



HVBG

HVBG-Info 29/2000 vom 20.10.2000, S. 2734 - 2740, DOK 191.2/017-EuGH

**Zur missbräuchlichen Geltendmachung des Lohnfortzahlungsanspruchs
- Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 09.05.2000 - 10 Sa 85/97**

Zur missbräuchlichen Geltendmachung des Lohnfortzahlungsanspruchs
- EuGH Paletta I und II;

hier: Urteil des Landesarbeitsgerichts (LAG) Baden-Württemberg vom
09.05.2000 - 10 Sa 85/97 -

Das LAG Baden-Württemberg hat mit Urteil vom 09.05.2000
- 10 Sa 85/97 - Folgendes entschieden:

Leitsätze:

1. Die Auslegung von Art. 18 Abs. 1 - 5 d. VO (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21.03.1972 über die Einführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, die der Europäische Gerichtshof im Urteil v. 03.06.1992 in der Rechtssache C - 45/90 (Paletta - AP Nr. 1 zu Art. 18 EWG - VO Nr. 574/72) vorgenommen hat, verwehrt es dem Arbeitgeber nicht, Nachweise zu erbringen, anhand deren das nationale Gericht ggf. feststellen kann, daß der Arbeitnehmer mißbräuchlich oder betrügerisch eine gem. Art. 18 der VO Nr. 574/72 festgestellte Arbeitsunfähigkeit gemeldet hat, ohne krank gewesen zu sein (EuGH, Urt. v. 02.05.1996 - C 206/94 - Paletta II - AP Nr. 2 zu Art. 118 EWG-VO Nr. 574/72 = HVBG-INFO 1996, 2052-2054).
2. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nach dem Lohnfortzahlungsgesetz i.V.m. Art. 22 der EWG-VO Nr. 1408/71 und den Art. 18 und 24 der EWG-VO Nr. 574/72, wenn er in Wirklichkeit nicht arbeitsunfähig krank war und sein Verhalten mißbräuchlich oder betrügerisch war. Allerdings handelt der Arbeitnehmer in aller Regel mißbräuchlich oder betrügerisch, wenn er sich arbeitsunfähig krankschreiben läßt, obwohl er es nicht ist (BAG, Urt. v. 19.02.1997 - 5 AZR 474/93 - AP Nr. 3 zu Art. 18 EWG-VO Nr. 574/72 = HVBG-INFO 1997, 1648-1661).
3. Die Beweislast dafür, daß der Arbeitnehmer nicht arbeitsunfähig krank war, trägt der Arbeitgeber. Es reicht - anders als bei im Inland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen - nicht aus, daß der Arbeitgeber Umstände beweist, die nur zu ernsthaften Zweifeln an der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit Anlaß geben (BAG, Urt. v. 19.02.1997 aaO). Allerdings ist der Arbeitgeber nicht darauf beschränkt, den Beweis dafür, daß der Arbeitnehmer nicht arbeitsunfähig krank war, unmittelbar, d.h. etwa durch Vernehmung des Arztes zu führen. Vielmehr ist - entsprechend den allgemeinen Beweisregeln - auch ein Indizienbeweis zulässig, also ein Beweis über (Hilfs-) Tatsachen, aus denen auf das Vorliegen der zu beweisenden rechtserheblichen Tatsache zu schließen ist.
4. a) Nach dem in § 286 ZPO verankerten Grundsatz der freien

Beweiswürdigung hat das Gericht "unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei". Angesichts der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnismöglichkeiten ist eine jeden Zweifel ausschließende Gewißheit kaum zu erreichen. Sie kann daher auch nicht gefordert werden. Es kommt auf die persönliche Überzeugung des entscheidenden Richters an, der sich jedoch in zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit begnügen muß (BAG, Urt. v. 19.02.1997 aaO). Es ist daher rechtsfehlerhaft, einen Beweis deswegen nicht als erbracht anzusehen, weil keine absolute, über jeden denkbaren Zweifel erhabene Gewißheit gewonnen werden konnte.

- b) § 286 Abs. 1 ZPO gebietet die Berücksichtigung des gesamten Streitstoffes. Der Begriff "Beweiswürdigung" ist demgegenüber mißverständlich, da er nahelegt, es gehe nur um die Würdigung der Beweisaufnahme. Zu würdigen sind vielmehr auch die prozessualen und vorprozessualen Handlungen, Erklärungen und Unterlassungen der Parteien und ihrer Vertreter.

Tatbestand

Die Parteien streiten um Lohnfortzahlung (jetzt Entgeltfortzahlung) im Krankheitsfall für den Zeitraum vom 07. August 1989 bis 16. September 1989.

Der 1942 geborene Kläger, italienischer Staatsangehöriger, war von Februar 1974 bis April 1990 bei der Beklagten als Wartungsschlosser beschäftigt. Seine Ehefrau .. und die gemeinsamen volljährigen Kinder .. und .. waren ebenfalls Arbeitnehmer der Beklagten. Deren Arbeitsverhältnisse endeten wie folgt:

- | | |
|--------------|--------------|
| - Ehefrau .. | Februar 1990 |
| - Sohn .. | Februar 1990 |
| - Tochter .. | Januar 1990. |

Ab 17. Juli 1989 verbrachten der Kläger, seine Ehefrau und die beiden Kinder ihren bis zum 12. August 1989 bewilligten Urlaub in Italien. Während des Urlaubs meldeten sich alle Familienmitglieder krank und zwar für folgende Zeiträume:

- | | | | | |
|------------------|-----|------------|---|-------------------------|
| - der Kläger | vom | 07.08.1989 | - | 22.09.1989 |
| - die Ehefrau .. | vom | 01.08.1989 | - | 20.11.1989 (mindestens) |
| - der Sohn .. | vom | 01.08.1989 | - | 22.09.1989 |
| - die Tochter .. | vom | 02.08.1989 | - | 17.11.1989. |

Auch im Jahre 1988 hatten der Kläger und die übrigen Familienmitglieder gemeinsam Urlaub vom 11. Juli 1988 bis 05. August 1988. Während dieses Urlaubs meldeten sich folgende Familienmitglieder krank:

- | | | | | |
|------------------|-----|------------|---|-------------|
| - die Ehefrau .. | vom | 19.07.1988 | - | 09.09.1988 |
| - die Tochter .. | vom | 27.07.1988 | - | 09.09.1988. |

Hinsichtlich der weiteren Urlaubs- und Krankheitszeiten des Klägers, seiner Ehefrau .. und der Kinder .. und .. wird auf die Anlagen B 4 - B 8 des Schriftsatzes der Beklagten vom 16.12.1997 (ABl 284 - 291) Bezug genommen.

Der Kläger übersandte der Betriebskrankenkasse insgesamt 5 "Attestati di Malattia - Regione Calabria - U.S.L.n. 4". Die

erste Bescheinigung vom 07. August 1989 ging ihr am 15. August 1989 zu, die letzte für die Zeit bis 22. September 1989 am 25. September 1989. Die in italienischer Sprache abgefaßten Atteste bescheinigten dem Kläger Erkrankungen. Die Betriebskrankenkasse leitete das Attest vom 07. August 1989 an die Beklagte weiter und unterrichtete diese auch über den weiteren Verlauf der Erkrankungen. Schließlich gingen am 06. Oktober 1989 bei der Betriebskrankenkasse formularmäßige Erklärungen der U.S.L.n. 4 Regione Calabria ein, in denen von Arbeitsunfähigkeit die Rede ist und Geldleistungen wegen Arbeitsunfähigkeit beantragt werden. Bezüglich des weiteren Sachverhalts wird auf den Tatbestand des arbeitsgerichtlichen Urteils verwiesen. Die Beklagte hat die Lohnfortzahlung verweigert, weil aus ihrer Sicht durchgreifende Bedenken gegen die Arbeitsunfähigkeit des Klägers und seiner Angehörigen bestünden. Der Kläger hat von der Beklagten Lohnfortzahlung für die Zeit vom 07. August 1989 - 16. September 1989 abzüglich von der Betriebskrankenkasse gezahlten Krankengeldes in rechnerisch unstreitiger Höhe verlangt. Er sei tatsächlich arbeitsunfähig krank gewesen. Zum Beweis dafür hat er sich auf die der Betriebskrankenkasse übersandten Unterlagen berufen, die diese im Einverständnis mit dem Kläger zur Akte gereicht hat, weiter auf das Zeugnis der beiden Ärzte, die die Bescheinigungen ausgestellt hatten.

Der Kläger hat beantragt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger DM 3.837,60 brutto abzüglich von der Betriebskrankenkasse gezahlter DM 2.389,53 netto nebst 4 % Zinsen aus dem sich ergebenden Nettodifferenzbetrag ab 02. Oktober 1989 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Beklagte hat vorgetragen, der Kläger sei nicht arbeitsunfähig krank gewesen. Zum Beweis hierfür hat sich die Beklagte ebenfalls ursprünglich auf das Zeugnis der vom Kläger benannten Ärzte berufen. Auch in den vergangenen Jahren sei die Familie .. häufig dadurch aufgefallen, daß sich mehrere Familienmitglieder im Urlaub in Italien hätten krankschreiben lassen und verspätet zur Arbeit zurückgekehrt seien.

In den von allen Mitgliedern der Familie des Klägers eingeleiteten arbeitsgerichtlichen Verfahren hat das Arbeitsgericht den Europäischen Gerichtshof durch Beschluß vom 31. Januar 1990 gemäß Art. 177 EWG-Vertrag (jetzt Art. 234 EGV) um eine Vorabentscheidung über folgende Fragen ersucht:

1. Sind die Grundsätze in der Rechtssache 22/86 des Urteils des Gerichtshofs - 3. Kammer - vom 12. März 1987 zur Auslegung von Art. 18 Abs. 1 u. 5 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates ganz oder teilweise auch auf den Fall zu übertragen, daß Träger der Geldleistungen bei Krankheit, wie nach § 1 ff. des Lohnfortzahlungsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 27. Juli 1969 der Arbeitgeber und nicht der Sozialversicherungsträger ist?

Insbesondere:

2. Hat der zuständige Träger von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland gemäß § 1 ff. Lohnfortzahlungsgesetz für die Arbeiter die Feststellungen des Sozialversicherungsträgers

des Wohnorts des Arbeitnehmers über den Eintritt und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit seiner Entscheidung über den Anspruch auf Geldleistungen in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht zugrunde zu legen?

3. Ist die Frage Nr. 1 - für den Fall der Bejahung - auch dann zu bejahen, wenn der Arbeitgeber, der nach § 1 Träger der Lohnfortzahlungsleistung ist, keine tatsächliche oder rechtliche Möglichkeit der Überprüfung der Feststellung des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit hat, außer derjenigen, bei der zuständigen Krankenkasse, die jedoch in diesem Falle nicht primär leistungsverpflichtet ist, anzuregen, den Arbeitnehmer durch einen (Vertrauens-) Arzt seiner Wahl im Sinne des Art. 18 Abs. 5 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 untersuchen zu lassen?

Der Europäische Gerichtshof hat hierauf mit Urteil vom

03. Juni 1992 (C - 45/90) wie folgt entschieden:

Art. 18 Abs. 1 - 4 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ist dahin auszulegen, daß der zuständige Träger, auch wenn es sich dabei um den Arbeitgeber und nicht um einen Träger der sozialen Sicherheit handelt, in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht an die vom Träger des Wohn- und Aufenthaltsorts getroffenen ärztlichen Feststellungen über den Eintritt und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit gebunden ist, sofern er die betroffene Person nicht durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen läßt, wozu ihn Art. 18 Abs. 5 ermächtigt.

Die Beklagte hat daraufhin geltend gemacht, die Atteste seien jeweils mit einer Verzögerung von etwa 9 Tagen bei ihr eingegangen. Der Kläger habe damit die formellen Vorschriften der EG-Verordnungen über die Benachrichtigung des Arbeitgebers nicht gewahrt. Deshalb habe sie von ihrem Recht auf eine Kontrolluntersuchung nach Art. 18 Abs. 5 EWG - VO Nr. 574/72 keinen Gebrauch machen können. Es sei für den deutschen Arbeitgeber praktisch unmöglich, einen Vertrauensarzt einzuschalten, denn der Arbeitgeber erfahre von der Krankheit im Regelfall erst später und kenne die ausländische Urlaubsanschrift nicht.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Die Beklagte legte gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Revision ein.

Durch Beschluß vom 27. April 1994 hat das BAG erneut gemäß Art. 177 EWG-Vertrag (jetzt Art. 234 EGV) den Europäischen Gerichtshof angerufen und ihm folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Entfällt die Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber gemäß Art. 22 Abs. 1 im Hinblick auf das Erfordernis der Unverzüglichkeit der Leistungsgewährung dann, wenn die Leistung nach dem anzuwendenden deutschen Recht erst längere Zeit (3 Wochen) nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit fällig ist?
2. Bedeutet die vom EuGH in der Rechtssache - C - 45/90 - im Urteil vom 03. Juni 1992 vorgenommene Auslegung von Art. 18 Abs. 1 - 4 u. 5 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972, daß es dem Arbeitgeber verwehrt ist, einen Mißbrauchstatbestand zu beweisen, aus dem mit Sicherheit oder hinreichender Wahrscheinlichkeit zu

- schließen ist, daß Arbeitsunfähigkeit nicht vorgelegen hat?
3. Falls die Frage zu 2. bejaht wird, verstößt Art. 18 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 dann gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 3 b Abs. 3 EGV)?

Hierauf hat der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 02. Mai 1996 (C - 206/94) wie folgt geantwortet:

1. Art. 22 Abs. 1 Buchstabe a Ziff. ii d. VO (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 2001/83 d. Rates vom 02. Juni 1983 gilt für eine nationale Regelung, nach der ein Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit für eine bestimmte Zeit Anspruch auf Lohnfortzahlung hat, auch dann, wenn die Vergütung erst eine bestimmte Zeit nach dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu zahlen ist.
2. Die Auslegung von Art. 18 Abs. 1 - 5 der VO (EWG) Nr. 574/72 d. Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, die der Gerichtshof im Urteil vom 03. Juni 1992 in der Rechtssache C - 45/90 vorgenommen hat, verwehrt es dem Arbeitgeber nicht, Nachweise zu erbringen, anhand deren das nationale Gericht ggf. feststellen kann, daß der Arbeitnehmer mißbräuchlich oder betrügerisch eine gem. Art. 18 d. VO Nr. 574/72 festgestellte Arbeitsunfähigkeit gemeldet hat, ohne krank gewesen zu sein.

Mit Urteil vom 19. Februar 1997, auf das Bezug genommen wird, hat das BAG auf die Revision der Beklagten das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Die Beklagte trägt vor, daß im Hinblick auf die Parallelerkrankungen während des Urlaubs und im Zusammenhang mit dem Urlaub der Rechtsmißbrauch nachgewiesen sei. Insoweit werde auf die Anlagen B 4 - B 8 zum Schriftsatz vom 16.12.1997 verwiesen (ABl 284 - 291). Eine jeden Zweifel ausschließende Gewißheit sei aber nicht zu erreichen. Wie das BAG in seinem Urteil vom 19. Februar 1997 ausführe, müsse sich das Gericht mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit begnügen. Einer Vernehmung der behandelnden Ärzte bedürfe es nach all dem nicht mehr.

Die Beklagte/Berufungsklägerin beantragt:

Das Urteil des Arbeitsgerichts Lörrach vom 25.08.1992
- 1 Ca 341/89 - wird abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger/Berufungsbeklagte beantragt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt vor, daß er tatsächlich arbeitsunfähig krank gewesen sei. Dies ergebe sich zum einen aus den vorgelegten ärztlichen Unterlagen. Im übrigen berufe er sich, falls die Beklagte den Beweis des Rechtsmißbrauchs geführt habe, gegenbeweislich für seine Arbeitsunfähigkeit in der Zeit vom 07.08.1989 - 22.09.1989 auf das sachverständige Zeugnis der behandelnden Ärzte Dr. .. und Dr. ..

Die Berufungskammer hat am 17.02.1998 folgenden Beweisbeschluß

verkündet:

- I. Es ist gegenbeweislich über die Behauptung des Klägers Beweis zu erheben, daß er vom 07.08.1998 - 16.09.1998 arbeitsfähig krank gewesen sei,
durch Vernehmung der sachverständigen Zeugen
1. Dr. ..
2. Dr. ..
jeweils vom Kläger beantragt.
- II. Um Vernehmung der sachverständigen Zeugen gem. Ziff. I des Beschlusses wird das zuständige italienische Gericht im Wege der Rechtshilfe ersucht.

Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsprotokolle des Bezirksgerichts Cosenza vom 11.02.1999 und 25.02.1999 (Übersetzung ABl 346 u. 347) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die gemäß § 64 Abs. 1 u. 2 ArbGG statthafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist somit gemäß §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 518, 519 ZPO zulässig.

II.

Die Berufung der Beklagten ist begründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nach dem Lohnfortzahlungsgesetz i.V.m. Art. 22 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und Art. 18, 24 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 für den Zeitraum vom 07. August 1989 bis 16. September 1989.

1. Nach Art. 18 der EWG-Verordnung Nr. 574/72 vom 21. März 1972 über die Durchführung der EWG-Verordnung Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit, auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ist der zuständige Träger, auch wenn es sich um den Arbeitgeber und nicht um einen Träger der sozialen Sicherheit handelt, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht an die vom Träger des Wohn- oder Aufenthaltsorts getroffenen ärztlichen Feststellungen über den Eintritt und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit gebunden, sofern er die betroffene Person nicht durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen läßt (EuGH, Urt. v. 03. Juni 1992, EuGHE 1992 I, 3458 = AP Nr. 1 zu Art. 18 EWG-VO Nr. 574/72). Dem Arbeitgeber ist es jedoch nicht verwehrt, Nachweise zu erbringen, anhand deren das nationale Gericht ggf. feststellen kann, daß der Arbeitnehmer mißbräuchlich oder betrügerisch eine gem. Art. 18 d EWG-VO Nr. 574/72 festgestellte Arbeitsunfähigkeit gemeldet hat, ohne krank gewesen zu sein (EuGH, Urt. v. 02. Mai 1996, EuGHE I 1996, 2357 = AP Nr. 2 zu Art. 18 EWG-VO Nr. 574/72).

Das bedeutet:

a) Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nach dem Lohnfortzahlungsgesetz i.V.m. Art. 22 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und Art. 18 u. 24 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72, wenn er in Wirklichkeit nicht arbeitsunfähig krank war und sein Verhalten mißbräuchlich oder betrügerisch war. Allerdings handelt der Arbeitnehmer in aller Regel mißbräuchlich

oder betrügerisch, wenn er sich arbeitsunfähig krankschreiben läßt, obwohl er es nicht ist (BAG, Urt. v. 19.02.1997 - 5 AZR 747/93 - AP Nr. 3 zu Art. 18 EWG-VO Nr. 574/72 zu A III 2 d. Gründe m.w.N.).

b) Die Beweislast dafür, daß der Arbeitnehmer nicht arbeitsunfähig krank war, trägt der Arbeitgeber. Es reicht - anders als bei im Inland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen - nicht aus, daß der Arbeitgeber Umstände beweist, die nur zu ernsthaften Zweifeln an der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit Anlaß geben. Allerdings ist der Arbeitgeber nicht darauf beschränkt, den Beweis dafür, daß der Arbeitnehmer nicht arbeitsunfähig krank war, unmittelbar, d.h. etwa durch Vernehmung des Arztes zu führen. Vielmehr ist - entsprechend den allgemeinen Beweisregeln - auch ein Indizienbeweis zulässig, also ein Beweis über (Hilfs) Tatsachen, aus denen auf das Vorliegen der zu beweisenden rechtserheblichen Tatsache zu schließen ist (BAG, Urt. v. 19.02.1997 aaO zu A III 2 d. Gründe m.w.N.).

c) Nach dem in § 286 ZPO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat das Gericht "unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei". Angesichts der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnismöglichkeiten ist eine jeden Zweifel ausschließende Gewißheit kaum je erreichbar; sie kann daher auch nicht gefordert werden. Es kommt auf die persönliche Überzeugung des entscheidenden Richters an, der sich jedoch in zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit begnügen muß (BAG, Urt. v. 19.02.1997 aaO zu B II 2 a d. Gründe u. Hinw. auf BGHZ 53, 245, 256 u. BGHZ 61, 165, 169; vgl. auch BGH, Urt. v. 14.01.1993 - IX ZR 238/91 = NJW 1993, 935, 937). Es ist daher rechtsfehlerhaft, ein Beweis deswegen nicht als erbracht anzusehen, weil keine absolute, über jeden denkbaren Zweifel erhabene Gewißheit gewonnen werden konnte (Zöller/Greger, ZPO, 21. Aufl. § 286 Rn 19). § 286 Abs. 1 ZPO gebietet die Berücksichtigung des gesamten Streitstoffes. Der Begriff "Beweiswürdigung" ist demgegenüber mißverständlich, da er nahelegt, es gehe nur um die Würdigung der Beweisaufnahme. Zu würdigen sind vielmehr auch die prozessualen und vorprozessualen Handlungen, Erklärungen und Unterlassungen der Parteien und ihrer Vertreter. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß der Richter unter Umständen auch bestrittene Parteibehauptungen mittels Schlußfolgerungen aus anderen unbestrittenen oder bereits festgestellten Tatsachen ohne Beweiserhebung für wahr halten kann, wenn kein zulässiger Beweisantritt vorliegt (BAG, Urt. v. 19.02.1997 aaO zu B II 2 a d. Gründe unter Hinw. auf BGH, Urt. v. 26.04.1974 - V ZR 174/72 - MDR 1974, 831 u. BGHZ 82, 13). Der Richter kann im Einzelfall auch allein aufgrund von Indizien, sogar trotz anders lautender Zeugenaussagen, zu einer bestimmten Überzeugung gelangen (so ausdrücklich BAG, Urt. v. 19.02.1997 aaO zu B II 2 a d. Gründe).

2. Unter Beachtung dieser Rechtsgrundsätze ergibt sich vorliegend folgendes:

Zwar war die Beklagte gem. Art. 18 d. VO (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der VO (EWG) Nr. 1408/71 in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht an die vom Träger des Wohn- oder Aufenthaltsorts getroffenen ärztlichen Feststellungen über den

Eintritt und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit gebunden, da sie den Kläger nicht durch einen Arzt ihrer Wahl untersuchen ließ.

Vorliegend hat der Kläger trotzdem keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle nach dem Lohnfortzahlungsgesetz i.V.m. Art. 22 d. VO (EWG) Nr. 1408/71 u. Art. 18, 24 d. VO (EWG) Nr. 574/72, da er in Wirklichkeit nicht arbeitsunfähig krank war und sein Verhalten mißbräuchlich war. Den ihr insoweit obliegenden Beweis hat die Beklagte zur freien Überzeugung der Berufungskammer geführt. Dabei war die Beklagte - wie oben dargelegt - nicht darauf beschränkt, den Beweis durch Vernehmung der Ärzte zu führen. Vielmehr ist - entsprechend den allgemeinen Beweisregeln - auch ein Indizienbeweis zulässig, also ein Beweis über (Hilfs-) Tatsachen, aus denen auf das Vorliegen der zu beweisenden rechtserheblichen Tatsache zu schließen ist. Vorliegend hatten der Kläger, seine Ehefrau und die beiden Kinder .. und .. gemeinsam Urlaub vom 17. Juli 1989 bis 12. August 1989, den sie auch gemeinsam in Italien verbrachten. Bei diesem urlaubsbedingten gemeinsamen Aufenthalt in Italien meldeten sich der Kläger und seine drei Familienangehörigen in engem zeitlichem Zusammenhang wie folgt krank:

- Ehefrau .. ab 01.08.1989
- Sohn .. ab 01.08.1989
- Tochter .. ab 02.08.1989
- Kläger ab 07.08.1989.

Hierbei fällt bereits auf, daß 3 der 4 Familienmitglieder sich innerhalb von 2 Tagen krank meldeten, während sich das 4. Familienmitglied (der Kläger) innerhalb einer Woche krank meldete. Dies alles geschah während des in der Heimat in Italien gemeinsam verbrachten Urlaubs. Daß zu dieser Zeit eventuell eine besondere Krankheitswelle (Darminfekt, Grippe, sonstige Erkältungserkrankung) den Landstrich heimsuchte, ist vom Kläger nicht vorgetragen worden. Desweiteren fällt auf, daß sowohl der Kläger als auch sein Sohn .. nur bis 22.09.1989 krank gemeldet waren, während die Ehefrau des Klägers zumindest bis 20.11.1989 und die Tochter .. bis 17.11.1989 krank gemeldet waren. Im Jahre 1989 waren damit die männlichen Familienmitglieder gemeinsam bis 22.09.1989 krank gemeldet. Auch im Jahre 1988 hatten der Kläger und die übrigen Familienmitglieder gemeinsamen Urlaub vom 11.07.1988 - 05.08.1988. Während dieses Urlaubs meldeten sich die weiblichen Familienmitglieder wie folgt krank:

- Ehefrau .. vom 19.07.1988 - 09.09.1988
- Tochter .. vom 27.07.1988 - 09.09.1988.

Damit weisen die Jahre 1988 und 1989 im Hinblick auf den gemeinsamen Urlaub auch insoweit Parallelen auf, daß 1988 die weiblichen Familienmitglieder bis 09.09.1988 und 1989 die männlichen Familienmitglieder bis 22.09.1989 jeweils krank gemeldet waren.

Unter Berücksichtigung der oben dargelegten Besonderheiten der Krankmeldungen während der jeweils für alle Familienmitglieder gemeinsam bewilligten und verbrachten Urlaube hat die Beklagte zunächst zur Überzeugung der Berufungskammer bewiesen, daß der Kläger im Zeitraum vom 07.08.1989 bis 16.09.1989 nicht arbeitsunfähig krank war. Angesichts der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnismöglichkeiten ist eine jeden Zweifel ausschließende Gewißheit kaum erreichbar. Sie kann auch nicht gefordert werden. Es kommt auf die persönliche Überzeugung der entscheidenden Richter an, die sich jedoch in zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit begnügen müssen. Es ist daher rechtsfehlerhaft, einen Beweis

deswegen als nicht erbracht anzusehen, weil keine absolute, über jeden denkbaren Zweifel erhabene Gewißheit gewonnen werden konnte (BAG, Urt. v. 19.02.1997 aaO zu B II 2 a d. Gründe m.w.N.).

Soweit der Kläger sich nunmehr gegenbeweislich für das Vorliegen seiner Arbeitsunfähigkeit auf das sachverständige Zeugnis der behandelnden Ärzte Dr. .. und Dr. .. berufen hat, hat der Kläger den Gegenbeweis nicht geführt. Der vom Bezirksgericht Cosenza vernommene sachverständige Zeuge Dr. .. hat auf ausdrückliche Frage des Gerichts bekundet, daß er sich nicht erinnern könne, den Kläger untersucht zu haben. Auch auf Vorhalt der Kopien der medizinischen Atteste Nr. 215061/B und 215070/B, welche seinen Stempel und seine Unterschrift trugen, stellte der Zeuge klar, daß die betreffenden Kopien zwar unvollständig seien, da der untere Teil des Blattes, welche die Diagnosen enthalten, fehlen. Er bestätigte auf jeden Fall, daß es sich bei der Unterschrift auf den Bescheinigungen um seine handelt. Auf weitere Frage des Gerichts bekundete er sodann ausdrücklich, da schon viel Zeit vergangen sei, könne er in jedem Fall sagen, daß er sich nicht an die Diagnose und an die Dauer der Erkrankung erinnern könne. Nach all dem konnte der sachverständige Zeuge Dr. .. also keine Angaben dazu machen, ob er den Kläger auch tatsächlich persönlich untersucht hatte oder ob er sich auf die Angaben des Klägers verlassen mußte (vgl. S. 4 der Denkschrift des Rechtshilfeersuchens). Der weitere vom Kläger gegenbeweislich als sachverständiger Zeuge benannte Dr. .. ist nach den Feststellungen des Bezirksgerichts Cosenza gemäß der dort eingereichten Sterbeurkunde am 30.07.1995 verstorben.

Nach dem Ergebnis der vom Bezirksgericht Cosenza im Wege der Rechtshilfe durchgeführten Beweisaufnahme konnte der sachverständige Zeuge Dr. .. sich somit nicht daran erinnern, den Kläger untersucht zu haben. Damit besteht die Möglichkeit, daß Dr. .. sich auf die persönlichen Angaben des Klägers verlassen mußte, ohne einen objektivierbaren Befund erheben zu können. Im Lichte dessen ist vom Kläger der ihm obliegende Gegenbeweis, daß er tatsächlich im Zeitraum vom 07. August 1989 bis 16. September 1989 arbeitsunfähig krank war, nicht geführt.

Folglich war auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

IV.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil kein Grund gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG hierfür vorliegt.