

Prokuristen und leitende Angestellte

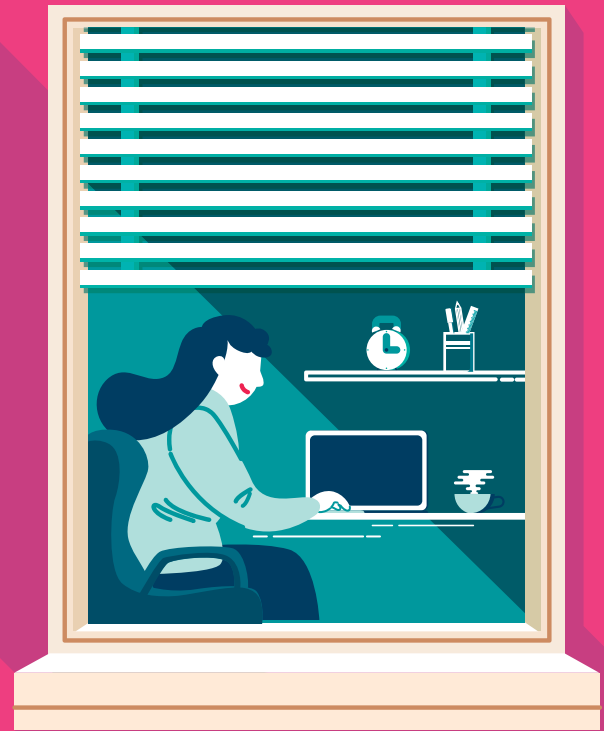
Arbeitsrecht der unternehmens-
leitenden Personen S. 19

Betriebsbedingte Kündigungen: Altersgruppenbildung

Grundsätze, Umsetzung und Grenzen S. 28

Die magischen sechs Wochen

Entgeltfortzahlung bei wiederholten
Kurzerkrankungen S. 46



Unfallschutz im Homeoffice

Welche Haftungsfallen drohen S. 8

Entgeltfortzahlung bei wiederholten Kurzerkrankungen

Die magischen sechs Wochen

Im Jahr 2019 war ein durchschnittlicher Arbeitnehmer 18,4 Arbeitstage arbeitsunfähig erkrankt, wobei mit 80 % der überwiegende Teil der Krankschreibungen nach zwei Wochen bereits wieder beendet war. Die Gewährung von Entgeltfortzahlung ist in diesen Fällen i. d. R. leicht zu handhaben. Wie verhält es sich aber mit der Entgeltfortzahlungspflicht, wenn Arbeitnehmer aufgrund mehrerer Atteste von verschiedenen Fachärzten länger als sechs Wochen fehlen?

VORAUSSETZUNGEN FÜR DEN ANSPRUCH AUF ENTGELTFORTZAHLUNG

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall beruht auf § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG. Hier ist geregelt: „Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, so hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.“

Von dieser Grundregel sind einige Ausnahmen bereits ausdrücklich gesetzlich geregelt (und sicher auch hinreichend bekannt). So ist einerseits zu beachten, dass der Anspruch auf Entgeltfortzahlung erst nach einer vierwöchigen Wartefrist nach Beginn des Arbeitsverhältnisses erstmalig entsteht (§ 3 Abs. 3 EFZG). Andererseits ist zu beachten, dass der Arbeitnehmer einen erneuten Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Länge von sechs Wochen erwirbt, wenn er sechs Monate lang nicht infolge derselben Krankheit arbeitsunfähig war (§ 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EFZG) oder wenn seit dem Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen ist (§ 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EFZG).

Beispiel: Ein Arbeitnehmer war vom 1.3. bis zum 11.4.2021 (also genau sechs Wochen lang) infolge einer Operation arbeitsunfähig und erhielt in diesem Zeitraum Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Im November desselben Jahres muss er noch einmal zur Nachkontrolle für einige Tage stationär ins Krankenhaus.

Da im November bereits mehr als sechs Monate vergangen sind, in denen der Arbeitnehmer nicht aufgrund der Operation arbeitsunfähig war, hat er an den Arbeitsunfähigkeitstagen im November wieder Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, obwohl er wegen dieser Krankheit bereits im März und April sechs Wochen lang arbeitsunfähig erkrankt war.

Ergänzend ist festzuhalten, dass ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers besteht, wenn der Arbeitnehmer seinen Anzeige- und Nachweispflichten nicht nachkommt (§ 7 Abs. 1 EFZG). Hierbei ist aber unbedingt zu beachten, dass die Pflicht zur Entgeltfortzahlung nicht entfällt, sondern lediglich aufgeschoben wird, bis der Arbeitnehmer seine Obliegenheitsverpflichtungen erfüllt hat. Weitgehend unbekannt ist aber die Möglichkeit des Arbeitgebers, die Entgeltfortzahlung zu verweigern, weil er Zweifel daran hat, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG tatsächlich vorliegen. Die Regelung spricht dem Arbeitnehmer grundsätzlich nur einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer von sechs Wochen zu. Zusätzlich wird in die Vorschrift gemeinhin hineingelesen, dass der sechswöchige Anspruch jeweils für „dieselbe Krankheit“ besteht. Dies wird mit einem Umkehrschluss aus den Ausnahmeregelungen des § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG begründet. Aus dem Erfordernis „derselben Krankheit“ wird dann abgeleitet, dass der Arbeitnehmer immer dann einen erneuten Anspruch auf Entgeltfortzahlung erhält, wenn er infolge einer „anderen“ Erkrankung arbeitsunfähig wird.

Dieser Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. Die Rechtsprechung hat in den letzten Jahren mehrere Fallgruppen herausgearbeitet, in denen trotz einer „anderen“





Erkrankung keine erneute Entgeltfortzahlungspflicht entsteht. Die Fallgruppen lauten:

- Fortsetzungserkrankung
- Einheitliche Grunderkrankung
- Hinzutreten einer weiteren Erkrankung (Einheit des Verhinderungsfalls)

DIE FORTSETZUNGSERKRANKUNG

Der naheliegendste Fall ist, dass der Arbeitnehmer auch nach Ablauf des Sechswochenzeitraums weiterhin an derselben Krankheit erkrankt ist. Da der Arbeitgeber aber die Diagnose, die einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zugrunde liegt, zunächst nicht kennt, ist für ihn nicht immer ersichtlich, dass eine Fortsetzungserkrankung vorliegt, wenn der Arbeitnehmer sich eine neue Erstbescheinigung von einem anderen Arzt ausstellen lässt.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer leidet an einer schweren depressiven Episode und wird deswegen zunächst von seinem Hausarzt für mehrere Wochen arbeitsunfähig

geschrieben. Zudem überweist der Hausarzt den Arbeitnehmer zu einem Psychiater. Nach Aufnahme der Therapiesitzungen acht Wochen später wird der Arbeitnehmer nicht mehr von seinem Hausarzt, sondern von dem Psychiater, den er nun regelmäßig aufsucht, arbeitsunfähig geschrieben.

Der Psychiater stellt dem Arbeitnehmer zunächst eine neue Erstbescheinigung aus. Für den Arbeitgeber sieht es nun so aus, als sei der Arbeitnehmer an einer neuen Krankheit erkrankt, obwohl sowohl der Hausarzt als auch der Psychiater die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aufgrund derselben Diagnose ausgestellt haben. In diesem Fall wäre eigentlich das Prüfverfahren anzuwenden, das in § 3 Abs. 1 und 2 EFZG beschrieben wird. Da noch keine sechs Monate seit der letzten Arbeitsunfähigkeit aufgrund derselben Erkrankung vergangen sind, hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung, sondern weiterhin auf Krankengeld. Da der Psychiater aber fälschlicherweise eine neue Erstbescheinigung ausgestellt hat, weiß der Arbeitgeber dies nicht und leistet erneut für sechs Wochen Entgeltfortzahlung.

DIE EINHEITLICHE GRUNDERKRANKUNG

Ein Unterfall der Fortsetzungserkrankung, der ebenfalls dazu führt, dass der Arbeitgeber auch bei Ausstellung einer neuen Erstbescheinigung keine Entgeltfortzahlung leisten muss, ist die einheitliche Grunderkrankung.

Bei dem oben beschriebenen Arbeitnehmer könnte sich die Diagnose nach einigen Monaten erfolgreicher Therapie von „schwere depressive Episode“ (ICD-10-Code F 32.2) zu „mittelgradige depressive Episode“ (ICD-10-Code F 32.1) ändern. Da hier ein anderer ICD-10-Code vergeben wird, wird eine neue Erstbescheinigung ausgestellt.

Häufig kommt auch der Fall vor, dass ein Arbeitnehmer nach einer längeren Erkrankung zunächst ins Arbeitsleben zurückkehrt, nach einigen Wochen aber mit einer leicht abgewandelten Diagnose wieder arbeitsunfähig geschrieben wird. Auch hier stellen Ärzte häufig eine neue Erstbescheinigung aus.

Bei genauerer Betrachtungsweise wird aber schnell deutlich, dass beiden Arbeitsunfähigkeiten dieselbe Grunderkrankung, nämlich eine Depression, zugrunde liegt. So schaffte es der Fall eines alkoholkranken Bauingenieurs im Jahr 2005 bis zum BAG. Der Kläger nahm nach seiner Entlassung aus einer psychosomatischen Fachklinik zunächst die Arbeit wieder auf. Die Arbeitgeberin hatte aber Zweifel an seiner Arbeitsfähigkeit und ließ ihn deswegen durch den Amtsarzt begutachten. Der Amtsarzt stellte daraufhin die Arbeitsunfähigkeit aufgrund chronischer Alkoholabhängigkeit und fortgesetzten Alkoholkonsums fest. Streitig war nun die Entgeltfortzahlung nach erneuter Feststellung der Arbeitsunfähigkeit. Das BAG (Urt. v. 13.7.2005 – 5 AZR 389/04, AuA 11/05, S. 689) verneinte den Anspruch auf weitere Entgeltfortzahlung, da die Krankheit in der Zeit zwischen dem Ende der vorausgegangenen und dem Beginn der neuen Arbeitsunfähigkeit medizinisch nicht vollständig ausgeheilt war, sondern als Grundleiden latent weiterbestanden hatte. Somit stellte die neue Erkrankung nur eine Fortsetzung der früheren Erkrankung dar, die auf demselben nicht behobenen Grundleiden beruhte. Auch wenn ein Arbeitnehmer zwischenzeitlich wieder arbeitsfähig war, sollte mithin unbedingt geprüft werden, ob die Arbeitsunfähigkeit auf demselben Grundleiden beruht bzw. beruhen könnte wie die vorangegangene Erkrankung.

EINHEIT DES VERHINDERUNGSFALLS

Ein weiterer interessanter Fall, der den Anspruch auf Entgeltfortzahlung ausschließen kann, ist die sog. „Einheit des Verhinderungsfalls“. Diese Einheit liegt immer dann vor, wenn zu einer bereits bestehenden Erkrankung eine weitere Erkrankung hinzutritt.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer ist bereits länger aufgrund eines schweren Rückenleidens arbeitsunfähig erkrankt. Nach einigen Wochen steckt er sich zusätzlich zu seinem schon bestehenden Leiden mit einer Infektionskrankheit an, die zu einer Nasennebenhöhlenentzündung führt. Aufgrund der Entzündung wird er nun vorübergehend

nicht mehr von seinem Orthopäden, sondern von seiner Hausärztin krankgeschrieben.

Trotzdem beginnt der Entgeltfortzahlungszeitraum von sechs Wochen nicht erneut zu laufen, sondern die Zeiträume der beiden Erkrankungen werden gemeinsam betrachtet, da die Nasennebenhöhlenentzündung zu dem Rückenleiden hinzutreten ist, bevor das Rückenleiden ausgeheilt war. Es liegt eine Einheit des Verhinderungsfalls vor. Für den Arbeitgeber ist dieser Fall auch ohne Kenntnis der Diagnosen leicht zu erkennen, wenn die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen der verschiedenen Ärzte sich zeitlich überschneiden.

Beispiel: In soeben genanntem Beispiel endet die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Orthopäden (AU I) am 8.4.2021, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der Hausärztin (AU II) beginnt aber schon am 7.4.2021. Die Zeiträume von AU I und AU II überschneiden sich, was ein starkes Indiz für eine Einheit des Verhinderungsfalls ist.

Das BAG geht hier aber sogar noch einen deutlichen Schritt weiter. So soll auch dann eine Einheit des Verhinderungsfalls infrage kommen, wenn die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nahtlos aneinander anschließen oder wenn zwischen zwei Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ausschließlich arbeitsfreie Tage (z. B. ein Wochenende oder Feiertage) liegen. Denn stehen die erste und die zweite Arbeitsunfähigkeit in einem so engen zeitlichen Zusammenhang, besteht ein hinreichend gewichtiges Indiz für das Vorliegen eines einheitlichen Verhinderungsfalls, auch wenn eine neue Erstbescheinigung ausgestellt wurde (BAG, Urt. v. 11.12.2019 – 5 AZR 505/18, AuA 6/20, S. 375).

In dem zugrunde liegenden Fall war eine Arbeitnehmerin zunächst wegen eines psychischen Leidens mehrere Monate arbeitsunfähig und bezog zuletzt Krankengeld (bis zum 18.5.2017). Am 19.5.2017 unterzog sie sich einer gynäkologischen Operation, weswegen die Frauenärztin ihr vom 19.5.2017 bis zum 30.6.2017 Arbeitsunfähigkeit attestierte. Bei der ersten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die die Gynäkologin ausstellte, handelte es sich (selbstredend) um eine neue Erstbescheinigung. Das BAG lehnte den Anspruch auf Entgeltfortzahlung trotzdem ab.

BEWEISLAST

In diesem Urteil traf das BAG zudem sehr interessante und instruktive Feststellungen zur Beweislast. Denn das große Problem des Arbeitgebers ist, dass er meist weder die zugrunde liegenden Diagnosen noch weitere Details der Erkrankungen kennt. Er kann deswegen nur Indizien sammeln, die den Schluss nahelegen, dass ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung tatsächlich nicht besteht.

Das BAG stellte fest, dass bei der näheren Bestimmung der Anforderungen an die Darlegungslast der Parteien nicht übersehen werden darf, dass der Arbeitgeber in aller Regel keine Kenntnis von den Krankheitsursachen hat und kaum in der Lage ist, belastbare Indiztatsachen

für das Vorliegen eines einheitlichen Verhinderungsfalls vorzutragen. Besonders wenn der Arbeitnehmer zwischendurch nicht zur Arbeit erschienen ist, ist es für den Arbeitgeber nahezu unmöglich, konkrete Anhaltspunkte zur Erschütterung des Beweiswerts der ärztlichen Bescheinigungen darzulegen. Stattdessen soll der Arbeitnehmer, der ja viel mehr über seine Erkrankungen weiß, seine Behauptung, es lägen voneinander zu trennende Verhinderungsfälle vor, durch konkreten Vortrag zu den Krankheitsursachen sowie zum Ende bzw. Beginn der jeweiligen Arbeitsunfähigkeit konkretisieren und hierfür ggf. vollen Beweis erbringen.

Der Arbeitnehmer trägt also die Beweislast dafür, dass tatsächlich eine neue Erkrankung vorliegt, die erst nach Ende der vorherigen Erkrankung entstanden ist. Hierfür genügt es nicht, dass eine neue Erstbescheinigung von einem anderen Arzt vorgelegt wird, sondern dieser „volle Beweis“, den das BAG fordert, kann insbesondere dadurch erbracht werden, dass der Arbeitnehmer seine Ärzte von der ärztlichen Schweigepflicht entbindet.

Das LAG Hamm (Urt. v. 23.1.2020 – 17 Sa 1030/19) entschied hierzu, dass der Arbeitnehmer seine Darlegungs- und Beweislast im ersten Schritt dadurch erfüllen kann, dass er eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt. Ist er jedoch länger als sechs Wochen arbeitsunfähig krank, ist die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht ausreichend, weil sie keine Angaben zum Bestehen einer Fortsetzungserkrankung enthält. Der Arbeitnehmer muss deshalb darlegen, dass keine Fortsetzungserkrankung vorliegt, wenn der Arbeitgeber das Vorliegen einer neuen Krankheit bestreitet. Dann muss der Arbeitnehmer die Tatsachen vortragen und beweisen, die den Schluss erlauben, es habe keine Fortsetzungserkrankung vorgelegen. Hierfür muss er den Arzt von der Schweigepflicht entbinden. Trägt der Arbeitgeber im Prozess tragfähige Indizien vor, auf deren Grundlage er die Entgeltfortzahlung verweigert, ist der Arbeitnehmer in der Pflicht zu beweisen, dass die Krankheiten, derentwegen er arbeitsunfähig war, weder in einem zeitlichen noch in einem sachlichen Zusammenhang miteinander standen. Er muss also insbesondere nachweisen, dass die erste Erkrankung bereits vor Beginn der zweiten Erkrankung beendet war und dass die Erkrankungen nicht auf einem einheitlichen Grundleiden beruhen.

In diesem Zusammenhang sei noch einmal auf den oben geschilderten Fall der später hinzukommenden Nasennebenhöhlenentzündung verwiesen. Dieser beruht auf einem Urteil des LAG Rheinland-Pfalz aus dem Jahr 2019. Das LAG Rheinland-Pfalz (Urt. v. 13.6.2019 – 5 Sa 438/18) sprach der Arbeitnehmerin den erneuten Anspruch auf Entgeltfortzahlung mit der Begründung zu, dass die Erkrankungen der Arbeitnehmerin in der Zeit vom 6.11. bis 18.12.2017 und in der Zeit vom 19.12. bis 31.12.2017 – unstreitig – nicht auf einem einheitlichen Grundleiden beruhten. Die Beklagte habe auch nicht nach dem Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls geltend gemacht, dass die Arbeitsunfähigkeit infolge der neuen Krankheit schon vor dem 19.12.2017 eingetreten wäre. Dieser Fall zeigt, wie wichtig die anwaltliche Beratung bei einem solchen Vorgehen ist. Das LAG weist deutlich darauf hin, dass es möglich gewesen wäre, die Entgelt-

fortzahlung mit der Begründung „Einheit des Verhinderungsfalls“ anzugreifen. Dies hat der Arbeitgeber aber unterlassen und ausschließlich zum „einheitlichen Grundleiden“ vorgetragen, das nach Prüfung der zugrunde liegenden Diagnosen eindeutig nicht vorlag. Da die Richter aber nur die Hinderungsgründe berücksichtigen können, die der Arbeitgeber auch geltend macht, konnte das Gericht nicht zugunsten des Arbeitgebers entscheiden, obwohl die Arbeitsunfähigkeitszeiträume nahtlos aneinander anschlossen.

DIE ROLLE DES MEDIZINISCHEN DIENSTES DER KRANKENKASSEN

Beim Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) handelt es sich – anders als häufig angenommen – nicht um eine neutrale Instanz, die das Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung objektiv überprüft. Das oberste Ziel des MDK ist es, Kosten von den Krankenkassen und damit von der Allgemeinheit abzuwehren. Hierfür prüft er den Fall lediglich nach Aktenlage auf eine Übereinstimmung der konkreten ICD-10-Codes, nicht aber auf zeitliche oder sachliche Zusammenhänge. Dadurch stellt er in aller Regel eine Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers fest, was zum Ruhen des Anspruchs auf Krankengeld führt.

Deswegen hält auch das BAG die Auskünfte des MDK nur für bedingt belastbar. Denn die Möglichkeit für den Arbeitgeber, ein Auskunftersuchen an die zuständige Krankenkasse zu richten, bezieht sich nur auf das Vorliegen einer Vorerkrankung und schließt die Übermittlung von Diagnosedaten ausdrücklich aus. Zudem greift die Bestimmung nur bei Arbeitnehmern ein, die in einer gesetzlichen Krankenkasse versichert sind. Für privat Versicherte besteht kein entsprechender gesetzlicher Auskunftsanspruch. Unabhängig davon hat der Arbeitgeber keine Möglichkeit, die Mitteilung der Krankenkasse zu überprüfen (BAG, Urt. v. 11.12.2019 – 5 AZR 505/18). Arbeitgeber sollten sich deswegen niemals auf die allgemein bekannte Floskel der Krankenkassen: „Für die hinzugetretene Erkrankung liegt keine Vorerkrankung vor. Es besteht für den gesamten Zeitraum Anspruch auf Entgeltfortzahlung.“ verlassen, sondern selbst prüfen, ob Indizien für eine Fortsetzungserkrankung vorliegen.

FAZIT

Gibt es Anhaltspunkte dafür, dass Arbeitnehmer nach Ablauf des Sechswochenzeitraums mit neuen Erstbescheinigungen unberechtigt Entgeltfortzahlung erhalten möchten, besteht die Möglichkeit für Arbeitgeber, dies mit den aufgezeigten Fallgruppen der Rechtsprechung abzuwehren. In einem solchen Verdachtsfall kann auf der Grundlage von Indizien und Vermutungen die Entgeltfortzahlung verweigert werden. Der Verdacht kann von den Arbeitnehmern allerdings gerichtlich entkräftet werden. Es sind daher immer alle Umstände genau abzuwägen, bevor der Weg der Verweigerung der Entgeltfortzahlung beschritten wird. ■

UNSERE AUTOREN



Friederike Kumsteller
Rechtsanwältin und
Fachanwältin für Arbeitsrecht,
Partnerin, ARVANTAGE –
Kanzlei für Arbeitsrecht, Berlin



Dorothee Well
Rechtsanwältin, ARVANTAGE –
Kanzlei für Arbeitsrecht, Berlin