

Aktenzeichen: 5 AZR 726/96

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 01. Oktober 1997

- 5 AZR 726/96 -

I. Arbeitsgericht
Hannover

Urteil vom 10. August 1995

- 10 Ca 38/95 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 04. September 1996

- 15 Sa 1880/95 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Nachweis der Arbeitsunfähigkeit ab ersten Tag der Erkrankung

Gesetz:

EFZG § 5 Abs. 1 Satz 2, 3, § 12; BGB § 134

Leitsätze:

1. Der Arbeitnehmer, der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall begehrt, hat darzulegen und zu beweisen, daß er arbeitsunfähig krank war.
2. Diesen Beweis führt der Arbeitnehmer in der Regel durch Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Er kann diesen Beweis aber auch mit jedem anderen zulässigen Beweismittel führen.
3. Es ist zulässig, im Arbeitsvertrag zu vereinbaren, daß eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits für den ersten Tag krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit beigebracht werden muß.
4. Kommt der Arbeitnehmer seiner Verpflichtung zur Beibringung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (§ 5 Abs. 1 Satz 2, 3 EFZG) nicht nach, so folgt hieraus allein kein endgültiges Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers, sondern nur ein Zurückbehaltungsrecht (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG). Es endet, wenn der Arbeitnehmer anderweitig bewiesen hat, arbeitsunfähig krank gewesen zu sein.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



5 AZR 726/96

15 Sa 1880/95 Niedersachsen

Verkündet am
1. Oktober 1997

Clobes,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. Oktober 1997 durch den Vorsitzenden Richter Griebeling, die Richter Schliemann und Dr. Reinecke sowie



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die ehrenamtlichen Richter Kreienbaum und Dr. Müller für Recht
erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom
4. September 1996 - 15 Sa 1880/95 - wird zu-
rückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu
tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Klägerin begehrt Entgeltfortzahlung für die ersten zwei
Tage ihrer Erkrankung.

Die Klägerin war vom 8. November 1994 bis zum 16. Januar
1995 bei der Beklagten, einem Zeitarbeitsunternehmen, als Leihar-
beitnehmerin beschäftigt. Sie war in einem Versicherungsunterneh-
men als Bürokraft eingesetzt. Grundlage des Arbeitsverhältnisses
war der schriftliche Arbeitsvertrag vom 7. November 1994. Er war
der Klägerin vor Unterzeichnung vorgelesen worden. § 13 des Ar-
beitsvertrages lautet:

"Bei Arbeitsverhinderung sind die Einsatzfirma
sofort, sowie P (die Beklagte) un-
verzüglich unter Angabe der Gründe zu informie-
ren. Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muß
mit Beginn der Krankheit innerhalb von drei Tagen
vorgelegt werden. Eine Meldung zur Wiederaufnahme
der Arbeit oder der Verlängerung der Arbeitsunfä-
higkeit hat so rechtzeitig zu erfolgen, daß eine
ordnungsgemäße Einsatzplanung gewährleistet ist.
Bei schuldhafter Verletzung der Meldepflicht haf-
tet der Mitarbeiter mit Schadensersatz."



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Wegen einer Magenverstimmung meldete sich die Klägerin am 6. Dezember 1994 telefonisch bei dem Versicherungsunternehmen und bei der Beklagten krank. Gegenüber der Beklagten wiederholte sie die telefonische Krankmeldung am 7. Dezember 1994. Die Beklagte leistete für beide Tage keine Entgeltfortzahlung, weil die Klägerin hierfür keine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt hat.

Die Klägerin hat geltend gemacht, ihr stehe die Entgeltfortzahlung für den 6. und den 7. Dezember 1994 zu. Die Beklagte habe auf die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verzichtet. Die Disponentin der Beklagten habe ihr am Telefon erklärt, sie brauche für den ersten und zweiten Tag noch kein Attest vorzulegen. Die arbeitsvertragliche Vereinbarung sei zudem wegen Verstoßes gegen § 12 EFZG unwirksam.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 182,40 DM brutto nebst 4 % p.a. Zinsen auf den sich hieraus ergebenden Nettobetrag seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat entgegnet, die Disponentin habe gegenüber der Klägerin nicht auf die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die ersten beiden Tage der Erkrankung verzichtet. Die arbeitsvertragliche Regelung sei wirksam; sie verstoße insbesondere nicht gegen § 12 EFZG.



Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat Beweis erhoben über die Behauptung der Klägerin, die Disponentin der Beklagten habe ihr gesagt, für die ersten beiden Tage brauche die Klägerin keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Es hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision will die Klägerin die Stattgabe der Klage erreichen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht erkannt, daß die Klägerin keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für den 6. und 7. Dezember 1994 hat. Die Klägerin hat für diese ersten beiden Tage weder eine ärztliche Bescheinigung über ihre krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorgelegt noch auf andere Weise bewiesen, an diesen Tagen arbeitsunfähig krank gewesen zu sein.

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Behauptung der Klägerin, die Disponentin der Beklagten habe ihr zugestanden, für die ersten beiden Tage der Arbeitsunfähigkeit brauche sie keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, als nicht bewiesen erachtet. Hieran ist das Revisionsgericht gebunden (§ 561 Abs. 1 ZPO). Die Revision greift diese Feststellung des Landesarbeitsgerichts nicht an.

II. Rechtsgrundlage für die Klageforderung ist § 3 Abs. 1 EFZG (Art. 53 PflegeversG vom 26. Mai 1994 - BGBl. I S. 1014, in Kraft



getreten am 1. Juni 1994) in der Fassung, die bis zum 30. September 1996 gegolten hat (Art. 13 des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes vom 25. September 1996 - BGBl. I S. 1476). Hiernach verlor der Arbeitnehmer, der durch Arbeitsunfähigkeit infolge von ihm unverschuldeter Krankheit an seiner Arbeitsleistung nicht gehindert war, nicht dadurch den Anspruch auf Arbeitsentgelt für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.

1. Der Arbeitnehmer hat die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen (ständige Rechtsprechung, zuletzt BAG Urteil vom 19. Februar 1997 - 5 AZR 83/96 - AP Nr. 4 zu § 3 EntgeltFG, zu II der Gründe). In der Regel führt der Arbeitnehmer diesen Nachweis gegenüber dem Arbeitgeber wie auch vor Gericht durch die Vorlage einer förmlichen ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG (BAG Urteil vom 19. Februar 1997 - 5 AZR 83/96 - aaO, zu II 1 der Gründe, m.w.N.). Die ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist der gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweis für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Einer solchen Bescheinigung kommt ein hoher Beweiswert zu. Dies ergibt sich aus der Lebenserfahrung. Der Tatrichter kann normalerweise den Beweis, daß krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorliegt, als erbracht ansehen, wenn der Arbeitnehmer im Rechtsstreit eine solche Bescheinigung vorlegt (BAG Urteil vom 19. Februar 1997 - 5 AZR 83/96 - aaO, zu II 1 der Gründe, m.w.N.).



Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist von Gesetzes wegen, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage dauert, spätestens am darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG). Der Arbeitgeber ist aber berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung "früher zu verlangen" (§ 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG).

2. Die Klägerin hat der beklagten Arbeitgeberin keine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den 6. und 7. Dezember 1994 vorgelegt. Die Klägerin war jedoch nach § 13 Satz 2 des Arbeitsvertrages verpflichtet, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung "mit Beginn der Krankheit innerhalb von drei Tagen" vorzulegen. Diese vertragliche Vereinbarung ist wirksam. Dies hat das Landesarbeitsgericht richtig erkannt.

a) Zu Unrecht meint die Klägerin, die arbeitsvertragliche Vereinbarung sei nach § 134 BGB nichtig, weil sie zu ihrem Nachteil von § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG abweiche; nach § 12 EFZG könne - abgesehen von § 4 Abs. 4 EFZG - von den Vorschriften des Gesetzes nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.

b) Nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG stellt eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, wonach der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung stets "früher" vorzulegen hat, keine Abweichung zuungunsten des Arbeitnehmers i.S.d. § 12 EFZG dar. Der Gesetzeswortlaut läßt weder erkennen, daß ein solches Verlangen nicht generell oder pauschal erhoben werden darf, noch verbietet er eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag.



c) Anderes ergibt sich auch nicht aus der Systematik der Sätze 2 und 3 des § 5 Abs. 1 EFZG.

aa) Die Revision meint, § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG stelle eine Ausnahmevorschrift im Verhältnis zu § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG dar; als Ausnahmeregelung erlaube § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG dem Arbeitgeber zwar, im begründeten Einzelfall, nicht jedoch ohne konkreten Anlaß, die "frühere" Vorlage der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu verlangen. Auch in Teilen der Literatur wird die Ansicht vertreten, die "frühere" Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dürfe der Arbeitgeber nur bei ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit oder sonst begründetem Anlaß verlangen (Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 98, V 4 b; ders. BB 1994, 1629; Wedde/Gerntke/Kunz/Platow, § 5 EFZG, Rz 24, 25; Pieper, Der Personalrat 1995, 471, 474).

bb) Bereits die Annahme, § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG sei im Verhältnis zu § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG eine Ausnahmevorschrift, begegnet Bedenken. Die Berechtigung des Arbeitgebers, die frühere Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu verlangen, ist im Gesetz nicht als Ausnahme gekennzeichnet. Aus dem Umstand, daß § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG anzuwenden ist, wenn der Arbeitgeber von § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG keinen Gebrauch gemacht hat, kann weder rechtlich noch tatsächlich auf ein Regel-Ausnahmeverhältnis geschlossen werden. Letztlich kann die Frage, inwieweit § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG Ausnahmecharakter zukommen soll, jedoch dahingestellt bleiben. Allenfalls kommt dieser Frage Bedeutung zu, soweit der Arbeitgeber, wenn er kraft seines Direktionsrechts die frühere Vor-



lage anordnet, billiges Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) einzuhalten hat und ob sein Verlangen schikanös oder willkürlich ist (Schmitt, EFZG, 3. Aufl., § 5 Rz 50 - 54; Schliemann, AuR 1994, 317, 324) oder gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt (Gola, § 5 EFZG, Anm. 5; Vossen, HZA, Gruppe 2 Rz 263; Worzalla/Süllwald, § 5 EFZG Rz 60; Diller, NJW 1994, 1690, 1692; Gola, BB 1995, 2318, 2320; Lepke, NZA 1995, 1084, 1086; Schaub, BB 1994, 1629).

cc) Darum geht es jedoch im vorliegenden Fall nicht. Die beklagte Arbeitgeberin hat hier nicht ihr Direktionsrecht ausgeübt. Vielmehr ist vorliegend die Pflicht zur Vorlage des Attestes bereits für den ersten Tage im Arbeitsvertrag vereinbart worden. Eine Ermessensentscheidung war daher nicht zu treffen. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist gewahrt, weil die Beklagte die Vereinbarung über die "frühere" Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung formularmäßig mit allen Leiharbeitnehmern trifft und sie diese insoweit gleichbehandelt.

d) Auch aus Sinn und Zweck des Entgeltfortzahlungsgesetzes ergibt sich nicht, daß die Vereinbarung einer Vorlagepflicht für den ersten Tag der Erkrankung zum Nachteil der Arbeitnehmer von § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG abweicht. Zwar mag § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG zu einer Kosteneinsparung führen, wenn die Arbeitnehmer aus diesem Grund davon absehen sollen, in den ersten drei Tagen ihrer Erkrankung einen Arzt aufzusuchen. Indessen werden Arbeitnehmer durch § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG selbstverständlich nicht gehindert, bereits am ersten Tag der Erkrankung ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.



Zudem ist dem Gesetz nicht zu entnehmen, daß das Interesse der Arbeitgeber gegenüber dem der Krankenkassen an einer Kostenersparnis zurückzustehen hat. Mit der Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG sollte der Arbeitgeber "in jedem Fall" die Möglichkeit erhalten, sich die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit schon für den ersten Tag durch eine ärztliche Bescheinigung nachweisen zu lassen (BT-Drucks. 12/5798, S. 26). Die Bekämpfung des Mißbrauchs und die Kostenersparnis waren gleichrangige wesentliche Anliegen des Gesetzgebers (BT-Drucks. 12/5798, S. 26 in Verb. mit BT-Drucks. 12/5263, S. 14).

e) Die Vereinbarung der Pflicht zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in § 13 Satz 2 des Arbeitsvertrags ist auch nicht insoweit unwirksam, als sie bereits für den ersten Tag der Erkrankung besteht.

aa) § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG eröffnet dem Arbeitgeber die Möglichkeit, auf der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch für den ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit zu bestehen (Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EFZG, 4. Aufl., § 5 Rz 20; Schmitt, EFZG, 3. Aufl., § 5 Rz 47; Vossen, HZA, Gr. 2 Rz 256; Berenz, DB 1995, 2166, 2170; Diller, NJW 1994, 1690, 1691; Feldgen, DB 1994, 1289, 1290; Hanau/Kramer, DB 1995, 94, 95; Kleinsorge, NZA 1994, 640, 643; Lepke, NZA 1995, 1084, 1086; Schliemann, AuR 1994, 317, 324).

bb) Hiergegen wird eingewendet, das Verlangen der "früheren" Vorlage des Attestes dürfe sich nicht auf den ersten, sondern



frühestens auf den zweiten Tag der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit beziehen; andernfalls würden die Anforderungen an den Arbeitnehmer überspannt (Vossen, HzA, Gr. 2 Rz 265; Hanau/Kramer, DB 1995, 94, 95; Kramer, BB 1996, 1662, 1666; dagegen Schmitt, EFZG, 3. Aufl., § 5 Rz 47). Ob dieser Ansicht zu folgen ist, soweit es um den Zeitpunkt des Eingangs des Attests beim Arbeitgeber geht (siehe dazu auch Lepke, NZA 1995, 1084, 1086), kann hier dahingestellt bleiben. In § 13 Satz 2 des Arbeitsvertrags wird zwischen dem Zeitpunkt, auf den sich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beziehen muß (erster Tag der Erkrankung) und dem Zeitpunkt, bis zu welchem die Bescheinigung bei der Beklagten eingegangen sein muß (innerhalb von drei Tagen), deutlich unterschieden. Vorliegend geht es nicht darum, zu welchem Zeitpunkt ein Attest bei der Beklagten einzugehen hatte, sondern darum, ob die Klägerin vertraglich verpflichtet war, bereits den ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit durch ein ärztliches Attest zu belegen.

cc) Diese Unterscheidung entspricht dem Gesetz. Dem Wortlaut nach betrifft § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG zwar nur den Zeitpunkt der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Darin erschöpft sich diese Regelung jedoch nicht (a.A. Berenz, DB 1995, 2166, 2170; wohl auch Müller/Berenz, EFZG, 2. Aufl., § 5 Rz 6). § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG regelt wie § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG die Pflicht zum Nachweis krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit durch ärztliches Attest, und zwar sowohl den Gegenstand des Nachweises (Beginn und voraussichtliche Dauer der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit) als auch den Zeitpunkt des Zugangs des Attestes beim Arbeitgeber.



Diese Tatbestände waren früher in § 3 LFZG deutlicher unterschieden. Hiernach hatte der Arbeiter seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit (von Anfang an) innerhalb von drei Kalendertagen durch das ärztliche Attest nachzuweisen. In der Formulierung des § 5 Abs. 1 Satz 2 und 3 EFZG wird diese Unterscheidung verwischt. Gleichwohl regelt § 5 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 EFZG beides: Dem Arbeitnehmer wird aufgegeben, den Nachweis krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit durch die Vorlage eines ärztlichen Attests zu erbringen. Hierzu ist er aber nur in der Lage, wenn er sich ein solches Attest vom Arzt hat erteilen lassen.

Hat der Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung "früher" vorzulegen, so trifft ihn die Obliegenheit, seinen Arzt entsprechend rechtzeitig aufzusuchen. Verlangt der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den ersten Tag der Erkrankung, so muß sich der Arbeitnehmer einer ärztlichen Untersuchung so rechtzeitig stellen, daß dem Arzt noch möglich ist, die Arbeitsunfähigkeit bereits für den ersten Tag zu attestieren. Damit wird dem Arbeitnehmer nichts Unzumutbares oder gar Unmögliches angesonnen.

Im Streitfall kann offenbleiben, ob das Verlangen des Arbeitgebers nach der "früheren" Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG dahin zu verstehen ist, daß die Bescheinigung noch am selben Tag beim Arbeitgeber vorzulegen ist und ob die Versäumung einer derart bestimmten "Vorlagefrist" andere arbeitsrechtliche, z.B. disziplinarische Folgen, nach sich ziehen kann (vgl. dazu Lepke, NZA 1995, 1084 ff.). Hier kommt es nur darauf an, ob Entgeltfortzahlung im



Krankheitsfall, schon für die beiden ersten Tage geschuldet wird oder ob die Beklagte insoweit ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann. Die bloße Verspätung der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist hierfür dem Grunde nach ohne Bedeutung. Entscheidend ist vielmehr, ob überhaupt eine aufgrund zeitgerechter Untersuchung ausgestellte ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt wird. Dies zeigt § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG. Hiernach ist der Arbeitgeber zur Verweigerung der Entgeltfortzahlung wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nur solange berechtigt, als der Arbeitnehmer die ärztliche Bescheinigung nicht vorlegt. Selbst wenn der Arbeitgeber die "sofortige" Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verlangt, gewährt § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG dem Arbeitgeber nur ein zeitweiliges, nicht aber ein endgültiges Leistungsverweigerungsrecht. Dieses Zurückbehaltungsrecht erlischt, sobald der Arbeitnehmer die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, sei es auch verspätet, vorlegt oder sonst nachweist, daß er wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht gearbeitet hat.

f) Die Vereinbarung in § 13 Satz 2 des Arbeitsvertrages ist auch nicht aus anderen Gründen rechtsunwirksam.

aa) Haben Vertragspartner eine an sich zulässige Regelung vereinbart, so wird sich regelmäßig eine weitergehende Inhaltskontrolle erübrigen. Ist jedoch der Inhalt des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürfen sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: "Vertrag ist Vertrag". Sie müssen vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Ver-



handlungsstärke ist, und ggf. im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen (BVerfG Beschluß vom 19. Oktober 1993 - 1 BvR 567/89 - BVerfGE 89, 214 = AP Nr. 35 zu Art. 2 GG (Bl. 1067 R)).

Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Vereinbarung der Parteien nicht zu beanstanden. Dabei kann sogar unterstellt werden, es habe zu Lasten der Klägerin bei Abschluß des Formular-Arbeitsvertrages eine "strukturelle Unterlegenheit" vorgelegen. Die Vereinbarung in § 13 Satz 2 des Arbeitsvertrags ist jedoch nicht ungewöhnlich belastend. Sie trifft nur die ersten drei Tage krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Die Klägerin kann - auch für diese ersten Tage - den Beweis, krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen zu sein, ungeachtet der vertraglichen Regelung nicht nur mit Hilfe einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung führen, sondern mit allen zulässigen Beweismitteln. Dem Arbeitgeber steht nur ein zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht zu.

bb) Die Vereinbarung in § 13 Satz 2 des Arbeitsvertrags stellt auch keine unwirksame Überraschungsklausel dar (BAG Urteil vom 29. November 1995 - 5 AZR 447/94 - AP Nr. 1 zu § 3 AGB-Gesetz). Die Klausel ist weder nach Länge, Aufbau oder drucktechnischer Gestaltung des Arbeitsvertrags noch unter inhaltlichen Gesichtspunkten überraschend i.S.d. vorgenannten Rechtsprechung.

III. Die Klägerin hat den ihr obliegenden Nachweis einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ab dem ersten Tag durch Vorlage



einer entsprechenden ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unstreitig nicht erbracht.

1. Dies hat entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts jedoch nicht zur Folge, daß der Klägerin schon deshalb kein Anspruch nach § 3 Abs. 1 EFZG zusteht. Wie bereits dargelegt, hat die nicht rechtzeitige Vorlage der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG nur ein Zurückbehaltungsrecht, nicht aber ein endgültiges Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers zur Folge. Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer schon deswegen keine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beibringen kann, weil er einen Arzt nicht aufgesucht hat.

Zwar wird in Teilen der Literatur angenommen, daß der Arbeitgeber berechtigt sei, in solchen Fällen die Entgeltfortzahlung auf Dauer zu verweigern (J. Schmitt, EFZG, 3. Aufl., § 7 Rz 25; Geyer/Knorr/Krasney, Stand April 1997, § 7 EFZG, Rz 14; HZA-Vossen, Gruppe 2 Rz 372). Diese Ansicht verkennt, daß es sich bei der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung lediglich um ein Beweismittel handelt. Auch wenn diesem Beweismittel ein hoher Beweiswert zukommt, ist der Arbeitnehmer nicht darauf verwiesen, sich allein dieses Beweismittels zu bedienen. Das wird er zwar aus Gründen der Sicherheit des Beweismittels und zur Vermeidung von Zweifeln in aller Regel tun. Er kann aber die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit auch anderweitig nachweisen. Gelingt ihm dies, so endet das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitgebers nach § 7 EFZG. Mißlingt dem Arbeitnehmer der Beweis, so ist die krank-



heitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nach § 3 Abs. 1 EFZG nicht bewiesen, so daß der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht durchsetzen kann.

2. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin nicht bewiesen oder auch nur Beweis dafür angeboten, am 6. und 7. Dezember 1994 arbeitsunfähig krank gewesen zu sein. Eine Zurückverweisung des Rechtsstreits zur weiteren Sachaufklärung bedarf es daher nicht. Die Beklagte, die auch im Prozeß wiederholt geltend gemacht hat, die Klägerin hätte eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen müssen, hat damit zugleich die Behauptung der Klägerin bestritten, arbeitsunfähig erkrankt gewesen zu sein. Es wäre Sache der Klägerin gewesen, für ihre Behauptung Beweis anzubieten.

Griebeling

Schliemann

Reinecke

Müller

Kreienbaum



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)





JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)