

Kündigung bei Krankheit

Handbuch für die betriebliche,
anwaltliche und gerichtliche Praxis

von

Prof. Dr. Achim Lepke

vormals Freie Universität Berlin
Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Berlin a.D.

begründet von

Dr. Dirk Neumann

Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts, i.R.
(bearbeitet bis zur 3. Auflage)

13., neu bearbeitete Auflage

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über dnb.ddb.de abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter
[ESV.info/978 3 503 11609 6](http://ESV.info/978_3_503_11609_6)

1.–4. Auflage im Verlag Handelsblatt, Düsseldorf
5.–9. Auflage im Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart
10. Auflage 2000
11. Auflage 2003
12. Auflage 2006
13. Auflage 2009

ISBN-13: 978 3 503 11609 6

Alle Rechte vorbehalten
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin 2009
www.ESV.info

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen der Deutschen Bibliothek und der Gesellschaft für das Buch bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht sowohl den strengen Bestimmungen der US Norm Ansi/Niso Z 39.48-1992 als auch der ISO Norm 9706.

Gesetzt aus der 9/11 Punkt Stempel Garamond

Satz: multitext, Berlin
Druck: Hubert, Göttingen

Vorwort zur 13. Auflage

Eine Vielzahl aktueller gesetzlicher Regelungen hat es erforderlich gemacht, eine Neubearbeitung des Handbuches vorzulegen. Vor allem das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz musste in vielfältiger Weise, etwa bei der Zulässigkeit eines Fragerechts des Arbeitgebers nach Krankheiten, einer Schwangerschaft oder Schwere bzw. Behinderung, insbesondere aber bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten, Berücksichtigung finden. Erfreulicherweise ist aber die deswegen befürchtete Prozessflut (dazu etwa Grotmann-Höfling, AuR 2007, 295 (296); Däubler/Bertzbach, AGG, Einleitung Rdn. 30a) bisher ausgeblieben (Grotmann-Höfling, AuR 2008, 347). Dennoch gibt es viele offene Fragen in diesem Zusammenhang. Was die Unklarheiten zur Anwendung von § 90 Abs. 2a SGB IX und zur kündigungsrechtlichen Bedeutung der Nichtdurchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX und des betrieblichen Eingliederungsmanagements betrifft, sind nunmehr mehrere maßgebliche Entscheidungen des BAG ergangen, die zur Klärung einiger Meinungsverschiedenheiten bei der Auslegung der fraglichen Normen beigetragen haben. Auch das Pflegezeitgesetz musste eingearbeitet werden. Neu sind Darlegungen zu Hepatitis-Infektionen als Entlassungsgrund.

Ich war bemüht, die einschlägige bis Ende November 2008 veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung auszuwerten.

Berlin, im Dezember 2008

Achim Lepke

Vorwort zur 12. Auflage

Die maßgebliche, bis Ende November 2005 veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung berücksichtigend, war bei der Aktualisierung der Monographie wiederum eine Vielzahl neuer arbeitsrechtlicher Normen, aber auch anderer gesetzlicher Bestimmungen zu berücksichtigen. Beispielhaft seien nur die teilweise Neufassung des KSchG, insbesondere die § 1 Abs. 3 und § 4 KSchG, und des SGB IX genannt, ohne dass dadurch alle bisher bestehenden Unklarheiten beseitigt worden, neue sogar hinzugekommen sind. Das betrifft etwa die §§ 84 Abs. 2 und 90 Abs. 2a SGB IX.

Unter der Zielsetzung einer Flexibilisierung durch Deregulierung gelangt der Gesetzgeber zur Petrifizierung durch eine Flut von unsystematischen Kleinstregelungen in Gesetzen, deren Tragweite nicht ohne weiteres erkennbar ist. Nicht zu Unrecht spricht Richardi (BB 2005, Heft 2, S. I) in diesem Zusammenhang von einer „Rumpelstilzchen-Methode in der Arbeitsgesetzgebung“. Vor allem das Individualarbeitsrecht ist mittlerweile zum Teil so unübersichtlich auch aufgrund einer ausufernden Kasuistik der Judikatur und so wenig handhabbar geworden, dass grundlegende, in sich schlüssige Reformen unausweichlich erscheinen.

Ausführungen zur kündigungsrechtlichen Tragweite des betrieblichen Eingliederungsmanagements, zur Bedeutung von Ausschlussfristen bei Krankheit des Arbeitnehmers sowie zu Besonderheiten des Bestandsschutzes in Tendenzbetrieben sind ergänzend hinzugekommen. Soweit schon möglich, ist auch der neue Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes, der für 2,1 Mio. Beschäftigte im kommunalen Bereich und für 200.000 Arbeitnehmer beim Bund zur Anwendung kommt, berücksichtigt worden. Ob und wann die im Koalitionsvertrag vom 11. November 2005 vorgesehenen Änderungen – keine Möglichkeit mehr, Arbeitsverträge in den ersten 24 Monaten sachgrundlos zu befristen und die Option für den Arbeitgeber, die Wartezeit auf bis zu 24 Monate zu verlängern – umgesetzt werden, war bei Redaktionsschluss nicht absehbar.

Es ist mir ein aufrichtiges Bedürfnis, meinem Sohn, Dr. med. Andreas Lepke, Facharzt für Urologie, für wertvolle medizinische Anregungen und begriffliche Klärungen sehr herzlich zu danken.

Berlin, im Dezember 2005

Achim Lepke

Inhaltsübersicht

	Seite
Vorwort zur 13. Auflage	V
Vorwort zur 12. Auflage	VI
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Schrifttumsverzeichnis	XXVII

A. Aufgabenstellung und Abgrenzung

I. Einführung	1
II. Aufgabe	14
III. Abgrenzung	17

B. Krankheitsbegriff

I. Medizinischer Krankheitsbegriff	59
II. Krankheit und Arbeitsunfähigkeit	62
III. Besondere Fälle krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit	69

C. Krankheit als Kündigungsgrund

I. Kündigung trotz Krankheit	85
II. Fristgemäße Kündigung durch den Arbeitgeber	101
III. Fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber	277
IV. Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen	301
V. Insbesondere Kündigung durch den Arbeitgeber bei Suchterkrankungen des Arbeitnehmers	320
VI. AIDS als Beendigungsgrund	378
VII. Hepatitis-Infektion und Kündigung	410
VIII. Kündigung durch den Arbeitnehmer	417
IX. Besondere Arbeitnehmergruppen	420
X. Klagefrist des § 4 KSchG	449

D. Kündigung wegen Pflichtverletzungen bei Krankheit

I. Krankmeldung	453
-----------------------	-----

	Seite
II. Nachweis der Krankheit	460
III. Anzeige- und Nachweispflichten bei Erkrankungen im Ausland	532
IV. Pflicht des Arbeitnehmers zu gesundheits- und heilungsförderndem Verhalten?	537
V. Rückmeldepflicht	540
VI. Kündigung durch den Arbeitgeber	544
E. Gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Wiedereinstellungsanspruch	
I. Auflösungsantrag und Abfindungsanspruch	599
II. Wiedereinstellungsanspruch	605
F. Folgen einer Kündigung wegen Krankheit	
I. Fortzahlung der Vergütung	627
II. Krankheit durch Kündigung	635
III. Urlaubsanspruch oder -abgeltung	639
IV. Rückzahlung sog. freiwilliger Leistungen des Arbeitgebers	654
V. Weitere Beendigungsfolgen	661
Sachverzeichnis	671

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort zur 13. Auflage	V
Vorwort zur 12. Auflage	VI
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Schrifttumsverzeichnis	XXVII

A. Aufgabenstellung und Abgrenzung

I. Einführung	1
II. Aufgabe	14
III. Abgrenzung	17
1. zum befristeten Arbeitsvertrag	17
2. zum auflösend bedingten Arbeitsvertrag	24
3. zur Anfechtung	28
a) Allgemeines	28
b) Irrtumsanfechtung	29
c) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	33
aa) insbesondere Auskunftspflicht	33
aaa) Krankheiten	37
bbb) Rauchen	43
ccc) Schwerbehinderung	44
ddd) Schwangerschaft	48
bb) insbesondere Mitteilungspflicht	51
cc) Anfechtung selbst	56

B. Krankheitsbegriff

I. Medizinischer Krankheitsbegriff	59
II. Krankheit und Arbeitsunfähigkeit	62
1. Allgemeines	63
2. Insbesondere Erwerbsunfähigkeit und verminderte Erwerbsfähigkeit	66
3. Weitere Aspekte	68
III. Besondere Fälle krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit	69
1. Transsexualität	69
2. Alkohol- und Drogensucht	71
a) Alkoholismus	72

	Seite
b) Drogenabhängigkeit	73
3. Nikotinabhängigkeit	73
a) Aktivrauchen	74
b) Passivrauchen	75
4. Glücksspielsucht	79
5. Internet-Abhängigkeit	81
6. Sonstiges	81

C. Krankheit als Kündigungsgrund

I. Kündigung trotz Krankheit	85
1. Vorbemerkungen	85
a) Allgemeines	85
b) ILO-Übereinkommen Nr. 158	86
c) Europäische Sozialcharta	87
d) Charta der Grundrechte der EU	87
e) Richtlinie 2000/78/EG und AGG	88
f) Kodifikationsbestrebungen	93
2. Tarifvertragliche Bestimmungen	97
II. Fristgemäße Kündigung durch den Arbeitgeber	101
1. Allgemeines	101
a) Bestandsschutz nach dem KSchG	103
b) Kündigungsschutz außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG?	104
c) Kündigung als personenbedingter Entlassungsgrund	110
2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung	116
3. Erkundigungspflicht des Arbeitgebers?	121
4. Auskunftspflicht des Arbeitnehmers?	126
5. Einzelne Gesichtspunkte	129
a) Langanhaltende Krankheit	131
aa) Begriff und Beispiele	131
bb) Bevorstehende Heilbehandlung	135
cc) Transsexualität	136
dd) Ansteckende oder ekelerregende Krankheiten	137
ee) Zeitliche Konkretisierung	138
ff) Dauernde krankheitsbedingte Arbeits- unfähigkeit	143
gg) Europarechtliche Vorgaben	147
b) Häufige Krankheiten und Wiederholungsgefahr	148
aa) Allgemeine Voraussetzungen	148
bb) Beispiele	152
cc) Abmahnungserfordernis?	156

dd) Kenntnis des Arbeitsgebers von chronischer Erkrankung	157
ee) Wiederholungsgefahr	158
ff) Anrechenbare Fehlzeiten	162
gg) Europarechtliche Aspekte.	166
hh) Zwischenbetrachtung	167
c) Minderung der Leistungsfähigkeit	168
aa) Personen- oder verhaltensbedingter Entlassungsgrund.	168
bb) Altersbedingte Leistungsminderung	174
d) Sonstige maßgebliche Umstände	186
aa) Verschulden des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers	191
bb) Betriebsunfall	195
cc) Länge der Betriebszugehörigkeit und Lebensalter	199
dd) Familiäre Verhältnisse.	201
ee) Betriebsgröße und Störung des Betriebsablaufes.	203
ff) Insbesondere Vergütungsfortzahlungskosten.	213
gg) Ver- oder Umsetzung vor der Kündigung	224
hh) Betriebliches Eingliederungsmanagement.	234
6. Zwischenbetrachtung	238
7. Soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung?	240
a) § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG in der bis zum 30. 9. 1996 geltenden Fassung	241
b) § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG in der Fassung vom 1. 10. 1996 bis zum 31. 12. 1998	244
c) Fassung des § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG bis zum 31. 12. 2003	245
d) Geltendes Recht.	246
8. Darlegungs- und Beweislast	250
a) Vorbemerkungen.	250
b) Negative Gesundheitsprognose	251
c) Insbesondere Anscheinsbeweis	262
d) Benachteiligung aus Gründen einer Behinderung	267
e) Betriebliche Beeinträchtigungen und unzumutbare wirtschaftliche Belastungen	268
f) Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit	271
g) Unterlassen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements.	272
h) Interessenabwägung	273
9. Fehlzeiten bedingende Krankheiten naher Angehöriger	274

	Seite
III. Fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber	277
1. Allgemeines	277
2. Grundsätze nach bisherigem Recht	279
3. Grundsätze nach geltendem Recht	280
4. Beispiele aus der Rechtsprechung	286
a) Fristgerecht kündbare Arbeitnehmer	286
b) Fristgerecht unkündbare Arbeitnehmer	288
c) Stellungnahme zur Fallgruppe b)	290
5. Kündigungserklärungsfrist	297
6. Darlegungs- und Beweislast	300
IV. Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen	301
1. Vorbemerkungen	301
2. Art und Umfang der Mitwirkung	303
a) Meinungsstand	303
b) Stellungnahme	304
c) Beteiligung bei fristgerecht unkündbaren Arbeitnehmern	311
d) Personalaktenvorlage	312
e) Nachschieben von Kündigungsgründen	313
f) Sprecherausschuss der leitenden Angestellten	314
g) Anhörung bei Kündigungen vor Ablauf der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG	314
3. Widerspruch der Arbeitnehmervertretung und Weiterbeschäftigungsanspruch	315
4. Besonderheiten in Tendenzbetrieben	318
a) Privatwirtschaft	318
b) Öffentlicher Dienst	320
V. Insbesondere Kündigung durch den Arbeitgeber bei Suchterkrankungen des Arbeitnehmers	320
1. Kündigung wegen Trunksucht	320
a) Allgemeines	320
b) Statistisches	322
c) Rechtsprechungsübersicht	326
aa) Instanzgerichte	326
bb) Bundesarbeitsgericht	330
d) Ordentliche fristgerechte Entlassung	333
aa) Allgemeines	333
bb) Personen- und/oder verhaltensbedingte Entlassungsgründe	338
cc) Alkoholsucht und Verschulden	344
dd) Therapieangebot durch den Arbeitgeber?	350
ee) Rückfallgefahr	353

ff) Unkenntnis des Arbeitgebers von der Sucht des Arbeitnehmers.	357
gg) Geeignete und zulässige Beweismittel.	358
e) Außerordentliche fristlose Kündigung.	360
2. Kündigung wegen Drogensucht.	362
a) Allgemeines.	362
b) Kündigung durch den Arbeitgeber.	364
aa) Beispiele aus der Rechtsprechung.	365
bb) Kündigungsgrundsätze.	367
cc) Nachweis der Abhängigkeit.	370
dd) Therapeutische Behandlung vor dem Kündigungsausspruch?	370
ee) Entlassung bei Nikotinabhängigkeit.	372
ff) Kündigung bei Spielsucht.	373
3. Resümee.	374
VI. AIDS als Beendigungsgrund.	378
1. Vorbemerkungen.	378
2. Fristgerechte Kündigung durch den Arbeitgeber.	388
a) Rechtstatsächliches.	388
b) Gerechtfertigte oder sozialwidrige Kündigung.	391
aa) Allgemeines.	391
bb) Ansteckungsgefahr.	392
c) Insbesondere Druckkündigung.	401
d) Kündigung von Arbeitsverhältnissen ohne allgemeinen Bestandsschutz.	405
3. Fristlose Kündigung.	406
4. Vertragsanfechtung.	407
VII. Hepatitis-Infektion und Kündigung.	410
1. Krankheitsbilder und Erscheinungsformen.	410
a) Hepatitisvirus A (HAV).	411
b) Hepatitisvirus B (HBV).	411
c) Hepatitisvirus C (HCV).	412
d) Weitere Hepatitisviren.	412
2. Prophylaxe und Therapiemöglichkeiten.	413
3. Epidemiologie.	413
4. Kündigung durch den Arbeitgeber.	414
a) Rechtsprechung.	414
b) Sozial gerechtfertigte Kündigung.	415
aa) Allgemeines.	415
bb) Einzelne virale Hepatitiden.	415
cc) Sog. fristgerecht unkündbare Arbeitnehmer.	417

	Seite
VIII. Kündigung durch den Arbeitnehmer	417
IX. Besondere Arbeitnehmergruppen	420
1. Schwerbehinderte	420
a) Ordentliche Kündigung	420
aa) Allgemeine Voraussetzungen	420
bb) Insbesondere § 90 Abs. 2a SGB IX	423
cc) Weitere Fälle entbehrlicher behördlicher Zustimmung	429
dd) Zustimmungserfordernis bei dauernder völliger Arbeitsunfähigkeit	430
ee) Entscheidung des Integrationsamtes	431
b) Außerordentliche und fristlose Kündigung	436
c) Kündigung nach erteilter Zustimmung	439
2. Mutterschutz und Elternzeit	442
X. Klagefrist des § 4 KSchG	449
1. Grundsätzliches	449
2. Nachträgliche Zulassung der Klage	451

D. Kündigung wegen Pflichtverletzungen bei Krankheit

I. Krankmeldung	453
1. Vorbemerkung	453
2. Einzelheiten	453
II. Nachweis der Krankheit	460
1. Allgemeines	460
2. Einzelheiten	460
a) Art, Umfang und Zeitpunkt der Nachweispflicht	460
b) Frühere Attestvorlage	467
c) Folgebescheinigung	473
d) Inhalt und Kosten des Attestes	474
e) Auszubildende	476
f) Kapitäne und Besatzungsmitglieder von Schiffen	476
g) Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation	477
h) Unabdingbarkeit	477
3. Bedeutung der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	479
a) Beweiswert	479
aa) inländischer Atteste	479
bb) ausländischer Atteste	495

aaa) aus Staaten, die nicht Mitglieder der Europäischen Union sind	495
bbb) aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union bzw. EWR-Staaten	497
cc) Zwischenbetrachtung	505
b) § 31 Bundesmantelvertrag-Ärzte/Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien	506
c) Widersprüchliche Atteste	508
d) Ärztliches Attest als Parteierklärung im Prozess	509
e) Untersuchung durch den Medizinischen Dienst	510
f) Arzt als Zeuge im Prozess	517
4. Ärztliche Untersuchungen auf Geheiß des Arbeitgebers	521
III. Anzeige- und Nachweispflichten bei Erkrankungen im Ausland	532
1. Gesetzliche Regelung	532
2. Vereinfachtes Verfahren	534
IV. Pflicht des Arbeitnehmers zu gesundheits- und heilungsförderndem Verhalten?	537
V. Rückmeldepflicht	540
VI. Kündigung durch den Arbeitgeber	544
1. bei Verletzung von Nebenpflichten	544
a) Nichtbeachtung von Anzeige- und Nachweispflichten	544
b) Weitere Einzelheiten	549
2. bei Verhinderung der Gesundheitsförderung?	557
a) Beispiele aus der Rechtsprechung	557
b) Schrifttum	567
c) Stellungnahme und eigene Lösung	569
aa) Der Arbeitnehmer verstößt nicht gegen ärztliche Anordnungen	569
bb) Der Arbeitnehmer verhält sich nicht krankheitsgemäß	569
3. bei fehlendem Arbeitswillen	573
4. beim Verdacht, dass der Arbeitnehmer nicht krank ist	580
a) Beispiele	581
b) Fristlose Entlassung	585
c) Ordentliche Kündigung	593
5. Darlegungs- und Beweislast	594

**E. Gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses
und Wiedereinstellungsanspruch**

I.	Auflösungsantrag und Abfindungsanspruch	599
	1. Auflösungsbegehren des Arbeitgebers	599
	2. Auflösungsverlangen des Arbeitnehmers	602
	3. Auflösungsantrag beider Parteien	605
II.	Wiedereinstellungsanspruch	605
	1. Vorbemerkungen	605
	2. Judikatur	609
	a) Bundesarbeitsgericht	609
	b) Instanzgerichte	610
	3. Auffassungen im Schrifttum	612
	4. Materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzungen	613
	a) Individual- oder kollektiv-rechtliche Regelungen	613
	b) Krankheitsbedingte Kündigung	615
	c) Verdachtskündigung	617
	d) Abfindungsvergleich	618
	5. Ausgewählte prozessuale Fragen	619
	a) Allgemeines	619
	b) Klageart	620
	c) Klageantrag	622
	d) Frist zur Geltendmachung?	623
	e) Darlegungs- und Beweislast	624
	f) Urteil und Zwangsvollstreckung	625

F. Folgen einer Kündigung wegen Krankheit

I.	Fortzahlung der Vergütung	627
II.	Krankheit durch Kündigung	635
III.	Urlaubsanspruch oder -abgeltung	639
	1. Allgemeines	639
	2. Rechtsmissbräuchliches Urlaubsverlangen	640
	3. Erlöschen des Anspruches	645
IV.	Rückzahlung sog. freiwilliger Leistungen des Arbeitgebers	654
V.	Weitere Beendigungsfolgen	661
	1. Zeugnisanspruch	661
	2. Auskunft über den Arbeitnehmer	665
	3. Ausschlussfristen und Krankheit	668

Sachverzeichnis	671
-----------------------	-----