

# Jagd auf Kranke

**KRANKENRÜCKKEHRGESPRÄCHE** *In vielen Betrieben gibt es Gespräche, wenn Mitarbeiter immer wieder krank sind. Das dient oft zur Vorbereitung der Kündigung. Der Betriebsrat muss beteiligt werden.*

VON GUNNAR HERGET

Im Rahmen von Krankenrückkehrgesprächen werden Beschäftigte durch den Arbeitgeber nach Beendigung einer Arbeitsunfähigkeit – oder auch schon während der fortdauernden Arbeitsunfähigkeit – nach den Ursachen ihrer Erkrankung sowie der Arbeitsunfähigkeit befragt. Diese Krankenrückkehrgespräche sind gesetzlich nicht geregelt. Sie sind zu unterscheiden vom betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX. Letzteres soll dazu dienen, mögliche betriebliche Ursachen einer Erkrankung zu erkennen und abzustellen. Zu einem solchen Verfahren ist aufgrund der gesetzlichen Vorschriften die Schwerbehindertenvertretung und, sofern von dem betroffenen Beschäftigten gewünscht, der Betriebsrat hinzuzuziehen. Durch das betriebliche Eingliederungsmanagement soll, so das Gesetz, die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und es soll festgestellt werden, mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

## Als Disziplinierungsinstrument genutzt

Krankenrückkehrgespräche, für die es keine gesetzlichen Vorgaben gibt, werden hingegen häufig dazu genutzt, „Jagd auf Kranke“<sup>1</sup> zu machen. Sie dienen oft der Vorbereitung konkreter Personalmaßnahmen wie beispielsweise krankheitsbedingten Kündigungen<sup>2</sup>. Anknüpfungspunkt dieser Gespräche ist somit nicht, wie beim betrieblichen Eingliederungsmanagement, der Betrieb und die möglicherweise dort liegende Ursache für die Krankheit, sondern der Beschäftigte als Person. Das Krankenrückkehrgespräch wird damit zum Disziplinierungsinstrument. Wer-

den Krankenrückkehrgespräche in dieser Form missbraucht, sind solche Gespräche auch für den Arbeitgeber kontraproduktiv. Nach einer Untersuchung der Universität Köln<sup>3</sup> können falsch verstandene oder schlecht durchgeführte Krankenrückkehrgespräche zu einer psychischen Belastung der Beschäftigten und in Folge dessen zu weiteren Krankheitszeiten führen.

## Möglichkeiten der Betriebsräte

Krankenrückkehrgespräche unterliegen der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Danach hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, bei Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Von dem mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhalten ist das reine Arbeitsverhalten zu unterscheiden. Letzteres betrifft alle Regeln und Weisungen, die bei der unmittelbaren Erbringung der Arbeitsleistung selbst zu beachten sind. Das Arbeitsverhalten wird berührt, wenn der Arbeitgeber kraft seiner Organisations- und Leitungsmacht näher bestimmt, welche Arbeiten in welcher Weise auszuführen sind. Nicht mitbestimmungspflichtig sind danach Anordnungen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert wird.<sup>4</sup>

Sofern jedoch verbindliche Verhaltensregeln das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer beeinflussen, handelt es sich um ein mitbestimmungspflichtiges Ordnungsverhalten. An der Gestaltung dieses Ordnungsverhaltens soll

## DARUM GEHT ES

1. Krankenrückkehrgespräche sind gesetzlich nicht geregelt.
2. Sie unterfallen aber nach ständiger Rechtsprechung des BAG dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.
3. Betriebsräte sollten dem Arbeitgeber das Führen von Krankenrückkehrgesprächen ohne ihre Beteiligung untersagen und eine Vereinbarung darüber treffen, wie die Gespräche zu führen sind.

## LINKTIPP

Mehr zum Thema unter [www.verdi-bub.de/p\\_tipp/archiv/kranken-rueckkehrgespraeche/](http://www.verdi-bub.de/p_tipp/archiv/kranken-rueckkehrgespraeche/)

1 Schneider/Zinke, Krankenrückkehrgespräche: Förderung des präventiven Gesundheitsschutzes statt Zwangsmaßnahmen gegenüber Kranken, AiB 2000, 4 ff.

2 LAG München v. 13.2.2014 – 3TaBV 84/13.

3 Krankenrückkehrgespräche: Zur Ambivalenz einer Sozialtechnologie, Gutachten für die Expertenkommission „Betriebliche Gesundheitspolitik“ der Bertelsmann-Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung, Köln, Juni 2002.

4 BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 22/94.

**GUT ZU WISSEN****Was will der Arbeitgeber mit diesen Gesprächen erreichen?**

Ziel des Arbeitgebers ist es, den Krankenstand in der Belegschaft zu senken und damit Kosten zu sparen. Die Informationen aus den Krankenrückkehrgesprächen werden als Druckmittel für die Belegschaft genutzt, aber auch für einzelne betroffene Beschäftigte. Bei einem später beabsichtigten Personalabbau kann dann auf entsprechende Daten zurückgegriffen werden. Krankenrückkehrgespräche können auch dazu dienen, krankheitsbedingte Kündigungen vorzubereiten.

**Welche Rechte hat der Betriebsrat?**

Ohne den Betriebsrat darf der Arbeitgeber solche Krankenrückkehrgespräche nicht durchführen. Nach einer Grundsatzentscheidung des BAG vom 8.11.1994 – 1 ABR 22/94 besteht bei der Führung formalisierter Krankengespräche zur Aufklärung eines überdurchschnittlichen Krankenstandes die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Es geht dabei um das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung und nicht um das Verhalten bei der Arbeitsleistung selbst.

der Betriebsrat über das Mitbestimmungsrecht beteiligt werden.<sup>5</sup>

**Mitbestimmungspflicht des Betriebsrats**

Nach der grundlegenden Entscheidung des BAG aus dem Jahre 1994 ergibt sich die Mitbestimmungspflichtigkeit von Krankenrückkehrgesprächen unabhängig von den Fernzielen, die der Arbeitgeber damit verfolgt. Die Mitbestimmungspflichtigkeit resultiert aus der Art der Durchführung der Krankenrückkehrgespräche. Umstrittener Regelungsgegenstand – so das BAG – ist nicht das „Krankheitsverhalten“, sondern das Verhalten der Arbeitnehmer bei der Führung der Gespräche selbst. Dieses gehört aber nicht unmittelbar zur Erbringung der Arbeitsleistung, sondern ist dem mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhalten zuzurechnen.<sup>6</sup> Werden diese Gespräche in einer generalisierten Art und Weise durchgeführt, handelt es sich auch um einen kollektiven Tatbestand, der einer generellen Regelung zugänglich ist und die Mitbestimmung des Betriebsrats erforderlich macht. Umgekehrt liegt eine mitbestimmungsfreie Individualmaßnahme nur dann vor, wenn das Krankengespräch aus Gründen in der Person eines einzelnen Arbeitnehmers geführt wird, ohne die übrige Belegschaft zu berühren.<sup>7</sup> Es lässt sich also zunächst festhalten, dass formalisierte, nicht nur im Einzelfall geführte Krankenrückkehrgespräche der Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegen.

Sofern der Betriebsrat fürchtet, dass Krankenrückkehrgespräche als Disziplinarmaßnahme genutzt werden, um beispielweise krankheitsbedingte Kündigungen vorzubereiten, sollte er darauf hinwirken, dass derartige Krankenrückkehrgespräche vollständig unterbleiben. Er sollte vielmehr anregen, dass im Betrieb ein ordnungsgemäßes betriebliches Eingliederungsmanagement im Sinne des § 84 Abs. 2 SGB IX durchgeführt wird, durch welches ausschließlich betriebliche Ursachen für Erkrankungen erforscht werden und Hilfestellungen zur Vermeidung erneuter Erkrankungen aufgrund betrieblicher Ursachen angeboten werden. Sofern der betroffene Beschäftigte dies wünscht, ist an einem solchen Verfahren der Betriebsrat zu beteiligen, wodurch bereits ein Mindestmaß an Schutz, beispielsweise vor unzulässigen Fragen, gewährleistet ist.

**Einstweilige Verfügung**

Sofern Krankenrückkehrgespräche ohne Beteiligung des Betriebsrats durchgeführt werden, kann dieser – auch im Wege einstweiliger Verfügung – beim Arbeitsgericht beantragen, dass der Arbeitgeber es zu unterlassen hat, mit den Beschäftigten Gespräche über deren krankheitsbedingte Fehlzeiten zu führen.

**FORMULIERUNGSVORSCHLAG****Ein entsprechender Antrag auf einstweilige Verfügung könnte lauten:**

„Dem Arbeitgeber wird aufgegeben, es zu unterlassen, im Betrieb (...) Gespräche mit den Beschäftigten über deren krankheitsbedingte Fehlzeiten zu führen, ohne dass der Betriebsrat seine Zustimmung hierzu erteilt hat oder die Einigung wirksam durch Spruch der Einigungsstelle ersetzt worden ist.“  
(vgl. dazu LAG München v. 13.2.2014 – 3 TaBV 84/13)

Sofern der Betriebsrat Krankenrückkehrgespräche nicht vollständig unterbinden kann, sollte er auf Abschluss einer „Betriebsvereinbarung Krankenrückkehrgespräche“ drängen, die die folgenden Punkte enthalten sollte.

**Eckpunkte einer Betriebsvereinbarung**

- Begrenzung des Zwecks des Krankenrückkehrgesprächs auf Identifizierung betrieblicher Gesundheitsgefährdungen
- Vereinbarung von Zielen zur Vermeidung von betrieblichen Gesundheitsgefährdungen
- Verbot von Fragen nach dem Krankheitsbild/der Krankheitsdiagnose und dem persönlichen Umfeld des erkrankten Arbeitnehmers
- Festlegung eines Verbots von personellen Maßnahmen (bei krankheitsbedingten Kündigungen) aufgrund des Gesprächs
- Ermöglichung einer ordnungsgemäßen Vorbereitung des Arbeitnehmers auf das Gespräch
- Festlegung eines Teilnahmerechts für Betriebsratsmitglieder und der Schwerbehindertenvertretung

<sup>5</sup> LAG München v. 13.2.2014 – 3 TaBV 84/13.

<sup>6</sup> BAG a.a.O.

<sup>7</sup> BAG a.a.O.

Beim Abschluss einer solchen Betriebsvereinbarung ist darauf zu achten, dass die Arbeitnehmer nicht verpflichtet sind, „private“ Krankheitsgründe zu benennen und auch die Krankheitsdiagnose nicht genannt werden muss. Nur die möglichen „betrieblichen“ Ursachen sollen durch das Krankenrückkehrgespräch erforscht werden.<sup>8</sup>

Da Krankenrückkehrgespräche der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegen, kann bei Scheitern der Verhandlungen mit dem Arbeitgeber gemäß § 87 Abs. 2 BetrVG die Einigungsstelle angerufen werden.

### Möglichkeiten des Arbeitnehmers

Aus Sicht des von einem Krankenrückkehrgespräch betroffenen Arbeitnehmers ist zunächst darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des BAG keine außerprozessuale Auskunftspflicht des Arbeitnehmers über seinen Gesundheitszustand besteht.<sup>9</sup> Erst recht ist der Arbeitnehmer nicht grundsätzlich verpflichtet, sich einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Eine derartige Verpflichtung würde einen Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers aus Art. 2 GG darstellen.<sup>10</sup>

Sofern der Betriebsrat zuvor ordnungsgemäß beteiligt wurde, wird der Arbeitnehmer die Durchführung eines Krankenrückkehrgesprächs nicht ablehnen können. Er sollte sich jedoch im Verlauf des Gesprächs auf solche Angaben beschränken, die mögliche betriebliche Ursachen für seine Erkrankung betreffen. Weder zu persönlichen Ursachen, noch zur Krankheitsdiagnose soll oder muss er sich äußern. Dass der Arbeitnehmer derartige Auskünfte verweigert, kann im Hinblick auf eine eventuell drohende krankheitsbedingte Kündigung und einen sich anschließenden Kündigungsschutzprozess im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast von besonderer Bedeutung sein. In einem Kündigungsschutzprozess ist der Arbeitgeber zunächst darlegungs- und beweispflichtig für die anzustellende negative Gesundheitsprognose. Erst wenn der Arbeitgeber, beispielsweise durch Vortrag der Fehlzeiten, insofern seiner Darlegungs- und Beweislast nachgekommen ist, muss der Arbeitnehmer die sich aus seinen Fehlzeiten ergebende Indizwirkung für eine negative Gesundheitsprognose erschüttern und im Rahmen seiner prozessualen Mitwirkungspflicht

nach § 138 Abs. 2 ZPO vortragen, weshalb die Besorgnis weiterer Erkrankungen unbeeinträchtigt sein soll<sup>11</sup>. Erst zu diesem Zeitpunkt – und nicht bereits in einem Krankenrückkehrgespräch – muss der Arbeitnehmer die Krankheitsursachen darstellen und darüber hinaus vortragen, woraus sich eine Besserung seines Gesundheitszustandes ableiten lässt. Sofern er hierzu – beispielsweise in Ermangelung eigener Kenntnisse über die Erkrankung – keine Aussagen treffen kann, genügt er seiner prozessualen Mitwirkungspflicht, wenn er die Behauptung des Arbeitgebers bestreitet und seine behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbindet. Zusätzlich muss er vortragen, die behandelnden Ärzte hätten seine künftige gesundheitliche Entwicklung ihm gegenüber als günstig beurteilt.<sup>12</sup> All das sollte allerdings erst im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses und keinesfalls schon während des Krankenrückkehrgesprächs erfolgen, da der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber ansonsten die Gründe für eine krankheitsbedingte Kündigung selbst liefert und ihm die Erfüllung seiner Darlegungs- und Beweislast erheblich erleichtert.

### Betriebsrat als Schutz

Die ordnungsgemäße Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts durch den Betriebsrat ist von großer Bedeutung, weil eine gesetzliche Regelung der Krankenrückkehrgespräche fehlt. Wie das BAG zurecht herausstellt, ergibt sich das die Beteiligung des Betriebsrats erfordernde Schutzbedürfnis bereits aus dem Gesprächsgegenstand. Die Frage nach Krankheiten und ihren Ursachen berührt die Privatsphäre und die Arbeitnehmer unterliegen bei derartigen Gesprächen häufig einem faktischen Zwang, dem sie sich nicht entziehen können.<sup>13</sup> Der Betriebsrat sollte die Belegschaft daher so gut wie möglich schützen, indem er zum einen die Führung von Krankenrückkehrgesprächen ohne vorherige Beteiligung des Betriebsrats unterbindet und zum anderen eine Betriebsvereinbarung zu Krankenrückkehrgesprächen vereinbart, sofern sich diese nicht gänzlich vermeiden lassen. <



**Gunnar Herget**, Fachanwalt für Arbeitsrecht, CNH-Anwälte, Essen.  
[www.CNH-Anwaelte.de](http://www.CNH-Anwaelte.de)  
[www.BR-Anwaelte.de/Essen](http://www.BR-Anwaelte.de/Essen)

Zum Schwerpunkt der AiB 10/2014 empfiehlt Ihnen die AiB-Redaktion diese Seminare im Zeitraum 2014/2015:

#### ver.di b+b

##### Agieren statt reagieren

Betriebsverfassung:  
Soziale Angelegenheiten (BR 3)  
10.11. – 14.11. Erkner (Brandenburg)  
24.11. – 28.11. Horgau (Bayern)  
1.12. – 5.12. Kirkel (Saarland)  
15.12. – 19.12. Hamburg  
▶ [www.verdi-bub.de/br3](http://www.verdi-bub.de/br3)

#### DGB Bildungswerk BUND

##### Arbeitsrecht kompakt für Betriebsratsvorsitzende

27.10. – 31.10. Timmendorfer Strand (Country Hotel)  
▶ [www.betriebsratsqualifizierung.de/seminare](http://www.betriebsratsqualifizierung.de/seminare)

#### IG Metall

##### Grundlagenseminar BR kompakt: Mitbestimmung und Betriebsratshandeln

In den IGM Bildungszentren am  
23.11. – 28.11. Beverungen  
14.12. – 19.12. Bad Orb  
18.1. – 23.1. Sprockhövel  
1.2. – 6.2. Berlin  
▶ [www.igmetall.de/seminare](http://www.igmetall.de/seminare)

Weitere Seminare finden Sie unter: [www.arbeitsrecht.de/seminare](http://www.arbeitsrecht.de/seminare)

8 Kraushaar, Krankenrückkehrgespräche und Betriebsrat, NZA 2005, 913 ff.

9 BAG v. 25.11.1982 – 2 AZR 140/81.  
10 ErfK/Preis § 611 RdNr. 746.

11 BAG v. 10.11.2005 – 2 AZR 44/05.

12 BAG a.a.O.

13 BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 22/94.