

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)

12., überarbeitete und wesentlich erweiterte 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/3 503 09077 0](http://ESV.info/3_503_09077_0)

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

ISBN-13: 978 3 503 09077 8
ISBN-10: 3 503 09077 0

Alle Rechte vorbehalten
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin 2006
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 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

Inhaltsverzeichnis

| | Seite | Rand- nummer |
|-------------------------------|-------|-----------------|
| Vorwort zur 12. Auflage | 5 | |
| Abkürzungsverzeichnis | 15 | |
| Schrifttumverzeichnis..... | 27 | |

A. Aufgabenstellung und Abgrenzung

| | | |
|---|-----|-------|
| I. Einführung | 75 | 1–16 |
| II. Aufgabe | 89 | 17–18 |
| III. Abgrenzung | 91 | 19–69 |
| 1. zum befristeten Arbeitsvertrag | 91 | 19–26 |
| 2. zum auflösend bedingten Arbeitsvertrag | 98 | 27–32 |
| 3. zur Anfechtung | 104 | 33–69 |
| a) Allgemeines | 104 | 33 |
| b) Irrtumsanfechtung | 105 | 34–37 |
| c) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung | 108 | 38–69 |
| aa) insbesondere Auskunftspflicht..... | 108 | 38–63 |
| aaa) Krankheiten | 112 | 42–46 |
| bbb) Rauchen | 116 | 47 |
| ccc) Schwerbehinderung | 117 | 48–54 |
| ddd) Schwangerschaft | 121 | 55–63 |
| bb) insbesondere Mitteilungspflicht..... | 129 | 64–67 |
| cc) Anfechtung selbst | 133 | 68–69 |

B. Krankheitsbegriff

| | | |
|--|-----|-------|
| I. Medizinischer Krankheitsbegriff | 135 | 71–74 |
| II. Krankheit und Arbeitsunfähigkeit | 138 | 75–81 |
| 1. Allgemeines | 139 | 76–78 |
| 2. Insbesondere Erwerbsunfähigkeit und verminderte Erwerbsfähigkeit | 142 | 79–80 |
| 3. Weitere Aspekte | 143 | 81 |
| III. Besondere Fälle krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit | 145 | 82–97 |
| 1. Transsexualität | 145 | 82 |
| 2. Alkohol- und Drogensucht | 146 | 83–85 |
| a) Alkoholismus | 147 | 84 |
| b) Drogenabhängigkeit | 148 | 85 |

| | Seite | Rand- nummer |
|--------------------------------|-------|-----------------|
| 3. Nikotinabhängigkeit | 149 | 86– 92 |
| a) Aktivrauchen | 150 | 88 |
| b) Passivrauchen | 151 | 89– 92 |
| 4. Glücksspielsucht | 155 | 93 |
| 5. Internet-Abhängigkeit | 156 | 94 |
| 6. Sonstiges | 156 | 95– 97 |

C. Krankheit als Kündigungsgrund

| | | |
|--|-----|---------|
| I. Kündigung trotz Krankheit | 159 | 98–110 |
| 1. Allgemeines | 159 | 98–104 |
| 2. Tarifvertragliche Bestimmungen | 164 | 105–110 |
| II. Fristgemäße Kündigung durch den Arbeitgeber | 169 | 111–261 |
| 1. Allgemeines | 169 | 111–123 |
| a) Bestandsschutz nach dem KSchG | 170 | 113 |
| b) Kündigungsschutz außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG? | 171 | 114–116 |
| c) Kündigung als personenbedingter Entlassungsgrund .. | 177 | 117–123 |
| 2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung | 183 | 124–127 |
| 3. Erkundigungspflicht des Arbeitgebers? | 189 | 128–131 |
| 4. Auskunftspflicht des Arbeitnehmers? | 194 | 132–136 |
| 5. Einzelne Gesichtspunkte | 196 | 137–218 |
| a) Langanhaltende Krankheit | 198 | 138–150 |
| aa) Begriff und Beispiele | 198 | 138–140 |
| bb) Bevorstehende Heilbehandlung | 203 | 141 |
| cc) Transsexualität | 204 | 142 |
| dd) Ansteckende oder ekelerregende Krankheiten .. | 205 | 143 |
| ee) Zeitliche Konkretisierung | 205 | 144–146 |
| ff) Dauernde krankheitsbedingte Arbeits- unfähigkeit | 210 | 147–150 |
| b) Häufige Krankheiten und Wiederholungsgefahr | 214 | 151–162 |
| aa) Allgemeine Voraussetzungen | 215 | 152–153 |
| bb) Beispiele | 218 | 154 |
| cc) Abmahnungserfordernis? | 222 | 155 |
| dd) Kenntnis des Arbeitgebers von chronischer Erkrankung | 223 | 156 |
| ee) Wiederholungsgefahr | 224 | 157–160 |
| ff) Anrechenbare Fehlzeiten | 227 | 161 |
| gg) Zwischenbetrachtung | 231 | 162 |
| c) Minderung der Leistungsfähigkeit | 232 | 163–176 |
| aa) Personen- oder verhaltensbedingter Ent- lassungsgrund | 232 | 163–165 |

Inhaltsverzeichnis

| | Seite | Rand- nummer |
|--|------------|-----------------|
| bb) Altersbedingte Leistungsminderung | 237 | 166–176 |
| d) Sonstige maßgebliche Umstände | 247 | 177–218 |
| aa) Verschulden des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers | 253 | 183–186 |
| bb) Betriebsunfall | 257 | 187–188 |
| cc) Länge der Betriebszugehörigkeit und Lebensalter | 260 | 189–190 |
| dd) Familiäre Verhältnisse | 262 | 191–192 |
| ee) Betriebsgröße und Störung des Betriebsablaufes | 264 | 193–198 |
| ff) Insbesondere Vergütungsfortzahlungskosten | 274 | 199–204 |
| gg) Ver- oder Umsetzung vor der Kündigung | 283 | 205–213 |
| hh) Betriebliches Eingliederungsmanagement | 292 | 214–218 |
| 6. Zwischenbetrachtung | 294 | 219 |
| 7. Soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung? | 295 | 220–234 |
| a) § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG in der bis zum 30. 9. 1996 geltenden Fassung | 297 | 223–227 |
| b) § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG in der Fassung vom 1. 10. 1996 bis zum 31. 12. 1998 | 300 | 228 |
| c) Fassung des § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG bis zum 31. 12. 2003 | 301 | 229 |
| d) Geltendes Recht | 302 | 230–234 |
| 8. Darlegungs- und Beweislast | 305 | 235–257 |
| a) Vorbemerkungen | 305 | 235 |
| b) Negative Gesundheitsprognose | 306 | 236–249 |
| c) Insbesondere Anscheinsbeweis | 317 | 250–252 |
| d) Betriebliche Beeinträchtigungen und unzumutbare wirtschaftliche Belastungen | 322 | 253–254 |
| e) Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit | 324 | 255–256 |
| f) Interessenabwägung | 325 | 257 |
| 9. Fehlzeiten bedingende Krankheiten näher Angehöriger | 325 | 258–261 |
| III. Fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber | 327 | 262–284 |
| 1. Allgemeines | 327 | 262–264 |
| 2. Grundsätze nach bisherigem Recht | 329 | 265–266 |
| 3. Grundsätze nach geltendem Recht | 330 | 267–272 |
| 4. Beispiele aus der Rechtsprechung | 336 | 273–279 |
| a) Fristgerecht kündbare Arbeitnehmer | 336 | 273 |
| b) Fristgerecht unkündbare Arbeitnehmer | 338 | 274 |
| c) Stellungnahme zur Fallgruppe b) | 340 | 275–279 |
| 5. Kündigungserklärungsfrist | 346 | 280–282 |
| 6. Darlegungs- und Beweislast | 349 | 283–284 |

| | Seite | Rand- nummer |
|--|-------|-----------------|
| IV. Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen | 350 | 285–311 |
| 1. Vorbemerkungen | 350 | 285–288 |
| 2. Art und Umfang der Mitwirkung | 352 | 289–303 |
| a) Meinungsstand | 352 | 289 |
| b) Stellungnahme | 353 | 290–298 |
| c) Beteiligung bei fristgerecht unkündbaren Arbeitnehmern | 359 | 299 |
| d) Personalaktenvorlage | 360 | 300 |
| e) Nachschieben von Kündigungsgründen | 361 | 301 |
| f) Sprecherausschuss der leitenden Angestellten | 362 | 302 |
| g) Anhörung bei Kündigungen vor Ablauf der Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG | 362 | 303 |
| 3. Widerspruch der Arbeitnehmervertretung und Weiterbeschäftigungsanspruch | 363 | 304 |
| 4. Besonderheiten in Tendenzbetrieben | 366 | 305–311 |
| a) Privatwirtschaft | 366 | 305–310 |
| b) Öffentlicher Dienst | 368 | 311 |
| V. Insbesondere Kündigung durch den Arbeitgeber bei Suchterkrankungen des Arbeitnehmers | 369 | 312–357 |
| 1. Kündigung wegen Trunksucht | 369 | 312–339 |
| a) Allgemeines | 369 | 312–313 |
| b) Statistisches | 371 | 314–317 |
| c) Rechtsprechungsübersicht | 374 | 318–320 |
| aa) Instanzgerichte | 375 | 319 |
| bb) Bundesarbeitsgericht | 379 | 320 |
| d) Ordentliche fristgerechte Entlassung | 381 | 321–338 |
| aa) Allgemeines | 381 | 321–322 |
| bb) Personen- und/oder verhaltensbedingte Entlassungsgründe | 386 | 323–327 |
| cc) Alkoholsucht und Verschulden | 393 | 328–331 |
| dd) Therapieangebot durch den Arbeitgeber? | 399 | 332 |
| ee) Rückfallgefahr | 402 | 333–334 |
| ff) Unkenntnis des Arbeitgebers von der Sucht des Arbeitnehmers | 406 | 335 |
| gg) Geeignete und zulässige Beweismittel | 407 | 336–338 |
| e) Außerordentliche fristlose Kündigung | 409 | 339 |
| 2. Kündigung wegen Drogensucht | 411 | 340–354 |
| a) Allgemeines | 411 | 340–345 |
| b) Kündigung durch den Arbeitgeber | 414 | 346–354 |
| aa) Beispiele aus der Rechtsprechung | 415 | 347 |
| bb) Kündigungsgrundsätze | 417 | 348–349 |
| cc) Nachweis der Abhängigkeit | 419 | 350 |

| | Seite | Rand- nummer |
|--|------------|-----------------|
| dd) Therapeutische Behandlung vor dem Kündigungsausspruch? | 420 | 351–352 |
| ee) Entlassung bei Nikotinabhängigkeit | 422 | 353 |
| ff) Kündigung bei Spielsucht | 422 | 354 |
| 3. Resümee | 423 | 355–357 |
| VI. AIDS als Beendigungsgrund | 427 | 358–395 |
| 1. Vorbemerkungen | 427 | 358–372 |
| 2. Fristgerechte Kündigung durch den Arbeitgeber | 438 | 373–386 |
| a) Rechtstatsächliches | 438 | 373–374 |
| b) Gerechtfertigte oder sozialwidrige Kündigung | 440 | 375–386 |
| aa) Allgemeines | 440 | 375 |
| bb) Ansteckungsgefahr | 442 | 376–381 |
| c) Insbesondere Druckkündigung | 450 | 382–385 |
| d) Kündigung von Arbeitsverhältnissen ohne allgemeinen Bestandsschutz | 455 | 386 |
| 3. Fristlose Kündigung | 456 | 387–389 |
| 4. Vertragsanfechtung | 457 | 390–395 |
| VII. Kündigung durch den Arbeitnehmer | 460 | 396–401 |
| VIII. Besondere Arbeitnehmergruppen | 463 | 402–443 |
| 1. Schwerbehinderte | 463 | 402–430 |
| a) Ordentliche Kündigung | 463 | 402–421 |
| aa) Allgemeine Voraussetzungen | 463 | 402–405 |
| bb) Insbesondere § 90 Abs. 2 a SGB IX | 467 | 406–412 |
| cc) Weitere Fälle entbehrlicher behördlicher Zustimmung | 470 | 413–415 |
| dd) Zustimmungserfordernis bei dauernder völliger Arbeitsunfähigkeit | 472 | 416 |
| ee) Entscheidung des Integrationsamtes | 472 | 417–421 |
| b) Außerordentliche und fristlose Kündigung | 476 | 422–426 |
| c) Kündigung nach erteilter Zustimmung | 479 | 427–430 |
| 2. Mutterschutz und Elternzeit | 482 | 431–443 |
| IX. Klagefrist des § 4 KSchG | 489 | 444–450 |
| 1. Grundsätzliches | 489 | 444–447 |
| 2. Nachträgliche Zulassung der Klage | 490 | 448–450 |

D. Kündigung wegen Pflichtverletzungen bei Krankheit

| | | |
|------------------------------|------------|----------------|
| I. Krankmeldung | 493 | 452–461 |
| 1. Vorbemerkung | 493 | 452 |
| 2. Einzelheiten | 493 | 453–461 |

| | Seite | Rand- nummer |
|--|-------|-----------------|
| II. Nachweis der Krankheit | 499 | 462–537 |
| 1. Allgemeines | 499 | 462 |
| 2. Einzelheiten | 499 | 463–489 |
| a) Art, Umfang und Zeitpunkt der Nachweispflicht. | 499 | 463–472 |
| b) Frühere Attestvorlage | 506 | 473–477 |
| c) Folgebescheinigung | 512 | 478–479 |
| d) Inhalt und Kosten des Attestes | 513 | 480–483 |
| e) Auszubildende | 515 | 484 |
| f) Kapitäne und Besatzungsmitglieder von Schiffen | 515 | 485 |
| g) Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation | 515 | 486 |
| h) Unabdingbarkeit | 516 | 487–489 |
| 3. Bedeutung der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung | 518 | 490–526 |
| a) Beweiswert | 518 | 490–526 |
| aa) inländischer Atteste | 518 | 490–499 |
| bb) ausländischer Atteste | 534 | 500–508 |
| aaa) aus Staaten, die nicht Mitglieder der Europäischen Union sind | 534 | 500–501 |
| bbb) aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union bzw. EWR-Staaten | 536 | 502–508 |
| cc) Zwischenbetrachtung | 544 | 509 |
| b) § 31 Bundesmantelvertrag-Ärzte/ Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien | 544 | 510–513 |
| c) Widersprüchliche Atteste | 547 | 514 |
| d) Ärztliches Attest als Parteierklärung im Prozess | 548 | 515 |
| e) Untersuchung durch den Medizinischen Dienst | 548 | 516–521 |
| f) Arzt als Zeuge im Prozess | 556 | 522–526 |
| 4. Ärztliche Untersuchungen auf Geheiß des Arbeitgebers | 560 | 527–537 |
| III. Anzeige- und Nachweispflichten bei Erkrankungen im Ausland | 571 | 538–542 |
| 1. Gesetzliche Regelung | 571 | 538–540 |
| 2. Vereinfachtes Verfahren | 573 | 541–542 |
| IV. Pflicht des Arbeitnehmers zu gesundheits- und heilungsförderndem Verhalten? | 575 | 543–545 |
| V. Rückmeldepflicht | 579 | 546–548 |
| VI. Kündigung durch den Arbeitgeber | 583 | 549–603 |
| 1. bei Verletzung von Nebenpflichten | 583 | 549–563 |
| a) Nichtbeachtung von Anzeige- und Nachweis- pflichten | 583 | 549–552 |

| | Seite | Rand- nummer |
|--|-------|-----------------|
| b) Weitere Einzelheiten | 588 | 553–563 |
| 2. bei Verhinderung der Gesundheitsförderung? | 595 | 564–575 |
| a) Beispiele aus der Rechtsprechung | 595 | 564–567 |
| b) Schrifttum | 605 | 568 |
| c) Stellungnahme und eigene Lösung | 606 | 569–575 |
| aa) Der Arbeitnehmer verstößt nicht gegen ärztliche Anordnungen | 606 | 569 |
| bb) Der Arbeitnehmer verhält sich nicht krankheitsgemäß | 607 | 570–575 |
| 3. bei fehlendem Arbeitswillen | 611 | 576–582 |
| 4. beim Verdacht, dass der Arbeitnehmer nicht krank ist | 618 | 583 |
| a) Beispiele | 619 | 584–588 |
| b) Fristlose Entlassung | 622 | 589–599 |
| c) Ordentliche Kündigung | 631 | 600 |
| 5. Darlegungs und Beweislast | 632 | 601–603 |

E. Gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Wiedereinstellungsanspruch

| | | |
|--|------------|----------------|
| I. Auflösungsantrag und Abfindungsanspruch | 637 | 604–613 |
| 1. Auflösungsbegehren des Arbeitgebers | 637 | 604–609 |
| 2. Auflösungsverlangen des Arbeitnehmers | 640 | 610–612 |
| 3. Auflösungsantrag beider Parteien | 642 | 613 |
| II. Wiedereinstellungsanspruch | 643 | 614–653 |
| 1. Vorbemerkungen | 643 | 614–619 |
| 2. Judikatur | 646 | 620–628 |
| a) Bundesarbeitsgericht | 646 | 621–624 |
| b) Instanzgerichte | 648 | 625–628 |
| 3. Auffassungen im Schrifttum | 649 | 629–630 |
| 4. Materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzungen | 651 | 631–637 |
| a) Individual- oder kollektiv-rechtliche Regelungen | 651 | 631–632 |
| b) Krankheitsbedingte Kündigung | 652 | 633–635 |
| c) Verdachtskündigung | 654 | 636 |
| d) Abfindungsvergleich | 655 | 637 |
| 5. Ausgewählte prozessuale Fragen | 656 | 638–653 |
| a) Allgemeines | 656 | 638–640 |
| b) Klageart | 657 | 641–642 |
| c) Klageantrag | 658 | 643 |
| d) Frist zur Geltendmachung? | 659 | 644–646 |
| e) Darlegungs- und Beweislast | 660 | 647–649 |
| f) Urteil und Zwangsvollstreckung | 662 | 650–653 |

| | Seite | Rand- nummer |
|--|-------|-----------------|
| F. Folgen einer Kündigung wegen Krankheit | | |
| I. Fortzahlung der Vergütung | 665 | 654–663 |
| II. Krankheit durch Kündigung | 673 | 664–668 |
| III. Urlaubsanspruch oder -abgeltung | 676 | 669–682 |
| 1. Allgemeines | 676 | 669 |
| 2. Rechtsmissbräuchliches Urlaubsverlangen | 677 | 670–675 |
| 3. Erlöschen des Anspruches | 682 | 676–682 |
| IV. Rückzahlung sog. freiwilliger Leistungen des Arbeitgebers | 692 | 683–691 |
| V. Weitere Beendigungsfolgen | 699 | 692–700 |
| 1. Zeugnisanspruch | 699 | 692–694 |
| 2. Auskunft über den Arbeitnehmer | 702 | 695–696 |
| 3. Ausschlussfristen und Krankheit | 705 | 697–700 |
| Sachverzeichnis | 707 | |