

# **Fürsorgepflicht des Arbeitgebers Wie weit geht sie? Wo hört sie auf?**

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Dr. Jörn Hülsemann, Hameln**

- Verpflichtung des Arbeitgebers,
  - seine Rechte aus dem Arbeitsverhältnis so auszuüben und
  - die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so zu wahren,
  - wie dies unter Berücksichtigung der Belange des Betriebes
  - und der Interessen der gesamten Belegschaft
  - nach Treu und Glauben billigerweise möglich ist.
  
- Wichtigste Nebenpflicht des Arbeitgebers
  
- Gegenstück zur Treuepflicht des Arbeitnehmers

- § 241 II BGB
- §§ 617-619, insbesondere § 618 BGB
- §§ 1ff, insbesondere § 12 AGG
- § 62 HGB
- § 14 BBiG
- §§ 32ff JArbSchG
- § 12ff HeimArbG
- § 4 ArbSchG
- ...sowie diverse Rechtsverordnungen zum Arbeitsschutzrecht

- Die Fürsorge beginnt vor Begründung des Arbeitsverhältnisses, besteht während des Arbeitsverhältnisses und endet mit dessen Ende nicht.
- Vor Beginn sind Ausprägungen
  - Die Pflicht zur Rücksendungen von Bewerbungsunterlagen
  - Hinweispflichten auf besondere Leistungsanforderungen
- Nach dem Ende sind Ausprägungen
  - Der Zeugnisanspruch
  - Der Wiedereinstellungsanspruch
  - Auskunftspflichten gegenüber Behörden (Arbeitsbescheinigung usw.)

- Die Arbeitnehmerin fordert den Arbeitgeber auf, zur Vermeidung „amtlicher Hilfe“ das zweimal als Entwurf übersandte Zeugnis zu übersenden.
- In einem Vergleich wurde ihr zuvor zugestanden, „einen Entwurf zu erstellen, von dem der Arbeitgeber nur aus guten Grund abweichen darf“
- Der Entwurf des Arbeitszeugnisses enthält aber teilweise unvollständige Sätze sowie zahlreiche Rechtschreib- und Interpunktionsfehler.
- Der Arbeitgeber stellt das Zeugnis so aus.
  - ArbG Lübeck, Urteil vom 09.06.2016 – 1 Ca 643/16

- Je umfangreicher die Einwirkungsmöglichkeit des Arbeitgebers kraft seines Direktionsrechts ist, desto weitergehender sind die Fürsorgeverpflichtungen.
- Soweit eine normative Regelung besteht, scheidet ein Rückgriff auf die allgemeine Fürsorgepflicht aus.
- Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, über die gesetzlichen oder tariflichen Bestimmungen hinaus zusätzliche Sozialleistungen zu erbringen.
  - BAG, Urteil vom 15.11.2005 - 9 AZR 209/05

- Bei der Haftung des Arbeitnehmers gibt es u.a. wegen der Fürsorgepflicht eine Haftungserleichterung.
  - Im Rahmen der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs besteht die Obliegenheit zum Abschluss einer Kaskoversicherung für das Kraftfahrzeug. Im Schadensfall muss der Arbeitgeber sich so behandeln lassen, als habe er eine derartige Versicherung abgeschlossen.
- Daneben besteht eine Haftung für eingebrachte Sachen des Arbeitnehmers.
  - Obhuts- und Verwahrungspflicht, wenn der Arbeitnehmer nicht selbst Vorsorge treffen kann

- Pflicht des Arbeitgebers, die Lohnsteuer richtig zu berechnen und abzuführen.
- Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer aber nicht einzelfallbezogen gezielt auf etwaige steuerliche Nachteile hinweisen, die sich aus der beabsichtigten Besteuerung nach der Lohnsteuerkarte ergeben könnten
  - BAG, Urteil vom 13.11.14 – 8 AZR 817/13.



- Er muss den ArbN allerdings nicht von sich aus auf den gesetzlichen Anspruch auf Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG hinweisen.
  - BAG, Urteil vom 21.01.14 – 3 AZR 807/11
- Im Einzelfall kann der Arbeitgeber verpflichtet sein, die Kosten einer anwaltlichen Vertretung des Arbeitnehmers zu übernehmen, die diesem aufgrund einer leichtfertigen Strafanzeige des Arbeitgebers entstanden sind
  - ArbG Köln, Urteil vom 06.11.14 – 11 Ca 3817/14.

# Sonderfall Ausschlussfrist?

- Die Berufung des Arbeitgebers auf die Ausschlussfrist des § BAT § 70 BAT verstößt nicht allein deswegen gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), weil er dem Arbeitnehmer eine unzutreffende Auskunft über das Bestehen seines Anspruchs gegeben hat.
  - BAG, Urteil vom 22.01.1997 - 10 AZR 459/96
- Der Arbeitgeber durfte daher zur Ausschlussfrist erst recht schweigen.

- Der Ablauf einer [...] Ausschlussfrist führt nach § 242 BGB nicht zum Verfall von Ansprüchen des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber es pflichtwidrig unterlassen hat, dem Arbeitnehmer Umstände mitzuteilen, die die Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs innerhalb der Ausschlussfrist ermöglicht hätten.
- Zu einer solchen Mitteilung ist der Arbeitgeber aufgrund der ihm obliegenden Fürsorgepflicht verpflichtet, wenn er [...]
- Urteil vom 29.04.2016 - 10 Sa 1033/15

- Regelungen zum Umgang des Arbeitgebers mit der Personalakte und Einsichtsrecht des Arbeitnehmers
  - Entfernungsanspruch bei unberechtigten Abmahnungen
  - Anspruch auf Beifügung einer Gegendarstellung
- Anhörung und Unterrichtung des Arbeitnehmers über seine Stellung und berufliche Entwicklung im Betrieb
- Urlaubsgewährung
- Bezahlte oder unbezahlte Freistellung des Arbeitnehmers bei besonderen persönlichen Anlässen

# Urlaubsgewährung aus Fürsorge?

- Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Urlaubsanspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz von sich aus zu erfüllen. Dies ergibt sich daraus, dass der gesetzliche Urlaubsanspruch dem Gesundheitsschutz der Beschäftigten dient und arbeitsschutzrechtlichen Charakter hat.
- Für das Arbeitsschutzrecht ist anerkannt, dass der Arbeitgeber seinen Pflichten zum Gesundheitsschutz auch ohne vorherige Aufforderung nachzukommen hat [...] ...Fürsorgegesichtspunkte...
  - LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.6.2014 – 21 Sa 221/14

# Nein: aufgrund Europarechts!

---

- Das Unionsrecht gebietet [...], dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Urlaubsanspruch von sich aus auch ohne ein Urlaubsverlangen des Arbeitnehmers zu erfüllen.
- Für die Jahre 2012 und 2013 scheidet ein dementsprechender Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers aber wegen der ständigen gegenteiligen Rechtsprechung des BAG am Verschulden des Arbeitgebers.
  - LAG Köln, Urteil vom 22.4.2016 – 4 Sa 1095/15
  - Revision beim BAG ist eingelegt unter 9 AZR 423/16

# wirklich: aufgrund Europarechts!

- Entgegen der bisherigen Rechtsprechung [...] besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Schadensersatz [...] bereits dann, wenn er seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist, dem Arbeitnehmer von sich aus rechtzeitig Urlaub zu gewähren.
- Dies folgt aus der Auslegung des BUrlG unter Berücksichtigung des Art. 7 der Richtlinie 003/88/EG („Arbeitszeitrichtlinie“).
- Dem Anspruch des Klägers steht so nicht entgegen, dass er keinen Urlaub beantragt hat.
  - LAG München, Urteil vom 06.05.2015, 8 Sa 982/14

- Steht die ArbZeitRiLi § 7 BUrlG entgegen, der als Modalität für die Wahrnehmung des Anspruchs auf Erholungsurlaub vorsieht, dass der Arbeitnehmer unter Angabe seiner Wünsche bezüglich der zeitlichen Festlegung des Urlaubs diesen beantragen muss, damit der Urlaubsanspruch am Ende des Bezugszeitraums nicht ersatzlos untergeht und die den Arbeitgeber damit nicht verpflichtet, von sich aus einseitig und für den Arbeitnehmer verbindlich die zeitliche Lage des Urlaubs innerhalb des Bezugszeitraums festzulegen?
- Falls die Frage bejaht wird: Gilt dies auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen Privatpersonen bestand?
- BAG, Vorlagebeschluss v. 13.12.2016 – 9 AZR 541/15 (A)



- Ein Anspruch auf bezahlte Freistellung kann sich aus § 616 BGB als Ausprägung der Fürsorge ergeben.
- § 616 BGB ist – ganz oder teilweise – abdingbar.
  
- Muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer für einen Arztbesuch freistellen?
  - Soll Arbeitsunfähigkeit festgestellt werden?
  - Handelt es sich um einen Prophylaxetermin?
  - Hat der Arbeitnehmer zuvor gearbeitet?
  - Hat der Arzt andere Termine frei?

- Wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist, greifen die Spezialnormen des EFZG.
- Arbeitsunfähig  $\neq$  Krank!
  - Zur Wiederholung: es muss eine Monokausalität zwischen der Erkrankung und der Unfähigkeit, die geschuldeten Dienste zu leisten, bestehen. Diese muss attestiert werden.
- Wenn die Arbeitsunfähigkeit erst im Lauf des begonnenen Arbeitstages eintritt, ist abzuwägen, ob der ganze Tag bescheinigt, oder angezeigt werden soll.

- Der Erstattungsanspruch des Arbeitgebers kann nicht von der Vorlage ärztlicher Bescheinigungen über die Arbeitsunfähigkeit oder über die Voraussetzungen für ein Beschäftigungsverbot abhängig gemacht werden.
  - Weder aus § 5 noch aus sonstigen Vorschriften des LFZG ergibt sich ein Anhaltspunkt dafür, dass die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung über Arbeitsunfähigkeit zu den Voraussetzungen des Lohnfortzahlungsanspruchs gehört.
  - Die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit ist nicht Voraussetzung des Erstattungsanspruchs nach § 10 LFZG.
  - BSG, Urteil vom 09.09.1981 - 3 RK 51/80

# Aber: Mitwirkungspflichten!

- Bei der Geltendmachung des Erstattungsanspruchs sind die notwendigen und erforderlichen Angaben zur Bearbeitung des Ausgleichsanspruchs zu machen, da ansonsten gem. § 4 Abs. 1 AAG die Erstattung im Einzelfall versagt werden kann.
- Welche Angaben im Einzelnen erforderlich sind, bestimmt die für den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen zuständige Krankenkasse.
  - Feichtinger/Malkmus, Entgeltfortzahlungsrecht, § 2 AAG Rn. 5-9 m.w.N.

- Freistellung, wenn der Arztbesuch aus medizinischen Gründen während der Arbeitszeit notwendig ist.
  - Das Verlangen des Arbeitnehmers, seine Arbeit unterbrechen zu dürfen, muss höher als seine Vertrags- bzw. Treuepflicht sein.
  - Der Arbeitnehmer muss hinsichtlich seines Gesundheitszustandes in einen nicht anders zu lösenden Konflikt mit seiner Arbeitspflicht geraten.
- Hier sollte eine entsprechende ärztliche Bescheinigung eingefordert werden.

- Notwendig ist ein Arztbesuch wenn es sich um eine während der Arbeitszeit plötzlich aufgetretene Erkrankung (z.B. Kreislaufschwäche, Gallenkolik) handelt, die umgehend einer ärztlichen Untersuchung und/oder Behandlung bedarf.
- Keine Notwendigkeit hingegen bei Besuchen
  - zum Zwecke einer allgemeinen Untersuchung
  - wegen einer latenten Krankheit oder
  - wegen um sich ein Gesundheitszeugnisses.

# Es gab keinen anderen Termin...

- Notwendigkeit während der Arbeitszeit besteht wenn der Arzt den Arbeitnehmer zu einer Untersuchung oder Behandlung in seine Praxis bestellt und der Arbeitnehmer auf die Termingestaltung keinen Einfluss nehmen kann.
- Auch hier sollte der Arbeitgeber eine entsprechende Bescheinigung des Arztes verlangen.
- Der Arbeitgeber darf aber nicht auf einen anderen Arzt zur Untersuchung oder Behandlung außerhalb der Arbeitszeit verweisen. Es gilt die freie Arztwahl.

# Freistellung für den Zahnarzt?

---

- Es gelten die Regeln wie beim Arztbesuch.
- Es reicht nicht aus, dass ein Arbeitnehmer eine Plombe aus einem Zahn verliert. Erst wenn etwa plötzlich ein heftiger Zahnschmerz hinzutritt, kann das Erfordernis einer sofortigen zahnärztlichen Behandlung bejaht werden.
  - Brill: Arztbesuche während der Arbeitszeit NZA 1984, 281
- Eine Zahnreinigung oder eine andere Prophylaxe ist daher kein Freistellungsgrund.



# Freistellung für Heilbehandlungen?

- Massagen, Bäder, Inhalationen usw., die von Angehörigen der Heilhilfsberufe ausgeführt werden, können unter § 616 I 1 BGB fallen.
- Freistellung eher unnötig, da die medizinischen Massagepraxen, Badeanstalten usw. üblicherweise auch zu Zeiten geöffnet sind, die außerhalb der Arbeitszeit liegen.
- Wegen der längeren zeitlichen Behandlungsräume erhöhte Rücksichtnahme des Arbeitnehmers.

- So gut wie alle Arbeitsschutzbestimmungen sind Ausprägungen der arbeitgeberseitigen Fürsorge.
- Diese basiert wesentlich auf § 618 BGB.
- Den Vorschriften des technischen Arbeitsschutzes kommt insoweit eine Doppelwirkung zu, als Schutzpflichten über § 618 I BGB in das einzelne Arbeitsverhältnis hineinwirken. Sie begründen dann [...] eine privatrechtliche Verpflichtung, die der Arbeitgeber gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer zu erfüllen hat.
  - BAG, Urteil vom 12. 8. 2008, 9 AZR 1117/06.

- § 3 Abs. 1 verpflichtet den Arbeitgeber, auf der Grundlage der Gefährdungsbeurteilung für eine angemessene arbeitsmedizinische Vorsorge zu sorgen.
- Hierzu gehört es, dass die Beschäftigten ihre Ansprüche auf arbeitsmedizinische Vorsorge kennen.
- Der Arbeitgeber hat neben den Vorschriften der Verordnung einschließlich des Anhangs die nach § 9 Abs. 4 bekannt gemachten Regeln und Erkenntnisse zu beachten.

# Und das Vorsorgeergebnis?

---

- Über das Ergebnis der arbeitsmedizinischen Vorsorge berät der Betriebsarzt den Arbeitnehmer.
- Dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer ist eine Vorsorgebescheinigung auszustellen, dass, wann und aus welchem Anlass ein arbeitsmedizinischer Vorsorgetermin stattgefunden hat.
- Die Ergebnisse einer Vorsorge/Untersuchung erfährt der Arbeitgeber nicht vom Betriebsarzt!
- Es liegt beim Arbeitnehmer, ob er den Arbeitgeber informiert.

- Eignungsuntersuchungen sollen die Tauglichkeit eines Bewerbers/Arbeitnehmers für einen konkreten Arbeitsplatz sicherstellen.
- Sie sind – bis auf Ausnahmen (FeV, JArbSchG) – nicht gesetzlich angeordnet.
- Die „G-Grundsätze“ der DGUV können nicht als Vorgabe für eine Eignungsuntersuchung verstanden werden.
- Diese Untersuchungen unterfallen nicht der ArbMedVV.

# Eignungsuntersuchungen (2)

---

- Keine konkludente Einwilligung des AN.
- Der AG darf aber seine Rückschlüsse aus der Reaktion des Arbeitnehmers ziehen.
- Der Arbeitgeber wird Arbeitnehmer nicht einsetzen können, wenn sich diese nicht untersuchen lassen.
- Die Folgefragen (Vergütungsanspruch, Kündigung) lassen sich mit dem üblichen arbeitsrechtlichen „Werkzeugen“ lösen.

- Was macht der Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer ihm das Ergebnis einer Pflichtvorsorge oder einer Eignungsuntersuchung nicht mitteilt?
  - Abmahnung
  - Kein Einsatz
  - Kein Entgelt
- Und dann? Klage des Arbeitnehmers, bei der dann überprüft wird, ob der Arbeitgeber die Untersuchung anordnen durfte!

# Fürsorge gegen sich selbst?

- Hat der Arbeitnehmer nicht auch eine Fürsorgepflicht sich selbst gegenüber?
  - Ja, man kann ihm im EFZG ggf. den Vorwurf des „Verschuldens gegenüber sich selbst“ machen.
- Kann ich ihn z.B. auffordern, „mal abzuspecken“?
  - Nein.
- Auch dann nicht, wenn ich ihn in der Arbeitszeit zum Gesundheitskurs der IKK schicke?
  - Nein.





Diplom-Verwaltungswirt (FH)  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **Dr. Jörn Hülsemann**

**Anwaltshaus seit 1895**

Ostertorwall 9

31785 Hameln

Telefon: (05151) 9477-21

Telefax: (05151) 9477-66

[www.anwaltshaus-1895.de](http://www.anwaltshaus-1895.de)

[jh@anwaltshaus-1895.de](mailto:jh@anwaltshaus-1895.de)