

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

Uxori carissimae indulgenti in omnibus adiutrici

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)

16., neu bearbeitete und erweiterte Auflage

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter

ESV.info/9783503181186

1.-4. Auflage im Verlag Handelsblatt, Düsseldorf
5.-9. Auflage im Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart
10. Auflage 2000
...
16. Auflage 2018

Gedrucktes Werk: ISBN 978 3 503 18118 6
eBook: ISBN 978 3 503 18119 3

Alle Rechte vorbehalten
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2018
www.ESV.info

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen der Deutschen Nationalbibliothek 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 9/11 Punkt Stempel Garamond

Satz: multitext, Berlin
Druck und Bindung: Kösel, Altusried-Krugzell

Vorwort zur 16. Auflage

Nach langen Geburtswehen über mehrere Legislaturperioden hat der Gesetzgeber den Beschäftigtendatenschutz auf der Grundlage der EU-DS-GVO (neu) geregelt, was in der Neuauflage berücksichtigt worden ist. Das gilt auch hinsichtlich des Bundesteilhabegesetzes und die daraus folgende teilweise Neunummerierung des SGB IX, insbesondere den aktuellen Behinderungsbegriff und die verbesserte Rechtsstellung der Schwerbehindertenvertretung unter kündigungrechtlichen Aspekten.

Einen größeren Raum als bisher nehmen die Ausführungen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement ein. Das war erforderlich, weil die Judikatur und das arbeitsrechtliche Schrifttum in vielfältiger Weise wichtige Beiträge zur Lösung offener Fragen geleistet haben. Ferner seien erwähnt Probleme der Fettleibigkeit (Adipositas), die Benutzung von E-Zigaretten, die Bedeutung psychischer Erkrankungen infolge der Digitalisierung der Arbeitswelt und kollektive Krankmeldungen als Arbeitskampfmittel. Erneut hat das Sachverzeichnis Ergänzungen erfahren.

Erstmalig erörtert habe ich Fragen des Weiterbeschäftigungsverlangens nach § 78a Abs. 2 BetrVG im Zusammenhang mit krankheitsbedingten Fehlzeiten vor der Beendigung eines Berufsausbildungsverhältnisses sowie die kündigungrechtliche Relevanz des Hepatitisvirus E.

Soweit mir zugänglich, haben die bis Ende Januar 2018 veröffentlichte arbeitsrechtliche Literatur und Rechtsprechung Berücksichtigung gefunden.

Meinen Söhnen Thomas und Andreas möchte ich wiederum für ihre Mithilfe bei der Materialbeschaffung für die letzte von mir vorgelegte Auflage meines Handbuches herzlich danken.

Berlin, Mitte Februar 2018

Achim Lepke

Vorwort zur 15. Auflage

In der 14. Auflage hatte der Regierungsentwurf eines Beschäftigtendatenschutzgesetzes bereits Berücksichtigung gefunden. Da das Vorhaben in der 17. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages aber nicht Gesetz geworden ist, sind die diesbezüglichen Textstellen und Erläuterungen in der vorliegenden Bearbeitung nicht mehr enthalten. Wann, wie im Koalitionsvertrag der Regierungsparteien vom 27. 11. 2013 (ZTR 2014, S. 20 f.) vorgesehen, die fragliche Materie erneut parlamentarisch behandelt und gesetzlich geregelt wird, ist offen. Die Datenschutz-GrundVO hat das Europäische Parlament jedenfalls am 12. 3. 2014 verabschiedet (NZA 2014, Heft 8; S. XI).

Seit dem Erscheinen der letzten Auflage sind die Judikatur und das Schrifttum nicht untätig geblieben, was seinen Niederschlag bei der Aktualisierung finden musste. Beispielhaft seien erwähnt die aktuelle Rechtsprechung des EuGH und des BAG zum Urlaubsanspruch bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, zum Behindertenbegriff, insbesondere bei einer symptomlosen HIV-Infektion, zur Mobbing- und Burnout-Problematik, zur Alkohol-, Drogen- und Internetabhängigkeit sowie Glücksspiel- und Mediensucht, zum betrieblichen Eingliederungsmanagement, zum Familienpflegezeitgesetz, zum Einsatz von Leiharbeitern und zum sog. Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderleistungen des Arbeitgebers. Dass den psychischen Erkrankungen nunmehr der ihnen gebührende Raum eingeräumt worden ist, versteht sich von selbst.

Aus dem Bereich der Rechtsetzung sind u. a. zu erwähnen die Neuregelungen zu arbeitsmedizinischen Vorsorgeuntersuchungen, das Beamtenstatusgesetz, das Seearbeitsgesetz und das RV-Leistungsverbesserungsgesetz (Rente mit 63 Jahren). Das vom Deutschen Bundestag mit Wirkung vom 1. Januar 2015 am 4. Dezember 2014 verabschiedete Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf BGBl. I Nr. 64 vom 31. 12. 2014, S. 2462 ff.) konnte noch berücksichtigt werden.

Die Neuauflage berücksichtigt die mir bis Ende Dezember 2014 zugängliche, wiederum sehr umfangreiche arbeitsrechtliche Literatur und Rechtsprechung.

Meinen Söhnen Regierungsdirektor Thomas Lepke und Dr. med. Andreas Lepke, Facharzt für Urologie, möchte ich für ihre Hilfe danken.

Berlin, im Januar 2015

Achim Lepke

Inhaltsübersicht

	Seite
Vorwort zur 16. Auflage.	V
Vorwort zur 15. Auflage.	VI
Inhaltsverzeichnis.	IX
Abkürzungsverzeichnis.	XVII
Schrifttumsverzeichnis.	XXIX

A. Aufgabenstellung und Abgrenzung

I. Einführung.	1
II. Aufgabe.	19
III. Abgrenzung.	21

B. Krankheitsbegriff

I. Medizinischer Krankheitsbegriff.	73
II. Krankheit und Arbeitsunfähigkeit.	78
III. Besondere Fälle krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit.	87

C. Krankheit als Kündigungsgrund

I. Kündigung trotz Krankheit.	109
II. Fristgemäße Kündigung durch den Arbeitgeber.	131
III. Fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber.	359
IV. Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen.	388
V. Insbesondere Kündigung durch den Arbeitgeber bei Suchterkrankungen des Arbeitnehmers.	411
VI. AIDS als Beendigungsgrund.	486
VII. Hepatitis-Infektionen und Kündigung.	526
VIII. Kündigung durch den Arbeitnehmer.	537
IX. Besondere Arbeitnehmergruppen.	540
X. Klagfrist des § 4 KSchG.	578

D. Kündigung wegen Pflichtverletzungen bei Krankheit

I. Krankmeldung.	583
II. Nachweis der Krankheit.	591

	Seite
III. Anzeige- und Nachweispflichten bei Erkrankungen im Ausland	677
IV. Pflicht des Arbeitnehmers zu gesundheits- und heilungsförderndem Verhalten?	682
V. Rückmeldepflicht	686
VI. Kündigung durch den Arbeitgeber	690
 E. Gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Wiedereinstellungsanspruch 	
I. Auflösungsantrag und Abfindungsanspruch	755
II. Wiedereinstellungsanspruch	762
 F. Folgen einer Kündigung wegen Krankheit 	
I. Fortzahlung der Vergütung	789
II. Krankheit durch Kündigung	797
III. Urlaubsanspruch oder -abgeltung	803
IV. Rückzahlung und Kürzung sog. freiwilliger Leistungen des Arbeitgebers	808
V. Weitere Beendigungsfolgen	818
Sachverzeichnis	829

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort zur 16. Auflage	V
Vorwort zur 15. Auflage	VI
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Schrifttumsverzeichnis	XXIX

A. Aufgabenstellung und Abgrenzung

I. Einführung	1
II. Aufgabe	19
III. Abgrenzung	21
1. zum befristeten Arbeitsvertrag	21
2. zum auflösend bedingten Arbeitsvertrag	32
3. zur Anfechtung	37
a) Allgemeines	37
b) Irrtumsanfechtung	38
c) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	42
aa) insbesondere Auskunftspflicht	42
aaa) Krankheiten	46
bbb) Rauchen	56
ccc) Schwerbehinderung	57
ddd) Schwangerschaft	60
bb) insbesondere Mitteilungspflicht	65
cc) Anfechtung selbst	70

B. Krankheitsbegriff

I. Medizinischer Krankheitsbegriff	73
II. Krankheit und Arbeitsunfähigkeit	78
1. Allgemeines	79
2. Insbesondere Erwerbsunfähigkeit und verminderte Erwerbsfähigkeit	84
3. Weitere Aspekte	86
III. Besondere Fälle krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit	87
1. Transsexualität	87
2. Alkohol- und Drogensucht	88

	Seite
a) Alkoholismus	90
b) Drogenabhängigkeit	91
3. Nikotinabhängigkeit	92
a) Aktivrauchen	92
b) Passivrauchen	94
4. Glücksspielsucht	99
5. Computerspiel- und Internetabhängigkeit, Mediensucht	102
6. Essstörungen	103
7. Arbeitssucht	104
8. Kaufsucht	105
9. Sonstiges	105

C. Krankheit als Kündigungsgrund

I. Kündigung trotz Krankheit	109
1. Vorbemerkungen	109
a) Allgemeines	109
b) ILO-Übereinkommen Nr. 158	111
c) Europäische Sozialcharta	111
d) Charta der Grundrechte der EU	112
e) Richtlinie 2000/78/EG und AGG	113
f) Kodifizierungsbestreben	122
2. Tarifvertragliche Bestimmungen	126
II. Fristgemäße Kündigung durch den Arbeitgeber	131
1. Allgemeines	131
a) Bestandsschutz nach dem KSchG	133
b) Kündigungsschutz außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG?	134
c) Kündigung als personenbedingter Entlassungsgrund	142
2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung	149
3. Erkundigungspflicht des Arbeitgebers?	155
4. Auskunftspflicht des Arbeitnehmers?	160
5. Einzelne Gesichtspunkte	162
a) Lang anhaltende Krankheit	165
aa) Begriff und Beispiele	165
bb) Bevorstehende Heilbehandlung	171
cc) Transsexualität	172
dd) Ansteckende oder ekelerregende Krankheiten	173
ee) Zeitliche Konkretisierung	174
ff) Dauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit	179
gg) Unionsrechtliche Vorgaben	185
b) Häufige Krankheiten und Wiederholungsgefahr	186
aa) Allgemeine Voraussetzungen	186

	Seite
bb) Beispiele	190
cc) Abmahnungserfordernis?	195
dd) Kenntnis des Arbeitgebers von chronischer Erkrankung . . .	196
ee) Wiederholungsgefahr	198
ff) Anrechenbare Fehlzeiten	203
gg) Unionsrechtliche Aspekte	207
hh) Zwischenbetrachtung	207
c) Minderung der Leistungsfähigkeit	209
aa) Personen- oder verhaltensbedingter Entlassungsgrund	209
bb) Altersbedingte Leistungsminderung	218
d) Sonstige maßgebliche Umstände	231
aa) Verschulden des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers	237
bb) Betriebsunfall	241
cc) Länge der Betriebszugehörigkeit und Lebensalter	245
dd) Familiäre Verhältnisse	248
ee) Betriebsgröße und Störung des Betriebsablaufes	251
ff) Vergütungsfortzahlungskosten	261
gg) Urlaubsansprüche bzw. Urlaubsabgeltung	256
hh) Ver- oder Umsetzung vor der Kündigung	280
ii) Betriebliches Eingliederungsmanagement	295
6. Zwischenbetrachtung	308
7. Soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung?	309
a) § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG in der bis zum 30. 9. 1996 geltenden Fassung	310
b) § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG in der Fassung vom 1. 10. 1996 bis zum 31. 12. 1998	313
c) Fassung des § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG bis zum 31. 12. 2003 . .	314
d) Geltendes Recht	315
8. Darlegungs- und Beweislast	320
a) Vorbemerkungen	320
b) Negative Gesundheitsprognose	321
c) Insbesondere Anscheinsbeweis	335
d) Benachteiligung aus Gründen einer Behinderung	341
e) Betriebliche Beeinträchtigungen und unzumutbare wirtschaftliche Belastungen	344
f) Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit	346
g) Unterlassen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements	347
h) Interessenabwägung	352
9. Fehlzeiten bedingende Krankheiten naher Angehöriger	353
III. Fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber	359
1. Allgemeines	359
2. Grundsätze nach bisherigem Recht	362
3. Grundsätze nach geltendem Recht	363

	Seite
4. Beispiele aus der Rechtsprechung	370
a) Fristgerecht kündbare Arbeitnehmer	370
b) Fristgerecht unkündbare Arbeitnehmer	372
c) Stellungnahme zur Fallgruppe b)	375
5. Kündigungserklärungsfrist	384
6. Darlegungs- und Beweislast	387
IV. Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen	388
1. Vorbemerkungen	388
2. Art und Umfang der Mitwirkung	391
a) Meinungsstand	391
b) Stellungnahme	392
c) Beteiligung bei fristgerecht unkündbaren Arbeitnehmern	401
d) Personalaktenvorlage	401
e) Nachschieben von Kündigungsgründen.	402
f) Sprecherausschuss der leitenden Angestellten	404
g) Anhörung bei Kündigungen vor Ablauf der Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG	404
3. Widerspruch der Arbeitnehmervertretung und Weiterbeschäftigungsanspruch	405
4. Besonderheiten in Tendenzbetrieben.	408
a) Privatwirtschaft.	408
b) Öffentlicher Dienst.	410
V. Insbesondere Kündigung durch den Arbeitgeber bei Suchterkrankungen des Arbeitnehmers	411
1. Kündigung wegen Trunksucht	411
a) Allgemeines	411
b) Statistisches	413
c) Rechtsprechungsübersicht	417
aa) Instanzgerichte	418
bb) Bundesarbeitsgericht	423
d) Ordentliche fristgerechte Entlassung	427
aa) Allgemeines	427
bb) Personen- und/oder verhaltensbedingte Entlassungsgründe	434
cc) Alkoholsucht und Verschulden	442
dd) Therapieangebot durch den Arbeitgeber?	449
ee) Rückfallgefahr	453
ff) Unkenntnis des Arbeitgebers von der Sucht des Arbeitnehmers	458
gg) Geeignete und zulässige Beweismittel	459
e) Außerordentliche fristlose Kündigung	462
2. Kündigung wegen Drogensucht.	463
a) Allgemeines	463

	Seite
b) Kündigung durch den Arbeitgeber	468
aa) Beispiele aus der Rechtsprechung	434
bb) Kündigungsgrundsätze	472
cc) Nachweis der Abhängigkeit	475
dd) Therapeutische Behandlung vor dem Kündigungsausspruch?	476
ee) Entlassung bei Nikotinabhängigkeit	478
ff) Kündigung bei Spielsucht	479
3. Resümee	480
VI. AIDS als Beendigungsgrund	486
1. Vorbemerkungen	486
2. Fristgerechte Kündigung durch den Arbeitgeber	498
a) Rechtstatsächliches	498
b) Gerechtfertigte oder sozialwidrige Kündigung	501
aa) Allgemeines	501
bb) Ansteckungsgefahr	504
c) Insbesondere Druckkündigung	514
d) Kündigung von Arbeitsverhältnissen ohne allgemeinen Bestandsschutz	519
3. Fristlose Kündigung	521
4. Vertragsanfechtung	522
VII. Hepatitis-Infektionen und Kündigung	526
1. Krankheitsbilder und Erscheinungsformen	526
a) Hepatitisvirus A (HAV)	526
b) Hepatitisvirus B (HBV)	527
c) Hepatitisvirus C (HCV)	528
d) Hepatitisvirus E (HEV)	529
e) Weitere Hepatitisviren	529
2. Prophylaxe und Therapiemöglichkeiten	530
3. Epidemiologie	531
4. Kündigung durch den Arbeitgeber	532
a) Rechtsprechung	532
b) Sozial gerechtfertigte Kündigung	534
aa) Allgemeines	534
bb) Einzelne Hepatitiden	534
cc) Sog. fristgerecht unkündbare Arbeitnehmer	537
VIII. Kündigung durch den Arbeitnehmer	537
IX. Besondere Arbeitnehmergruppen	540
1. Schwerbehinderte	540
a) Ordentliche Kündigung	540
aa) Allgemeine Voraussetzungen	540

bb)	Insbesondere § 173 Abs. 3 SGB IX	545
cc)	Weitere Fälle entbehrlicher behördlicher Zustimmung	551
dd)	Zustimmungserfordernis bei dauernder völliger Arbeitsunfähigkeit	553
ee)	Entscheidung des Integrationsamtes	554
b)	Außerordentliche und fristlose Kündigung	561
c)	Kündigung nach erteilter Zustimmung	564
2.	Mutterschutz und Elternzeit	569
X.	Klagefrist des § 4 KSchG	578
1.	Grundsätzliches	578
2.	Nachträgliche Zulassung der Klage	580

D. Kündigung wegen Pflichtverletzungen bei Krankheit

I.	Krankmeldung	583
1.	Vorbemerkung	583
2.	Einzelheiten	583
II.	Nachweis der Krankheit	591
1.	Allgemeines	591
2.	Einzelheiten	591
a)	Art, Umfang und Zeitpunkt der Nachweispflicht	591
b)	Frühere Attestvorlage	600
c)	Folgebescheinigung	607
d)	Inhalt und Kosten des Attestes	609
e)	Auszubildende	611
f)	Kapitäne und Besatzungsmitglieder von Schiffen	611
g)	Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation. ...	611
h)	Unabdingbarkeit	612
3.	Bedeutung der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	614
a)	Beweiswert.	614
aa)	inländischer Atteste	614
bb)	ausländischer Atteste	632
aaa)	aus Staaten, die nicht Mitglieder der Europäischen Union sind	632
bbb)	aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union bzw. EWR-Staaten	635
cc)	Zwischenbetrachtung	644
b)	§ 31 Bundesmantelvertrag-Ärzte/Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie ...	645
c)	Widersprüchliche Atteste	647
d)	Ärztliches Attest als Parteierklärung im Prozess	648
e)	Untersuchung durch den Medizinischen Dienst	649

	Seite
f) Arzt als Zeuge im Prozess.	658
4. Ärztliche Untersuchungen auf Geheiß des Arbeitgebers.	663
III. Anzeige- und Nachweispflichten bei Erkrankungen im Ausland	677
1. Gesetzliche Regelung	677
2. Vereinfachtes Verfahren	679
IV. Pflicht des Arbeitnehmers zu gesundheits- und heilungsförderndem Verhalten?	682
V. Rückmeldepflicht	686
VI. Kündigung durch den Arbeitgeber	690
1. bei Verletzung von Nebenpflichten	690
a) Nichtbeachtung von Anzeige- und Nachweispflichten.	690
b) Weitere Einzelheiten	698
2. bei Verhinderung der Gesundheitsförderung?	707
a) Beispiele aus der Rechtsprechung	707
b) Schrifttum	718
c) Stellungnahme und eigene Lösung.	720
aa) Der Arbeitnehmer verstößt nicht gegen ärztliche Anordnungen.	720
bb) Der Arbeitnehmer verhält sich nicht krankheitsgemäß	721
3. bei fehlendem Arbeitswillen	724
4. beim Verdacht, dass der Arbeitnehmer nicht krank ist.	733
a) Beispiele	733
b) Fristlose Entlassung.	738
c) Ordentliche Kündigung	750
5. Darlegungs- und Beweislast	751

E. Gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Wiedereinstellungsanspruch

I. Auflösungsantrag und Abfindungsanspruch	755
1. Auflösungsbegehren des Arbeitgebers	755
2. Auflösungsverlangen des Arbeitnehmers.	759
3. Auflösungsantrag beider Parteien.	761
II. Wiedereinstellungsanspruch	762
1. Vorbemerkungen	762
2. Judikatur	766
a) Bundesarbeitsgericht	767
b) Instanzgerichte	768
3. Auffassungen im Schrifttum	769

	Seite
4. Materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzungen	771
a) Individual- oder kollektiv-rechtliche Regelungen	771
b) Krankheitsbedingte Kündigung	773
c) Verdachtskündigung	776
d) Abfindungsvergleich	777
5. Ausgewählte prozessuale Fragen	778
a) Allgemeines	778
b) Klageart	779
c) Klageantrag	781
d) Frist zur Geltendmachung?	782
e) Darlegungs- und Beweislast	783
f) Urteil und Zwangsvollstreckung	785
6. Weiterbeschäftigungsverlangen von Auszubildenden nach § 78a BetrVG	786
F. Folgen einer Kündigung wegen Krankheit	
I. Fortzahlung der Vergütung	789
II. Krankheit durch Kündigung	797
III. Urlaubsanspruch oder -abgeltung	803
1. Allgemeines	803
2. Rechtsmissbräuchliches Urlaubsverlangen	805
3. Erlöschen des Anspruches	806
IV. Rückzahlung und Kürzung sog. freiwilliger Leistungen des Arbeitgebers	808
1. Rückzahlung	808
2. Kürzung	810
3. Sonstiges	817
V. Weitere Beendigungsfolgen	818
1. Zeugnisanspruch	818
2. Auskunft über den Arbeitnehmer	822
3. Ausschlussfristen und Krankheit	825
Sachverzeichnis	829