

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial setting. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal hanger. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including what appears to be a conveyor belt system and other mechanical components, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory environment.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
Mai 2019**

## **Inhalt**

### **Neues aus der Gesetzgebung**

**Geschäftsgeheimnisgesetz – welche arbeitsrechtlichen Maßnahmen sind erforderlich?**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Auskunftsanspruch nach Art. 15 DSGVO**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Zeitraum der Betriebsratstätigkeit darf nicht von der Bewertung der Arbeitsleistung im Zeugnis ausgenommen werden**

### **Neues aus der Wirtschaft**

**AU jetzt auch per WhatsApp**

### **Loschelder Praxistipp**

**Arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen einen hohen Krankenstand**

## Neues aus der Gesetzgebung

### **Geschäftsgeheimnisgesetz – welche arbeitsrechtlichen Maßnahmen sind erforderlich?**

*Bislang war der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Deutschland gesetzlich nur rudimentär geregelt. Mit den wenig effektiven gesetzlichen Schutzmechanismen korrespondierte allerdings ein sehr weiter Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses. Vielfach machten sich Arbeitgeber darüber, ob bestimmte Informationen Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse sind, keine Gedanken und ergriffen auch keine Maßnahmen zu einem effektiven Schutz. Bislang ließ sich der Schutz als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis auch nachträglich über ein Geheimhaltungsinteresse begründen. Durch das Geschäftsgeheimnisgesetz wird sich die Situation eher in ihr Gegenteil verkehren: Geschäftsgeheimnisse werden effektiv geschützt, der Schutz verlangt jedoch, dass das Unternehmen auch seinerseits seine Hausaufgaben zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse gemacht hat. Ohne eine angemessene Prävention wird es künftig möglicherweise gar keinen Schutz von Geschäftsgeheimnissen mehr geben.*

Der Bundestag hat am 21.03.2019 den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie 2016/943 – deren Umsetzungsfrist bereits im Juni 2018 abgelaufen war – beschlossen. Das Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG) wird nunmehr kurzfristig in Kraft treten.

Das Gesetz regelt umfassend und neu den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, die bislang nur aufgrund der Strafvorschrift in § 17 UWG gesetzlich geschützt waren. Die Möglichkeiten der Unternehmer, den Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse wirksam durchzusetzen und gegen Verletzungen vorzugehen, werden durch das Gesetz erheblich gesteigert. Insoweit ist das Gesetz als eine wichtige Maßnahme zur effektiven Durchsetzung eines Know-how-Schutzes sehr zu begrüßen.

Allerdings ist der Schutz als Geschäftsgeheimnis nicht mehr wie bislang ohne weiteres zu erreichen. Bislang wurden als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge geschützt, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Relevant war im Wesentlichen das Geheimhaltungsinte-

resse des Arbeitgebers; darauf, dass dieser das Geschäftsgeheimnis auch effektiv geschützt hatte, kam es nicht an.

Die Neudefinition im Geschäftsgeheimnisgesetz verlangt demgegenüber, dass eine Information

- geheim ist,
- von wirtschaftlichem Wert ist,
- mit angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt wird und
- ein berechtigtes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht.

Neu gegenüber der alten Rechtslage ist damit insbesondere, dass ein effektiver Schutz der Geschäftsgeheimnisse nur besteht, wenn die **Information mit angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt** wird. Der Kreis der durch das Gesetz geschützten Informationen wird daher deutlich enger; eine Information wird nicht, wie in der Vergangenheit, alleine aufgrund des Geheimhaltungsinteresses des Unternehmens geschützt.

Für die Unternehmen ergibt sich damit das Erfordernis, angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen für ihre Geschäftsgeheimnisse zu ergreifen. Falls Unternehmen insoweit untätig bleiben, löst dies zwar keine Bußgeldpflichten wie bei der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) aus. Das Unternehmen muss aber damit rechnen, dass die Geschäftsgeheimnisse und damit das betriebliche Know-how nicht mehr rechtlich geschützt sind. Gegen einen Datendiebstahl des Arbeitnehmers kann das Unternehmen nicht auf Grundlage des Geschäftsgeheimnisgesetzes vorgehen. Es droht insoweit sogar, dass auch kein vertraglicher und nachvertraglicher Schutz der Geschäftsgeheimnisse – durch arbeitsvertragliche Verschwiegenheitsklauseln oder die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers als vertraglicher Nebenpflicht – mehr besteht: Bislang erfassten aus Sicht des Bundesarbeitsgerichts solche Klauseln nur Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Wenn diese Rechtsprechung konsequent auf die neue Rechtslage übertragen wird, wofür aus unserer Sicht einiges spricht, umfassen auch vertragliche Verschwiegenheitspflichten nurmehr Geschäftsgeheimnisse im Sinne des Geschäftsgeheimnisgesetzes.

Grundsätze, welche Geheimhaltungsmaßnahmen angemessen sind, haben sich noch nicht gebildet. Auf jeden Fall wird es jedoch erforderlich sein, dass das Unternehmen überhaupt **festlegt, welche**

**Informationen Geschäftsgeheimnisse sind.** Zweckmäßigerweise werden entsprechende Papiere oder Dateien mit **Vertraulichkeits-hinweisen** versehen. Sinnvoll ist es auch, eine **Klassifikation** der Geschäftsgeheimnisse **nach Geheimhaltungsbedürftigkeit** vorzunehmen und entsprechende Schutzstufen zu definieren. Die im Anschluss an diese Klassifikation erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Geheimhaltungsmaßnahmen sind auf den Einzelfall abzustellen: Diese können sowohl **Einschränkungen bei der Nutzung der betrieblichen EDV** durch Mitarbeiter umfassen (etwa Beschränkungen beim Kopieren oder Versenden von Dateien) als auch **Zugangsberechtigungskonzepte** zu den Geschäftsgeheimnissen oder entsprechende **Verhaltensanforderungen** an Arbeitnehmer. Teil des Konzepts können auch, jedenfalls für Know-how-Träger, **nachvertragliche Wettbewerbsverbote** sein. Hinzu kommen auch technische Maßnahmen der EDV-Sicherheit. Eine Reihe der hier sinnvollen und möglichen Maßnahmen werden in Unternehmen bereits aus der Umsetzung der DSGVO bekannt sein; die in diesem Rahmen gewonnenen Erfahrungen lassen sich auch bei der Umsetzung des Schutzes der Geschäftsgeheimnisse nutzen.

Aus arbeitsrechtlicher Sicht kann es, jedenfalls bei kooperationsbereiten Betriebsräten, sinnvoll sein, eine umfassende **Betriebsvereinbarung** zum Thema zu schließen. Eine Reihe der erforderlichen Geheimhaltungsmaßnahmen werden, etwa bei einem EDV-Bezug, ohnehin der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Auch die Regelung von konkreten Verhaltenspflichten der Arbeitnehmer kann vom Betriebsrat mitbestimmt sein. Über in einer Betriebsvereinbarung geregelte Verschwiegenheitspflichten lässt sich insbesondere verhindern, dass mit zahlreichen Mitarbeitern vertragliche Vereinbarungen über Verschwiegenheitspflichten vereinbart werden müssen.

Erheblichen Einfluss wird das Gesetz auch auf den Umgang mit „**Whistleblowern**“ haben; der Beschluss des Gesetzes verzögerte sich insbesondere aufgrund von Meinungsverschiedenheiten zu diesem Thema. Nunmehr ist die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zulässig, wenn dies der Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens dient und wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Im Hinblick auf diese gesetzliche Regelung steht die bisherige **Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts** zum Whistleblowing, die den Mitarbeiter verpflichtete, zunächst **innerbetriebliche Abhilfemaßnahmen**

auszuschöpfen, auf dem Prüfstand. Richtigerweise sollte auch die Nutzung des „Rechts auf Whistleblowing“, wie bisher, dem Übermaßverbot unterliegen, sodass der Arbeitnehmer betriebliche Abhilfemöglichkeiten nutzen muss. Hier ist es für den Arbeitgeber daher wichtig, auch darlegen zu können, dass es solche effektiven innerbetrieblichen Abhilfemaßnahmen gab. Die Einrichtung einer **Whistleblower-Hotline** ist daher als weiteres Element eines effektiven betrieblichen Geheimnisschutzes sinnvoll; sie kann in eine Betriebsvereinbarung zum Thema „Schutz der Geschäftsgeheimnisse“ integriert werden.

Gerne unterstützen wir Sie bei der Umsetzung der für die Implementierung des innerbetrieblichen Geheimnisschutzes erforderlichen Schritte.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Auskunftsanspruch nach Art. 15 DSGVO

*Die DSGVO ist seit fast einem Jahr in Kraft. Noch ist vieles bzgl. der Auslegung einzelner Vorschriften und Begriffe unklar. Jetzt hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg mit einem Urteil vom 20.12.2018 (Az. 17 Sa 11/18) für Aufsehen gesorgt: Das Gericht hat einen Arbeitgeber zur Auskunft nach Art. 15 DSGVO verurteilt und die Auskunftsverpflichtung dabei bemerkenswert weit gefasst.*

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ging ein Arbeitnehmer (Kläger) eines großen Automobilherstellers (Beklagte) u.a. gegen eine Kündigung vor. Die Kündigung war auch auf das Ergebnis einer internen Compliance-Untersuchung gestützt worden. Die Beklagte hatte nämlich ein Hinweisgebersystem eingerichtet, das zur Aufklärung vertragswidriger Sachverhalte führen sollte. Über das System konnten Mitarbeiter Informationen über wahrgenommenes Fehlverhalten weitergeben, ohne dass ihre Identität im späteren Verlauf offenbart werden sollte. Über diese Vorrichtung erfuhr die Beklagte von vermeintlichen Verstößen des Klägers.

Der Kläger nahm dies zum Anlass, im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses u.a. wie folgt auf Auskunft zu klagen:

*„Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft über die von ihr verarbeiteten und nicht in der Personalakte des Klägers gespeicherten personenbezogenen Leistungs- und Verhaltensdaten des Klägers zu erteilen, im Hinblick auf*

- *die Zwecke der Datenverarbeitung,*
- *die Empfänger, gegenüber denen die Beklagten die personenbezogenen Daten des Klägers offengelegt hat oder noch offenlegen wird,*
- *die Speicherdauer oder falls dies nicht möglich ist, Kriterien für die Festlegung der Dauer,*
- *die Herkunft der personenbezogenen Daten des Klägers, soweit die Beklagte diese nicht bei dem Kläger selbst erhoben hat und*
- *das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling sowie aussagekräftiger Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung.“*

Das LAG hat dem Antrag vollumfänglich stattgegeben. Hierbei hat es zunächst grundsätzlich festgestellt, dass **Art. 15 DSGVO auch im Beschäftigtendatenschutz Anwendung** findet.

Weiter hat es den zitierten Antrag als (noch) **ausreichend bestimmt** bewertet. Aus Sicht des LAG sei es dem Auskunftsanspruch nach Art. 15 DSGVO immanent, dass der Anspruchsteller noch nicht den

Inhalt der Auskunft kenne, die er erst einfordert, sodass er deren Inhalt auch nicht eingrenzen müsse.

Darüber hinaus hat das LAG festgestellt, dass die Beklagte auch außerhalb der Personalakte personenbezogene Daten verarbeite. Dies folgerte das Gericht aus der Vielzahl der von den Parteien vorgelegten dienstlichen E-Mails. Nach Ansicht des Gerichts enthalte jede einzelne vom Kläger geschriebene, gesendete und empfangene E-Mail bereits personenbezogene Daten, nämlich Informationen, die sich auf den Kläger beziehen. Daher erstrecke sich der Auskunftsanspruch auch auf **jede einzelne E-Mail**.

Das LAG geht zwar davon aus, dass der Auskunftsanspruch beschränkt werden könne, soweit durch die Auskunft Informationen offenbart würden, die nach einer Rechtsvorschrift oder ihrem Wesen nach, insbesondere wegen der überwiegenden berechtigten Interessen eines Dritten, geheim gehalten werden müssten. Es müsse jedoch in jedem Einzelfall das **konkrete Interesse des Arbeitnehmers** an der Auskunftserteilung ermittelt und gegen das **betriebliche Interesse des Arbeitgebers** an der Auskunftsversagung bzw. die **berechtigten Interessen Dritter abgewogen** werden. Rein **allgemein gehaltene Erwägungen**, wie bspw. der Hinweis auf das allgemeine Schutzbedürfnis von Hinweisgebern, seien **nicht ausreichend** zur Einschränkung des Auskunftsanspruchs. Wolle sich der Arbeitgeber vor Gericht gegen den Auskunftsanspruch wehren, müsse er in jedem Einzelfall darlegen, auf welche genauen Informationen (Sachverhalt/Vorfall/Thema) sich das überwiegende berechnigte Interesse an einer Geheimhaltung beziehen soll. Dies hatte der Arbeitgeber im zu entscheidenden Fall nicht getan.

Auch dem Antrag auf **Zurverfügungstellung einer Kopie der verarbeiteten personenbezogenen Daten** gemäß Art 15 Abs. 3 Satz 1 DSGVO hat das LAG stattgegeben.

Das LAG hat die Revision bzgl. des Auskunftsanspruchs aufgrund seiner grundsätzlichen Bedeutung zugelassen. Diese ist derzeit beim Bundesarbeitsgericht anhängig (Az. 5 AZR 66/19). Über den weiteren Verlauf des Verfahrens halten wir Sie in unserem Newsletter unterrichtet.

Aufgrund der Entscheidung des LAG Baden-Württemberg müssen sich Arbeitgeber darauf einstellen, dass gekündigte Arbeitnehmer vermehrt Auskunftsansprüche hinsichtlich des Inhaltes ihres



E-Mail-Postfaches geltend machen werden, und sei es auch nur, um sich beim Arbeitgeber für die ausgesprochene Kündigung zu revanchieren.



### **Neues aus der Rechtsprechung**

#### **Zeitraum der Betriebsratstätigkeit darf nicht von der Bewertung der Arbeitsleistung im Zeugnis ausgenommen werden**

*In unserer Newsletter-Ausgabe September 2018 hatten wir Ihnen einen Leitfaden für die Zeugniserstellung an die Hand gegeben und rechtliche Spielräume erläutert. Das LAG Nürnberg hatte sich jetzt mit der Frage zu befassen, ob ein Arbeitgeber den Zeitraum der Betriebsratstätigkeit einer Arbeitnehmerin bei der Bewertung ihrer Arbeitsleistung im Zeugnis außen vor lassen darf (Urteil vom 11.10.2018, Az. 5 Sa 100/18).*

Die klagende Arbeitnehmerin war seit Anfang 2001 in einem Elektrofachmarkt im Bereich Verwaltung/Warenwirtschaft beschäftigt gewesen und seit Juli 2012 Mitglied in dem dreiköpfigen Betriebsrat, seit Dezember 2013 als Vorsitzende. Nach ihrem Ausscheiden Ende Februar 2017 erteilte die Beklagte der Klägerin ein Arbeitszeugnis. Im Einleitungssatz schrieb die Beklagte, die Klägerin sei „bis zum 31.01.2014“ im Bereich Verwaltung/Warenwirtschaft für sie tätig gewesen. An späterer Stelle hieß es: „seit dem 01.02.2014 kann die Arbeit von Frau A. nicht mehr bewertet werden“.

Das Arbeitsgericht Bamberg verurteilte die Beklagte unter Hinweis auf den Grundsatz der Zeugniswahrheit und Zeugnisklarheit zur Streichung der beiden Passagen. Im Berufungsverfahren wandte die Beklagte hiergegen insbesondere ein, das Verschweigen der Betriebsratsfreistellung und das gleichzeitige Verschweigen des Umstandes, dass die im Zeugnis dargestellte Tätigkeit nur während eines Teils des Arbeitsverhältnisses ausgeübt wurde, führe zu einer Täuschung der Zeugnisleser. Denn die Klägerin habe seit dem 01.02.2014 nahezu ausschließlich Betriebsratstätigkeiten verrichtet.

Das LAG Nürnberg hat das Urteil indes bestätigt und führt in den Entscheidungsgründen aus, eine Streichung der beiden Satzteile sei schon deshalb angezeigt, weil diese dem Zeugnisleser suggerierten, die Klägerin habe seit dem 01.02.2014 keinerlei Arbeitsleistung mehr erbracht, ohne dass hierfür ein Grund genannt würde. Eine Schlussfolgerung könne sein, dass die Klägerin eine Betriebsratstätigkeit ausgeübt habe. Eine **Erwähnung der ehrenamtlichen Betriebsratstätigkeit** sei jedoch **nur** dann zulässig, **wenn der Arbeitnehmer dies ausdrücklich wünsche**. Denn die Zweckbestimmung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses bestehe darin, ein „möglichst vollständiges, wahres, klares, aber auch wohlwollendes Bild von Führung und Leistung des Arbeitnehmers im Hinblick auf seine arbeitsvertraglichen Pflichten darzustellen“. Eine Erwähnung der Betriebsratstätigkeit sei dazu nicht notwendig; die Tätigkeiten der Klägerin seien bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses die im Arbeitszeugnis aufgeführten gewesen. Die Betriebsratstätigkeit führe gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG lediglich zu einer (temporären) Befreiung von der Arbeitsverpflichtung. Für die Beurteilung des Leistungs- und Führungsverhaltens für den Zeitraum der Betriebsratstätigkeit müsse der Arbeitgeber eine **Prognose** dergestalt anstellen, **als hätte es die Freistellung für die Betriebsratstätigkeit nicht gegeben**. Denn die Betriebsratstätigkeit dürfe gemäß § 78 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nicht zu einer Benachteiligung der Arbeitnehmerin in ihrer beruflichen Entwicklung führen.

Auch hier bestätigen **Ausnahmen** jedoch die Regel. Eine Erwähnung der Betriebsratstätigkeit im Zeugnis ist dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit vor seinem Ausscheiden so lange Zeit nicht mehr ausgeübt hat, dass der Arbeitgeber infolgedessen **überhaupt nicht mehr in der Lage** ist, dessen **Leistungs- und Führungsverhalten zu bewerten**. Ein Zeitraum von gut drei Jahren nahezu ausschließlicher Betriebsratstätig-

keit reichte im konkreten Fall nicht aus, zumal das Arbeitsverhältnis der Klägerin insgesamt ca. 16 Jahre bestanden hatte.

Im **Grundsatz** ist also davon auszugehen, dass die **Betriebsratstätigkeit eines Arbeitnehmers im Zeugnis nicht genannt** werden darf, es sei denn, es ist sein ausdrücklicher Wunsch. Erst wenn dem Arbeitgeber die Beurteilung der eigentlich geschuldeten Tätigkeit (für einen bestimmten Zeitraum) praktisch nicht mehr möglich ist, darf er dies klarstellend aufnehmen. Wo die Grenzen zu ziehen sind, ist durch die Rechtsprechung noch nicht hinreichend ausgelotet, letztlich aber ohnehin eine **Frage der Umstände des Einzelfalls**. In die Bewertung werden insbesondere die Dauer und Intensität der Betriebsratstätigkeit sowie deren Verhältnis zur Dauer des Arbeitsverhältnisses insgesamt einfließen müssen.



### Neues aus der Wirtschaft

#### AU jetzt auch per WhatsApp

*Für 9 EUR bietet das Portal [AU-Schein.de](https://www.au-schein.de) Krankschreibungen per WhatsApp an. Das Tolle daran: Der Arbeitnehmer braucht seinen behandelnden Arzt gar nicht sprechen, sondern lediglich eine Reihe von Fragen über das Internet wahrheitsgemäß oder anderweitig beantworten. Gelingt ihm das vor 10 Uhr, wird die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AU) noch am selben Tag versandt.*

Leider ist das Portal noch nicht vollständig ausgereift. Bislang werden nur Krankschreibungen wegen Erkältung angeboten. Krankschreibungen wegen Magen-Darm-Grippe und Rückenbeschwerden befinden sich noch in der Entwicklung und sollen in Kürze zur Verfügung stehen. Den meisten Kunden dürfte das gleichgültig sein, da der (vermeintliche) Grund der Krankschreibung aus der AU ohnehin nicht ersichtlich wird.

Nach der Rechtsprechung des BAG kommt der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein „hoher Beweiswert“ zu. Dies ergebe sich, so die Erfurter Richter, „aus der Lebenserfahrung“ (z.B. Urteil vom 01.10.1997, Az. 5 AZR 726/96). Nicht alle Arbeitgeber haben dieselben Lebenserfahrungen gemacht. Angebote, wie die von [auschein.de](http://auschein.de), werden das Vertrauen in Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen weiter beschädigen.

Der Betreiber meint, wegen der Lockerung des Fernbehandlungsverbotes wäre sein Angebot rechtmäßig. Die Aufsichtsbehörden werden dies wahrscheinlich anders beurteilen und hoffentlich bald handeln.

Welche arbeitsrechtlichen Maßnahmen Arbeitgeber ergreifen können, um einem hohen Krankenstand entgegenzuwirken, erfahren Sie in unserem Praxistipp.



## Loschelder Praxistipp

### Arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen einen hohen Krankenstand

*Keine Frage: Das beste Mittel gegen einen hohen Krankenstand ist eine motivierte Belegschaft, die sich mit den Zielen des Unternehmens identifiziert. Hat sich der Krankenstand erst einmal auf hohem Niveau eingependelt, kann das Problem nur ganzheitlich angegangen werden. Bei einer Unternehmensoffensive gegen einen hohen Krankenstand können sich arbeitsrechtliche Maßnahmen allerdings als wertvolle Unterstützung erweisen. Wir stellen Ihnen Maßnahmen vor, mit denen Unternehmen Krankmeldungen aktiv entgegenwirken können.*

Kaum ein Arbeitgeber will, dass sich Mitarbeiter krank zu Arbeit schleppen, ihre Genesung verzögern und im schlimmsten Fall Kollegen anstecken. Doch wird der Krankenstand im Unternehmen durch die Haltung der Mitarbeiter wesentlich mitbestimmt. Viele Mitarbeiter melden sich krank, wenn sie sich kurz nach dem Aufstehen „noch nicht so fühlen“. Andere Mitarbeiter machen schlicht „blau“.

Dass eine vermeintliche Erkrankung nur vorgetäuscht ist, kann der Arbeitgeber fast nie beweisen. Sobald der Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AU) vorlegt – und es findet sich immer ein Arzt, der diese ausstellt – gilt die Krankheit aus Sicht der Arbeitsgerichte grundsätzlich als erwiesen. Nur im Ausnahmefall, nämlich wenn besondere Anhaltspunkte den Beweiswert der AU erschüttern (z.B. weil der vermeintlich kranke Arbeitnehmer beim Shoppen in der Stadt gesehen wurde), hören Gerichte den behandelnden Arzt überhaupt als Zeugen an. Der Arzt wird in seiner Zeugenrolle die Krankheit des Arbeitnehmers aber fast immer bestätigen („Shoppen ist gut für den Stressabbau und diente daher der Genesung“) und gibt nicht etwa zu, eine falsche AU ausgestellt zu haben. Mitarbeiter wegen vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit zu kündigen, führt deshalb in einen riskanten Prozess für den Arbeitgeber, der in jedem Fall gut vorbereitet werden muss. Im Regelfall drohen dem krankfeiernden Mitarbeiter deshalb kaum Sanktionen.

Das wissen natürlich auch die meisten Mitarbeiter und lassen sich daher nicht ohne Weiteres abschrecken. Welche arbeitsrechtlichen Mittel bleiben dem Arbeitgeber dann überhaupt, um etwas gegen vorgetäuschte Krankheiten zu unternehmen?

1. Der Arbeitgeber kann **Anwesenheitsprämien** ausloben. Hierbei handelt es sich um z.B. halbjährig fällige Sonderzahlungen, die für jeden Krankheitstag im vorangegangenen Halbjahr gekürzt werden. Nach § 4a EFZG darf die Kürzung pro Krankheitstag zwar maximal ein Viertel eines durchschnittlichen Tagesgehaltes betragen. Die psychologische Wirkung, infolge wiederholter Krankmeldungen „weniger“ Gehalt als üblich zu bekommen, sollte dennoch nicht unterschätzt werden.

Insbesondere für tarifgebundene Unternehmen spricht einiges dafür, statt der nächsten regulären Gehaltserhöhung Anwesenheitsprämien einzuführen. Allerdings ist die Maßnahme gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmt, sodass sie durch den Betriebsrat mitgetragen werden muss. Hier liegt die entscheidende Herausforderung bei der Einführung.

2. Gewährt der Arbeitgeber mehr Urlaubstage, als er gesetzlich muss (der Mindesturlaub beträgt 20 Tage bei einer Fünf-Tage-Woche), kann er den weitergehenden Urlaubsanspruch unter Bedingungen stellen. Eine solche Bedingung kann auch eine bestimmte Zahl von Krankheitstagen sein. Auf diese Weise lassen sich **Krankheitstage von den Urlaubstagen in Abzug bringen**. So kann der Arbeitgeber mit seinen Mitarbeitern z.B. vereinbaren, dass diese fünf Tage Urlaub jeweils am 01.01. und am 01.07. erwerben, allerdings für jeden Krankheitstag im vorangegangenen Halbjahreszeitraum ein viertel Urlaubstag hiervon abgezogen wird.

Voraussetzung ist allerdings eine vertragliche Vereinbarung mit den Mitarbeitern. Bei der Formulierung der maßgeblichen Klauseln ist in besonderer Weise auf Transparenz und Klarheit zu achten, sonst halten diese einer AGB-Kontrolle nicht stand (BAG, Urteil vom 15.10.2013, Az. 9 AZR 374/12). Nach h.M. ist außerdem die Grenze des § 4a EFZG zu beachten, sodass die Urlaubskürzung nicht mit einer weitergehenden Anwesenheitsprämie kombiniert werden kann und maximal ein viertel Urlaubstag pro Krankheitstag abgezogen werden darf. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates besteht nach h.M. nicht.

3. Sinnvoll sind betriebliche Regelungen, nach denen die **Krankmeldung persönlich und telefonisch beim Vorgesetz-**

ten erfolgen muss. Um die Hemmschwelle weiter zu erhöhen, kann auch der übergeordnete Vorgesetzte als allein zuständiger Ansprechpartner definiert werden. Zwar muss im Telefongespräch die Art der Krankheit nicht offengelegt werden. Allerdings kann und sollte der Vorgesetzte verlangen, dass der Arbeitnehmer die voraussichtliche Dauer der Krankheit prognostiziert (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG). Erfahrungsgemäß haben die meisten Arbeitnehmer einige Hemmungen, erfundene Krankheiten in einem mündlichen Gespräch gegenüber Vorgesetzten zu behaupten, insbesondere, wenn sie darüber hinaus deren Dauer prognostizieren müssen.

Diese Regelungen müssen allerdings auch durchgesetzt werden. Sobald Unternehmen es dulden, dass sich Arbeitnehmer mittelbar über Kollegen oder per WhatsApp krank melden, erhöht sich die Zahl der Krankmeldungen regelmäßig. Geschieht dies trotz eindeutiger Anordnung, kann das Unternehmen dieses Verhalten jedoch abmahnen.

Nach h.M. ist die Frage, welcher Mitarbeiter für die Entgegennahme von Krankmeldungen zuständig ist, nicht mitbestimmungspflichtig. Der Arbeitgeber kann hier also ohne Beteiligung des Betriebsrats tätig werden. Im Übrigen können Mitbestimmungsrechte bestehen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG).

4. Gegenüber einzelnen Mitarbeitern, die durch unglaubliche Kurzzeiterkrankungen auffallen (z.B. regelmäßig am Montag), kann das Unternehmen **anordnen**, dass diese **schon für den ersten Tag der Krankheit eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen** müssen. Dies ist zum einen ein wertvolles Signal, dass solch ein Verhalten nicht geduldet wird. Zum anderen erscheint der freie Krankheitstag weniger attraktiv, wenn er im Wartezimmer eines Arztes verbracht werden muss.

Sofern die Anordnung nur gegenüber einzelnen Mitarbeitern erfolgt, ist sie nicht mitbestimmt, da es an einem kollektiven Bezug mangelt. Erst wenn die Anordnung als generelle Regelung gegenüber Mitarbeitergruppen erfolgt, ergibt sich ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Von einer generellen Vorlagepflicht schon am ersten Krankheitstag ist ohnehin abzuraten: Die Erfahrung zeigt, dass Ärzte mit Vorliebe gleich für die ganze Woche krank-

schreiben, selbst wenn der Mitarbeiter von sich aus schon am nächsten Arbeitstag wieder zur Arbeit erschienen wäre.

5. Sind Mitarbeiter länger als sechs Wochen im Jahr krank, ist das Unternehmen gesetzlich dazu verpflichtet, ein **betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)** durchzuführen (§ 167 Abs. 2 SGB IX). Tut das Unternehmen dies nicht, sind an den Pflichtenverstoß zwar keine unmittelbaren gesetzlichen Sanktionen geknüpft. Dennoch sind BEM-Verfahren sachlich ausgesprochen sinnvoll, um in einem förmlichen Rahmen die Hintergründe der Krankheit aufzuklären und Lösungswege zu finden. Gegenstand des BEM-Verfahrens ist dabei schwerpunktmäßig die Frage, was der Mitarbeiter selbst tun kann, um seinen Gesundheitszustand zu verbessern, während dem Unternehmen typischerweise nur eine Unterstützerrolle zukommt. Die Durchführung des BEM ist in jedem Fall besser als die Alternative, ständige Krankheiten eines Mitarbeiters einfach zu ignorieren – und die Vorbildwirkung gegenüber Kollegen hinzunehmen.

Bessert sich die Anwesenheitsquote des Mitarbeiters über Jahre (mindestens drei) nicht und lässt sich auch im BEM-Verfahren keine Lösung finden bzw. lehnt der Mitarbeiter die Teilnahme am BEM ab, kommt eine **krankheitsbedingte Kündigung** in Betracht.

Gern unterstützen wir Sie bei der Umsetzung dieser Maßnahmen.



## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Kühne  
+49 (0) 221 650 65-129  
jonas.kuehne@loschelder.de



Farzan Daneshian  
+49 (0) 221 65065-263  
farzan.daneshian@  
loschelder.de

## Impressum

**LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE**

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de