

Der Personalrat



derpersonalrat.de

37. JAHRGANG
ISSN 0175-9299
D 8319

PERSONALRECHT IM ÖFFENTLICHEN DIENST

4 | 2020

KRANKHEIT

Wie Sie vor Kündigungen geschützt sind

VEREINBARUNGEN *Der Personalrat kann deren Durchführung gerichtlich geltend machen*
BEWERBUNG *Noch bis Ende Mai für den Deutschen Personalräte-Preis 2020 bewerben*
VERBOT *Eine Rechtsreferendarin darf in hessischen Gerichtssälen kein Kopftuch tragen*



Kündigung wegen Krankheit

ARBEITSVERHÄLTNIS *Krankheit schließt eine Kündigung nicht aus. Sie kann sie sogar bedingen. Da gibt es aber rechtliche Hürden.*

VON MICHAEL D. WIRLITSCH UND FRANZISKA FISCHER

Mit einem Krankenstand von 5,1 Prozent sind die Fehlzeiten bei den Beschäftigten nach den Daten des BKK-Dachverbands im Jahr 2018 gestiegen.¹ Die Arbeitnehmer/innen waren bundesweit im Schnitt an 18,5 Tagen krankheitsbedingt abwesend.² Die gesamte gesetzliche Krankenversicherung (GKV) meldet für 2018 eine Krankheitsquote von 4,28 Prozent oder durchschnittlich 10,2 Fehltag pro Beschäftigten, für 2019 4,34 Prozent.

Der Abbau von Belastungen, ein guter Arbeits- und Gesundheitsschutz, eine interessante bzw. abwechslungsreiche Arbeit und eine wertschätzende Behandlung der Arbeitnehmer/innen – das alles in Kombination ergibt die beste Strategie, um hohe Krankenstände zu verhindern. Das wäre auch eine Vorbeugung gegen krankheitsbedingte Kündigungen.

Davon unbenommen gibt es immer wieder Fälle, in denen eine langandauernde Erkrankung oder auch häufiges krankheitsbedingtes Fehlen Anlass für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist. Für eine krankheitsbedingte Kündigung bestehen rechtliche Hürden. In der Praxis ist es für Arbeitgeber eher schwierig, in einem krankheitsbedingten Kündigungsrechtsstreit erfolgreich zu sein.³

Begriffe und Kündigungsschutz

Die Rechtsprechung definiert »Krankheit« als jeden »regelwidrigen« körperlichen oder geistigen Zustand, der eine Heilbehandlung erforderlich macht.⁴ Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn die Krankheit den Arbeitnehmer objektiv außerstande setzt, die ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegende Leistung zu erbringen, oder wenn er diese nur unter der Gefahr verrichten kann, dass sich sein Gesundheitszustand verschlechtert.⁵ Krankheiten können schwere Folgen haben, sowohl aus gesundheitlicher als auch aus arbeitsrechtlicher Sicht. So hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, aufgrund von Krankheit eine Kündigung auszusprechen. Eine solche Kündigung ist aber – soweit das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist (siehe Randspalte auf dieser Seite) – an bestimmte

DARUM GEHT ES

- 1.** Eine krankheitsbedingte Kündigung setzt voraus, dass sie nach sorgfältiger Abwägung sozial gerechtfertigt ist.
- 2.** Es bedarf einer negativen Gesundheitsprognose und die betrieblichen Interessen müssen erheblich beeinträchtigt sein.
- 3.** Bei krankheitsbedingten Kündigungen ist immer der Personalrat zu beteiligen.

¹ Vgl. Presseinformation BKK Dachverband Berlin vom 5.12.2019, zuletzt am 1.3.2020 abgerufen unter: https://www.bkk-dachverband.de/fileadmin/user_upload/PM_05-12-2019_BKK_Gesundheitsreport_2019_final.pdf.

² So die genannte Presseinformation. »Vor allem solche Berufe, die sich bei der Arbeit hauptsächlich mit anderen Menschen beschäftigen (z. B. Gesundheits- und Erziehungsberufe sowie Sicherheitsberufe) und zusätzlich ein hohes Maß an psychosozialen Stress beinhalten, weisen überdurchschnittlich viele AU-Fälle bzw. AU-Tage auf. Wenig überraschend sind es die Beschäftigten in der Altenpflege, die mit durchschnittlich 5,8 AU-Tagen wegen psychischer Störungen an der Spitze aller Berufsgruppen zu finden sind. Im Vergleich zum Durchschnitt (2,9 AU-Tage je Beschäftigten) ist der Wert in der Altenpflege somit mehr als doppelt so hoch.«

³ So auch Heider, NJW 2015, 1051.

⁴ BAG 26.7.1989 – 5 AZR 301/88 –, NZA 1990, 140.

⁵ BAG 26.7.1989, a.a.O.

KÜNDIGUNGS- SCHUTZGESETZ

Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) gilt, sobald das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat (§ 1 Abs. 1 KSchG) und in dem Betrieb bzw. der Verwaltung, in denen in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer/innen ausschließlich der Auszubildenden beschäftigt werden (§ 23 Abs. 1 KSchG; mit Ausnahmen).

Voraussetzungen geknüpft. Es ist ein verbreiteter Irrtum, dass während einer Krankheit einer Arbeitnehmerin oder einem Arbeitnehmer nicht gekündigt werden darf, da dies zur »Unzeit« erfolgt. Die Arbeitsunfähigkeit ist im deutschen Recht kein Kündigungshindernis. Die krankheitsbedingte Kündigung ist ein Unterfall der personenbedingten Kündigung. Es geht um die Frage des Kündigungsschutzes, ob also die Erkrankung als Kündigungsgrund ausreicht. Eine personenbedingte Kündigung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr die Fähigkeit und Eignung besitzt, die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen.⁶ Gegenüber der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer ist damit kein Verschuldensvorwurf verbunden, sie oder er kann nicht anders. Dies steht im Gegensatz zur verhaltensbedingten Kündigung, hier will die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer sich nicht an die arbeitsvertraglichen Pflichten halten, obwohl sie oder er könnte, wenn sie oder er wollte.

Der Kündigungsgrund als solcher ist nicht die Krankheit selbst, sondern vielmehr das gestörte Austauschverhältnis von Entgelt gegen Arbeit – mithin die Nicht- oder Schlechterfüllung der geschuldeten Arbeitsleistung.

Krankheit als Kündigungsgrund

In der arbeitsgerichtlichen Praxis unterscheidet man insbesondere zwischen drei möglichen krankheitsbedingten Konstellationen, welche verschiedene Anforderungen an die Rechtfertigung der Kündigung stellen:

- häufige Kurzerkrankungen
- langandauernde Erkrankungen
- krankheitsbedingte Leistungsminderung

Prüfung der Krankheitskündigung

Die Rechtmäßigkeit einer krankheitsbedingten Kündigung wird in drei Stufen geprüft (siehe Überblick auf dieser Seite).⁷ Bei den genannten krankheitsbedingten Ursachen für eine Kündigung sind teilweise unterschiedliche Anforderungen zu beachten.

► Negative Gesundheitsprognose

Die Kündigung ist stets auch eine Prognoseentscheidung.⁸ Es muss eine negative Gesundheitsprognose dargelegt werden. In der Gesundheitsprognose soll eine Aussage darüber getroffen

BEISPIEL

Krank, aber nicht arbeitsunfähig

Ein Arbeitnehmer ist an Krebs erkrankt und bedarf medizinischer Behandlung, er kann und will seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung nachkommen und arbeitet. Er ist krank, aber nicht arbeitsunfähig.

werden, ob und wann die Arbeitsunfähigkeit der oder des Betroffenen enden wird. Mittels der Prognose ist auch zu klären, ob die oder der Erkrankte anschließend Beeinträchtigungen davontragen könnte. Der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt ist der Zugang der Kündigung.⁹

Bei häufigen Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können diese für ein entsprechendes Erscheinungsbild in der Zukunft sprechen.¹⁰ Sie lassen beispielsweise eine besonders hohe Infektanfälligkeit vermuten.

Auch eine langandauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit in der unmittelbaren Vergangenheit kann ein Indiz für die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit in der Zukunft sein.¹¹

Bei der krankheitsbedingten Leistungsminderung ist es erforderlich, dass auch in Zukunft eine beeinträchtigte Leistungsfähigkeit zu erwarten ist.¹²

Fehlt die oder der Beschäftigte aufgrund einer Erkrankung bereits längere Zeit, kann sich eine negative Zukunftsprognose daraus ergeben, dass zum Kündigungszeitpunkt die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit ungewiss ist. Dabei soll es darauf ankommen, ob in den nächsten 24 Monaten mit einer anderen Prognose nicht zu rechnen ist.

► Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

ÜBERBLICK

Prüfungsschema

Eine krankheitsbedingte Kündigung wird in drei Stufen geprüft:

1. negative Gesundheitsprognose
2. erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen
3. umfassende Interessenabwägung

6 BAG 20.5.1988 – 2 AZR 682/87 –, NZA 1989, 464 (466).

7 BAG 26.9.1991 – 2 AZR 132/91 –, NZA 1992, 1073 (1076).

8 Preis/Temming, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, 6. Aufl., Rn. 2773 ff.

9 Kiel in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Individualarbeitsrecht II, 4. Aufl., § 113 Rn. 9.

10 BAG 16.2.1989 – 2 AZR 299/88 –, NZA 1989, 923.

11 BAG 13.5.2015 – 2 AZR 565/14 –, NJW 2016, 106 Rn. 14.

12 Preis/Temming, a.a.O., Rn. 2964.

Die erwartete Arbeitsunfähigkeit muss zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen. Bei häufigen Kurzerkrankungen kommen zukünftige wirtschaftliche Belastungen durch Entgeltfortzahlungskosten im Arbeitsverhältnis in Betracht. Dies allerdings nur, wenn die Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers die Sechs-Wochen-Frist des § 3 Abs. 1 Satz EFZG überschreitet.¹³ Vor allem in kleineren Betrieben sind auch Störungen des Betriebsablaufs als Beeinträchtigung möglich.¹⁴

Bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit, die nicht vorübergehend ist, ist in der Regel von einer erheblichen Beeinträchtigung auszugehen. Dann muss der Arbeitgeber nichts weiter geltend machen.¹⁵ Dasselbe gilt, wenn eine Genesung innerhalb der nächsten 24 Monate nicht absehbar ist.¹⁶

► Abwägung der Interessen

Auf dritter und letzter Stufe ist sodann abzuwägen, ob die erheblichen Beeinträchtigungen im Einzelfall unzumutbar sind.

Wann Unzumutbarkeit vorliegt, kann nicht generell beantwortet werden. Allerdings gibt es gewisse Kriterien, welche für oder gegen eine Unzumutbarkeit sprechen. Im Folgenden sind exemplarisch einige Kriterien genannt:

► Ursache der Krankheit

Liegt die Ursache der Krankheit im Betrieb, wirkt sich dies zugunsten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers aus. Das gilt umso mehr, wenn der Arbeitgeber die Krankheit verschuldet hat. Weniger stark fällt es ins Gewicht, wenn die Krankheit nur in Verbindung mit einer besonderen persönlichen Veranlagung entstanden ist. Zu Lasten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers wirkt es sich wiederum aus, wenn sie oder er die Krankheit selbst verursacht hat (zum Beispiel bei Unfällen infolge unvorsichtigen Verhaltens).¹⁷

► Vorangegangene Dauer des ungestörten Arbeitsverhältnisses

Es ist relevant, wie lange die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer in der Vergangenheit keine oder nur unwesentliche Fehlzeiten hatte. Je länger dieser Zeitraum war, desto mehr Rücksicht ist geboten.¹⁸

► Zumutbare Überbrückungsmaßnahmen

Bei häufigen Kurzerkrankungen ist zu überprüfen, ob es dem Arbeitgeber für den voraussichtlichen Zeitraum zugemutet werden kann, Überbrückungsmaßnahmen zu ergreifen.¹⁹ Das können beispielsweise Überstunden anderer Arbeitnehmer/innen sein, er kann Aushilfen einstellen oder – wenn vorhanden – Personalreserven einsetzen.

► Entgeltfortzahlungskosten

Die Entgeltfortzahlungskosten, zum Beispiel für eine Personalreserve, führen nur dann zur Unzumutbarkeit, wenn diese »extrem« bzw. »außergewöhnlich« hoch sind.²⁰

HINWEIS

Kündigungen bei Suchterkrankungen

Eine Suchterkrankung kann sowohl ein in der Person als auch im Verhalten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers liegender Kündigungsgrund sein. Eine personenbedingte Kündigung kommt in Betracht, wenn die Sucht Krankheitswert hat und die Abhängigkeit der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer die Möglichkeit nimmt, den Suchtmittelkonsum zu steuern.²¹ Dann gelten dieselben Grundsätze wie bei anderen Kündigungen wegen Krankheit.

► Betriebliches Eingliederungsmanagement

Bei der Interessenabwägung ist auch zu beachten, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, ein betriebliches Eingliederungsmanagement anzubieten.²²

► Kündigung bei »Unkündbarkeit«

Eine außerordentliche Kündigung wegen Krankheit ist zwar nicht generell ausgeschlossen, aber sehr selten gerechtfertigt.²³

Diese kommt in der Regel nur in Betracht, wenn das ordentliche Kündigungsrecht einzelvertraglich oder tarifvertraglich ausgeschlossen ist. Nach Tarifverträgen²⁴ kann so genannt

SINNENTLEERTES ARBEITSVERHÄLTNISS

Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung ist, dass die prognostizierten Fehlzeiten und die sich aus ihnen ergebende Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen deutlich über das Maß hinausgehen müssen, welches eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen vermöchte. Es bedarf eines gravierenden Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Ein solches ist gegeben, wenn zu erwarten steht, dass der Arbeitgeber bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses – ggf. über Jahre hinweg – erhebliche Entgeltzahlungen zu erbringen hätte, ohne dass dem eine nennenswerte Arbeitsleistung gegenüberstände. Die Aufrechterhaltung eines solchermaßen »sinnentleerten« Arbeitsverhältnisses kann dem Arbeitgeber auch im Falle eines ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmers unzumutbar sein. Das Arbeitsverhältnis ist im Rahmen einer Prognose dann noch nicht »sinnentleert«, wenn der Arbeitnehmer noch zu fast zwei Dritteln seiner Jahresarbeitszeit arbeitsfähig wäre. BAG vom 23.1.2014 – 2 AZR 582/13

13 BAG 25.4.2018 – 2 AZR 6/18 –, NZA 2018, 1056 Rn. 39.

14 Preis/Temming, a.a.O., Rn. 2966 f.

15 BAG 28.2.1990 – 2 AZR 401/89 –, NJW 1990, 2953 (2954).

16 BAG 13.5.2015, a.a.O., Rn. 18.

17 Vossen in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl., § 1 KSchG Rn. 174 ff.

18 BAG 6.9.1989 – 2 AZR 19/89 –, NZA 1990, 307 (308).

19 BAG, 6.9.1989, a.a.O.

20 BAG 5.7.1990 – 2 AZR 154/90 –, NZA 1991, 185 (187).

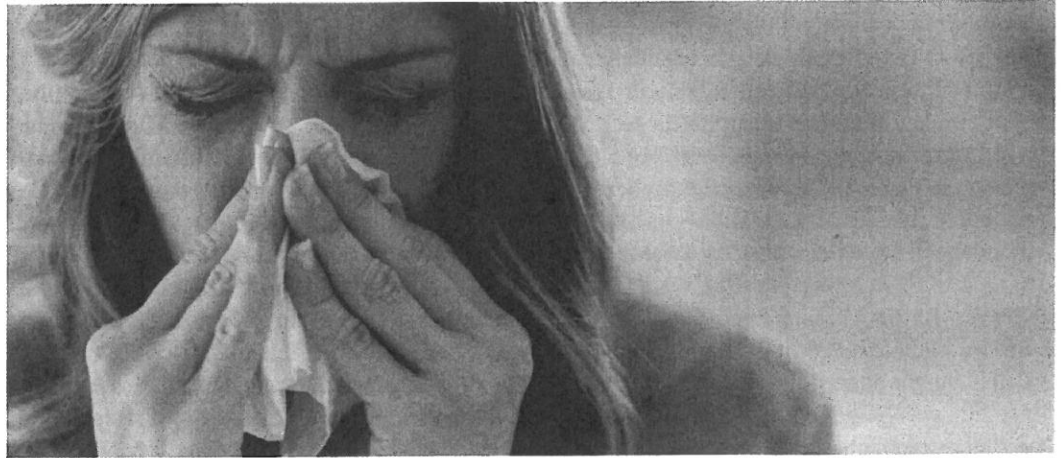
21 BAG 9.4.1987 – 2 AZR 210/86 –, NZA 1987, 811.

22 Näher hierzu Klaesberg, in diesem Heft ab S. 13.

23 Preis in: Staudinger BGB, Neubearbeitung 2016, § 626 Rn. 217.

24 Zum Beispiel § 34 Abs. 2 TVöD/TV-L; Bredemeier/Neffke/Weizger, TVöD, § 34 Rn. 8: »Wirklich unkündbar ist auch im öffentlichen Dienst kein AN. Unter bestimmten, in Abs. 2 näher geregelten Voraussetzungen gilt für AN des öffentlichen Dienstes jedoch eine sogenannte ordentliche Unkündbarkeit, allerdings nur für die AN des Tarifgebiets West.«

Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können die Prognose für weitere Kurzerkrankungen in der Zukunft stützen.



te »Unkündbarkeit« vorliegen. Erforderlich ist dann ein gravierendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Dies ist beispielsweise gegeben, wenn der Arbeitgeber bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erhebliche Entgeltzahlungen zu leisten hätte, ohne dass dem eine nennenswerte Arbeitsleistung gegenüberstehen würde.²⁵ Diese Kündigung muss dann aber die Kündigungsfrist einhalten, die gelten würde, wenn die ordentliche Kündigung möglich gewesen wäre.²⁶

► Beteiligung des Personalrats

Das Mitwirkungsrecht bei ordentlichen Kündigungen durch den Arbeitgeber ergibt sich aus § 79 Abs. 1 BPersVG.²⁷ Bei außerordentlichen Kündigungen besteht nach § 79 Abs. 3 Satz 1 BPersVG ein Anhörungsrecht.

Die Dienststellenleitung hat dem Personalrat alle Tatsachen mitzuteilen, die sie zur Kündigung veranlasst haben.²⁸ Eine fehlende oder fehlerhafte Beteiligung des Personalrats führt zur Unwirksamkeit einer Kündigung. Die Anhörung der Arbeitnehmervertretung ist »subjektiv determiniert«. Deshalb ist das Anhörungsverfahren ordnungsgemäß, wenn der Arbeitgeber die Erwägungen vollständig mitgeteilt hat, die seinen (subjektiven) Kündigungsentschluss tragen, auch unter Einbeziehung der entlastenden Momente, und zwar auch dann, wenn sie (subjektiv) für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers nicht bedeutsam sind.²⁹ Bei der krankheitsbedingten Kündigung ist es erforderlich, dass die Dienststellenleitung bei häufigen Kurzerkrankungen die Krankheitsart, die Fehlzeiten und die daraus ent-

standenen und voraussichtlich entstehenden wirtschaftlichen Belastungen und Beeinträchtigungen der Dienststelle darlegt. Bei Langzeiterkrankungen muss eine Prognose des zu erwartenden Ausfalls und der wirtschaftlichen Nachteile erstellt werden, wobei die Prognose auf Tatsachen gestützt sein muss.³⁰

Wenn der Personalrat ordentlich beteiligt wurde, er aber Einwendungen gegen eine ordentliche Kündigung geltend gemacht hat, hat der Arbeitnehmer nach § 79 Abs. 2 BPersVG grundsätzlich bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Wenn der Personalrat fristgerecht Einwendungen gegen die Kündigung erhebt, muss die Kündigung mit ihm erörtert werden. Geschieht das nicht, ist die Kündigung unwirksam.³¹

Fazit

Die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung setzt eine strenge und aufwändige Einzelfallprüfung voraus. Der Arbeitgeber und auch der Personalrat sollten stets sorgfältig prüfen, ob die notwendigen Voraussetzungen im konkreten Einzelfall überhaupt vorliegen. <



Michael D. Wirlitsch,
M.A.E.S. (Univ. Basel), Rechtsanwalt
und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Konstanz/Stuttgart.



Franziska Fischer,
Rechtsreferendarin,
Waldshut-Tiengen.

²⁵ BAG 23.1.2014 – 2 AZR 582/13 –, juris Rn. 28.

²⁶ Preis, a.a.O., § 626 Rn. 218.

²⁷ Zu vergleichbaren Vorschriften in den Personalvertretungsgesetzen der Länder vgl.: Synopse 7 und Anmerkungen in: Altvater/Baden/Baunack/Berg/Dierßen/Herget/Kröll/Lenders/Noll, BPersVG, 10. Aufl., § 79 Rn. 82 ff.

²⁸ Dierßen in: Altvater/Baden/Baunack/Berg/Dierßen/Herget/Kröll/Lenders/Noll, BPersVG, 10. Aufl., § 79 Rn. 15; Lepke, Kündigung bei Krankheit, 16. Aufl., Rn. 333.

²⁹ BAG 16.7.2015 – 2 AZR 15/15 –, NZA 2016, 99; Berkowsky, NZA-RR 2001, 449.

³⁰ Dierßen, a.a.O., § 79, Rn. 18. Auch die Darlegung eines ordnungsgemäßen bEM ist Wirksamkeitsvoraussetzung, soll hier aber nicht näher beleuchtet werden.

³¹ BAG 20.1.2000 – 2 AZR 65/99 –, NVwZ-RR 2000, 527 (529).