

28. Mai 2024

Wirklich krank oder Blaumacherei?

Impulse für den Umgang mit kranken Mitarbeitenden

Kristian Glowe, Fachanwalt für Arbeitsrecht



Was erwartet Sie heute?

- Einführung: Juristen und ihre Sprache ... Krankheit und Arbeitsunfähigkeit
- "Blaumacherei": Arten und Ursachen
 - Fall 1: Herbert Hypochonder oder wie kehrt Herbert zurück an den Arbeitsplatz?
- Überblick zur Gesetzeslage und zum Weisungsrecht zum Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit
 - Fall 2: Die da, die da ... Freitags ist sie nie da.
- neuere Rechtsprechung zur Erschütterung des Beweiswertes einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung
 - Fall 3: Gerd geht, gibt's Geld?
- Klassiker der Erschütterung des Beweiswertes
 - Fall 4: Chef, ich bin dann mal weg ...

Einführung: Juristen und ihre Sprache ... Krankheit und Arbeitsunfähigkeit

Begriff der Arbeitsunfähigkeit (Arbeitsverhinderung)

- Mitarbeitende schulden vertraglich die Arbeitsleistung, ist ihnen diese unmöglich oder nicht zumutbar, sind sie "arbeitsunfähig"
 - Krankheit ist nur einer von vielen Gründen: Arbeitsunfähigkeit kann auch bestehen, weil die Aufnahme der Arbeit unzumutbar (z.B. Betreuungsnotwendigkeit kranker Kleinkinder), verboten (z.B. LKW-Fahrer hat seine Brille vergessen) oder unmöglich ist (z.B. Mitarbeiter hat sich eingesperrt).
- Anspruch auf Entgelt besteht aber nur, wenn dies gesetzlich geregelt ist, insbesondere bei
 - krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nach dem EFZG
 - unverschuldeter kurzzeitiger Arbeitsverhinderung nach § 616 BGB (falls nicht ausgeschlossen)
 - Freistellungsregelungen im AV oder aus Tarifvertrag/AVR/Betriebsvereinbarung

Begriff der Krankheit

- Krankheit ist jeder regelwidrige Körperzustand, in der Regel gibt es dafür einen "medizinischen Grund"
- nicht jede Krankheit führt zur "krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit", diese liegt nur vor, wenn die Arbeit mit der Krankheit unmöglich oder nicht zumutbar ist und/oder eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes bzw. Verzögerung der Genesung verursacht wird
- nicht jede Krankheit führt zu einem Entgeltfortzahlungsanspruch, dafür muss diese unverschuldet sein und die weiteren Voraussetzungen des EFZG vorliegen
 - Exkurs: Auch "Nicht-Krankheiten" nach § 9 EFZG sowie Schwangerschaften führen zu einem Entgeltfortzahlungsanspruch

"Blaumacherei": Arten und Ursachen

"Blaumacherei" im engeren Sinne:

- Mitarbeitende täuschen die Krankheit und daraus folgend die Arbeitsunfähigkeit vor, sind also gar nicht "krank"
 - häufigste Ursachen: Betrugsabsicht, "Faulheit", fehlende Motivation, private Probleme
 - Vermeidung/Abhilfe: Schwierig, mit Kenntnis der Ursachen aber nicht unmöglich
 - sind private Probleme die Ursache, kann die Prüfung einer Freistellung oder flexibler Arbeitszeitmodelle helfen
 - ist fehlende Motivation die Ursache, kann es ggf. helfen, dies zu vermeiden oder anzugehen
 - ist "Faulheit" die Ursache, kann – wenn gewollt – die "Erziehung" durch Personalmaßnahmen helfen
 - Folgen/Sanktionierung
 - Abmahnung und Kündigung wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten
 - keine Zahlung oder Rückforderung der Entgeltfortzahlung

"Blaumacherei" im weiteren Sinne:

- Mitarbeitende täuschen zwar nicht die Krankheit, aber die daraus folgende Arbeitsunfähigkeit vor, könnten (und müssten) also trotz Krankheit arbeiten
 - häufigste Ursachen: fehlende Motivation oder zu große Arbeitsbelastung
 - Vermeidung/Abhilfe: Senkung der (unnötigen) Fehlzeiten durch Steigerung von Motivation und Mitarbeiterzufriedenheit
 - Folgen/Sanktionierung:
 - Abmahnung und Kündigung wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten
 - keine Zahlung oder Rückforderung der Entgeltfortzahlung

Fall 1: Herbert Hypochonder oder wie kehrt Herbert zurück an den Arbeitsplatz ?

Der Fall:

Herbert, 63 Jahre alt, ist seit 30 Jahren bei Ihnen beschäftigt.

Er ist immer noch einer Ihrer besten Ingenieure und vor allem bei Bestandskunden – die er oft seit vielen Jahren kennt – sehr beliebt.

Seit zwei Jahren häufen sich aber die Fehlzeiten. Herbert ist ständig erkältet und fällt meist gleich zwei Wochen aus.

Sie verstehen es nicht. Sie haben Herbert doch extra vor einigen Jahren einen jungen Kollegen zur Seite gestellt, der ihn entlasten soll und zu Kundenterminen begleitet.

Die Lösung:

Nachdem die Situation immer belastender wird und der junge Kollege signalisiert, überarbeitet zu sein, suchen Sie mit beiden das Gespräch.

Da Herbert seinen Vorgesetzten schon lange kennt, offenbart er ihm hierbei schließlich das "Kernproblem". Der neue Kollege kennt sich mit den modernen Präsentationsformen bei Kunden und einem neuen Bereich einfach viel besser aus und er, Herbert, fühlt sich vor den langjährigen Kontakten zurückgesetzt und unwohl mit der Situation. Dies belastet ihn sehr. Gleichzeitig schätzt der neue Kollege Norbert Neugierig Herbert aber sehr. Ein gemeinsames Projekt in Herberts Paradebereich und eine Neuverteilung der Aufgaben helfen schließlich, das Problem zu lösen.

Und noch viel mehr: Herbert ist viel weniger krank und kommt neuerdings sogar bei – viel seltenerem – Schnupfen zur Arbeit.

Überblick zur Gesetzeslage und zum Weisungsrecht zum Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit

- im Fall einer Arbeitsunfähigkeit haben die Mitarbeitenden zwei (abzutrennende) Pflichten
 - Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit und der voraussichtlichen Dauer
 - Nachweis der Arbeitsunfähigkeit
- beide Pflichten haben unterschiedliche Zeitpunkte und Formen
 - Die Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit ist meist formfrei möglich und muss i.d.R. unverzüglich ("ohne schuldhaftes Zögern") nach Kenntnis der Arbeitsunfähigkeit erfolgen, § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG.
 - Der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit ist – solange nicht anders geregelt – ab drei Fehltagen nur durch eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Arztes möglich, die spätestens am vierten Fehtag vorgelegt (oder inzwischen festgestellt und ausgehändigt) werden muss, § 5 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 EFZG.
- oft sind diese Pflichten in Tarifverträgen bzw. AVR oder Betriebs- und Dienstvereinbarungen bzw. in den Arbeitsvertragsmustern näher konkretisiert oder abweichend geregelt

- gibt es keine Regelung in TV/AVR/BV/DV oder lässt diese eine Abweichung zu, können beide Regelungen für alle Mitarbeitenden, eine Gruppe von Mitarbeitenden oder individuell – im Rahmen des Weisungsrechts – angepasst oder konkretisiert werden, z.B.
 - Konkretisierung der Mitteilungspflicht:
 - Wann ist unverzüglich? – z.B. vor Arbeitsbeginn
 - Wem gegenüber hat die Meldung zu erfolgen? – z.B. nur gegenüber der Personalabteilung
 - Wie hat die Meldung zu erfolgen? – z.B. nur per E-Mail
 - Verschärfung der Nachweispflicht
 - zeitliche Verschärfung ist möglich, sowohl des "Ob" eines Nachweises (z.B. auch bei Fehlzeiten von weniger als drei Arbeitstagen) und des "Wann" des Nachweises (z.B. Vorlage schon am ersten oder zweiten Fehltag)
 - inhaltliche Verschärfung ("mehr als ein normales Attest") ist dagegen unzulässig

Fall 2:

**Die da, die da ... Freitags ist
sie nie da.**

Der Fall:

Susi Sorglos fehlt gerne freitags, vor allem im Sommer. Auch montags fehlt sie häufiger. Während sie das Fehlen am Freitag meist schon donnerstags ahnt und ihrer Vorgesetzten sagt, dass sie sich ganz schlecht fühle, sind die Montagserkrankungen von Susi oft ganz spontan. Die Eigendiagnose von Susi lautet dann meist "Kopfschmerzen und Übelkeit".

Die Lösung:

Nachdem die Situation immer belastender wird und die Kollegen zunehmend genervt sind, teilen Sie Susi gegenüber mit, dass sie nun für jeden Fehltag schon am ersten Tag ein Attest braucht. Inzwischen zwar nicht mehr in Papierform, aber sie muss auch für einzelne Fehltage Atteste erwirken, die vom Arzt der Krankenkasse gemeldet werden.

Das hilft gegen die Montagserkrankungen. Susi kommt plötzlich auch montags, wenn auch mit Augenringen und Fahrrad statt Auto.

Auch die Freitagserkrankungen werden weniger. Eine Kollegin berichtet, der Arzt hätte Susi gesagt, "das Spiel spiele ich nicht mit" und Susi hätte irgendwie auch Angst gehabt, zu Dr. Vacancy in der nächsten Stadt zu gehen. Nur den Freitag im Juli, an dem Roland Kaiser abends auf den Elbwiesen in Dresden singt, den bleibt Susi weiterhin zuverlässig jedes Jahr krank.

neuere Rechtsprechung zur Erschütterung des Beweiswertes einer Arbeitsunfähigkeits- bescheinigung

Exkurs: Der Beweiswert einer AU-Bescheinigung

- Legen Mitarbeitende eine den gesetzlichen Maßstäben entsprechende AU-Bescheinigung im Sinne des § 5 EFZG vor, hat diese einen hohen Beweiswert. Wichtig ist aber, diese muss i.d.R. auch nach den Vorgaben der sogenannten Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien erstellt sein, dies gilt insbesondere für die Art der Untersuchung und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit.
- Will der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung (wirksam) verweigern, muss er den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch Indizien "erschüttern".
- Gelingt dem Arbeitgeber dies, dreht sich die Beweislast. Mitarbeitende müssen dann beweisen, dass sie tatsächlich krank und arbeitsunfähig waren, dies erfordert dann
 - eine (genaue) Darlegung der Symptome und der Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit
 - ein Beweis, in der Regel durch Aussage des Arztes

Rechtsprechung zur Erschütterung des Beweiswertes gibt es schon lange, aber:

- Das BAG und nachfolgend auch die LAG sind inzwischen bei der Fallgruppe "Krank nach Kündigung" deutlich arbeitgeberfreundlicher.
- Nachdem das BAG zunächst die Erschütterung des Beweiswertes bei Eigenkündigung einer Mitarbeiterin und einer passgenauen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den gesamten Restzeitraum des Arbeitsverhältnisses annahm, ist dies inzwischen ausgeweitet worden. Eine Erschütterung kommt auch in Betracht, wenn
 - die "passgenaue Krankheit" nach einer Kündigung des Unternehmens erfolgt
 - die Krankheit für die gesamte Restdauer des Arbeitsverhältnisses durch mehrere Folgebescheinigungen attestiert wird, die jeweils vom selben Arzt stammen und nur zur Einhaltung der Zwei-Wochen-Vorgabe aufgeteilt wurden

Praktischer Nutzen der Erschütterung des Beweiswertes:

- Leider wenden die erstinstanzlichen Gerichte überwiegend die Leitlinien des BAG (noch) nicht derart arbeitgeberfreundlich an bzw. erleichtern den Mitarbeitenden den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit.
 - Die Erschütterung des Beweiswertes wird zwar oft anerkannt, aber dann schnell eine hinreichende Darlegung der Arbeitsunfähigkeit durch die Mitarbeitenden und Beweis durch schriftliche Aussage der Ärzte anerkannt.
- Der Streitwert ist zudem oft niedrig und die Kosten hoch, der Aufwand lohnt daher meist nicht.

Rechtsprechung zur Erschütterung des Beweiswertes gibt es schon lange, aber:

- Das Vorgehen kann trotzdem Sinn ergeben
 - Präsentieren sich die Mitarbeitenden auffällig oder schlecht, sind die Gerichte oft auch kritisch.
 - Die Richter versuchen i.d.R. Vergleiche mit teilweisen Zahlungen zu erwirken. Ist der Entgeltfortzahlungsbetrag hoch und der Mitarbeitende kompromissbereit, lässt sich hier oft etwas sparen.
 - und: Ein Vorgehen im Einzelfall kann Nachahmer abhalten

Fall 3: Gerd geht, gibt's Geld?

Der Fall:

Gerd geht.

Gedanke: Geh gerne! Ganz gering geschätzt gewesen.

Gerd geht Gesundheitszentrum – Grippe! Genau ganzes Geschehen.

Gerd: Gib' Geld!

Die Lösung:

Gerd legt tatsächlich eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor und das auch passgenau für die Kündigungsfrist. Und komischerweise auch noch als Papier-Attest eines Arztes in Berlin.

Das sind genug Zweifel: Gerd bekommt keine Entgeltfortzahlung gezahlt!

Gerd ist sauer und klagt sich diese ein. Doch erfolglos. Der Richter macht ihm klar, da die Krankheit und Arbeitsunfähigkeit erst nach der Kündigung mitgeteilt wurde und Gerd genau die Restzeit fehlt, ist der Beweiswert seiner Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert. Und das er "irgendwie Bauschmerzen" gehabt habe, sei keine genaue Darlegung. Den Arzt aus Berlin – der im Internet übrigens mit digitalen AU-Bescheinigungen, die jeder Arbeitgeber anerkennt, wirbt – müsse er gar nicht hören. Zumal er die Auffassung von Herrn Rechtsanwalt Glowe teile, dass eine Diagnose mittels 10-Fragen-Fragebogen wohl kaum einen Beweiswert habe.

Klassiker der Erschütterung des Beweiswertes

Auch ohne Kündigung können Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen "auffällig" und damit deren Beweiswert angreifbar sein

- Krank nach abgelehntem Urlaub
- Krank nach Kritikgespräch/Abmahnung
- Krank nach Versetzung
- regelmäßige Krankheiten zu bestimmten Zeiten ohne medizinische Erklärung
- (wiederholte) Krankheiten im Zusammenhang mit bestimmten Bestandteilen der Tätigkeit (z.B. Lehrer ist immer vor Klassenfahrten krank)

Fall 4: Chef, ich bin dann mal weg...

Der Fall:

Fridolin Freizeit möchte an den Strand und zwar genau jetzt: Es sind Sommerferien, Sonne und 35 °. Dass der Kollege Andreas Artig, der ihn im Urlaub vertritt, bereits im Dezember Urlaub beantragt hat, ist ihm egal. Fridolin möchte frei haben, jetzt, sofort, sonst ist er halt krank! Pah! Fridolin bekommt keinen Urlaub. Fridolin will aber frei. Fridolin geht zum Arzt! Und er reicht ein Attest ein, ab geht's an die Ostsee. Das hat schließlich letztes Jahr auch schon funktioniert, die Abmahnung war ihm vollkommen egal, der Urlaub war schließlich super gewesen.

Die Lösung:

Fridolin hat hier durch die Androhung der Arbeitsunfähigkeit, um Urlaub zu erhalten, bereits gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Auch bestehen (begründete) Zweifel, an der tatsächlichen Arbeitsunfähigkeit.

Fridolin hat jetzt viel frei. Da er bereits abgemahnt wurde, hat sein Arbeitgeber jetzt die fristlose Kündigung erklärt.

Und das Arbeitsgericht ist auf seiner Seite. Der Arzt – der plötzlich auch über schlechte Erinnerung und fehlende Dokumentation der Untersuchung klagt – möchte es auch gar nicht hören.

- NEWSLETTERANMELDUNG UND LINKEDIN



Registrierung zum Erhalt von Newslettern und Einladungen zu unseren Veranstaltungen

einwilligung.battke-gruenberg.de



Bleiben Sie up-to-date und folgen Sie uns auf LinkedIn

linkedin.com/company/battke-gruenberg

Vielen Dank

BATTKE GRÜNBERG
Rechtsanwälte PartGmbB
Kleine Brüdergasse 3 – 5
01067 Dresden

T +49 351 563 90 0
F +49 351 563 90 99
M info@battke-gruenberg.de
W battke-gruenberg.de