der einzelnen Leistung, insbesondere ihrer Zielsetzung und den Voraussetzungen für ihre Gewährung, nicht dagegen danach, ob sie nach den nationalen Rechtsvorschriften als eine Leistung der sozialen Sicherheit angesehen wird.

Die vom Arbeitgeber im Rahmen der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall erbrachten Leistungen, bei deren Gewährung die Zahlung der nach dem nationalen Recht der sozialen Sicherheit vorgesehenen Tagegelder bis zur Dauer von sechs Wochen ruht, stellen Leistungen bei Krankheit im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 dar. Der Umstand, daß diese Leistungen finanziell zu Lasten des Arbeitgebers gehen, kann ihre Einbeziehung in den Geltungsbereich dieser Verordnung nicht hindern, da die Qualifizierung einer Leistung als unter diese Verordnung fallende Leistung der sozialen Sicherheit nicht von der Art ihrer Finanzierung abhängt.

2. Artikel 18 Absätze 1 bis 4 der Verordnung Nr. 574/72 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- oder 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 Artikel 18 Absatz 5 ermächtigt.

Die praktischen Schwierigkeiten, die von einem Arbeitgeber geltend gemacht werden, der nicht in der Lage gewesen sein will, von der in Artikel 18 Absatz 5 vorgesehenen Befugnis sachgerecht Gebrauch zu machen, können die Auslegung einer Vorschrift dieser Verordnung, wie sie sich aus ihrem Wortlaut und ihrer Zielsetzung ergibt, nicht in Frage stellen.

SITZUNGSBERICHT
in der Rechtssache C-45/90 *

I — Sachverhalt und Verfahren

1. *Rechtlicher Rahmen*

Artikel 18 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 (ABl. L 74, S. 1) bestimmt in den Absätzen 1 und 5:

„(1) Ein Arbeitnehmer hat für den Bezug von Geldleistungen nach Artikel 19 Absatz

* Verfahrenssprache: Deutsch.

1 Buchstabe b der Verordnung sich innerhalb von drei Tagen nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit an den Träger des Wohnorts zu wenden und dabei eine Anzeige über die Arbeitseinstellung oder, wenn die von dem zuständigen Träger oder von dem Träger des Wohnorts anzuwendenden Rechtsvorschriften dies vorsehen, eine vom behandelnden Arzt ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen.

...

(5) Der zuständige Träger behält in allen Fällen die Möglichkeit, durch einen Arzt seiner Wahl den Arbeitnehmer untersuchen zu lassen."

Wie sich aus dem Vorlagebeschluß ergibt, hat ein Arbeiter gemäß § 1 des Lohnfortzahlungsgesetzes vom 27. Juli 1969 (BGBl. I S. 946, im folgenden: LFZG) nach Beginn der Beschäftigung Anspruch auf Fortzahlung seines Arbeitsentgelts bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung gehindert wird.

Nach § 3 Absatz 1 LFZG ist der Arbeiter nicht nur dazu verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen, sondern auch dazu, vor Ablauf des dritten Kalendertages nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer nachzureichen.

Hält sich der Arbeiter bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit außerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes auf, so hat er auch der Krankenkasse, bei der er versichert ist, die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen (§ 3 Absatz 2 LFZG).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts führt der Arbeitnehmer durch Vorlage einer von einem Arzt ausgestellten Bescheinigung den Nachweis der eingetretenen Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 3 Absatz 1 LFZG. Diese Rechtsprechung macht keinen Unterschied zwischen einer von einem ausländischen Arzt im Ausland ausgestellten Bescheinigung und einer von einem deutschen Arzt ausgestellten Bescheinigung. Die erstgenannte Bescheinigung muß jedoch erkennen lassen, daß der ausländische Arzt zwischen einer bloßen Erkrankung und einer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheit unterschieden und damit eine den Begriffen des deutschen Arbeits- und Sozialversicherungsrechts entsprechende Beurteilung vorgenommen hat.

Der Beweiswert einer solchen Bescheinigung kann nach dieser Rechtsprechung jedoch erschüttert werden, wenn der Arbeitgeber im Rechtsstreit Umstände darlegt, die zu ernsthaften und begründeten Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit Anlaß geben. Solche Umstände sind zum Beispiel die wiederholte Krankschreibung am Ende längerer Auslandsurlaube.

2. *Der Ausgangsrechtsstreit*

Vittorio Paletta, seine Ehefrau Raffaela und deren Kinder Carmela und Alberto, die alle

vier italienische Staatsangehörige sind, sind als Arbeiter bei der Brennet AG (im folgenden: Firma Brennet) in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt.

Vom 17. Juli bis zum 12. August 1989 verbrachten sie in Italien einen ihnen von der Firma Brennet bewilligten Urlaub.

Während des Aufenthalts in Italien meldeten sie sich alle krank, wie sie es im übrigen nach Angabe der Firma Brennet auch schon in den vorangehenden Jahren getan hatten, und zwar jeweils für einen unterschiedlichen Zeitraum, nämlich vom 7. August bis zum 22. September (Vittorio Paletta), vom 27. Juli bis zum 20. November (seine Ehefrau Raffaela), vom 31. Juli bis zum 22. September (ihr Sohn Alberto) und vom 2. August an (ihre Tochter Carmela).

Sie zeigten diese Arbeitsunfähigkeit, wie im LFZG vorgeschrieben, der Betriebskrankenkasse und ihrem Arbeitgeber unverzüglich an, und legten der Betriebskrankenkasse von der Unità Sanitaria Locale, Regione Calabria (im folgenden: USL) ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen („Attestati di Malattia") vor. Darüber hinaus beriefen sie sich auf das Zeugnis ihrer behandelnden italienischen Ärzte sowie auf das Zeugnis des Vertrauensarztes der USL.

Die Firma Brennet weigerte sich jedoch, ihnen den Lohn während der ersten sechs Wochen nach dem Eintritt der Krankheit fortzuzahlen, wie es § 1 LFZG vorsieht. Ihrer Ansicht nach sind nämlich ernstliche Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit erlaubt, die die betreffenden Arbeitnehmer geltend machen, da diese gleichzeitig während ihres Urlaubs erkrankt seien, was zuvor bereits wiederholt der Fall gewesen sei. Unter diesen Umständen sei der Arbeitgeber durch die im Ausland ausgestellten Bescheinigungen nicht gebunden.

Die Kläger erhoben daraufhin beim Arbeitsgericht Lörrach eine Klage auf Lohnfortzahlung für den Zeitraum von sechs Wochen nach dem Eintritt ihrer Arbeitsunfähigkeit.

In Anbetracht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist das vorlegende Gericht der Auffassung, unter den Umständen des Falles könne sich die Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit in der Weise umkehren, daß es Sache des Klägers sein könne, den vollen Beweis für die Arbeitsunfähigkeit zu erbringen.

Diese nationale Beweisregelung könne jedoch nicht herangezogen werden, wenn die Verpflichtung zur Lohnfortzahlung nach dem LFZG eine Leistung sei, die zu den Aufgaben der sozialen Sicherheit im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 gehöre. In diesem Fall sei nämlich Artikel 18 in Verbindung mit Artikel 24 der Durchführungsverordnung Nr. 574/72 anwendbar. Es müsse daher, wie der Gerichtshof bereits entschieden habe, der Bescheinigung des Arztes im Aufenthaltsland des Arbeitnehmers ausschließlicher Beweiswert zukommen, und der Arbeitgeber, der Zweifel am Wert des ärztlichen Attestes habe, könne allenfalls einen Arzt seiner Wahl in das Land entsenden, in dem sich der Arbeitnehmer aufhalte, um diesen dort zu untersuchen (Urteil vom 12. März 1987 in der Rechtssache 22/86, Rindone, Slg. 1987, 1339).

Der Umstand, daß die Leistungen im vorliegenden Fall vom Arbeitgeber selbst und nicht von dem zuständigen Sozialversicherungsträger gewährt würden, stelle aber wohl kein Hindernis für die Anwendung des Artikels 18 dar.

Außerdem sei das Diskriminierungsverbot des Artikels 48 Absatz 2 EWG-Vertrag zu berücksichtigen, wenn es darum gehe, die Rechtsstellung eines Gemeinschaftsangehörigen zu beurteilen, der in einem anderen Mitgliedstaat erkranke als in demjenigen, in dem er arbeite.

Nach alledem hat das Arbeitsgericht Lörrach das Verfahren mit Beschluß vom 31. Januar 1990 ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1) Sind die Grundsätze in der Rechtssache 22/86 des Urteils des Gerichtshofes — Dritte Kammer — vom 12. März 1987 zur Auslegung von Artikel 18 Absätze 1 und 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 (*Bundesgesetzblatt* I S. 946, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. Dezember 1988 — *Bundesgesetzblatt* I S. 2477), der Arbeitgeber und nicht der Sozialversicherungsträger ist?

Insbesondere:

2) Hat der zuständige Träger von Entgeltfortzahlungsleistungen im Krankheitsfalle nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland gemäß § 1 ff. Lohnfortzahlungsgesetz für die Arbeiter die Feststellungen des Sozialversicherungsträgers des Wohnortes 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 und rechtliche Möglichkeit der Überprüfung der Feststellung des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit hat, außer derjenigen, bei der zuständigen Krankenkasse, die jedoch in diesem Fall nicht primär leistungsverpflichtet ist, anzuregen, den Arbeitnehmer durch einen (Vertrauens-)Arzt seiner Wahl im Sinne des Artikels 18 Absatz 5 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 untersuchen zu lassen?

3. *Verfahren vor dem Gerichtshof*

Der Vorlagebeschluß ist am 21. Februar 1990 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben schriftliche Erklärungen eingereicht: die deutsche Regierung, vertreten durch Ernst Röder und Joachim Karl als Bevollmächtigte, die niederländische Regierung, vertreten durch B. R. Bot, Generalsekretär des Außenministeriums, als Bevollmächtigten, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Karen Banks und Bernd Langeheine, Juristischer Dienst der Kommission, als Bevollmächtigte.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

Gemäß Artikel 95 §§ 1 und 2 der Verfahrensordnung hat der Gerichtshof die Rechtssache durch Entscheidung vom 27. Februar 1991 an die Fünfte Kammer verwiesen.

Nach der öffentlichen Sitzung vom 30. April 1991 und den Schlußanträgen des Generalanwalts vom 4. Juni 1991 ist die Fünfte Kammer zu der Auffassung gelangt, daß Artikel 95 § 4 der Verfahrensordnung anzuwenden sei.

Mit Entscheidung vom 9. Juli 1991 hat der Gerichtshof (Fünfte Kammer) die Rechtssache dem Plenum des Gerichtshofes vorgelegt.

Mit Beschluß vom 24. September 1991 hat der Gerichtshof nach Anhörung des Generalanwalts die mündliche Verhandlung wiedereröffnet.

II — Beim Gerichtshof eingereichte schriftliche Erklärungen

Zur ersten und zur zweiten Frage

1. Die *deutsche Regierung* trägt zunächst vor, die erste Frage sei nur dann zu bejahen, wenn es sich bei der Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber um eine „Geldleistung" im Sinne von Artikel 18 der Verordnung Nr. 574/72 handele.

Artikel 18 gelte nur „für den Bezug von Geldleistungen nach Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe b" der Verordnung Nr. 1408/71, der in dem Kapitel über Leistungen bei „Krankheit und Mutterschaft" stehe. Gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a zählten diese Leistungen zum sachlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71; nach Artikel 4 Absatz 2 gelte die Verordnung zudem für die allgemeinen und die besonderen, die auf Beiträgen beruhenden und die beitragsfreien Systeme der sozialen Sicherheit sowie für die Systeme, nach denen die Arbeitgeber, einschließlich der Reeder, zu Leistungen gemäß Absatz 1 verpflichtet seien.

Zwischen dem Krankengeld und der Verpflichtung eines Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle bestünden jedoch mehrere Unterschiede.

— Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung nach dem Lohnfortzahlungsgesetz bestehe in der Weiterge-

währung des vertraglich vereinbarten Arbeitsentgelts, während das Krankengeld nach dem Sozialgesetzbuch niedriger als der Lohn des Arbeitnehmers ausfallen könne.

— Während das Krankengeld eine aus Beiträgen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber finanzierte Solidarleistung sei, werde die Lohnfortzahlung einzig und allein vom Arbeitgeber aufgebracht. Auch bestünden unterschiedliche Voraussetzungen für den Bezug der Leistungen. So könne zum Beispiel Krankengeld wegen derselben Krankheit nur wegen eines begrenzten Zeitraums bezogen werden, während der Anspruch auf Lohnfortzahlung auch wegen derselben Krankheit mehrfach neu entstehen könne.

— Schließlich sei das Krankengeld, das von den Krankenversicherungsträgern erbracht werde, im Gegensatz zu der Leistung, die der Arbeitgeber im Rahmen der Verpflichtung zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle erbringe, in der Krankenversicherung nicht beitragspflichtig.

Zur Beantwortung der zweiten Frage führt die deutsche Regierung aus, im Urteil des Gerichtshofes vom 12. März 1987 in der Rechtssache 22/86 (Rindone, a. a. O.), in dem dieser entschieden habe, „daß der zuständige Träger in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht an die vom Träger des Wohnorts getroffenen ärztlichen Feststellungen über den Eintritt und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit gebunden ist, sofern er nicht von der in Absatz 5 [des Artikels 18 der Verordnung Nr. 574/72] vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch macht, den Betroffenen durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen zu lassen", sei der zuständige Träger eine Krankenkasse und nicht der Arbeitgeber gewesen.

Diese Lösung könne daher nicht auf den Fall der Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber übertragen werden, da die Verpflichtung zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle, wie gerade ausgeführt, mit der Leistungsverpflichtung der Krankenkasse nicht vergleichbar sei.

2. Nach Auffassung der *niederländischen Regierung* ist ebenfalls zunächst zu prüfen, ob der Anspruch auf Lohnfortzahlung bei Krankheit wie im vorliegenden Fall als Leistung der sozialen Sicherheit im Sinne des Artikels 4 der Verordnung Nr. 1408/71 anzusehen sei.

Die arbeitsrechtlichen Vorteile in der Beziehung zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer fielen aber nicht unter diese Vorschrift.

Artikel 4 Absatz 2 erfasse zwar Verpflichtungen des Arbeitgebers, er beziehe aber die Vorteile, die der Betroffene in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts beanspruchen könne, nicht in den Geltungsbereich der Verordnung ein. Dazu komme, daß die finanzielle Belastung in einem Fall wie dem vorliegenden in vollem Umfang den Arbeitgeber treffe, ohne daß dieser bei irgendeinem für die Durchführung des Gesetzes zuständigen Träger eine Erstattung beanspruchen könne.

Darüber hinaus gebe die Definition des Begriffs „Leistungen" in Artikel 1 Buchstabe t der Verordnung keinen Anlaß zu der Auffassung, daß hierunter auch die Lohnfortzahlung bei Krankheit zu verstehen sei. Auch nach den Vorschriften in Titel III Kapitel 1 der Verordnung über Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft lasse sich die Lohnfortzahlung im Sinne des Arbeitsrechts nicht in den Geltungsbereich der Verordnung einbeziehen.

An dieser Schlußfolgerung ändere auch der Umstand nichts, daß nach Artikel 1 Buchstabe o Ziffer iv der Verordnung „zuständiger Träger" der Arbeitgeber oder der an seine Stelle tretende Versicherer sei, wenn es sich um ein System handle, das Verpflichtungen des Arbeitgebers hinsichtlich der in Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung genannten Leistungen betreffe, da in diesem Zusammenhang nur Leistungen betroffen seien, bei denen eine endgültige Auszahlung durch irgendeinen Träger vorgesehen sei.

Wenn der Arbeitgeber nach der Regelung in Artikel 18 der Verordnung Nr. 574/72 nur die Möglichkeit hätte, einen Arzt seiner Wahl einzuschalten, um den Arbeitnehmer in dessen Urlaubsland zu untersuchen, dürfe man darüber hinaus diese Regelung wegen der praktischen Probleme und der Kosten, die durch eine solche Kontrolluntersuchung im Ausland entstünden, nicht auf Vorteile anwenden, die finanziell endgültig zu Lasten des Arbeitgebers gingen. Der Arbeitgeber wäre daher praktisch immer gezwungen, den Lohn während der ersten sechs Wochen nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit fortzuzahlen, selbst wenn er ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der ihm vorgelegten ärztlichen Atteste habe.

Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 gelte daher nur für Verpflichtungen des Arbeitgebers in bezug auf besondere Leistungen, die in ein System der sozialen Sicherheit eingebettet seien und über den Arbeitgeber gewährt würden, wobei dem Arbeitgeber die mit diesen Verpflichtungen verbundene Belastung durch einen Fonds oder eine Einrichtung der sozialen Sicherheit vergütet werde. Handle es sich wie im vorliegenden Fall um andere Verpflichtungen des Arbeitgebers, so sei die Verordnung Nr. 1408/71 nicht anwendbar und die Frage der etwaigen Anwendbarkeit des Artikels 18 ihrer Durchführungsverordnung Nr. 574/72 stelle sich damit nicht.

Die niederländische Regierung schlägt daher vor, die ersten beiden Fragen wie folgt zu beantworten:

„1) Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung im Sinne von § 1 des deutschen Lohnfortzahlungsgesetzes ist keine Leistung der sozialen Sicherheit im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

2) Artikel 18 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 und die Grundsätze des Urteils des Gerichtshofes vom 12. März 1987 in der Rechtssache 22/86 finden daher in einer Fallgestaltung wie der vorliegenden keine Anwendung auf die Verpflichtung eines Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung bei Krankheit eines Arbeitnehmers."

3. Die *Kommission* macht geltend, eine Übertragung der Grundsätze des bereits zitierten Urteils des Gerichtshofes in der Rechtssache Rindone zur Auslegung von Artikel 18 der Verordnung Nr. 574/72 des Rates komme nur dann in Betracht, wenn Leistungen der im Ausgangsverfahren streitigen Art in den sachlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 fielen.

Das deutsche Recht sehe Leistungen nach dem LFZG nicht als solche der sozialen Sicherheit an, zunächst weil eine entsprechende Qualifizierung aus dem Gesetz selbst nicht hervorgehe, ferner weil in § 44 des Fünften Buches des *Sozialgesetzbuches* (SGB V vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2482) ausdrücklich bestimmt sei, daß der streitige Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts sich nach den arbeitsrechtlichen Vorschriften richte und schließlich weil Streitigkeiten über diesen Anspruch nicht bei den Sozialgerichten, sondern bei den Arbeitsgerichten anhängig zu machen seien. Darüber hinaus ergebe sich aus § 1 Satz 1 LFZG, daß die Verpflichtung, die diese Vorschrift dem Arbeitgeber auferlege, darin bestehe, dem Arbeitnehmer für einen begrenzten Zeitraum die Leistung zu gewähren, zu der er aufgrund des Arbeitsvertrags, der damit die Rechtsgrundlage dieser Zahlungen darstelle, verpflichtet sei.

Interessant sei in diesem Zusammenhang ein Vergleich mit der Regelung der Entgeltfortzahlung für Angestellte nach § 616 des *Bürgerlichen Gesetzbuches* (BGB), die bereits lange vor Inkrafttreten des LFZG im Jahre 1969 gegolten habe. Aus dieser Bestimmung könne abgeleitet werden, daß es sich bei der Entgeltfortzahlung nicht um eine andersartige, eigenständige finanzielle Leistung handle. Der Umstand, daß der Gesetzgeber es vorgezogen habe, den Fall der Arbeiter durch ein neues Gesetz und nicht durch eine Ergänzung des BGB zu regeln, ändere an der Rechtsnatur der Entgeltfortzahlung als Leistung aufgrund eines Arbeitsvertrages nichts.

Die Einordnung des Anspruchs auf Lohnfortzahlung als Arbeitsentgelt werde auch durch § 2 LFZG unterstrichen. Danach erhalte der Arbeiter sein Arbeitsentgelt in voller Höhe mit Ausnahme der Leistungen, durch die tatsächlich entstandene besondere Aufwendungen abgegolten werden sollten.

Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gehe hervor, daß der Anspruch auf Lohnfortzahlung ‚nichts anderes als der aufrechterhaltene Lohnanspruch [ist] und in jeder Hinsicht dessen rechtlichen Charakter und dessen rechtliches Schicksal [teilt]' (BAG, Urteil vom 26. Oktober 1971, NJW 1972, S. 702/703). Daraus folge, daß die nach dem LFZG gezahlten Entgelte steuerpflichtig seien und den sozialversicherungsrechtlichen Beitragsregelungen unterlägen.

Daraus lasse sich ableiten, daß es sich bei der im Krankheitsfall nach dem LFZG zu zahlenden Vergütung um Arbeitsentgelt handle. Diese Auffassung stehe auch im Einklang mit dem Urteil des Gerichtshofes vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn, Slg. 1989, 2743), in dem ausdrücklich festgestellt werde, daß der im Krankheitsfall nach dem LFZG fortgezahlte Arbeitnehmerlohn unter den Entgeltbegriff im Sinne von Artikel 119 EWG-Vertrag falle (Randnrn. 7 und 10 der Entscheidungsgründe).

Die vom Gesetzgeber gewählte Regelungsform sei jedoch für die Einordnung einer Leistung in den sachlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 nicht ausschlaggebend; entscheidend für diese Zuordnung seien vielmehr die Wesensmerkmale der Leistung, und zwar insbesondere ihre Zweckbestimmung und die Voraussetzungen ihrer Gewährung (Urteile vom 22. Juni 1972 in der Rechtssache 1/72, Frilli, Slg. 1972, 457, und vom 6. Juli 1978 in der Rechtssache 9/78, Gillard, Slg. 1978, 1661).

In Anbetracht der Ziele der betreffenden Regelungen hätten die Leistungen nach dem LFZG in der Praxis die Funktion des Krankengeldes übernommen.

— Dies sei zunächst aufgrund der deutschen Regelung für den Fall lang andauernder Krankheit der Fall, durch die ein Gesamtsystem der finanziellen Sicherung im Krankheitsfalle geschaffen werde. Diese Regelung sehe nämlich vor, daß der Anspruch auf Krankengeld während der ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit, während deren Leistungen nach dem LFZG gewährt würden, ruhe (§ 49 Ziffer 1 SGB V) und daß während der folgenden 72 Wochen Krankengeld in Höhe von 80 % des Arbeitsentgelts bezahlt werden könne (§ 47 SGB V).

— Sodann bestehe auch zwischen der Finanzierung der beiden Leistungen ein Zusammenhang. Das durch das LFZG eingeführte System führe zwar für die Arbeitgeber zu erheblichen Mehraufwendungen bei den Lohnkosten, andererseits verringerten sich jedoch ihre Aufwendungen für die gesetzliche Krankenversicherung, da deren Beiträge nach dem Grundsatz der Kostendeckung festzusetzen seien, so daß sich eine Senkung der Kosten im Bereich des Krankengeldes auch auf die Höhe der Beiträge habe auswirken müssen. Außerdem sei eine erhebliche finanzielle Entlastung der Krankenkassen dadurch eingetreten, daß nunmehr auch von dem fortgezahlten Entgelt Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung hätten entrichtet werden müssen.

— Schließlich enthalte das LFZG Regelungen, die es in die Nähe der sozialen Sicherungssysteme rückten: Nach § 10 LFZG habe ein Arbeitgeber, der in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftige, gegen die Krankenkasse einen Erstattungsanspruch in Höhe von 80 % der fortgezahlten Vergütung, das heißt in Höhe des normalerweise vom Krankenversicherungsträger zu zahlenden Krankengeldes; nach § 14 LFZG würden die hierfür erforderlichen Mittel durch eine Umlage von den unter § 10 LFZG fallenden Arbeitgebern aufgebracht; nach § 19 LFZG könnten Betriebe, die mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigten, innerhalb eines bestimmten Wirtschaftszweiges durch die Schaffung von Einrichtungen, die diese Aufgabe übernähmen, ein freiwilliges Ausgleichsverfahren vereinbaren. Werde von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, so erhalte die Lohnfortzahlung für die betroffenen Arbeitgeber den Charakter eines ausschließlich von ihnen finanzierten Versicherungssystems; schließlich fänden nach § 17 LFZG die für die gesetzliche

Krankenversicherung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit im LFZG nichts anderes bestimmt sei.

Die Leistungen nach dem LFZG hätten daher einen Doppelcharakter. Einerseits handle es sich formal gesehen um einen Teil des Arbeitslohns. Andererseits wirkten diese Leistungen in der Praxis wie eine Absicherung gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit. Ohne die Regelung des LFZG wäre der Arbeitgeber nicht zur Lohnfortzahlung verpflichtet und der Arbeitnehmer von Anfang an auf die Regelungen der gesetzlichen Krankenversicherung verwiesen. Die Verpflichtung zur Lohnfortzahlung weise damit einen engen Bezug zu einem der in Artikel 4 der Verordnung Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken, nämlich Krankheit, auf, was eine Einbeziehung in den sachlichen Geltungsbereich dieser Verordnung rechtfertige (vergleiche die Urteile vom 27. März 1985 in der Rechtssache 294/83, Hoeckx, Slg. 1985, 973, und in der Rechtssache 122/84, Scrivner, Slg. 1985, 1027).

Zwar habe der Gerichtshof in der bereits genannten Rechtssache Rinner-Kühn die Auffassung vertreten, daß der fortgezahlte Lohn als Entgelt im Sinne des Artikels 119 EWG-Vertrag zu betrachten sei, dies schließe aber nicht aus, diese Verpflichtung aufgrund ihres Doppelcharakters zugleich als Leistung zur Absicherung des Arbeitnehmers bei Krankheit anzusehen, zu der der Arbeitgeber verpflichtet sei.

Darüber hinaus sei der Sinn des Artikels 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71, in dem von Systemen die Rede sei, „nach denen die Arbeitgeber ... zu Leistungen gemäß Absatz 1 verpflichtet sind" (im vorliegenden Fall: Leistungen bei Krankheit) darin zu sehen, daß die rechtliche Organisation sozialer Sicherungssysteme nicht dafür ausschlaggebend sein solle, ob der einzelne Arbeitnehmer sich auf den Schutz der Verordnung berufen könne.

Auch Artikel 1 Buchstabe t der Verordnung, der von einem sehr weiten Leistungsbegriff ausgehe, schließe nicht aus, daß die Leistung nach dem LFZG in den Geltungsbereich der Verordnung falle.

Außerdem sehe Artikel 1 Buchstabe o Ziffer iv der Verordnung Nr. 1408/71 ausdrücklich vor, daß der Arbeitgeber „zuständiger Träger" im Sinne der Verordnung sein könne, „wenn es sich um ein System handelt, das die Verpflichtungen des Arbeitgebers hinsichtlich der in Artikel 4 Absatz 1 genannten Leistungen betrifft". Es handle sich daher in der vorliegenden Rechtssache um einen Fall des Artikels 22 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii Satz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 (vorübergehender Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem zuständigen Staat), für den nach Artikel 24 Absatz 1 der Verordnung Nr. 574/72 die in Artikel 18 derselben Verordnung enthaltenen Regelungen entsprechend anzuwenden seien.

Damit seien auch die Grundsätze des bereits zitierten Urteils in der Rechtssache Rindone, wonach der zuständige Träger in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht an die vom Träger des Wohnortes getroffenen ärztlichen Feststellungen über den Eintritt

und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit gebunden ist, sofern er nicht von der Möglichkeit Gebrauch macht, den Betroffenen durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen zu lassen, auf Ansprüche gegen den Arbeitgeber auf Lohnfortzahlung wegen Arbeitsunfähigkeit nach dem LFZG anwendbar.

Die Kommission schlägt daher vor, auf die ersten beiden Vorlagefragen wie folgt zu antworten:

Artikel 18 Absätze 1 bis 4 der Verordnung Nr. 574/72 ist dahin auszulegen, daß der zuständige Träger in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht an die vom Träger des Wohnorts getroffenen ärztlichen Feststellungen über den Eintritt und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit gebunden ist, sofern er nicht von der in Absatz 5 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch macht, den Betroffenen durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen zu lassen, und zwar auch dann, wenn zuständiger Träger für Leistungen bei Krankheit der Arbeitgeber ist.

Zur dritten Frage

1. Die *deutsche Regierung* ist der Auffassung, daß diese Frage zu verneinen sei.

Die Pflicht zur Anerkennung der Arbeitsunfähigkeit bestehe nach dem oben genannten Urteil in der Rechtssache Rindone nur, soweit der zuständige Träger darauf verzichtet habe, die Arbeitsunfähigkeit nochmals durch einen Arzt seiner Wahl nachprüfen zu lassen. Ein solcher Verzicht setze aber voraus, daß der Arbeitgeber vom Eintritt der Arbeitsunfähigkeit rechtzeitig unterrichtet worden sei und die Möglichkeit gehabt habe, den Arbeitnehmer durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen zu lassen. In einem Fall wie dem vorliegenden sei das in Artikel 18 der Verordnung Nr. 574/72 hierfür vorgesehene Verfahren nicht ausreichend, und zwar aus drei Gründen:

— Erstens sehe Artikel 18 Absatz 3 Satz 2 vor, daß der Träger des Wohnorts dem zuständigen Träger innerhalb von drei Tagen nach der Kontrolluntersuchung den betreffenden Arztbericht übermittle. Dies führe dazu, daß der Arbeitgeber erst mit Verzögerung von der angeblichen Arbeitsunfähigkeit erfahre, gegebenenfalls zu einem Zeitpunkt, zu dem er aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Genesung keine Möglichkeit mehr habe, von seinem Recht gemäß Artikel 18 Absatz 5 der Verordnung Nr. 574/72 Gebrauch zu machen.

— Zweitens stelle die Vorlagefrage auf den Fall ab, daß der Arbeitgeber keine tatsächliche oder rechtliche Möglichkeit gehabt habe, die Arbeitsunfähigkeit nochmals überprüfen zu lassen, was nicht zutreffe, da ihm ein Nachprüfrecht gemäß Artikel 18 Absatz 5 zustehe. Dieses Recht laufe nur häufig praktisch leer, da der Arbeitgeber im Gegensatz zu Krankenkassen nicht wisse, an welchen Sozialversicherungsträger er sich im Heimatstaat des Arbeitnehmers wenden könne. Darüber hinaus habe der Arbeitgeber keinen Rechtsanspruch darauf, daß die inländische Krankenkasse für sie tätig werde. Daraus folge, daß an den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen strenge Anforderungen zu

stellen seien. Auf diese Weise werde der von Artikel 18 erstrebte Ausgleich zwischen der Bindungswirkung der Bescheinigung einerseits und dem dem Arbeitgeber zustehenden Nachprüfrecht andererseits gewahrt.

— Wenn schließlich wie im vorliegenden Fall Zweifel an der Richtigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bestünden, werde der Beweiswert dieser Bescheinigung unabhängig davon erschüttert, ob sie in der Bundesrepublik Deutschland oder in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellt worden sei, und unabhängig davon, ob der Betroffene deutscher Staatsangehöriger oder Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaats sei. Die durch Artikel 48 Absatz 2 EWG-Vertrag garantierte Gleichbehandlung sei somit gewahrt.

2. Die *niederländische Regierung* ist der Auffassung, bei einem Fall wie dem vorliegenden seien zwar die nationalen Vorschriften und die nationale Rechtsprechung anwendbar, ihre Anwendung dürfe jedoch den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers nicht beeinträchtigen. Die Unfähigkeit des Arbeitnehmers zur Rückreise in den Beschäftigungsstaat, um sich dort einer ärztlichen Kontrolluntersuchung zu unterziehen, könne gegebenenfalls aus einer Bescheinigung eines Arztes an dem Ort hervorgehen, an dem sich der Arbeitnehmer aufhalte. Auf diese Weise würden sowohl die Interessen des Arbeitnehmers als auch die des Arbeitgebers gewahrt; diesem werde die Möglichkeit geboten, eine Kontrolluntersuchung durch Ärzte vornehmen zu lassen, die mit den gesetzlichen Vorschriften des Beschäftigungsstaats vertraut seien.

Die niederländische Regierung schlägt daher folgende Antwort vor:

Ein Arbeitgeber, den eine Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit eines Arbeitnehmers trifft, ist in einem Fall wie dem vorliegenden tatsächlich und rechtlich nicht an die Erklärung eines ausländischen Arztes gebunden, wenn das nationale Beweisrecht in Rechtsstreitigkeiten um die Lohnfortzahlung besondere, anderslautende Vorschriften enthält.

3. Die *Kommission* trägt vor, die Regelung in Artikel 18 der Verordnung Nr. 574/72 sei offensichtlich nicht auf den Fall zugeschnitten, daß der zuständige Träger der jeweilige Arbeitgeber sei. Selbst wenn dem Arbeitgeber als zuständigem Träger grundsätzlich dieselben Rechte aus dem System der Verordnungen Nrn. 1408/71 und 574/72 zu gewähren seien, die normalerweise dem zuständigen Träger für Leistungen bei Krankheit — also der jeweiligen Krankenkasse — zustünden, könnten die Schwierigkeiten, die sich aus den Unterschieden zwischen dem Arbeitgeber und der Krankenkasse ergäben, Anpassungen des eingerichteten Systems erforderlich machen.

Diese Schwierigkeiten seien von zweierlei Art. Zum einen fehle es bei dem Arbeitgeber an einem korrespondierenden Verhältnis zwischen zuständigem Träger und Träger des Wohnorts wie es für den Fall der Krankenversicherungseinrichtungen bestehe (Damit stoße auch die Anwendung des Artikels 84 der Verordnung Nr. 1408/71, der die Zusammenarbeit der zuständigen Behörden und Träger regele, auf Schwierigkeiten.). Zum anderen verfüge der Arbeitgeber nicht über dieselben Kenntnisse und Mittel wie ein nationaler Krankenversicherungsträger, um die Untersuchung der betreffenden Person durch einen Arzt seiner Wahl nach Arti-

kel 18 Absatz 5 der Verordnung Nr. 574/72 vornehmen zu lassen.

Es sei daher nicht in allen Fällen angebracht, die in Artikel 18 Absatz 5 vorgesehene Untersuchung durch einen Arzt nach der Wahl des zuständigen Trägers als einzige Möglichkeit zu betrachten, mit der der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Trägers des Wohnorts in Frage gestellt werden könne. Dem Arbeitgeber müsse jedoch daneben gestattet sein, im Einzelfall außergewöhnliche Umstände zu beweisen, die nach allgemeiner Lebenserfahrung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu schweren und begründeten Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit Anlaß gäben.

Die Kommission schlägt daher vor, die dritte Vorlagefrage wie folgt zu beantworten:

Etwas anderes gilt lediglich in Fällen, in denen der Arbeitgeber außergewöhnliche Umstände beweist, die nach allgemeiner Lebenserfahrung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu schweren und begründeten Zweifeln an der vom Träger des Wohnorts festgestellten Arbeitsunfähigkeit Anlaß geben.

J. C. Moitinho de Almeida
Berichterstatter