



Tel: 0561-4001128
Fax: 0561-4001128
e-mail: dralexander.gagel@arcor.de

0221-3597-550
0221-3597-555
schian@iqpr.de

AZ 10-08-02-04
Dezember 2005

Forum B

Schwerbehindertenrecht und Fragen des betrieblichen Gesundheitsmanagements
– Diskussionsbeitrag Nr. 10/2005 –

Zur Berechnung der Sechs-Wochen-Frist des § 84 Abs. 2 SGB IX

Bei der Einführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX in seinem Betrieb steht der Arbeitgeber zunächst vor der Aufgabe, den Zeitpunkt zu ermitteln, zu dem er auf den Arbeitnehmer zugehen muss. Er orientiert sich an der Zahl der Tage, für die ihm Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorliegen; berücksichtigt werden dabei auch arbeitsfreie Tage, für die Arbeitsunfähigkeit (AU) bescheinigt worden ist.

In der Praxis ergibt sich jedoch ein **Problem**, weil nicht alle Ärzte die **AU** auch **für die arbeitsfreien Tage** bescheinigen, auf die sie sich erstreckt, und auch der Beschäftigte nicht immer Anlass sieht, sich an arbeitsfreien Tagen krank schreiben zu lassen oder zu melden. Dadurch spiegelt die Zahl der bescheinigten oder gemeldeten Arbeitsunfähigkeitstage nicht immer die tatsächliche Dauer der AU wieder.

Wir geben im Folgenden **Anregungen**, wie durch pragmatische Lösungen diesem Problem begegnet werden kann; diese sollten jeweils in Betriebsvereinbarungen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement festgeschrieben werden.

Marcus Schian
Dr. Alexander Gagel
Dr. Hans-Martin Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter www.iqpr.de aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

Thesen:

1. **Auch arbeitsfreie Tage, in denen AU vorliegt, sind im Rahmen von § 84 Abs. 2 SGB IX zu berücksichtigen.**
2. **Der Arbeitgeber kann sich an der Zahl der bescheinigten AU-Tage orientieren; zu Nachforschungen ist er nicht verpflichtet.**
3. **Probleme durch die Nichtberücksichtigung von arbeitsfreien Tagen auf AU-Bescheinigungen können pragmatisch**
 - a. **bei ununterbrochener AU durch Berücksichtigung der dazwischenliegenden oder unmittelbar nachfolgenden arbeitsfreien Tage**
 - b. **bei wiederholter AU durch Hochrechnung der bescheinigten Arbeitstage auf die Wochenarbeitszeit behoben werden.**
4. **Die Zahl der bescheinigten Tage ist auch bei den pragmatischen Alternativberechnungen mindestens zu berücksichtigen.**

1. Betriebliches Eingliederungsmanagement und der Begriff der Arbeitsunfähigkeit

Zunächst gilt es einige Begriffe zu klären:

Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM): Nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX wird der Arbeitgeber aktiv, wenn Beschäftigte „innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig“ sind. Im Folgenden wird trotz bestehender Unklarheiten in der Gesetzesformulierung¹ im Sinne einer praxisnahen Handhabung davon ausgegangen, dass **auch für die Alternative „wiederholt arbeitsunfähig“ der Sechs-Wochen-Zeitraum** gilt.

Arbeitsunfähigkeit: (AU): Die AU ist nach der zu § 3 EFZG und §§ 44, 46 SGB V ergangenen Rechtsprechung **die krankheitsbedingte Unfähigkeit, die im Arbeitsvertrag geschuldete Tätigkeit zu verrichten**². Diese Definition stellt allein auf die Unfähigkeit zur Verrichtung der Tätigkeit ab. Es **kommt nicht darauf an, ob**

¹ Sinn und Zweck der betrieblichen Prävention und die Zusammenschau mit § 84 Abs. 1 SGB IX scheinen ebenso wie Rspr. zur krankheitsbedingten Kündigung (vgl. BAG 6.9.1989 EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 28; BAG 28.9.1991 EzA § 622 BGB a.F. Nr. 35.) bei genauem Hinsehen zwar dafür zu streiten, unabhängig von der Sechs-Wochen-Frist eine Interventionspflicht im Falle wiederholter AU immer dann anzunehmen, wenn das Arbeitsverhältnis aus krankheitsbedingten Gründen gefährdet ist. Eine derart unscharfe Auslegung sollte aber im derzeitigen Stadium des ohnehin mit Unsicherheiten belasteten Instruments BEM nicht forciert werden.

² BAG DB 1983, 2203; BAG, Urteil vom 29.02.1984, BAGE 45, 165(167); vom 09.01.1985, BAGE 48, 1; BSG E 61, 66 = SozR 2200 § 182 Nr. 104.

sich die AU auf Arbeitstage oder arbeitsfreie Tage bezieht. Diesem Verständnis des Begriffs der AU entspricht die Anweisung an die Ärzte in § 5 Abs. 4 AU-Richtlinien³. Nach dieser für die gesetzlichen Krankenkassen und Ärzte nach § 91 Abs. 9 SGB V bzw. § 92 Abs. 8 iVm §§ 82f. SGB V verbindlichen Vorschrift ist eine AU-Bescheinigung auch für Wochenenden, Feiertage etc. auszustellen.

2. Gesetzliche Vorgaben, Probleme und Lösungen bei ununterbrochener AU

Bei der **ersten Alternative** (ununterbrochen arbeitsunfähig) des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX handelt es sich um einen gesetzlich bestimmten Zeitraum, nach dessen Ablauf eine Rechtsfolge eintritt und somit eindeutig um eine **Frist**⁴. Mangels spezieller Vorschriften im SGB richtet sich die Berechnung dieser Frist nach den allgemeinen Regeln des § 188 Abs. 2 iVm § 187 Abs.1 BGB⁵. Danach ist die Woche mit sieben Tagen anzusetzen; die Frist beginnt am Tage nach dem Ereignis, das sie auslöst.

Der **Arbeitgeber** kann sich bei seinen Berechnungen **an der Zahl der ihm gemeldeten AU-Tage orientieren**. Der Arbeitgeber muss keine Nachforschungen darüber anstellen, ob die tatsächliche Anzahl der bisher aufgelaufenen AU-Tage den bisher bescheinigten entspricht. Insbesondere muss er nicht nachprüfen, ob die Ärzte bedacht haben, dass AU auch an arbeitsfreien Tagen zu bescheinigen ist.

Dadurch kann es allerdings dazu kommen, dass das BEM zu spät einsetzt oder unterbleibt, obwohl die sechs Wochen erfüllt waren.

Es wird empfohlen, diese Schwierigkeiten pragmatisch dadurch zu beheben, dass dann, wenn fortlaufend für alle Arbeitstage AU bescheinigt wurde, die **dazwischen liegenden** und die der letzten Bescheinigung **unmittelbar folgenden** arbeitsfreien Tage **hinzugerechnet** werden. Regelmäßig wird dies die tatsächliche AU widerspiegeln. Außerdem ist es nicht nur unschädlich sondern auch erwünscht, wenn das BEM etwas früher einsetzt als notwendig.

Viel schärfer stellen sich die Probleme allerdings in der zweiten Alternative des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (wiederholt arbeitsunfähig).

³ Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V, einsehbar unter www.mds-ev.org/download/RL_AU_2004.pdf.

⁴ Vgl. Palandt, 64. Auflage, § 186 Rz. 3; Staudinger, 2001, § 186, Rz.2.

⁵ Die Vorschriften des § 26 SGB X, § 45 SGB I und § 25 SGB IV sind nicht direkt anwendbar, da es hier um eine Frist im Verhältnis Arbeitgeber/Beschäftigter geht. Die Fristenregelungen der §§ 186ff. BGB sind aber mangels abweichender Sonderregeln auch in anderen Rechtsgebieten anwendbar, vgl. Palandt, § 186 Rz. 2. mwN; dazu für den Bereich des Sozialversicherungsrechts BSG NJW 1974, 920.

3. Gesetzliche Vorgaben, Probleme und Lösungen bei wiederholter AU

a. Berechnung nach den Mindestanforderungen

Da hier ein **nicht zusammenhängender Zeitraum** beschrieben wird, passen die Vorschriften der §§ 187f. BGB bei der Berechnung dieser Frist⁶ nicht. **§ 191 BGB** regelt aber einen ähnlichen Fall. Danach werden nicht zusammenhängende Zeiträume, die nach Monaten und Jahren bestimmt sind, so berechnet, dass ein Monat mit 30 Tagen, ein Jahr mit 365 Tagen gleich gesetzt wird. Dieser Gedanke lässt sich analog in der Weise übertragen, dass die Woche sieben Tage umfasst, was auch der Berechnung nach § 186 Abs. 2 BGB entspricht.

Dies würde bedeuten, dass ein Arbeitgeber gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX erst dann tätig zu werden hat, wenn nach den ihm vorliegenden Bescheinigungen der Beschäftigte insgesamt 42 Kalendertage arbeitsunfähig war (**Lösung 1**). Das kann dann aber in Fällen mehrfacher Bescheinigung von AU dazu führen, dass AU an arbeitsfreien Tagen überhaupt nicht berücksichtigt wird, wenn sie nicht bescheinigt wurde.

Beispiel 1: Ein Beschäftigter ist in einem Zeitraum von zehn Monaten insgesamt 42 Tage krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen. Dabei war er jeweils für einen Zeitraum von einer Woche (insgesamt also sechs Wochen) erkrankt. Da er bei verschiedenen Ärzten war, die es mit der Bescheinigung der Zeiträume einer Arbeitsunfähigkeit nicht alle genau genommen haben und z.T. die Wochenenden ausgespart haben, fällt es der Personalabteilung, die allein die Daten aus den AU-Bescheinigungen auswertet, nicht auf, dass bereits ein Tätigwerden angezeigt ist.

b. Pragmatische Lösung

Demgegenüber definieren deshalb manche Stimmen den Wochenbegriff anders. Sie stellen aus pragmatischen Gründen **nur auf die ausgefallenen Arbeitstage mit Arbeitsunfähigkeitsmeldung in Verbindung mit der vertraglich festgelegten Wochenarbeitszeit** ab. Danach wäre bei einer Fünf-Tage-Woche dann einzuschreiten, wenn der Beschäftigte insgesamt 30 Arbeitstage krankheitsbedingt nicht arbeiten konnte (**Lösung 2**).

Wir halten die Lösung 2 für sinnvoll und empfehlenswert. So vermag sie die in **Beispiel 1** aufgezeigten praktischen Probleme der Lösung 1 zu beheben. Sie hat

⁶ Auch hier handelt es sich um einen Zeitraum, nach dessen Ablauf Rechtswirkungen eintreten, vgl. Fn. 4.

allerdings den Nachteil, dass es zu **Unterschieden in der Behandlung an sich vergleichbarer Fälle** kommen kann. **Kurzzeit-Arbeitsunfähigkeiten** schlagen hier nämlich mitunter **um so deutlicher zu Buche um so geringer die vereinbarte Wochenarbeitszeit** ist, so dass mitunter bei Beschäftigten mit geringerer Wochenarbeitszeit früher als bei anderen Beschäftigten eingeschritten werden müsste.

Beispiel 2: Zwei Beschäftigte (Wochenarbeitszeit jeweils 3 und 5 Tage) sind im März drei Wochen hintereinander und im Zeitraum bis Ende Dezember dreimal jeweils drei Tage krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Fallen bei dem Beschäftigten mit Drei-Tage-Woche die AU-Tage jeweils in seine Arbeitszeit, so müsste (Lösung 2) bei ihm nun schon eingeschritten werden, während der Beschäftigte mit Fünf-Tage-Woche erst nach weiteren sechs ausgefallenen Arbeitstagen, an denen krankheitsbedingte AU vorliegt, angesprochen werden würde. Dies kann abhängig von der Krankheitsdynamik ein entscheidender Unterschied sein. Nach Lösung 1 müsste allerdings ebenfalls noch keine Aktivität ergriffen werden.

Auch nach Lösung 2 ist es überdies **denkbar, dass nicht eingeschritten wird, obwohl der Beschäftigte insgesamt schon länger als 42 Tage arbeitsunfähig war**. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sich die Zustände der AU häufig über nicht von der vereinbarten Arbeitszeit erfasste Zeiträume erstrecken.

Beispiel 3: Ein Beschäftigter mit einer 3-Tage-Woche (Di bis Do) ist in einem Zeitraum von acht Monaten insgesamt sieben mal arbeitsunfähig erkrankt. Die Zeiten, in denen er arbeitsunfähig ist, erstrecken sich dabei oft über die Wochenenden und die arbeitsfreie Zeit und erreichen schließlich eine Gesamtzeit von 42 Tagen. Da der Beschäftigte sich schämt, informiert er keinen seiner Kollegen. Die AU-Zeiten sind zwar auf der Bescheinigung vermerkt, nach Lösung 1 müsste der Beschäftigte also angesprochen werden. Der Arbeitgeber beachtet aber nur die ausgefallenen Arbeitstage, die sich bisher erst auf 15 summieren. Eingeschritten würde erst nach drei weiteren AU-Tagen.

c. Notwendigkeit paralleler Auswertung der Fehlzeitendaten nach Lösung 1 und Lösung 2

Eine pragmatische Alternativberechnung darf allerdings nicht dazu führen, dass tatsächlich bescheinigte Tage unberücksichtigt bleiben; das wäre mit dem Gesetz nicht vereinbar. Zur Vermeidung von Folgen wie in Beispiel 3 muss deshalb neben der Lösung 2 eine **parallele Auswertung** der tatsächlich bescheinigten Fehlzeiten (Lösung 1) erfolgen. Der Arbeitgeber muss das BEM einleiten, **wenn nach einer der beiden Methoden die sechs Wochen belegt sind**. Die in Beispiel 2 zu Tage tretenden Schwierigkeiten lassen sich durch diese parallele Auswertung zwar nicht beheben. Sie beruhen aber auch nicht auf einer Schwäche der Berechnungsmethode, sondern allein auf dem Verhalten anderer. Dies auszugleichen ist nicht Aufgabe des Arbeitgebers.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.
