

# **„Blaumacher“ erkennen und richtig reagieren – wie soll das gehen?**

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Dr. Jörn Hülsemann, Hameln**

# Worüber reden wir?

---

- Der „blaue Montag“ ist – so Wikipedia – eine Bezeichnung für den arbeitsfreien Montag.
- „Blaumachen“ meint umgangssprachlich Müßiggang im Allgemeinen oder Absentismus im Berufsleben.
- Die Bezeichnung entstammt wohl der Sitte, an Montagen in der Fastenzeit die Kirchen mit blauem oder violetterm Tuch zu schmücken.
- Rechtlich werten wir das „Blaumachen“ als Vortäuschen einer in Wahrheit nicht bestehenden Arbeitsunfähigkeit.

# Mögliche Schäden des Arbeitgebers

- Entgeltfortzahlung
- Nicht verfallende Urlaubansprüche
- Bei (behaupteten) betrieblichem Zusammenhang (Arbeitsunfall) ggf. höherer Beitrag bei der Berufsgenossenschaft
- Einsatz teurer Ersatzkräfte (Zeitarbeit, Überstunden)
- Risiko von Vertragsstrafen bei Lieferverzug
- Belastung gesunder Arbeitnehmer durch die zusätzlich zu verteilende Arbeit

- (Rückkehr-)Gespräch mit dem Mitarbeiter
- Gespräche mit den Kollegen
- Krankenbesuch
- Frühe(re)s Verlangen der AU-Bescheinigung
- Information an den Arzt
- Ausübung des Direktionsrechts
- Einschaltung MDK
- Detektive
- Technische Überwachungsmittel
- Internet- und Zeitungsauswertung
- Zahlungen einstellen

- Grundsatz: Arbeitnehmer sind nicht verpflichtet, Einzelheiten (Diagnosen usw.) etwas über die Krankheit mitzuteilen.
- Der Arbeitgeber ist mitunter gesetzlich sogar zu solchen Gesprächen verpflichtet: § 84 SGB IX => BEM.
- Bei systematischen Krankenrückkehrgesprächen hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht, § 87 I 1 BetrVG.
- Teilt der Arbeitnehmer Einzelheiten mit, kann überprüft werden, ob eine sichere ärztliche Diagnose möglich war – oder ob es sich um typische, für den Arzt schwer diagnostizierbare „Blaumacher-Krankheiten“ handelt.
  - Kopf-, Rücken-, Bauchschmerzen oder ähnliche Befindlichkeiten

- Bei häufigem „Blaumachen“ kann sich bei Kolleginnen und Kollegen das Gefühl aufbauen, ausgenutzt zu werden.
- In diesen Fällen lassen sich daher oft wertvolle Informationen über den „arbeitsunfähigen“ Arbeitnehmer einholen. Dies gilt auch für das Umfeld des erkrankten Arbeitnehmers.
- Die Kollegen-Befragung ist auch in anderer Hinsicht zweckmäßig: Sie signalisiert, dass die Arbeitsunfähigkeit vom Arbeitgeber nicht einfach hingenommen, sondern überprüft wird.

- Arbeitgeber können einen Krankenbesuch beim Arbeitnehmer machen.
- Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, mit den Besuchern zu reden oder seine Krankheit zu offenbaren.
- Er muss auch keinen Zutritt zur Wohnung bzw. zum Grundstück gestatten.
- Kein generelles Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Kranken(kontroll)besuchen!
  - LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 29. 6. 2006 - 11 TaBV 43/05, NZA-RR 2007, 417

- Der Arbeitgeber darf die Frist zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung abkürzen.
- Arbeitnehmer können so verpflichtet werden, bereits ab dem ersten Krankheitstag der angeblichen Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen.
- Die Ausübung dieses Rechts steht im Ermessen des Arbeitgebers, das nicht an besondere Voraussetzungen gebunden ist.
  - BAG, Urteil vom 14.11.2012 – 5 AZR 886/11, ArbR Aktuell 2012, 582
- Als generelle Regelung bedarf diese Anweisung der Zustimmung des Betriebsrats.
- Halten Sie diese Regelung für sinnvoll?



- Der Arbeitgeber kann den Arzt über die näheren Umstände der Arbeit informieren.
- Dies schützt auch den Arzt...
  - § 106 Abs. 3a SGB V sieht eine Schadensersatzpflicht des Arztes gegenüber dem Arbeitgeber und der Krankenkasse in dem Fall vor, dass dieser die Arbeitsunfähigkeit grob fahrlässig oder vorsätzlich attestiert, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen.
  - Die wissentliche Ausstellung falscher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erfüllt zudem den Straftatbestand des § 278 StGB.

## Richtlinie



Gemeinsamer  
Bundesausschuss

**des Gemeinsamen Bundesausschusses  
über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und  
die Maßnahmen zur stufenweisen  
Wiedereingliederung  
nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V**

**(Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie)**

in der Fassung vom 14. November 2013  
veröffentlicht im Bundesanzeiger AT 27.01.2014 B4  
in Kraft getreten am 28. Januar 2014

## ➤ § 2 Definition und Bewertungsmaßstäbe

- (1) 1 Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der Versicherte auf Grund von Krankheit seine zuletzt vor der Arbeitsunfähigkeit ausgeübte Tätigkeit nicht mehr oder nur unter der Gefahr der Verschlimmerung der Erkrankung ausführen kann. Bei der Beurteilung ist darauf abzustellen, welche Bedingungen die bisherige Tätigkeit konkret geprägt haben. Arbeitsunfähigkeit liegt auch vor, wenn auf Grund eines bestimmten Krankheitszustandes, der für sich allein noch keine Arbeitsunfähigkeit bedingt, absehbar ist, dass aus der Ausübung der Tätigkeit für die Gesundheit oder die Gesundheit abträgliche Folgen erwachsen, die Arbeitsunfähigkeit unmittelbar hervorrufen.

- § 2 Definition und Bewertungsmaßstäbe
  - (5) Die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit setzt die Befragung des Versicherten durch den Arzt zur aktuell ausgeübten Tätigkeit und den damit verbundenen Anforderungen und Belastungen voraus. Das Ergebnis der Befragung ist bei der Beurteilung von Grund und Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu berücksichtigen. Zwischen der Krankheit und der dadurch bedingten Unfähigkeit zur Fortsetzung der ausgeübten Tätigkeit muss ein kausaler Zusammenhang erkennbar sein.

- § 5 Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit und Entgeltfortzahlung
  - (3) Die Arbeitsunfähigkeit soll für eine vor der ersten Inanspruchnahme des Arztes liegende Zeit grundsätzlich nicht bescheinigt werden. Eine Rückdatierung des Beginns der Arbeitsunfähigkeit auf einen vor dem Behandlungsbeginn liegenden Tag ist ebenso wie eine rückwirkende Bescheinigung über das Fortbestehen der Arbeitsunfähigkeit nur ausnahmsweise und nur nach gewissenhafter Prüfung und in der Regel nur bis zu zwei Tagen zulässig.

- Weisen Sie dem Arbeitnehmer Aufgaben zu, die er nach der ausführlichen, den Richtlinien entsprechenden Bescheinigung verrichten kann.
- Fragen Sie Ihren Arbeitnehmer, mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.
- So setzen Sie zudem die Vorgabe um, ein betriebliches Eingliederungsmanagement zu betreiben, § 84 II SGB IX.
  
- Es geht nicht um die dem Arbeitsrecht fremde „Teilarbeitsunfähigkeit“!
  - dazu ErfK/Reinhard, § 3 EFZG Rn. 12 und BAG, Urteil vom 29.01.1992 - 5 AZR 37/91, NZA 1992, 643

- Bei Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit sollte der Medizinische Dienst der Krankenkasse eingeschaltet werden, § 275 SGB V. Zweifel bestehen u.a.:
- bei häufigen Kurzerkrankungen
  - bei Erkrankungen zum Beginn/Ende der Woche
  - bei Bescheinigungen auffällig gewordener Ärzte
  - bei häufig wechselnden Ärzten oder Krankheiten
  - bei Rückdatierung von AU-Bescheinigungen
  - bei fachfremden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen
  - bei erheblichen körperlichen Aktivitäten
  - bei Ausübung einer Nebentätigkeit
  - bei Erledigung privater umfangreicher Angelegenheiten

- Arbeitgeber sollten eine zeitnahe, tatsächliche Untersuchung durch einen Arzt des MDK verlangen.
- Weisen Sie die Krankenkasse darauf hin, dass Sie die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit kennen und mit dem attestierenden Arzt schon gesprochen oder korrespondiert haben.
- Bestehen Sie im auf einem ablehnenden Bescheid der Krankenkasse, gegen den Sie dann auch Widerspruch einlegen.
- Notieren Sie die Frist zur Untätigkeitsklage.



- Bei Vorliegen dringender Verdachtsmomente ist die Überwachung von Arbeitnehmern gerechtfertigt.
  - Wenn Detektive, dann richtige: keine Studenten vom Arbeitsservice der Arbeitsagentur!
  - Angesichts der Kosten ist abzuwägen, ob sich der Einsatz von Detektiven lohnt.
- Der Arbeitnehmer ist zur Erstattung angemessener Detektivkosten verpflichtet, wenn der Einsatz aufzeigt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitsfähig ist. Erstattungsfähig sind jedoch nur solche Detektivkosten, die Tatsachen aufgedeckt haben, die den Verdacht auch tatsächlich gestützt haben.
  - BAG, Urteil vom 26.09.2013 – 8 AZR 1026/13, ArbR Aktuell 2014, 133

- Ein Arbeitgeber, der wegen des Verdachts einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit einem Detektiv die Überwachung eines Arbeitnehmers überträgt, handelt rechtswidrig, wenn sein Verdacht nicht auf konkreten Tatsachen beruht.
- Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann einen Schmerzensgeldanspruch des AN begründen.
  - BAG, Urteil vom 19.02.2015– 8 AZR 1007/13, ArbRAktuell 2015, 151

- Arbeitgeber können selber technische Geräte überprüfen und Aussagen des Arbeitnehmers so einer Plausibilitätskontrolle zuführen.
  - Wo befand sich ein dem Arbeitnehmer überlassenes Dienstfahrzeug während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit?
  - Wo wurde getankt oder geparkt?
  - Wurde der Arbeitnehmer auswärts „geblitzt“?
- Hier ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 I 6 BetrVG zu beachten.

- Werten Sie die Tageszeitung aus!
  - Hat der Mittelstürmer des FC Süderschnedebühl, der nebenbei Ihr Lagerist ist, wieder ein Tor geschossen?
  
- Was ist dem Internet zu entnehmen?
  - Twittet Ihr Arbeitnehmer munter wie Sigmar Gabriel?
  - Berichtet er auf Facebook über seine Krankheit?
  - Gibt es neue, lustige „Partyfotos“?

- Der Arbeitgeber kann die Zahlungen an den Arbeitnehmer einstellen.
  - Die Steuer und zumindest die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung sollten vorsorglich gezahlt werden.
- Der Arbeitnehmer muss dann im Prozess seine Arbeitsunfähigkeit beweisen.
- In der Regel wird der Arbeitnehmer zunächst die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen.
- Sodann muss der Arbeitgeber Zweifel an der Richtigkeit dieser Bescheinigung darlegen.

# und wenn das nicht hilft... (1)

- Bei verspäteter Meldung der Arbeitsunfähigkeit oder verspäteter Vorlage der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen: Abmahnung!
- Verlängerungen der Arbeitsunfähigkeit sind hinsichtlich der unverzüglichen Meldung und Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung entsprechend zu behandeln.
- Die Pflicht, den Arbeitgeber über die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliches Ende zu unterrichten, endet nach der sechswöchigen Entgeltfortzahlungsverpflichtung nicht.
  - Hilfreich: Notzon, Krankmeldung und Abmeldepflichten – Pflichten des Arbeitnehmers im Krankheitsfall, öAT 2014, 134

# und wenn das nicht hilft... (2)

- Nach Abmahnung kann auch eine außerordentliche oder ordentliche verhaltensbedingte Kündigung in Betracht kommen.
- Aber: Der Arbeitgeber hat insoweit die volle Darlegungs- und Beweislast für den Kündigungsgrund.
- Der Arbeitgeber muss demnach beweisen, dass der Arbeitnehmer in Wahrheit tatsächlich arbeitsfähig war.
- Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss daher nachhaltig in ihrem Beweiswert erschüttert werden.
  - Grobys/Panzer-Modderegger, StichwortKommentar Arbeitsrecht, „Arbeitsunfähigkeit“ Rn. 22ff
  - BAG, Urteil vom 13. 2. 2002 - 5 AZR 588/00, NZA 2002, 738

# Den Beweiswert erschüttern?

- Zweifelt der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers an, muss tatsächliche Umstände darlegen und beweisen, die ernsthafte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit begründen.
- Vorliegend bestehen mit Blick auf die detailliert vorgetragene und unstrittige „Testbesuche“ der Arbeitnehmer der Beklagten, die, sobald sie auf die Beschäftigung bei der Bekl. oder andere Arbeitnehmer der Bekl. verwiesen, ohne jede Untersuchung krankgeschrieben wurden, ernsthafte und begründete Zweifel daran, dass die Arbeitsunfähigkeit des Kl. tatsächlich vorgelegen hat.
  - ArbG München, Urt. v. 18.9.2014, 22 Ca 11325/13, NZA-RR 2014, 635 (nicht rechtskräftig)



# Wie entstehen „Blaumacher“?

- Das „Blaumachen“ kann Ausdruck von Unzufriedenheit des Arbeitnehmers sein. Es lohnt sich daher, die Rückmeldungen aus den Gesprächen mit dem AN oder den Kollegen auf Konfliktpotential im Betrieb auszuwerten.
- Wurde der AN zuvor bei internen Maßnahmen im Betrieb ~~übergangen~~ nicht berücksichtigt?
- Ergeben sich aus der Gefährdungsbeurteilung Anhaltspunkte dafür, dass Krankheiten durch die Arbeit hervorgerufen sein können?



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)