

Krankheit im Arbeitsverhältnis

ausgewählte Entscheidungen

Kongress: Zukunft des Dienstrechts am 22.11.2023 in Bonn

Dr. Mario Eylert, Vors.Richter am BAG a.D.

Guten Morgen



Krankheit im Arbeitsverhältnis: Aktuelle Rechtsprechung zu praxisrelevanten Fragen ein Überblick

- Einleitung und Vorbemerkung: Rahmenbedingungen und
Schwerpunktbildung
- Schwerpunkte der letzten Zeit:
 - Entgeltfortzahlung: Einheit des Verhinderungsfalls und die
Fortsetzungserkrankung
 - Anzeige- und Nachweispflichten des Arbeitnehmer - zweifelhafte
Arbeitsunfähigkeiten – die AUB und die Erschütterung des Beweiswertes
- Die krankheitsbedingte (personenbedingte) Kündigung und das betriebliche
Eingliederungsmanagement (bEM)
- Die krankheitsbedingten Kündigung von tariflich unkündbaren Arbeitnehmern
- Verhaltensbedingte Kündigungssachverhalte im Zusammenhang mit
Erkrankungen von Arbeitnehmern

Einleitung: Arbeitsunfähigkeit in der Arbeitswelt

„Lieber krank feiern als gesund schuften“ ?
Wege zu Wissen und Wohlstand



Einleitung: Ein wenig Statistik der Krankenstand und die EFZ-Kosten

Das Jahr 2022: Rekord beim Krankenstand/Krankheitsquote

5,62 %

Aktuell (Oktober 2023):

4,91 %

Im Durchschnitt waren die Mitarbeitenden im Jahr 2022 an 15 Arbeitstagen krank,

im öffentlichen Dienst waren es im Jahr 2021: 20,7 Arbeitstage

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses – die Entgeltfortzahlung

§ 3 EFZG – Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Absatz 1:

S. 1: Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, so hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur **Dauer von sechs Wochen**.

Satz 2: Wird der Arbeitnehmer infolge derselben Krankheit **erneut arbeitsunfähig**, so verliert er (...) den Anspruch nach Satz 1 für einen weiteren Zeitraum von höchstens sechs Wochen nicht, wenn

1. er vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit mindestens sechs Wochen nicht infolge derselben Krankheit arbeitsunfähig war oder
2. seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen ist.

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses – die Entgeltfortzahlung

a. Die Voraussetzungen – ein Anspruch besteht, wenn ... vorliegt

- Krankheit des ANs, die zur **Arbeitsunfähigkeit** führt
 - AU-Richtlinien seit 1.7.2021
 - Keine „Teil-Arbeitsunfähigkeit“
- AU muss **alleinige Ursache** für die Nichtleistung der Arbeit sein (monokausal)
- **Kein Verschulden** des AN
- Wartezeit (§ 3 Abs. 3 EFZG) erfüllt und die **6-wöchige Anspruchsdauer nicht erschöpft** ist

Begrenzung durch Fortsetzungserkrankung und Einheit des Verhinderungsfall

- **Nachweis der AU – die AUB**

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses – die Entgeltfortzahlung –

b. Die Begrenzung d. Anspruchs –

Fortsetzungs(Wiederholungs-)erkrankung (FSE) u. Einheit des Verhinderungsfall

- Anspr. auf EFZ ist gem. § 3 I 1 EFZG auf die **Dauer von 6 Wochen begrenzt.**
- **Zwei unterschiedliche** Erkrankungen führen zu jeweils eigenständigen EFZ-Ansprüchen, dh., es sind **mehrfach 6-wöchige EFZ** möglich; nur bei unterschiedlichen Krankheitsursachen besteht ein – erneuter - EFZ-Anspr.;
- Bei **erneuter AU wegen derselben Krankheit** gibt es grds. **keine EFZ**
- „**Praktische Preisfrage**“: Stellt sich die „neue“ Erkrankung als „Fortsetzung“ der früheren Erkrankung dar? bzw. ist die neue Erkrankung bereits während der vorangegangenen Erkrankung aufgetreten/ausgebrochen?

dann gibt es erst wieder EFZ, wenn die Voraus. des Satzes 2 erfüllt sind. Die nach § **3 Abs. 1 Satz 2 EFZG** gesetzlich geregelten Ausnahme schränkt den Grundsatz aus Satz 1 ein. Eine **zeitliche Überschneidung** bei einer FSE setzt das EFZG **nicht** voraus (BAG 11.12.2019 – 5 AZR 505/18).

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses – die Entgeltfortzahlung

b. die Fortsetzungs(Wiederholungs-)erkrankung (FSE)

- Fortsetzungserkrankung = wenn sich die neue Erkrankung als eine Fortsetzung früherer Erkrankungen darstellt, weil – trotz unterschiedlicher Krankheitssymptome – d. wiederholte AU **auf demselben – nicht behobenem – Grundleiden** beruht (insbes.: Chronische und psychische Erkrankungen); Erkrankungen sind dann nur Folgen eines (fort-)bestehenden Grundleidens
- Dieselbe Krankheit ist nicht die „gleiche“ Krankheit (Bspw. zweifache Armbruch)
- **Praktische Schwierigkeit: AG kennt idR die Ursachen der AU nicht**
- Deshalb **praktisch bedeutsam**: die Verteilung der **Darlegungs- und Beweislast**
- für d. Anspruchsvoraussetzung einer EFZ trägt die D+BL der AN; AN **genügt idR** ihr durch **Vorlage** einer **AUB** (BAG v. 26.10.2016 – 5 AZR 167/16 – BAGE157,102)
- Darlegungs- und Beweislast **für eine FSE** trägt hingegen der **AG**; hat Konsequenzen bei einer Nichterweislichkeit
- **ABER**: Geht es um AU-Zeiten von mehr als 6 Wochen, genügt allein die Vorlage einer AUB nicht mehr; **AN muss darlegen** (Darlegungslast), dass keine FSE vorliegt (BAGE 157,112); abgestufte D.- u. BL; Grund: Unkenntnis des AG von den Krankheitsursachen (zuletzt: 31.3.2021 – 5 AZR 197/20).
- Bestreitet der AG das Vorliegen einer neuen Krankheit, muss der AN hierfür geeignete Tatsachen darlegen und ggf. seinen Arzt von der Schweigepflicht entbinden.
- Steht nicht fest, dass es sich um eine FSE handelt, muss allerdings AG die Konsequenzen tragen.

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses – die Entgeltfortzahlung

b. die Fortsetzungs(Wiederholungs-)erkrankung (FSE)

Ganz neuer Fall: BAG v. 18.1.2023 – 5 AZR 93/22 –

(vereinfachter) Sachverhalt: K war als Gepäckabfertiger bei B, einem Bodendienstleister am Flughafen F seit Januar 2012 tätig. Im Jahr 2019 war er ab 24.8. insgesamt 68 Kalendertage und im Jahr 2020 bis zum 18.8. an weiteren 42 Kalendertagen arbeitsunfähig krank. Er erhielt bis zum 13.8.20 Entgeltfortzahlung von B; danach wurde sie eingestellt.

K, der meint er sei aus datenschutzrechtl. Gründen nicht verpflichtet, sämtliche Erkrankungen aus davorliegenden Zeiten offenzulegen, verlangt weitere Entgeltfortzahlung von B ab 18.8.20 bis 23.9.20, die B mdB verweigert, dass bzgl. der Erkrankungen im streitgegenständlichen Zeitraum anrechenbare Vorerkrankungen vorgelegen hätten, die eine Verpflichtung zur weiteren EFZ ausschließen.

Hat K einen Anspruch auf weitere EFZ?

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses – die Entgeltfortzahlung

b. die Fortsetzungs(Wiederholungs-)erkrankung (FSE)

BAG v. 18.1.2023 – 5 AZR 93/22: hat die Klage abgewiesen; aus den Entscheidungsgründen:

1. Es gilt eine **abgestufte Darlegungslast** (vgl. grundlegend BAG 13.7.2005 - 5 AZR 389/04; BAGE 115, 206; ebenso 31.3.2021 - 5 AZR 197/20 - Rn. 26).
2. Zunächst muss der Arbeitnehmer - soweit sich aus der AUB dazu keine Angaben entnehmen lassen - darlegen, dass keine Fortsetzungserkrankung besteht. Hierzu kann er eine ärztliche Bescheinigung vorlegen.
3. Ist ein Arbeitnehmer innerhalb der Zeiträume des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 EFZG länger als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt, muss er, wenn der Arbeitgeber das Vorliegen einer neuen, auf einem anderen Grund leiden beruhenden Krankheit bestreitet, Tatsachen vortragen, die den Schluss erlauben, es habe keine Fortsetzungserkrankung vorgelegen.
4. Dies wird regelmäßig substantiierten Vortrag dazu erfordern (das BAG spricht hin diesem Zusammenhang von einer „**laienhaften Schilderung**“), welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Beschwerden mit welchen Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit im gesamten maßgeblichen Zeitraum bestanden haben, und es notwendig machen, die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden (Rn. 10).

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses – die Entgeltfortzahlung

b. die Fortsetzungs(Wiederholungs-)erkrankung (FSE)

BAG v. 18.1.2023 – 5 AZR 93/22: aus den Entscheidungsgründen:

5. Der mit diesen Anforderungen an den vom Arbeitnehmer zu leistenden Vortrag verbundene Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist gerechtfertigt. Er dient dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten legitimen Zweck, eine materiell richtige Entscheidung unter Gewährung rechtlichen Gehörs für beide Parteien anzustreben. Zwar besteht am Schutz der den Gesundheitszustand betreffenden Informationen grundsätzlich ein hohes Interesse, doch ist auf Seiten des Arbeitgebers neben den Verfahrensgrundrechten die in § 3 Abs. 1 EFZG gesetzlich vorgesehene Zumutbarkeitsgrenze zu berücksichtigen, die seine wirtschaftliche Belastung (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) grundsätzlich auf eine sechswöchige Entgeltfortzahlungspflicht beschränkt (Rn. 16 ff.).
6. Im Entgeltfortzahlungsprozess ist die Verarbeitung von Daten zu den Erkrankungen und gesundheitlichen Beschwerden eines Arbeitnehmers, die in der Vergangenheit zu seiner Arbeitsunfähigkeit geführt haben, nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. f DS-GVO zulässig (Rn. 22 f.).

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses – die Entgeltfortzahlung

b. Einheit des Verhinderungsfalls

Die weitere Beschränkung des EFZ-Anspruchs auf 6 Wochen:

- **der (ungeschriebene) Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls**
- Anspruch auf 6-wöchige EFZ ist auch dann **beschränkt**, wenn **während bestehender AU** eine **neue Krankheit hinzukommt**, die ebenfalls zur AU führt
- Dh.: neuer EFZ-Anspruch nur, wenn die erste krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung beendet war, bevor neue Erkrankung hinzugetreten ist.
- zwischen „erster“ krankheitsbedingter AU und der weiteren AU muss ein enger – zeitlicher – Zusammenhang bestehen; idR indiziert, wenn nahtlos anschließt oder lediglich arbeitsfreies Wochenende lag.
- **Praktische Handhabung**: wiederum über „**abgestufte**“ **Darlegungs- und Beweislast** realisiert; nach Vorlage der AUB bestreitet AG mit plausiblen Indizien eine EFZ- pflicht wg. d. „Einheit des Verhinderungsfalls“.
- AN trägt insoweit die Darlegungs- und Beweislast; er kann sich aber zum Nachweis einer neuen Ersterkrankung auf die ärztliche Auskunft/AUB berufen
- **Entscheidend für die Praxis**: „**plausible Indizien**“, dass eine Krankheit bereits vor der (neuen) attestierten AU bestanden hat; gibt es sie, muss der AN den Beginn der neuen krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung beweisen (ggf. durch das Zeugnis des behandelnden Arztes)

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses – die Entgeltfortzahlung

b. Einheit des Verhinderungsfalls

Hierzu ein (typischer) Sachverhalt aus der neueren Rspr.

BAG v. 11.12.19 – 5 AZR 505/18 – BAGE 169,117

K war bei B als Fachkraft für Altenpflege beschäftigt. Sie war v. 9.1. bis 25.1.17 au und v. 26.1. bis 6.2.17 im Erholungsurlaub. Seit 7.2.17 war sie wegen eines psychischen Leidens erneut au.

B leistete EGFZ im Krankheitsfall bis 20.3.17. Für die fortbestehende AU bis 18.5.17 bezog K Krankengeld.

Am Freitag, den 19.5.17, unterzog sich K einer länger geplanten OP wegen einer Gebärmutterabsenkung. Bereits am 18.5.17 hatte ihre Frauenärztin ihr eine AU v. 19.5. bis 16.6.17 (Erstbescheinigung) und bis 30.6.17 (FolgeB) attestiert. Im Juli erbrachte K keine Arbeitsleistungen (Urlaub/Überstundenabbau) u. begann eine psychotherapeutische Behandlung (mit begleitender Verordnung von Psychopharmaka).

Ab 19.5.17 leistete B keine EGFZ. K meint, ihre psych. Erkrankung habe am 18.5.17 geendet, ab 19.5.17 liege neue Erkrankung vor, deshalb bestehe Anspruch auf EGFZ.

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses – die Entgeltfortzahlung

b. Einheit des Verhinderungsfalls

- **Aus den Entscheidungsgründen**

- **Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls:** Anspr. auf EFZ nach § 3 Abs. 1 EFZG ist auf die Dauer von 6 Wochen seit Beginn der AU **beschränkt** und soll **die wirtschaftl. Belastung des AG begrenzen**. Der – einmalige – 6-wöchige EFZ-zeitraum ist maßgebend, wenn während einer bestehenden AU eine neue, zur AU führenden Krankheit hinzutritt.
- In diesem Fall kann der AN bei der durch beide Erkrankungen verursachten AU **nur einmal** im Umfang von 6 Wochen in Anspruch nehmen.
- **Ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch** entsteht nur, wenn die erste krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung **bereits in dem Zeitpunkt beendet war**, in dem die weitere Erkrankung zu einer erneuten Arbeitsverhinderung führt. Die Arbeitsverhinderung ist insbes. beendet, wenn der AN zwischen 2 Krankheiten tatsächl. gearbeitet hat oder zumindest arbeitsfähig war – sei es auch nur für wenige außerhalb der Arbeitszeit liegende Stunden (Rn. 13)-; maßgeblich kommt es auf die Feststellungen des Arztes an.

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses – die Entgeltfortzahlung

b. Einheit des Verhinderungsfalls

Weitere Entscheidungsgründe

- Zur Darlegungs- und Beweislast: Einheit des Verhinderungsfalls ist keine Einwendung, sondern anspruchsbegründende Tatsache (BL beim AN; (Rn. 16)
- Die Verteilung der D. u. BL unterscheidet sich insoweit von der bei Fortsetzungserkrankungen (Rn. 17)
- Für die Darlegung und den Nachweis von Beginn und Ende einer auf einer bestimmten Krankheit beruhenden AU kann sich der AN zunächst auf d. ärztliche AUB stützen (Rn. 19).
- Ist jedoch unstreitig oder bringt der AG **gewichtige Indizien** dafür vor, dass sich die Erkrankungen, hinsichtlich derer dem AN jeweils AU attestiert worden ist, **überschneiden**, so ist der Beweiswert der dem AN hinsichtlich der „neuen“ Krankheit ausgestellten „Erstbescheinigung“ **erschüttert**. Zu beachten: Anforderungen an den Vortrag des AG nicht zu hoch sein; Erleichterungen sind zuzubilligen (Rn. 20); ausreichend kann sein, dass sich die „neue Erkrankung“ in engem zeitl. Zusammenhang mit der „alten“ steht (Rn. 21)
- Der AN muss nunmehr den vollen Beweis erbringen (Arzt als Beweismittel des AN)

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses – die Entgeltfortzahlung

b. Einheit des Verhinderungsfalls

- **Weitere Entscheidungsgründe**

- Denn: Bei solchen Sachverhalten ist es dem AG angesichts fehlender zwischenzeitlicher Arbeitsverpflichtung des ANs nahezu unmöglich, konkrete Anhaltspunkte zur Erschütterung des Beweiswerts der ärztlichen Bescheinigungen vorzutragen
- Es ist deshalb dem AN unter Berücksichtigung seiner Sachnähe zuzumuten, seine Behauptung, es lägen voneinander zu trennende Verhinderungsfälle vor, durch konkreten Vortrag zu den Krankheitsursachen sowie zum Ende bzw. Beginn der jeweiligen Arbeitsunfähigkeit zu konkretisieren und hierfür ggf. vollen Beweis zu erbringen.
- **Konkret:** Im Streitfall war ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen den der K bescheinigten Arbeitsunfähigkeitszeiten gegeben.
- Damit: Ausreichende Indizien für einheitlichen Verhinderungsfall; vollen Beweis für Ausschluss eines einheitl. Verhinderungsfalls „nicht gelungen“
- ❖ Überschneidungen/Anschluss der Erkrankungen
- ❖ Unstreitiger Fortbestand der psychischen Erkrankung über den 18.5.17 hinaus

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses - Entgeltfortzahlung

d. Anzeige- und Nachweispflichten

§ 5 EFZG (Anzeige- und Nachweispflichten)

Absatz 1: Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens ab dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Bescheinigung angegeben, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, eine neue ärztliche Bescheinigung vorzulegen....

Absatz 1a (ab 1.7.22): Abs. 1 S. 2 bis 5 gilt nicht für AN, die Versicherte einer gesetzlichen Krankenkasse sind. Diese sind verpflichtet, zu den in Abs. 1 S. 2-4 genannten Zeitpunkten das Bestehen einer AU sowie deren voraussichtliche Dauer feststellen und sich eine ärztl. Bescheinigung nach Abs. 1 S. 2 oder 4 aushändigen zu lassen....

D.h.:

- gesetzlich versicherte AN müssen die AU zwar in den bekannten Fristen feststellen lassen, die AUB aber nicht mehr dem AG vorlegen
- Pflicht zur unverzüglichen Krankmeldung bei Beginn der AU bleibt, Neuregelung ändert hieran nichts

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses - Entgeltfortzahlung

d. Anzeige- und Nachweispflichten - Dreistufiges Prüfschema

- **1. Grundsatz:** Nachweis erfolgt regelmäßig durch die **Vorlage einer AUB**
- **AUB hat grds. einen „hohen Beweiswert“** (zuletzt: BAG 28.6.23 – 5 AZR 335/22)
- Aufgrund der AUB wird **grds. das Vorliegen einer AU unterstellt**
- Muster für Nachweis (AUB, § 5) – Orientierung an der „Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit...“ der Bundesärztekammer (AU-Richtlinie) (AUB): AU-Richtlinien; ggf. auch durch Betriebsvereinbarung geregelt
- Freie Arztwahl
- Erkrankung im Ausland („alles Palletti mit Paletta“)
- Tendenz in neuerer Rspr.: (Erfolgreiche) **Zweifel am Bestehen einer AU**; (siehe nächste Folie)
- **Folgen** unzureichender Anzeige-/Nachweispflichten:
 - Leistungsverweigerungsrecht des AG
 - Arbeitsrechtliche Konsequenzen von Abmahnung bis Kündigung

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses - Entgeltfortzahlung

e. Zweifel am Bestehen einer AU; Bestreiten einer ordnungsgemäßen AUB

2. AN muss tatsächlich au sei, woran ernsthafte Zweifel bestehen können und was AG erheblich bestreiten kann (=„Erschüttern“; Bestreiten muss ernsthafte Zweifel rechtfertigen)
3. Gelingt dies dem AG, kann die AU nicht durch AUB belegt werden; AN hat dann (wieder) Möglichkeit andere Umstände für AU anzuführen (bspw. Arzt als Zeugen)

Zur AUB und möglichen Problemlagen:

- Lockerung des „**Fernbehandlungsverbots**“; mögl. Video-/Telefonische Feststellung der AU im Einzelfall, wenn ärztl. vertretbar und **ärztl. Sorgfalt** eingehalten wurde (s. § 7 IV S. 3 (Muster-)Berufsordnung Ärzte); Aber: Arztkontakt bleibt erforderlich; unzul. AUB ohne Arztkontakt, bspw. über WhatsUp (auch keine Schriftform)
- **Skepsis** bzgl. des Werts der AUB, da die Feststellung nur aufgrund ärztl. Untersuchung erfolgen darf; früher: ohne vorausgegangene Untersuchung keine unzweifelhafte AUB; aber: gesetzliche „Wertung“ zu beachten (alles str.); zumindest muss AN von sich aus darlegen, dass er mit Arzt gesprochen hat
- Zu **Zweifeln an der AU** (siehe nächste Folie)

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses - Entgeltfortzahlung

e. Zweifel am Bestehen einer AU; Bestreiten einer ordnungsgemäßen AUB

Ansatz: § 275 Abs. 1 Nr. 1 a SGB V

Ernsthafte Zweifel können sich ergeben aus:

- Verweigerung einer vertrauensärztlichen Begutachtung oder Nichtbeachtung einer Vorladung zum MdK
- Erteilung einer AUB ohne vorherige Untersuchung oder ärztlichen Kontakt (BAG NJW 1977,350)
- Aufgrund einer – zulässigen (s.o.) „Fernbehandlung“? (str.) (s.bspw. Schulte/Tisch, NZA 2020,761; a.A. Steffan ArbRB 23,243)
- Urlaubsverlängerung; Krankschreibung für einen Brückentag
- Genesungswidriges Verhalten
- Ausübung einer Nebentätigkeit des AN für anderen AG (BAG 29.6.17)
- Unzulässige Rückdatierung (mehr als 3 Tage) oder andere Verstöße gegen die Regelungen der §§ 4,5 der AU-Richtlinie (§ 92 I 2 Nr. 7 SGB V) (siehe auch BAG v. 28.7.23 – 5 AZR 335/22)
- Häufiger Arztwechsel, insbesondere nach Auseinandersetzung; AUB durch Arzt außerhalb des Fachgebietes
- Meinungsverschiedenheit mit AG – bspw. Ankündigung einer Erkrankung, insbes. im Zusammenhang mit einem verweigerten Urlaubsantrag; Krankschreiben als Reaktion auf nach Sanktion (Abmahnung)
- Immer wieder Montags oder Freitags
- **NEU: AUB am Ende des Arbeitsverhältnis** (nächste Folie)

1. Krankheit während des Arbeitsverhältnisses - Entgeltfortzahlung

e. Zweifel am Bestehen einer AU; Erschütterung des Beweiswerts einer AUB

BAG v. 8.9.2021 – 5 AZR 149/21 – NJW 2022,490 = BB 2022,253

Sachverhalt (kurzgefasst):

- Streit über die Entgeltfortzahlung; Kl. (AN) kündigte das Arbeitsverhältnis am 8.2.19 zum 22.2.19; gekündigte Kl. übergibt zeitgleich AUB für die Zeit vom 8.2. bis 22.2.19
- **Ergebnis**
BAG: Kündigt ein AN sein Arbeitsverhältnis und wird er am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben, so kann dies den Beweiswert der AUB dann erschüttern, wenn die bescheinigte AU exakt („passgenau“) den Zeitraum bis zum Ablauf der Kündigungsfrist umfasst.

Wichtiger Schritt für die Praxis (Editorial, Fuhlrott, NZA Heft 16/23), viele neue Konstellationen denkbar; es wird „vielmehr angezweifelt“

- zB: LAG Nürnberg v. 27.07.21 – 7 Sa 359/20 – Krankmeldung mehrerer Arbeitnehmer bei widerrufenem Betriebsurlaub („Wir machen Urlaub – ihr Praxisteam)-

2. Kündigung – personenbedingter Kündigungsgrund - § 1 Abs. 2 KSchG

Ein **personenbedingter Kündigungsgrund** iSd. § 1 Abs. 2 KSchG liegt vor, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr die Fähigkeit und Eignung besitzt, die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen

Stichwort: er will leisten kann aber nicht

im Gegensatz bei verhaltenbedingten Kündigungsgründen, zB „low performing“:
er kann leisten, will aber nicht.

- So verliert der Arbeitnehmer die Eignung, wenn er die erforderlichen Erlaubnisse oder Befähigungen (bspw. Führerschein) nicht/nicht mehr besitzt.
- Und typischer personenbedingter Kündigungsgrund: krankheitsbedingte Einschränkungen

2. Krankheitsbedingte Kündigung

Eckpunkte:

Deshalb Krankheit kann – entgegen anders lautenden Gerüchten - ein Grund zur Kündigung sein. Sie ist **kein „Kündigungshindernis“**.

Es sind aber zahlreiche rechtliche Vorgaben zu beachten und zu prüfen.

➤ **Allgemeine Kündigungsschutzprinzipien**

- **Prognoseprinzip**
- **Verhältnismäßigkeitsprinzip**
- **Interessenabwägung**

➤ **Und: Keine Verletzung des AGG, wenn wegen Krankheit gekündigt wird**

- EuGH v. 11.7.2006 – Rs C-13/05 -; BAG v. 22.10.2009 – 8 AZR 642/08
- EuGH v. 11.4.2013 – Rs C-355/11
- BAG v. 28.4.2011 – 8 AZR 515/10

2. Krankheitsbedingte Kündigung

Eckpunkte:

Eine „krankheitsbedingte Kündigung“ ist bei Anwendung des KSchG nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Dabei wird im Rahmen der „**personenbedingten Kündigung**“ iSd § 1 Abs. 2 KSchG **unterschieden**, zwischen :

Kündigung wegen häufiger (Kurz-)Erkrankungen

Kündigung wegen langandauernder Erkrankung

Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsunfähigkeit

Allen, unterschiedlichen „Formen“ liegt aber ein einheitliches (angepasstes) – drei- bzw. vierstufiges - **Prüfungsschema** zugrunde (siehe nächste Folie)

2. Krankheitsbedingte Kündigung – das (allgemeine) Prüfungsschema

- Stufe 1: Negative Gesundheitsprognose
- Stufe 2: erhebliche (negative) Beeinträchtigungen (Auswirkungen) der betrieblichen (wirtschaftlichen) Interessen
- Stufe 3: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (bEM; Mögl. einer Weiterbeschäftigung auf anderen (freien) Arbeitsplatz - ggf. mit geänderten Arbeitsbedingungen; s. insb. v- 18.11.21 – 2 AZR 138/21 -
- Stufe 4: Interessenabwägung

In der obergerichtlichen Praxis standen in den letzten Jahren bei krankheitsbedingten Kündigungen vor allem Fragen des

bEM im Mittelpunkt.

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 1: Negative Zukunftsprognose

- Kündigungsgrund für eine krankheitsbedingte Kündigung ist nicht die Krankheit (AU) selbst, sondern das **gestörte Austauschverhältnis**.
- Deshalb bedarf es einer **Prognose**, ob in der Zukunft mit weiteren erheblichen Krankheitszeiten aufgrund objektiver Umstände – zu rechnen ist
- Zeitpunkt: Zugang der Kündigung
- Erkrankung unter 6 Wochen regelmäßig nicht kündigungsrelevant
 - BAG v. 8.11.2007 – 2 AZR 292/06 -
- Krankheitsbedingte Fehlzeiten der vergangenen Jahre als Indiz
 - Zeitraum: letzten zwei bis drei Jahre
 - Ausgeheilte Erkrankungen sind grds. nicht prognosefähig (bspw. Armbruch; anders bei Krankheiten, die auf eine „labile Gesundheit“ – erhöhte Krankheits/Infektanfälligkeit schließen lassen (bspw. Erkältungskrankheiten, Magen-Darmerkrankungen etc.); BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13
 - Anders vor allem bei chronischen Erkrankungen

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 1: Negative Zukunftsprognose – Unfall

NEU: LAG Köln v. 28.03.2023 – 4 Sa 659/22 – NZA RR 2023,415

- 1. Eine personenbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 KSchG ist unwirksam, wenn keine negative Zukunftsprognose aufgrund der Eigenart der Krankheitsursache(n) gestellt werden kann.
- 2. Arbeitsunfähigkeitszeiten aufgrund eines Unfalls sind für die Frage der negativen Zukunftsprognose grundsätzlich nicht relevant, da sie regelmäßig nicht prognosefähig sind.

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 2: Beeinträchtigung betr. Interessen

➤ **Betriebsablaufstörungen**

- Maschinenstillstand
- Nichteinhaltung von Lieferterminen
- Häufige Schichtumplanungen

➤ **wirtschaftliche Belastungen = der „Klassiker“**

- Außergewöhnlich hohe EFZ-Kosten
- Einsatz von Aushilfskräften

➤ **bei langandauernder AU ist regelmäßig von einer erheblichen Beeinträchtigung auszugehen; wenn Genesung innerhalb der nächsten 24 Monate nicht absehbar ist.**

- BAGv. 28.2.1990 – 2 AZR 401/89 – NJW 1990, 2953; BAG v. 19.4.2007 – 2 AZR 239/06 -; v. 13.5.2015 -2 AZR 565/14, Rn. 14, NJW 2016,106)

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 3: Verhältnismäßigkeit

- (Fehlende) Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung auf einem anderen (freien) Arbeitsplatz
 - Umorganisation?
 - Umgestaltung des bisherigen Arbeitsplatzes?
 - Einrichtung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes?
 - Umsetzung auf anderen, besetzten Arbeitsplatz durch Ausübung des Direktionsrechts?
 - Was ist, wenn der (leidensgerechte) Arbeitsplatz mit einem LeihAN besetzt ist?
 - Kein Anspruch auf „Beförderung“
- (fehlende) Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen (freien) Arbeitsplatz zu geänderten Arbeitsbedingungen und Vorrang der Änderungskündigung
- nach einem durchgeführten bEM (**zum bEM – nächste Folie**)

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 3: Verhältnismäßigkeit u. d. betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM)

- Keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung
- unterlassene Durchführung erhöht die Darlegungslast für den AG erheblich (s. BAG v. 18.11.2021 – 2 AZR 138/21) – zur „Nutzlosigkeit“
- Kein Nachschieben eines BEM nach Kündigungserklärung
- Fehlerhaftes bEM: BAG 18.11.21 - 2 AZR 138/21 -: Hat der AG nicht gänzlich davon abgesehen, ein bEM anzubieten, sind ihm dabei oder bei der weiteren Durchführung Fehler unterlaufen, ist für den Umfang seiner DL von Bedeutung, ob der Fehler Einfluss auf die Möglichkeit hatte oder hätte haben können, Maßnahmen zu identifizieren, die zu einer relevanten Reduktion der AU-Zeiten des AN hätten führen können, was der Fall wäre, wenn AN gerade aufgrund der verfahrensfehlerhaften Behandlung durch AG einer (weiteren) Durchführung des bEM nicht zugestimmt hat(Rn. 16).
- Problem: Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus dem BEM-Verfahren im Kündigungsschutzprozess

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 3: Verhältnismäßigkeit u. d. betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM)

Gesetzliche Grundlage des bEM: § 167 Abs. 2 SGB IX

Ziele des BEM:

- Arbeitsunfähigkeit überwinden
- Erneute Arbeitsunfähigkeit vorbeugen
- Erhaltung des Arbeitsplatzes (mildere Mittel als eine krankheitsbedingte Kündigung)
- Erkennen des Rehabilitationsbedarfs und – rechtzeitig – Einleitung entsprechender Maßnahmen

Verlaufs- und **ergebnisoffener Suchprozess**

Initiativpflicht liegt beim Arbeitgeber (Hinweis auf Ziele des BEM und auf Art und Umfang der erhobenen Daten erforderlich) und Grundsatz der „Freiwilligkeit“ (Betroffene ist „Herr des Verfahrens“; sein Einverständnis muss vorliegen)

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 3: Verhältnismäßigkeit u. d. betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM)

Voraussetzungen des BEM

- Wen betrifft es?
 - Alle Mitarbeiter des Betriebs
 - Nicht nur schwerbehinderte Arbeitnehmer
 - Auch Teilzeit- und befristet Beschäftigte, Azubis

- Krankheitsbedingte Fehlzeiten von mehr als sechs Wochen im Jahr (12-Monatszeitraum)
 - Beachte: Nach – weiteren – Fehlzeiten kann neue Pflicht zur – erneuten – Durchführung eines BEM erwachsen
 - BAG v. 18.11.2021 – 2 AZR 138/21 – : Der AG hat grundsätzlich ein neuerliches bEM durchzuführen, wenn der AN innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war.

- Arbeitsunfähigkeit
 - Unabhängig von der Art der Erkrankung, Entgeltfortzahlung bzw. Andauern der AU

- Abgrenzung zum “Krankenrückkehrgespräch“

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 3: Verhältnismäßigkeit u. d. betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM)

Protagonisten des BEM

- Beschäftigter (einschl. Vertrauensperson?)
- Arbeitgeber (Führungskraft; BEM-Team); **Initiativlast für Einführung** eines bEM liegt beim AG. AG hat zusammen mit dem Betroffenen - den er zu informieren und dessen Zustimmung er einzuholen hat - eine an den gesetzlichen Zielen des betrieblichen Eingliederungsmanagements orientierte Klärung mit der zuständigen Interessenvertretung (und ggf. der Schwerbehindertenvertretung) zu unternehmen. Damit liegt die Initiativlast für die Beziehung dieser Stellen zum Klärungsprozess zwingend beim AG (BAG v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18)
- Betriebsrat
- Betriebsarzt
- Bei schwerbehinderten Menschen: Schwb-Vertretung; Integrationsamt
- (Externe) Dritte - Rehabilitationsträger
 - Krankenkasse
 - Rentenversicherung
 - Agentur für Arbeit
 - Unfallversicherung

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 3: Verhältnismäßigkeit u. d. betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM)

Probleme des BEM – aus der Sphäre des Arbeitnehmers

- BEM-Verfahren ist ein „individuelles Verfahren“; ggf. ergänzende Regelungen durch freiwillige Betriebsvereinbarung
 - Kein „formalisiertes Verfahren“ (allerdings: Betriebsvereinbarung kann Rahmen setzen; bspw. standardisierte Fragebögen)
 - Klage des AN auf Durchführung eines BEM?
 - Nach Rspr. des BAG hat Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines bEM; In dem Entscheidungsfall von 2021 hatte die beklagte Gemeinde (G) die vom K mit Schreiben v. 2.8.19 verlangte Durchführung eines bEM abgelehnt. K, der seit 2000 bei G tätig war, war 2018 an 122 Arbeitstagen (AT) krankheitsbedingt au. 2019 war er vom 1.1. bis 25.8. an 86 AT au.
 - Der 9. Senat des BAG (v. 7.09.2021 – 9 AZR 571/20 – NZA 2022,257) kam zu dem Ergebnis, dass „§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX keinen Individualanspruch der betroffenen Arbeitnehmer auf Einleitung und Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM)“ begründe. Die Norm begründe lediglich für die dort genannten Stellen – nicht aber für den betroffenen Arbeitnehmer einen entsprechenden Anspruch; der Gesetzgeber habe diese Rechtsfolge bewusst ausgeschlossen.
- Anmerkung: Der AG ist gleichwohl mehr als gut beraten, ein bEM von sich aus einzuleiten.
- Erforderliche Hinweis des AG auf die „BEM-Rechte“ des AN (Hinzuziehungsmöglichkeiten von Betriebsrat u/o Schwb-Vertretung)
 - Hinweis durch den AG – spätestens vor Beginn des Fallgesprächs – auf die Möglichkeit, einen Interessenvertreter hinzuziehen.
 - Fehlt in einer Betriebsvereinbarung zum BEM eine Regelung hierzu, kann dies zur Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung führen (BAG v. 19.11.2010 -1 ABR 36/18 –

2. Krankheitsbedingte Kündigung und das bEM : Unwirksamkeit der Kündigung wegen nicht ordnungsgemäßen bEMs BAG vom 17.4.2019 – 7 AZR 292/17

Hat der AG entgegen den Vorgaben des [§ 84 Abs 2 SGB 9](#) in der hier maßgeblichen, bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (aF; seit dem 1. Januar 2018: [§ 167 Abs 2 SGB IX](#)) ein betriebliches Eingliederungsmanagement (**BEM**) **unterlassen** oder **nicht ordnungsgemäß** unternommen, kann dies zu einer **Erweiterung seiner Darlegungslast** hinsichtlich des Bestehens von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten führen. Er hat von sich aus denkbare oder vom AN bereits genannte Alternativen zu würdigen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen die Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz ausscheidet.

Nur wenn auch die Durchführung eines BEM keine positiven Ergebnisse hätte zeitigen können, ist sein Fehlen unschädlich. Will sich der AG hierauf berufen, hat er die **objektive Nutzlosigkeit des BEM** darzulegen und ggf. zu beweisen, warum also ein betriebliches BEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, das Arbeitsverhältnis zu erhalten.

Der AG muss bei der Durchführung des BEM eine bestehende betriebliche Interessenvertretung hinzuziehen, wenn der **AN hiermit einverstanden** ist. Ein ohne Hinzuziehung der betrieblichen Interessenvertretung durchgeführtes BEM ist nur dann ordnungsgemäß, wenn der AG den betroffenen AN **regelkonform um Zustimmung zur Durchführung eines BEM ersucht** und der AN seine Zustimmung **unter der Maßgabe erteilt hat**, der Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretung **werde nicht zugestimmt**.

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 3: Verhältnismäßigkeit u. d. betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM)

Probleme des BEM – Beteiligung des Betriebsrats - Datenschutz

Beteiligung des Betriebsrats: BAG v. 22.3.2016 – 1 ABR 14/14 –

- MBR bei Auflegen eines standardisierten Fragebogens
- Betriebsrat kann verlangen, dass AG ihm die Namen der AN benennt, die die Voraussetzungen des § 167 Abs. 2 SGB IX erfüllen
- EDV-gestützte Fehlerauswertung: MBR nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Datenschutz – Hinweispflicht nach § 167 Abs. 2 Satz 4 SGB IX

- Gesundheitsdaten = besonders sensible personenbezog. Daten
- Speicherung in gesonderter BEM-Akte
- Rechtsgrundlage für die Erhebung, Verarbeitung u. Speicherung: Einwilligung, Verarbeitung aufgrund Gesetzes (SGBIX)

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 3: Verhältnismäßigkeit u. d. betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM)

BAG v. 15.12.2022 – 2 AZR 162/22: (vereinfachter) Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen, krankheitsbedingten Kündigung.

K ist bei B 1.1.1999 als Versicherungssachbearbeiterin beschäftigt und einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. K ist seit dem 12.12.2014 ununterbrochen arbeitsunfähig erkrankt.

Am 24. Mai 2019 fand auf K's Initiative ein Präventionsgespräch statt, an dem auch Mitarbeiter des Integrationsamts teilnahmen. Mit Schreiben vom selben Tag lud B die K zu einem betrieblichen Eingliederungsmanagement (bEM) ein. K teilte mit, sie wolle an einem bEM teilnehmen; allerdings unterzeichnete sie die ihr diesbezüglich von B übermittelte datenschutzrechtliche Einwilligung nicht, sondern stellte Rückfragen und wählte eigene Formulierungen. In dem angesetzten bEM-Gespräch am 24.7.2019 erklärte ihr B, dass ohne ihre Unterschrift unter die vorformulierte Datenschutzerklärung ein bEM-Verfahren nicht durchgeführt werden könne. In der Folgezeit wies B die K mehrfach, zuletzt am 27.8.2019, darauf hin, dass die Durchführung eines bEM ohne die datenschutzrechtliche Einwilligung nicht möglich sei.

In der Zeit vom 17.9.2019 bis zum 29.10.2019 war die K bei der B im Rahmen einer Wiedereingliederung tätig.

B beantragte am 10.12.2019 beim Integrationsamt die Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung der K, die der B mit Bescheid vom 18.5.2020 erteilt wurde. Mit Schreiben vom 26. Mai 2020 kündigte B das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31.12.2020.

Hiergegen hat sich K gewandt und geltend gemacht, die Kündigung sei mangels sozialer Rechtfertigung unwirksam. Eine negative Zukunftsprognose habe ebenso wenig vorgelegen wie eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen. Darüber hinaus hätten mildere Mittel zur Verfügung gestanden.

B meint, die Kündigung sei wegen der lang andauernden Erkrankung aus krankheitsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt. Es liege eine dauerhafte gesundheitliche Einschränkung vor. Das Arbeitsverhältnis habe seit Jahren nur noch als sinnentleerte Hülle bestanden. Eine Änderung sei in absehbarer Zeit nicht in Sicht. K könne kein ihrem Gesundheitszustand entsprechender Arbeitsplatz zugewiesen werden. Zu dessen Ausgestaltung habe K sich auch im Verfahren vor dem Integrationsamt nicht eingelassen. K's fehlende Bereitschaft, **die datenschutzrechtliche Einwilligung zu unterzeichnen, stehe einer fehlenden Zustimmung zur Durchführung eines bEM gleich**. Einen weiteren Versuch ein bEM durchzuführen, habe es daher nicht bedurft. Ein milderer Mittel gegenüber der Beendigungskündigung sei nicht ersichtlich; das lasse sich auch aufgrund der Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung vermuten.

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 3: Verhältnismäßigkeit u. d. betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM)

BAG v. 15.12.2022 – 2 AZR 162/22: aus **den Entscheidungsgründen**:

1. Ist der Arbeitgeber gemäß § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX einer Verpflichtung zur Durchführung eines bEM nicht nachgekommen, ist er im Kündigungsschutzprozess darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass auch ein bEM nicht dazu hätte beitragen können, neuerlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten entgegenzuwirken (Rn. 14).
2. Eine schriftliche Zustimmung des Arbeitnehmers in die Verarbeitung seiner im Rahmen eines bEM erhobenen personenbezogenen und Gesundheitsdaten sieht § 167 Abs. 2 SGB IX nicht als tatbestandliche Voraussetzung für die Durchführung eines bEM vor (Rn. 17).
3. Es ist dem Arbeitgeber auch ohne vorherige datenschutzrechtliche Einwilligung möglich und zumutbar, zunächst mit dem beabsichtigten bEM zu beginnen und mit dem Arbeitnehmer in einem Erstgespräch den möglichen Verfahrensablauf zu besprechen. Datenschutzrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Erhebung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten des Arbeitnehmers sind frühestens dann von Bedeutung, wenn sich die Beteiligten des bEM darüber verständigt haben, welche Angaben über den Gesundheitszustand für eine Reduzierung der Arbeitsunfähigkeitszeiten voraussichtlich erforderlich sind (Rn. 18).
4. Die Zustimmung des Integrationsamts zu einer krankheitsbedingten Kündigung begründet nicht die Vermutung, dass ein (unterbliebenes) bEM die Kündigung nicht hätte verhindern können (Rn. 28 f.).

Im Ergebnis: KüSchKlage hatte Erfolg

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 3: Verhältnismäßigkeit u. d. betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM) – Datenschutz

Anwendungsfall

AN A gibt im Rahmen eines BEM-Verfahrens Auskunft über seine „Herz-Kreislauf-Erkrankungen“. Nach Auskunft seiner Ärzte sei auch in Zukunft mit weiteren Ausfällen zu rechnen; er könne auf dem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr eingesetzt werden. A legt entsprechende ärztlichen Stellungnahmen vor, die zur BEM-Akte genommen werden.

Die Informationen sind im BEM-Protokoll – von A abgezeichnet – festgehalten worden.

Nach erfolgloser Durchführung des BEM-Verfahrens kündigt AG X das Arbeitsverhältnis des A aus krankheitsbedingten Gründen und stützt sich im Kündigungsschutzprozess auch auf das BEM-Protokoll und die ärztlichen Stellungnahmen.

Zu Recht?

s.a.: BAG v. 29.6.2017 – 2 AZR 47/16 -

2. Krankheitsbedingte Kündigung – Stufe 4: die Interessenabwägung

Wann eine Unzumutbarkeit vorliegt kann **nicht generell** beantwortet werden (**Wertungsspielraum** der Instanzgerichte). Eine Rolle spielen dabei u.a. folg. Aspekte:

- die bisherigen Krankheitszeiten und die erhebliche Beeinträchtigung der betr. Interessen bzw. unwesentliche Fehlzeiten in der Vergangenheit – je länger der “ungestörte“ Zeitraum war, desto besser für den gekünd. Arbeitnehmer
- Zumutbare Überbrückungsmaßnahmen
- Entgeltfortzahlungskosten?
- Betriebsgröße
- die sozialen Belange, insbesondere die “störungsfreie Dauer“ der bisherigen Tätigkeit
- Ursache für die krankheitsbedingten Ausfallzeiten? Mitursache durch die betrieblichen Verhältnisse? Hat der Arbeitgeber u.U. die Krankheit „verschuldet“? Hat der Arbeitnehmer ggf. seine Krankheit „verschuldet“ (Unfall aufgrund unvorsichtigen Verhaltens)

2. Personenbedingte Kündigung

Praxisbeispiel: Kündigung bei häufiger Erkrankung - Sonderzahlung

Sachverhalt nach BAG v. 22.7.2021 – 2 AZR 125/21 :

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung.

Die einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellte K ist bei B, die regelmäßig mehr als zehn AN beschäftigt, seit Januar 1999 tätig mit einer Bruttomonatsvergütung von 4.800.- Euro.

K war im Jahr 2012 an 52, im Jahr 2013 an 33, im Jahr 2014 an 47 Arbeitstagen, in den Jahren 2015 und 2016 durchgehend sowie im Jahr 2017 an 112 Arbeitstagen und im Jahr 2018 bis zum 18. Juli wiederum durchgängig arbeitsunfähig krank. B leistete Entgeltfortzahlung für alle Krankheitstage in den Jahren 2012 und 2013 sowie für 44 Krankheitstage im Jahr 2014 und 71 Krankheitstage im Jahr 2017. In den Jahren 2015, 2016 und 2018 (bis zum 18. Juli) bestand keine Entgeltfortzahlungspflicht. Von den Entgeltfortzahlungskosten für das Jahr 2017 iHv. insgesamt 11.434,00 Euro entfielen 2.870,71 Euro auf eine AU der K infolge eines Sturzes.

2. Praxisbeispiel: Kündigung bei häufiger Erkrankung - Sonderzahlung BAG vom 22.7.2021 – 2 AZR 125/21 –

Im Jahr 2015 gewährte B der K Zuschüsse zum Krankengeld iHv. 3.317 Euro und eine tarifliche Einmalzahlung iHv. 120 Euro sowie im Jahr 2016 den Bezug sog. Jubiläumsaktien im Wert von 147,75 Euro. Zudem erhielt K in den Jahren 2015 bis 2017 jeweils ein Urlaubsgeld iHv. 1.150,00 Euro, ein Weihnachtsgeld iHv. durchschnittlich 5.200 Euro und ein Tankdeputat iHv. 1.125,00 Euro sowie für das Jahr 2015 einen Bonus iHv. 2.425 Euro und für das Jahr 2016 iHv. 2.240 Euro. Die Zahlung der Krankengeldzuschüsse sowie des Urlaubs- und Weihnachtsgeldes beruhte auf einer mit dem BR vereinbarten Betriebsordnung, die Gewährung des Tankdeputats, der Jubiläumsaktien und des Bonus jeweils auf Vereinbarungen mit dem GBR.

B kündigte - nach Anhörung der Schwerbehindertenvertretung und des BRs sowie mit Zustimmung des Integrationsamts - das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schr. v. 17.7.2018 ordentlich zum 28.2.2019 und berief sich zur Begründung auf die wirtschaftlichen Belastungen im Zusammenhang mit der AU der K.

K meint, die Kündigung sei unwirksam. Zu Recht?

2. Praxisbeispiel: Kündigung bei häufiger Erkrankung - Sonderzahlung BAG vom 22.7.2021 – 2 AZR 125/21 –

Aus den Entscheidungsgründen: Zunächst der allseits bekannte Obersatz:

- Die Wirksamkeit einer - wie hier - auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützten ordentlichen Kündigung setzt zunächst eine negative Gesundheitsprognose voraus. Im Kündigungszeitpunkt müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen (erste Stufe).
- Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen, wenn sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen (zweite Stufe).
- Ist dies der Fall, ist im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen (dritte Stufe) (st.Rspr., zuletzt BAG 25.April 2018 -2 AZR 6/18- Rn.19, BAGE 162, 327).

2. Praxisbeispiel: Kündigung bei häufiger Erkrankung - Sonderzahlung BAG vom 22.7.2021 – 2 AZR 125/21 –

- **Subsumtion:** Es liegt kein Fall vor, in dem gesonderte Darlegungen der B. zu erheblichen Beeinträchtigungen ihrer betrieblichen Interessen entbehrlich gewesen wären. B behauptet selbst nicht, im Zeitpunkt der Kündigung habe eine krankheitsbedingte dauernde Leistungsunfähigkeit der K festgestanden oder es habe doch in den nächsten 24 Monaten nicht mit ihrer - der K - Genesung gerechnet werden können (vgl. BAG 13. Mai 2015 - 2 AZR 565/14 - Rn. 18).
- B hätte deshalb zu den Betriebsablaufstörungen (bzw. die erhebliche Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen) infolge der krankheitsbed. Ausfälle der K hinreichend konkret vorgetragen müssen.
- (Rn. 16) Für die Erstellung einer Prognose, mit welchen wirtschaftlichen Belastungen der AG aufgrund künftiger krankheitsbedingter Ausfallzeiten des AN zu rechnen hat, ist vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls ein (vergangenheitsbezogener) **Referenzzeitraum von drei Jahren** maßgeblich. Ist eine AN-vertretung gebildet, ist auf die letzten drei Jahre vor Einleitung des Beteiligungsverfahrens abzustellen (vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 6/18 - Rn. 23).
- (Rn. 17): Die Prognose muss eine erhebliche **künftige Beeinträchtigung** des **Austauschverhältnisses** ergeben. Die berechnete Gleichwertigkeitserwartung des AG muss in einem Maß unterschritten sein, dass es ihm unzumutbar ist, über die Dauer der Kündigungsfrist hinaus an dem (unveränderten) Arbeitsverhältnis festzuhalten (vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 6/18 - Rn. 36).

2. Praxisbeispiel: Kündigung bei häufiger Erkrankung - Sonderzahlung BAG vom 22.7.2021 – 2 AZR 125/21 –

- Für die Beurteilung der zu erwartenden wirtschaftlichen Belastungen sind vor allem Entgeltfortzahlungskosten gemäß §§ 3, 4 EFZG im Referenzzeitraum beachtlich (st. Rspr.). Sie sind Ausdruck einer Störung des Synallagmas zwischen der Arbeitsleistung auf der einen und der vereinbarten Vergütung auf der anderen Seite. Soweit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geschuldet ist, steht der allein für die Arbeitsleistung des ANs versprochenen laufenden Vergütung kein Pendant gegenüber. Dieser Belastung können AG sich nicht durch abweichende Regelungen „entziehen“ (§ 12 EFZG). Unter §§ 3, 4 EFZG fallen auch „**arbeitsleistungsbezogene**“ **Sondervergütungen mit reinem Entgeltcharakter** (vgl. BAG 21. März 2001 - 10 AZR 28/00 - zu II der Gründe, BAGE 97, 211; ErfK/Preis 21. Aufl. BGB § 611a Rn. 541 ff.).

Im einzelnen:

- **Zuschüsse zum Krankengeld** sind grundsätzlich nicht zulasten des ANs zu berücksichtigen. Ihre Zahlung beruht - anders als die EFZ im Krankheitsfall nach §§ 3, 4 EFZG - nicht auf einer zwingenden gesetzlichen Verpflichtung. Mit der Zusage derartiger Zuschüsse übernimmt der AG vielmehr „**freiwillig**“ ein nach dem Gesetz dem AN zugewiesenes Risiko. Verwirklicht es sich, soll dies - in finanzieller Hinsicht - allein zu seinen Lasten gehen und regelmäßig nicht den Bestandsschutz des AN mindern (vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 6/18 - Rn. 31).

2. Praxisbeispiel: Kündigung bei häufiger Erkrankung - Sonderzahlung BAG vom 22.7.2021 – 2 AZR 125/21 –

- Leistungen, mit denen ausschließlich erbrachte und/oder künftig erwartete **Betriebstreue** und nicht auch eine bestimmte Arbeitsleistung honoriert werden soll, gehen kündigungsrechtlich ebenfalls nicht zulasten des ANs. Der mit diesen Leistungen vom AG verfolgte Zweck wird durch die Arbeitsunfähigkeit des AN nicht gestört. Der hierfür notwendige Bestand des Arbeitsverhältnisses bleibt von dem krankheitsbedingten Ausfall unberührt, der AG erhält gleichwohl die volle von ihm angestrebte Gegenleistung.
- Leistungen, die der AG zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt (**Sondervergütungen**, § 4a EFZG), stellen selbst dann keine „kündigungsrelevante“ wirtschaftliche Belastung dar, wenn sie nicht allein für den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern auch für eine Arbeitsleistung im Bezugszeitraum gezahlt werden. Zwar führt die AU des AN insofern zu einer - teilweisen - Störung des Austauschverhältnisses. Doch ist diesbezüglich durch § 4a EFZG eine abschließende Risikozuweisung erfolgt. Nach Satz 1 der Vorschrift sind Vereinbarungen über die Kürzung von Sondervergütungen auch für Zeiten der AU infolge Krankheit zulässig; nach ihrem Satz 2 darf die Kürzung für jeden Tag der krankheitsbedingten AU bis zu einem Viertel des Arbeitsentgelts betragen, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt. **Mit einer entsprechenden Kürzung** sind Störungen im „Arbeitsleistungsanteil“ der Sondervergütung als **behoben** anzusehen. Fehlt es an einer Kürzungsregelung, hat der AG das Risiko der unverminderten Zahlung zu tragen.

2. Praxisbeispiel: Kündigung bei häufiger Erkrankung - Sonderzahlung BAG vom 22.7.2021 – 2 AZR 125/21 –

Und abschließend:

Rn. 22: Eine kündigungsrelevante wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers liegt - vorbehaltlich einer Interessenabwägung auf der dritten Stufe - vor, wenn prognostisch die zulasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigenden Kosten **jährlich** insgesamt den Betrag **übersteigen**, der gemäß §§ 3, 4 EFZG als **Entgeltfortzahlung für sechs Wochen** geschuldet ist.

Und weiterer interessanter „**Nebenaspekt**“ (Rn. 25): Zulasten der Klägerin sind für das Jahr 2017 die nicht auf ihren für eine Prognose irrelevanten Unfall zurückzuführenden Entgeltfortzahlungskosten iHv. 8.563,29 Euro zu berücksichtigen.

Allerdings: Die häufige Annahme, dass das **Urlaubs- und Weihnachtsgeld** für die Jahre 2015 und 2016, in denen die Klägerin durchgehend arbeitsunfähig war, berücksichtigt werden könne, erteilt der 2. Senat eine Absage, da „viele dafür spreche, dass mit diesen Leistungen allein der Bestand eines nicht ruhenden Arbeitsverhältnisses und nicht auch eine Arbeitsleistung im Bezugszeitraum honoriert werden sollte und deshalb durch die Arbeitsunfähigkeit der K überhaupt keine Störung im Austauschverhältnis eingetreten“ sei. Jedenfalls habe nach § 4a EFZG B das Risiko zu tragen, diese Leistungen ungeachtet der ganzjährigen Arbeitsunfähigkeit der K erbringen zu müssen.

3. Krankheitsbedingte Kündigung – tariflich ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer BAG v. 24.4.2018 – 2 AZR 6/18

Der 55jährige AN A ist seit 35 Jahren bei der AGin X tätig. A ist seit 3 Jahren nahezu durchgängig arbeitsunfähig; in dem Zeitraum 2016 bis 2018 war er jährlich an 7 bis 12 Arbeitstagen im Betrieb.

Der auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Tarifvertrag sieht einen Ausschluss der ordentlichen Kündigung ab dem 53.Lebensjahr und bei einer Betriebszugehörigkeit von mehr als 10 Jahren vor.

Besteht für X gleichwohl eine Möglichkeit zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses?

3. Krankheitsbedingte Kündigung – tariflich ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer BAG v. 24.4.2018 – 2 AZR 6/18

Tariflicher Sonderkündigungsschutz ist rechtlich zulässig (Bspw.: § 34 TVöD/TVL)

Gleichwohl: Eine Beendigungsmöglichkeit für ein nicht mehr realisierbares – „sinnentleertes“ Arbeitsverhältnis muss möglich sein.

Die Rechtsprechung hat für diese Fälle – basierend auf § 626 BGB - das Institut der „außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist“; danach ist eine Kündigung unter „**strengen Voraussetzungen**“ möglich; diese Kündigung ist keine nur ein bisschen erschwerte krankheitsbedingte Kündigung, sondern folgt anderen Prinzipien

In Anwendung dieses Rahmens hat das BAG ein „sinnentleertes“ Arbeitsverhältnis angenommen, wenn der Arbeitnehmer **in mehreren Jahren mehr als ein Drittel** der Jahresarbeitsleistung krankheitsbedingt gefehlt hat (BAG v. 25.4.2018 – 2 AZR 6/18); liegt die Prüfungsvoraussetzung der 1.Stufe demnach bei diesen Fehlzeiten vor, bedarf es aber gleichwohl der Prüfung von weiteren – möglichen – organisatorischen Maßnahmen, der Durchführung des BEM und auch einer umfassenden Interessenabwägung.

4. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe und Arbeitsunfähigkeit – Verletzung von Anzeige- und Nachweispflichten

Die verspätete AUB – BAG v. 7.5.2020 – 2 AZR 619/19:

K war bei B langjährig als Lagerist beschäftigt. Er war nach den Feststellungen des LAG seit Juli 2016 durchgehend arbeitsunfähig krankgeschrieben.

Mit Schreiben vom 9.11.2016 wies B den K darauf hin, dass dem Vorgesetzten unverzüglich mitzuteilen sei, wenn eine Arbeitsunfähigkeit bestehe. Außerdem sei deren voraussichtliche Dauer anzugeben. Die Abgabe oder Übersendung einer AUB genüge grundsätzlich nicht für eine unverzügliche Anzeige, da sie dem Vorgesetzten nicht vor Beginn der Kernarbeitszeit am ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit bzw. von deren Verlängerung vorliegen könne. Die Grundsätze gälten nicht nur bei einer Ersterkrankung, sondern auch bei ihrer Fortdauer über den ursprünglich bescheinigten Zeitraum hinaus.

B mahnte den K mit Schreiben vom 11. Januar 2017 und weiteren ab.

Eine am Montag, dem 7. August 2017 an der Pforte abgegebene Bescheinigung über eine Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit des K über den 4. August 2017 hinaus erreichte seinen Vorgesetzten erst am 8. August 2017, nach Beginn der Kernarbeitszeit.

B kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 31. August 2017, dem K am selben Tag zugegangen, zum 31. Dezember 2017.

4. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe - Arbeitsunfähigkeit – Verletzung von Anzeige- und Nachweispflichten

Der 2. Senat akzeptiert diese fristgemäße Kündigung: eine schuldhafte (hier: dreimalige) Verletzung (in einem halben Jahr) der sich aus § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG ergebenden (Neben-)Pflicht zur unverzüglichen Anzeige der Fortdauer einer Arbeitsunfähigkeit (AU) ist **grundsätzlich** geeignet, die Interessen des Vertragspartners zu beeinträchtigen und kann daher - je nach den Umständen des Einzelfalls - einen zur Kündigung berechtigenden Grund im Verhalten des Arbeitnehmers iSv. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG darstellen.

Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG ist der AN verpflichtet, dem AG die AU und deren voraussichtliche Dauer **unverzüglich** mitzuteilen. Die Anzeigepflicht ist nicht auf den Fall einer Ersterkrankung beschränkt. Sie umfasst die Verpflichtung, **auch die Fortdauer** einer AU über die zunächst angezeigte Dauer hinaus unverzüglich mitzuteilen.

Grundsätzlich gehört das Fehlen von betrieblichen Ablaufstörungen ebenso wie ihr Vorhandensein zu einer vollständigen Interessenabwägung bei einer auf die Verletzung der Anzeigepflicht nach § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG gestützten Kündigung.

4. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe - Arbeitsunfähigkeit – Vorgetäuschte/erschlichene AU

Hess. LAG v. 18.10.2021 – 16 Sa 380/20

Orientierungssätze:

- ... 2. Das Erschleichen von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kann einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs.1 BGB zur außerordentlichen Kündigung bilden.
- 3. Bei Erkrankung eines Arbeitnehmers nach Ablehnung eines Urlaubsantrags im beantragten Urlaubszeitraum ist der Beweiswert der AUB erschüttert.
- 4. Besteht für den AG mit Eingang einer AUB der Anfangsverdacht eines Vortäuschens der Arbeitsunfähigkeit, so darf der nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen, wie die Einleitung eines Begutachtungsverfahrens nach § 275 Abs 1 Nr 3b in Verbindung mit , anstellen, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB anläuft.

Aus den Gründen: Ein wichtiger Grund zur außerordentl. Künd. besteht nicht nur, wenn sich der AN für die Zeit einer vorgetäuschten AU Entgeltfortzahlung gewähren lässt und damit regelmäßig einen Betrug zulasten des AGs begeht. Täuscht er eine AU erst nach Ablauf des EFZ-zeitraums vor, aber zu dem Zweck, während der attestierten AU einer Konkurrenztaetigkeit nachgehen zu können, verletzt er ebenfalls in erheblicher Weise seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers gem. § 241 II BGB. Der AG wird durch die Täuschung daran gehindert, seine Rechte auf die vertragsgerechte Durchführung des AV geltend zu machen.

4. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe - Arbeitsunfähigkeit – Androhung einer AU

LAG Mecklenburg-Vorpommern v.4.5.2021 – 5 Sa 319/20 –

Orientierungssätze:

1. Die **Drohung, sich krankzuschreiben zu lassen**, falls die Schichteinteilung nicht wie gewünscht erfolgt, stellt eine schwerwiegende Verletzung der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht dar, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann.
2. Dennoch kann die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers ausgehen, wenn die Drohung mit der Krankenschreibung auf einem innerbetrieblichen Konflikt zwischen Arbeitnehmern beruhte, auf den der Arbeitnehmer bereits mit einer Eigenkündigung reagiert hat, und das Arbeitsverhältnis deshalb in Kürze endet.

Aus den Gründen: Die Pflichtwidrigkeit der Ankündigung einer Krankenschreibung bei objektiv nicht bestehender Erkrankung im Zeitpunkt der Ankündigung liegt in erster Linie darin, dass der AN mit einer solchen Erklärung zum Ausdruck bringt, er sei notfalls bereit, seine Rechte aus dem Entgeltfortzahlungsrecht zu missbrauchen, um sich einen unberechtigten Vorteil zu verschaffen. Mit einem solchen Verhalten verletzt der AN seine aus der Rücksichtnahmepflicht folgende Leistungstreuepflicht erheblich. Zugleich wird durch die Pflichtverletzung das Vertrauen des AGs in die Redlichkeit und Loyalität des ANs in schwerwiegender Weise beeinträchtigt, so dass in einer solchen Erklärung regelmäßig auch ohne vorausgehende Abmahnung ein die außerordentl. Künd. an sich rechtfertigender verhaltensbedingter Grund zur Künd. liegt.

4. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe - Arbeitsunfähigkeit – außerdienstliches / genesungswidriges Verhalten

Ausgangspunkt: AG-Interesse an einer baldigen Genesung u. Rückkehr an den Arbeitsplatz; AN-Interesse an geringer Einschränkung des außerbetr. Freiraums (private Lebensführung); daraus result. Frage: muss sich AN so verhalten, alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögert oder ist er gar zu gesundheitsförd. Verhalten verpflichtet?

Interessanter Fall: BAG v. 2..3.2006 – 2 AZR 53/05 – AP BGB § 626 Krankheit Nr. 14 (**Gutacher des MdK** fährt während AU in der Schweiz Ski – „Beinbruch“); s. zuletzt zusammenfassend: Baumgarten, BB 2020,308

Orientierungssätze:

Geht der AN Freizeitaktivitäten nach, die mit seiner Arbeitsunfähigkeit nur schwer in Einklang zu bringen sind, kann darin ein pflichtwidriger, zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Verstoß gegen die vertraglichen Rücksichtnahmepflichten liegen (Rn.24);

hier: Skiurlaub bei bestehender Arbeitsunfähigkeit wegen Hirnhautentzündung mit Konzentrationsschwächen(Rn.25);

Konsequenz: Genesungswidriges Verhalten (das den Heilungsprozess erschwere/verlangsame) führt idR zu einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung (siehe auch: BAG v. 21.1.76 – 5 AZR 593/74, NJW 1976,1367, 2. d.Grde: Fußballspielen eines Maurers während AU).

4. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe - Arbeitsunfähigkeit – genesungswidriges Verhalten

Aus den Entscheidungsgründen:

- K hat durch den Skiurlaub während der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit seine arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht schwer verletzt.
- Ein arbeitsunfähig erkrankter AN muss sich so verhalten, dass er bald wieder gesund wird und an seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann. Er hat alles zu **unterlassen**, was **seine Genesung verzögern** könnte. Der erkrankte Arbeitnehmer hat insoweit auf die schützenswerten Interessen des Arbeitgebers, die sich ua. aus der Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung ergeben, Rücksicht zu nehmen. Eine schwerwiegende Verletzung dieser Rücksichtnahmepflicht kann nach der Rechtsprechung des BAG eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund an sich rechtfertigen...
- Deshalb kann ein pflichtwidriges Verhalten vorliegen, wenn ein AN bei bescheinigter AU den Heilungserfolg durch gesundheitswidriges Verhalten gefährdet. Damit verstößt er nicht nur gegen eine Leistungspflicht, sondern zerstört insbesondere auch das Vertrauen des AGs in seine Redlichkeit ... Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn der AN während der Krankheit nebenher bei einem anderen Arbeitgeber arbeitet, sondern kann auch gegeben sein, wenn er Freizeitaktivitäten nachgeht, die mit der AU nur schwer in Einklang zu bringen sind.

4. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe im Zusammenhang mit einer Arbeitsunfähigkeit – genesungswidriges Verhalten

Aus den Entscheidungsgründen: Subsumtion:

- Der als Arzt ausgebildete K musste in besonderem Maße dafür sensibilisiert sein, dass sein "Kurzaufenthalt" in der Schweiz verbunden mit einem Skikurs nicht mit seiner auf einer Hirnhautentzündung beruhenden AU in Einklang zu bringen war, sondern vielmehr ein erhebliches Fehlverhalten beinhaltete.
- Dabei kommt es nicht allein die körperl. Fitness, sondern auch auf eine geistige Wach- und Regsamkeit an, um dem komplexen Bewegungsablauf des Skifahrens zu genügen und sowohl die eigene Gefährdung als auch diejenige anderer Skifahrer zu jedem Zeitpunkt zu vermeiden... Dies gilt umso mehr als K vor der Abreise selbst noch erhebliche Konzentrationsschwächen auf Grund seiner Erkrankung ausdrücklich angegeben hatte.
- Schließlich: erhebliche Verletzung der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht wiegt hier umso schwerer als K auf **Grund seines beruflichen Aufgabenfeldes** in besonderem Maße dazu verpflichtet war, das Vertrauen Außenstehender in die von ihm geleistete Arbeit und die korrekte Aufgabenerledigung seines Arbeitgebers nicht zu erschüttern.

**4. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe im Zusammenhang mit Corona
- Anhusten/ Pandemieregeln –
LAG Düsseldorf v. 27.04.2021 – 3 Sa 646/20 – NZA-RR 2021,664**

1. Das vorsätzliche Anhusten eines Arbeitskollegen mit den Worten "Ich hoffe, Du bekommst Corona" berechtigt auch ohne vorherige Abmahnung zur außerordentlichen fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber (Rn. 46)
2. Allerdings trägt der Arbeitgeber bei der Tatkündigung die Darlegungs- und Beweislast für den Kündigungsvorwurf (Rn. 48)
3. Die Verletzung von pandemiebedingten Abstandsregeln im Betrieb rechtfertigt ohne vorangegangene einschlägige Abmahnung keine Kündigung (Rn. 56)



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit