

Recht

Krankheit im Arbeitsverhältnis

vbw

Info Recht
Stand: Januar 2022

Die bayerische Wirtschaft



Hinweis

Diese Information ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Eine Haftung übernehmen wir mit der Herausgabe dieser Information nicht.

Um die Information an einen sich wandelnden Rechtsrahmen und an die höchstrichterliche Rechtsprechung anzupassen, überarbeiten wir unsere Broschüre regelmäßig. Bitte informieren Sie sich über die aktuelle Version auf unserer Homepage www.vbw-bayern.de/InfoRecht.

Dieses Werk darf nur von den Mitgliedern der vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V. zum internen Gebrauch sowie zur Unterstützung der jeweiligen Verbandsmitglieder im entsprechend geschlossenen Kreis unter Angabe der Quelle vervielfältigt, verbreitet und zugänglich gemacht werden. Eine darüber hinausgehende Nutzung – insbesondere die Weitergabe an Nichtmitglieder oder das Einstellen im öffentlichen Bereich der Homepage – stellt einen Verstoß gegen urheberrechtliche Vorschriften dar.

Vorwort

Krankenstand in der modernen Arbeitswelt

Im Jahr 2019 waren Arbeitnehmer laut dem Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung durchschnittlich 10,9 Tage krank. Insgesamt hat sich die durchschnittliche Dauer des Krankenstands in Deutschland im Vergleich zu den 90er-Jahren verringert. Erfreulich ist, dass die Zahl derjenigen, die aus körperlichen Gründen vorzeitig aus dem Arbeitsleben ausscheiden, in den letzten Jahrzehnten zurückgegangen ist.

Allerdings werden immer mehr Arbeitnehmer aufgrund psychischer Störungen krankgeschrieben. Aktuelle Untersuchungen zu diesem Thema belegen jedoch, dass psychische Erkrankungen in der Regel keine Folge der Arbeitsbedingungen sind, sondern auf einer Vielzahl unterschiedlicher Ursachen beruhen.

Unsere Broschüre stellt unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) die im Zusammenhang mit Krankheit im Arbeitsverhältnis auftauchenden Rechtsfragen dar. Darüber hinaus soll sie Personalverantwortlichen in den Betrieben die für ihre tägliche Arbeit erforderliche Hilfestellung an die Hand geben.

Falls Sie bei der Einschätzung krankheitsrelevanter Sachverhalte weitere Unterstützung benötigen, helfen Ihnen die erfahrenen Juristen unserer Geschäftsstellen gerne weiter.

Bertram Brossardt
14. Januar 2022

Inhalt

1	Begriff der Krankheit und der Arbeitsunfähigkeit	1
1.1	Krankheit	1
1.2	Arbeitsunfähigkeit	1
2	Auskunftspflicht des Arbeitnehmers im Einstellungsgespräch	3
2.1	Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers	3
2.2	Fragerecht des Arbeitgebers	4
2.2.1	AIDS	4
2.2.2	Schwangerschaft	4
2.2.3	Schwerbehinderung	4
3	Anzeige- und Nachweispflichten bei Arbeitsunfähigkeit	6
3.1	Im Arbeitsverhältnis ohne Tarifbindung	6
3.1.1	Anzeigepflicht	6
3.1.2	Nachweispflicht	7
3.2	Mögliche Folgen der Verletzung der Nachweispflicht für das Arbeitsverhältnis	8
4	Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	9
4.1	Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	9
4.2	Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers – Medizinischer Dienst	10
4.3	Observation durch einen Detektiv	11
4.4	Erkrankung im Ausland und ausländische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	11
5	Entgeltfortzahlung	13
5.1	Entgeltfortzahlung	13
5.1.1	Verschulden des Arbeitnehmers	13
5.1.2	Rehabilitation und Organspende	14
5.1.3	Dauer und Höhe des Anspruchs	15
5.1.4	Wartezeit	15
5.1.5	Mehrfache Erkrankung	16
5.1.6	Fortsetzungserkrankung	16
5.1.7	Ruhendes Arbeitsverhältnis	17
5.1.8	Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Krankheit	17

5.2	Besonderheiten bei Kleinbetrieben	18
5.3	Entgeltfortzahlung und Dienstwagen	18
6	Krankengeld	19
6.1	Krankengeld im Arbeitsverhältnis	19
6.2	Besonderheiten bei Erkrankung von Kindern	19
7	Freistellung	21
7.1	Unbezahlte Freistellung	21
7.2	Bezahlte Freistellung	21
8	Anwesenheitsprämie und Fehlzeiten wegen Krankheit	22
8.1	Laufende Anwesenheitsprämie	22
8.2	Einmalige Anwesenheitsprämie	22
9	Krankheit und Urlaub	24
9.1	Allgemeines	24
9.2	Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubs	24
9.3	Urlaubsanspruch und dauernde Arbeitsunfähigkeit	25
9.4	Zusatzurlaub für Schwerbehinderte	26
10	Außerordentliche Kündigung	27
11	Die ordentliche Kündigung	29
11.1	Verletzung von Nebenpflichten im Zusammenhang mit Erkrankungen	29
11.1.1	Anzeige- und Nachweispflicht	29
11.1.2	Anderweitige Tätigkeit während der Arbeitsunfähigkeit	30
11.2	Kündigung wegen Krankheit	30
11.2.1	Voraussetzungen	30
11.2.2	Negative Zukunftsprognose	31
11.2.3	Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen	31
11.2.4	Umfassende Interessenabwägung im Einzelfall	33
11.2.5	Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen	34
11.2.6	Kündigung wegen lang andauernder Krankheit	35
11.2.7	Kündigung wegen krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit	37

11.2.8	Kündigung wegen krankheitsbedingter Minderung der Leistungsfähigkeit	38
11.2.9	Sonderproblem: Alkoholabhängigkeit	38
12	Betriebliches Eingliederungsmanagement	40
Ansprechpartner / Impressum		41

1 Begriff der Krankheit und der Arbeitsunfähigkeit

Definition von Krankheit und Arbeitsunfähigkeit

Nicht jeder, dessen Gesundheit beeinträchtigt ist, ist arbeitsunfähig. Deshalb ist die Unterscheidung zwischen Krankheit und Arbeitsunfähigkeit wichtig. Nicht eine Krankheit, sondern erst die darauf beruhende Arbeitsunfähigkeit begründet Entgeltfortzahlungsansprüche des Arbeitnehmers im Krankheitsfall nach § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG).

1.1 Krankheit

Krankheit ist jede behandlungsbedürftige Beeinträchtigung der geistigen, seelischen oder körperlichen Gesundheit (regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustand).

1.2 Arbeitsunfähigkeit

Arbeitsunfähig ist, wer aufgrund von Krankheit seine vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr oder nur unter der Gefahr der Verschlimmerung der Erkrankung ausführen kann. Arbeitsunfähigkeit ist damit gegeben, wenn ein Arbeitnehmer durch die Krankheit außer Stande ist, die ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegende Arbeit zu verrichten.

Beispiele

Kann eine Krankenschwester aus gesundheitlichen Gründen keine Nachtschichten im Krankenhaus mehr leisten, ist sie deshalb nicht arbeitsunfähig krank. Sie kann ihre arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit als Krankenschwester weiterhin ausüben; ihre eingeschränkte Verwendbarkeit hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit steht dem nicht entgegen (BAG, Urteil vom 09. April 2014 – 10 AZR 637/13).

Bei einer Dialysebehandlung besteht Arbeitsunfähigkeit, wenn und soweit die Dialysebehandlung nur während der vereinbarten Arbeitszeit möglich ist.

Arbeitsunfähigkeit liegt auch bei demjenigen vor, dessen zur Ausübung der Tätigkeit oder zum Erreichen des Arbeitsplatzes erforderliches Hilfsmittel (z. B. Rollstuhl, Hörgerät, Prothese) defekt ist. Hier dauert die Arbeitsunfähigkeit solange an, bis die Reparatur des Hilfsmittels beendet oder ein Ersatz des defekten Hilfsmittels vorliegt.

Dagegen liegt insbesondere keine Arbeitsunfähigkeit vor bei

- einer ärztlichen Behandlung zu diagnostischen oder therapeutischen Zwecken, ohne dass diese Maßnahme selbst zu einer Arbeitsunfähigkeit führt,
- Teilnahme an gesundheitsfördernden oder rehabilitativen Maßnahmen anderer Art (z. B. Krankengymnastik, Rückenschule),
- Schonungszeiten nach stationären Reha-Maßnahmen.

Beispiel

Für einen Arztbesuch, der nicht die Attestierung einer Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Aber: Evtl. liegt eine vergütungspflichtige Arbeitsverhinderung nach § 616 BGB vor (diese Vorschrift gilt gerade nicht bei Arbeitsunfähigkeit). Ein Vergütungsanspruch besteht danach aber nur dann, wenn der Arztbesuch zwingend während der Arbeitszeit stattfinden muss. D. h. eine besondere Dringlichkeit ist erforderlich (z. B. Zahnschmerzen) oder der erfolglose Versuch des Arbeitnehmers, den Arzttermin auf eine Zeit außerhalb seiner Arbeitszeit zu verlegen.

2 Auskunftspflicht des Arbeitnehmers im Einstellungsgespräch

Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers und Fragerecht des Arbeitgebers

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber ein großes Interesse an einer möglichst umfassenden Information über den Bewerber. Allerdings muss hier eine Abwägung zwischen dem Interesse des Arbeitgebers und dem Persönlichkeitsrecht des Bewerbers vorgenommen werden. Zu unterscheiden ist zwischen dem Fragerecht des Arbeitgebers einerseits und der allgemeinen Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers auch ohne entsprechende Nachfrage des Arbeitgebers andererseits.

2.1 Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers

Eine allgemeine Auskunftspflicht über ausgeheilte oder akute Erkrankungen besteht für den Arbeitnehmer nicht. Ebenso wenig sind latente Gesundheitsgefahren zu offenbaren. Mitzuteilen sind jedoch Erkrankungen, die den Arbeitnehmer wegen der Ansteckungsgefahr oder der Schwere der Erkrankung an der Erbringung seiner Arbeitsleistung dauerhaft hindern.

Beispiele

- Alkoholerkrankung bei einem Kraftfahrer
 - Allergien bei metallverarbeitender Tätigkeit
 - Ggf. AIDS-Erkrankung bei entsprechender Art der Tätigkeit
-

Sollte sich der Arbeitnehmer zum voraussichtlichen Arbeitsbeginn in Kur bzw. einer Rehabilitation befinden, muss er dies mitteilen.

Schwangerschaft ist keine Krankheit. Eine Mitteilungspflicht über eine bestehende Schwangerschaft besteht grundsätzlich nicht.

Auch bezüglich einer bestehenden Schwerbehinderung besteht keine generelle Verpflichtung zur Offenlegung. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Behinderung nicht in der Lage ist, die vertraglich geschuldete Tätigkeit zu erfüllen.

2.2 Fragerecht des Arbeitgebers

Fragen nach der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Arbeitnehmers sind dem Arbeitgeber nur soweit gestattet, wie sie die Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers auf dem vorgesehenen Arbeitsplatz betreffen. Dabei kann regelmäßig nach akuten oder früheren periodisch wiederkehrenden Erkrankungen gefragt werden.

2.2.1 AIDS

Die Frage nach einer AIDS-Erkrankung wird grundsätzlich als zulässig erachtet, da im Falle einer AIDS-Erkrankung die Einsatzfähigkeit in den meisten Fällen erheblich eingeschränkt ist. Bei der Frage nach einer AIDS-Infektion wird man hingegen nach den Auswirkungen auf die vertraglich geschuldete Tätigkeit abstellen müssen.

Beispiel

Wer sich auf die Stelle eines Heilberufes, wie etwa als Arzt oder Krankenschwester bewirbt, muss die Frage nach einer HIV-Infektion aufgrund der Ansteckungsgefahr und der Möglichkeit des Blutkontaktes wahrheitsgemäß beantworten. Bewirbt sich jemand hingegen auf eine Stelle als Produktionshelfer, muss auf die Frage nach einer HIV-Infektion mangels Ansteckungsgefahr nicht wahrheitsgemäß geantwortet werden.

Dieses Rechtsproblem ist allerdings noch umstritten.

2.2.2 Schwangerschaft

Die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft ist immer unzulässig und darf wahrheitswidrig beantwortet werden (wie alle unzulässigen Fragen des Arbeitgebers), weil dies eine Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellt (BAG 6. Februar 2003 – 2 AZR 621/01). Das Bundesarbeitsgericht verneint die Zulässigkeit dieser Frage sogar dann, wenn der Bewerberin die Aufnahme der Beschäftigung von Anfang an wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots unmöglich wäre. Zudem ist die Frage nach der Schwangerschaft unzulässig, wenn es sich um eine Stelle als Mutterschaftsvertretung handelt.

2.2.3 Schwerbehinderung

Die Frage nach einer bestehenden Schwerbehinderung im Rahmen der Einstellung ist nach Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) nicht mehr zulässig. Allenfalls wenn wegen der konkreten Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes für den

Auskunftspflicht des Arbeitnehmers im Einstellungsgespräch

Arbeitgeber ein besonderes Informationsbedürfnis besteht, können arbeitsplatzbezogene Anforderungsprofile durch diskriminierungsfrei formulierte Fragen zulässig sein.

Jedoch erkennt das Bundesarbeitsgericht mittlerweile ein Fragerecht des Arbeitgebers nach sechs Monaten des Bestehens des Arbeitsverhältnisses an, da nach diesem Zeitraum der gesetzliche Schwerbehindertenschutz gilt und insoweit ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers für die Frage besteht. Im entschiedenen Fall geschah dies zur Vorbereitung einer Kündigung, da bei der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers das Integrationsamt einzuschalten ist. In Bayern ist hierfür das Inklusionsamt zuständig. Eine unrichtige Verneinung der Eigenschaft als Schwerbehinderter führt dazu, dass sich der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess auf den Sonderkündigungsschutz (nach §§ 85 ff. SGB IX a. F.; §§ 168 ff. SGB IX n. F.) nicht mehr berufen kann (BAG, Urteil vom 16. Februar 2012 – 6 AZR 552/10). Dies gilt jedoch nicht bei einer einfachen Behinderung, die vom Tatbestand der Schwerbehinderung bzw. der Gleichstellung i. S. d. SGB IX nicht umfasst ist, dort greift der Schutz durch das AGG.

Während die Frage nach einer Schwerbehinderung im Rahmen des Einstellungsgespräches grundsätzlich unzulässig ist, kann die Frage im bestehenden Beschäftigungsverhältnis je nach Fragehintergrund zulässig sein. So diskriminiert die Frage nach der Schwerbehinderung im Vorfeld einer Kündigung den Arbeitnehmer nicht wegen einer Behinderung unmittelbar i. S. des § 3 Abs. 1 S. 1 AGG, sondern ermöglicht es dem Arbeitgeber sich rechtstreu zu verhalten (BAG, Urteil vom 16. Februar 2012, 6 AZR 553/10). Sie setzt behinderte Arbeitnehmer nicht gegenüber Nichtbehinderten zurück. Die Frage dient vielmehr der Wahrung der Rechte und Interessen der Schwerbehinderten und ist Voraussetzung dafür, dass der Arbeitgeber die Belange des schwerbehinderten Menschen bei Kündigungen überhaupt wahren kann.

Hinweis zur einfachen Behinderung und einer Kündigung

Die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers für eine Entschädigung nach dem AGG erfordert den Nachweis, dass zwischen der Kündigungserklärung des Arbeitgebers und der Behinderung ein Kausalzusammenhang besteht. Dazu müssten die Kündigungsmotivation des Arbeitgebers bzw. die der Kündigungsentscheidung zugrundeliegenden Überlegungen und deren Zusammenhang zu einem Diskriminierungsmerkmal des § 1 AGG vorgetragen werden. Deshalb ist es zu empfehlen – insbesondere in Bezug auf die Betriebsratsanhörung – vorsichtig zu formulieren. Bei Ausspruch der Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer sollte dementsprechend keine Begründung der Kündigung angegeben werden.

3 Anzeige- und Nachweispflichten bei Arbeitsunfähigkeit

Anzeigepflicht des Arbeitnehmers am ersten Tag / Verhalten bei Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit

3.1 Im Arbeitsverhältnis ohne Tarifbindung

Im Fall der Erkrankung haben die Arbeitnehmer zwei Verpflichtungen: Unverzügliche Information des Arbeitgebers über die eingetretene Arbeitsunfähigkeit und Beibringung eines Nachweises über die bestehende Arbeitsunfähigkeit.

3.1.1 Anzeigepflicht

Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG hat der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer am ersten Tag der Erkrankung zu Arbeitsbeginn bzw. in den ersten Arbeitsstunden anzuzeigen. Eine postalische Anzeige kann somit eine verschuldete Verspätung bedeuten. Erforderlich ist die unverzügliche Benachrichtigung (d. h. ohne schuldhaftes Zögern) per Telefon, Fax, SMS oder E-Mail. Die Übermittlung kann auch durch Angehörige oder Arbeitskollegen erfolgen.

Sucht der Arbeitnehmer einen Arzt auf, ohne zu wissen, ob eine Krankschreibung erfolgen wird, so besteht die Pflicht unverzüglich dem Arbeitgeber von dem beabsichtigten Arztbesuch Mitteilung zu machen. Erfolgt dann eine Krankschreibung, so ist nach dem Arztbesuch die Arbeitsunfähigkeit anzuzeigen und deren voraussichtliche Dauer mitzuteilen.

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als angezeigt, so hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber unverzüglich über die Verlängerung in Kenntnis zu setzen. Dies gilt auch für den Fall, dass der Sechs-Wochen-Zeitraum der Entgeltfortzahlung bereits abgelaufen ist.

Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet Angaben über die Art oder die Ursächlichkeit der Erkrankung zu machen. Ausnahmen bestehen beispielsweise in den Fällen, in denen Erkrankungen Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers für andere erfordern oder Fortsetzungserkrankungen Einfluss auf die Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers haben.

Praxistipp

Empfehlenswert ist es, dass der Arbeitgeber genau festlegt, gegenüber welchen Personen oder Stellen innerhalb des Unternehmens der Arbeitnehmer seine Anzeigepflicht zu erfüllen hat. Unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) kann dies beispielsweise in der Betriebs- oder Arbeitsordnung geschehen.

3.1.2 Nachweispflicht

Der Arbeitnehmer hat die Pflicht, seine Arbeitsunfähigkeit durch eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachzuweisen (§ 5 Abs. 1 S. 2 EFZG). Kraft Gesetzes ist jeder Arbeitnehmer verpflichtet, im Falle der Erkrankung spätestens am vierten (Kalender-)Tag der Arbeitsunfähigkeit die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dem Arbeitgeber vorzulegen. Dies gilt allerdings nur, wenn die Erkrankung länger als drei (Kalender-)Tage dauert. Bei bis zu drei (Kalender-)Tagen dauernden Erkrankungen besteht daher grundsätzlich keine Attestpflicht.

Beispiele

Bei erstmaliger Arbeitsunfähigkeit am Freitag muss der Arbeitnehmer ab Montag der darauffolgenden Woche eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen. Ist er aber Montag wieder gesund, besteht keine solche Pflicht.

Wird der Arbeitnehmer am Dienstag krankgeschrieben endet die Frist am Freitag. Erfolgt die Krankschreibung am Mittwoch oder Donnerstag endet die Frist jeweils am Montag.

Der Arbeitgeber ist jedoch berechtigt, bei solchen Kurzerkrankungen die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon zu einem früheren Zeitpunkt zu verlangen (§ 5 Abs. 1 S. 3 EFZG).

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Bezugnahme auf § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG klargestellt, dass der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits ab dem ersten Tag verlangen kann (BAG, Urteil vom 14. November 2012 – 5 AZR 886/11).

Das Bundesarbeitsgericht hat auch entschieden, dass es zulässig ist, mit allen Arbeitnehmern vertraglich zu vereinbaren, dass ein Attest bereits ab dem ersten Krankheitstag einzureichen ist. Dies bedeutet aber nicht, dass das Attest am ersten Krankheitstag eingehen muss, vielmehr, dass der bescheinigte Krankheitszeitraum den ersten Tag zu umfassen hat.

Praxistipp

Es empfiehlt sich die betriebseinheitliche Festlegung von Kriterien für eine Pflicht zur Attest-Vorlage bei Kurzerkrankungen. Dabei ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu beachten. Dieses kann jedoch bei einer abschließenden tariflichen Regelung entsprechend § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG entfallen.

Dauert die Arbeitsunfähigkeit über den zunächst bescheinigten Zeitraum hinaus an, muss der Arbeitnehmer eine neue Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen. Für deren Vorlage ist eine Drei-Tages-Frist nach Ablauf der vorherigen Attestierung zu Grunde zu legen.

Wenn der Arbeitnehmer trotz wiederholter Aufforderung überhaupt keine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt, kann dies auch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Hilfsweise sollte aber immer zugleich eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden.

3.2 Mögliche Folgen der Verletzung der Nachweispflicht für das Arbeitsverhältnis

- Der Arbeitgeber braucht das vereinbarte Arbeitsentgelt für die Zeit der unentschuldig-ten Abwesenheit nicht zu zahlen (vgl. § 7 EFZG).
- Der Arbeitnehmer kann wegen der unterbliebenen Information abgemahnt werden.
- Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bereits bei einem früheren Anlass ermahnt, seinen Informationspflichten nachzukommen, kann im Wiederholungsfall auch unter dem Gesichtspunkt der beharrlichen Verletzung der Informationspflicht eine fristlose Kündigung in Betracht kommen.

4 Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung / gutachterliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung

4.1 Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Bei der ordnungsgemäß ausgestellten ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AUB) handelt es sich um den wichtigsten Beweis für das Vorliegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Sie ist von dem jeweils behandelnden Arzt auszustellen und weist den Beginn und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit aus. Ferner muss der Arzt auf ihr angeben, wann er die Arbeitsunfähigkeit festgestellt hat und ob es sich um eine Erst- oder Folgebescheinigung handelt. Die gestellte Diagnose ist auf der für den Arbeitgeber bestimmten Ausfertigung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht anzugeben.

Die für die Ärzte verbindlichen Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien legen fest, dass der Arzt die Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich nicht für eine vor seiner ersten Inanspruchnahme liegenden Zeit bescheinigen soll. Ausnahmsweise ist eine Rückdatierung des Beginns der Arbeitsunfähigkeit auf einen vor dem Behandlungsbeginn liegenden Tag oder eine rückwirkende Bescheinigung über das Fortbestehen der Arbeitsunfähigkeit zulässig, wobei der Rückdatierungszeitraum aber nur maximal zwei Tage betragen soll.

Leistet der Arbeitgeber auf Grund einer richtlinienwidrigen Erteilung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung Entgeltfortzahlung und kann er diese wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht zurückverlangen, so ist der Arzt schadensersatzpflichtig.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kommt der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein ganz erheblicher Beweiswert zu (BAG, Urteil vom 19. Februar 1997 – 5 AZR 83/96; LAG Hamm, Urteil vom 28. Oktober 2009 – 3 Sa 579/09). So soll der Beweis des ersten Anscheins für die inhaltliche Richtigkeit des ärztlichen Attests sprechen. Der Arbeitgeber hat jedoch die Möglichkeit, diesen Beweiswert zu erschüttern.

Folgende Fälle sind hier denkbar, ohne dass dabei jedoch eine Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls unterbleiben darf:

- Erteilung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ohne Untersuchung oder nach nur telefonischer Rücksprache
- Ankündigung einer Erkrankung durch den Arbeitnehmer
- Erkrankung nach Ablehnung eines Urlaubsantrags im beantragten Urlaubszeitraum
- Häufiger Arztwechsel
- Wiederholte Erkrankung von ausländischen Arbeitnehmern jeweils im Anschluss an den Heimaturlaub
- Wiederholte gemeinsame und gleichzeitige Erkrankung von Ehegatten nach Urlaubsende

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

- Nichtbefolgung einer Vorladung zur vertrauensärztlichen Untersuchung
- Durchführung von beschwerlichen Reisen während der Arbeitsunfähigkeit
- Sportliche Betätigung während der Krankheit
- Arbeit außerhalb der Arbeitsstelle

Folgende Fälle hat die Rechtsprechung nicht als ausreichend für die Erschütterung des Beweiswertes einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erachtet, ohne dass dabei jedoch eine Betrachtung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls unterbleiben könnte:

- Abwesenheit des Arbeitnehmers von seiner Wohnung
- Spaziergänge
- Besorgungs- oder Einkaufsgänge des Arbeitnehmers

Gelingt dem Arbeitgeber die Erschütterung des Beweiswertes der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, obliegt es nunmehr dem Arbeitnehmer, den vollen Beweis für die von ihm behauptete Arbeitsunfähigkeit zu führen.

4.2 Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers – Medizinischer Dienst

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, von der Krankenkasse eine gutachterliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung zur Überprüfung von begründeten Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit anzufordern (§ 275 Abs. 1 Nr. 3b SGB V). Bei privat versicherten Arbeitnehmern ist diese Kontrolle allerdings nicht möglich. Die Prüfung der Krankenkasse hat unverzüglich nach Vorlage der ärztlichen Feststellung über die Arbeitsunfähigkeit zu erfolgen (§ 275 Abs. 1 a S. 2 SGB V). Nach § 275 Abs. 1 a S. 1 SGB V sollen Zweifel an der Richtigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung insbesondere anzunehmen sein, wenn

- der Arbeitnehmer auffällig häufig oder auffällig häufig nur für kurze Dauer arbeitsunfähig ist oder der Beginn der Arbeitsunfähigkeit häufig auf einen Arbeitstag am Beginn oder am Ende einer Woche fällt oder
- die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist.

Soweit der Gutachter des Medizinischen Dienstes zu einem abweichenden Ergebnis bezüglich der Arbeitsunfähigkeit als der Kassenarzt kommt und keinen medizinischen Grund für die Arbeitsunfähigkeit erkennt, wird schriftlich die Beendigung der Arbeitsunfähigkeit empfohlen. Die Krankenkasse hat dann auch den betroffenen Arbeitgeber zu informieren (§ 277 Abs. 2 SGB V).

Praxistipp

Bei begründeten Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung empfiehlt es sich, den Arbeitnehmer über die entsprechenden Gründe hierfür zu informieren und gleichzeitig die Entgeltfortzahlung zurückzuhalten sowie dem Arbeitnehmer bei gleichzeitiger Fristsetzung den vollen Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit durch detaillierte Angaben aufzugeben.

4.3 Observation durch einen Detektiv

Als letztes Mittel ist auch die Observation eines Arbeitnehmers wegen des Verdachts einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit durch einen Detektiv mit heimlichen Foto- oder Videoaufnahmen denkbar. Dafür ist jedoch erforderlich, dass der Verdacht auf konkreten Tatsachen beruht. Nicht ausreichend ist beispielsweise, dass die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen von unterschiedlichen Ärzten stammen oder eine Änderung im Krankheitsbild erfolgt ist. Ansonsten handelt der Arbeitgeber rechtswidrig. Eine solche rechtswidrige Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann nach Auffassung des BAG einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Schmerzensgeld begründen (BAG, Urteil vom 19. Februar 2015 – 8 AZR 1007/13). Darüber hinaus kann sich bezüglich der Foto- oder Videoaufnahmen ein Beweisverwertungsverbot ergeben.

4.4 Erkrankung im Ausland und ausländische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Auch im Falle der Erkrankung im Ausland ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber (und der Krankenkasse) seine Arbeitsunfähigkeit anzuzeigen. Im Fall des § 5 Abs. 2 EFZG wurde die Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers zudem um zwei Obliegenheiten erweitert. Zum einen muss der Arbeitnehmer auch die Adresse des ausländischen Aufenthaltsortes mitteilen und zum anderen muss er bezüglich der Information des Arbeitgebers die schnellstmögliche Art der Übermittlung wählen. Die Nachweispflicht besteht bei einer Erkrankung im Ausland unverändert fort. Insoweit finden die zu § 5 Abs. 1 EFZG geltenden Grundsätze Anwendung. Der Arbeitgeber wird in diesem Zusammenhang wohl aber keine Übersetzung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom Arbeitnehmer verlangen können. Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, die von einem ausländischen Arzt ausgestellt sind, kommt grundsätzlich der gleiche Beweiswert wie inländischen Bescheinigungen zu.

Praxistipp

Unterscheidet die Bescheinigung des ausländischen Arztes nicht erkennbar zwischen Krankheit und Arbeitsunfähigkeit (z. B. durch bloßes formloses Schreiben), ist der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit damit nicht geführt.

[Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung](#)

Zu beachten ist aber, dass aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs der inländische Krankenversicherungsträger und die Arbeitsgerichte an die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch den Versicherungsträger eines anderen EU-Landes gebunden sind, wenn die Krankenkasse den Versicherten nicht durch einen Arzt ihrer Wahl untersuchen lässt. Im Ergebnis ist damit die Krankenkasse praktisch an die Mitteilung des ausländischen Versicherungsträgers gebunden, selbst wenn diese – etwa aufgrund der mitgeteilten Diagnosen – nicht nachvollziehbar ist.

5 Entgeltfortzahlung

Voraussetzungen der Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und Sonderkonstellationen

5.1 Entgeltfortzahlung

Der Anspruch auf Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall hat zur Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer infolge Krankheit arbeitsunfähig ist (§ 3 Abs. 1 EFZG). Kein Anspruch besteht, wenn das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers vereinbarungsgemäß ruht oder sich der Arbeitnehmer in Elternzeit befindet.

5.1.1 Verschulden des Arbeitnehmers

Der Entgeltfortzahlungsanspruch besteht nur, wenn die Arbeitsunfähigkeit unverschuldet eingetreten ist. Dies ist nach der Rechtsprechung dann nicht der Fall, wenn ein besonders leichtfertiges oder vorsätzliches Verhalten des Arbeitnehmers vorliegt. Der Arbeitnehmer muss in grober Weise gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten verstoßen haben.

Beispiele

Bei Verkehrsunfällen ist ein Verschulden anzunehmen, wenn der Verkehrsunfall durch grob fahrlässiges Verhalten des Arbeitnehmers verursacht wurde.

- Alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit
 - Erhebliche Geschwindigkeitsüberschreitungen
 - Rotlichtverstoß
 - Benutzung eines verkehrsunsicheren Fahrzeugs
 - Überholen an einer unübersichtlichen Stelle
 - Das Nichtanlegen des Sicherheitsgurts begründet gleichfalls ein derartiges Verschulden, wenn die Verletzungen gerade darauf zurückzuführen sind, dass der Sicherheitsgurt nicht angelegt war.
 - Ein Arbeitnehmer, der sich als Beifahrer einem wegen Alkoholgenusses fahruntüchtigen Fahrer anvertraut und infolge seiner Alkoholisierung die Fahruntüchtigkeit des Fahrers nicht erkennt.
 - Sonstige auf Alkoholmissbrauch beruhende Unfälle sind schuldhaft und schließen den Entgeltfortzahlungsanspruch grundsätzlich aus. Dies gilt allerdings regelmäßig nicht bei einer Alkoholerkrankung. Ein Verschulden liegt hier aber vor, wenn ein Arbeitnehmer nach durchgeführter Entziehungskur erneut rückfällig wird.
-

Entgeltfortzahlung

Sportliche Betätigungen sind vom Arbeitgeber grundsätzlich hinzunehmen, sofern der Arbeitnehmer richtig ausgerüstet und mit der Sportart nicht offensichtlich überfordert ist (Eine Ausnahme wurde in einer Einzelfallentscheidung für Kick-Boxen als Angriffssport gemacht, vgl. ArbG Hagen, Urteil vom 15. September 1989 – 4 Ca 648/87).

Praxistipp

Selbstverschuldete Arbeitsunfähigkeit liegt nur dann vor, wenn ein vorwerfbares Verhalten vorliegt. Unachtsamkeit allein genügt nicht, um den Anspruch auf Entgeltfortzahlung entfallen zu lassen.

Sportunfälle sind nur dann selbstverschuldet, wenn der Arbeitnehmer in einer Weise Sport betreibt, die seine Fähigkeiten und Kräfte übersteigt, oder wenn die Sportart selbst besonders gefährlich ist. Nicht generell als besonders gefährlich eingeschätzt werden: Fußball, Skifahren, Amateurboxen, Fallschirmspringen, Drachenfliegen oder Moto-Cross-Fahren.

5.1.2 Rehabilitation und Organspende

Der Entgeltfortzahlungsanspruch besteht gemäß § 9 EFZG auch für Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation (Kuren), die von einem Sozialversicherungsträger bewilligt und stationär durchgeführt werden.

Beim Zusammentreffen einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation nach § 9 EFZG und einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit nach § 3 Abs. 1 EFZG sind die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze zur Einheit des Verhinderungsfalls nicht anwendbar (dazu Ziffer 5.1.5). Die erste Arbeitsunfähigkeit (durch die Rehabilitationsmaßnahme) muss daher nicht beendet sein, bevor eine weitere Erkrankung zu einer neuen Arbeitsunfähigkeit führt. Dem Anspruch auf Entgeltfortzahlung kann jedoch die gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 EFZG anwendbare Einwendung aus § 3 Abs. 1 S. 2 EFZG entgegenstehen (dazu Ziffer 5.1.6) (BAG, Urteil vom 10. September 2014 – 10 AZR 651/12).

Nach Ende einer Rehabilitation besteht ein Entgeltfortzahlungsanspruch aber nur, wenn der Arbeitnehmer nach Beendigung der Rehabilitationsmaßnahme krankheitsbedingt nicht arbeitsfähig ist. Um einem eventuellen Erholungsbedürfnis nach einem Aufenthalt in einer Rehabilitationsklinik Rechnung zu tragen, ist der Arbeitgeber aber verpflichtet, dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen einen Teil seines Urlaubs im Anschluss an die Rehabilitation zu bewilligen.

Hinweis: Organspende

Bei Arbeitsunfähigkeit wegen einer Lebendspende hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zu sechs Wochen nach § 3a EFZG. Die Krankenkasse des Organempfängers erstattet dem Arbeitgeber des Organspenders auf Antrag das fortgezahlte Bruttoentgelt, einschließlich der Sozialversicherungsbeiträge.

5.1.3 Dauer und Höhe des Anspruchs

Während des Entgeltfortzahlungszeitraums von maximal sechs Wochen (42 Kalendertage) ist das dem Arbeitnehmer zustehende Arbeitsentgelt zu 100 Prozent weiter zu bezahlen, § 4 Abs. 1 EFZG. Der Beginn der sechs Wochen ist regelmäßig der Tag nach dem Eintritt der Arbeitsverhinderung. Fortzuzahlen ist die Vergütung, die bei der individuell maßgebenden regulären Arbeitszeit angefallen wäre. Dies ist bei einer Monatsvergütung die auf den jeweiligen Krankheitstag entfallende Vergütung. Bei einer stundenbezogenen Vergütung ist der Stundensatz mit der Zahl der ausgefallenen Arbeitsstunden zu multiplizieren. Überstundenzuschläge und -vergütungen außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit bleiben gemäß § 4 Abs. 1a EFZG außer Betracht. Etwas anderes gilt nur bei dauerhaft anfallenden Überstunden.

Bei einer leistungsbezogenen Vergütung (Akkordlohn, Provision) ist von dem im Erkrankungszeitraum erzielbaren Durchschnittsverdienst auszugehen (§ 4 Abs. 1a S. 2 EFZG). Auch laufende Leistungsprämien oder Leistungszulagen müssen während der Arbeitsunfähigkeit weitergezahlt werden. Nicht bezahlt werden müssen hingegen Schmutzzulagen und ähnliche Leistungen, die dem Arbeitnehmer nicht entstehen, wenn er nicht arbeitet; dies gilt ebenso für Essens- und Fahrtkostenzuschüsse.

5.1.4 Wartezeit

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung entsteht gemäß § 3 Abs. 3 EFZG nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses. Dies bedeutet nach der Rechtsprechung:

- Arbeitsverhältnis mit Dauer von bis zu vier Wochen:
Hier entfällt die Entgeltfortzahlung (aber: eine Kündigung aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit beseitigt den Entgeltfortzahlungsanspruch nicht, soweit die Arbeitsunfähigkeit länger als vier Wochen dauert).
- Arbeitsverhältnis mit Dauer von länger als vier Wochen:
Erkrankt der Arbeitnehmer in den ersten vier Wochen, hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung erst ab dem ersten Tag der fünften Woche für dann maximal sechs Wochen.

Entgeltfortzahlung

Besteht zwischen einem beendeten und einem neu gegründeten Arbeitsverhältnis zu demselben Arbeitgeber ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang, beginnt die Wartezeit nicht erneut (z. B. Ausbildungsverhältnis und anschließendes Arbeitsverhältnis).

Bei einem Arbeitgeberwechsel ist es unerheblich, ob und in welchem Umfang der Arbeitnehmer bereits in seinem früheren Arbeitsverhältnis arbeitsunfähig war. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall entsteht mit jedem neuen Arbeitsverhältnis neu, allerdings erst, nachdem das neue Arbeitsverhältnis vier Wochen ununterbrochen bestanden hat, unabhängig davon, ob während dieser Zeit tatsächlich gearbeitet wurde.

5.1.5 Mehrfache Erkrankung

Treten nebeneinander mehrere jeweils neue Erkrankungen auf, liegen wiederholte Erkrankungen vor, mit der Folge, dass für jede Erkrankung der Entgeltfortzahlungszeitraum von maximal sechs Wochen neu beginnt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist es für eine zweite Bezugsdauer nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer zwischen der ersten und der zweiten Erkrankung gearbeitet hat: ausreichend ist es bereits, wenn der Arbeitnehmer für wenige in der Freizeit liegende Stunden arbeitsfähig gewesen ist.

Tritt während einer bestehenden Erkrankung allerdings eine weitere neue Erkrankung auf, so verlängert sich die Bezugsdauer von insgesamt sechs Wochen ab Beginn der ersten Erkrankung nicht (sog. Einheit des Verhinderungsfalls). Ist der Arbeitnehmer daher infolge mehrerer nacheinander eintretender Krankheiten an seiner Arbeitsleistung verhindert, hat er unter Zugrundelegung dieser Grundsätze nur dann einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn die erste krankheitsbedingte Kündigung in dem Zeitpunkt beendet war, in dem die weitere Erkrankung zu einer neuen Arbeitsverhinderung führt (BAG vom 13. Juli 2005 – 5 AZR 389/04).

5.1.6 Fortsetzungserkrankung

Eine Fortsetzungserkrankung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer mehrfach an demselben Grundleiden erkrankt (dieselbe Krankheit führt zur erneuten Arbeitsunfähigkeit). Liegt eine Fortsetzungserkrankung vor, so entsteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung für weitere sechs Wochen nur dann, wenn

- der Arbeitnehmer vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit mindestens sechs Monate nicht wegen derselben Krankheit arbeitsunfähig war (Arbeitsunfähigkeit aus anderen Gründen im Sechsmonatszeitraum ist unschädlich) (§ 3 Abs. 1 S.2 Nr. 1 EFZG) oder
- seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen ist (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EFZG).

Bei der Berechnung sind auch solche Arbeitsunfähigkeiten als Teil der Fortsetzungserkrankung mitzuzählen, in denen gleichzeitig noch eine andere Fortsetzungserkrankung bestand.

Hinweis: Wechsel des Arbeitgebers

Bei einem Arbeitgeberwechsel ist es unerheblich, ob und in welchem Umfang der Arbeitnehmer bereits in seinem früheren Arbeitsverhältnis arbeitsunfähig war. Der Entgeltfortzahlungsanspruch gemäß § 3 EFZG entsteht – nach Ablauf der Wartezeit von vier Wochen – mit jedem neuen Arbeitsverhältnis neu.

5.1.7 Ruhendes Arbeitsverhältnis

Erkrankt der Arbeitnehmer während eines ruhenden Arbeitsverhältnisses (z. B. während der Elternzeit), wird die Zeit des Ruhens nicht auf den sechswöchigen Bezugszeitraum angerechnet. Dieser Zeitraum beginnt nicht bereits mit der Erkrankung, sondern erst mit der tatsächlichen Verhinderung an der Arbeitsleistung in Folge der Krankheit. Das ist der Zeitpunkt der Aktualisierung des Arbeitsverhältnisses; im Falle der Elternzeit also der Zeitpunkt, ab dem der Arbeitnehmer wieder arbeiten müsste.

Beispiel

Elternzeit vom 01. Januar 2018 – 31. Dezember 2020 und Arbeitsunfähigkeit vom 01. Oktober 2020 – 31. Januar 2021. Der Sechs-Wochen-Zeitraum der Entgeltfortzahlung beginnt erst am 01. Januar 2021 mit Wiederaufnahme der Beschäftigung, obwohl die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bereits seit Oktober 2020 besteht.

5.1.8 Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Krankheit

5.1.8.1 Wirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Arbeitgeberkündigung wegen Krankheit oder aus wichtigem Grund

Hier besteht gemäß § 8 Abs. 1 EFZG die Entgeltfortzahlungspflicht über das rechtliche Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus für die Dauer der Erkrankung fort, jedoch nicht länger als insgesamt sechs Wochen.

5.1.8.2 Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen (z. B. Befristung) während der Arbeitsunfähigkeit

Hier endet mit dem Arbeitsverhältnis auch die Pflicht zur Entgeltfortzahlung (§ 8 Abs. 2 EFZG).

5.2 Besonderheiten bei Kleinbetrieben

Bei Kleinbetrieben besteht ein Erstattungs- und Umlageverfahren. Das Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung (Aufwendungsausgleichsgesetz – AAG) gilt für Betriebe bis zu 30 Arbeitnehmern. Die Krankenkassen zahlen bei diesen Betrieben 40 bis 80 Prozent des fortgezahlten Entgelts sowie der vom Arbeitgeber zutragenden Beiträge zur Sozialversicherung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AAG). Die Erstattung wird nur auf Antrag erbracht, § 2 Abs. 2 AAG. Die Mittel zur Durchführung dieses Ausgleichsverfahrens werden durch die am Ausgleich beteiligten Arbeitgeber im Rahmen eines Umlageverfahrens erbracht.

5.3 Entgeltfortzahlung und Dienstwagen

Obwohl der erkrankte Arbeitnehmer bereits während der Entgeltfortzahlung keine Arbeitsleistung erbringt, muss der Arbeitgeber ihm in dieser Zeit den privat nutzbaren Pkw überlassen bzw. bei Rückforderung Nutzungsausfall bezahlen, denn er schuldet ihm noch eine Vergütung. Das Bundesarbeitsgericht hat aber klargestellt, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich keine Nutzungsausfallentschädigung wegen der Rückforderung eines privat nutzbaren Dienstwagens vom Arbeitgeber beanspruchen kann, soweit der Entgeltfortzahlungszeitraum während seiner Arbeitsunfähigkeit abgelaufen ist (BAG, Urteil vom 14. Dezember 2010 – 9 AZR 631/09). Dazu dürfen jedoch keine anderweitigen vertraglichen Regelungen zwischen den Parteien getroffen worden sein. Ein nach Ablauf der Entgeltfortzahlung z. B. tariflich zu gewährender Aufstockungsbetrag zum Krankengeld beinhaltet nicht die reguläre Vergütung und umfasst daher auch nicht die Gewährung eines Dienstwagens.

6 Krankengeld

Krankengeldbezug nach Ende der Entgeltfortzahlung / Erkrankung von Kindern

6.1 Krankengeld im Arbeitsverhältnis

Mit Beendigung des gesetzlichen Entgeltfortzahlungsanspruchs kann ein gesetzlich versicherter Arbeitnehmer seinen sozialversicherungsrechtlichen Anspruch auf Krankengeld gegen die Krankenkasse realisieren.

6.2 Besonderheiten bei Erkrankung von Kindern

Muss der Arbeitnehmer ein in seinem Haushalt lebendes krankes Kind betreuen, handelt es sich um eine vorübergehende Verhinderung gem. § 616 BGB. Während der Verhinderungszeit hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Vergütungsfortzahlung. Die Regelung des § 616 BGB ist jedoch abdingbar.

Bei akuter schwerer Erkrankung eines Kindes gibt es zudem nach § 45 Abs. 3 SGB V einen gesetzlich geregelten Anspruch auf Freistellung von der Arbeit gegen den Arbeitgeber verbunden mit einem Anspruch auf Zahlung eines Krankengeldes (vgl. § 45 Abs. 1 SGB V). Dieser ist dem Anspruch aus § 616 BGB nachrangig.

Dieser Anspruch auf Zahlung von Krankengeld bei Erkrankung eines Kindes des gesetzlich versicherten Arbeitnehmers besteht, soweit es durch (schriftliches) ärztliches Zeugnis nachgewiesen wird, dass er zur Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege des erkrankten Kindes der Arbeit fernbleiben muss. Dabei darf keine andere in diesem Haushalt lebende Person zur Verfügung stehen und das Kind darf das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, es sei denn, es ist behindert und auf Hilfe angewiesen (§ 45 Abs. 1 SGB V).

Tabelle 2

Dieser Anspruch besteht für folgende Arbeitstage (§ 45 Abs. 2 SGB V):

Versicherter Arbeitnehmer	Je Kind	Bei mehreren Kindern max. (wird beim 3. Kind erreicht)
Gesetzlich versichert	10 Arbeitstage	25 Arbeitstage
Gesetzlich versichert und alleinerziehend	20 Arbeitstage	50 Arbeitstage

Hinweis zum Kinderkrankengeld in Zeiten von Corona, § 45 Abs. 2a SGB V

Für das Kalenderjahr 2022 besteht der Anspruch auf Kinderkrankengeld für jedes Kind längstens für 30 Arbeitstage. Für alleinerziehende längstens für 60 Tage. In der Summe darf der Anspruch auf Kinderkrankengeld 65 Arbeitstage und für alleinerziehende Versicherte nicht mehr als 130 Arbeitstage übersteigen, vgl. § 45 Abs. 2a SGB V.

Für das Kalenderjahr 2021 sollen Eltern zudem staatliche Unterstützung erhalten, wenn sie ihre Kinder pandemiebedingt zu Hause betreuen müssen. Der Anspruch auf Kinderkrankengeld besteht gem. § 45 Abs. 2a SGB V auch für den Fall, dass Kitas und Schulen geschlossen sind oder die Betreuung des Kindes eingeschränkt ist. Dieser Anspruch besteht auch im Jahr 2022, allerdings vorerst nur bis zum 19. März 2022.

7 Freistellung

Während der Freistellung gibt es i. d. R. keine Entgeltfortzahlung

7.1 Unbezahlte Freistellung

Erkrankt ein Arbeitnehmer bei einer unbezahlten Freistellung im Freistellungszeitraum, ist der Arbeitgeber regelmäßig nicht zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verpflichtet.

Etwas anderes gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur dann, wenn die Parteien eine unbezahlte Freistellung zu Erholungszwecken des Arbeitnehmers vereinbart haben. Dann gilt § 9 BUrlG entsprechend. Die durch ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachgewiesenen Fehltage sind dann zu bezahlen.

7.2 Bezahlte Freistellung

Vereinbaren die Parteien die Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung der Vergütung und erkrankt der Arbeitnehmer dann im Freistellungszeitraum, besteht für den Arbeitgeber keine Entgeltfortzahlungspflicht über die gesetzlich geregelten Fälle der Entgeltfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit hinaus. Das Arbeitsentgelt ist also aufgrund der Freistellungsvereinbarung nicht unabhängig von der Arbeitsunfähigkeit fortzuzahlen. Der Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers beträgt somit auch hier maximal sechs Wochen.

8 Anwesenheitsprämie und Fehlzeiten wegen Krankheit

Laufende und einmalige Anwesenheitsprämien

Bei der Anwesenheitsprämie handelt es sich um einen besonderen Vergütungsbestandteil, der vom Arbeitgeber zugesagt wird, um die Anwesenheit am Arbeitsplatz zu honorieren. Man unterscheidet zwei Formen:

- Als laufende Anwesenheitsprämie, d. h. Zahlung der Anwesenheitsprämie als Aufschlag zur laufenden Vergütung (z. B.: Als Zulage pro Anwesenheitsstunde oder als monatliche Zulage bei einer vom Arbeitgeber festgesetzten Mindestanwesenheit)
- Als einmalige Zahlung für einen längerfristigen Zeitraum (z. B. Staffelung der Weihnachtsgratifikation oder jährliche Sonderzahlung nach Anwesenheitszeiten)

8.1 Laufende Anwesenheitsprämie

Laufende Anwesenheitsprämien sind während der Krankheit weiter zu bezahlen. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts umfasst der Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall die Anwesenheitsprämie, weil sie Teil des fortzuzahlenden Entgelts ist. Entfällt daher der Entgeltfortzahlungsanspruch, etwa wegen groben Eigenverschuldens oder wegen Überschreitung des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums, entfällt bzw. endet damit auch der Anspruch auf die Anwesenheitsprämie.

8.2 Einmalige Anwesenheitsprämie

Nach § 4a EFZG ist eine Vereinbarung über die Kürzung von Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt (Sondervergütungen) auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit zulässig. Die Kürzung darf aber für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit ein Viertel des Arbeitsentgelts, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt, nicht überschreiten. Dazu wird zunächst der durchschnittliche Jahresverdienst ermittelt. Ist der Jahresverdienst ermittelt, ist er umzurechnen auf den Betrag, der auf einen Arbeitstag entfällt. Von der so ermittelten Zwischensumme ist das Viertel zu berechnen.

Beispiel

Der Arbeitnehmer hat einen durchschnittlichen Jahresverdienst von 52.000,00 Euro einschließlich einer Sondervergütung von 4.000,00 Euro. Dieser Jahresverdienst durch 260 Arbeitstage (52 Wochen à fünf Arbeitstage) geteilt ergibt einen Tagesverdienst von 200,00 Euro. Das Viertel beträgt 50,00 Euro. Die Sondervergütung ist dann nach 80 Fehltagen aufgezehrt (4.000,00 Euro : 50).

Diese Begrenzung der Kürzungsmöglichkeit findet auch auf eine quartalsweise gewährte Anwesenheitsprämie Anwendung. Gewährt ein Arbeitgeber eine Weihnachtszuwendung ohne Rechtsbindung als freiwillige Leistung für die Zukunft, kann für Arbeitnehmer mit Fehlzeiten eine Kürzung nach § 4a S. 2 EFZG erfolgen.

9 Krankheit und Urlaub

Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubs / Urlaubsanspruch und Abgeltung

9.1 Allgemeines

Der gesetzliche Urlaubsanspruch entsteht auch für Zeiten, in denen der Arbeitnehmer erkrankt ist. Der gesetzliche Urlaubsanspruch hat damit nicht zur Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer auch tatsächlich gearbeitet hat.

Ein Anspruch auf Urlaub kann aber nur dann durchgesetzt werden, wenn der Arbeitnehmer nicht arbeitsunfähig ist.

[Hinweis: Info Recht Urlaub](#)

Vertiefte Hinweise zu allen Fragen des Urlaubsrechts finden Sie auch in unserer [Info Recht Urlaub](#).

9.2 Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubs

Nach § 9 BurlG werden Zeiten der Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubs, die durch ärztliches Attest nachgewiesen werden, nicht auf den Urlaub angerechnet. Schließlich ist eine Erfüllung des Urlaubsanspruchs während der Arbeitsunfähigkeit nicht möglich. Dabei verlängert sich der Urlaub jedoch nicht automatisch. Die infolge der Krankheit nicht anzurechnenden Urlaubstage, stehen dem Arbeitnehmer aber wieder zur Verfügung.

[Hinweis](#)

Die Vorschrift des § 9 BurlG gilt nur für den Erholungsurlaub. Sie ist nicht entsprechend anzuwenden, wenn der Arbeitnehmer nach einer wirksamen Festlegung der Arbeitsbefreiung im Freistellungszeitraum arbeitsunfähig erkrankt. Auch in diesem Fall wird der Anspruch auf Arbeitszeitausgleich durch Freistellung von der Arbeitspflicht erfüllt (BAG, Urteil vom 11. September 2003 – 6 AZR 374/02; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19. November 2015 – 5 Sa 342/15).

9.3 Urlaubsanspruch und dauernde Arbeitsunfähigkeit

Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass jeder Arbeitnehmer die Möglichkeit haben muss, seinen gesetzlichen Urlaub auch tatsächlich nehmen zu können (EuGH, Urteil vom 20. Januar 2009 – C-350/06 und C-520/06). Damit erlischt der Urlaub nicht mehr am Ende des Übertragungszeitraums nach § 7 Abs. 3 S. 3 BurlG, soweit der Arbeitnehmer den Urlaub wegen Arbeitsunfähigkeit nicht nehmen konnte. Dies bedeutet, dass für Langzeiterkrankte, die über den 31. März des Folgejahres hinaus arbeitsunfähig erkrankt sind, der Urlaub des voran gegangenen Jahres damit nicht mehr automatisch zu diesem Termin erlischt.

Eine Begrenzung der Übertragung von Urlaubsansprüchen durch einzelstaatliche Vorschriften auf 15 Monate ist grundsätzlich möglich. Dementsprechend hat das Bundesarbeitsgericht (BAG, Urteil vom 24. März 2009 – 9 AZR 983/07) entschieden, dass nicht gewährter gesetzlicher Urlaub eines durchgehend arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmers nunmehr 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfällt (auch ohne einen entsprechenden Tarifvertrag).

Hinweis

Derzeit ist nicht abschließend geklärt, ob bzw. wann auch langzeiterkrankte Beschäftigte ein Informationsschreiben zum Verfall des Urlaubsanspruchs erhalten müssen. Nähere Informationen finden Sie in unserer [Info Recht Urlaub](#).

Tabelle 3

Verfall von Urlaub bei langdauernder Krankheit (gesetzlicher Urlaubsanspruch)

Urlaubsanspruch aus dem Kalenderjahr	Verfallsdatum (nach 15 Monaten)
2015	31. März 2017
2016	31. März 2018
2017	31. März 2019
2018	31. März 2020
2019	31. März 2021
2020	31. März 2022

Bei rechtlicher Beendigung seines Arbeitsverhältnisses hat ein erkrankter Arbeitnehmer einen Anspruch auf Abgeltung des nicht gewährten Urlaubs, § 7 Abs. 4 BurlG. Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung entsteht zwar mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, jedoch kommt der Arbeitgeber grundsätzlich erst mit Mahnung in Verzug.

9.4 Zusatzurlaub für Schwerbehinderte

Schwerbehinderte Arbeitnehmer haben Anspruch auf bezahlten Zusatzurlaub von fünf Arbeitstagen im Urlaubsjahr (§ 208 SGB IX). Dieser Zusatzurlaub verfällt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit spätestens 15 Monaten nach Ende des Urlaubsjahres. Somit verfallen gesetzliche Urlaubsansprüche bei Dauerarbeitsunfähigkeit einheitlich am 31. März des übernächsten Jahres.

10 Außerordentliche Kündigung

Ordentliche Unkündbarkeit / Erforderlichkeit einer vorherigen Abmahnung

Die Kündigung im Krankheitsfall stellt den klassischen Fall der personenbedingten Kündigung dar.

Hinweis

Vertiefte Hinweise zu der personenbedingten Kündigung finden Sie in unserer [Info Recht Die personenbedingte Kündigung](#).

Grundsätzlich stellen weder eine lang andauernde Erkrankung noch häufige Kurzerkrankungen einen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses dar.

Beispiele aus der Rechtsprechung für wirksame außerordentliche Kündigungen im Zusammenhang mit Erkrankungen:

- Die wiederholte und abgemahnte Verletzung der gesetzlichen Verpflichtung, die Krankheit unverzüglich anzuzeigen und die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor Ablauf des auf die ersten drei Kalendertage der Erkrankung nachfolgenden Arbeitstags vorzulegen, kann im Einzelfall die außerordentliche Kündigung begründen, wenn sie eine beharrliche Pflichtverletzung darstellt.
- Ein leitender Angestellter unterlässt es, seinen Mitarbeitern vor Beginn der Erkrankung noch ihm mögliche Anweisungen zu erteilen, die erforderlich gewesen wären, um bereits zu diesem Zeitpunkt absehbare schwere Schäden für das Unternehmen abzuwenden.
- Der Arbeitnehmer droht mit Krankheit, um etwa einen Urlaub zu erzwingen, eine Versetzung oder die Zuweisung unangenehmer Arbeit zu verhindern. Die außerordentliche Kündigung ist dann möglich, wenn der Arbeitnehmer im Anschluss an diese Drohung tatsächlich erkrankt. Die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers liegt hier nämlich in der unzulässigen Ausübung von Druck auf den Arbeitgeber.
- Der Arbeitnehmer täuscht eine Krankheit nur vor oder erschleicht sich eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts reicht hier bereits ein entsprechender dringender Verdacht für eine außerordentliche Kündigung aus (BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 – 2 AZR 597/1).

Außerordentliche Kündigung

- Der Arbeitnehmer unterlässt während seiner Krankheit nicht alles, was seine Genesung hinauszögert. Je nach Art der Erkrankung können somit nächtliche Barbesuche, Besuche von Kinos oder Sportstätten und anderweitige Arbeit während der Arbeitsunfähigkeit eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

Etwas anderes gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch, wenn der Arbeitnehmer nach tarifvertraglichen Vorschriften ordentlich unkündbar ist und bei ihm eine dauerhafte Leistungsfähigkeit vorliegt, der durch Ausgleichsmaßnahmen (z. B. Umverteilung der Aufgaben, Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder Freimachen eines leidensgerechten Arbeitsplatzes im Rahmen des Direktionsrechts) nicht begegnet werden kann. Dann kommt eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit in Betracht. Auch in diesen Fällen ist die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB zu beachten. Häufige Kurzerkrankungen können ein Dauertatbestand sein, der den Lauf der Frist ständig neu in Gang setzt, sobald und solange sie den Schluss auf eine dauerhafte Krankheitsanfälligkeit zulassen und damit eine negative Gesundheitsprognose begründen (BAG vom 23. Januar 2014 – 2 AZR 582/13).

11 Die ordentliche Kündigung

Der klassische Fall der personenbedingten Kündigung

Hinweis

Vertiefte Hinweise zu der personenbedingten Kündigung finden Sie in unserer [Info Recht Die personenbedingte Kündigung](#).

11.1 Verletzung von Nebenpflichten im Zusammenhang mit Erkrankungen

11.1.1 Anzeige- und Nachweispflicht

Der Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Anzeigepflicht muss zunächst erst einmal abgemahnt werden, bevor eine verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen werden kann.

Praxistipp

Verletzt ein Arbeitnehmer trotz vorheriger Abmahnung wiederholt und schuldhaft seine Anzeigepflicht, kann dies eine ordentliche Kündigung rechtfertigen.

Die Verletzung der dem Arbeitnehmer obliegenden Nachweispflicht vermag ebenfalls – nach vorheriger Abmahnung – eine verhaltensbedingte Kündigung grundsätzlich zu rechtfertigen.

In beiden Fällen verlangt das Bundesarbeitsgericht aber wegen des geringen Gewichts dieser Pflichtverletzungen regelmäßig neben einem schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers noch konkrete Auswirkungen im Betrieb (z. B. eine Störung des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsorganisation).

Beispiel

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass eine ordentliche Kündigung dann möglich ist, wenn der Arbeitnehmer trotz Abmahnung nach vier Wochen noch keine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beigebracht hat.

11.1.2 Anderweitige Tätigkeit während der Arbeitsunfähigkeit

Der Arbeitnehmer hat sich während seiner Arbeitsunfähigkeit so zu verhalten, dass er möglichst bald wieder gesund und der Heilungsprozess nicht verzögert wird. Vor diesem Hintergrund kann im Einzelfall eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer während seiner Arbeitsunfähigkeit eine Nebenbeschäftigung ausübt und dadurch seine Genesung verzögert wird.

Beispiel

Auch ein Arbeitnehmer, der während der Arbeitsunfähigkeit einen Skiurlaub antritt und sich beim Skifahren so verletzt, dass er aufgrund dieser Verletzung weiter arbeitsunfähig krankgeschrieben wird, kann ordentlich gekündigt werden.

11.2 Kündigung wegen Krankheit

11.2.1 Voraussetzungen

Bei der Kündigung wegen Krankheit handelt es sich um den Hauptanwendungsfall der ordentlichen personenbedingten Kündigung. Eine vorherige Abmahnung ist nicht erforderlich. Es wird zwischen folgenden Kategorien bei der Kündigung wegen Krankheit unterschieden:

- Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen
- Kündigung wegen lang andauernder Krankheit
- Kündigung wegen krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit oder krankheitsbedingter Leistungsminderung

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung erfolgt regelmäßig in drei Stufen:

- 1. Stufe: Negative Zukunftsprognose

Negative Zukunftsprognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustands im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung.

- 2. Stufe: Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen

Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen sind Störungen des Betriebsablaufs oder wirtschaftliche Belastungen des Arbeitgebers.

– 3. Stufe: Interessenabwägung

Umfassende einzelfallbezogene Interessenabwägung, d. h. Prüfung, ob die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht hinzunehmenden betrieblichen oder wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen.

11.2.2 Negative Zukunftsprognose

Die Prognose über die künftige Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ist das entscheidende Kriterium für die Rechtmäßigkeit der Kündigung wegen Krankheit.

Praxistipp

- Eine krankheitsbedingte Kündigung sollte nur während der Erkrankung des Arbeitnehmers ausgesprochen werden. Ist der Arbeitnehmer wieder gesund oder ist in absehbarer Zeit mit seiner Genesung zu rechnen, kann grundsätzlich nicht wirksam krankheitsbedingt gekündigt werden.
 - Befindet sich der Arbeitnehmer im Anschluss an eine längere krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit in einer Rehabilitationsklinik, sollte zunächst deren Beendigung abgewartet werden, bevor eine krankheitsbedingte Kündigung ausgesprochen wird.
-

Vor Ausspruch der krankheitsbedingten Kündigung ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, Nachforschungen über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers anzustellen. Im Gegenzug ist der Arbeitnehmer aber auch nicht verpflichtet, von sich aus bzw. auf Anfrage des Arbeitgebers Auskünfte über seinen Gesundheitszustand zu erteilen oder sich auf Wunsch des Arbeitgebers vom Betriebsarzt / sonstigen Arzt untersuchen zu lassen.

Es besteht aber die Möglichkeit, ein Gutachten über den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung erstellen zu lassen (vgl. oben unter 4.2).

11.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

11.2.3.1 Betriebsablaufstörungen

Betriebsablaufstörungen sind schwerwiegende Störungen des Produktionsprozesses.

Beispiele

- Stillstand von Maschinen
 - Rückgang der Produktion wegen einzuarbeitenden oder nicht zu beschaffenden Ersatzpersonals
 - Überbelastung des verbliebenen Personals (nur gelegentlicher Anfall von Überstunden nicht ausreichend)
 - Abzug von an sich benötigtem Personal aus anderen Arbeitsbereichen
-

Diese schwerwiegenden Störungen im Produktionsprozess dürfen sich nicht durch mögliche zumutbare Überbrückungsmaßnahmen vermeiden lassen.

Beispiele

- Einsatz eines Arbeitnehmers aus einer vorgehaltenen Personalreserve
 - Umorganisation der Arbeit
 - Neueinstellung einer Aushilfskraft (bei Kurzerkrankungen regelmäßig nicht möglich)
-

11.2.3.2 Erhebliche wirtschaftliche Belastungen

Unter erhebliche wirtschaftliche Belastungen fallen insbesondere:

- Außerordentlich hohe Entgeltfortzahlungskosten
- Die Vergütung des erkrankten Arbeitnehmers übersteigende Mehrkosten für eine Ersatzkraft

Erheblich ist die wirtschaftliche Belastung, wenn für den erkrankten Arbeitnehmer voraussichtlich jährlich Entgeltfortzahlungskosten für einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen aufzuwenden sind.

Dabei bleiben solche Fehlzeiten aus der Vergangenheit unberücksichtigt, bei denen keine Wiederholungsgefahr besteht, ferner Ausfallzeiten, für die keine Entgeltfortzahlungspflicht mehr besteht, weil die einzelne Krankheit den Zeitraum von sechs Wochen überschritten hat und stets wieder auftritt, bevor eine neuer Entgeltfortzahlungsanspruch entstanden ist. Eine erhebliche wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers mit Entgeltfortzahlungskosten scheidet bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern wegen des begrenzten Entgeltfortzahlungszeitraums daher regelmäßig aus.

11.2.3.3 Möglichkeit der Umsetzung auf einen anderen Arbeitsplatz?

Aufgrund des ultima ratio Grundsatzes, der beinhaltet, dass die Kündigung das letzte verbliebene Mittel darstellt, ist der Arbeitgeber verpflichtet zu überprüfen, ob die erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen nicht dadurch vermieden werden kann, dass der Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz beschäftigt wird. Der Arbeitgeber muss außerdem prüfen, ob die Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung nach Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen besteht.

Zudem muss der Arbeitgeber versuchen, den Arbeitnehmer zu geänderten Arbeitsbedingungen – ggf. auf einem anderen freien Arbeitsplatz mit geringeren Anforderungen und verminderter Bezahlung – zu beschäftigen. Soweit ein Arbeitnehmer krankheitsbedingt auf Dauer nicht mehr in der Lage ist, seine geschuldete Arbeit auf dem bisherigen Arbeitsplatz zu erbringen oder seine Leistungsfähigkeit gemindert ist, muss der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch über die einfache Besetzung freier Arbeitsplätze hinausgehen, um die Kündigung als ultima ratio zu vermeiden. Der Arbeitgeber ist somit gehalten, leidensgerechte Arbeitsplätze frei zu machen, soweit ihm dies im Rahmen seines Direktionsrechts möglich ist. Dieses kann etwa durch die Änderung von Arbeitsabläufen und die Umverteilung von Aufgaben oder auch durch die Versetzung anderer Arbeitnehmer geschehen.

Praxistipp

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, einen leidensgerechten Arbeitsplatz frei zu kündigen. Er ist auch nicht verpflichtet, das Zustimmungseretzungsverfahren einzuleiten, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer Versetzung verweigert, mit der für den erkrankten Arbeitnehmer ein leidensgerechter Arbeitsplatz freigemacht werden soll.

11.2.4 Umfassende Interessenabwägung im Einzelfall

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu prüfen, ob die durch Krankheit verursachten Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalls vom Arbeitgeber noch hinzunehmen sind oder ein solches Ausmaß erreicht haben, dass sie ihm nicht mehr zugemutet werden können.

Unter Beachtung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind insbesondere folgende Umstände zu berücksichtigen:

- Soziale Daten des Arbeitnehmers (Lebensalter, Umfang der Unterhaltsverpflichtungen, Schwerbehinderung)
- Dauer der Betriebszugehörigkeit
- Chancen auf dem Arbeitsmarkt
- Art der zu erbringenden Arbeitsleistung (z. B. besonders gesundheitsschädliche Arbeit)

Die ordentliche Kündigung

- Ursache der Erkrankung z. B. betrieblich (etwa durch Staubluft) oder eigenes Verschulden (etwa Unfall infolge Unvorsichtigkeit)
- Frage, ob es sich um eine chronische Erkrankung handelt
- Kenntnis des Arbeitgebers von der Erkrankung bei der Einstellung
- Vorhandensein von Personalreserven
- Höhe der durchschnittlichen Ausfallquote (d. h. wie liegen die Fehlzeiten über der durchschnittlichen Ausfallquote im Betrieb bzw. bei vergleichbaren Arbeitskollegen)
- Dauer des ungestörten Arbeitsverhältnisses

11.2.5 Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen

Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die ernste Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang rechtfertigen. Erst nach Zugang des Kündigungsschreibens eingetretene weitere Umstände können nicht mehr berücksichtigt werden. Diese für die Gesundheitsentwicklung des Arbeitnehmers bedeutsamen Umstände können etwa sein: Ein Arztwechsel, eine vom Arbeitnehmer vorher abgelehnte Operation oder stationäre Behandlung sowie eine Änderung der Lebensführung.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts können häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit für ein entsprechendes Krankheitsbild in der Zukunft sprechen (BAG, Urteil vom 10. November 2005 – 2 AZR 44/05). Entscheidend ist damit die Wiederholungsgefahr.

Praxistipp

Für eine von der Vergangenheit ausgehende Prognose scheiden solche Erkrankungen aus, bei denen keine Wiederholungsgefahr besteht, z. B.:

- Ausgeheilte Leiden
- Unfälle, soweit es sich ihrer Entstehung nach um einmalige Ereignisse handelt (Autounfall, Skiunfall)
- sonstige offenkundige einmalige Gesundheitsschäden (z. B. Blinddarmentfernung)
- Fehlzeiten aufgrund von Betriebsunfällen
- auf einmaligen Ursachen beruhende Fehltag

Um eine negative Gesundheitsprognose zu stützen, muss der Arbeitgeber Fehlzeiten nach Zahl, Dauer und zeitlicher Abfolge genau bezeichnen. Pauschale Angaben, wie z. B. 60 Fehltag im Jahr 2012, genügen nicht. Krankheitsursachen müssen vom Arbeitgeber nicht angegeben werden.

Häufige Erkrankungen in der Vergangenheit haben insoweit eine Indizwirkung dahingehend, dass sie für das Auftreten ähnlicher Krankheitszeiten in der Zukunft sprechen. Weiter fordert die Rechtsprechung, dass die Fehlzeiten in der Vergangenheit nur dann

Die ordentliche Kündigung

eine Indizwirkung entfalten können, wenn sie sich über einen Zeitraum von mindestens drei Jahren erstrecken.

Ferner sind bei der Prognose folgende Umstände zu berücksichtigen:

- Steigende, gleichbleibende oder fallende Tendenz der Erkrankungen
- Häufigkeit (Anzahl der Krankheitsperioden)
- Regelmäßigkeit (zeitlicher Abstand zwischen den Krankheitsperioden)

Bei der Beachtung der Fehlzeiten in der Vergangenheit hält das Bundesarbeitsgericht Fehlzeitquoten von sechs Wochen im Durchschnitt der letzten drei Jahre für unerheblich. Die gerichtliche Praxis der Instanzgerichte sieht die Beachtlichkeit von Fehlzeiten häufig erst ab einer Fehlquote von 25 Prozent bis 40 Prozent der jährlichen Arbeitstage als erreicht an.

Hinweis: Darlegungs- und Beweislast

Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, welche die Kündigung bedingen. In Fällen der krankheitsbedingten Kündigung besteht jedoch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Der Arbeitgeber genügt seiner Darlegungslast zunächst, indem er die bisherigen Krankheitszeiten und bekannten Ursachen darlegt. Der Arbeitnehmer muss dann konkret und ggf. unter Entbindung seiner Ärzte von der Schweigepflicht darstellen, dass eine negative Prognose nicht vorliegt. Dann muss der Arbeitgeber wiederum durch ein medizinisches Sachverständigengutachten über seine negative Prognose den Beweis führen.

11.2.6 Kündigung wegen lang andauernder Krankheit

Die Arbeitsunfähigkeit muss im Zeitpunkt des Zugangs des Kündigungsschreibens noch bestehen und für voraussichtlich längere oder nicht absehbare Zeit andauern. Hingegen kommt es auf die spätere Entwicklung der Krankheit nicht an. Zwar ist die bisherige Dauer der Arbeitsunfähigkeit nicht entscheidend, jedoch kann eine bisher lang andauernde Erkrankung eine gewisse Indizwirkung entfalten. Fehlzeiten von nicht mehr als sechs Wochen stellen aber keine lang andauernde Erkrankung dar.

Praxistipp

Vor Ausspruch der Kündigung ist der Arbeitnehmer nach der voraussichtlichen Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit zu befragen. Auf Verlangen des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer auch dann ein ärztliches Attest beibringen, wenn die Arbeitsunfähigkeit bereits mehr als sechs Wochen andauert.

Die ordentliche Kündigung

Verweigert der Arbeitnehmer insoweit jede Auskunft und legt er weder eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor, noch entbindet er seinen Arzt von der Schweigepflicht, kann das Arbeitsverhältnis nach vorheriger Abmahnung verhaltensbedingt gekündigt werden.

Da es auf die Prognose im Zeitpunkt des Zugangs des Kündigungsschreibens ankommt, ist die spätere Entwicklung der Krankheit unerheblich.

Dabei kann die negative Prognose vom Arbeitgeber bereits unter Umständen abgegeben werden, wenn die sechswöchige Frist zur Entgeltfortzahlung abgelaufen ist.

Beispiele

- Ist der Arbeitnehmer bereits seit längerer Zeit – im entschiedenen Fall 18 Monate – arbeitsunfähig erkrankt und ist im Zeitpunkt der Kündigung die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit noch völlig ungewiss (weil nicht mit einer anderen Prognose gerechnet werden kann), führt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts allein diese Ungewissheit zu einer negativen Gesundheitsprognose. Das Bundesarbeitsgericht geht ferner davon aus, dass bei einer solchen Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit in aller Regel von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers auszugehen sei. Eine Kündigung wegen lang andauernder Erkrankung kann somit gerechtfertigt sein.
 - Kann im Rahmen einer Prognose für die nächsten 24 Monate nach Ausspruch der Kündigung nicht mit einer anderen (für den erkrankten Arbeitnehmer günstigeren) Entwicklung gerechnet werden, steht diese Ungewissheit hinsichtlich der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit gleich (BAG, Urteil vom 29. April 1999 – 2 AZR 431/98). Eine Kündigung wegen lang andauernder Krankheit ist gerechtfertigt.
-

Der Arbeitgeber muss somit auf der zweiten Stufe einer krankheitsbedingten Kündigung bei einer lang andauernden Erkrankung grundsätzlich keine erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen mehr darlegen.

Vor diesem Hintergrund ist der Arbeitgeber auch nicht an einer personenbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers gehindert, dessen Arbeitsverhältnis für die Zeit des Bezugs einer befristeten Erwerbsunfähigkeitsrente ruht.

11.2.7 Kündigung wegen krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit

Ist ein Arbeitnehmer auf Dauer nicht mehr in der Lage, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, führt dies regelmäßig zu einer negativen Gesundheitsprognose sowie einer erheblichen Störung des Arbeitsverhältnisses. Das Bundesarbeitsgericht geht ferner von einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit aus, wenn in den nächsten 24 Monaten nicht mit einer anderen Prognose als der weiterhin bestehenden Arbeitsunfähigkeit gerechnet werden kann.

Die auf Dauer bestehende Leistungsunfähigkeit wird im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung üblicherweise durch Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens festgestellt.

Der Arbeitgeber muss auf der zweiten Stufe einer krankheitsbedingten Kündigung also auch bei der dauernden Leistungsunfähigkeit grundsätzlich keine erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen mehr darlegen. Das Bundesarbeitsgericht begründet dies damit, dass hier die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen auf der Hand lägen. Der Arbeitgeber sei auf unabsehbare Zeit gehindert sein Weisungsrecht auszuüben, um die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers abzurufen. Eine ordnungsgemäße Planung des Einsatzes des Arbeitnehmers könne nicht mehr erfolgen.

Hinweis: Leidensgerechter Arbeitsplatz

Der Arbeitgeber bleibt verpflichtet zu prüfen, ob der Arbeitnehmer nicht auf einem anderen Arbeitsplatz, auf dem er voll einsatz- und leistungsfähig sein könnte, weiterbeschäftigt werden kann. Der Arbeitgeber ist insoweit auch verpflichtet, einen vorhandenen leidensgerechten Arbeitsplatz freizumachen, wenn er den dort beschäftigten Arbeitnehmer im Rahmen seines Direktionsrechts auf einen anderen freien Arbeitsplatz umsetzen bzw. versetzen kann und der erkrankte Arbeitnehmer sich auf diesen Arbeitsplatz beruft.

Der erkrankte Arbeitnehmer kann allerdings grundsätzlich nicht verlangen, dass ein zusätzlicher leidensgerechter Arbeitsplatz oder die Umgestaltung der vorhandenen Arbeitsplätze durch Umverteilung der Aufgaben geschaffen wird. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich dies durch geringfügige Änderungen in der Betriebsorganisation oder der Ausstattung des Arbeitsplatzes mit einfachen technischen Hilfsmitteln erreichen ließe.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann die durchzuführende Interessenabwägung nur bei Vorliegen einer besonderen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zu dem Ergebnis führen, dass der Arbeitgeber trotz erheblicher Störung des Arbeitsverhältnisses dessen Fortsetzung billigerweise weiter hinnehmen muss.

Die ordentliche Kündigung

Soweit ein auf Dauer leistungsunfähiger Arbeitnehmer aufgrund tarifvertraglicher Vorschriften ordentlich unkündbar ist, kommt nur eine außerordentliche Kündigung in Betracht. Der Arbeitgeber muss dann allerdings die der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende (soziale) Auslaufrist einhalten.

Die bloße Feststellung der Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung ist für sich allein nicht geeignet eine dauernde Leistungsunfähigkeit anzunehmen.

11.2.8 Kündigung wegen krankheitsbedingter Minderung der Leistungsfähigkeit

Die krankheitsbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit kann einen Kündigungsgrund darstellen, wenn diese Minderung auf Dauer anhält.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vermag nicht jede geringfügige Minderleistung eine Kündigung zu rechtfertigen. Eine Arbeitsleistung von nur mehr zwei Drittel der Normalleistung könne aber als erhebliche Beeinträchtigung des Leistungsgleichgewichts (d. h. der Vergütung steht keine adäquate Arbeitsleistung mehr gegenüber) anzusehen sein (BAG, Urteil vom 11. Dezember 2003 – 2 AZR 667/02).

Vor Ausspruch einer Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsminderung muss der Arbeitgeber prüfen, ob der Arbeitnehmer auf einem seinem Leistungsvermögen entsprechenden anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann. Als milderes Mittel ist auch die Weiterbeschäftigung im Rahmen eines Teilzeitarbeitsplatzverhältnisses oder eines freizumachenden anderen Arbeitsplatzes in Erwägung zu ziehen.

11.2.9 Sonderproblem: Alkoholabhängigkeit

Schlechtleistungen und Fehlzeiten, welche auf Alkoholmissbrauch infolge physischer und psychischer Abhängigkeit vom Alkohol zurückzuführen sind, können keine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.

Bei der Alkoholabhängigkeit handelt es sich um eine Krankheit im medizinischen Sinne. Alkoholsucht bzw. -krankheit liegt vor, wenn der gewohnheitsmäßige übermäßige Alkoholkonsum trotz besserer Einsicht nicht aufgegeben oder reduziert werden kann. Die Kündigung wegen Alkoholabhängigkeit richtet sich demnach entsprechend den für die krankheitsbedingte Kündigung geltenden Grundsätzen gemäß der Drei-Stufen-Prüfung.

Erhebliche Beeinträchtigungen i. S. der zweiten Prüfungsstufe liegen bei einer fristgemäßen personenbedingten Kündigung eines alkoholkranken Arbeitnehmers vor, wenn dieser eine Arbeitsaufgabe in einem Arbeitsumfeld verrichtet, die mit Selbst- und Fremdgefährdungen von Personen und Sachen einhergehen.

Die ordentliche Kündigung

Im Rahmen der Interessenabwägung als der dritten Prüfungsstufe können ggf. zu Lasten des Arbeitnehmers folgende Punkte herangezogen werden:

- Absolutes Alkoholverbot auf dem Betriebsgelände
- Vorangegangene Abmahnung wegen Verstoßes gegen das Alkoholverbot
- Kenntnis des Arbeitnehmers, dass Alkoholkonsum nicht toleriert wird
- Abbruch einer Alkoholtherapie
- Verweigerung freiwilliger Alkoholkontrollen

Das Hauptproblem in der Praxis liegt darin, eine Alkoholabhängigkeit überhaupt erst einmal gesichert festzustellen. Der Arbeitnehmer ist nämlich nicht verpflichtet, einer Blutuntersuchung zur Klärung seiner Alkoholabhängigkeit zuzustimmen.

Ist der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung nicht therapiebereit, so kann man nach allgemeiner Erfahrung davon ausgehen, dass er auch in Zukunft nicht geheilt werden wird. Die negative Zukunftsprognose ist dann zu bejahen. Eine vom Arbeitnehmer nach Ausspruch der Kündigung durchgeführte Therapie und ihr Ergebnis können nicht mehr zu einer Korrektur dieser Prognose herangezogen werden.

Bei langjährig beschäftigten Arbeitnehmern verlangt die Rechtsprechung aber regelmäßig, dass der Arbeitgeber ihnen die Möglichkeit einer Therapie einräumt. Unterzieht sich der Arbeitnehmer einer solchen, muss grundsätzlich zunächst deren Erfolg abgewartet werden. Im Falle eines anschließenden erneuten Rückfalls ist der Arbeitgeber aber nicht verpflichtet, eine weitere Therapie abzuwarten.

Hinweis

Einzelheiten zum Thema Alkohol finden Sie in unserer [Info Recht Alkohol im Betrieb](#).

12 Betriebliches Eingliederungsmanagement

Verfahren zur betrieblichen Eingliederung

Gemäß § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX ist bei jedem Arbeitnehmer, der innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig war, ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) durchzuführen. Diese Verpflichtung besteht bei jeder Betriebsgröße und unabhängig davon, ob ein Betriebsrat besteht. Darüber hinaus besteht die Verpflichtung zur Durchführung eines BEM nach der Rechtsprechung gegenüber allen Beschäftigten, d. h. unabhängig vom Vorliegen einer Behinderung.

Hinweis

Einzelheiten zum betrieblichen Eingliederungsmanagement finden Sie in unserer [Info Recht Betriebliches Eingliederungsmanagement \(BEM\)](#).

Zwar ist das BEM keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die krankheitsbedingte Kündigung, jedoch führt die Unterlassung der Durchführung eines BEM möglicherweise zu einer Veränderung der Darlegungs- und Beweislast zuungunsten des Arbeitgebers. Schließlich muss dieser dann detailliert darlegen warum eine leidensgerechte Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht möglich ist.

Hinweis

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass der Arbeitgeber dem Schwerbehinderten, wenn seine Leistungsfähigkeit abgenommen hat, einen anderen Arbeitsplatz zuweisen muss, auf dem er seine eingeschränkte Arbeitskraft durch entsprechende Tätigkeit noch einsetzen kann. Hierfür kann im Einzelfall unter Umständen auch eine Umorganisation der bisherigen Arbeitsabläufe oder sogar die Schaffung eines behindertengerechten neuen Arbeitsplatzes erforderlich werden.

Ansprechpartner / Impressum

Kristina Fink

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-234

kristina.fink@vbw-bayern.de

Impressum

Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich ohne jede Diskriminierungsabsicht grundsätzlich auf alle Geschlechter.

Herausgeber

vbw

Vereinigung der Bayerischen
Wirtschaft e. V.

Max-Joseph-Straße 5
80333 München

www.vbw-bayern.de

© vbw Januar 2022