



Mandanteninfo 04/2023: Kündigung wegen Krankheit

Bei vielen Arbeitnehmern besteht die fehlerhafte Vorstellung, dass man wegen einer Erkrankung und während einer Erkrankung nicht gekündigt werden könne.

Beides ist unrichtig und soll im Folgenden nach den Grundsätzen der Rechtsprechung dargestellt werden.

Im Einzelnen geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine krankheitsbedingte Kündigung möglich ist und welche Rolle hierbei das sog. BEM, das heißt das betriebliche Eingliederungsmanagement spielt.

1. Arbeitsverhältnisse, die dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) unterfallen, können nach [§ 1 KSchG](#) ordentlich nur gekündigt werden, wenn

- Gründe in der Person des Arbeitnehmers,
- verhaltensbedingte Gründe oder
- dringende betriebliche Gründe

die Kündigung „sozial rechtfertigen“.

Der Hauptanwendungsfall der Kündigungsgründe **in der Person** des Arbeitnehmers sind krankheitsbedingte Kündigungen, die ausgesprochen werden dürfen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Erkrankung **zukünftig** den Verpflichtungen aus seinem Arbeitsvertrag nicht mehr nachkommen kann oder die durch die Erkrankung zu erwartenden Störungen des Arbeitsverhältnisses so erheblich sind, dass sie dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls aufgrund der betrieblichen oder wirtschaftlichen Störungen nicht mehr **zugemutet** werden können.

Die Rechtsprechung unterscheidet in der Praxis verschiedene Fallkonstellationen:

1. Häufige Kurzerkrankungen
2. Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit
3. Langandauernde Krankheit
4. Krankheitsbedingte Leistungsminderung

Die vier Fallkonstellationen werden von der Rechtsprechung unterschiedlich geprüft.

Gemeinsam ist jedoch bei allen vier Fallgruppen ein dreigliedriges Prüfungsschema, welches alle Arbeitsgerichte anwenden.

- a) Zunächst muss im Zeitpunkt der Kündigung eine **negative Gesundheitsprognose** vorliegen, die künftige neue Fehlzeiten erwarten lassen.
- b) Die Fehlzeiten müssen zu **erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen (Ablaufstörungen)** oder **wirtschaftlichen Nachteilen des Arbeitgebers** führen.
- c) Schließlich muss eine **Interessenabwägung** vorgenommen werden zwischen dem Beendigungsinteresse des Unternehmens und dem Fortsetzungsinteresse des betroffenen Arbeitnehmers.

Nur wenn die beiden ersten Punkte a) und b) gegeben sind und die Abwägung der Interessen c) zugunsten des Arbeitgebers dazu führt, dass die Weiterbeschäftigung dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann, wird der Arbeitgeber mit seiner Kündigung Erfolg haben.

In der Praxis wird sich der Arbeitgeber jedoch an vielen Prüfungspunkten die Zähne ausbeißen, da eine Kündigung im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes immer auch „Ultima Ratio“, das heißt das letzte denkbare Mittel sein muss, zu dem der Arbeitgeber greifen darf. Denkbar wäre insoweit auch, den Arbeitnehmer auf einen weniger stark belastenden Arbeitsplatz zu beschäftigen (z. B. statt Wechselschicht in der Tagschicht, statt im Kühlraum in einem weniger belastenden Arbeitsbereich oder schlicht in einer anderen Abteilung mit einem anderen Vorgesetzten).

Hier kommt das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) ins Spiel.

Als Anwälte warnen wir unsere Mandanten häufig vor der Teilnahme an BEM-Gesprächen, da sie in der Praxis häufig lediglich der Ausforschung der gesundheitlichen Prognose der Arbeitnehmer dienen, über die der Arbeitgeber sonst nichts weiß, da er die Krankheitsursachen und die Gesundheitsprognose ansonsten nicht kennt.

Diese Ausforschung der Mitarbeiter sollte nach Möglichkeit von den Betriebsräten verhindert werden, da es nach Vorstellung des Gesetzgebers bei Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements eigentlich um einen **Suchprozess** gehen sollte, wie dem kranken und belasteten Arbeitnehmer bei der Arbeit geholfen werden kann, um künftige Krankheitszeiten zu vermeiden.

Auch wenn Personalleiter immer wieder gegenüber betroffenen Mitarbeitern behaupten, die Mitarbeiter hätten Nachteile, wenn sie an einem betrieblichen Eingliederungsmanagement nicht teilnehmen, ist dies **nicht richtig**.

Umgekehrt wird ein Schuh daraus: Richtig ist, dass krankheitsbedingte Kündigungen ohne vorheriges ordnungsgemäß durchgeführtes BEM für den Arbeitgeber von Nachteil sind und vor Gericht praktisch immer scheitern.

Der Arbeitgeber muss nach einer krankheitsbedingten Fehlzeit von mehr als sechs Wochen (zusammenhängend oder in mehreren Kurzerkrankungen) nach [§ 167 Abs. 2 SGB IX](#) unter Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmers klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden kann und mit welchen Hilfestellungen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann.

Möchte der Arbeitnehmer kein BEM oder reagiert auf ein ordnungsgemäßes Einladungsschreiben unter Hinweis auf die Einhaltung der Vertraulichkeit und des Datenschutzes nicht, so hat der Arbeitgeber zunächst seiner gesetzlichen Pflicht genüge getan, wenn er die Aufforderung mindestens einmal mit einem weiteren Einladungsschreiben wiederholt. Dem Arbeitnehmer erwachsen jedoch keine rechtlichen Nachteile daraus, dass er das BEM-Gespräch ablehnt.

Falls er jedoch kein korrektes BEM-Einladungsschreiben verwendet, im Einladungsschreiben nicht zumindest einmal unter Hinweis auf eine drohende krankheitsbedingte Kündigung wiederholt und das BEM-Verfahren nicht durchführt oder abbricht, so gehen die Gerichte im Falle einer Kündigungsschutzklage davon aus, dass ein ordnungsgemäß durchgeführtes BEM-Verfahren erfolgreich gewesen sein könnte, so dass die Kündigung allein wegen des nicht ordnungsgemäß durchgeführten BEM-Verfahrens rechtsunwirksam ist.

Gleiches gilt für den Fall, dass der Arbeitgeber einen schwerbehinderten Menschen kündigen will, ohne zuvor die Zustimmung des Integrationsamts nach § 168 SGB IX einzuholen und die Schwerbehindertenvertretung nach [§ 178 Abs. 2 SGB IX](#) anzuhören.

2. Die Rechtsprechung zu den verschiedenen Fallkonstellationen stellt sich wie folgt dar:

2.1 Häufige Kurzerkrankungen

Die Kündigung stellt in keinem Fall eine Sanktion (Strafe) des Arbeitgebers für die Fehlzeiten der Vergangenheit dar. Vielmehr geht es immer um die Frage der Zumutbarkeit **zukünftiger Erkrankung** für den Arbeitgeber. Die zu klärende Frage ist also, ob die häufigen Kurzerkrankungen in der Vergangenheit den Schluss auf häufige Fehlzeiten in der Zukunft zulassen – es kommt also auf die **negative Gesundheitsprognose an**.

Da der Gesetzgeber in [§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz](#) anordnet, dass Arbeitnehmer im Krankheitsfall Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber bis zur Dauer von sechs Wochen haben, geht die Rechtsprechung davon aus, dass dieser Zeitraum dem Arbeitgeber auch zumutbar ist.

Überschreitet der Arbeitnehmer die Krankheitsdauer von sechs Wochen (= 30 Arbeitstage) **pro Jahr** in den letzten zwei bis drei Jahren, so darf der Arbeitgeber aufgrund des äußeren Anscheins von einer negativen Zukunftsprognose ausgehen.

Der Arbeitnehmer kann diese dem äußeren Anschein nach bestehende negative Prognose widerlegen, indem er die behandelnden Ärzte ausdrücklich von ihrer Schweigepflicht entbindet und eine künftig positive gesundheitliche Entwicklung darlegt und beweist.

Kann der Arbeitnehmer z. B. darlegen, dass die verschiedenen Erkrankungen keine gemeinsame Ursache hatten, z. B. wenn eine längere Grippe, ein Skiunfall und eine Blinddarmentzündung in den letzten 2,5 Jahren zu Fehlzeiten von fünf Monaten geführt haben, so lässt sich hieraus keine negative Gesundheitsprognose für die Zukunft erschließen, da dies jeweils Einzelereignisse waren.

Wenn der Arbeitnehmer dagegen immer wieder aufgrund eines einheitlichen Leidens, wie z. B. Bandscheibenprobleme arbeitsunfähig ist oder Fehlzeiten aufgrund einer Suchterkrankung entstehen, so müsste der Arbeitnehmer darlegen und mit ärztlichen Attesten auch beweisen, dass die Krankheitsursache künftig keine Rolle mehr spielt, weil aufgrund einer besonderen Operation oder einer stationären Heilbehandlung nach menschlichem Ermessen die bisherigen Probleme künftig nicht mehr auftauchen. Konnte die negative Gesundheitsprognose, auf die aus der Vergangenheit geschlossen wurde, nicht gänzlich zerstreut werden, so müsste der Arbeitgeber eigene Ausführungen zu den erheblichen **betrieblichen Beeinträchtigungen** oder wirtschaftlichen Nachteilen, die den Arbeitgeber treffen, machen. Hierbei spielen neben den künftigen Lohnfortzahlungskosten auch die betrieblichen Ablaufstörungen durch die zu erwartenden Kurzerkrankungen eine Rolle. Diese können sowohl in Umsatzeinbußen bestehen, weil der Arbeitgeber nicht alle Aufträge abarbeiten kann, als auch durch zusätzliche Personalkosten für Leiharbeiter oder sonstige Ersatzkräfte.

Im Rahmen der **Interessenabwägung** prüft das Arbeitsgericht die besonderen Umstände des Einzelfalls, das bedeutet, dass das Arbeitsgericht eine entsprechende Situation nach 20 Beschäftigungsjahren in einem anderen Licht sieht, wie wenn eine entsprechend lange Erkrankung nach einem oder zwei Jahren der Tätigkeit für den Arbeitgeber entsteht. Ähnlich verhält sich die Situation, wenn die Krankheitsursachen mit der betrieblichen Situation zusammenhängen. Der Arbeitgeber wird nach einem Arbeitsunfall mehr hinnehmen müssen, als wenn die Krankheitsursachen rein aus der persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers herrühren.

Beruhet die Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers aufgrund seiner Betriebsgröße rein in den entsprechenden Entgeltfortzahlungskosten und nicht in betrieblichen Ablaufstörungen, so wird er pro Jahr deutlich mehr Krankheitstage hinnehmen müssen, als lediglich 30 Tage, um die Interessenabwägung zu seinen Gunsten zu drehen.

2.2. Kündigung wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit

Gemeint ist die dauerhafte Unmöglichkeit die vertragliche Tätigkeit auszuüben. Fällt beispielsweise der Dachdecker vom Dach und kann seine berufliche Tätigkeit künftig nur noch sitzend ausüben, so ist die negative Gesundheitsprognose für die konkret als Dachdecker geschuldete Arbeit offensichtlich. In einem solchen Fall ist die Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers offenkundig. Der Arbeitgeber muss nicht abwarten, bis der Dachdecker zum Bürokaufmann umgeschult ist, um ihn weiterbeschäftigen zu können. Liegt eine andauernde Leistungsunfähigkeit für die vertraglich vereinbarte Arbeit vor und ist im kleineren Handwerksbetrieb ein leidensgerechter Arbeitsplatz nicht vorhanden, so wird die Interessenabwägung in aller Regel zugunsten des Arbeitgebers ausgehen, so dass der Arbeitgeber personenbedingt kündigen kann.

2.3 Langandauernde Krankheit

Hier liegen die Dinge nochmals etwas anders.

Zu dieser Fallkonstellation zählen sowohl die Situation, dass Kollegen monatelang aufgrund einer Burnout-Situation (psychische Erschöpfung) arbeitsunfähig krank sind, als auch schwere Verkehrsunfälle, Schlaganfälle, Herzinfarkte, Krebserkrankungen etc., die den Arbeitnehmer für längere Zeit oder für nicht absehbare Zeit arbeitsunfähig machen.

Zum Glück stellt die Rechtsprechung hier keine ganz klaren Regelungen auf, so dass sich die Arbeitgeber in dieser Situation mit einer Kündigung schwertun.

Lediglich wenn aufgrund der ärztlichen Atteste feststeht, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung in den nächsten **24 Monaten** nicht genesen wird, nimmt die Rechtsprechung einen Fall an, der der dauerhaften Arbeitsunfähigkeit gleichsteht. Da die behandelnden Ärzte in aller Regel davon ausgehen werden, dass eine Genesung innerhalb der nächsten 24 Monate möglich sein wird, wird der Arbeitgeber bei langanhaltender Krankheit kaum in die Situation kommen, dass ein Arzt zwar die generelle Wiederherstellung des Arbeitnehmers annimmt, jedoch die **Prognose** abgibt, dass dies länger als 24 Monate dauern wird.

Da der Arbeitgeber bei einer Langzeiterkrankung in der Regel nach sechs Wochen von der Entgeltfortzahlung frei ist und er für mehrere Monate auch Ersatzkräfte (jedenfalls in der Regel) einstellen kann, wird es schwierig für den Arbeitgeber, die **Interessenbeeinträchtigung** darzulegen. Im Rahmen der Interessenabwägung wird schließlich geprüft, ob der Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls abwarten muss, ob sich die ärztliche Prognose erfüllt oder nicht. Lediglich wenn der Arbeitgeber darlegen kann, dass er nicht in der Lage ist, befristete Ersatzkräfte einzustellen und darlegen kann, dass der Arbeitnehmer aufgrund seines Alters, seiner Qualifikation etc. nach einer Genesung gute Chancen auf dem Arbeitsmarkt hat, wird ihm eine Interessenabwägung zu seinen Gunsten gelingen. Fälle, in denen der Arbeitgeber bei langanhaltender Erkrankung obsiegt, sind eher selten und hängen von den drei Prüfpunkten (negative Gesundheitsprognose / Interessenbeeinträchtigung des Arbeitgebers und Interessenabwägung beider Seiten) ab. In der Praxis wird der Arbeitgeber in solchen Fällen vor dem Hintergrund der Ungewissheit zumeist eine entsprechende Abfindung bezahlen.

2.4 Krankheitsbedingte Leistungsminderung

Hier ist zunächst festzuhalten, dass der Arbeitnehmer als solcher keinen bestimmten Wirkungsgrad und keine bestimmte Durchschnittsleistung schuldet. Der Arbeitnehmer ist lediglich verpflichtet, zu arbeiten so gut er kann und seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen.

Das BAG sagt:

„Der Werkunternehmer schuldet das Werk; der Arbeitnehmer schuldet das Wirken“.

Die Tatsache, dass einzelne Arbeitnehmer nur 80 % oder 90 % der Durchschnittsleistung erbringen können, hat der Arbeitgeber generell hinzunehmen.

Bei gravierenden Leistungsminderungen (z. B. weniger als 2/3 der Durchschnittsleistung) ist in der Regel von einer erheblichen **Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen** des

Arbeitgebers auszugehen. Steht nun fest, dass diese Leistungsminderung aufgrund eines krankhaften Geschehens besteht, so kommt es wieder auf die **Gesundheitsprognose** in der Zukunft an. Lässt sich eine negative Gesundheitsprognose durch ärztliche Behandlung nicht beseitigen, so kommt es auf eine umfassende **Interessenabwägung** wie in der Fallkonstellation 2.1 oder 2.3 an. Steht jedoch fest, dass der Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz ohne Leistungsminderung arbeiten könnte, so geht die Kündigung des Arbeitgebers dennoch schief, da die Kündigung immer das letzte Mittel sein muss, um wirksam zu sein. Vor diesem Hintergrund spielt es auch immer eine Rolle, ob ein betriebliches Eingliederungsmanagement stattgefunden hat und ob dies als Suchprozess nach einem geeigneten leidensgerechten Arbeitsplatz auch ordnungsgemäß stattgefunden hat. Ist dies nicht der Fall oder wurde der Suchprozess vom Arbeitgeber gar nicht ernsthaft betrieben, so wird der Arbeitgeber mit der krankheitsbedingten Kündigung keinen Erfolg haben.

3. Handlungsoptionen

Sieht sich ein Arbeitnehmer mit einer krankheitsbedingten Kündigung konfrontiert, so ist es wichtig, nicht lange zuzuwarten, da Kündigungen innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung angegriffen werden müssen, da sie ansonsten als von Anfang an rechtswirksam gelten ([§ 7 KSchG](#)). Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber alle vorstehenden Grundsätze missachtet hat. Insoweit ist es dringend erforderlich, die dreiwöchige Klagefrist gemäß [§ 4 Abs. 1 KSchG](#) zu beachten. Soweit Sie rechtsschutzversichert sind oder über Ihre Gewerkschaft Rechtsschutz beanspruchen können, haben Sie kein Kostenrisiko. Selbst wenn Sie jedoch ohne Rechtsschutzversicherung Klarheit gewinnen möchten, kostet die Erstberatung auch bei einem ausgewiesenen Fachanwalt für Arbeitsrecht nicht mehr als € 190,00 zzgl. Mehrwertsteuer. Sie haben dadurch die Chance im Falle einer Klage entweder Ihren Arbeitsplatz zu erhalten oder eine erhebliche Abfindung zu erstreiten.

Sie haben Fragen hierzu oder interessieren sich für eine andere Ausgabe der Mandanteninfo:

<http://www.arbeitsrecht24.com> | info@arbeitsrecht24.com

