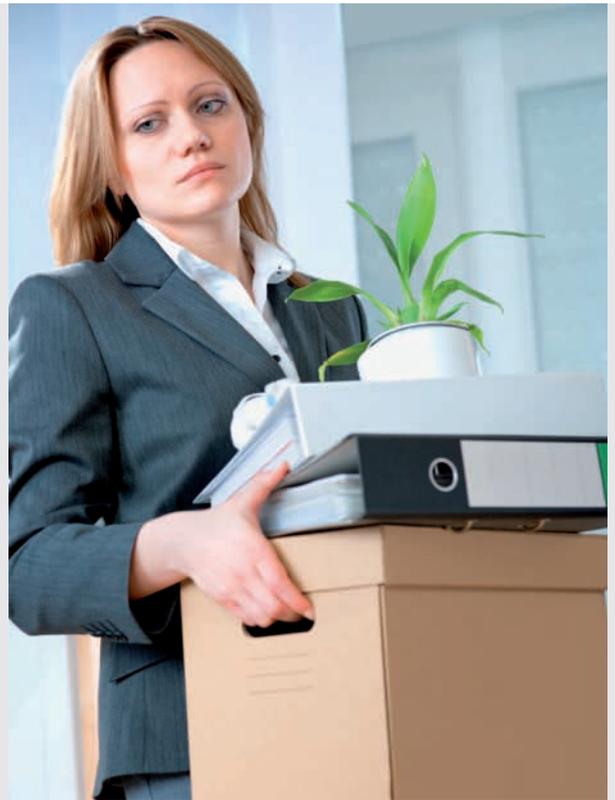


# Jung, dynamisch und gesund?

## Die krankheitsbedingte Kündigung

Jung, dynamisch und gesund – so sollen Arbeitnehmer sein. Stellen sich Krankheiten ein, dann greifen Arbeitgeber immer wieder zum Mittel der krankheitsbedingten Kündigung. Marc-Oliver Schulze stellt dar, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen Krankheit kündigen kann.



Es ist ein weit verbreiteter Irrtum, dass eine Kündigung wegen einer Krankheit des Arbeitnehmers nicht möglich ist. Denn auch wegen der Arbeitsunfähigkeit kann der Arbeitgeber unter Umständen eine Kündigung aussprechen. Allerdings ist die krankheitsbedingte Kündigung als Unterfall der personenbedingten Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG (Kündigungsschutzgesetz) nur unter sehr eng begrenzten Voraussetzungen zulässig.

Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu ein dreistufiges Prüfungsschema erstellt. Auf der ersten Stufe ist die negative Zukunftsprognose zu klären, auf der zweiten Stufe die Beeinträchtigung betrieblicher Interessen und auf der dritten Stufe die Verhältnismäßigkeit der Kündigung. Dieses Prüfungsschema ist auf die verschiedenen Fallgruppen der krankheitsbedingten Kündigung (häufige Kurzerkrankungen, Lang-

zeiterkrankungen und dauerhafte Arbeitsunfähigkeit) anzuwenden.

### Negative Prognose

Die soziale Rechtfertigung einer Arbeitgeberkündigung ist zukunftsgerichtet. Bei der krankheitsbedingten Kündigung stellt sich deshalb die Frage, ob der Arbeitnehmer in naher Zukunft wieder für den Arbeitgeber zur Verfügung steht. Der Arbeitgeber hat im Kündigungsschutzprozess daher eine negative Prognose vorzutragen.

Bei häufigen Kurzerkrankungen hat der Arbeitgeber darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, in welchem Umfang mit weiteren Erkrankungen in der Zukunft zu rechnen ist. Indizien hierfür sind die Krankheitszeiten in der Vergangenheit – der Arbeitgeber kann sich zunächst darauf beschränken, diese anzuführen. Der Arbeitnehmer hat jedoch die Möglichkeit, die Indizwirkung zu widerlegen, beispielsweise durch ein Beweisangebot des behandelnden Arztes. Wann häufige Kurzerkrankungen vorliegen, die eine krankheitsbedingte Kündigung rechtfertigen, kann nicht pauschal beantwortet werden. Die hierzu ergangenen Entscheidungen der Instanzgerichte und auch des Bundesarbeitsgerichts sind Einzelfallentscheidungen. Jahrelange Krank-

heitszeiten von sechs Wochen im Jahr dürften als Indiz ausreichen, wobei nachweislich ausgeheilte Krankheiten sowie auf einmaligen Ursachen beruhende Sachverhalte herauszurechnen sind.

Bei einer Langzeiterkrankung hingegen wird nicht auf die Dauer der Erkrankung in der Vergangenheit abgestellt. Vielmehr ist zu prüfen, wann eine Wiederherstellung der Arbeitskraft zu erwarten ist. Wenn beispielsweise eine Kur ansteht, dann hat der Arbeitgeber zunächst abzuwarten, ob sich dadurch eine Besserung einstellt – eine vorher ausgesprochene Kündigung dürfte sozialwidrig sein.

Wenn der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung dauerhaft nicht erbringen kann, ist der Arbeitgeber berechtigt, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Das Gleiche gilt, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit noch völlig ungewiss ist und die Krankheit bereits längere Zeit andauert hat. Eine negative Prognose hat das Bundesarbeitsgericht (Urteil vom 19.05.1993 – 2 AZR 539/92) beispielsweise bei einer mehr als zweijährigen ununterbrochenen krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit eines Versicherungsangestellten bejaht. Dieser hatte erfolglos an Heilbehandlungsmaßnahmen teilgenommen.



Marc-Oliver Schulze  
ist Fachanwalt  
für Arbeitsrecht in Nürnberg  
[www.br-anwaelte.de](http://www.br-anwaelte.de)

## Betriebliche Beeinträchtigungen

Auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob die häufigen Fehlzeiten bzw. die Ungewissheit der Rückkehr auf den Arbeitsplatz zu erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen führen.

Betriebliche Auswirkungen können Betriebsablaufstörungen sein – etwa wenn ein Produktionsrückgang zu verzeichnen ist, weil häufig sehr kurzfristig Ersatzpersonal eingearbeitet werden muss oder wenn die anderen Beschäftigten stetig überlastet sind. Es reicht aber nicht aus, wenn es nur gelegentlich zu Überstunden von Mitarbeitern kommt.

Auch wirtschaftliche Auswirkungen können vom Arbeitgeber geltend gemacht werden. Der häufigste Fall ist die Belastung des Arbeitgebers durch Lohnfortzahlungskosten. Nach der gesetzlichen Wertung ist es dem Arbeitgeber zumutbar, Entgeltfortzahlung für einen Arbeitnehmer für bis zu sechs Wochen im Jahr zu leisten. Erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen sieht das Bundesarbeitsgericht deshalb erst bei einer Überschreitung dieses Zeitraums an.

Wenn vertragliche oder tarifvertragliche Vereinbarungen längere Zeiträume für die Entgeltfortzahlung vorsehen, führt dies grundsätzlich nicht zu einem stärkeren Kündigungsschutz. Dies wäre allenfalls dann anders zu beurteilen, wenn durch diese Regelung auch ein verstärkter Kündigungsschutz beabsichtigt werden sollte.

Bei Dauererkrankungen wird die betriebliche Beeinträchtigung nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 29.10.1998 – 2 AZR 666/97) grundsätzlich vermutet.

## Verhältnismäßigkeit und BEM

Selbst bei Vorliegen einer negativen Prognose und betrieblichen Beeinträchtigungen kann eine krankheitsbedingte Kündigung nur dann ausgesprochen werden, wenn es kein milderes Mittel gibt. Ein solches kann das BEM, das betriebliche Eingliederungsmanagement, sein. Dieses hat der Arbeitgeber durchzuführen, wenn ein Arbeitnehmer im Laufe eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist. Ziel des betrieblichen Eingliederungsmanagements ist es, die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu überwinden, einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und den Arbeitsplatz zu erhalten.

Die Unterlassung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements führt zwar nicht automatisch zur Sozialwidrigkeit der Kündigung, jedoch kann sich der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess nicht pauschal darauf zurückziehen, dass er keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den kranken Arbeitnehmer kennt. Denn auch wenn das betriebliche Eingliederungsmanagement im SGB (Sozialgesetzbuch) IX geregelt ist, welches sich mit der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen befasst, gilt es für alle Arbeitnehmer und in allen Betrieben. Gleichwohl sollte ein dauerhaft kranker Arbeitnehmer einen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter in Betracht ziehen, um den Sonderkündigungsschutz gemäß § 85 SGB IX zu erlangen. Hier kann es sich empfehlen, gleichzeitig mit dem Antrag auf Anerkennung einer Schwerbehinderung einen Antrag auf Gleichstellung zu stellen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Feststellung eines Grades der Behinderung (GdB) von 50 unwahrscheinlich ist, aber von zumindest 30 in Betracht kommt.

## Interessenabwägung

Bei jeder Kündigung ist eine Abwägung der Interessen im Einzelfall vorzunehmen. Bei einer krankheitsbedingten Kündigung ist neben den sozialen Daten wie Alter, Schwerbehinderteneigenschaft und Unterhaltsverpflichtungen der genaue Umfang der Lohnfortzahlungszeiten, die Ursache der Krankheit und die Zumutbarkeit von weiteren Überbrückungsmaßnahmen für den Arbeitgeber zu Grunde zu legen. Besonders strenge Maßstäbe werden für den Arbeitgeber angelegt, wenn die Erkrankung ursächlich auf der vom Arbeitnehmer ausgeübten Beschäftigung beruht, also eine Berufskrankheit vorliegt.

## (Vermeintliche) Minderleistungen

Schon seit längerer Zeit ist die Tendenz bei Arbeitgebern zu beobachten, vermeintlich leistungsschwache Arbeitnehmer, im Sprachgebrauch vieler Unternehmen als „Low Performer“ bezeichnet, personen- oder verhaltensbedingt zu kündigen. Hier können leicht Arbeitnehmer unter die Räder geraten, die krankheitsbedingt zwar nicht arbeitsunfähig, aber in ihrer Leistungsfähigkeit gemindert sind. Zwar gilt der Grundsatz, dass der Arbeitnehmer nur tun

muss, was er soll – und zwar, so gut er kann. Eine personenbedingte Kündigung kommt nach der Rechtsprechung jedoch dann in Betracht, wenn das Verhältnis von Arbeitsleistung und Entgelt derart gestört ist, dass von einer fehlenden persönlichen Eignung des Arbeitnehmers für die weitere Arbeitsleistung auszugehen ist. Die Abgrenzung ist im Einzelfall schwierig.

## Rechte des Betriebsrats

Im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements ist der Betriebsrat gemäß § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX einzubeziehen.

Vor dem Ausspruch einer Kündigung ist der Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG anzuhören. Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat hierbei nicht nur die bisherigen Fehlzeiten und die Art der Erkrankung mitzuteilen, sondern auch die betrieblichen Beeinträchtigungen, welche infolge der Fehlzeiten entstanden sind und/oder mit denen nach Auffassung des Arbeitgebers in naher Zukunft zu rechnen ist. Hierbei kann der Arbeitgeber einen subjektiven Maßstab ansetzen. Im folgenden Kündigungsschutzprozess kann sich der Arbeitgeber jedoch nur auf die Gründe stützen, die er zuvor dem Betriebsrat mitgeteilt hatte.

Bei der Kündigung eines schwerbehinderten Beschäftigten ist zuvor die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen. Es steht dem Arbeitgeber frei, ob er den Betriebsrat vor dem Zustimmungsverfahren beim Integrationsamt oder erst danach anhört.

## Ausblick

Die Wirtschaftskrise mag zwar überwunden sein, die Arbeitgeber werden aber weiter versuchen, vermeintlich leistungsschwache Arbeitnehmer auch im Rahmen von krankheitsbedingten Kündigungen aus dem Unternehmen zu drängen. Dies muss sich kein Arbeitnehmer gefallen lassen. Häufig gibt es rechtliche Möglichkeiten, sich erfolgreich gegen eine Kündigung zu wehren.

Auf der anderen Seite sollte der Betriebsrat bereits im Vorfeld versuchen, Arbeitsbedingungen so mitzugestalten, dass es erst gar nicht zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Mitarbeiter kommt. Auch hier bestehen vielfältige Möglichkeiten, beispielsweise im Rahmen des Mitbestimmungsrechts zum Gesundheitsschutz gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. ■