., Arbeitsunfähigkeit Rn. 11).

Die Vertreter dieser Auffassung stellen wesentlich auf den Weisungscharakter der Anweisung nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ab und unterwerfen diese daher den rechtlichen Grenzen des § 106 GewO. Dabei bleibt unberücksichtigt, dass § 5 EFZG insoweit eine speziellere Regelung für den Bereich der Nachweispflicht in der Entgeltfortzahlung darstellt, die unter Spezialitätsgesichtspunkten den allgemeinen Bestimmungen zum Weisungsrecht in § 106 GewO vorgeht. Eine Überprüfung auf allgemeine Billigkeit hat daher bei § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG gerade nicht zu erfolgen. Es bleibt allein bei den allgemeinen gesetzlichen Schranken der Willkür und des Verbots diskriminierenden Verhaltens.

b. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Anweisung der Beklagten vom 10.12.2010 aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Anhaltspunkte für ein willkürliches oder ansonsten gesetzeswidriges Verhalten der Beklagten sind nicht ersichtlich. Die Beklagte hat in der kurzfristig nach Ablehnung des Dienstreiseantrags der Klägerin aufgetretenen Erkrankung einen hinreichenden Anlass für die Anweisung gesehen. Bestätigung hat sie sodann zusätzlich in der klägerseits vorgelegten E-Mail-Korrespondenz der Klägerin mit dem Betriebsarzt N, in der die Klägerin davon berichtet, sie fange an, auf Signale ihres Körpers intensiver zu hören und entziehe sich hin und wieder den Anfeindungen durch Auszeiten. In einer solchen Situation handelt die Beklagte jedenfalls nicht willkürlich oder rechtsmissbräuchlich, wenn sie die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung ab dem ersten Krankheitstag verlangt.

2. Die Rechtmäßigkeit der Anweisung scheidet auch nicht am Vorliegen einer gegenteiligen betrieblichen Übung der Beklagten. Für das Bestehen einer solchen betrieblichen Übung fehlt es bereits an hinreichendem Sachvortrag der Klägerin [...]

### Urteilsanmerkung

Das zitierte Urteil des LAG Köln hat es bis auf die ersten Seiten der Boulevardpresse geschafft. Eigentlich ist das auch kein Wunder - betrifft die aufgeworfene Rechtsfrage doch fast jeden, der als Angestellter einer Beschäftigung nachgeht. Nach Auffassung des Gerichts kann der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer ohne Weiteres auch vor dem vierten Krankheits-

tag ein ärztliches Attest verlangen. Das soll gelten, obwohl das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG)<sup>3</sup> hierfür als Regel eine Vorlage erst ab dem vierten Krankheitstag vorsieht (§ 5 I 2 EFZG). Bei der verfrühten Vorlagepflicht komme es - so das LAG Köln - nicht darauf an, ob der Arbeitgeber das Attest auch von anderen Arbeitnehmern (*in vergleichbarer Beschäftigung*) einfordere. Ebenso wenig bedürfe es eines wirklichen individuellen Anlasses (*z. B. häufigen Fehlens zum Wochenanfang oder Wochenende hin*). Das Gericht begründet dies mit dem Wortlaut des § 5 I 3 EFZG, der dem Arbeitgeber - abweichend von der Regel - eine verfrühte Attest-Vorlage ermögliche und dafür auch keine weiteren Tatbestandsvoraussetzungen formuliere. Lediglich die Grenzen der Willkür dürften im Einzelfall nicht überschritten werden.

Ob § 5 I 3 EFZG dem Arbeitgeber tatsächlich so viel „Freiheit“ bei der Forderung nach ärztlichen Attesten vor dem 4. Krankheitstag einräumen soll, ist seit über 20 Jahren in Literatur und Rechtsprechung umstritten.

Richtig ist zunächst die Feststellung des Gerichts, dass § 5 I 3 EFZG seinem Wortlaut nach keine weiteren Voraussetzungen für das Verlangen des Arbeitgebers aufstellt, frühzeitig ein Attest von seinem Arbeitnehmer zu bekommen. Es wird sogar aktiv eine Berechtigung des Arbeitgebers hierzu formuliert. Damit ist die Interpretationsfrage aber noch nicht abschließend geklärt. Denn auch wenn dies in der Tat ein starkes Indiz für einen gewollt großen Gestaltungsspielraum des Arbeitgebers ist, werden weitere (*implizierte, aber nicht konkretisierte*) Voraussetzungen für die Ausübung dieser grundsätzlichen Berechtigung (*z. B. das Erfordernis objektiv nachvollziehbarer Gründe etc.*) nicht apodiktisch durch den Wortlaut ausgeschlossen. Das Gericht schränkt seine eigene „voraussetzungslose“ Wortlaut-Auslegung des § 5 I 3 EFZG am Ende der Entscheidung sogar selbst ein: Es setzt der Freiheit des Arbeitgebers nämlich bei der Festlegung, wann er ein Attest seines Arbeitnehmers sehen möchte, aus verfassungsrechtlichen Überlegungen Willkür- und Diskriminierungsgrenzen.

Wenig ergiebig für das „richtige“ Verständnis der Reichweite von § 5 I 3 EFZG ist dessen Entstehungsgeschichte: Ursprünglich sollte für alle Arbeitnehmer bereits ab dem ersten Krankheitstag eine Attestpflicht normiert werden<sup>4</sup>. Die einbringende CDU/CSU-Fraktion verband damit das Anliegen, stärker gegen „Blaumacher“ vorgehen zu können. Gegen diese frühe Attestpflicht gab es jedoch während des Gesetzgebungsverfahrens im Sozialausschuss Bedenken: Zum einen wurde befürchtet, dass eine so frühe Vorlageverpflichtung zu erheblichen Mehrkosten für das Gesundheitswesen führen würde<sup>5</sup>, zum anderen gingen einige Abgeordnete davon aus, dass die Attestpflicht zu einer Art „Bumerang“ werden könne: wenn nämlich die in Attesten dokumentierte Krankheitszeit länger sei als notwendig (*Stichwort: Gefälligkeits-Attest*). Die Endfassung des § 5 I 3 EFZG ist der Ausdruck eines klassischen „Kompromisses“ zwischen diesen Positionen. Aber die kurze, prägnante Formulierung der Norm ist gleichwohl viel-

<sup>3</sup> Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall, BGBl I 1994, 1014, 1065.

<sup>4</sup> BT-Drcks. 12/5263, S. 10.

<sup>5</sup> Vgl. zum Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die Darstellung bei *Schmitt*, Entgeltfortzahlungsgesetz, 6. Auflage 2007, § 5 Rn 48 ff.

seitig interpretierbar: So ließe sich einerseits argumentieren, dass die im Gesetzgebungsverfahren angelegte „Kompromisslinie“ auch bei der praktischen Auslegung berücksichtigt werden sollte - mit der Folge, dass zumindest gewisse Plausibilitätserfordernisse an den Arbeitgeber zu stellen wären, wenn er wirklich von der Regel abweichen und von seinen Arbeitnehmern früher als zum vierten Krankheitstag ein Attest haben wollte. Folgte man dem, ließen sich die genauen Kriterien dieser Plausibilität allerdings nicht präzise aus der historischen Diskussion ableiten. Andererseits könnte man auch die (meines Erachtens überzeugendere) Auffassung vertreten, dass der Verzicht auf die eigentlich geplante allgemeine Attest-Vorlagepflicht ab dem ersten Krankheitstag gerade der finale Kompromiss ist und daneben – jedenfalls im Wege der historischen Auslegung – kein weiterer Raum bleibt für eine Einschränkung des Wortlautes der von § 5 I 3 EFZG.

Schaut man sich das Umfeld der Norm systematisch an, so fällt § 12 EFZG ins Auge: Danach darf von den Vorschriften des Entgeltfortzahlungsgesetzes nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Dies wurde in der Vergangenheit als Argument dagegen vorgebracht, dass der Arbeitgeber die Attest-Vorlagepflicht nach seinem Gutdünken vorverlagern kann. Allerdings überzeugt dieser Gedankengang nicht, da § 5 I 3 EFZG ja gerade eine *gesetzliche* Bestimmung ist. Und diese formuliert nun einmal die Berechtigung des Arbeitgebers, genau das zu tun. Ein weiteres systematisches Gegenargument – der Verweis auf den Rechtsgedanken von § 106 GewO, der für innerbetriebliche Weisungen maßgeblich ist – verfängt ebenso wenig, da im § 5 EFZG eine abschließende Spezialregelung zur Attest-Vorlagepflicht formuliert ist.

Nicht ausgeschlossen ist dagegen eine Reduktion der Reichweite von § 5 I 3 EFZG aus teleologischen Gründen. Insoweit ist vor allem an höherrangiges Verfassungsrecht zu denken, das zwar nicht unmittelbar auf das privatrechtliche Arbeitsverhältnis einwirken kann, aber sehr wohl *mittelbar* über Generalklauseln des „einfachen“ Rechts, z. B. über § 242 BGB.

Zutreffend geht das Gericht davon aus, dass der Handlungsspielraum des Arbeitgebers in jedem Fall durch die Diskriminierungsverbote des Grundgesetzes als Ausdruck einer *allgemeinen* objektiven Werteordnung eingeschränkt ist. In diesem Zusammenhang ist insbesondere Art. 3 III GG zu erwähnen. Entsprechend wird auch vom Großteil der Literatur verlangt, dass der Arbeitgeber den so genannten allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten hat, wodurch eine „sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber andern in vergleichbarer Lage“<sup>6</sup> ausgeschlossen ist. So wäre es unzulässig, wenn einzelne Arbeitnehmer allein auf Grund ihres Glaubens oder ihrer sexuellen Präferenz frühzeitig Atteste bei einer Erkrankung vorlegen müssten.

<sup>6</sup> *Kleinsorge* in: Kaiser/Dunkl/Hold, Kommentar zum Entgeltfortzahlungsgesetz, 5. Auflage 2000, § 5 EFZG Rn 22 m. w. N. zum Streitstand; gegen eine solche Einschränkung der Arbeitgeberberechtigung plädieren wohl: Müller/Berenz, EFZG, § 5 Rn 14 und *Diller*, NJW 1994, 1692.

Streitig, aber durchaus diskussionswürdig ist, ob der Arbeitgeber darüber hinaus objektiv nachvollziehbare Gründe wie berechtigte Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers, häufige Fehlzeiten am Wochenbeginn oder zum Wochenende vortragen muss, wenn er vorzeitig auf einem Attest seines Arbeitnehmers besteht. Dies ließe sich teleologisch mit der besonderen Sensitivität des Arbeitsverhältnisses, insbesondere seiner elementaren Bedeutung für den Einzelnen und der „Bloßstellungsgefahr“ gegenüber den Kollegen durch eine verfrühte Attest-Vorlagepflicht, durchaus plausibel begründen. Letztlich hat der Gesetzgeber bei der Konkretisierung der für das Arbeitsverhältnis bindenden Regeln jedoch einen gewissen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum, der auch verfassungsrechtlich abgesichert ist.

Außerdem sind die schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers vor einer ungerechtfertigten Lohnfortzahlung im Krankheitsfall für „Blaumacher“ nicht zu vernachlässigen. Schließlich wäre eine großflächig angeordnete generelle vorzeitige Attest-Vorlagepflicht mitbestimmungspflichtig<sup>7</sup> und auch potentielle „Verhandlungsmasse“ der Tarifpartner. Insgesamt erscheint es letztlich daher noch vertretbar und zulässig, dass es der Gesetzgeber dem Arbeitgeber ermöglicht, in den Grenzen der Willkür- und Diskriminierungsfreiheit relativ „frei“ auch vorzeitig Atteste von kranken Arbeitnehmern zu verlangen.

Das LAG Köln spart all diese Überlegungen aus, so dass die Entscheidung argumentativ etwas „dünn“ daherkommt. Vielleicht ist eine Ursache dafür, dass die Klägerin wohl nach allen zu § 5 I 3 EFZG vertretenen Meinungen letztlich nicht in der Sache obsiegen konnte: Denn indem die Klägerin an den Betriebsarzt vage schrieb, sie entziehe sich hin und wieder den Anfeindungen durch Auszeiten, gab sie Anlass zur Sorge, sie könne ihre Erkrankung als Vorwand nutzen, um die geschuldete Arbeit nicht zu entrichten bzw. diese zu instrumentalisieren, um sich unliebsamen, aber zum Arbeitsleben auch dazugehörenden Konflikten zu entziehen. Sicher können in einem solchen Fall Auszeiten durch die Erkrankung der Klägerin durchaus begründbar und auch medizinisch völlig richtig sein. Der Arbeitgeber ist jedoch außerstande, dies im Einzelfall einzuordnen, so dass es nachvollziehbar, plausibel und schon gar nicht willkürlich erscheint, wenn er in diesem Fall auf punktuellen Attesten bei jedem Krankheitstag besteht. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Entscheidung hat das LAG dennoch eine Revision der Klägerin vor dem Bundesarbeitsgericht zugelassen. Dies wird möglicherweise also doch noch einmal abschließend Stellung beziehen müssen und endgültige Gewissheit bringen können, wie § 5 I 3 EFZG „richtig“ auszulegen ist.

<sup>7</sup> BAG, Beschluss vom 25.1.2000 – 1 ABR 3/99.