

II. Ursache der Arbeitsverhinderung

9. Arbeitsunfähigkeit

Nach § 3 Abs. 1 EFZG ist Voraussetzung für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung, dass ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert wird. Wegen des Arbeitnehmerbegriffes wird auf Abschn. 1 verwiesen.

Eine Beschreibung des Begriffs „Krankheit“ oder des Begriffs „Arbeitsunfähigkeit“ findet sich weder in den arbeitsrechtlichen noch in den sozialversicherungsrechtlichen Gesetzen. Die Rechtsprechung definiert den Begriff **Krankheit** in Bezug auf die Gehaltsfortzahlung für Angestellte als regelwidrigen körperlichen oder geistigen Zustand, der dem Angestellten die Verrichtung der Dienste unmöglich oder unzumutbar macht¹³.

Arbeitsunfähigkeit wird im Allgemeinen (und zwar im Arbeits- und im Sozialversicherungsrecht) als die Unfähigkeit angesehen, wegen Krankheit die bisher ausgeübte Tätigkeit auch künftig auszuüben.

Da im Bereich der Entgeltfortzahlung im Allgemeinen der gleiche Arbeitsunfähigkeitsbegriff zu Grunde gelegt wird wie in Zusammenhang mit dem Krankengeldanspruch in der gesetzlichen Krankenversicherung, sind auch im arbeitsrechtlichen Bereich die Richtlinien des gemeinsamen Bundesausschusses vom 14. 11. 2013¹⁴ über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung analog anwendbar.

Das BAG hat mit Urteil vom 26. 7. 1989¹⁵ im Übrigen festgestellt, dass eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Sinne des (heute) § 3 Abs. 1 EFZG vorliegt, wenn das Krankheitsgeschehen den Arbeitnehmer außer Stande setzt, die ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegende Arbeit zu verrichten, oder wenn er die Arbeit nur unter der Gefahr fortsetzen könnte, in absehbar naher Zeit seinen Zustand zu verschlimmern.

Der Entgeltfortzahlungsanspruch kann dann nicht versagt werden, wenn feststeht, dass die Krankheit des Arbeitnehmers unheilbar ist¹⁶.

Im Übrigen schließt auch eine volle Erwerbsminderung im Sinne des Rentenversicherungsrechts den Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht aus¹⁷.

13 Vgl. z. B. BAG, Urt. v. 3. 11. 1961 – 1 AZR 282/60 = AP Nr. 1 zu § 78 SeemG

14 BAnz. 2014 A1 B4

15 5 AZR 301/88 = USK 8948

16 Vgl. z. B. BAG Urt. v. 22. 12. 1971 – 1 AZR 180/71 = DB 1972, 733

17 BAG, Urt. v. 29. 9. 2004 – 5 AZR 558/03 = Die Leistungen 2005 (Beil.) S. 49

Eine den Anspruch auf Entgeltfortzahlung auslösende Arbeitsunfähigkeit liegt auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer sich einer ärztlich angeordneten Behandlung unterzieht (z. B. Operation zur Korrektur der nach einem Unfall verbliebenen Bewegungseinschränkung) und er ausschließlich deshalb an der Arbeitsleistung gehindert ist¹⁸. Der Fall, dass sich der Arbeitnehmer zur Feststellung der Diagnose ins Krankenhaus begibt, ist gleich zu behandeln. Die Arbeitsunfähigkeit kann auch auf einen Geburtsfehler (hier: Schielen) zurückzuführen sein¹⁹.

Arbeitsunfähigkeit liegt nicht schon dann vor, wenn sich ein Arbeitnehmer während der Arbeitszeit zum Arzt begeben muss²⁰. Entgeltansprüche für den notwendigen Arztbesuch können sich allerdings aus § 616 BGB ergeben²¹, sofern sie nicht durch Tarifvertrag abgedungen werden²².

Eine den Anspruch auf Entgeltfortzahlung auslösende Arbeitsunfähigkeit besteht aber dann nicht, wenn nicht die Behandlungsmaßnahme selbst, sondern die Wahl des Behandlungszeitpunkts und die große Entfernung zum Behandlungsort zu einer ganz täglichen Arbeitsverhinderung führt.

Ein Organspender hat bei komplikationslosem Verlauf der Transplantation keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegen seinen Arbeitgeber, wohl aber auf Ersatz seines Verdienstauffalls gegen den Versicherungsträger des Organempfängers²³.

Eine normale Schwangerschaft und Entbindung ist keine Krankheit im Sinne der Entgeltfortzahlungsbestimmungen²⁴. Anders ist dies bei Beschwerden, die während einer nicht normal verlaufenden Schwangerschaft auftreten²⁵. Das Gleiche gilt bei Fehlgeburten. In diesen Fällen liegt eine Krankheit und damit ein Entgeltfortzahlungsanspruch vor. Wird eine Arbeitnehmerin mit einem regelwidrigen Körperzustand (hier: Gebärmutterhalsschwäche), der für sich alleine keine Krankheit darstellt, schwanger und führt erst die Schwangerschaft im Zusammenwirken mit dem regelwidrigen Körperzustand von einem bestimmten Zeitpunkt ab dazu, dass die Arbeitnehmerin ihre bisherige Beschäftigung nur noch unter der Gefahr, ihren Gesundheits-

18 BAG, Urt. v. 14. 1. 1972 – 5 AZR 264/71 = AP Nr. 12 zu § 1 LFZG und v. 9. 1. 1985 – 5 AZR 415/82 = Die Leistungen 1986, 71

19 BAG, Urt. v. 5. 4. 1976 – 5 AZR 397/75 = EEK I/500

20 BAG, Urt. v. 29. 2. 1984 – 5 AZR 455/81 = USK 8413, 5 AZR 467/81 = USK 8471 und 5 AZR 92/82 = USK 8428

21 Vgl. dazu Abschn. 1

22 BAG, Urt. v. 9. 1. 1985 – 5 AZR 415/82 = a. a. O. (Fn. 5), LAG Niedersachsen, Urt. v. 8. 2. 2018 – 75a 256/17 = RdW 246/2018

23 BAG, Urt. v. 6. 8. 1986 – 5 AZR 607/85 = USK 86129

24 BAG, Urt. v. 14. 10. 1954 – 2 AZR 30/53 = AP Nr. 1 zu § 13 MuSchG

25 BAG, Urt. v. 14. 11. 1984 – 5 AZR 394/82 = USK 84162

zustand zu verschlimmern, ausüben kann, so liegt eine krankheitsbedingte **Arbeitsunfähigkeit** im Sinne der Vorschriften des Entgeltfortzahlungsrechts vor²⁶.

Die für Arbeitnehmer in § 3 Abs. 1 EFZG geforderte Arbeitsunfähigkeit besteht bereits dann, wenn der Arbeitnehmer nicht fähig ist, seiner bisher, also unmittelbar vor dem Eintritt des Zustandes, ausgeübten Erwerbstätigkeit nachzugehen²⁷. Das gilt auch dann, wenn der Erkrankte nur mit der Gefahr, in absehbarer naher Zukunft seinen Zustand zu verschlimmern, fähig ist, seiner bisherigen Erwerbstätigkeit nachzugehen²⁸. Ferner wird das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit im arbeitsrechtlichen Sinne nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nur teilweise erbringt.

In § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG wird bestimmt, dass ein „Arbeitnehmer“ durch Arbeitsunfähigkeit an seiner „Arbeitsleistung“ verhindert wird. Es werden also keine besonderen Voraussetzungen darüber gefordert, **wann** die Arbeitsunfähigkeit eingetreten sein muss. Nach dem bis zum 31. 5. 1994 geltenden Recht bestand für Arbeiter nur dann Anspruch auf Lohnfortzahlung, wenn sie „nach Beginn der Beschäftigung“ durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an einer Arbeitsleistung verhindert waren. Für Angestellte war hingegen der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bereits dann gegeben, wenn sie nach Abschluss des Arbeitsvertrages arbeitsunfähig krank wurden und die Arbeitsunfähigkeit zum Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme fortbestand. Diese Rechtslage gilt seit 1. 6. 1994 **für alle Anspruchsberechtigten**. In der Begründung zum EFZG²⁹ heißt es, dass der Anspruch auf Entgeltfortzahlung frühestens ab dem Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme besteht³⁰.

Eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ist im Regelfall als beendet anzusehen, wenn ein Arbeitnehmer seine Arbeit wieder aufnimmt³¹. Nimmt ein Arbeitnehmer nach vorausgegangener krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit seine Arbeit wieder auf und kann er infolge seiner Krankheit nur unter Bedingungen arbeiten, die ihm vernünftigerweise auf Dauer nicht zuzumuten sind, so liegt weiterhin Arbeitsunfähigkeit vor, weil der Arbeitnehmer nicht im Stande ist, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Bei

26 LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 29. 9. 1978 – L 4 Kr 1323/77 = EEK I/653

27 BAG, Urt. v. 17. 3. 1950 – 2 AZR 471/58 = BB 1950, 520

28 BAG, Urt. v. 25. 6. 1981 – 6 AZR 940/78 = USK 81165

29 Bundestag-Drucksache 12/5263

30 Vgl. dazu das insoweit nach wie vor anzuwendende Urteil des BAG vom 6. 9. 1989 – 5 AZR 621/88 RdW-Kurzbericht 552/1989

31 BAG, Urt. v. 1. 6. 1983 – 5 AZR 468/80 = USK 8367

einer solchen fortlaufend bestehenden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit handelt es sich um einen einheitlichen Verhinderungstatbestand, der nur einmal einen Entgeltfortzahlungsanspruch für längstens sechs Wochen auslöst (vgl. dazu Kap. III).

Dem Arbeitnehmer kann eine andere – gleichartige – Tätigkeit nur dann zugemutet werden, wenn er sie ohne gesundheitliche Gefahren ausüben kann³².

Eine teilweise Arbeitsunfähigkeit gibt es nicht. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, der Arbeitnehmer könne einige Stunden arbeiten.

Im Zusammenhang mit dem Begriff „Arbeitsunfähigkeit“ als Voraussetzung für die Entgeltfortzahlung ist das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (**Infektionsschutzgesetz – IfSG**) vom 20. 7. 2000³³ zu erwähnen, das seit 1. 1. 2001 an die Stelle des Bundesseuchengesetzes³⁴ getreten ist. Wer danach auf Grund des IfSG als Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern Verboten in der Ausübung seiner bisherigen Erwerbstätigkeit unterliegt oder unterworfen wird und dadurch einen Verdienstausschlag erleidet, erhält eine Entschädigung. Das Gleiche gilt für Personen, die als Ausscheider oder Ansteckungsverdächtige abgesondert werden. Bei Ausscheidern gilt dies jedoch nur, wenn sie andere Schutzmaßnahmen nicht befolgen können.

Die zu zahlende Entschädigung richtet sich gem. § 56 Abs. 2 IfSG nach dem vollen Verdienstausschlag. Sie ist für die ersten sechs Wochen vom Arbeitgeber zu zahlen. Dem Arbeitgeber werden die ausgezahlten Beträge auf Antrag von dem leistungsverpflichteten Bundesland (vgl. § 66 IfSG) erstattet. Welche Behörde für die Zahlung zuständig ist, richtet sich nach Landesrecht. Ab Beginn der 7. Woche wird die Entschädigung direkt vom Land gezahlt.

Besteht allerdings Arbeitsunfähigkeit, so sind die Ansprüche auf Entgeltfortzahlung bzw. auf Krankengeld vorrangig³⁵.

Die vom Arbeitgeber gezahlten Beträge werden diesem auf Antrag von der zuständigen Behörde erstattet.

32 Vgl. z. B. Entscheidung des Reichsversicherungsamtes (RVA) Nr. 4339; Amtliche Nachrichten (AN) 1932, 176

33 BGBl. I, 1045

34 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (BSeuchG) i. d. F. vom 18. 12. 1979 (BGBl. I, 2262, 1980 I, 151)

35 Vgl. z. B. (in Zusammenhang mit Tuberkulose) BAG, Urt. v. 26. 4. 1978 – 5 AZR 7/77 = BB 1978, 1780 sowie BGH, Urt. v. 1. 2. 1979 – III ZR 88/77 = DB 1979, 1371

Bazillenausscheider, die nicht unter die Arbeitsverbote fallen, sind arbeitsunfähig³⁶.

Für Personen, denen als Ausscheider, Ausscheidungsverdächtige oder Ansteckungsverdächtige die Berufsausübung untersagt wurde, ohne dass Arbeitsunfähigkeit besteht, ist das Entgelt von ihrem Arbeitgeber nach § 616 Satz 1 BGB während der Dauer des Tätigkeitsverbots fortzuzahlen³⁷. Voraussetzung ist, dass die Verhinderung auf einen verhältnismäßig geringen Zeitraum beschränkt bleibt. Bei längerer Verhinderung entfällt der Anspruch gänzlich, so dass der Arbeitgeber nicht etwa zunächst für eine verhältnismäßig geringe Zeit zur Zahlung verpflichtet bleibt.

Die Entscheidung darüber, welche Zeit einer Arbeitsverhinderung infolge des Beschäftigungsverbotes als **verhältnismäßig nicht erheblich** im Sinne des § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen ist, hängt von mehreren Umständen, insbesondere der Eigenart, der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den darüber getroffenen Abreden ab. Von besonderem Gewicht ist auch die Tatsache, dass die Arbeitsverhinderung eines Ausscheiders ihrem Wesen nach einer Verhinderung durch Krankheit nahekommt. Deshalb ist es angebracht, in solchen Fällen die für Krankheiten geltende Sechs-Wochen-Frist (vgl. Kap. III), jedenfalls bei einem länger andauernden unbefristeten und ungekündigten Arbeitsverhältnis, grundsätzlich als Grenze einer verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit anzusehen.

Als unverschuldete Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 EFZG gilt gem. § 3 Abs. 2 Satz 1 EFZG auch eine Arbeitsverhinderung, die infolge einer nicht rechtswidrigen Sterilisation oder eines nicht rechtswidrigen Abbruchs der Schwangerschaft eintritt. Nach § 218 a Abs. 2, 3 StGB ist ein Schwangerschaftsabbruch nur im Falle medizinischer, kindlicher (embryopathischer) und ethischer (kriminologischer) Indikation rechtmäßig. Eine so genannte soziale Indikation kann entgegen früherem Recht einen Schwangerschaftsabbruch nicht mehr legalisieren.

Unter bestimmten Voraussetzungen ist ein rechtswidriger Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 a Abs. 1 StGB **straffrei**. § 3 Abs. 2 EFZG bestimmt in diesem Zusammenhang, dass als unverschuldete Arbeitsunfähigkeit auch eine Arbeitsverhinderung durch einen Schwangerschaftsabbruch gilt, wenn die

- Schwangerschaft innerhalb von zwölf Wochen nach der Empfängnis durch einen Arzt abgebrochen wird,
- die schwangere Frau den Abbruch verlangt

36 BSG, Urt. v. 27. 5. 1971 – 3 RK 28/68 = USK 7183

37 BGH, Urt. v. 30. 11. 1978 – III ZR 43/77 = USK 78243

- und dem Arzt durch eine Bescheinigung nachgewiesen wurde, dass die Frau sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff von einer anerkannten Beratungsstelle beraten ließ.

Ob der Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht, hat die Frau im Zweifelsfalle dem Arbeitgeber nachzuweisen. Eine entsprechende Bescheinigung des Arztes darüber, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 EFZG erfüllt sind, reicht zum Nachweis aus.

Durch § 275 Abs. 1 Nr. 3 SGB V wird bestimmt, dass die Krankenkassen verpflichtet sind, bei Arbeitsunfähigkeit

- zur Sicherung des Behandlungserfolgs, insbesondere zur Einleitung von Maßnahmen der Leistungsträger für die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit

oder

- zur Beseitigung von Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit

eine gutachterliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (Medizinischer Dienst) einzuholen.

Seit 1. 1. 1995 muss der Arbeitgeber also nicht darlegen, dass er „begründete“ Zweifel hat. In diesem Zusammenhang bestimmt § 275 Abs. 1 a SGB V, dass Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit insbesondere in Fällen anzunehmen ist, in denen

- Versicherte auffällig häufig oder auffällig häufig nur für kurze Dauer arbeitsunfähig sind oder der Beginn der Arbeitsunfähigkeit häufig auf einen Arbeitstag am Beginn oder Ende einer Woche fällt

oder

- die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist.

Die Prüfung hat unverzüglich (d. h., ohne schuldhaftes Zögern) nach Vorlage der ärztlichen Festlegung über die Arbeitsunfähigkeit zu erfolgen. Die Krankenkasse hat hier also von Amts wegen tätig zu werden.

Der Arbeitgeber kann allerdings verlangen, dass die Krankenkasse eine gutachterliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit einholt. Die Krankenkasse kann von einer Beauftragung des Medizinischen Dienstes absehen, wenn sich die medizinischen Voraussetzungen der Arbeitsunfähigkeit eindeutig aus den der Krankenkasse vorliegenden ärztlichen Unterlagen ergeben.

Ergibt sich im Rahmen der Überprüfung der Feststellungen von Arbeitsunfähigkeit aus den ärztlichen Unterlagen, dass der Versicherte aufgrund seines Gesundheitszustandes nicht in der Lage ist, einer Vorladung des Medizinischen Dienstes Folge zu leisten, soll die Untersuchung durch den Medizinischen Dienst in der **Wohnung des Versicherten** stattfinden. Das Gleiche gilt, wenn der Versicherte einen Vorladungstermin unter Berufung auf seinen Gesundheitszustand absagt und der Untersuchung fernbleibt. Verweigert der Versicherte seine Zustimmung zur Untersuchung in der Wohnung, kann ihm die Leistung versagt werden.

Rechtsgrundlage für diese Regelung ist § 276 Abs. 5 SGB V.

In jedem Bundesland besteht als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts gem. § 278 SGB V eine Arbeitsgemeinschaft „**Medizinischer Dienst der Krankenversicherung**“. Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft sind die Landesverbände der Orts-, Betriebs- und Innungskrankenkassen, die landwirtschaftlichen Krankenkassen und die Ersatzkassen sowie die BAHN-BKK.

Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen hat einen Medizinischen Dienst auf Bundesebene (Medizinischer Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen) gebildet. Dies ist in § 282 SGB V geregelt. Dort wird auch bestimmt, dass dieser Medizinische Dienst eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist. Er berät den Spitzenverband Bund der Krankenkassen in allen medizinischen Fragen der diesem zugewiesenen Aufgaben.

Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit können durch die Krankenkassen geäußert werden, in der Praxis kommen sie aber meist von den Arbeitgebern. Die jeweiligen Vorladungsgründe, auch die vom Arbeitgeber dargelegten Zweifel, sind dem Medizinischen Dienst bekannt zu geben, damit sie in die Begutachtung einbezogen werden können. Zweifel des Arbeitgebers können beispielsweise in folgenden Fällen vorliegen: Fehlverhalten des Versicherten während der Arbeitsunfähigkeit, Arbeitsunfähigkeitsmeldung nach innerbetrieblichen Differenzen oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder vorherige Ankündigung der Arbeitsunfähigkeit durch den Versicherten.

Die Arbeitgeber können auch die Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit bei geringfügig Beschäftigten beantragen, die nicht versicherungspflichtig, aber beispielsweise als Familienangehörige mitversichert sind.³⁸

38 Auffassung der Spitzenverbände der Krankenkassen im Schreiben an das Bundesministerium für Gesundheit vom 20.7.1993 = Die Leistungen 1993, 465

Die Krankenkasse hat, solange ein Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts besteht, dem Arbeitgeber das Ergebnis der Begutachtung mitzuteilen.

Eine solche Benachrichtigung ist aber nur erforderlich, wenn das Gutachten des Medizinischen Dienstes mit der Bescheinigung des Hausarztes nicht übereinstimmt.

Lehnt der Betreffende die von der Krankenkasse veranlasste Begutachtung ohne wichtigen Grund ab bzw. findet er sich zu ihr nicht ein, so ist eine Benachrichtigung ebenfalls erforderlich³⁹. Entstehen im Falle des unentschuldigtem Fernbleibens von der Untersuchung durch den Medizinischen Dienst Zweifel des Arbeitgebers an der Arbeitsunfähigkeit, so ist es Sache des Arbeitnehmers, diese Zweifel zu entkräften⁴⁰. Vgl. zur Möglichkeit, den Kranken in seiner Wohnung aufzusuchen, die obigen Ausführungen. Im Streitfall können die Arbeitsgerichte auch nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit über deren Dauer ein ärztliches Gutachten einholen. Verweigert der Erkrankte dem Krankenbesucher einer Krankenkasse das Betreten seiner Wohnung, so ist dieses Verhalten geeignet, Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit hervorzurufen und die Krankenkasse zur Anberaumung einer Begutachtung durch den Medizinischen Dienst zu veranlassen.

Der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG entsteht im Übrigen nur, wenn die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit die **alleinige und ausschließliche Ursache** für den Ausfall der Arbeitsleistung und damit für den Verlust des Entgeltanspruchs bildet. Der Umstand, dass der Arbeiter ungeachtet der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit jedenfalls arbeitswillig sein muss, gehört zu den Voraussetzungen des Entgeltfortzahlungsanspruchs⁴¹. Ist der Arbeitnehmer längere Zeit der Arbeit unentschuldig ferngeblieben und wird er dann arbeitsunfähig krank, so muss er, wenn der Arbeitgeber entsprechende Zweifel darlegt, vortragen und gegebenenfalls beweisen, dass er für die Dauer der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit arbeitswillig war.

An der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit als alleinige Ursache der Arbeitsverhinderung fehlt es, wenn der Arbeitnehmer auch bei bestehender Arbeitsfähigkeit wegen fehlender Arbeitserlaubnis die Arbeit hätte nicht aufnehmen können⁴². Das BAG wies in seiner Entscheidung vom 26. 6. 1996 auch darauf hin, dass es grundsätzlich Sache des Arbeitnehmers ist, sich die

39 Schreiben des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung v. 1. 4. 1970 = DOK 1970, 387

40 BAG, Urt. v. 3. 10. 1972 – 5 AZR 215/72 = EEK I/308, mit Anmerkung

41 BAG, Urt. v. 20. 3. 1985 – 5 AZR 229/83 = Die Leistungen 1986, 242

42 BAG, Urt. v. 26. 6. 1996 – 5 AZR 872/94 – RdW-Kurzbericht 430/1996

erforderliche Arbeitserlaubnis zu beschaffen. Allein die Tatsache, dass dem Arbeitgeber der Ablauf der Arbeitserlaubnis bekannt war, rechtfertigte noch nicht die Annahme, er selbst habe sich um deren Verlängerung kümmern oder den Arbeitnehmer rechtzeitig darauf aufmerksam machen müssen. Steht aber fest, dass die Arbeitserlaubnis, wäre ihr Fehlen rechtzeitig bemerkt worden, zugleich im Anschluss an die abgelaufene Erlaubnis erteilt worden wäre, so steht auch fest, dass das Beschäftigungsverbot für das Nichtleisten der Arbeit nicht ursächlich werden konnte. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ist dann die Alleinursache für den Arbeitsausfall. Bleibt dagegen offen, ob die Arbeitserlaubnis überhaupt oder nur mit einer zeitlichen Verzögerung erteilt worden wäre, so liegt eine zusätzliche Ursache für das Nichtleisten der Arbeit vor. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit steht dann als alleinige Ursache für den Arbeitsausfall nicht fest. Da in dem vom BAG zu entscheidenden Streitfall festgestellt worden ist, dass die neue Arbeitserlaubnis rechtzeitig beantragt und auch gewährt worden wäre, wenn keine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen hätte, wurde vom BARbG der Anspruch auf Entgeltfortzahlung zugestanden.

In Zusammenhang mit dem Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit ist auch das Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 9.5.2000⁴³ zu beachten. Dort wird zum Ausdruck gebracht, dass der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall hat, wenn er in Wirklichkeit nicht arbeitsunfähig krank und sein Verhalten missbräuchlich oder betrügerisch war. In aller Regel handelt der Arbeitnehmer missbräuchlich oder betrügerisch, wenn er sich arbeitsunfähig krankschreiben lässt, obwohl er es nicht ist⁴⁴.

10. Selbstverschuldete Arbeitsunfähigkeit

§ 3 Abs. 1 EFZG fordert als Voraussetzung für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung wegen Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, dass den Arbeitnehmer **kein Verschulden trifft**. Was unter „schuldhaft“ oder „unverschuldet“ zu verstehen ist, ist gesetzlich nicht geregelt. Es muss sich um ein grob fahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten handeln⁴⁵. Nach der Rechtsprechung liegt Verschulden dann vor, wenn es sich „um einen gröblichen Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten handelt“⁴⁶.

43 LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 9.5.2000 – 10 Sa 85/07 = NZA-RR 2000, 514

44 Das o.g. Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 9.5.2000 wird auch unter V. behandelt.

45 Vgl. z. B. BAG, Urt. v. 21.1.1960 – 2 AZR 523/58 = BB 1960, 326

46 BAG, Urt. v. 23.11.1971 – 1 AZR 388/70 = BB 1972, 220

Die Tatsache, dass die Krankheit auf einem eigenen Verschulden des Arbeitnehmers beruht, hat der Arbeitgeber zu beweisen⁴⁷. Diese **Beweislast** hat er dann nicht, wenn Umstände vorliegen, die nach der Lebenserfahrung auf ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers schließen lassen⁴⁸. Es handelt sich hier um die Anwendung der Beweisregeln des ersten Anscheins (prima-facie-Beweis). Hat der Arbeitgeber diesen Beweis geführt, so obliegt es dem Arbeitnehmer, Umstände nachzuweisen, die ernsthaft annehmen lassen, dass die Ereignisse tatsächlich einen ganz bestimmten, vom ersten Anschein abweichenden Verlauf genommen haben könnten.

Aus der umfangreichen Rechtsprechung zum schuldhaften Verhalten im Sinne der Entgeltfortzahlungsbestimmungen sollen nachfolgend die wichtigsten Einzelfälle dargestellt werden:

Trunkenheit

Wurde die Arbeitsunfähigkeit durch Trunkenheit selbst verursacht, liegt zweifellos immer ein Verschulden vor⁴⁹. Von einem derartigen Verschulden kann aber nur dann die Rede sein, wenn die Reaktionsfähigkeit und die geistigen bzw. körperlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers durch den Alkoholenuss mehr als nur unerheblich beeinträchtigt worden sind. Hat ein Arbeitnehmer im Laufe des Tages insgesamt nur drei Flaschen Bier getrunken, so kann ein gegen Ende der Arbeitszeit erlittener Unfall (hier: Stolpern in dem unbeleuchteten Kellereingang einer Baustelle) nicht ursächlich auf Trunkenheit bzw. übermäßigen Alkoholenuss zurückgeführt werden⁵⁰.

Nach Auffassung des BAG⁵¹ ist grundsätzlich ein den Entgeltfortzahlungsanspruch beseitigendes **Verschulden des Arbeitnehmers** anzunehmen, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf einem Verkehrsunfall beruht, der durch **Alkoholmissbrauch** herbeigeführt wurde, ohne dass eine andere Ursache dabei mitgewirkt hat. Soweit es sich um die eigene Einsichtsfähigkeit des alkoholkranken Arbeitnehmers handelt, ist ein Verschulden jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Betreffende sich, als er sein Verhalten noch steuern konnte, in Kenntnis seiner Alkoholabhängigkeit mit einem Kraftfahrzeug in den Straßenverkehr begeben hat.

Die gleiche Rechtsauffassung hat das BAG am 11.3.1987⁵² in Zusammenhang mit dem Sturz einer Arbeitnehmerin von einem Stuhl vertreten.

47 BAG, Urt. v. 9.4.1960 – 2 AZR 457/57 = EEK I/007

48 LAG Saarland, Urt. v. 25.6.1975 – 2 Sa 157/74 = EEK I/482

49 Vgl. z.B. LAG Hamm, Urt. v. 20.1.1971 – 5 Sa 685/70 = DB 1971, 435

50 LAG Berlin, Urt. v. 30.9.1977 – 9 Sa 1184/77 = EEK I/597

51 Urt. v. 30.3.1988 – 5 AZR 42/87 = Die Leistungen 1989, 251

52 5 AZR 739/85 = Die Leistungen 1988, 181