



BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

SCHMERZPUNKTE DES ARBEITGEBERS UND GEGENMITTEL

Referent

Frank Martin Thomsen, Rechtsanwalt



▶ Freizeitausgleich auch
bei "krank"



SACHVERHALT

- ▶ Der AN beantragt für einen bestimmten Zeitraum aufgrund geleisteter Überstunden Freizeitausgleich. Der AG gewährt den Freizeitausgleich antragsgemäß.
- ▶ Der AN erkrankt während des Freizeitausgleiches. Er zeigt dem AG seine Arbeitsunfähigkeit an und lässt diese von einem Arzt feststellen.
- ▶ Der AN begehrt die Nachgewährung der durch die Krankheit „verlorenen“ Stunden/Tage.
- ▶ Zu Recht?

ANSPRUCH NACH ENTGELTFORTZAHLUNGSGESETZ?

- ▶ Der Entgeltfortzahlungsanspruch des AN nach § 3 Abs. 1 EFZG setzt voraus, dass der AN *durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit* an seiner Arbeitsleistung verhindert wird.
- ▶ Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des AN muss die *alleinige Ursache* für den Ausfall der Arbeitsleistung sein (Monokausalität).

ANSPRUCH NACH ENTGELTFORTZAHLUNGSGESETZ?

- ▶ deswegen kein Entgeltfortzahlungsanspruch wegen Arbeitsunfähigkeit unter anderem bei
 - ▶ Kurzarbeit Null
 - ▶ fehlender Arbeitserlaubnis
 - ▶ unbezahltem Sonderurlaub des AN
 - ▶ Ruhen des Arbeitsverhältnisses
- ▶ es fehlt die Monokausalität

ANSPRUCH NACH ENTGELTFORTZAHLUNGSGESETZ?

- ▶ Gilt dies auch bei Ausgleich von Arbeitszeitguthaben?
 - ▶ Der Anspruch auf Arbeitszeitausgleich wird schon durch die Freistellung von der Arbeitspflicht erfüllt.
 - ▶ Der AN ist in diesem Fall nicht mehr verpflichtet, im Freistellungszeitraum zu arbeiten.
 - ▶ Er kann über diesen Zeitraum frei verfügen, ohne dass die Pflicht des AG zur Zahlung der entsprechenden Vergütung entfällt.

ANSPRUCH NACH ENTGELTFORTZAHLUNGSGESETZ?

- ▶ daraus folgt
 - ▶ eine nachträglich eintretende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Freistellungszeitraum macht die Erfüllung des Ausgleichsanspruchs nicht hinfällig
 - ▶ der AN trägt grundsätzlich das Risiko, die durch die Arbeitsbefreiung als Arbeitszeitausgleich gewonnene Freizeit auch tatsächlich nach seinen Vorstellungen nutzen zu können
 - ▶ (BAG, Urteil vom 11. September 2003 - 6 AZR 374/02 m. w. N. zu seiner Rechtsprechung; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19. November 2015 - 5 Sa 342/15)

ANSPRUCH NACH ENTGELTFORTZAHLUNGSGESETZ?

- ▶ kein Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers im Sachverhalt, da er von seiner Pflicht zur Arbeitsleistung schon befreit war
- ▶ Minderung des Zeitguthabens tritt ein

§ 9 BURLG ANALOG?

- ▶ § 9 BurlG : *„Erkrankt der AN während des Urlaubs, so werden die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht angerechnet.“*
- ▶ Diese Regelung gilt nur für den Erholungsurlaub. Sie bildet schon eine Ausnahme und ist nicht analogiefähig.

ABWEICHENDE REGELUNGEN?

- ▶ abweichende Regelungen können in Tarifvertrag, Betriebs – oder Dienstvereinbarung, Arbeitsvertrag enthalten sein
 - ▶ § 10 Abs. 4 TVöD /VKA : *Im Falle einer unverzüglich angezeigten und durch ärztliches Attest nachgewiesenen Arbeitsunfähigkeit während eines Zeitausgleichs vom Arbeitszeitkonto (Zeiten nach Absatz 3 Satz 1 und 2) tritt eine Minderung des Zeitguthabens nicht ein.*

EXKURS QUARANTÄNE UND URLAUB

- ▶ Einführung eines neuen § 59 Abs. 1 IFSG - Regelung der umstrittenen Frage, welche Folgen eine angeordnete Absonderung eines AN während seines Urlaubs hat
- ▶ keine Anrechnung der entsprechenden Urlaubstage mehr auf den Jahresurlaub
(vergleichbar der Ausnahme in § 9 BurlG)
- ▶ gilt für die Zeit nach dem 16. September 2022 – keine Rückwirkung

▶ Entgeltfortzahlung im
Krankheitsfall –
in jedem Fall ?



Einheit des Verhinderungsfalles



ALLGEMEINES

- ▶ verschiedene Krankheiten (Mehrfacherkrankungen)
 - ▶ Grundsatz: dem AN steht für ein und dieselbe Krankheit ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung von sechs Wochen zu; bei verschiedenen Krankheiten jedoch für jede Krankheit jeweils bis zu sechs Wochen
 - ▶ Ausnahme: tritt während einer Arbeitsunfähigkeit (AU) eine neue Krankheit hinzu, die auch zur AU führt, löst diese keine neue Sechs-Wochen-Frist aus ("*Einheit des Verhinderungsfalles*")

ENTGELTFORTZAHLUNG - MEHRFACHERKRANKUNG

- ▶ Sachverhalt
 - ▶ Die Klägerin – Fachkraft in der Altenpflege – war seit dem 7. Februar 2017 infolge eines psychischen Leidens arbeitsunfähig. Die Beklagte zahlte sechs Wochen Entgeltfortzahlung.
 - ▶ Anschließend erhielt die Klägerin auf der Grundlage von Folgebescheinigungen ihrer Hausärztin bis 18. Mai 2017 Krankengeld.

ENTGELTFORTZAHLUNG - MEHRFACHERKRANKUNG

- ▶ Am 19. Mai 2017 unterzog die Klägerin sich wegen eines gynäkologischen Leidens einer seit längerem geplanten Operation.
- ▶ Ihre Frauenärztin bescheinigte am 18. Mai 2017 als Erstbescheinigung eine Arbeitsunfähigkeit ab 19. Mai 2017 und anschließend aufgrund von Folgebescheinigungen bis 29. Juni 2017.

ENTGELTFORTZAHLUNG - MEHRFACHERKRANKUNG

- ▶ BAG, Urteil vom 11. Dezember 2019 – 5 AZR 505/18
 - ▶ Der gesetzliche Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist auf die Dauer von sechs Wochen beschränkt, wenn während bestehender Arbeitsunfähigkeit eine neue, auf einem anderen Grundleiden beruhende Krankheit auftritt, die ebenfalls Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalles).

ENTGELTFORTZAHLUNG - MEHRFACHERKRANKUNG

- ▶ Ist der AN krankheitsbedingt arbeitsunfähig und schließt sich daran in engem zeitlichem Zusammenhang eine im Wege der Erstbescheinigung attestierte weitere Arbeitsunfähigkeit an, hat der Arbeitnehmer im Streitfall darzulegen und zu beweisen, dass die vorangegangene Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt des Eintritts der weiteren Arbeitsverhinderung geendet hatte.

ENTGELTFORTZAHLUNG - MEHRFACHERKRANKUNG

- ▶ BAG, Urteil vom 25. Mai 2016 – 5 AZR 318/15
 - ▶ Die Darlegungs- und Beweislast des AN für die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG umfasst, neben der Tatsache der Arbeitsunfähigkeit als solche, auch deren Beginn und Ende.

HINWEISE UND EMPFEHLUNGEN

- ▶ gewichtige Indizien für das Vorliegen eines Verhinderungsfalles sind
 - ▶ Arbeitsverhinderungen folgen unmittelbar zeitlich aufeinander
 - ▶ zwischen einzelnen Arbeitsverhinderungen liegt lediglich ein arbeitsfreier Tag oder ein arbeitsfreies Wochenende
- ▶ Aufforderung an AN, den Nachweis zu erbringen, dass
 - ▶ die neue Erkrankung erst zu einem Zeitpunkt eingetreten ist, zu dem die erste Arbeitsunfähigkeit schon beendet war
 - ▶ die neue Erkrankung nicht schon zu einem Zeitpunkt vorlag, zudem die erste Arbeitsunfähigkeit noch bestand

▶ Erschütterung des
Beweiswertes einer
Arbeitsunfähigkeitsbesc
heinigung (AUB)



BEWEISWERT EINER AU-BESCHEINIGUNG

- ▶ Eine ordnungsgemäß ausgestellte AUB hat die Vermutung der Richtigkeit in sich. Sie begründet i. d. R. den Beweis für die Tatsache der arbeitsunfähigen Erkrankung (st. Rspr. des BAG und h. M.).
 - ▶ = hoher Beweiswert
- ▶ Erschütterung des Beweiswertes
 - ▶ Umstände, die zu ernsthaften und begründeten Zweifeln an dem Bestehen der attestierten AU Anlass geben (bloßes Bestreiten mit Nichtwissen genügt nicht)

BEWEISWERT EINER AU-BESCHEINIGUNG

- ▶ Bescheinigung der AU ohne vorherige Untersuchung
 - ▶ im Widerspruch zu der attestierten AU stehendes Verhalten des AN während der AU
 - ▶ Androhung des Fernbleibens durch Vorlage einer AUB
 - ▶ wiederholte AU des AN in zeitlicher Nähe zu seinem Urlaub oder arbeitsfreien Wochenenden
- ▶ neue Linie in der Rechtsprechung: Der Beweiswert einer AUB kann auch erschüttert sein, wenn die AU im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses steht

BEWEISWERT EINER AU-BESCHEINIGUNG

▶ Sachverhalt

- ▶ Die Klägerin war bei der Beklagten als kaufmännische Angestellte vom 28. August 2018 bis zum 22. Februar 2019 beschäftigt.
- ▶ Sie reichte mit ihrer Kündigung in der Probezeit vom 8. Februar 2019 zum 22. Februar 2019 bei der Beklagten eine auf den 8. Februar 2019 datierte ärztliche Bescheinigung über eine voraussichtlich vom 8. bis zum 22. Februar 2019 bestehende Arbeitsunfähigkeit ein.

BEWEISWERT EINER AU-BESCHEINIGUNG

- ▶ BAG, Urteil vom 8. September 2021 – 5 AZR 149/21
 - ▶ Ernsthafte Zweifel am Vorliegen einer Erkrankung können sich daraus ergeben, dass eine am Tag der Eigenkündigung des Arbeitnehmers ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung passgenau die nach der Kündigung noch verbleibende Dauer des Arbeitsverhältnisses abdeckt.

BEWEISWERT EINER AU-BESCHEINIGUNG

- ▶ Arbeitsgericht Neumünster, Urteil vom 23. September 2022 - 1 Ca 20 b/22
 - ▶ Ernsthafte Zweifel am Vorliegen einer Erkrankung können sich daraus ergeben, dass eine am Folgetag der Eigenkündigung das AN ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung passgenau die nach der Kündigung noch verbleibende Dauer des Arbeitsverhältnisses abdeckt.
 - ▶ Das gilt auch dann, wenn die gesamte Dauer der verbliebenen Kündigungsfrist durch eine erst- und mehrere Folgebescheinigung abgedeckt werden.
 - ▶ Berufung eingelegt zum LAG Schleswig-Holstein

BEWEISWERT EINER AU-BESCHEINIGUNG

- ▶ LAG Niedersachsen Urteil vom 22. Februar 2023 – 8 Sa 713/22
 - ▶ In einem befristeten Arbeitsverhältnis kann der Beweiswert von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen unter Umständen dadurch erschüttert sein, dass diese sich durchgängig (nahezu) genau über die letzten sechs Wochen vor dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses erstrecken.
 - ▶ (im konkreten Fall verneint)

BEWEISWERT EINER AU-BESCHEINIGUNG

- ▶ Folgen der Erschütterung des Beweiswertes
 - ▶ der AN hat konkrete Tatsachen darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, die den Schluss auf eine bestehende Erkrankung zulassen
 - ▶ welche Krankheiten vorgelegen haben
 - ▶ welche gesundheitlichen Einschränkungen bestanden haben
 - ▶ welche Verhaltensmaßregeln oder Medikamente ärztlich verordnet wurden

BEWEISWERT EINER AU-BESCHEINIGUNG

- ▶ laienhafte Schilderung des AN für den gesamten Entgeltfortzahlungszeitraum, welche konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit bestanden haben
- ▶ Befreiung des behandelnden Arztes von der Schweigepflicht

▶ Kündigungsschutzprozess
verloren – Anrechnung
böswillig unterlassenen
Erwerbs ?



ANRECHNUNG

- ▶ Ausgangslage
 - ▶ der AN hat nach einem gewonnenen Kündigungsschutzprozess grundsätzlich Anspruch auf Fortzahlung seiner Vergütung seit dem vermeintlichen Ende seines Arbeitsverhältnisses ("Annahmeverzugslohn" § § 615, 611 BGB; § 11 KSchG)
 - ▶ der AN hat sich allerdings insbesondere anrechnen lassen
 - ▶ was er durch anderweitige Arbeit verdient hat
 - ▶ was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen

ANRECHNUNG

- ▶ Was bedeutet das?
 - ▶ maßgebende Kriterien für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer anderweitigen Arbeitsmöglichkeit sind insbesondere
 - ▶ Art der Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort, Vergütung, Sozialleistungen, Gefährlichkeit der Tätigkeit
 - ▶ Gesamtabwägung erforderlich
 - ▶ keine Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen
 - ▶ keine Tätigkeit, die eine jederzeitige Rückkehr an den Arbeitsplatz verhindert (aber: gesetzliche Kündigungsfrist)
 - ▶ keine wesentliche Verschlechterung der Kernarbeitsbedingungen (geringere Verdienst allein nicht ausreichend) was er durch anderweitige Arbeit verdient hat

ANRECHNUNG

- ▶ keine wesentliche Verschlechterung der Kernarbeitsbedingungen (geringere Verdienst allein nicht ausreichend)
- ▶ (strittig, ob die sozialrechtlichen Kriterien des § 140 SGB III herangezogen werden können)
- ▶ Achtung: Das in einer Änderungskündigung enthaltene Angebot kann eine zumutbare anderweitige Beschäftigung sein. Der AN darf Sie nicht vorbehaltlos ablehnen, wenn er die Anrechnung vermeiden will.

ANRECHNUNG

- ▶ Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes liegt vor, wenn der AN vorsätzlich ohne ausreichenden Grund Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird.
- ▶ Änderung der Rechtsprechung des BAG;
Urteil vom 27. Mai 2020 - 5 AZR 387/19
- ▶ der AG hat gegen den AN, der Vergütung wegen Annahmeverzugs fordert, einen Auskunftsanspruch über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsvorschläge

ANRECHNUNG

- ▶ Dem AN kann arbeitsrechtlich das zugemutet werden, was ihm das Gesetz ohnehin abverlangt (siehe insoweit § 2 Abs. 5 und § 38 Abs. 1 SGB III).
- ▶ Der AN hat Auskunft über die Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit und des Jobcenters unter Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung zu erteilen.
- ▶ höchstrichterlich noch nicht geklärt: ob der AN auch Eigenbemühungen für eine neue Stelle entfalten und über diese Auskunft erteilen muss

ANRECHNUNG

- ▶ Obliegenheit des AN allerdings: Überprüfung zugesandter oder ihm auf andere Weise zur Kenntnis gelangter Stellenanzeigen auf ihre Zumutbarkeit hin
- ▶ der AN hat sich auf diese Anzeigen zu bewerben, wenn die ausgeschriebene anderweitige Beschäftigung zumutbar ist

NEUERE RECHTSPRECHUNG

- ▶ LAG Niedersachsen, Urteil vom 9. November 2021 – 10 Sa 15/21
 - ▶ Unterlässt es der Arbeitnehmer, sich bei Agentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden, erfüllt dies das Merkmal des böswilligen Unterlassens i. S. v. § 11 Nr. 2 KSchG.
 - ▶ Durch BAG allerdings aufgehoben
- ▶ BAG Urteil vom 12. Oktober 2022 – 5 AZR 30/22
 - ▶ Die Beurteilung der Böswilligkeit im Sinne von § 11 Nr. 2 KSchG erfordert stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen, was es grundsätzlich ausschließt

NEUERE RECHTSPRECHUNG

- ▶ Einen bei dieser Gesamtabwägung zu berücksichtigenden Umstand losgelöst von den sonstigen Umständen des Einzelfalls gleichsam absolut zu setzen. Dies gilt auch für einen Verstoß des Arbeitnehmers gegen die Verpflichtung, sich nach § 38 I SGB III arbeitsuchend zu melden.
- ▶ Es ging um eine Führungskraft, einen Experten im öffentlichen Auftragswesen für Rüstungsgüter. Er behauptete u. a., dass Positionen wie seine nicht über die Agentur für Arbeit vermittelt würden. Er hätte sich selbst auf verschiedenen Wegen um andere Stellen bemüht.

NEUERE RECHTSPRECHUNG

- ▶ LAG Hessen, Urteil vom 25. Juni 2021 – 10 Sa 1233/20
 - ▶ Der AN ist gehalten, sich unverzüglich bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden. Er darf sich nicht vor ihm zur Kenntnis gebrachten Stellenangeboten verschließen. Er muss nicht von sich aus - über die Meldung bei der Agentur für Arbeit hinausgehend - eine besondere Aktivität zu entfalten.
 - ▶ Auf nur vage Angaben hin ist der Arbeitnehmer nicht gehalten, sich zu erkundigen oder sich zu bewerben.
 - ▶ Der AN hatte sich auf das Vermittlungsangebot der Agentur für Arbeit beworben und initiativ bei sechs weiteren Unternehmen (innerhalb eines Zeitraumes von ca. sechs Monaten).

NEUERE RECHTSPRECHUNG

- ▶ LAG Berlin-Brandenburg,
Urteil vom 30. September 2022 - 6 Sa 280/22
 - ▶ Unzureichende Bewerbungsbemühungen des AN können ein Annahmeverzugslohnrisiko des AG ausschließen.
 - ▶ Trägt der AG Indizien vor, aus denen sich die Zumutbarkeit der Arbeit und eine mögliche Böswilligkeit des Unterlassens anderweitigen Erwerbs ergeben, hat der Arbeitnehmer hierauf substantiiert zu erwidern.
 - ▶ Das LAG sah solche Indizien u. a. darin, dass
 - ▶ der AN bei 29 Bewerbungen – zurückgehend auf Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit -

NEUERE RECHTSPRECHUNG

- ▶ die ohne Antwort blieben, nicht nachfasste
- ▶ in ca. 29 Monaten nur 103 Bewerbungen absandte. (*"Dies entspricht rechnerisch noch nicht einmal einer Bewerbung pro Woche, obwohl der Kläger im fraglichen Zeitraum ohne Arbeit war und also im zeitlichen Umfang einer Vollzeitstelle Bewerbungsbemühungen hätte entfalten können und müssen."*)
- ▶ in der Qualität der verfassten Bewerbungen des AN

EMPFEHLUNGEN FÜR AG

- ▶ Hinweis im Kündigungsschreiben auf § 2 Abs. 5, 38 Abs.1 SGB III
- ▶ gekündigtem AN regelmäßig Stellenangebote übersenden, um ihn unter Zugzwang zu setzen
- ▶ Verwendung der neuen Rechtsprechung schon in den Abfindungsverhandlungen - untätige Arbeitnehmer werden es nicht mehr einfach haben, Annahmeverzugslohn zu erhalten
- ▶ gezielte Auskunftsbegehren stellen - insbesondere zu Vermittlungsvorschlägen der Agentur für Arbeit und den eigenen Stellenangeboten

zum Schluss



EMPFEHLUNGEN FÜR AG

- ▶ Der Anspruch auf "Kinderkrankengeld" besteht gemäß § 45 Abs. 3 SGB V nur *subsidiär*. Er besteht nur für die Zeit, in der kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 616 BGB besteht.
 - ▶ § 616 BGB ist disponibel. Er kann - insoweit – ausgeschlossen werden.
- ▶ Entsprechendes gilt für den Anspruch auf Zahlung von Pflegeunterstützungsgeld nach § 44a III SGB. Er ist gegenüber dem Anspruch aus § 616 BGB auch *subsidiär*.

EMPFEHLUNGEN FÜR AG

- ▶ Sofern Arbeitgeber Gratifikationen wegen Elternzeit oder langzeitkrank kürzen wollen (z. B. Weihnachtsgeld), müssen sie dies grds. ausdrücklich regeln.
- ▶ BAG Urteil vom 25. Januar 2023 – 10 AZR 116/22
 - ▶ Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, eine Sonderzahlung, welche nicht ausschließlich der Vergütung erbrachter Arbeitsleistung dient, aufgrund fortdauernder Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums einseitig zu kürzen. Vielmehr setzt eine Kürzung das Vorliegen einer individualrechtlichen oder kollektivrechtlichen Vereinbarung im Sinne von § 4a EFZG voraus.



BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

KOMMUNIKATION PFLEGEN

Kleine Brüdergasse 3 - 5
01067 Dresden

Folgen Sie uns gern auf
LinkedIn und Twitter!

☎ +49 351 563900

✉ info@battke-gruenberg.de

🌐 battke-gruenberg.de

