

Gutachten und Bewertung der Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Änderungen in den Artikeln 26 Absatz 2, Artikel 55 Absatz, Artikel 62 Absatz 2, Artikel 62 Absatz 13 und Artikel 62 Abs. 14 Beamtenstatut-EPA (im Folgenden: BS); sowie die Rechtmäßigkeit der Änderungen in Rundschreiben Nr. 22 Regel 13 nach deutschem Recht.

Bearbeitetes Dokument: GAC/DOC 09/2013

Improving working conditions and wellbeing of staff:

Amendment to the Service Regulations (CA/xx/2013) and to Circular No. 22

A. Änderungen im Beamtenstatut

I. Artikel 26 Abs. 2 BS

Nach der Gesetzesänderung, hat sich der Mitarbeiter auf Anordnung des Präsidenten, der dies als eine allgemeine Maßnahme im Interesse des Personals oder des Dienstverhältnisses anordnen kann, einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Die Vorschriften und Bedingungen, unter denen solche ärztliche Untersuchungen durchgeführt werden können, werden vom Präsidenten des Amtes festgelegt.

Deutsche Rechtslage:

a) Beamtenrecht

Untersuchungen zur Feststellung der Eignung von Beamten zu einem öffentlichen Amt ergeben sich aus Artikel 33 Abs. 2 Grundgesetz (GG), § 9 Bundesbeamtengesetz (BBG). Eine darüber hinaus gehende Untersuchung über die Eignung während der Beschäftigungsdauer ist im BBG nicht geregelt. Lediglich bei der Dienstunfähigkeit (§§ 44 – 47 BBG) die zu einer Versetzung in den Ruhestand führen kann, sind Regelungen enthalten. Nach § 48 Abs. 1 BBG ist bei der

Dienstunfähigkeit die zu einer Versetzung in den Ruhestand führt, die Untersuchung durch einen Amtsarzt oder einem Arzt der als Gutachter zugelassen ist durchzuführen. Zu Beginn der Untersuchung ist dem Beamten nach § 48 Abs. 3 BBG deren (i) Zweck und (ii) die Verpflichtung des Arztes gem. § 48 Abs. 2 BBG im Einzelfall die tragenden Gründe des Gutachtens soweit deren Kenntnis für die Behörde unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit für die Entscheidung wichtig ist mitzuteilen. Der untersuchte Beamte erhält ebenfalls ein Doppel der Mitteilung. In den §§ 26 ff Beamtenstatusgesetz wird die Dienstunfähigkeit für Beamte der Länder und Kommunen geregelt. Zuständig für die Untersuchung ist der Amtsarzt. Für Angestellte im Öffentlichen Dienst wird die Arbeitsunfähigkeit in den §§ 37 Bundesangestelltentarifvertrag (BAT), die stark an das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) angelehnt ist, geregelt.

b) Arbeitsrecht

Für die freie Wirtschaft sind die Untersuchungen zur Feststellung der Eignung für eine bestimmte Tätigkeit für beide Seiten grundsätzlich freiwillig. Zusätzlich wird verlangt, dass der Arbeitgeber ein derartiges berechtigtes Interesse an der Untersuchung hat, das dieses bei einer Interessenabwägung gegenüber den Persönlichkeitsrechten der Bewerber überwiegt. Allerdings ist § 7 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) i. V. m. § 1 AGG, wonach ein Arbeitnehmer nicht wegen seiner Behinderung diskriminiert werden darf, zu beachten. Nach der insoweit maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH ist als Behinderung im Sinne des Gemeinschaftsrechts jede auf Dauer angelegte nachhaltige Krankheit zu qualifizieren.¹ Die Anordnung einer ärztlichen Untersuchung ist daher an den Anforderungen des § 8 AGG zu messen. Hierzu muss die Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung stellen, des Weiteren muss der Zweck rechtmäßig und die Anordnung angemessen sein.

Im bestehenden Arbeitsverhältnis kann ein Arbeitgeber nur unter bestimmten engen

¹ EuGH Urteil vom 11.7.2006 – Rs. C-13/05 – NZA 2006, S. 839 „Chacon/Navas“, ebenso BAG Urteil vom 3.4.2007 – 9 AZR 823/06

Voraussetzungen eine ärztliche Untersuchung anordnen. Für diese Tauglichkeitsuntersuchungen gelten ebenfalls die Anforderungen der rechtfertigenden Einwilligung (d. h. Freiwilligkeit), des berechtigten Interesses und der Legitimation nach § 8 AGG. Zusätzlich ist zu beachten, dass nach der Rspr. des Bundesarbeitsgerichts (BAG) weitergehende Anforderungen formuliert sind. Erforderlich ist ein begründeter Anlass aus der Entwicklung des Arbeitsverhältnisses, der die Notwendigkeit einer solchen Untersuchung ergibt.² Nur wenn ein solcher Anlass besteht, kann ein Arbeitnehmer verpflichtet sein, dem Verlangen des Arbeitgebers nachzukommen und sich einer entsprechenden Untersuchung zu unterziehen.

Allgemeine Vorsorgeuntersuchungen während der Beschäftigung werden auf Grund einer Rechtsvorschrift³ durchgeführt, um vom Gesetz- bzw. Verordnungsgeber nicht näher benannte Gefährdungen sowie arbeitsbedingte Erkrankungen zu erkennen, den Arbeitnehmer zu beraten und um Präventivmaßnahmen erarbeiten und anbieten zu können (§ 3 ASiG).

Arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen umfassen Pflichtuntersuchungen⁴, Angebotsuntersuchungen⁵ und Wunschuntersuchungen⁶.

Pflichtuntersuchungen und Angebotsuntersuchungen werden per Gesetz vorgeschrieben⁷. Die gesetzliche Anordnung ist vor allem dann vorgesehen, wenn der Mitarbeiter mit gefährlichen Stoffen, biologischen Arbeitsstoffen einschließlich gentechnischen Arbeiten mit humanpathogenen Organismen, Tätigkeiten mit physikalischen Einwirkungen arbeitet. Sonstige Tätigkeiten bei denen

² BAG Urteil vom 12.8.1999 – 2 AZR 55/99

³ ASiG, ArbSchG

⁴ Pflichtuntersuchungen sind arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchen, die bei bestimmten besonders gefährdenden Tätigkeiten zu veranlassen sind, siehe § 2 Abs. 3 ArbMedVV

⁵ Nach § 2 Abs. 4 ArbMedVV sind Angebotsuntersuchungen arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen, die bei bestimmten gefährdenden Tätigkeiten anzubieten sind.

⁶ Wunschuntersuchungen sind gem. § 2 Abs. 5 ArbMedVV arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen, die der Arbeitgeber den Beschäftigten nach § 11 ArbSchG zu ermöglichen hat.

⁷ z.B. auch §§ 18 und 47 BundesseuchenG, bei Piloten (§ 4 LuftVG iV mit § 24a LuftVZO), Seeleute (§ 1 SeediensstauglichkeitV i.V.m. § 81 SeemannsG), Personenbeförderer (§ 57 Abs. 1 Nr. 3 PersBefG), usw. Viele dieser Untersuchungen dienen vorrangig dem Schutz Dritter bzw. der Allgemeinheit. Bei ihnen geht es um die Frage, ob bestimmte gesundheitliche, körperliche und/oder psycho-mentale Eigenschaften, z. B. körperliche Konstitution, Zuverlässigkeit, keine Farbenblindheit, frei von ansteckenden Krankheiten, etc. vorhanden sind, die zur Ausübung bestimmter Tätigkeiten als erforderlich erachtet werden.

Pflichtuntersuchungen notwendig sind, sind z. B. Tätigkeiten mit Atemschutzgeräten, oder Tätigkeiten an Aufenthaltsorten mit besonderen klimatischen Belastungen und Infektionsgeräten (siehe z. B. Anhang Arbeitsmedizinische Pflicht- und Angebotsuntersuchungen zum ArbMedVV). Bei derartigen Tätigkeiten müssen auch Angebotsuntersuchungen ermöglicht werden (siehe § 2 ArbMedVV).

Bei Tätigkeiten an Bildschirmgeräten hat der Arbeitgeber zur Früherkennung arbeitsbedingter Gesundheitsstörungen Angebotsuntersuchungen zu ermöglichen. Eine Pflicht zu derartigen Untersuchungen besteht nicht. Die Pflicht zur Untersuchung beschränkt sich auf eine angemessene Untersuchung der Augen und des Sehvermögens⁸.

Die Pflicht des Arbeitgebers Wunschuntersuchungen zu ermöglichen ergibt sich aus § 11 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG), allerdings mit der Einschränkung, dass diese nicht erfolgen müssen, wenn auf Grund der Beurteilung der Arbeitsbedingungen und der getroffenen Schutzmaßnahmen nicht mit einem Gesundheitsschaden zu rechnen ist.

Nach § 17 ArbSchG können sogar die Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zu allen Fragen der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit machen und diese sogar gegebenenfalls durchsetzen (§ 17 Abs. 2 ArbSchG)

Anwendbarkeit des ASiG und ArbSchG auf Beamten

Nach § 16 ASiG ist sichergestellt, dass in Verwaltungen und Betrieben des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts ein den Grundsätzen des ASiG gleichwertiger arbeitsmedizinischer und sicherheitstechnischer Arbeitsschutz gewährleistet ist. Die Umsetzung ist Ländersache.⁹

⁸ Abschnitt 4 des Anhang Arbeitsmedizinische Pflicht- und Angebotsuntersuchungen zum ArbMedVV

⁹ In Bayern sind unter dem Aktenzeichen: Az.: 25 – P 2506 – 003 – 733/11 mit Wirkung zum 01.März 2011 die Richtlinien über die Gewährleistung eines arbeitsmedizinischen und sicherheitstechnischen Arbeitsschutzes in der staatlichen Verwaltung des Freistaat Bayerns durch die gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatskanzlei und der Bayerischen Staatsministerien vom 15.Februar 2011 erfolgt und hat die vorläufigen Richtlinien vom 18.Dezember 1981 außer Kraft gesetzt. Im Bereich der Bürobereiche (Verwaltung) kann die oberste Dienstbehörde von der Bestellung von Betriebsärzten

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 ArbSchG gilt das ArbSchG auch für Beamte und andere Angestellte im öffentlichen Dienst.

Verpflichtung des Arbeitgebers zur Durchführung von ärztlichen Untersuchungen

In der Regel ist ein Arbeitgeber bzw. ein Vorgesetzter nicht verpflichtet, ärztliche Untersuchungen zu veranlassen, wenn ein Arbeitnehmer in seiner Person liegende gesundheitliche Bedenken gegen die ihm abverlangte arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeiten erhebt. Es ist grundsätzlich Sache des Arbeitnehmers einen Arzt aufzusuchen und den Arbeitgeber über arbeitsplatzbezogene ärztliche Bewertungen zu informieren.

Ergebnis: Nach der oben dargestellten Rechtslage für Beamte und Arbeitnehmer ist der Arbeitgeber nur unter sehr engen Bedingungen berechtigt eine arbeitsmedizinische Untersuchung im bestehenden Arbeitsverhältnis anzuordnen. Eine Anordnung der Untersuchung als eine „Tauglichkeitsuntersuchung“ ist zum Schutz Dritter und in den gesetzlich vorgeschriebenen Berufsfelder möglich. Pflichtuntersuchungen und Angebotsuntersuchungen sind dagegen für Tätigkeiten vorgesehen, die eine besondere Gefährlichkeit für den Arbeitnehmer aufweisen und dienen dem persönlichen Schutz des Arbeitnehmers und sich aufgrund des Arbeitsschutzes erforderlich.

Eine Anordnung der Untersuchung als eine „allgemeine Maßnahme“ („as a general measure“), wobei nicht klar ist was unter einer allgemeinen Maßnahme zu verstehen ist, wäre nach der Gesetzeslage in Deutschland nicht möglich. Der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte nach Art. 1 und Art. 2 GG, nämlich das Recht auf freie Arztwahl und des Schutzes der Intimsphäre bedarf eines überwiegenden Interesses des Arbeitgebers, dessen grundrechtlicher

und Fachkräften für Arbeitssicherheit unter Einhaltung der in der Richtlinie aufgezählten Bedingungen absehen (siehe 2.6 der Richtlinie und Anlage 2 zu der Richtlinie)

Schutz höher zu bewerten ist, als die des Arbeitnehmers.

II. Artikel 55 Abs. 1 BS

In diese Vorschrift wird hinzugefügt, dass der Mitarbeiter dem Amt schriftlich seine permanente Wohnanschrift und seine Telefonnummer mitteilen muss.

Deutsche Rechtslage

Grundsätzlich muss ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber die grundlegenden Daten zu seiner Identität mitteilen. Der Arbeitgeber muss in der Lage sein den bei ihm eingestellten Arbeitnehmer bei den Sozialversicherungsträgern anzumelden (§ 28a SGB IV).

Nach § 28a Abs. 3 SGB IV enthalten die Meldungen neben den persönlichen Daten auch die Meldung der Anschrift. Die Angabe der Telefonnummer ist jedoch nicht erforderlich.

Wenn der Arbeitgeber gewährleisten will, dass der Arbeitnehmer für betriebliche Belange, außerhalb des Betriebes, erreichbar ist, hat er die Möglichkeit ihm ein Diensthandy einzurichten und ihm die private Nutzung zu untersagen. Der Arbeitnehmer muss dann zu den betrieblichen Arbeitszeiten an diesem Telefon erreichbar sein. Außerhalb der Arbeitszeiten besteht keine Verpflichtung der telefonischen Erreichbarkeit für den Arbeitgeber.

Das BAG hat mit Urteil vom 29.06.2000 (6 AZR 900/98) entschieden, dass einem Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes für Zeiten, in denen er außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit über ein Funktelefon (sog. Handy) erreichbar sein muss, die tariflich für Rufbereitschaft vorgesehene Vergütung zusteht. Rufbereitschaft im Tarifsinne sei gegeben, wenn der Angestellte verpflichtet ist, sich auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer dem Arbeitgeber anzuzeigenden Stelle aufzuhalten, um auf Abruf die Arbeit aufzunehmen. Die vom Arbeitgeber angeordnete „Erreichbarkeit per Handy“ erfülle diese Voraussetzungen. Ob mit der Anordnung die Telefonnummer mitzuteilen, eine weitergehende Verpflichtung zur Erreichbarkeit begründet werden soll ist aus den vorliegenden

Unterlagen nicht erkennbar.

Ergebnis: Die Anforderung, dass die Anschrift dem Arbeitgeber angegeben sein muss, ist nach deutschem Recht sogar maßgebend, dass der Arbeitgeber seinen gesetzlichen Meldepflichten nachkommen kann. Kann er dies nicht, kann er den Arbeitnehmer auch nicht beschäftigen.

Das Verlangen nach der Angabe der Telefonnummer ist dagegen nicht durch gesetzlich zwingende Vorschriften gerechtfertigt. Der Arbeitnehmer kann nicht dazu verpflichtet werden auf seinem privaten Telefonanschluss für den Arbeitgeber erreichbar zu sein. Dem Arbeitnehmer steht es frei seine Telefonnummer dem Arbeitgeber anzugeben, oder nicht. Ist der Anschluss auf ein anderes Familienmitglied angemeldet, muss die Telefonnummer ebenfalls nicht mitgeteilt werden.

Vorliegend könnte Artikel 55 Abs. 1 BS dahingehend interpretiert werden, dass der Mitarbeiter einen privaten Telefonanschluss – auch gegen seinen Willen – einzurichten hat. Die dabei entstehenden einmaligen und wiederkehrenden Kosten müssten aufgrund der arbeitsvertraglichen Verpflichtung zur Einrichtung und Erhaltung des Telefonanschlusses vom Arbeitgeber ersetzt werden. Allerdings besteht auch hierdurch nicht die Verpflichtung außerhalb der Beschäftigungszeiten für den Arbeitgeber erreichbar zu sein. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer auch ein Diensthandy auf Kosten des Betriebes zur Verfügung stellen und die private Nutzung untersagen.

Des Weiteren ist ergänzend und vorsorglich darauf hinzuweisen, dass vorliegend die Verpflichtung der Erreichbarkeit im Einklang mit der Richtlinie für die Arbeitszeitgestaltung (1.Oktober 2008) Artikel 55 Beamtenstatut zu bewerten ist.

III. Artikel 62 Abs. 2 BS

Artikel 62 Abs. 2 BS bestimmt die Mitteilungspflichten des Mitarbeiters im Falle einer Erkrankung oder eines Unfalles. In diese Vorschrift wurde ergänzt, dass der Mitarbeiter im Falle seiner Erkrankung seine Telefonnummer mitteilen muss.

Deutsche Rechtslage

Die Mitteilungspflichten aufgrund der Erkrankung sind im deutschen Arbeitsrecht in § 5 EFZG geregelt.

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG ist ein Arbeitnehmer verpflichtet:

- unverzüglich
- dem Arbeitgeber
- die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer

mitzuteilen.

Erkrankt der Mitarbeiter während eines Auslandsaufenthaltes so muss er gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 EFZG dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit, deren voraussichtliche Dauer und **die Adresse am Aufenthaltsort** in der schnellstmöglichen Art der Übermittlung mitteilen. Zur Benennung des Aufenthaltsortes zählen folgende Angaben:

- Aufenthaltsstaat
- Ort
- Straße mit Hausnummer
- ggf. auch der Name des Hotels, indem sich der Arbeitnehmer aufhält.

Strittig ist, ob die Angabe einer Telefonnummer, unter der der Arbeitnehmer regelmäßig erreichbar ist, zu den Angaben zählt, die mitzuteilen sind¹⁰. Im Hinblick darauf, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit haben muss den Arbeitnehmer vor Ort von einem Arzt seines Vertrauens untersuchen lassen zu können, ist auch von der

¹⁰ Eine Ansicht in der Literatur verweist darauf, dass nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die Adressangabe grundsätzlich nicht die Mitteilung der Telefonnummer mit umfasst. Daher wird eine solche Verpflichtung abgelehnt.

Einer anderen Ansicht zufolge, muss der Begriff der Adresse, im Hinblick auf den Zweck ausgelegt werden. Der Arbeitgeber muss ohne zeitliche Verzögerung in der Lage versetzt werden können, am Aufenthaltsort die erforderlichen Maßnahmen durchführen zu lassen und einen Arzt mit der Untersuchung des Arbeitnehmers zu beauftragen. Insofern ist bei einer im Hinblick auf den Zweck der Regelung ausgerichteten Auslegung Adresse im Sinne des § 5 Abs. 2 S. 1 EFZG in einem weiten Sinne zu verstehen, so dass zu den mitteilungspflichtigen Angaben regelmäßig auch die Angabe der Telefonnummer zählt. (MünchKommBGB/Müller-Glöge EFZG § 5 Rn 24)

Notwendigkeit der Kenntnis der Telefonnummer auszugehen, so dass die Maßnahmen unverzüglich eingeleitet werden können.

Die Mitteilung aus dem Ausland muss durch die Nutzung der schnellstmöglichen Kommunikationsmöglichkeit erfolgen. Stehen mehrere Kommunikationsmöglichkeiten zur Verfügung, hat der Arbeitnehmer die kostengünstigste Kommunikationsmöglichkeit zu wählen. Im Übrigen hat er bei der Entscheidung, welches Kommunikationsmittel er wählt, entsprechend § 241 Abs. 2 BGB Rücksicht auf die Interessen seines Arbeitgebers zu nehmen (d.h. keine Anschaffung eines Satellitentelefon auf Kosten des Arbeitgebers).¹¹

Ergebnis: Vorliegend ist Sinn und Zweck der Vorschrift die unverzügliche Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit zu gewährleisten. Dabei ist das schnellste, effektivste und kostengünstigste Kommunikationsmittel auszuwählen. Wenn der Arbeitgeber per Email informiert wurde und diese Email zugegangen ist, ist der Benachrichtigungspflicht genügt. Eine darüber hinaus gehende Verpflichtung durch mehrere Kommunikationsmöglichkeiten den Zugang der gleichen Information zu sichern, ist vom Sinn und Zweck der Norm nicht mehr gedeckt.

IV. Artikel 62 Abs. 13 BS

In dieser neu eingeführten Vorschrift wird bestimmt, dass der Präsident des Amtes durch gezielte medizinische Untersuchungen feststellen lassen kann, ob die Arbeitsunfähigkeit tatsächlich vorliegt. Diese Untersuchungen sollen am Wohnsitz des Betroffenen möglich sein. Durch Vorschriften und Bedingungen soll die Ausführung der Untersuchungen vom Präsidenten festgelegt werden.

Deutsche Rechtslage

Im Allgemeinen hat der Arbeitgeber keinen Anspruch darauf, dass die Bescheinigung

¹¹ Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, EZFG § 5 II Rz. 36

außer der Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer Einzelheiten über die Art und die Ursachen der Erkrankung erhält. Einzige Ausnahme, und zwar auch ohne ausdrückliche Vereinbarung, besteht nur dann, wenn die Angaben über Art der Erkrankung für die weitere betriebliche Disposition des Arbeitgebers im Hinblick auf die künftige Einsatzmöglichkeit des Arbeitnehmers notwendig sind, was insbesondere bei ansteckenden oder wiederholt gleichartigen Krankheiten der Fall sein kann.¹²

a) Beweiskraft der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung stellt das gesetzlich vorgegebene Nachweismittel dar, mit dem der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer nachweist (BAG 26.2.2003 – 5 AZR 112/02). Einer ordnungsgemäß erstellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kommt ein hoher Beweiswert zu. Die AU-Bescheinigung begründet eine tatsächliche Vermutung für eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit.

Wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aber trotzdem für arbeitsfähig hält, muss er Tatsachen vortragen, die den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeit erschüttern. Eine Erschütterung des Beweiswertes einer AU-Bescheinigung verlangt nach ernsthaften und objektiv begründeten Zweifeln an dem tatsächlichen Bestehen der AU.

Derartiges kann sich aus der Bescheinigung selbst ergeben oder aber auf tatsächlichen Umständen ihres Zustandekommen beruhen. Denkbar sind z. B. Fälle, dass der Arbeitnehmer simuliert und den Arzt getäuscht hat, der Arzt den Begriff der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit verkannt hat, oder dass der Arzt, den Arbeitnehmer nicht untersucht hat. Damit ist aber – wie im Fall von psychischen Erkrankungen nicht zwingend die körperliche Untersuchung gemeint.

Verhaltensweisen die Anlass geben können, dass der Beweiswert erschüttert ist:

¹² vgl. Achim Lepke, Kündigung bei Krankheit, Rz. 480

- Arbeitnehmer kündigt seine Krankmeldung an, bzw. droht damit, wenn er z. B. für einen bestimmten Tag keine gewünschte Arbeitsbefreiung erhält;¹³
- wenn der Arbeitnehmer nach einem Streit den Betrieb verlässt und in den folgenden zwei Monaten AU-Bescheinigungen von fünf Ärzten dem Arbeitgeber vorlegt, die er zeitlich lückenlos jeweils wegen anderer Beschwerden konsultiert hat;¹⁴
- während seines Auslandsaufenthaltes seinen Rückflug verschiebt und kurze Zeit später eine ausländische Au-Bescheinigung erhält, die mit dem späteren Rückflugtermin korrespondiert;¹⁵
- Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer einer Anordnung der Krankenkasse zur Untersuchung beim Medizinischen Dienst gem. § 275 Abs. 1 Nr. 3b SGB V nicht nachgekommen ist.
- Der Arbeitnehmer arbeitet in seinem eigenen Unternehmen, oder arbeitet für einen anderen Arbeitgeber.
- ebenso bei einem Mitarbeiter gerechtfertigt, der wegen eines Bandscheibenleidens krankgeschrieben ist und in seinem Haus Bauarbeiten durchführt¹⁶
- Zweifel am Beweiswert bejaht, bei einem Arbeitnehmer der im Ausland erkrankt ist und die eingetretene AU nicht seiner Krankenkasse gemeldet und die Versicherungsleistungen seiner Krankenkasse nicht in Anspruch genommen hat, sondern die Kosten „privat“ getragen hatte.¹⁷

Trotz allem bleibt es dem Arbeitgeber selbst nach Erschütterung der Beweiskraft möglich durch andere bzw. weitere Beweismittel den Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit zu erbringen.

Anordnungen des Arztes – Krankheit bedeutet nicht Hausarrest

WICHTIG ist, dass ein Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, sich nur zu Hause aufzuhalten. Daher dürfen aus normalen Verhaltensweisen, wie etwa Einkaufen, Spaziergehen etc, grundsätzlich keine negativen Rückschlüsse im Hinblick auf die Arbeitsunfähigkeit gezogen werden. Im Allgemeinen darf sich aus der Tatsache, dass ein Arbeitnehmer trotz seiner Arbeitsunfähigkeit nicht zu Hause aufhält, nicht eo ipso

¹³ LAG Köln 17.4.2002, NZA-RR 2003, 15

¹⁴ LAG Hamm 10.9.2003, NZA-RR 2004, 292

¹⁵ LAG Hamm 8.6.2005, NZA-RR 2005, 625

¹⁶ LAG Hamm, 15 Sa 437/91

¹⁷ LAG Niedersachsen, 7 Sa 2214/95

der Schluss herleiten lassen, die Krankheit sei nur vorgetäuscht und die ärztliche Bescheinigung unrichtig. Hat der Arzt keine Bettruhe angeordnet, kann ein Spaziergang oder der Besuch von Verwandten und Bekannten zur Wiedergenesung durchaus angezeigt sein.

Ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer hat sich so zu verhalten, dass er bald wieder gesund wird und an seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann. Er hat alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögern könnte. Insoweit hat er auf die schützenswerten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. (BAG, Urteil vom 2. März 2006 – 2 AZR 53/05).

Folgende Aktivitäten wurden bereits als „unschädlich“ justiziert:

- Nimmt ein nicht bettlägeriger Arbeitnehmer während einer längeren AU einmal pro Woche für ein ¾ Stunde an einem so genannten „Kieser-Rückentraining“ teil, begründet dies weder ernsthafte Zweifel an der AU noch gewisse Verdachtsmomente hinsichtlich des Vortäuschens einer AU;¹⁸
- Nimmt eine AU Arbeitnehmerin während der AU an einer zweistündigen Sitzung des Wahlvorstands zur Betriebsratswahl teil, darf ihr nicht gekündigt werden, da eine solche Sitzung nicht mit der Belastung während der regulären Arbeitszeit vergleichbar ist. Der Genesungsprozess wird dadurch nicht verzögert;¹⁹

Es ist festzuhalten, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung und nicht seine private Lebensführung schuldet. Die private Lebensführung des Arbeitnehmers hat in der Regel mit seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nichts zu tun. Wenn ein Arbeitnehmer für eine längere Zeit arbeitsunfähig krank ist, hindert ihn dieser Umstand gerade nicht, dass er seinen Aufenthaltsort frei wählen darf. So darf er ohne weiteres z. B. nach Rücksprache mit seinem behandelnden Arzt verreisen, sich an einem anderen Ort als seinem Wohnsitz aufhalten usw.

¹⁸ LAG Berlin, Urteil vom 16.4.2003 – 13 Sa 122/03

¹⁹ ArbG Frankfurt a. M. Urteil vom 2.12.2003 – 15 Ca 5387/03

b) Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wird normalerweise auf einem Mustervordruck erteilt. Dies ist jedoch nicht zwingend. Wenn der Arbeitnehmer Mitglied einer gesetzlichen Krankenversicherung ist hat die AU Bescheinigung gem. § 5 Abs. 1 S. 5 EFZG den Hinweis zu enthalten, dass der Krankenkasse die Bescheinigung über die AU einschließlich Angaben über die Dauer und den Befund unverzüglich übersandt wird. Hierdurch erhält der Arbeitgeber Kenntnis darüber, dass die Krankenkasse informiert ist. Bezweifelt der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit, beruft er sich insbesondere darauf, der Arbeitnehmer habe den die Bescheinigung ausstellenden Arzt durch Simulation getäuscht, oder der Arzt habe den Begriff der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit verkannt, bzw. sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt wie sich die Krankheit des Arbeitnehmers auf die Erfüllung der geschuldeten Arbeitsleistung auswirkt, dann muss er die Umstände, die gegen die Arbeitsunfähigkeit sprechen, näher darlegen und notfalls beweisen, um dadurch die Beweiskraft des Attestes zu erschüttern. Ein bloßes Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit durch Nichtwissen reicht nicht aus. Bei Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit hat der Arbeitgeber die Möglichkeit nach § 275 Abs. 1a 3 in Verbindung mit Abs. 1 Nr. 3 b SGB V eine gutachtliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes der Krankenkasse einzuholen. Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung ist eine Gemeinschaftseinrichtung der gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen und in jedem Bundesland als eigenständige Arbeitsgemeinschaft organisiert. Die Krankenkasse kann von einer Beauftragung des Medizinischen Dienstes nur dann absehen, wenn sich die medizinischen Voraussetzungen der Arbeitsunfähigkeit eindeutig aus den der Krankenkasse vorliegenden ärztlichen Unterlagen ergeben.

c) Untersuchungspflicht im Beamtenrecht

Die Regelungen zur amtsärztlichen Untersuchung zur Prüfung der Dienstunfähigkeit sind in §§ 44 - 49 BBG, in §§ 26 – 29 BeamtStG geregelt und in den Landesbeamtengesetzen finden sich ähnliche Bestimmungen.

Für das Beamtenrecht wurde der Beschluss des Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt vom 28.01.2009 mit dem Aktenzeichen Az.: 1 M 164/08 zur

Bewertung der Mitwirkungshandlungen bei Dienstunfähigkeit des Beamten untersucht. Wobei die hier zu untersuchende Dienstunfähigkeit zu einer Versetzung in den Ruhestand führen kann.

„Bestehen Zweifel über die Dienstunfähigkeit des Beamten, so sind dieser gemäß § 42 Abs. 1 Satz 3 BG LSA verpflichtet, sich nach Weisung der Behörde amtsärztlich untersuchen zu lassen. (...) Daher kann gemäß § 7 Abs. 4 Satz 2 BG LSA der Amtsarzt erforderlichenfalls Fachärzte heranziehen. Die vorgenannte Pflicht besteht selbst dann, wenn der Beamte sich selbst für dienstfähig hält und seinen Dienst regelmäßig verrichtet²⁰. (...) Insoweit besteht bereits eine allgemeine Verpflichtung des Beamten, an der für die Durchführung eines ordnungsgemäßen Dienstbetriebes erforderlichen Klärung seines eigenen Gesundheitszustandes mitzuwirken, die in § 42 Abs. 1 Satz 3 BG LSA ihren kodifizierten Niederschlag gefunden hat (...). Der Beamte ist also zur Mitwirkung bei der Überprüfung seiner Dienstfähigkeit verpflichtet. Er muss daher seinen Teil dazu beitragen, seinen Dienstvorgesetzten die Überzeugung zu vermitteln, dass er voll dienstfähig ist (...). Die Mitwirkungspflicht umfasst dabei insbesondere die Offenlegung der gesamten Krankheitsgeschichte mit den dazugehörigen Unterlagen, wenn diese für den untersuchenden Amtsarzt entscheidende Bedeutung haben (...). Die Weisung des Dienstherrn an einen Beamten, sich wegen bestehender Zweifel an seiner Dienstfähigkeit untersuchen zu lassen, ist gesetzlich ausdrücklich vorgesehen und nicht diskriminierend. Krankheit und Zweifel an der Dienstfähigkeit begründen objektiv keinen Makel, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um eine psychische Erkrankung handelt (...).“

Von den Verwaltungsgerichten kann die Anweisung des Dienstherrn an den Beamten sich ärztlich untersuchen zu lassen nur darauf überprüft werden, ob sie ermessensfehlerhaft ist, insbesondere, ob sie willkürlich ist. Die Zweifel müssen sich an konkrete Umstände stützen und dürfen „nicht aus der Luft gegriffen“ sein. Die Zweifel können sich hierbei auch aus einer Summe von Umständen ergeben, die – je für sich gesehen – noch keinen hinreichenden Anlass zu Zweifel bieten. Art und Umfang einer amtsärztlichen Untersuchung ist grundsätzlich der ärztlichen Entscheidung überlassen.

²⁰ BVerwG, Urteil vom 23.10.1980 – Az.: 2 A 4.78

Ergebnis: Die Befugnis des Präsidenten zur Anordnung von ärztlichen Untersuchungen zur Verifizierung der Krankmeldungen ist in der jetzigen Fassung der Vorschrift nach deutschem Recht rechtswidrig. Nach der oben dargestellten Rechtslage hat der Arbeitgeber keine generelle Befugnis die Beweiskraft einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch einen Arzt anzuzweifeln und eine Verifizierung anzuordnen. Derartige Untersuchungen sind nur dann möglich, wenn Zweifel an der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bestehen. Für Arbeitnehmer die der gesetzlichen Krankenkasse angehören hat bei Zweifel der Arbeitsunfähigkeit der Medizinische Dienst nach Beauftragung durch die Krankenkasse ein ärztliches Gutachten zu erstellen. Im Beamtenrecht, beauftragt der Dienstherr den Amtsarzt, der sich eines Facharztes bedienen darf.

Rechtswidrig in jedem Fall ist die Bestimmung, dass die medizinische Untersuchung an der Adresse des Beamten erfolgen soll. Wenn allerdings mit „address“ nicht die Wohnadresse sondern der Wohnort gemeint ist, würde sich die Bewertung ändern. Wenn unter „address“ jedoch die Wohnung gemeint ist, würde diese Bestimmung einen Eingriff in die räumliche Privatsphäre bedeuten, die in Deutschland durch Art. 13 Abs. 1 GG „Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung“ geschützt ist. Jedes Eindringen oder jede Art der Nötigung ein Eindringen zu dulden ist strafrechtlich relevantes Verhalten.

Es ist des Weiteren geregelt, dass die Bestimmungen und Bedingungen für die Untersuchung vom Präsidenten bestimmt werden. Dies stellt jedoch einen Eingriff in die Befugnisse des behandelnden bzw. begutachtenden Arztes dar, der über Art und Umfang der Untersuchung nach seinem medizinischen Fachwissen zu urteilen hat. In wieweit der Präsident die Befähigung hat, einem Arzt die Regeln für die Untersuchung zu diktieren ist juristisch nicht darstellbar.

V. Artikel 62 Abs. 15 BS

Nach dieser Bestimmung soll unbefugtes Fernbleiben vom Dienst angenommen werden, wenn (a) der Mitarbeiter entgegen des Gutachtens des Ärztensausschusses nach Artikel 89 Abs. 2 BS der Arbeit fernbleibt, (b) wenn er, ohne Rechtsgrund, eine medizinische Untersuchung gemäß Absatz 13 und Absatz 14 verweigert.

Wie bereits oben dargestellt, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu keiner ärztlichen Untersuchung zwingen. Eine derartige Maßnahme berührt die Intims- und Privatsphäre des Arbeitnehmers, die durch Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützt wird.

Die Weigerung des Arbeitnehmers an einer Untersuchung des Medizinischen Dienstes teilzunehmen ist allerdings geeignet den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern. Das Nichterscheinen allein berechtigt den Arbeitgeber zwar nicht, die Lohnfortzahlung (automatisch) zu verweigern. Aber, das Nichterscheinen zur Untersuchung wird als eine Beweisvereitelung zu Lasten des Arbeitgebers gewertet und wird im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt. Das Gericht ist nicht daran gehindert, aus dem grundlosen Nichterscheinen des Arbeitnehmers zur Untersuchung durch den Medizinischen Dienst den Schluss zu ziehen, der Arbeitnehmer sei in der Tat nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Die Rechtsfolgen werden Einzelfallorientiert bewertet.²¹

Ergebnis: Nach deutschem Recht würde der Arbeitnehmer als unentschuldig der Arbeit ferngeblieben gelten, wenn er trotz der Feststellung über seine Arbeitsfähigkeit durch ein medizinisches Gutachten der Arbeit fernbleibt. Das Gleiche gilt, wenn er zur Untersuchung des Medizinischen Dienstes nicht erscheint. Dieses Verhalten kann im Einzelfall im Rahmen der Beweiswürdigung so ausgelegt werden, dass die AU nicht gegeben gewesen ist und er unentschuldig der Arbeit ferngeblieben ist. Demnach wären die Bestimmungen in Artikel 62 Abs. 15 BS nach deutschem Recht rechtmäßig.

²¹ Aufsatz: Die Vermeidung prozessualer Risiken bei Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit, NZA 2012, 1249

B. Änderungen im Rundschreiben Nr. 22 Regel 13

I. Abschnitt (i)

Abs. 1

In diesen Abschnitt ist eingefügt worden, dass der Mitarbeiter sich am ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit sich telefonisch bei seinem Vorgesetzten, bzw. dessen Stellvertreter melden soll. Wenn er keinen der beiden erreicht, soll er eine Email schreiben. Spätestens am dritten Tag soll er jedoch die telefonische Meldung bei einem der beiden Vorgesetzten nachholen.

Deutsche Rechtslage:

Die Mitteilungspflichten eines Arbeitnehmers an seinen Arbeitgeber regelt § 5 EFZG.

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG ist ein Arbeitnehmer verpflichtet:

- unverzüglich
- dem Arbeitgeber
- die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer

mitzuteilen.

a) unverzüglich

Die Legaldefinition des Begriffs „unverzüglich“ ist § 121 BGB zu entnehmen. Ein Arbeitnehmer wird unverzüglich tätig, wenn er ohne schuldhaftes Zögern handelt.

Grundsätzlich gilt, dass man verlangen kann, dass der Arbeitnehmer dafür zu sorgen hat, dass der Arbeitgeber bereits am ersten Tag der AU während der ersten Betriebsstunden informiert wird. Obwohl § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG keine bestimmte Form für die Mitteilung vorschreibt, wird man eine briefliche Information nicht als unverzüglich werten können. Im Wesentlichen kommt damit als Kommunikationsmittel das Telefongespräch, das Telefax, die E-Mail oder die SMS in

Betracht. Es kommt **nur** darauf an, dass der Arbeitnehmer seinen Mitteilungspflichten nachgekommen ist und nicht auf welche Art und Weise²².

b) Adressat der Mitteilung

Die Mitteilung ist an den Arbeitgeber zu richten. Der Arbeitgeber kann für derartige Mitteilungen eine Person oder Stelle innerhalb seines Unternehmens benennen, die zur Empfangnahme derartiger Mitteilungen befugt ist.²³ Wenn im vorliegenden Fall das Amt bestimmt, dass der Line-Manager zur Entgegennahme derartiger Mitteilungen befugt ist, ist hiergegen grundsätzlich nichts einzuwenden.

c) Inhalt der Mitteilung

Der Mitarbeiter ist verpflichtet unverzüglich sowohl den Eintritt der Arbeitsunfähigkeit als auch deren voraussichtliche Dauer mitzuteilen. Die Mitteilung über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer zuvor einen Arzt aufgesucht hat. Der Arbeitnehmer darf die voraussichtliche Dauer nach seinem subjektiven Kenntnisstand schätzen und mitteilen und darf nicht mit der Anzeige warten, bis eine ärztliche Diagnose vorliegt. Ist der Arbeitnehmer hierzu nicht der Lage, muss er den Arbeitgeber zumindest über die Arbeitsunfähigkeit informieren und kann die Mitteilung über die Dauer der Krankheit später unverzüglich nachholen, wenn er einen Arzt aufgesucht hat. Die Mitteilungspflicht erstreckt sich auch darauf, dass eine Erkrankung über die mitgeteilte voraussichtliche Dauer hinaus weiter anhält.

Die Art und Ursache der Erkrankung muss nicht mitgeteilt werden.

d) Rechtsfolgen bei Verletzung der Mitteilungspflicht

²² Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast gilt, dass der Arbeitnehmer konkret vortragen muss, wie er seinen Mitteilungspflichten nachgekommen ist, pauschale Einwendungen reichen nicht aus. Behauptet dann der Arbeitgeber z. B. dass trotzdem ein Pflichtverstoß vorliegt, z. B. weil er die SMS nicht erhalten hat, oder das Telefonat nicht stattgefunden haben soll, träge der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast, dass der Pflichtverstoß vorliegt (LAG Rheinland-Pfalz: Urteil vom 08.08.2006 – 2 Sa 76/06)

²³ Hierbei kommt insbesondere ein Personalsachbearbeiter oder die Personalabteilung in Betracht.

Wenn der Arbeitnehmer seine Mitteilungspflichten verletzt, stellt dies eine Verletzung einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht dar, und berechtigt den Arbeitgeber zum Ausspruch einer Abmahnung.

Ergebnis: Die Anforderung den Vorgesetzten oder dessen Stellvertreter anzurufen und erst nach erfolglosem Versuch einen der beiden Personen zu erreichen, eine Email zu schreiben ist umständlich und lebensfremd. Wichtig ist – und nur darauf kann es ankommen – dass der Arbeitgeber über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich und tatsächlich informiert wird. Da der Vorgesetzte verpflichtet ist HR und OHS zu informieren, ist der Mitarbeiter gut darin beraten, wenn er eine Email an alle Beteiligten in „cc“ schickt und somit alle Beteiligten Institutionen im Amt unverzüglich und umfassend über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer informiert sind. Der Arbeitgeber müsste sein gesteigertes Interesse an der telefonischen Mitteilung an den Vorgesetzten bzw. dessen Vorgesetzten anhand Sinn und Zweck der Bestimmung nachvollziehbar darlegen, es ist jedenfalls kein vernünftiger Grund erkennbar, weshalb eine Mitteilung per Email nicht ausreichen soll und der Mitteilungspflicht genügt.

II. Abschnitt (i)

Absatz 4

OHS soll im Falle, dass der Mitarbeiter am ersten Tag nicht angerufen hat mit diesem telefonisch Kontakt aufnehmen und anschließend dessen Vorgesetzten informieren. Diese Bestimmung steht im Widerspruch zu Absatz 3 des Abschnittes (i). Nach Abschnitt (i) Absatz 3 soll der Vorgesetzte sowohl HR als auch OHS informieren, wenn er keine Information über den Verbleib des Mitarbeiters hat. Nach Abs. 4 soll sich OHS den Mitarbeiter anrufen, wenn „no information is received by phone on the first day of absence.“ Die grammatikalische Auslegung ergibt, dass OHS in jedem Fall den Mitarbeiter anrufen soll, wenn dieser sich nicht telefonisch gemeldet hat. Wenn man jedoch bedenkt, dass der Vorgesetzte OHS nur dann zu informieren hat, wenn er keine Informationen über den Verbleib des Mitarbeiters hat („If no

information is received...“), ist Abs. 4 nach Sinn und Zweck so auszulegen, dass OHS nicht mehr wegen der fehlenden Information über den Verbleib anrufen muss, sondern weil noch andere Informationen darüber hinaus benötigt werden bzw. abgefragt werden sollen.

Ergebnis: Wie bereits oben dargestellt kann der Arbeitgeber aus der Tatsache, dass der Mitarbeiter den Arbeitgeber durch Email und nicht per Telefon benachrichtigt keine arbeitsrechtliche Pflichtverletzung herleiten. Wenn der Arbeitgeber nichtsdestotrotz ein gesteigertes Interesse an der telefonischen Information haben, z. B. weil er nicht lesen, oder einen Computer bedienen kann, mag dies dazu führen, dass Ausnahmsweise nur eine telefonische Mitteilung in Betracht zu ziehen ist. Dies ist jedoch beim Amt nicht der Fall, so dass von einem wirksamen Zugang per Email ausgegangen werden kann und dass eine Nachforschungsnotwendigkeit durch die OHS nicht mehr, zumindest nicht mehr wegen der Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit – gegeben ist.

- **Abschnitt (i)**

Absatz 5

Auch bei Folgebescheinigungen gilt das oben gesagte. Wenn die Arbeitsunfähigkeit über den in der Bescheinigung angegebenen Zeitpunkt hinaus fortdauert, muss die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich dem Arbeitgeber mitgeteilt werden. Dabei erfüllt die Mitteilung per Email den Sinn und Zweck der Mitteilungspflichten. Eine darüber hinaus gehende Verpflichtung ein persönliches Gespräch mit dem Vorgesetzten zu führen folgt nicht aus dem Sinn und Zweck der Mitteilungspflicht.

- **Abschnitt (i)**

Absatz 6

Auch nach deutschem Recht muss der Mitarbeiter die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit dem Arbeitgeber mitteilen. Zudem ist bei längerer

krankheitsbedingter Abwesenheit im Interesse des Arbeitgebers, dass dieser vom Mitarbeiter über dringende Tätigkeiten informiert wird.

- **Abschnitt (iv)**

Absatz 1

Der Präsident soll berechtigt sein, feststellen zu lassen, ob der Mitarbeiter tatsächlich arbeitsunfähig ist. Hierzu sollen auch medizinische Untersuchungen in seiner Wohnung möglich sein. Antragsberechtigt für derartige Untersuchungen sind der Vorgesetzte, dessen Stellvertreter oder OHS.

Deutsches Recht:

Wie bereits oben ausgeführt, würde jede arbeitsvertragliche Verpflichtung des Mitarbeiters einen Arzt zum Zwecke der medizinischen Untersuchung seiner Arbeitsunfähigkeit in seine Wohnung lassen zu müssen, nicht nur seine Persönlichkeitsrechte verletzen sondern auch sein Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung beeinträchtigen. Diese Bestimmung stellt einen massiven Eingriff in die Grundrechte des Mitarbeiters dar und ist daher rechtswidrig.

Kontrollbesuche: Sogenannte Krankenbesucher des Arbeitgebers sind jedoch zulässig. Sie können durchaus im Prozess verwertbare Tatsachen sammeln, aus denen Zweifel an der attestierten oder sonst behaupteten Arbeitsunfähigkeit hergeleitet werden können, auch wenn diese Personen in der Regel die notwendigen Sachkenntnisse nicht haben werden, um festzustellen, ob ein krankgeschriebener Arbeitnehmer tatsächlich krank und sein außerbetriebliches Verhalten im konkreten Einzelfall der Gesundheitsförderung hinderlich ist. Gleichwohl können sie Tatsachen feststellen, die gleichwohl gegen eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit sprechen.²⁴

Grundsätzlich gilt jedoch, dass der Schutz der allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG generelle Nachforschungen in Bezug auf die

²⁴ Achim Lepke, Kündigung bei Krankheit, Rz. 520

Privatsphäre des Arbeitnehmers zu unterlassen sind. Daher müssen für den Einsatz bereits konkrete Anhaltspunkte vorliegen.

Der Arbeitnehmer ist jedoch grundsätzlich nicht verpflichtet, den Zutritt zu seiner Wohnung zu gestatten und/oder entsprechende Auskünfte zu erteilen.²⁵

Die Kontrolle krankgeschriebener Arbeitnehmer durch Detektive kann bei vorliegen sachlich gerechtfertigter Tatsachen, die den dringenden Verdacht begründen, der betreffende Arbeitnehmer sei nicht arbeitsunfähig krank, ebenfalls gerechtfertigt sein.²⁶ Im Falle des Nachweises des Pflichtverstoßes kann der Arbeitgeber sogar den Ersatz der Kosten der Detektive vom Arbeitnehmer verlangen.

- Unter dem Punkt „Verification of absence due to sick leave“

wird bestimmt, dass der Mitarbeiter zum Zwecke der Verifizierung mitwirken soll. Als Mitwirkungshandlung wird von dem erkrankten Mitarbeiter erwartet, dass er von 10:00 Uhr bis 12:00 Uhr und von 14:00 Uhr bis 16:00 Uhr zur Disposition des Amtes steht. Sollte er während dieser Zeiten auswärts Untersuchungen wahrnehmen, soll er dies dem OHS mitteilen, der diese Information dann an HR weitergibt. Auf Verlangen des OHS soll der Mitarbeiter seine Abwesenheit begründen.

Diese Regelung ist ohne Zweifel rechtswidrig. Sie stellt einen immensen Eingriff in die Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrechte des Mitarbeiters dar. Die Bestimmung dient nur dazu, dem Arbeitnehmer die Kontrolle über das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen. Eine derartige Befugnis steht dem Arbeitgeber nicht zu. Niemand kann durch einen Arbeitgeber gezwungen werden ein Telefongespräch anzunehmen oder sich zu bestimmten Uhrzeiten in seiner Wohnung aufzuhalten. Ein Arbeitnehmer darf sich zu Zwecken der Pflege z.B. zu seiner Familie in einem anderen Land begeben und sich dort auskurieren. Wenn es medizinisch unbedenklich, ja sogar geboten ist, zu verreisen, ist auch dies möglich.

²⁵ Achim Lepke, Kündigung bei Krankheit, Rz. 520

²⁶ Achim Lepke, Kündigung bei Krankheit, Rz. 5201

Selbstverständlich ist der Arbeitgeber in diesen Fällen über die Ortsabwesenheit zu informieren. Es sind keine offensichtlichen Gründe erkennbar, die einen Mitarbeiter z. B. aufgrund einer bettlägerigen Krankheit schlechter stellen, als einen depressiven Mitarbeiter der aufgrund der ärztlichen Dafürhaltens in den Süden geflogen ist. Der Bettlägerige muss sich darauf einstellen, dass er sich zwischen den vom Amt angegebenen Zeiten in seiner Wohnung aufhalten muss, weil entweder Kontrollbesucher vom Amt oder Drittunternehmen ihn aufsuchen könnten und nach dem Verständnis seines Arbeitgebers muss er sich sogar noch eventuellen Verifizierungen und ärztlichen Untersuchungen unterziehen.

Eine derartige Regelung ist dem deutschen Arbeitsrecht fremd. Arbeitsunfähigkeit bedeutet nicht, dass der Betroffene durch Hausarrest zu bestrafen ist. Vielmehr soll er sich durch die Krankschreibung erholen, so dass er schnellstmöglich seinen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nachgehen kann.

Bedenklich ist, dass die OHS vorliegend zu einer Überwachungseinrichtung degradiert wird, bei der sich der betreffende Mitarbeiter an- und abzumelden hat und zudem verpflichtet ist Rechenschaft über seine Tagesplanung abzugeben. Hierdurch wird die Vertrauensbasis zwischen dem OHS und den Mitarbeitern erheblich gestört.

Wenn der Arbeitgeber Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters hat, stehen ihm Möglichkeiten der ärztlichen Begutachtung zur Verfügung.

Şenay Okyay
Rechtsanwältin