

Masterarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades
Master of Laws (LL.M.)

Skládal, Jana Silvia

Name, Vorname

4060775

Matrikelnummer

Master Wirtschaftsrecht

Studiengang

Thema:

Krankheit und Behinderung

**Das Verhältnis von Krankheit und Behinderung
und deren Kündigungsanforderungen,
insbesondere das Erfordernis eines betrieblichen
Eingliederungsmanagements vor Ausspruch einer
Kündigung**

Prof. Dr. Sebastian Volkmann

1. Prüfer

Prof. Dr. Carsten Sonnenberg

2. Prüfer

11.05.2017

Abgabedatum

Literaturverzeichnis

Ascheid, Reiner/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid	Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Auflage, 2014
Bauer, Jobst-Hubertus/ Göpfert, Burkard/ Krieger, Steffen	AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2007
Balders, Sven-Frederik/ Lepping, Christian	Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach SGB IX, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Jahrgang 2005, Seite 854 f., NZA 2005, 854
Berkowsky, Wilfried	Die personenbedingte Kündigung Teil 1, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport, Jahrgang 2001, Seite 393f., NZA-RR 2001, 393
Brose, Wiebke	Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX als eine neue Wirksamkeitsvoraussetzung für die krankheitsbedingte Kündigung?, Der Betrieb, Jahrgang 2005, Seite 390f., DB 2005, 390
Bundesagentur für Arbeit Statistik	Arbeitsmarkt in Zahlen Beschäftigungsstatistik schwerbehinderter Menschen (BsbM) 2016
Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen (BIH)	ABC, Behinderung & Beruf, Handbuch für die betriebliche Praxis, 5. Auflage, 2014
Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS)	Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit 2014, Unfallverhütungsbericht Arbeit, Dortmund/Berlin/Dresden, 2., korrigierte Auflage, 2016, Download von www.baua.de/suga
Domröse, Ronny	Krankheitsbedingte Kündigung als Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf?, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Jahrgang 2006, Seite 1320f., NZA 2006, 1320
Etzel, Gerhard/ Bader, Peter/ Fischermeier, Ernst/ u.a.	KR-Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 11. Auflage, 2016

Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Schmidt-Ingrid/ u.a.	Beck'sche Kurz-Kommentare, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Auflage, München 2017
Gaul, Björn/ Süßbrich, Katrin/ Kulejewski, Darius	Keine krankheitsbedingte Kündigung ohne „betriebliches Eingliederungsmanagement“, Arbeits-Rechtsberater, Jahrgang 2014, Seite 308 f., ArbRB 2004, 308
Gallner, Inken/ Mestwerdt, Wilhelm/ Nägele, Stefan	Kündigungsschutzrecht, Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2015
Groskreutz, Henning/ Welti, Felix	Der EuGH zum Verhältnis von Krankheit und Behinderung, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 11. April 2013, C-335/11 und C-337/11 (Rs. Ring und Skouboe Werge), Forum B, Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement – Diskussionsbeitrag Nr. 8/2013 – www.reha- recht.de
Henssler, Martin Martin/ Willemsen, Heinz Josef/ Kalb, Heinz-Jürgen	Arbeitsrecht, Kommentar, 7. Auflage, 2016
Hümmerich, Klaus/ Boecken, Winfried/ Düwell, Franz Josef	AnwaltKommentar, Arbeitsrecht, Band 1, 2. Auflage, Bonn 2010
Hümmerich, Klaus/ Boecken, Winfried/ Düwell, Franz Josef	AnwaltKommentar, Arbeitsrecht, Band 2, 2. Auflage, Bonn 2008
Jesgarzewski, Tim	Kündigungsschutz von AN mit Behinderung – Begriffsbestimmung der Behinderung durch BAG und EuGH, Arbeit und Recht, Jahrgang 2015, Seite 437f., ArbuR 2015, 437
Kittner, Michael/ Zwanziger, Bertram/ Deinert, Olaf	Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis, 8. Auflage, Hanau 2015
Kittner, Michael/ Däubler, Wolfgang/ Zwanziger, Bertram	KschR, Kündigungsschutzrecht, Kommentar für die Praxis zu Kündigungen und anderen Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 6. Auflage, Frankfurt a.M. 2004
Klein, Thomas	Das Merkmal der Langfristigkeit im Rahmen des Behindertenbegriffs der RL 2000/78/EG ("Daouidi"), jurisPR-ArbR 1/2017 Anm. 2

Kock, Martin	Anmerkung von Martin Kock, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Jahrgang 2006, Seite 1551f., ZIP 2006, 1551
Kothe, Wolfhard	Anforderungen an ein betriebliches Eingliederungsmanagement, jurisPR-ArbR 21/2010 Anm. 1
Kothe, Wolfhard	Betriebliches Eingliederungsmanagement und Bestandsschutz, Jahrgang 2008, Seite 582f., DB 2008, 582
Kothe, Wolfhard/ Beetz, Claudia	Neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Urlaubsrecht, jurisPR-ArbR 25/2009, Anm. 1
Laskowski, Silke Ruth/ Schiek, Dagmar/ Welti, Felix/ Kocher, Eva	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG, Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 1. Auflage, München 2007
Löwisch, Manfred/ Spinner, Günter/ Wertheimer, Frank	Kommentar KSchG, 10. Auflage, Frankfurt a.M. 2013
LWL-Integrationsamt Westfalen	Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX, Mai 2012, Münster
Maties, Martin	Anmerkung von Professor Dr. Martin Maties, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Jahrgang 2017, Seite 263f., EuZW 2017, 263
Mestwerdt, Wilhelm	Urlaubsabgeltung trotz mehrjähriger Arbeitsunfähigkeit, jurisPR-ArbR 27/2009, Anm. 2 zu C
Palandt	Beck'sche Kurz-Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch 73. Auflage München 2014
Pärli, Kurt/ Naguib, Tarek/ Kuratli, Sandra	Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, Unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Rechts, des Unionsrecht, des AGG und des SGB IX sowie mit einem rechtsvergleichenden Seitenblick. Analyse und Empfehlungen, 2012
Reichold, Hermann/ Heinrich, Martin	Anmerkung, Juristische Arbeitsblätter, Jahrgang 2007, Seite 196f., JA 2007, 196

Roetteken, Torsten	Modifizierung und Weiterentwicklung der Auslegung der RL 2000/78/EG zum Schutz von Menschen mit einer Behinderung ("Ring, Skouboe Werge"), jurisPR-ArbR 33/2013
Schaub, Günter	Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Auflage
Schrader, Peter/ Müller Jonas	Krankheitsbedingte Kündigung = Diskriminierung wegen Behinderung?, Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen Ausgabe 2007, Seite 222f., SAE 2007, 222
Schwarze, Roland	Europäisches Arbeitsrecht, Besondere Diskriminierungsverbote: Begriff der Behinderung in Art. 2 RL 2000/78 EG, Juristische Arbeitsblätter, Jahrgang 2006, Seite 742f., JA 2006, 742
Selzer, Dirk	Krankheit und Behinderung im Diskriminierungsrecht, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht, Jahrgang 2014, Seite 95f., EuZA 2014, 95
Statistisches Bundesamt (Destatis)	Statistik der schwerbehinderten Menschen Kurzbericht 2015
Stahlhacke, Eugen/ Preis, Ulrich/ Vossen, Reinhard	Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Handbuch
Thüsing, Gregor/ Grosse-Brockhoff, Simon	Diskriminierungsverbot, Behinderung, krankheitsbedingte Kündigung/"Chacón Navas", Art. 1 RL 2000/78/EG, Entscheidungen für Wirtschaftsrecht, Jahrgang 2006, Seite 473f., EWiR 2006, 473
Tschöpe, Ulrich	Personenbedingte Kündigung, Betriebs Berater, Jahrgang 2001, Seite 2110, BB 2001, 2110
v. Hoyningen-Huene, Gerrick/ Linck, Rüdiger/ Krause, Rüdiger/ Hueck, Alfred/ Hueck, Götz	Beck'sche Kurz-Kommentare zum Arbeitsrecht, Kündigungsschutzgesetz: KSchG, Kommentar, 15. Auflage, München 2013
v. Roetteken, Torsten	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG, Kommentar zu den arbeits- und dienstrechtlichen Regelungen, Stand Oktober 2013
v. Steinau-Steinrück, Robert/ Hagemeister, Volker	Das neue betriebliche Eingliederungsmanagement, Neue Juristische Wochenschrift - Spezial, Jahrgang 2005, Seite 130f., NJW-Spezial 2005, 130

Wenkebach, Johanna	Diskriminierende Kündigung in der Probezeit aufgrund von Behinderung – die Pflicht zum Treffen angemessener Vorkehrungen, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, Forum B, Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement – Diskussionsbeitrag Nr. 15/2014, www.reha-recht.de
--------------------	---

Internetquellen

<http://www.dbb.de/lexikon/themenartikel/a/angestellte-und-arbeiter.html>

http://aok-bv.de/lexikon/k/index_00448.html

<https://www.tk.de/centaurus/servlet/contentblob/15550/Datei/60554/Entgeltfortzahlung-im-Krankheitsfall.pdf>

<http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsschutz/Gesundheit-am-Arbeitsplatz/betriebliches-eingliederungsmanagement.html>

<https://www.integrationsaemter.de/Fachlexikon/Kuendigungsschutzverfahren/77c424i/index.html>

https://www.hensche.de/Schwerbehinderung_schwerbehinderter-Mensch_Schwerbehinderung_schwerbehinderter-Mensch.html#tocitem8

<http://www.avocado.de/news/artikel/bag-neues-zur-mitteilung-der-schwerbehinderung-an-den-arbeitgeber/>

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Erwerbstätigkeit in Zahlen	3
I. Entwicklung der Erwerbstätigkeit in Deutschland	3
II. Erwerbsbevölkerung in Deutschland	3
III. Berufliche Stellung	4
C. Krankheit und Behinderung	5
I. Krankheit	5
1. Begriff der Krankheit	5
2. Arbeitsunfähigkeit	6
2.1. Arbeitsunfähigkeit nach Wirtschaftszweigen	7
2.2. Arbeitsunfähigkeit nach Altersgruppen	9
2.3. Diagnosegruppen der Arbeitsunfähigkeit	10
2.4. Volkswirtschaftliche Kosten der Arbeitsunfähigkeit	11
II. Behinderung	13
1. Behinderung, Schwerbehinderung und gleichgestellte behinderte Menschen	13
1.1. Behinderung	13
1.2. Schwerbehinderung	14
1.3. gleichgestellte behinderte Menschen	14
2. Zahlen und Daten zu schwerbehinderten Menschen	15
2.1. Schwerbehinderung insgesamt – Vergleich Männer und Frauen	15
2.2. Schwerbehinderte Menschen nach Altersgruppen	16
2.3. Schwerbehinderte Menschen nach dem Grad der Behinderung	17
2.4. Schwerbehinderte Menschen nach der Art der Behinderung	17
2.5. Schwerbehinderte Menschen in Beschäftigung	19
III. Verhältnis von Krankheit und Behinderung	20
1. Entscheidung des EuGH vom 11.07.2006 – C-13/05	20
1.1. Sachverhalt und Entscheidungsgründe	20
1.2. Würdigung und Kritik	21
2. Entscheidung des EuGH vom 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11	22
2.1. Sachverhalt und Entscheidungsgründe	22
2.2. Würdigung und Kritik	24
3. Entscheidung des EuGH vom 01.12.2016 – C 395/15	25

3.1. Sachverhalt und Entscheidungsgründe	25
3.2. Würdigung und Kritik	27
4. Entscheidung des BAG vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12	28
4.1. Sachverhalt und Entscheidungsgründe	28
4.2. Würdigung und Kritik	30
D. Rechte und Pflichten bei Krankheit und Behinderung	32
I. Krankheit	32
1. Anzeige- und Nachweispflicht, § 5 EntgFG	32
2. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 3 EntgFG	33
3. Krankengeld	35
4. Erkrankung während des Urlaubs	36
II. Behinderung	38
1. Feststellung der Behinderung	38
2. Mitteilung der Behinderung an den Arbeitgeber	40
3. Zusatzurlaub	41
4. Arbeitsunfähigkeit des schwerbehinderten Menschen – betriebliches Eingliederungsmanagement, § 84 II 1 SGB IX	41
5. Ansprüche des Arbeitnehmers nach § 81 IV SGB IX	42
6. Pflicht der Arbeitgeber zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen	43
7. Mehrarbeit	44
E. Kündigung bei Krankheit und Behinderung	45
I. Kündigung im Allgemeinen	45
1. Institut der Kündigung	45
1.1. Grenzen der Kündigung	46
1.2. Diskriminierung nach dem AGG	46
2. Kündigungsschutzgesetz	48
2.1. Anwendungsbereich des KSchG	48
2.2. Prozessuales	48
2.3. Wirkung	49
2.4. Kündigungsgründe nach dem Kündigungsschutzgesetz	50
2.4.1. Personenbedingte Kündigung	51
a) Fehlende Fähigkeit und Eignung des Arbeitnehmers	52
b) Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen	53
c) Interessenabwägung	53

2.4.2.	Verhaltensbedingte Kündigung	54
2.4.3.	Betriebsbedingte Kündigung	55
II.	Kündigung bei einer Krankheit	56
1.	Ordentliche Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen	56
1.1.	Häufige Kurzerkrankungen	57
1.1.1.	Negative Gesundheitsprognose	58
1.1.2.	Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen	59
1.1.3.	Interessenabwägung	60
1.2.	Langzeiterkrankungen	61
1.2.1.	Negative Gesundheitsprognose	62
1.2.2.	Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen	62
1.2.3.	Interessenabwägung	63
1.3.	Dauererkrankungen	63
1.3.1.	Negative Gesundheitsprognose	63
1.3.2.	Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen	64
1.3.3.	Interessenabwägung	64
1.4.	krankheitsbedingte Leistungsminderung	64
1.4.1.	Negative Gesundheitsprognose	65
1.4.2.	Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen	65
1.4.3.	Interessenabwägung	65
2.	Außerordentliche Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen	65
III.	Kündigung bei einer Behinderung	67
1.	Kündigung eines Menschen mit Behinderung	67
2.	Besonderer Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen	67
3.	Besonderer Kündigungsschutz für gleichgestellte behinderte Menschen	67
4.	Kündigungsschutzverfahren	68
4.1.	ordentliche Kündigung	68
4.2.	Außerordentliche Kündigung	70
5.	Erfordernis der Feststellung der Schwerbehinderung	71
6.	Kündigung ohne Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung	71
IV.	Erfordernis eines betrieblichen Eingliederungsmanagements	74
1.	bei Arbeitnehmern mit einer Schwerbehinderung	74
2.	bei Arbeitnehmern mit einer Erkrankung unter Berücksichtigung der Entscheidung des BAG vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/06	74
3.	bei Arbeitnehmern mit einer Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG	76
F.	Zusammenfassung und Fazit	81

A. Einleitung

Um einen Überblick über die Erwerbstätigkeit in Deutschland zu erhalten, werden zunächst Zahlen und Daten bezüglich der Entwicklung der Erwerbstätigkeit, die Erwerbsbevölkerung und deren berufliche Stellung dargestellt.

Im Berufsleben kommt es vor, dass ein Arbeitnehmer aus verschiedenen Gründen erkranken kann. Diese Erkrankungen können auch zu einer Arbeitsunfähigkeit führen, so dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit nicht verrichten kann. Dabei kann die Dauer der Arbeitsunfähigkeit ganz unterschiedlich sein. Sie kann beispielsweise einige Tage andauern, wiederholt auftreten, häufig und kurz auftreten, länger andauern oder von Dauer sein. Während der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers werden dem Arbeitgeber in der Regel Kosten entstehen, denn die Arbeiten des Arbeitnehmers bleiben dann liegen. Dies kann beispielsweise einen Produktionsausfall oder einen Verlust an Arbeitsproduktivität verursachen. Der Arbeitgeber wird daher wahrscheinlich auch vor der Frage stehen, ob er einen solchen Arbeitnehmer wegen der Arbeitsunfähigkeit infolge seiner Krankheit kündigen kann. Genauso kann es vorkommen, dass ein Arbeitnehmer aufgrund seiner Behinderung arbeitsunfähig erkrankt und die Arbeitskraft ausfällt. Auch dann kann sich der Arbeitgeber die Frage stellen, ob er einen solchen Arbeitnehmer mit der Besonderheit des Vorliegens einer Behinderung kündigen kann.

Diesbezüglich sollen die Begriffe Krankheit und Behinderung dargestellt werden. Außerdem sollen einige Zahlen und Daten zur Krankheit beziehungsweise Arbeitsunfähigkeit infolge einer Krankheit und zur Schwerbehinderung genannt werden.

Desweiteren soll das Verhältnis von Krankheit und Behinderung, insbesondere ob eine Krankheit auch eine Behinderung darstellen kann, erörtert werden. Dies soll unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) Chacón Navas, Ring/Skouboe Werge und Daouidi sowie der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 19.12.2013 mit dem Aktenzeichen 6 AZR 190/12 erfolgen.

Sodann sollen auf einige Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Vorliegen einer Krankheit und bei Vorliegen einer Behinderung eingegangen werden. Hauptaugenmerk sollen hier die Kündigungsanforderungen bei einer Krankheit und einer Behinderung sein.

Insbesondere bei den Kündigungsanforderungen soll geklärt werden, ob ein betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM) vor Ausspruch einer Kündigung erforderlich ist. Nach § 84 II 1 des Sozialgesetzbuchs-Neuntes

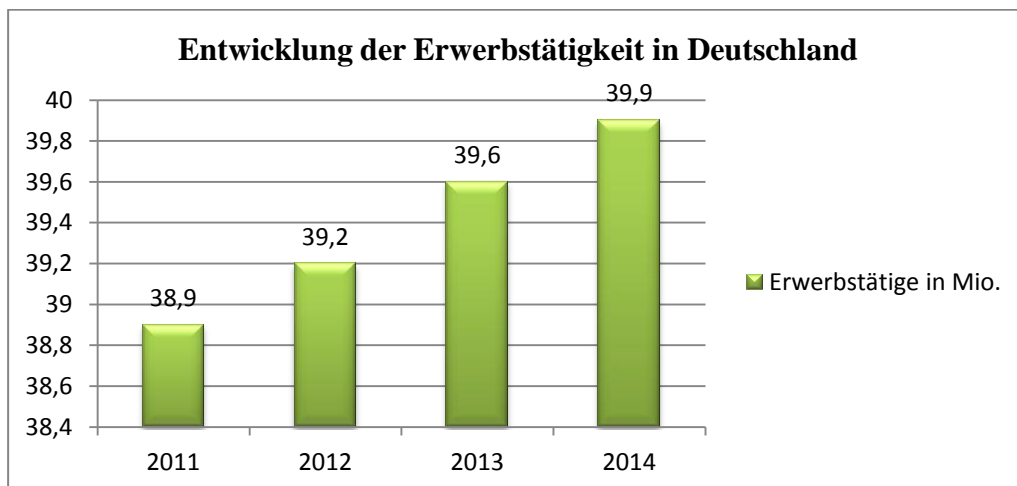
Buch (SGB IX) ist der Arbeitgeber bei einem schwerbehinderten Menschen verpflichtet ein solches vorzunehmen. Es dient vor allem dazu, zu überprüfen, ob die Arbeitsunfähigkeit durch geeignete Maßnahmen überwunden werden kann und das Arbeitsverhältnis somit erhalten werden kann und eine Kündigung dadurch vermieden wird. Es bleibt zu überprüfen, inwieweit diese Anforderung auch auf andere Personengruppen Anwendung findet. Dies soll unter Berücksichtigung der Entscheidung des BAG vom 12.07.2007 mit dem Aktenzeichen 2 AZR 716/06 und des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG erfolgen.

B. Erwerbstätigkeit in Zahlen¹

Die Erwerbstätigkeit in Deutschland wird nunmehr in Zahlen dargestellt, um einen Überblick zu erhalten für wie viele Beschäftigte und für welche Beschäftigten täglich das Arbeitsrecht Anwendung findet.

I. Entwicklung der Erwerbstätigkeit in Deutschland

Der nachfolgenden Grafik ist die Entwicklung der Erwerbstätigkeit in Deutschland von 2011 bis 2014 zu entnehmen. Die Anzahl der Erwerbstätigen steigt in den Jahren von 2011 bis 2014 kontinuierlich an. Im Jahr 2011 waren es 38,9 Millionen Erwerbstätige. Im Jahr 2012 ist die Erwerbstätigkeit um 0,3 Millionen auf 39,2 Millionen Erwerbstätige angestiegen. Im Jahr 2013 waren 39,6 Millionen Erwerbstätige zu verzeichnen und zum Jahr 2014 ist die Erwerbstätigkeit erneut auf 39,9 Millionen angestiegen.²



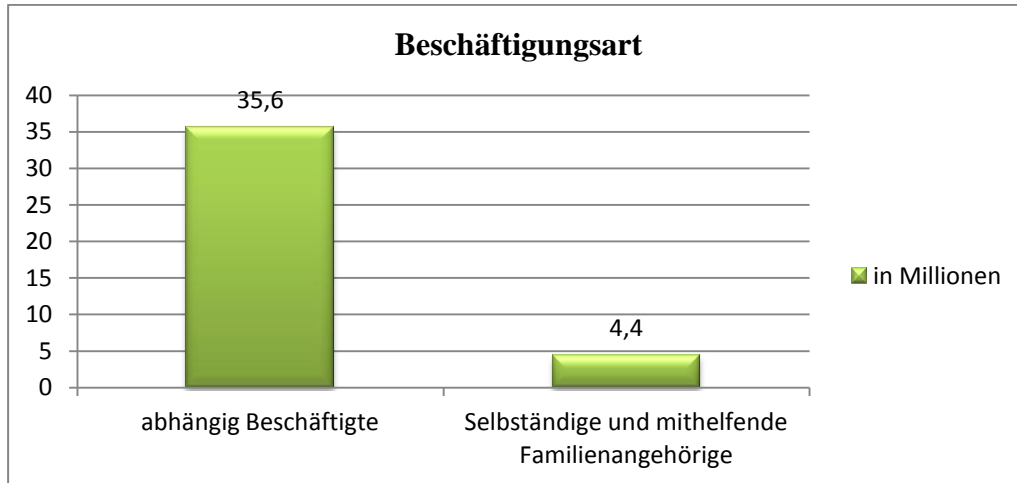
II. Erwerbsbevölkerung in Deutschland

In Deutschland waren im Jahr 2014 insgesamt 80,9 Millionen Einwohner zu verzeichnen. Davon 42,0 Millionen Erwerbspersonen und 38,9 Millionen nicht am Erwerbsleben beteiligte Personen. Von diesen 42,0 Millionen

¹ Bezüglich der Folgenden Statistiken und Zahlen wurden Daten aus dem Jahr 2014 herangezogen. Aktuellere Daten aus den Jahren 2015 und 2016 wurden nicht herangezogen, da diesbezüglich lediglich Daten der einzelnen gesetzlichen Krankenkasse verfügbar sind beziehungsweise kein ausführlicher Bericht veröffentlicht wurde. Hier sollen jedoch alle Einwohner und Arbeitnehmer der Bundesrepublik Deutschland herangezogen werden beziehungsweise auch ein ausführlicher Bericht. Diesbezüglich hat die BRD im Jahr 2016 Zahlen aus dem Jahr 2014 veröffentlicht.

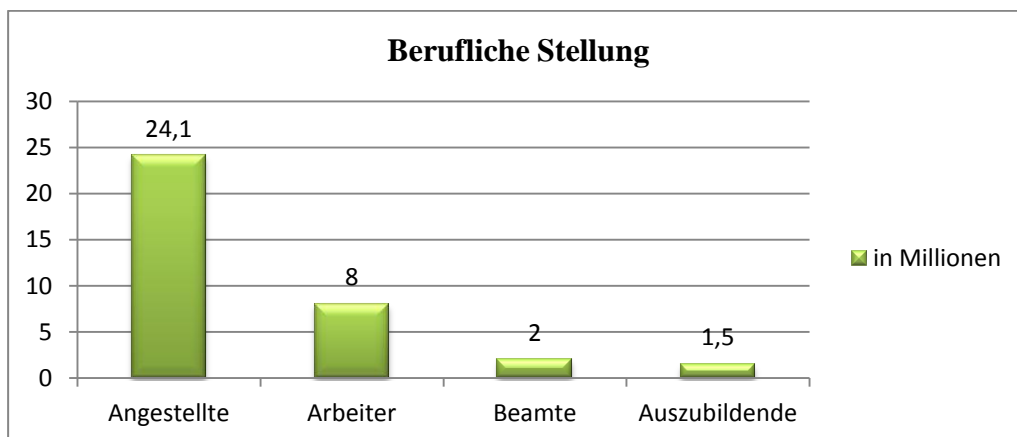
²BAuA 2016, S. 9; Suga 2014, S. 17.

Erwerbspersonen sind 39,9 Erwerbstätig und 2,1 Millionen Erwerbslos. Die 39,9 Millionen Erwerbstätige teilen sich auf in 35,6 Millionen abhängige Beschäftigte und 4,4 Millionen Selbständige und mithelfende Familienangehörige.³



III. Berufliche Stellung

Von den abhängigen Beschäftigten waren 24,1 Millionen Angestellte, 8 Millionen Arbeiter, 2 Millionen Beamte und 1,5 Millionen Auszubildende in anerkannten kaufmännischen, technischen und gewerblichen Ausbildungsberufen.⁴ Mithin sind die meisten abhängigen Beschäftigten Angestellte. Als Angestellte gelten dabei diejenigen, die überwiegend geistige Tätigkeiten, wie beispielsweise kaufmännische Tätigkeiten oder Bürotätigkeiten verrichten, während Arbeiter überwiegend körperlich tätig sind.⁵



³ BAuA, S. 10; Suga 2014, S. 16.

⁴ BAuA, S. 10; Suga 2014, S. 16.

⁵ <http://www.dbb.de/lexikon/themenartikel/a/angestellte-und-arbeiter.html>.

C. Krankheit und Behinderung

Nunmehr werden die Begriffe Krankheit und Arbeitsunfähigkeit infolge einer Krankheit sowie die Begriffe Behinderung und deren Arten Schwerbehinderung und gleichgestellte behinderte Menschen erklärt. Sodann wird erörtert, ob eine Krankheit auch eine Behinderung darstellen kann.

I. Krankheit

Nachfolgend werden die Begriffe Krankheit und Arbeitsunfähigkeit erörtert sowie Daten zur Arbeitsunfähigkeit dargestellt.

1. Begriff der Krankheit

Der Begriff der Krankheit ist gesetzlich nicht legaldefiniert.

Im medizinischen Sinne versteht man Krankheit als Abweichung von Gesundheit oder Wohlbefinden.⁶ Damit ist schon ein kleiner Schnupfen als Krankheit zu sehen. Allerdings stimmen der medizinische und der rechtliche Krankheitsbegriff nicht überein.

In Anlehnung an die Rechtsprechung des damaligen Reichsversicherungsamtes wird die Krankheit als regelwidriger Körper- oder Geisteszustand definiert, der in der Notwendigkeit der Heilbehandlung oder der Arbeitsunfähigkeit wahrnehmbar zu Tage tritt.⁷

Ähnlich wie der medizinische Krankheitsbegriff lautet der sozialversicherungsrechtliche Krankheitsbegriff, aus dem der arbeitsrechtliche Krankheitsbegriff abgeleitet wird. Unter Krankheit im Rechtssinne versteht das Bundessozialgericht in ständiger Rechtsprechung⁸: „einen regelwidrigen, vom Leitbild des gesunden Menschen abweichenden Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder den Betroffenen arbeitsunfähig macht. Krankheitswert im Rechtssinne kommt nicht jeder körperlichen Unregelmäßigkeit zu. Erforderlich ist vielmehr, dass der Versicherte in seinen Körperfunktionen beeinträchtigt wird oder dass er an einer Abweichung vom Regelfall leidet, die entstellend wirkt.“ Soweit die Erkrankung dem Arbeitnehmer die Arbeit nicht objektiv oder subjektiv unmöglich macht, ist sie arbeitsrechtlich irrelevant.⁹ Auf welchen Ursachen die Erkrankung beruht ist für den Begriff der Krankheit rechtlich unerheblich.

⁶ http://aok-bv.de/lexikon/k/index_00448.html.

⁷ BAG AP 12 zu § 1 LohnFG; NJW 85, 2214.

⁸ BSG, Urteil vom 28.09.2010 - B 1 KR 5/10 R; BSGE 85, 36/38; BSGE 72, 96/98.

⁹ BAG AP 52 zu § 616 – NJW 82, 712.

Erkrankungen sind auch physische oder psychische Abhängigkeiten von Alkohol, Drogen oder Nikotin ab dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer seine Steuerungsfähigkeit verloren hat und daher den gewohnheitsmäßigen übermäßigen Genuss nicht mehr aufgeben kann.¹⁰ Krankheit ist auch die Unfruchtbarkeit einer Frau oder die Zeugungsunfähigkeit eines Mannes, soweit sie behebbar ist.¹¹ Keine Krankheit ist eine regelmäßig verlaufende Schwangerschaft. Soweit allerdings über das gewöhnliche Maß hinausgehende Beschwerden oder sonstige Krankheitsstörungen während der Schwangerschaft auftreten, liegt eine Krankheit vor.¹² Das altersbedingte Nachlassen der Arbeitskraft und Beschwerden, welche als Folge einer natürlichen Körperbehinderung verlaufen stellen keine Krankheiten dar.

2. Arbeitsunfähigkeit

Auch wenn sich die beiden oben dargestellten Krankheitsbegriffe aus dem medizinischen und sozialversicherungsrechtlichen Bereich ähneln, liegt der wesentliche Unterschied darin, dass der arbeitsrechtliche Krankheitsbegriff, welcher sich aus dem sozialversicherungsrechtlichem herleitet, anders als der medizinische, das Erfordernis der Arbeitsunfähigkeit beinhaltet.

Es ist daher zu unterscheiden zwischen einer bloßen Erkrankung und einer Arbeitsunfähigkeit infolge einer Krankheit. Dies ist auch anhand der gesetzlichen Regelungen über die Anzeige- und Nachweispflicht, die Entgeltfortzahlung, das Krankengeld und der Erkrankung während des Urlaubs ersichtlich. Auf diese wird im Nachgang entsprechend eingegangen. Diese gesetzlichen Regelungen gehen allesamt von einem Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit aus. Daher wird im Folgenden erklärt, was unter einer Arbeitsunfähigkeit zu verstehen ist.

Eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit ist gegeben, wenn die Krankheit es dem Arbeitnehmer unmöglich macht, die nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages geschuldete Leistung zu erbringen oder die Arbeit nur unter der Gefahr fortzusetzen, seinen Gesundheitszustand in absehbarer, naher Zukunft zu verschlechtern.¹³ Dabei ist die von einem Arzt nach objektiven medizinischen Maßnahmen vorzunehmende Bewertung maßgebend. Auf die Ursache der Arbeitsunfähigkeit kommt es grundsätzlich nicht an.¹⁴ Es kommt darauf an, welche Aufgaben und Anforderungen mit der jeweiligen Beschäftigung

¹⁰ BAG AP 26 zu § 1 LohnFG – NJW 73, 1430; LAG Düsseldorf DB 72, 1073; BAG vom 17.04.1985 – 5 AZR 497/93 – DB 86, 976.

¹¹ BSGE 26, 240; BGH NJW 87, 703; NJW 98, 824.

¹² BAG AP 1 zu § 13 MuSchG – NJW 55, 39; AP 61 zu § 1 LohnFG – NJW 85, 1419 – NZA 85, 501.

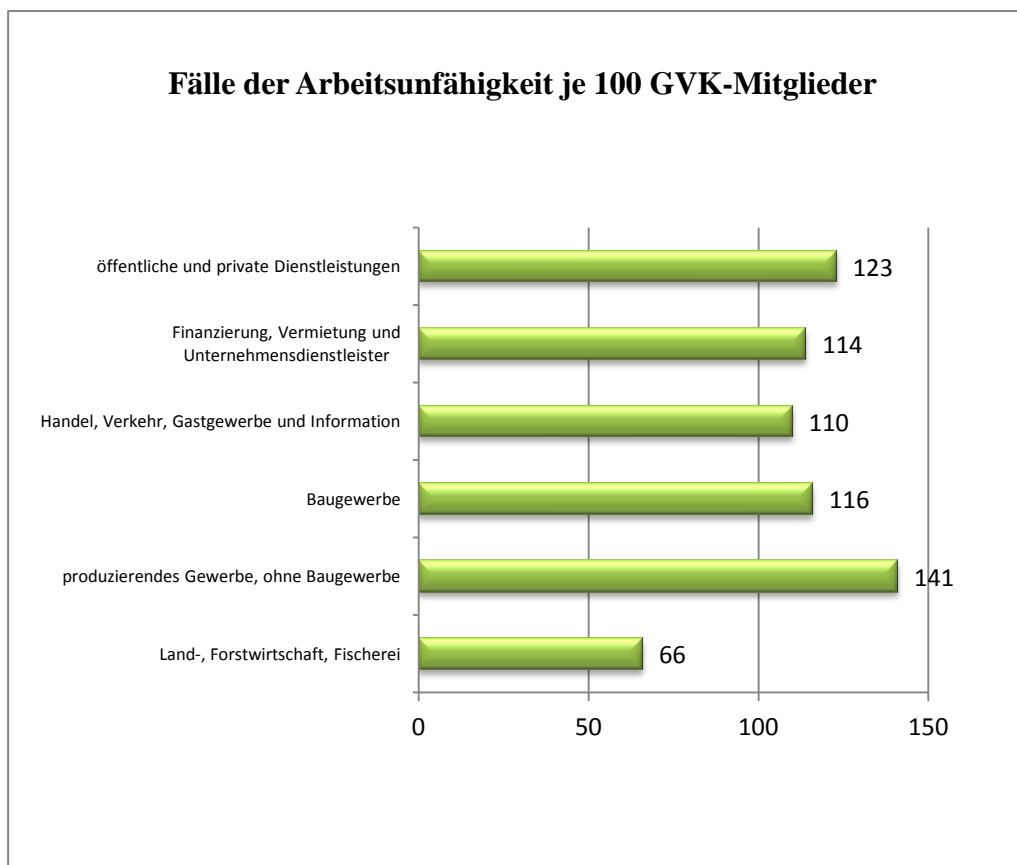
¹³ BAG AP 42, 52 zu § 616; BAG AP 54, 62, 86 zu § 1 LohnfG.

¹⁴ <https://www.tk.de/centaurus/servlet/contentblob/15550/Datei/60554/Entgeltfortzahlung-im-Krankheitsfall.pdf>.

einhergehen. Daher kann dieselbe Erkrankung bei dem einen Arbeitnehmer zur Arbeitsunfähigkeit führen, während sie bei einem anderen Arbeitnehmer nicht zu einer Arbeitsunfähigkeit führt. Beispielsweise wird ein Arbeitnehmer mit einem eingegipsten Bein seine Tätigkeit als Friseur nicht ausführen können, aber ein Arbeitnehmer mit einer Tätigkeit als Sekretär schon eher.

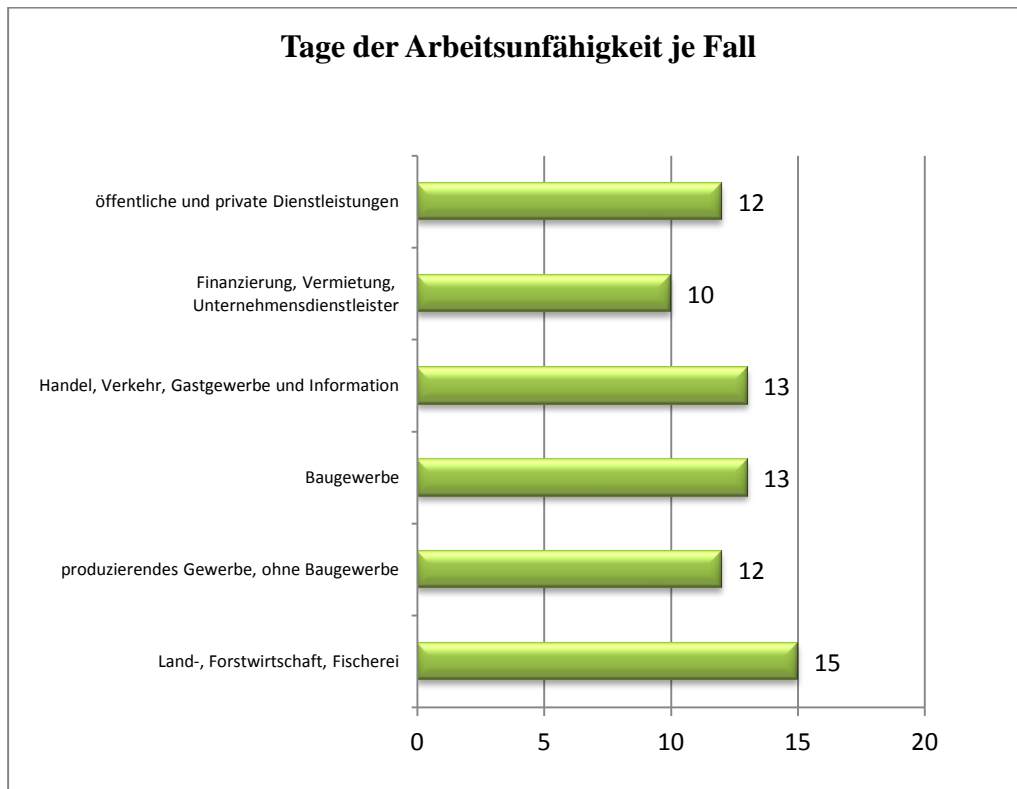
2.1. Arbeitsunfähigkeit nach Wirtschaftszweigen

Nunmehr wird die Arbeitsunfähigkeit nach Wirtschaftszweigen dargestellt, um einen Überblick darüber zu erhalten, in welchen Branchen die häufigsten Arbeitsunfähigkeiten auftreten. In die Statistik zur Arbeitsunfähigkeit sind Daten der Pflicht- und freiwilligen Mitglieder der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) mit Krankengeldanspruch eingegangen. Das heißt Rentner und mitversicherte Familienangehörige werden hierbei nicht berücksichtigt.¹⁵



¹⁵ BAuA, S. 39; Suga 2014, S. 52, 53.

Die meisten Fälle der Arbeitsunfähigkeiten je 100 GKV-Mitglieder wurden im produzierenden Gewerbe ohne Baugewerbe mit 141 Fällen, gefolgt von öffentlichen und privaten Dienstleistungen mit 123 Fällen verzeichnet. Der Wirtschaftszweig Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Fischerei hat mit 66 Fällen je 100 GKV-Mitglieder mit Abstand die geringsten Fallzahlen.¹⁶



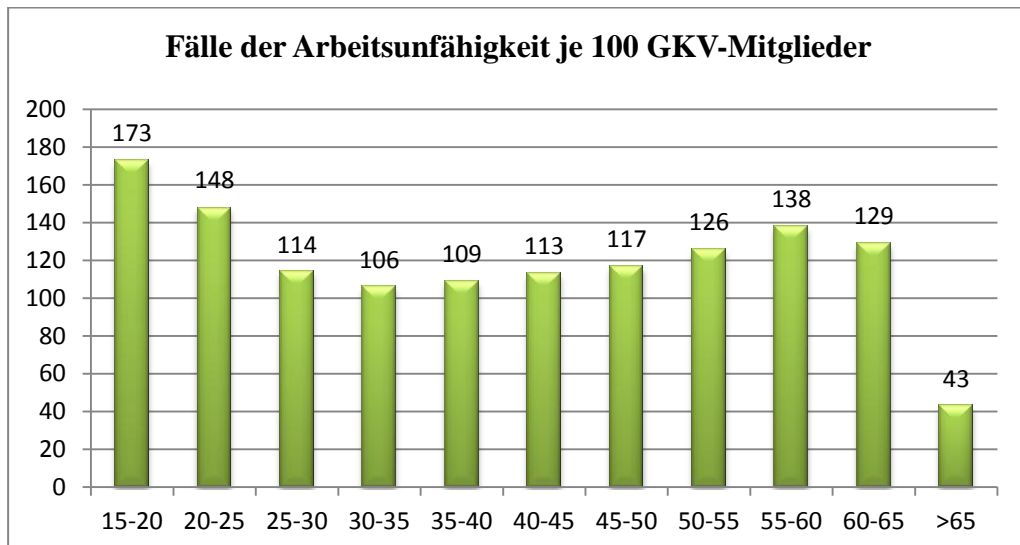
Allerdings auch mit 15 Tagen je Fall die höchste Dauer einer Arbeitsunfähigkeit. Die niedrigste Dauer einer Arbeitsunfähigkeit mit 10 Tagen je Fall ist bei dem Wirtschaftszweig Finanzierung, Vermietung und Unternehmensdienstleister zu verzeichnen. Im Durchschnitt aller Wirtschaftszweige waren die GKV-Mitglieder im Jahr 2014 je Fall 12 Tage als arbeitsunfähig gemeldet.¹⁷ Auf einhundert GKV-Mitglieder kamen durchschnittlich insgesamt 122 Arbeitsunfähigkeitsmeldungen.¹⁸

¹⁶ BAuA, S. 39; Suga 2014, S. 52, 53.

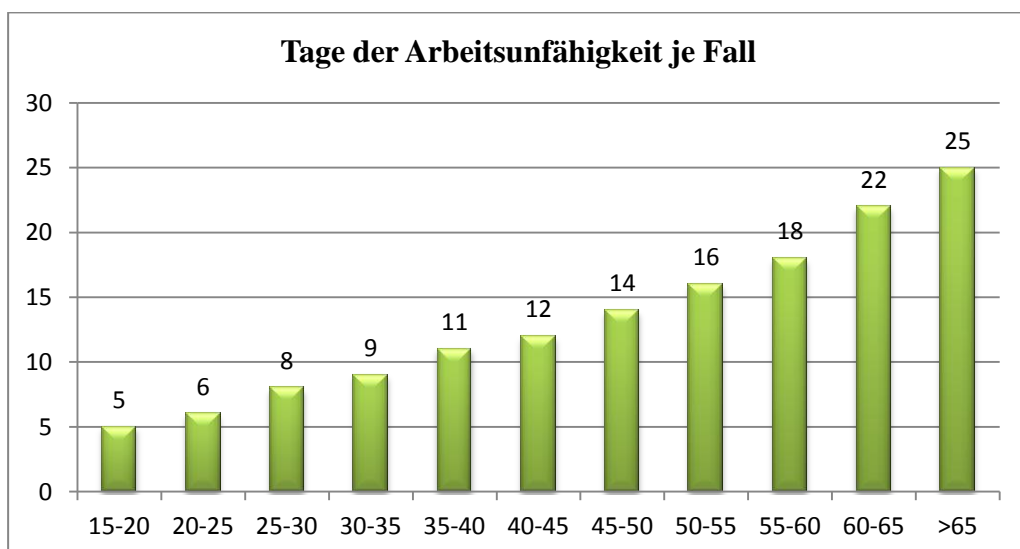
¹⁷ BAuA, S. 39; Suga 2014, S. 52, 53.

¹⁸ BAuA, S. 39; Suga 2014, S. 52, 53.

2.2. Arbeitsunfähigkeit nach Altersgruppen



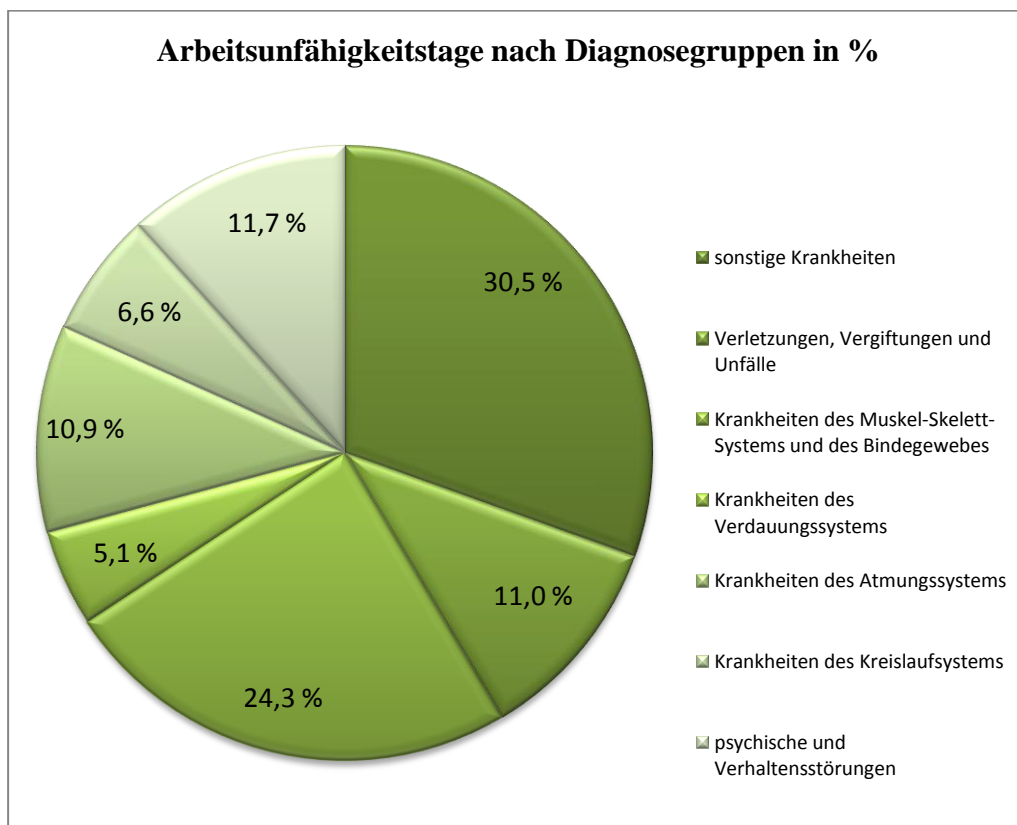
Betrachtet man die Arbeitsunfähigkeit nach Altersgruppen, zeigt sich, dass in den Gruppen der 15- bis 20-jährigen und 20- bis 25-jährigen am häufigsten eine Arbeitsunfähigkeit je 100 GKV-Mitglieder eintritt. Dies nimmt jedoch ab der Altersgruppe von den 25- bis 30-jährigen deutlich ab und findet seinen Tiefpunkt bei den 30- bis 35-jährigen. Bei den darauffolgenden Gruppen nimmt die Zahl der Arbeitsunfähigkeitsfälle je 100 GKV-Mitglieder kontinuierlich zu. Erreicht jedoch nicht den Höchststand der Gruppen der 15- bis 20-jährigen und 20- bis 25-jährigen. Die Gruppe der über 65-jährigen ist mit 43 Fällen je 100 GKV-Mitglieder mit Abstand am wenigstens Arbeitsunfähig.¹⁹



¹⁹ BAuA, S. 40; Suga 2014, S. 50.

Die Zahl der Arbeitsunfähigkeitstage steigt kontinuierlich mit zunehmendem Alter an. Bei der Gruppe der 15- bis 20-jährigen sind es noch 5 Tage je Fall. Dies erhöht sich auf 6 Tage je Fall bei den 20- bis 25-jährigen und steigt jeweils um ein bis zwei Tage bis zur Gruppe der 55- bis 60-jährigen an. Bei der Gruppe der 60- bis 65-jährigen steigen die Tage der Arbeitsunfähigkeit je Fall von 18 auf 22. Die Gruppe der über 65-jährigen sind mit 25 Tagen der Arbeitsunfähigkeit je Fall im Jahre 2014 am längsten infolge einer Krankheit nicht arbeitsfähig.²⁰

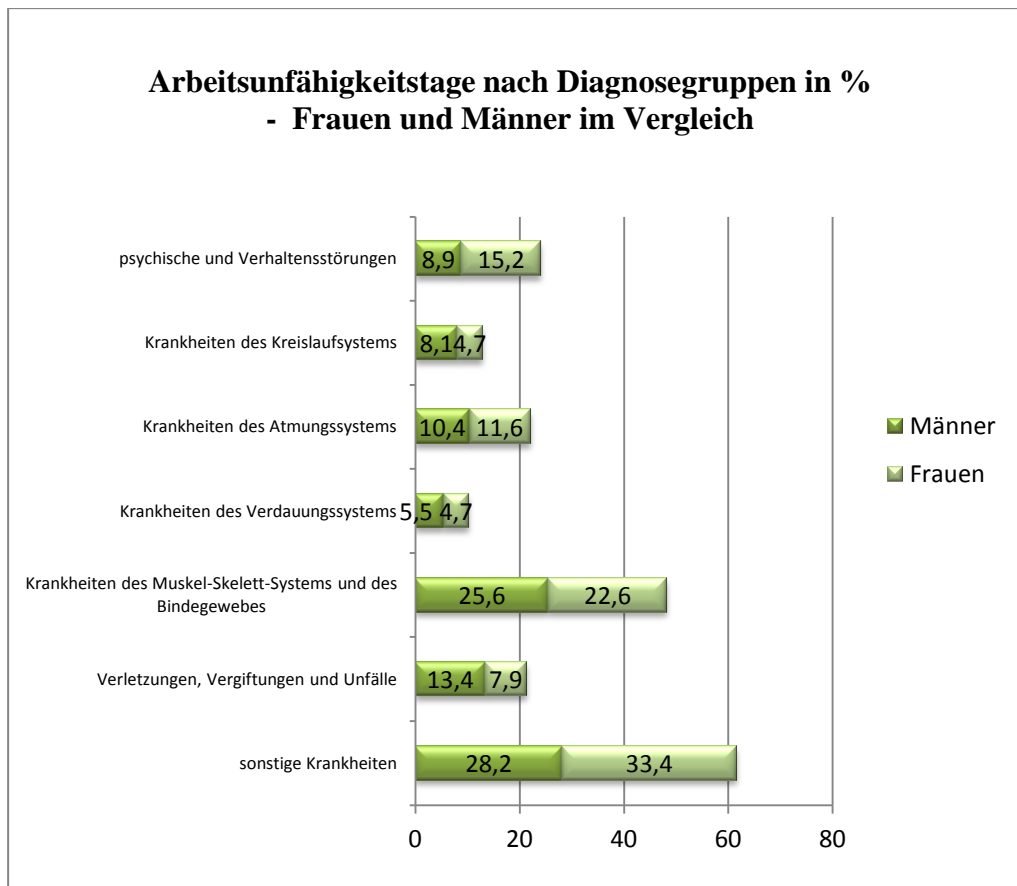
2.3. Diagnosegruppen der Arbeitsunfähigkeit



Betrachtet man die Verteilung der Arbeitsunfähigkeit nach Diagnosegruppen, fällt auf, dass Krankheiten des Muskel-Skelett-Systems und des Bindegewebes neben den sonstigen Krankheiten am häufigsten auftreten. Krankheiten des Verdauungssystems bilden das Schlusslicht. Auffallend ist auch, dass psychische Störungen und Verhaltensstörungen lediglich zu ein zehntel vorkommen.²¹

²⁰ BAuA, S. 40; Suga 2014, S. 50.

²¹ BAuA, S. 41, 42; Suga 2014, S. 107.



Vergleicht man die Diagnosegruppen der Arbeitsunfähigkeit zwischen Männern und Frauen ist eine Übereinstimmung nicht gegeben. Vielmehr liegen Unterschiede vor. Besonders auffällig ist, dass neben den sonstigen Krankheiten auch die Verletzungen, Vergiftungen und Unfälle sowie psychische und Verhaltensstörungen weiter abweichen als die übrigen dargestellten Diagnosegruppen. Verletzungen, Vergiftungen und Unfälle kommen häufiger bei Männern vor, wobei psychische und Verhaltensstörungen vermehrt bei Frauen vorkommen. Auch sonstige Krankheiten kommen bei Frauen ca. 5 % häufiger vor als bei Männern.²²

2.4. Volkswirtschaftliche Kosten der Arbeitsunfähigkeit

Eine Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ist für den Arbeitgeber oft mit Kosten verbunden, denn die Arbeiten, welche die Arbeitnehmer verrichten sollen, bleiben oft liegen. Dies kann beispielsweise einen Produktionsausfall oder einen Verlust an Arbeitsproduktivität verursachen. Der Arbeitgeber wird daher wahrscheinlich auch vor der Frage stehen, ob er einen Arbeitnehmer wegen Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit kündigen kann. Zu diesem Thema wird im folgendem noch eingegangen. Um einmal die volkswirtschaftlichen

²² BAuA, S. 41, 42; Suga 2014, S. 107.

Kosten der Arbeitsunfähigkeit zu veranschaulichen, wird konsequenterweise das Jahr 2014 dargestellt und im Vergleich dazu die volkswirtschaftlichen Kosten durch Arbeitsunfähigkeit des Jahres 2015.²³

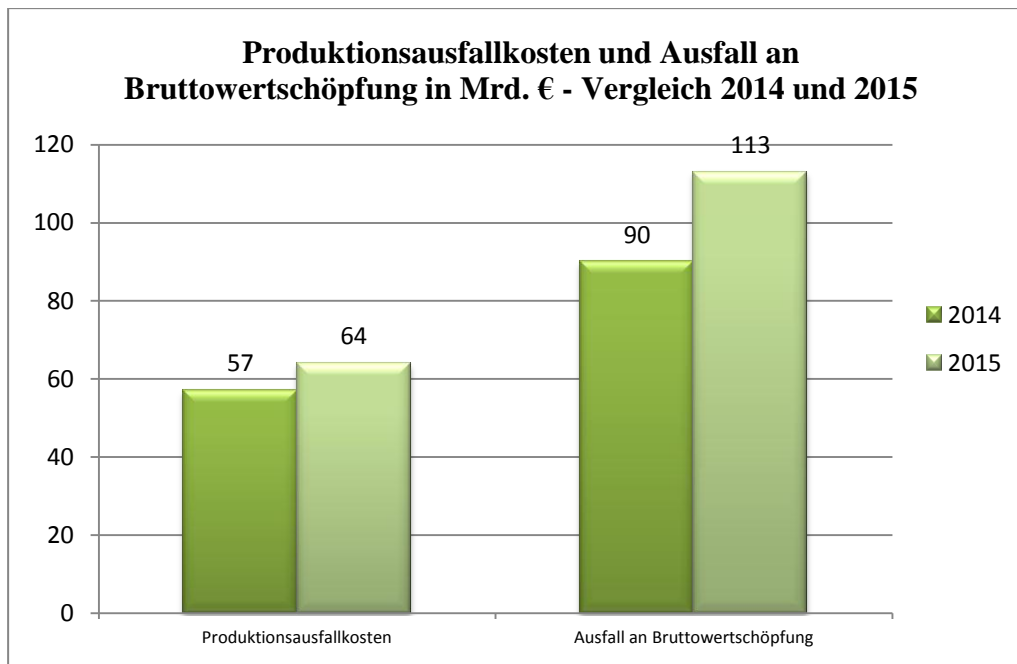
Die BAuA schätzt die Kosten der Arbeitsunfähigkeit. Die Schätzung basiert auf Arbeitsunfähigkeitsdaten von rund 30 Millionen GKV-Mitgliedern. Dabei geht sie im Jahr 2014 von 37.742 Tds. Arbeitnehmern und 14,4 Arbeitsunfähigkeitstage aus. Daher kommt die BAuA auf 543,4 Mio. Arbeitsunfähigkeitstage. Dies entspricht 1,5 Mio. Erwerbsjahre. Diese Erwerbsjahre hat das BAuA mit dem durchschnittlichen Arbeitnehmerentgelt von 38.500 €, welcher aufgrund einer volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung des Statistischen Bundesamtes beruht, multipliziert und somit eine ausgefallene Produktion von 57 Mrd. € errechnet. Dies entspricht 1.519 € Produktionsausfall je Arbeitnehmer und 105 € Produktionsausfall je Arbeitsunfähigkeitstag. Die BAuA geht davon aus, dass jeder Arbeitnehmer durch seine Arbeit Werte schafft, welche den Verlust an Arbeitsproduktivität noch höher veranschlagen lässt. Dabei werden die 1,5 Mio. ausgefallenen Erwerbsjahre mit einer durchschnittlichen Bruttowertschöpfung von 60.300 €, welche aufgrund einer volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung des Statistischen Bundesamtes beruht, multipliziert und somit eine ausgefallene Bruttowertschöpfung von 90 Mrd. € errechnet. Dies entspricht sodann 2.378 € Ausfall an Bruttowertschöpfung je Arbeitnehmer und 165 € Ausfall an Bruttowertschöpfung je Arbeitsunfähigkeitstag.²⁴

Im Jahr 2015 ist die Arbeitnehmerzahl auf 38.721 Tsd. Arbeitnehmer gestiegen. Auch die Arbeitsunfähigkeitstage haben sich auf 15,2 Tage erhöht. Daraus ergeben sich auch mehr ausgefallene Erwerbsjahre (1,6 Mio.). Sowohl das durchschnittliche Arbeitnehmerentgelt (39.700 €) als auch die durchschnittliche Bruttowertschöpfung (70.400 €) sind im Vergleich zum Vorjahr angestiegen, sodass sich eine ausgefallene Produktion durch Arbeitsunfähigkeit von 64 Mrd. € und eine ausgefallene Bruttowertschöpfung von 113 Mrd. € ergeben.²⁵

²³ BAuA, S. 43; Suga 2014, S. 43.

²⁴ BAuA, S. 43; Suga 2014, S. 43.

²⁵ BAuA, S. 43; Suga 2014, S. 43.



II. Behinderung

Nachfolgend werden die Begriffe Behinderung, Schwerbehinderung und gleichgestellte Personen dargestellt. Sodann werden für einen besseren Überblick Zahlen zur Behinderung genannt.

1. Behinderung, Schwerbehinderung und gleichgestellte behinderte Menschen

Das Gesetz unterscheidet zwischen behinderten Menschen, schwerbehinderten Menschen und gleichgestellten behinderten Menschen.

1.1. Behinderung

Der Begriff Behinderung ist anders als der der Krankheit gesetzlich definiert. Nach der Legaldefinition in § 2 I 1 SGB IX sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Danach sind vorübergehende Auswirkungen auf die Teilhabe, welche nicht länger als sechs Monate andauern, keine Behinderungen im Sinne des SGB IX.

Der Behindertenbegriff besteht somit aus einem medizinischem Aspekt – Körper, Geist und Seele – und einer soziologisch-emanzipatorischen Komponente – Teilhabe an der Gesellschaft. Damit kommt es neben der

Beeinträchtigung auch auf deren Relation zum sozialen Umfeld des Menschen an.²⁶

1.2. Schwerbehinderung

Nach § 2 II SGB IX sind Menschen schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung (GdB) von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 73 rechtmäßig im Geltungsbereich des SGB IX haben. Arbeitsplätze im Sinne des § 73 SGB IX sind alle Stellen, auf denen Arbeitnehmer, Beamte, Richter sowie Auszubildende und andere zu ihrer beruflichen Bildung Eingestellte beschäftigt werden. Unter dem Wohnsitz und der gewöhnliche Aufenthalt des Geltungsbereiches ist die Bundesrepublik Deutschland gemeint.

Auf die gesetzlichen Definitionen der Behinderung und Schwerbehinderung nach § 2 SGB IX nehmen sowohl das Kündigungsschutzgesetz (KSchG), das Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (BGG) als auch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) umfassend Bezug. Daraus folgt, dass das deutsche Arbeitsrecht von einem einheitlichen gesetzlichen Behindertenbegriff ausgeht.²⁷

Einem schwerbehinderten Menschen ist auf Antrag ein Ausweis über die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch auszustellen, § 69 V 1 SGB IX. Dieser Ausweis gilt als Nachweis für die Inanspruchnahme von Leistungen und sonstigen Hilfen, die schwerbehinderten Menschen zustehen, § 69 V 2 SGB IX. Der Ausweis soll gem. § 69 V 3 SGB IX grundsätzlich in seiner Gültigkeit befristet werden. Nach § 6 II 1 Schwerbehindertenausweisverordnung (SchwbAwV) ist die Gültigkeit des Ausweises für eine Dauer von längstens fünf Jahren vom Monat der Ausstellung an zu befristen. Eine Gültigkeitsdauer ist gem. § 6 II 2 SchwbAwV nicht erforderlich, wenn eine Besserung der Einschränkung nicht zu erwarten ist. Beispielsweise beim Fehlen von Gliedmaßen. Weitere Regelungen sind in der SchwbAwV enthalten.

1.3. gleichgestellte behinderte Menschen

Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen nach § 2 III SGB IX behinderte Menschen mit einem GdB von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen der Schwerbehinderung nach § 2 II SGB IX vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung

²⁶ Jesgarzewski, ArbuR 2015, 437.

²⁷ BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12; BAG, Urteil vom 17.12.2009 – 8 AZR 670/08; BR-Drs. 329/06, S. 3.

einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 73 SGB IX nicht erlangen oder nicht behalten können.

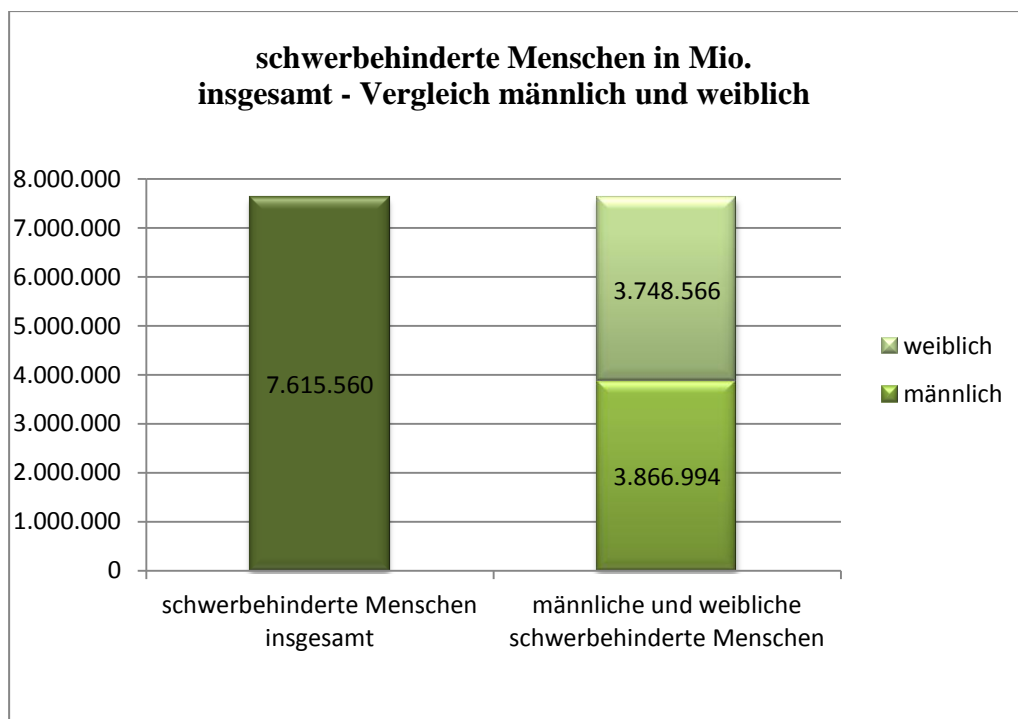
Die Gleichstellung wird nicht wie die Behinderung durch das Versorgungsamt sondern gem. § 68 II SGB IX durch die für den Wohnort zuständige Arbeitsagentur ausgesprochen. Allerdings wird das Versorgungsamt die Feststellung des GdB vornehmen. Dabei wird die Gleichstellung mit dem Tag des Eingangs des Antrags auf Gleichstellung wirksam.

2. Zahlen und Daten zu schwerbehinderten Menschen

Nachfolgend werden einige Zahlen und Daten zu schwerbehinderten Menschen dargestellt.²⁸

2.1. Schwerbehinderung insgesamt – Vergleich Männer und Frauen

Am 31.12.2015 waren in Deutschland insgesamt 7.615.560 Mio. schwerbehinderte Menschen zu verzeichnen. Davon waren 3.866.994 Mio. männlich und 3.748.566 Mio. weiblich. Somit gibt es ca. 118.000 Mio. männliche schwerbehinderte Menschen mehr als weibliche. Je 1.000 Einwohner sind insgesamt 93 schwerbehinderte Menschen zu verzeichnen.²⁹

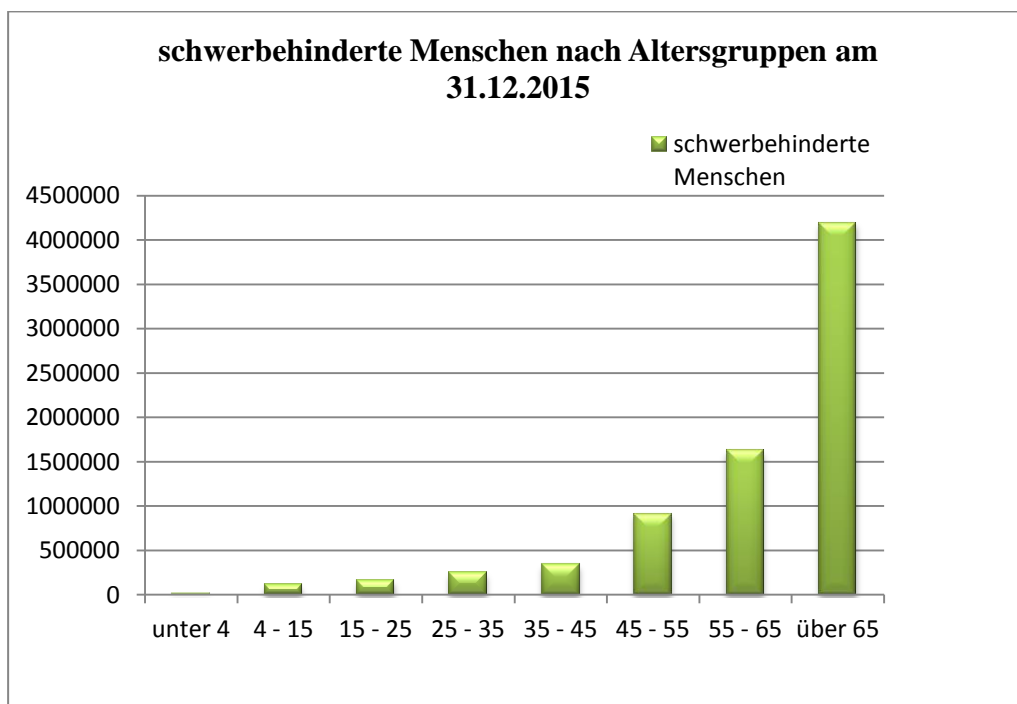


²⁸ Diesbezüglich wurden die aktuellsten Zahlen und Daten herangezogen. Sowohl die Zahlen und Daten von der Bundesagentur für Arbeit als auch die Zahlen und Daten vom Integrationsamt und statistischem Bundesamt sind aus dem Jahr 2015. Andere aktuelle Zahlen und Daten sind derzeit nicht veröffentlicht.

²⁹ Destatis, S. 8.

2.2. Schwerbehinderte Menschen nach Altersgruppen

Eine Zuordnung der schwerbehinderten Menschen nach Altersgruppen zeigt, dass Schwerbehinderungen vor allem bei älteren Menschen vorkommen.³⁰ So sind 4.192.292 Mio. schwerbehinderte Menschen über 65 Jahre und bilden damit mit Abstand die Mehrheit. Gefolgt von den Altersgruppen der 55- bis 65-jährigen mit 1.629.214 Mio. schwerbehinderten Menschen und der 45- bis 55-jährigen mit 910.665 Tsd. schwerbehinderten Menschen. Dagegen fällt der Anteil der unter 4-jährigen mit 14.703 Tsd. schwerbehinderten gering aus. Ab der Gruppe der 4- bis 15-jährigen steigen die Zahlen der schwerbehinderten Menschen von Altersgruppe zu Altersgruppe an. Schon von der Altersgruppe der unter 4-jährigen bis zur Altersgruppe der über 4- bis 15-jährigen ist die Zahl der schwerbehinderten Menschen um 101.416 Tsd. angestiegen.³¹ Die große Zahl der älteren Menschen mit einer Schwerbehinderung ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die meisten Schwerbehinderungen durch eine Krankheit verursacht werden.³² Nur bei wenigen Betroffenen ist eine Schwerbehinderung angeboren, im ersten Lebensjahr aufgetreten, durch einen Unfall oder eine Berufskrankheit verursacht wurden.³³



³⁰ So auch Destatis, S. 6.

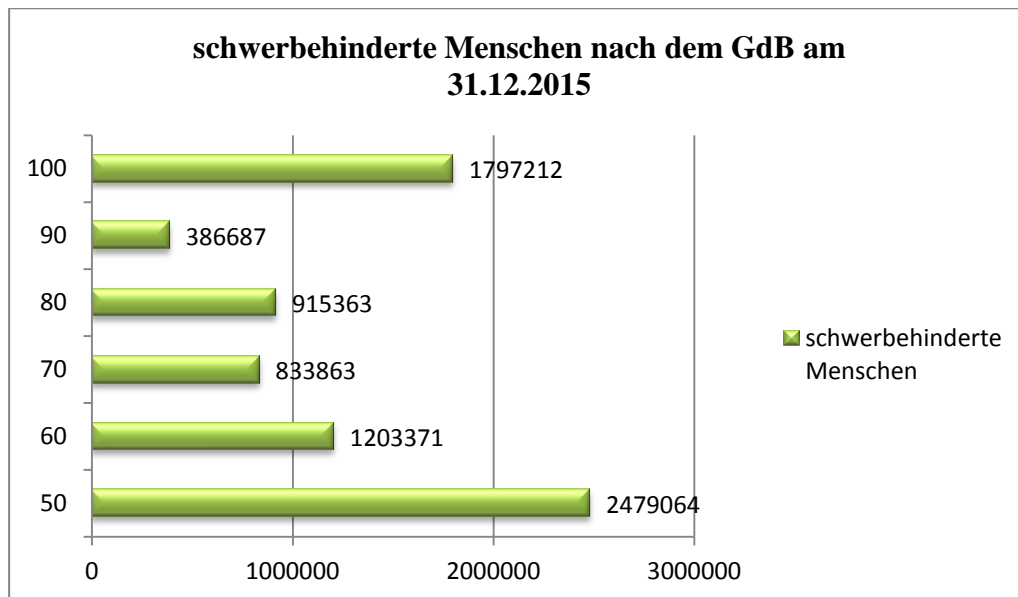
³¹ Destatis, S. 8.

³² BIH, S. 8.

³³ BIH, S. 9.

2.3. Schwerbehinderte Menschen nach dem Grad der Behinderung

Betrachtet man sich die Anzahl der schwerbehinderten Menschen nach dem GdB zum 31.12.2015 fällt auf, dass die meisten der betroffenen Menschen, nämlich ca. 2,48 Mio. Menschen, einen GdB von 50 aufweisen, gefolgt von ca. 1,79 Mio. Menschen, welche einen GdB von 100 aufweisen. Einen GdB von 90 haben die wenigsten schwerbehinderten Menschen.³⁴

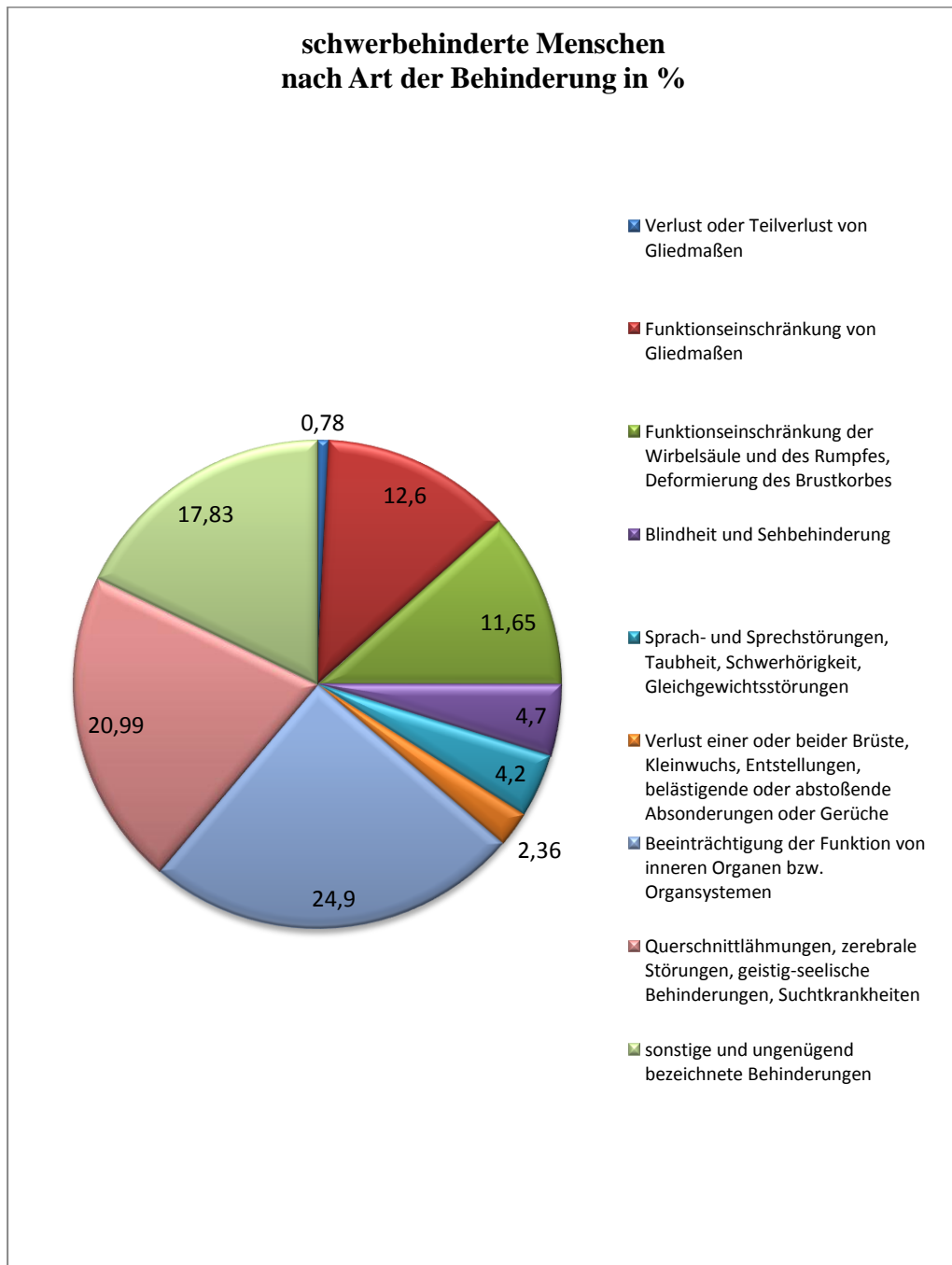


2.4. Schwerbehinderte Menschen nach der Art der Behinderung

Die am häufigsten vorkommende Behinderung ist mit 24,9% eine Funktionsbeeinträchtigung der inneren Organe bzw. des Organsystems. Dazu zählen Beeinträchtigungen von Herz-Kreislauf, der Atemwege und Lunge, der Verdauungsorgane, der Harn- und Geschlechtsorgane, des Blutes, Beeinträchtigungen von Sekretionen und vom Stoffwechsel. Zusammen mit den Funktionseinschränkungen der Wirbelsäule und des Rumpfes - Deformierung des Brustkorbes und den Funktionsbeeinträchtigungen von Gliedmaßen machen diese Arten der Behinderung fast die Hälfte aller Schwerbehinderungen aus. Dagegen treten der (Teil-)Verlust von Gliedmaßen mit 0,78% sowie der Verlust einer oder beider Brüste, Kleinwuchs, Entstellungen, Absonderungen und Gerüche mit 2,36% eher selten auf. Auch die Blindheit und Sehbehinderung sowie die Sprach- und Sprechstörungen, Taubheit, Schwerhörigkeit und die Gleichgewichtsstörungen fallen mit insgesamt 8,9% nicht ins Gewicht. Ebenso die klassischen Behinderungen, wie

³⁴ Destatis, S. 8.

Querschnittslähmung und geistig-seelische Behinderungen sind im Vergleich zu den knapp 50% der Funktionsbeeinträchtigung der inneren Organe, Wirbelsäule und Gliedmaßen verhältnismäßig gering.³⁵

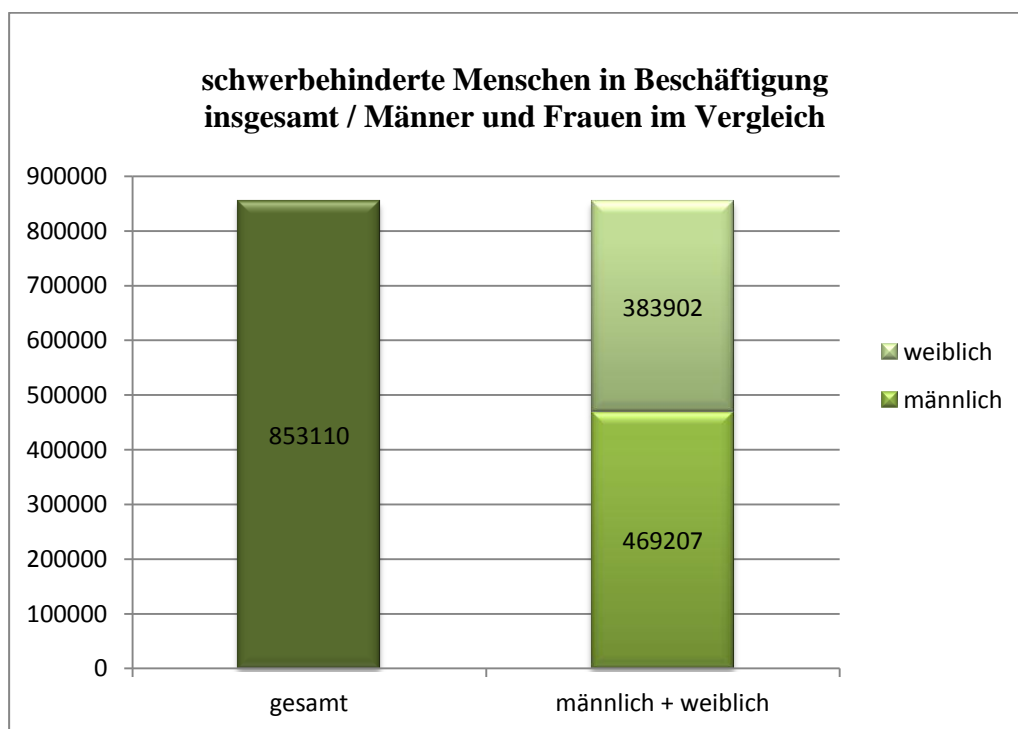


³⁵ Destatis, S. 9.

2.5. Schwerbehinderte Menschen in Beschäftigung

Nach § 80 I, II SGB IX müssen Arbeitgeber ein sog. Anzeigeverfahren einhalten. Die Arbeitgeber haben die Pflicht ein Verzeichnis der bei ihnen schwerbehinderten Menschen, ihnen gleichgestellte behinderte Menschen und sonstige anrechnungsfähige Personen laufend zu führen und diese der Bundesagentur für Arbeit und dem Integrationsamt vorzulegen. Daher beruhen die nachfolgenden Zahlen, welche Jahresdurchschnittswerte des Jahres 2015 sind, aufgrund einer Beschäftigungsstatistik schwerbehinderter Menschen (BsbM) der Bundesagentur für Arbeit.³⁶

Betrachtet man die nachfolgende Abbildung, so ist ersichtlich, dass insgesamt 853.110 Tsd. schwerbehinderte Menschen beschäftigt sind. Von diesen Beschäftigten sind 469.207 Tsd. schwerbehinderte Menschen männlichen Geschlechts und 383.902 Tsd. schwerbehinderte Menschen weiblichen Geschlechts. Mithin sind mehr männliche schwerbehinderte Menschen beschäftigt als weibliche.



³⁶ BsbM, S. 6.

III. Verhältnis von Krankheit und Behinderung

Nunmehr soll das Verhältnis von Krankheit und Behinderung erörtert werden. Insbesondere soll geklärt werden, inwieweit eine Krankheit eine Behinderung darstellen kann. Diesbezüglich werden folgende Entscheidungen herangezogen. Die Entscheidungen des EuGH vom 11.07.2006 mit dem Aktenzeichen C-13/05, vom 11.04.2013 mit dem Aktenzeichen C-335/11 und C-337/11 und vom 01.12.2016 mit dem Aktenzeichen C-395/15, sowie die Entscheidung des BAG vom 19.12.2013 mit dem Aktenzeichen 6 AZR 190/12.

1. Entscheidung des EuGH vom 11.07.2006 – C-13/05

1.1. Sachverhalt und Entscheidungsgründe³⁷

Der EuGH wurde um eine Vorabentscheidung ersucht. Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf in Bezug auf die Diskriminierung wegen einer Behinderung und hilfsweise ein etwaiges Verbot der Diskriminierung wegen Krankheit.

Das Ersuchen ergeht in einem spanischen Rechtsstreit zwischen Sonia Chacón Navas und der Gesellschaft Eurest Colectividades SA wegen einer Entlassung während einer krankheitsbedingten Arbeitsunterbrechung.

Frau Chacón Navas war seit dem 14.10.2003 krankgeschrieben. Mit einer Wiederaufnahme ihrer Berufstätigkeit war kurzfristig nicht zurechnen. Daraufhin wurde Frau Chacón Navas am 28.05.2004 gekündigt. Gegen diese Kündigung erhob Frau Chacón Navas Klage wegen Nichtigkeit der Kündigung aufgrund einer Diskriminierung wegen ihrer achtmonatigen Arbeitsunfähigkeit. Das spanische Gericht hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Dabei wollte das Gericht wissen, ob die Richtlinie 2000/78/EG insofern, als sie in ihrem Artikel 1 einen allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen einer Behinderung schafft, eine Arbeitnehmerin in ihren Schutzbereich einbezieht, die von ihrem Betrieb ausschließlich wegen Krankheit gekündigt worden ist und ob die Krankheit als ein weiteres Identitätsmerkmal neben denen angesehen werden, die als Grund einer Diskriminierung anzunehmen die Richtlinie 2000/78/EG verbietet.

Der Begriff der Behinderung ist in der Richtlinie 2000/78/EG selbst nicht definiert. Im Zusammenhang mit dem Zweck der Richtlinie 2000/78/EG

³⁷ Die Darstellung des Sachverhalts und der Entscheidungsgründe beruht auf dem Urteil des EuGH vom 11.07.2006 – C-13/05.

Diskriminierungen bestimmter Art in Beschäftigung und Beruf zu bekämpfen ist der Begriff Behinderung so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet. Die Einschränkung muss von langer Dauer sein. Der EuGH stellt auch fest, dass mit der Verwendung des Begriffs Behinderung in Artikel 1 der Richtlinie 2000/78/EG der Gesetzgeber jedoch bewusst ein Wort gewählt hat, das sich von dem der Krankheit unterscheidet. Diese beiden Begriffe lassen sich nicht schlicht und einfach einander gleichsetzen. Die Richtlinie 2000/78/EG enthält auch keinen Hinweis, dass der Schutzbereich des Diskriminierungsverbots wegen einer Behinderung bei einer Krankheit eröffnet ist. Somit wird eine Person, der ausschließlich wegen einer Krankheit gekündigt worden ist, nicht von dem durch die Richtlinie 2000/78/EG zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen einer Behinderung geschaffenen allgemeinen Rahmen erfasst. Zur zweiten Frage antwortet der EuGH, dass Krankheit als solche nicht als ein weiterer Grund neben denen angesehen werden kann, derentwegen Personen zu diskriminieren nach der Richtlinie 2000/78/EG verboten ist.

1.2. Würdigung und Kritik

Mit dieser Entscheidung hat sich der EuGH erstmals zum Begriff der Behinderung geäußert. Damit hat der EuGH den Begriff bestimmt und definiert anhand einer weiten Auslegung. Im Unterschied zum deutschen Recht unterscheidet der EuGH nicht zwischen Schwerbehinderten und „einfach“ Behinderten. Damit sind nicht nur Schwerbehinderte mit einem GdB von mindestens 50, sondern auch Personen mit einem geringeren GdB gegen Diskriminierungen geschützt.³⁸ Für die Feststellung der Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG ist auch keine behördliche Feststellung erforderlich, da es nicht um eine öffentlich-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung geht, sondern um die Anwendung des korrekten Prüfungsmaßstabs.³⁹

Der EuGH hat dem Begriff der Behinderung ein zeitliches Element – von langer Dauer - gegeben und grenzt ihn somit zumindest von Krankheit, für die eine vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung charakteristisch ist (beispielsweise ein Schnupfen oder ein Beinbruch), ab.⁴⁰

Der EuGH hat auch richtigerweise klargestellt, dass eine Krankheit nicht als ein weiterer Grund neben denen angesehen werden kann derentwegen

³⁸ So auch: Thüsing/Grosse-Brockhoff in EWiR, 2006, 473; Domröse in NZA 2006, 1320; Kock in ZIP 2006, 1551.

³⁹ Kock in ZIP 2006, 1551.

⁴⁰ So auch: Domröse in NZA 2006, 1320; Schwarze in JA 2006, 742; Reichold/Heinrich in JZ 2007, 196.

Personen zu diskriminieren nach der Richtlinie 2000/78/EG verboten ist. Damit hat er eine generelle Gleichsetzung von Krankheit und Behinderung ausgeschlossen. Allerdings hat der EuGH nicht ausgeschlossen, dass einige Krankheiten durchaus als Behinderung eingestuft werden können.⁴¹

Grundsätzlich wird die Beurteilung einer Krankheit als Behinderung auf den Einzelfall ankommen. Allerdings wird eine Behinderung in der Regel im Falle häufiger Kurzerkrankungen zu verneinen sein. Bei der längeren und andauernden Erkrankung wird der Behindertenbegriff oftmals erfüllt sein.⁴²

2. Entscheidung des EuGH vom 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11

2.1. Sachverhalt und Entscheidungsgründe⁴³

Dem EuGH lagen zwei dänische Klagen aus dem Jahr 2006 zugrunde. Zum einen zwischen HK Danmark (HK), handelnd für Frau Ring, und der Dansk almennyttigt Boligselskab (DAB) und zum anderen zwischen HK, handelnd für Frau Skouboe Werge, und der Dansk Arbejdsgiverforening, handelnd für die Pro Display A/S in Konkurs (Pro Display). Dabei ging es um die Rechtmäßigkeit der Entlassungen der beiden Frauen Frau Ring und Frau Skouboe Werge.

Frau Ring war zwischen dem 06.06.2005 und dem 24.11.2005 wiederholt abwesend. Sie litt an ständigen Schmerzen im Bereich der Lendenwirbelsäule, die nicht behandelbar sind. Es war nicht möglich, vorherzusagen, ob sie irgendwann wieder eine Vollzeitbeschäftigung aufnehmen kann. Am 24.11.2005 erhielt sie die Kündigung. Nach der Kündigung wurde der Arbeitsplatz von Frau Ring umgestaltet. Am 01.02.2006 trat Frau Ring eine neue Stelle mit einer Arbeitszeit von 20 Wochenstunden an.

Frau Skouboe Werge hatte am 19.12.2003 einen Verkehrsunfall, bei dem sie ein Schleudertrauma erlitt. Zunächst war sie drei Wochen krankgemeldet. Danach fehlte sie einzelne Tage und befand sich dann teilweise in Krankheitsurlaub. Am 10.01.2005 meldete sie sich für die volle Arbeitszeit krank. Am 17.01.2005 ging ein Arzt davon aus, dass die Arbeitsunfähigkeit noch einen weiteren Monat andauern wird. Am 23.02.2005 stellte dieser Arzt fest, dass er zur Dauer der Arbeitsunfähigkeit keine Angaben machen könne. Frau Skouboe Werge erhielt am 21.04.2005 die Kündigung.

⁴¹ So auch: Thüsing/Grosse-Brockhoff in EWiR, 2006, 473; Domröse in NZA 2006, 1320; Reichold/Heinrich in JZ 2007, 196.

⁴² Schwarze in JA 2006, 742.

⁴³ Die Darstellung des Sachverhalts und der Entscheidungsgründe beruht auf dem Urteil des EuGH vom 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11.

Das dänische Gericht setzte die Verfahren aus und richtete nach Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEUV) ein Vorabentscheidungsersuchen mit Fragen zum Verständnis der Richtlinie 2000/78/EG an den EuGH. Dies betraf insbesondere die Auslegung der Art. 1, 2 und 5 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Feststellung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Zweck dieser Richtlinie ist nach Art. 1 die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedsstaaten. Insbesondere ging es auch um die Frage, wie der Begriff der Behinderung im Europarecht zu deuten sei und ob ein Zustand, der durch eine ärztlich diagnostizierte unheilbare Krankheit oder eine vorübergehende Krankheit verursacht ist, auch als Behinderung zu sehen ist.

Der Begriff der Behinderung ist in der Richtlinie 2000/78/EG nicht definiert. Aufgrund des Übereinkommens der Vereinten Nationen (UN-Übereinkommen), das die Europäische Union mit dem Beschluss vom 26.11.2009 und damit nach der Verkündung des Urteils *Chacón Navas*, rechtskräftig machte, ist das Verständnis von Behinderung ständig weiter zu entwickeln. Der Begriff der Behinderung ist daher so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können. Dabei müssen die körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesbeeinträchtigungen langfristig sein. Der EuGH stellt auch klar, dass nicht ersichtlich ist, dass die Richtlinie 2000/78/EG nur Behinderungen erfassen will, die angeboren sind oder von Unfällen herrühren. Vielmehr sollen auch Behinderungen, die durch eine Krankheit verursacht sind erfasst werden. Bei einer Differenzierung nach der Ursache der Behinderung, würde nämlich dem Ziel, die Verwirklichung der Gleichbehandlung, widersprechen. Mithin kann eine heilbare oder unheilbare Krankheit unter den Begriff Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG fallen. Allerdings nur, soweit sie eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physischer, geistiger oder psychischer Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist. Andernfalls fällt eine Krankheit nicht unter den Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG. Ansonsten würde ein weiteres

Diskriminierungsverbot neben den in Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG genannten bestehen. Eine Behinderung ist nicht mit dem vollständigen Ausschluss von der beruflichen Tätigkeit oder vom Berufsleben verbunden. Eine Ausübung der beruflichen Tätigkeit nur im begrenzten Umfang kann daher auch unter den Begriff der Behinderung fallen. Andernfalls wäre dies unvereinbar mit dem Ziel der Richtlinie 2000/78/EG, die insbesondere Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung oder die Ausübung eines Berufs ermöglichen soll. Außerdem hängt die Feststellung des Vorliegens einer Behinderung nicht von der Art der zu treffenden Vorkehrungsmaßnahme, wie beispielsweise der Verwendung besonderer Hilfsmittel, ab. Diese sind lediglich Folge und nicht Tatbestandsmerkmal einer Behinderung.

2.2. Würdigung und Kritik

In seiner Entscheidung hat der EuGH seine Auslegung des Begriffs Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG, im Vergleich zur bisherigen Auslegung des Begriffs in der Entscheidung Sonia Chacón Navas, in Anpassung an Art. 1 Unterabschnitt 2 UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) modifiziert. Nunmehr sind Einschränkungen erfasst, welche insbesondere auf physische geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen sind, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, sofern die körperlichen, seelischen, geistigen und Sinnesbeeinträchtigungen langfristig sind.

Der EuGH äußert sich lediglich dazu, dass die jetzige Auslegung einen Zustand einschließt, der durch eine ärztlich diagnostizierte heilbare oder unheilbare Krankheit verursacht wird, wenn diese Krankheiten die vorgenannten Einschränkungen mit sich bringen. Allerdings äußert er sich nicht dazu, ob in den beiden Fällen von Frau Ring und Frau Skouboe Werge eine Behinderung vorliegt.

Eine Krankheit schließt eine Behinderung nicht aus, genauso, wie eine Behinderung auch vorliegen kann, wenn keine Krankheit vorliegt. In der Regel wird jedoch in einer Behinderung stets auch eine Krankheit zu sehen sein, denn gerade bei Behinderungen, welche beispielsweise aufgrund einer chronischen Erkrankung beruht, kann es regelmäßig zu krankheitsbedingten Ausfällen kommen. Mithin stellt eine längere oder häufiger auftretende krankheitsbedingte Abwesenheit eines Arbeitnehmers vom Arbeitsplatz einen Anlass für die Frage dar, ob der Arbeitnehmer auch eine Behinderung aufweist

und damit auch entsprechende angemessene Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG zu treffen sind.⁴⁴

Der EuGH stellt aber nochmals klar und hält somit an seiner bisherigen Rechtsprechung Sonia Chacón Navas⁴⁵ fest, dass eine Behinderung und eine Krankheit nicht gleichzusetzen sind. Dem ist zuzustimmen, da ein Mensch, welcher beispielsweise eine Erkältung hat und wenige Tage arbeitsunfähig ist, nicht sofort vom Diskriminierungsschutz der Richtlinie 2000/78/EG erfasst werden soll. Ansonsten würde es zu einem unbegrenzten Diskriminierungsschutz kommen oder wie Selzer formuliert: zu einem „uferlosen“ Diskriminierungsschutz.⁴⁶

Der EuGH nimmt auch keine Festlegung über die Dauer der gesundheitlichen Einschränkung die zur Teilhabebeeinträchtigung am Arbeitsmarkt führt vor.⁴⁷ Er spricht lediglich von einer langfristigen Beeinträchtigung. Insofern bedarf es noch einer Klärung.

Der Behindertenbegriff nach § 2 I SGB IX, sowie nach dem AGG, dem KSchG und dem BGG ist nunmehr richtlinienkonform und behindertenrechtskonventionskonform auszulegen und entsprechend anzuwenden.

3. Entscheidung des EuGH vom 01.12.2016 – C-395/15

3.1. Sachverhalt und Entscheidungsgründe⁴⁸

In dem Rechtsstreit zwischen Herrn Mohamed Daouidi und der Bootes Plus SL, dem Fondo de Garantía Salarial und dem Ministerio Fiscal geht es um die Entlassung von Herrn Daouidi zu einem Zeitpunkt, als er auf unbestimmte Zeit vorübergehend arbeitsunfähig im Sinne des spanischen Rechts war. Im Sommer 2014 wurde Herr Mohamed Daouidi von Bootes Plus als Küchenhelfer in einem der Restaurants eines Hotels in Barcelona als Vollzeitkraft eingestellt. Anfang Oktober 2014 rutschte Herr Daouidi auf dem Boden der Küche des Restaurants, in dem er arbeitete, aus und zog sich dabei eine Luxation des linken Ellenbogens zu, der eingegipst werden musste. In der Folge war er Arbeitsunfähig und konnte seine Beschäftigung nicht unmittelbar wieder aufnehmen. Ende November wurde Herr Daouidi gekündigt. Herr Daouidi ist der Auffassung, die Kündigung sei diskriminierend, weil eine

⁴⁴ Roetteken, jurisPR-ArbR 33/2013, Anm.1.

⁴⁵ EuGH vom 11.07.2006 – C-13/05.

⁴⁶ So auch: Selzer in EuZA 2014, 95.

⁴⁷ So auch: Groskreutz/Welti; Roetteken, jurisPR-ArbR 33/2013, Anm.1.

⁴⁸ Die Darstellung des Sachverhalts und der Entscheidungsgründe beruht auf dem Urteil des EuGH vom 01.12.2016 – C-395/15.

vorübergehende Arbeitsunfähigkeit aufgrund seines Arbeitsunfalls eine Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG darstelle. Das zuständige spanische Gericht hat den EuGH um eine Vorabentscheidung ersucht. Dies betrifft auch die Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – nämlich, ob der Begriff der unmittelbaren Diskriminierung wegen einer Behinderung als Diskriminierungsgrund im Sinne der Art. 1 bis 3 der Richtlinie 2000/78/EG die Entscheidung eines Arbeitgebers, einen beruflich bis dahin untadeligen Arbeitnehmer allein aufgrund seiner durch einen Arbeitsunfall hervorgerufen vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit – die von unbestimmter Dauer ist – zu entlassen.

Die Begriffe Behinderung und langfristige Einschränkung werden in der Richtlinie 2000/78/EG nicht definiert.

Der EuGH hat festgestellt, dass der Begriff Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG so zu verstehen ist, dass er eine Einschränkung erfasst, die unter anderem auf langfristige physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die den Betroffenen, in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können.⁴⁹ „Menschen mit Behinderung“ in Artikel fünf der Richtlinie ist dahingehend auszulegen, dass er alle Menschen umfasst, die eine solche Behinderung aufweisen.⁵⁰ Die Richtlinie erfasst auch die von Unfällen herrührenden Behinderungen.⁵¹ Mithin kann eine Einschränkung infolge eines Unfalls, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die den Betroffenen, in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können und diese Einschränkung von langer Dauer ist, unter den Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG fallen.

Herr Daouidi hatte einen Arbeitsunfall und kugelte sich dabei den linken Ellenbogen aus, welcher eingegipst werden musste. Dabei handelt es sich um einen grundsätzlich heilbaren körperlichen Zustand. Da der Ellenbogen des Herrn Daouidi sechs Monate nach dem Arbeitsunfall immer noch eingegipst war, weswegen er nicht in der Lage gewesen sei, seiner Berufstätigkeit

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 01.12.2016 – C-395/15; EuGH, Urteil vom 11.04.2013 – C-335/11; EuGH, Urteil vom 18.03.2014 – C-363/12; EuGH, Urteil vom 18.12.2014 – C-354/13.

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 01.12.2016 – C-395/15.

⁵¹ EuGH, Urteil vom 01.12.2016 – C-395/15; EuGH, Urteil vom 11.04.2013 C- 335/11.

nachzugehen, steht fest, dass er eine Einschränkung seiner Fähigkeit infolge einer physischen Beeinträchtigung erlitt.⁵²

Zu prüfen sei daher lediglich, ob diese Einschränkung seiner Fähigkeit, die ihn in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und mit den anderen Arbeitnehmern gleichberechtigten Teilhabe am Berufsleben hindern kann, „langfristig“ ist. Der EuGH hat dies jedoch für den vorliegenden Fall nicht beantwortet, sondern lediglich klargestellt wie die Richtlinie 2000/78/EG auszulegen ist und somit unter welchen Anforderungen das spanische Gericht die Langfristigkeit zu bestimmen hat. Bezüglich des Merkmals der Langfristigkeit im Rahmen des Behindertenbegriffs der Richtlinie 2000/78/EG ist die Richtlinie dahin auszulegen, dass

- der Umstand, dass der Betroffene aufgrund eines Arbeitsunfalls auf unbestimmte Zeit vorübergehend arbeitsunfähig im Sinne des nationalen Rechts ist, für sich allein nicht bedeutet, dass die Einschränkung der Fähigkeit dieser Person als „langfristig“ gemäß der Definition der „Behinderung“ im Sinne dieser Richtlinie qualifiziert werden kann;
- zu den Anhaltspunkten dafür, dass eine solche Einschränkung „langfristig“ ist, unter anderem der Umstand, dass zum Zeitpunkt des angeblich diskriminierenden Geschehnisses ein kurzfristiges Ende der Arbeitsunfähigkeit des Betroffenen nicht genau absehbar ist, oder der Umstand, dass sich die Arbeitsunfähigkeit bis zur Genesung des Betroffenen noch erheblich hinziehen kann, gehören;
- sich das vorliegende Gericht bei der Überprüfung dieser Langfristigkeit auf alle ihm bekannten objektiven Gesichtspunkte stützen muss, insbesondere auf Unterlagen und Bescheinigungen über den Zustand des Betroffenen, die auf aktuellen medizinischen und wissenschaftlichen Erkenntnissen und Daten beruhen.⁵³

3.2. Würdigung und Kritik

Der EuGH hatte aufgrund einer Vorlage den Behindertenbegriff der Richtlinie 2000/78/EG erneut weiter zu konkretisieren. Dabei hatte er nunmehr die Frage zu beantworten, ob eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit auf unbestimmte Zeit infolge eines Arbeitsunfalls eine Behinderung im Sinne der Richtlinie darstellen kann.

Dazu kam das Gericht zu der Erkenntnis dass der Begriff „Langfristigkeit“ im Rahmen des Behindertenbegriffs nicht definiert und somit auslegungsbedürftig

⁵² EuGH, Urteil vom 01.12.2016 – C-395/15.

⁵³ EuGH, Urteil vom 01.12.2016 – C-395/15.

ist. Der Begriff wurde UN-BRK-konform ausgelegt. Der EuGH entwickelt demnach die Auslegung des Behindertenbegriffs der Richtlinie 2000/78/EG auf der Linie seiner bisherigen Rechtsprechung – Ring/Skouboe Werge - zum Behindertenbegriff im Sinne der Richtlinie weiter.

Dabei gibt er jedoch Anhaltspunkte auf den Weg und überlässt die Überprüfung im Einzelfall den nationalen Gerichten. Damit hat der EuGH eine EU-einheitliche Auslegung getroffen, so dass eine eigenständige und uneinheitliche Definition durch die nationalen Staaten und damit eine Umgehung des Diskriminierungsschutzes nicht gegeben ist.⁵⁴ Einen zeitlichen Rahmen hat der EuGH jedoch nicht festgelegt, sodass es in der Folge zu Unsicherheiten kommen kann.

Im Vergleich zum geltenden deutschen Recht ist in diesem bereits ein Zeitraum, welcher die Langfristigkeit der Einschränkung konkretisiert, benannt. Die Dauer der Einschränkung muss danach mit einer hohen Wahrscheinlichkeit sechs Monate überschreiten. Diese Regelung begegnet unter Berücksichtigung der Vorgaben des EuGH keinen Bedenken. Auch unter dem Hintergrund, dass der EuGH den nationalen Gerichten die Einschätzung überlässt und keine fixe Dauer vorgegeben hat.⁵⁵

4. Entscheidung des BAG vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12

4.1. Sachverhalt und Entscheidungsgründe⁵⁶

Der Kläger war bei der Beklagten als chemisch-technischer Assistent im Reinraum eingestellt. Die Beklagte produziert Arzneimittel zur Krebsbehandlung, die intravenös verabreicht werden. Das Arbeitsverhältnis war für ein Jahr befristet. Vereinbart wurde eine Probezeit von sechs Monaten. Anlässlich seiner Einstellungsuntersuchung im Rahmen der Probezeit teilte der Kläger dem Betriebsarzt mit, dass er HIV-infiziert sei. Allerdings ist der Kläger symptomfrei. Er hat einen GdB von 10. Der Betriebsarzt äußerte in dem für eine Tätigkeit im Reinraum auszufüllenden Formular „Aufnahme von Tätigkeiten im GMP-Bereich Bedenken gegen einen Einsatz des Klägers in diesem Bereich. Das Formular ist Teil der Standard Operating Procedure (SOP) der Beklagten, die der Umsetzung des sog. EG-GMP Leitfadens (Leitfaden der Guten Herstellungspraxis) dient, welcher aufgrund der Leitlinien der EU-Kommission passiert. Daraufhin kündigte die Beklagte dem Kläger noch im Rahmen der Probezeit. Der Kläger machte gerichtlich geltend,

⁵⁴ So auch: Maties in EuZW 2017, 263.

⁵⁵ So auch Klein in jurisPR-ArbR 1/2017, Anm.2.

⁵⁶ Die Darstellung des Sachverhalts und der Entscheidungsgründe beruht auf dem Urteil des BAG vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12.

die Kündigung diskriminiere ihn, weil seine HIV-Infektion, welche als Behinderung zu sehen sei, alleiniger Kündigungsgrund sei.

Das BAG hatte daher auch darüber zu entscheiden, wie der Begriff der Behinderung in § 1 AGG zu verstehen ist und ob die symptomlose HIV-Infektion des Klägers eine Behinderung im Sinne des AGG darstellt.

Das BAG stellt klar, dass eine Behinderung im Sinne des § 1 AGG unter Berücksichtigung des maßgeblichen supranationalen Rechts vorliegt, wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen langfristig eingeschränkt ist und dadurch – in Wechselwirkung mit verschiedenen sozialen Kontextfaktoren (Barrieren) – seine Teilhabe an der Gesellschaft, wozu auch die Teilhabe am Berufsleben gehört, substantiell beeinträchtigt sein kann.⁵⁷ Auf einen bestimmten GdB kommt es nicht an.⁵⁸ Allerdings ist der Fall im Einzelnen zu betrachten, da das Verständnis von Behinderung nicht statisch ist.⁵⁹

Der Begriff der Behinderung im Sinne des § 1 AGG entspricht nach dem Willen des Gesetzgebers den gesetzlichen Definitionen in § 2 I 1 SGB IX und § 3 BGG.⁶⁰ Damit hat sich der Gesetzgeber für einen modernen Behindertenbegriff entschieden, welcher an die Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF) der Weltgesundheitsorganisation (WHO) anknüpft.⁶¹ Es handelt sich um einen bio-psycho-sozialen Behindertenbegriff, bei dem Behinderung nicht durch die individuelle Funktionsstörung, sondern durch die Beeinträchtigung der Teilhabe an der Gesellschaft definiert wird. Die Beeinträchtigung muss sich auf die Partizipation in einem oder mehreren Lebensbereichen auswirken.⁶² Ob eine Beeinträchtigung relevant ist, und damit eine Behinderung darstellt, ergibt sich erst aus dem Zusammenwirken von behindernden sozialen Kontextfaktoren (Barrieren) und individueller Gesundheitsstörung oder dass die gesellschaftliche Teilhabe durch das Verhalten anderer beeinträchtigt wird.⁶³

Das BAG führt aus, dass bei dem Kläger aufgrund der symptomlosen HIV-Infektion eine Beeinträchtigung der Funktion des Körpers und damit eine chronische Krankheit im Sinne des Behindertenbegriffs des AGG vorliegt. Diese Beeinträchtigung wirkt sich an seiner Teilhabe am Leben aus. Unerheblich ist, dass seine Leistungsfähigkeit nicht eingeschränkt ist. Es

⁵⁷ BAG, Urteil vom 19.12.2014 – 6 AZR 190/12.

⁵⁸ BAG, Urteil vom 16.02.2012 – 8 AZR 697/10.

⁵⁹ BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12; EuGH, Urteil vom 11.04.2013 – C 335/11; Laskowski/Schiek/Welti, AGG, § 1, Rn. 40.

⁶⁰ BAG, Urteil vom 16.02.2012 – 8 AZR 697/10; BT-Drucks. 329/06, S. 31.

⁶¹ BAG, Urteil vom 03.04.2007 – 9 AZR 823/06; BT-Drucks. 14/5074, S. 98.

⁶² BT-Drucks. 14/5074, S. 98.

⁶³ Laskowski/Schiek/Welti, AGG, § 1, Rn. 37, 43.

genügt, wenn er Stigmatisierungen ausgesetzt sein kann, denn Vorurteile und Stigmatisierungen seiner Umwelt machen einen Menschen zu einem Behinderten im Sinne von § 1 AGG. Mithin ist eine Behinderung im Sinne des AGG beim Kläger gegeben. Das BAG führt weiter aus, dass die Behinderung des Klägers solange andauert, wie das gegenwärtig auf eine solche Infektion zurückzuführende soziale Vermeidungsverhalten und die darauf beruhenden Stigmatisierungen andauern.⁶⁴

4.2. Würdigung und Kritik

Mit dem Begriff der Behinderung, welcher das BAG mit der Entscheidung getroffen hat, haben sich das nationale Recht und die unionsrechtliche Auslegung des Begriffs der Behinderung angenähert. Dennoch sind beide Definitionen etwas unterschiedlich.

Der EuGH hat den Begriff der Behinderung im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG auf Beeinträchtigungen der wirksamen Teilhabe am Berufsleben beschränkt. Der Behindertenbegriff des AGG und der UN-BRK stellen jedoch auf die gesellschaftliche Teilhabe ab. Mithin umfasst letzteres mehr und ist günstiger. Hinsichtlich der Langfristigkeit sind im nationalen Recht die mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate andauernde Beeinträchtigungen anzusehen. Nach dem Verständnis des Unionsrechts wurde zwar erst kürzlich in der Daouidi-Entscheidung festgelegt, was unter einer Langfristigkeit zu verstehen ist, auf einen bestimmten Zeitraum hat sich der EuGH jedoch nicht festgelegt. Es obliegt eher den nationalen Gerichten im Einzelfall zu entscheiden. Diesbezüglich wird der EuGH erneut zu entscheiden haben müssen.⁶⁵

Ein wesentlicher Unterschied besteht auch darin, dass der nationale Behindertenbegriff verlangt, dass die Beeinträchtigung bereits eingetreten ist, während es nach dem unionsrechtlichen Behindertenbegriff bereits ausreicht, wenn eine solche Beeinträchtigung eintreten kann.⁶⁶ Allerdings hat das BAG zu Recht ausgeführt, dass der Behindertenbegriff des AGG maßgeblich ist, soweit er weiter ist als der unionsrechtliche. Soweit er enger ist, gilt der unionsrechtliche Begriff.⁶⁷ Daraus folgt, dass es ausreicht, dass Beeinträchtigungen eintreten „können“. Die Richtlinie 2000/78/EG stellt nämlich gemäß Art. 8 I nur Mindestanforderungen auf, bei denen es den Mitgliedsstaaten unbenommen bleibt, Regelungen, bei denen die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstiger als die der Richtlinie sind, zu treffen.

⁶⁴ So auch Ansichten aus der Literatur: Pärli/Naguib/Kuratli, S. 72 f., 77f.; Laskowski/Schiek/Welti, Rn. 43.

⁶⁵ So auch BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12.

⁶⁶ So auch BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12.

⁶⁷ v. Roetteken, § 1, Rn. 161f.

Da der unionsrechtliche Behindertenbegriff, nunmehr auch zu Recht vom nationalen Recht, grundsätzlich so verstanden wird und damit weit ausgelegt wird, könnte dies zu einer Entgrenzung des Begriffs führen und dadurch der Schutz für schwerbehinderte Menschen sinken. Der Behindertenschutz stellt dann kein Minderheitenschutz mehr dar, sondern kann zu einem Schutz von Menschen mit Beeinträchtigungen kommen. Es kann auch zu einer sogenannten Majorisierung der normal Gesunden durch die Behinderten kommen. Auch droht der Schutz des AGG leer zu laufen.⁶⁸ Damit es nicht zu einer Entgrenzung kommen kann wird es vor allem darauf ankommen, wie beeinträchtigt die gesellschaftliche Teilhabe des Betroffenen am Leben ist. Wonach auf den Einzelfall abzustellen ist. Danach wird entschieden, ob eine Person als behindert gilt oder nicht. Außerdem ist die Langfristigkeit maßgebend, so dass auch hierdurch eine Begrenzung gegeben ist.

Auch scheint es zunächst sehr weit gefasst einen HIV-Infizierten vor Diskriminierungen zu schützen. Jedoch auch vor dem Hintergrund der erheblichen Stigmatisierung, welche zu einer Diskriminierung führt und die der Betroffene ausgesetzt ist, muss dieser Personenkreis geschützt werden. Weswegen es beim Begriff der Behinderung im Sinne des AGG auch auf die gesellschaftliche Teilhabe am Leben ankommen soll. Die gesellschaftliche Teilhabe von symptomlosen HIV-Infizierten wird nach wie vor typischerweise durch zahlreiche Stigmatisierungen und soziales Vermeidungsverhalten beeinträchtigt, die auf die Furcht vor einer Infektion zurückzuführen sind.⁶⁹ Beispiele für eine Stigmatisierung von HIV-Infizierten sind: Verweigerung von ärztlicher Behandlung⁷⁰, Nachteile bei Abschlüssen von Krankenversicherungen⁷¹, Vermeidungsverhalten und Ungleichbehandlung am Arbeitsplatz – diskriminierende Kündigungen; Arbeitsplatzzuweisung -.⁷²

Mit der Entscheidung des BAG wird deutlich, dass der deutsche Behindertenbegriff mit dem europäischen Behindertenbegriff harmonisiert. Dabei bildet der deutsche Behindertenbegriff eine Einheit, bestehend aus dem Behindertenbegriff im AGG, KSchG und BGG. Der Begriff der Schwerbehinderung unterscheidet sich nur darin, dass ein GdB von mindestens 50 zu bestimmen ist. Für den Behindertenbegriff an sich, kommt es jedoch nicht auf einen bestimmten GdB an.⁷³

⁶⁸ So auch BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12; Pärli/Naguib/Kuratli, S. 16, 67.

⁶⁹ BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12.

⁷⁰ Pärli/Naguib/Kuratli, S. 27.

⁷¹ Pärli/Naguib/Kuratli, S. 25.

⁷² BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12.

⁷³ So auch Jesgarzewski, ArbuR 2015, 437.

D. Rechte und Pflichten bei Krankheit und Behinderung

I. Krankheit

Nachfolgend sollen die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers mit Ausnahme der Kündigung im Falle einer Krankheit dargestellt werden.

1. Anzeige- und Nachweispflicht, § 5 EntgFG

Beim Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit hat der Arbeitnehmer nach § 5 I 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG) die Pflicht, dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen. Außerdem muss er unverzüglich die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit mitteilen. Eine Pflicht zur Mitteilung der Art der Erkrankung besteht daher grundsätzlich nicht. Dabei bedeutet unverzüglich nach § 121 I 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), welches für das gesamte Privatrecht gilt,⁷⁴ dass die Mitteilung nicht sofort aber ohne schuldhaftes Zögern erfolgen muss. Dies kann sowohl vor einem Arztbesuch als auch nach diesem, wenn beispielsweise die Krankheit diagnostiziert wurde, sein. Regelmäßig muss die Anzeige am ersten Tag während der ersten Betriebsstunden erfolgen.⁷⁵

Für die Anzeigepflicht ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben. Sie kann mündlich, fernmündlich oder schriftlich erfolgen. Die Anzeige kann auch durch einen Familienangehörigen oder Dritten erfolgen.⁷⁶ Sie muss dem Arbeitgeber, der Personalabteilung oder derjenigen Person zugehen, die für die Empfangnahme derartiger Mitteilung zuständig ist.⁷⁷

Folge einer fehlenden Anzeigepflicht kann beim Wiederholungsfall nach vorhergehender Abmahnung eine ordentliche Kündigung, in Ausnahmefällen auch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.⁷⁸

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer gem. § 5 I 2 EntgFG eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtlichen Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen, sog. Nachweispflicht. Damit ist der vierte Arbeitstag gemeint. Allerdings kann im Arbeitsvertrag vereinbart werden, dass ein Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon früher beibringen muss.⁷⁹ Dies ergibt

⁷⁴ Palandt, §121, Rn. 3.

⁷⁵ BAG AP 23 zu § 1 KSchG 1969.

⁷⁶ Schaub, § 98, Rn. 121.

⁷⁷ Schaub, § 98, Rn. 121.

⁷⁸ BAG AP 23 zu § 1 KSchG 1969.

⁷⁹ BAG Urteil vom 01.10.1997 – AP 5 zu § 5 EntgFG – NZA 98, 369.

sich aus § 5 I 3 EntgFG, welcher dem Arbeitgeber erlaubt, die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen. Diese Möglichkeit der Regelung ist jedoch als Ausnahme zu verstehen. Dies ergibt sich zunächst aus dem Zusammenhang von § 5 EntgFG. Außerdem würde eine allgemeine Anweisung, ohne konkreten Anlass in jedem Fall der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen, gegen § 12 EntgFG verstoßen. Denn eine generelle Anweisung, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit vorzulegen, ist für den Arbeitnehmer ungünstig. Vereinbar wäre dies auch nicht mit dem Ziel der Regelung des § 5 EntgFG, die Kostenbelastung der Krankenkassen gering zu halten.⁸⁰

Hält sich der Arbeitnehmer bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Ausland auf, so ist er verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit, deren voraussichtliche Dauer und die Adresse am Aufenthaltsort in der schnellstmöglichen Art der Übermittlung mitzuteilen, § 5 II 1 EntgFG. Dies wird in der Regel ein Anruf, eine SMS, eine WhatsApp oder eine E-Mail sein. Die durch die Mitteilung entstehenden Kosten hat gem. § 5 II 2 EntgFG der Arbeitgeber zu zahlen.

Eine Anzeige- und Nachweispflicht besteht auch gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung, soweit der Arbeitnehmer Mitglied einer solchen ist. Nach § 5 I 5 EntgFG muss die ärztliche Bescheinigung einen Vermerk darüber enthalten, dass der Krankenkasse unverzüglich eine Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit mit Angaben über den Befund und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit übersandt wird. Bei einer Erkrankung beim Auslandsaufenthalt ist der Arbeitnehmer gem. § 5 II 3 EntgFG, gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse auch verpflichtet, die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen.

2. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 3 EntgFG

Nach § 3 I 1 EntgFG hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn der Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert wird, ohne dass ihn ein Verschulden trifft.

Der Arbeitnehmer behält seinen Anspruch auf Arbeitsvergütung also, wenn er an einer Krankheit leidet und durch diese arbeitsunfähig ist. Daher muss ein Kausalzusammenhang zwischen der Krankheit des Arbeitnehmers und der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bestehen. Nach dem Wortlaut des § 3 I 1 EntgFG muss die Krankheit die alleinige Ursache der Arbeitsunfähigkeit

⁸⁰ BT-Drucks. 12/5798 zu § 5 I EntgFG, S. 26.

sein.⁸¹ Desweiteren muss der Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung, welche er aufgrund des Arbeitsvertrages schuldet, verhindert sein. Den Arbeitnehmer darf kein Verschulden treffen. Ein Verschulden ist dann gegeben, wenn ein grober Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende (gebotene) Verhalten (subjektive Komponente) vorliegt, dessen Folgen auf den Arbeitgeber abzuwälzen unbillig wäre (objektive Komponente).⁸² Die subjektive Komponente meint, dass ein besonders leichtfertiges oder vorsätzliches Verhalten seitens des Arbeitnehmers vorliegen muss. Der Maßstab hierfür ist sehr streng. Beispiele hierfür sind Verkehrsunfälle, bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Verletzung der Verkehrsregeln oder Verkehrsunfälle infolge Trunkenheit.

Dieser Entgeltfortzahlungsanspruch gilt nach § 1 II EntgeltFG für alle Arbeitnehmer – Arbeiter, Angestellte und Auszubildende – unabhängig davon, ob das Beschäftigungsverhältnis sozialversicherungspflichtig oder befristet ist oder nicht. Arbeitnehmer, welche im Rahmen einer geringfügig entlohnten Beschäftigung arbeitsunfähig erkranken, haben daher ebenfalls einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

Eine Ausnahme von der Entgeltfortzahlung besteht, wenn ein neu eingestellter Arbeitnehmer in den ersten vier Wochen seiner Beschäftigung arbeitsunfähig erkrankt. Nach § 3 III EntgFG entsteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses. Dabei ist nicht entscheidend, ob der Arbeitnehmer während der ersten vier Wochen bereits gearbeitet hat. Ist der Arbeitnehmer also über das Ende der vierten Beschäftigungswoche hinaus arbeitsunfähig erkrankt, besteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung vom Beginn der fünften Woche bis zu sechs Wochen fort.

Weiterhin ist zwischen einer wiederholten Erkrankung und einer Fortsetzungserkrankung zu unterscheiden. Eine wiederholte Erkrankung liegt vor, wenn der Ursprung der Erkrankung verschieden ist, selbst wenn es sich um die gleiche Erkrankung handelt. Bei der wiederholten Erkrankung hat der Arbeitnehmer für jede Erkrankung Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zu sechs Wochen. Eine Addition der Arbeitsunfähigkeitszeiten ist somit unzulässig. Ist ein Arbeitnehmer beispielsweise für sechs Wochen wegen einer Lungenentzündung arbeitsunfähig geschrieben und erkrankt nach einer Woche Arbeit an einer Erkältung und ist dadurch erneut zwei Wochen arbeitsunfähig, besteht ein neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung, der wiederum für insgesamt sechs Wochen anhält.

⁸¹ BAG AP 29 zu § 1 LohnFG – DB 73, 1027.

⁸² BAG AP 5, 28 zu § 63 HGB; AP 8 zu § 1 LohnFG – DB 72, 395; AP 26 – DB 73, 597; AP 44 – DB 79, 1863.

Bei derselben Krankheit gem. § 3 I 2 EntgFG, handelt es sich, wenn die Erkrankung auf demselben Grundleiden beruht. Man spricht insoweit von einer Fortsetzungserkrankung. Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich nur einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für längstens sechs Wochen, auch wenn er zwischendurch arbeitsfähig war. Die einzelnen Arbeitsunfähigkeiten werden damit addiert. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch zwei Ausnahmen. Wird der Arbeitnehmer infolge derselben Erkrankung arbeitsunfähig, so verliert er nur dann den Anspruch auf Arbeitsentgelt nicht, wenn er vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit mindestens sechs Monate nicht infolge derselben Krankheit arbeitsunfähig war (§ 3 I 2 Nr. 1 EntgFG) oder seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von 12 Monaten abgelaufen ist (§ 3 I 2 Nr. 2 EntgFG).

Dem Arbeitnehmer ist gem. § 4 I EntgFG das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Arbeitsentgelt im Sinne des EntgFG ist jedes Entgelt, das der Arbeitnehmer als Gegenleistung für die von ihm verrichtete Arbeit erlangt.⁸³ Der Arbeitnehmer soll diejenige Vergütung erhalten, die er erhalten hätte, wenn er nicht krank und dadurch arbeitsunfähig geworden wäre. Dabei zählt gem. § 4 Ia 2 EntgFG nicht das für zusätzlich für Überstunden gezahlte Entgelt und Leistungen für Aufwendungen des Arbeitnehmers, soweit der Anspruch auf sie im Falle der Arbeitsunfähigkeit davon abhängig ist, dass dem Arbeitnehmer entsprechende Aufwendungen tatsächlich entstanden sind und dem Arbeitnehmer solche Aufwendungen während der Arbeitsunfähigkeit nicht entstehen.

3. Krankengeld

Versicherte haben einen Anspruch auf Krankengeld gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung, wenn die Krankheit sie arbeitsunfähig macht oder sie auf Kosten der Krankenkasse stationär in einem Krankenhaus, einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung behandelt werden, § 44 I 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V).

Einen Anspruch auf Krankengeld haben gem. § 5 I Nr. 1 SGB V unter anderem auch versicherungspflichtig Beschäftigte, wie Arbeiter, Angestellte und Auszubildende, welche gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind.

Der Anspruch auf Krankengeld entsteht gem. § 46 S. 1 Nr. 1 SGB V bei einer Krankenhausbehandlung oder bei einer Behandlung in einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung von ihrem Beginn an und im Übrigen von dem Tag an, der auf den Tag der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit folgt, § 46 S. 1 Nr. 2 SGB V.

⁸³ BAG AP 7 zu § 2 LohnFG – DB 78, 942; AP 9 – DB 78, 1652.

Die Dauer des Anspruchs auf Krankengeld ist in § 48 I 1 SGB V geregelt. Danach erhalten Versicherte Krankengeld ohne zeitliche Begrenzung für den Fall der Arbeitsunfähigkeit, wegen derselben Krankheit jedoch für längstens 78 Wochen innerhalb von drei Jahren. Der Bezugszeitraum wird gem. § 48 I 2 SGB V auch dann nicht verlängert, wenn eine weitere Krankheit hinzutritt.

Ein Anspruch auf Krankengeld besteht auch dann, wenn ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber, aufgrund fehlender vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses, nicht besteht. Desweiteren besteht ein Anspruch auf Krankengeld, wenn zwar ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Entgeltfortzahlung besteht, dieser aber vom Arbeitgeber nicht erfüllt wird. In Höhe der Zahlungen geht der Anspruch aber auf die Krankenkasse über, § 115 SGB X.

Der Anspruch auf Krankengeld ruht nach § 49 I Nr. 1 SGB V soweit und solange Versicherte beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erhalten. Die Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber stellt ein solches beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen dar. Das Krankengeld gleicht den Entgeltausfall nach Erschöpfung des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle aus. Wichtig ist jedoch, dass die Arbeitsunfähigkeit der Krankenkasse innerhalb einer Woche nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit gemeldet werden muss. Andernfalls ruht der Anspruch auf Krankengeld, § 49 I Nr. 5 SGB V.

Die Höhe des Krankengeldes beträgt grundsätzlich 70 vom Hundert des erzielten regelmäßigen Brutto-Arbeitsentgelts, § 47 I 1 SGB V. Dabei darf das aus dem Arbeitsentgelt berechnete Krankengeld 90 vom Hundert des berechneten Nettoarbeitsentgelts nicht übersteigen, § 47 I 2 SGB V. Außerdem darf das Krankengeld höchstens 101,50 € pro Tag betragen. Das Krankengeld wird in der Regel rückwirkend gezahlt.

4. Erkrankung während des Urlaubs

Durch eine Erkrankung während des Urlaubs wird die Erfüllung des Urlaubsanspruchs unmöglich. Erkrankt ein Arbeitnehmer während des Urlaubs, so werden nach § 9 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht angerechnet. Ein Nachweis durch andere Beweismittel als die des ärztlichen Zeugnisses ist nicht möglich, da der Wortlaut des § 9 BUrlG dies ausdrücklich vorschreibt. Ohne ein solches ärztliches Zeugnis besteht kein Nachgewährungsanspruch des Urlaubs. Der Arbeitgeber hat insofern ein Leistungsverweigerungsrecht.

Eine Frist zur Vorlage des ärztlichen Zeugnisses ist gesetzlich nicht geregelt. Jedoch geht der Nachgewährungsanspruch spätestens mit Ablauf des Übertragungszeitraumes (31.03. des Folgejahres) unter, es sei denn, der Urlaub konnte wegen Erkrankung nicht angetreten werden. Mithin ist innerhalb diesen Zeitraums, im Sinne des Arbeitnehmers, ein entsprechendes ärztliches Zeugnis vorzulegen.

Einer weiteren Voraussetzung für den Nachgewährungsanspruch bedarf es nicht. Wichtig ist jedoch, dass ein im Ausland ausgestelltes ärztliches Zeugnis erkennen lassen muss, dass der Arzt zwischen einer bloßen Erkrankung und einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit unterschieden hat.⁸⁴ Daraus geht nämlich hervor, dass er eine Beurteilung, welche den Begriffen des deutschen Arbeits- und Sozialversicherungsrechts entspricht, vorgenommen hat.

Hinsichtlich der Urlaubsnachgewährung gelten die gesetzlichen Regelungen, insbesondere § 7 BUrlG. Er ist zu beantragen und entsprechend der Regelungen durch den Arbeitgeber zu gewähren. Eine eigenmächtige Verlängerung des Urlaubs durch den Arbeitnehmer um die Krankheitstage ist nicht zulässig. Der Urlaub verlängert sich nicht automatisch um die Tage der Arbeitsunfähigkeit. Vielmehr muss der Arbeitnehmer nach Urlaubsende, sofern er wieder arbeitsfähig ist, an den Arbeitsplatz zurückkehren.⁸⁵ Andernfalls riskiert der Arbeitnehmer eine außerordentliche fristlose Kündigung.

Soweit der Arbeitnehmer aufgrund von dauernder Arbeitsunfähigkeit nicht dazu kommt seinen Jahresurlaub zu nehmen ist nach der neueren Senatsrechtsprechung in der Folge der Entscheidung Schultz-Hoff des EuGH der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch nicht nach § 7 III 3 BUrlG befristet. Der Anspruch verfällt damit nicht zum 31.03. des Folgejahres.⁸⁶ Seither bleibt offen, ob lang erkrankte Arbeitnehmer über mehrere Jahre hinweg ihren Urlaubsanspruch ansammeln können. Nach dem EuGH ist eine tarifvertragliche Regelung, welche einen Urlaubsanspruch lang erkrankter Arbeitnehmer nach 15 Monaten verfallen lässt, hinnehmbar.⁸⁷ Das BAG hatte danach zunächst nicht hierüber entscheiden müssen, sodass bei Arbeitsverhältnissen ohne tarifvertragliche Regelung über solch eine Verfallsregelung, eine langjährige Dauererkrankung zu einem immer längeren Anwachsen des Urlaubsanspruchs führte. Jedoch hat das BAG entschieden, dass gesetzliche und regelmäßig auch tarifvertragliche Urlaubsansprüche bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit jeweils 15 Monate nach Ablauf des

⁸⁴ BAG, Urteil vom 01.10.1997 – 5 AZR 499/96.

⁸⁵ LAG Düsseldorf DB 67, 1992; LAG Baden-Württemberg BB 74, 1300.

⁸⁶ EuGH vom 20.01.2009 – C-350/06 und C-520/06; BAG, Urteil vom 24.03.2009 – 9AZR 983/07; BAG, Urteil vom 23.03.2010 – 9 AZR 128/09.

⁸⁷ EuGH, Urteil vom 22.11.2011 - C-214/10.

betreffenden Urlaubsjahres erlöschen und daher nach Ablauf von zwei Jahren und drei Monaten typischerweise nicht mehr anwachsen.⁸⁸

II. Behinderung

Zunächst ist zu klären, wie das Vorliegen einer Behinderung festgestellt wird. Sodann werden, um einen Vergleich zur Krankheit darzustellen, die Mitteilung der Behinderung an den Arbeitgeber sowie ein etwaiger Zusatzurlaub und dessen Auswirkungen bei einer längeren Erkrankung besprochen. Außerdem werden weitere Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer beim Vorliegen einer Behinderung im Überblick betrachtet.

1. Feststellung der Behinderung

Auf Antrag des behinderten Menschen stellen die zuständigen Behörden das Vorliegen einer Behinderung und den GdB fest.

Für die Antragstellung ist ein Formular auszufüllen. Dabei sind beispielsweise auch Angaben über die Behinderung und deren Behandlungen und Angaben über ärztliche Behandlungen zu machen. Der Antrag ist durch den behinderten Menschen, den gesetzlichen Vertreter oder den Betreuer zu stellen.

Die Feststellung der Behinderung nach § 69 I 1 SGB IX erfolgt durch Bescheid. Gegen diesen Bescheid kann Widerspruch erhoben werden.

Zuständig in Sachsen-Anhalt ist das Landesverwaltungsamt – Referat Versorgungsamt, Schwerbehindertenrecht in Magdeburg oder Halle(Saale). Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Wohnsitz des Antragstellers.

Die Auswirkungen auf die Teilhabe im Leben in der Gesellschaft werden als GdB nach Zehnergraden abgestuft festgestellt, § 69 I 4 SGB IX. Festgestellt wird nur die Behinderung und damit die Auswirkung einer Funktionsbeeinträchtigung, die wenigstens einen GdB von 20 bedingt, § 69 I 6 SGB IX und höchstens einen GdB von 100 aufweist. Bei mehreren Funktionsbeeinträchtigungen der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft ist der GdB nicht zusammenzuzählen. Vielmehr wird der GdB nach den Auswirkungen der Beeinträchtigungen ihrer wechselseitigen Beziehungen festgestellt, § 69 III 1 SGB IX.

Für die Feststellung des GdB sind bundesweite Richtlinien, sog. versorgungsmedizinische Grundsätze, maßgebend. Diese sind geregelt in der Verordnung zur Durchführung des § 1 I, III des § 30 I und des § 35 I des

⁸⁸ BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 15.10.2013 – 9 AZR 302/12; BAG, Urteil vom 07.08.2012 – 9 AZR 353/10, BAG, Urteil vom 16.10.2012 – 9 AZR 63/11.

Bundesversorgungsgesetzes (Versorgungsmedizin-Verordnung – VersMedV) Anlage zu § 2 der Versorgungsmedizin-Verordnung vom 10.12.2008. Diese Anlage ist in 4 Teile gegliedert - Teil A, Teil B, Teil C und Teil D. In Teil A sind Allgemeine Grundätze enthalten. Dabei wird unter anderem geregelt, dass der Grad der Schädigungsfolgen (GdS) und der GdB nach gleichen Grundsätzen bemessen werden, Teil A Nr. 2 a). Die Begriffe unterscheiden sich lediglich dadurch, dass der GdS nur auf die Schädigungsfolgen – kausal – und der GdB auf alle Gesundheitsstörungen unabhängig von ihrer Ursache – final – bezogen ist, Teil A Nr. 2 a).

In Teil B befindet sich eine GdS-Tabelle. Diese liefert nach Teil B Nr. 1 a) lediglich Anhaltswerte. Eine Individualbetrachtung ist unabdingbar. Dementsprechend sind in der Tabelle Beurteilungsspannen angegeben. Soweit Gesundheitsstörungen in der Tabelle nicht aufgeführt werden sind sie nach Teil B Nr. 1 b) in Analogie zu vergleichbaren Gesundheitsstörungen zu beurteilen. Die GdS-Tabelle ist unterteilt in verschiedene Körperregionen. Dies sind im Einzelnen:

Kopf und Gesicht
Nervensystem und Psyche
Sehorgan
Hör- und gleichgewichtsorgan
Nase
Mundhöhle, Rachenraum und obere Luftwege
Brustkorb, tiefere Atemwege und Lungen
Herz und Kreislauf
Verdauungsorgane
Brüche (Hernien)
Harnorgane
Männliche Geschlechtsorgane
Weibliche Geschlechtsorgane
Stoffwechsel, innere Sekretion
Blut, blutbildende Organe, Immunsystem
Haut
Haltungs- und Bewegungsorgane, rheumatische Krankheiten

Innerhalb dieser einzelnen Körperregionen sind verschiedene Gesundheitsstörungen aufgelistet. Zu jeder Gesundheitsstörung ist ein ganz bestimmter GdS oder eine Beurteilungsspanne angegeben. Beispielsweise ist

unter 18.13 – Schäden der oberen Gliedmaßen - bei einem Verlust eines Daumens ein GdS von 25 vorgesehen und somit ein ganz bestimmter GdS definiert. Anders unter 18.9 – Wirbelsäulenschäden – bei schwerster Belastungsinsuffizienz bis zur Geh- und Stehufähigkeit ist eine Beurteilungsspanne des GdS von 80-100 angegeben.

<u>18.13</u> Schäden der oberen Gliedmaßen (...)	
Verlust eines Daumens	25
<u>18.9</u> Wirbelsäulenschäden (...)	
bei schwerster Belastungsinsuffizienz bis zur Geh- und Stehufähigkeit	80-100

Teil C regelt die Begutachtung im sozialen Entschädigungsrecht und Teil D die Merkzeichen. Auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll.

Grundlage für die Beurteilung sind in der Regel Befundberichte der behandelnden Ärzte, die durch das Versorgungsamt eingeholt werden, aber auch die versorgungsmedizinischen Gutachten der behinderten Menschen.

Eine Feststellung der Behinderung wird nicht getroffen, wenn die Behinderung, die Minderung der Erwerbstätigkeit (MdE) oder der GdS bereits in einem Rentenbescheid oder einer entsprechenden Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidung festgestellt worden ist. Eine Ausnahme hiervon gilt nach § 69 II 1 SGB IX wiederum, wenn der behinderte Mensch ein Interesse an anderweitiger Feststellung glaubhaft macht.

2. Mitteilung der Behinderung an den Arbeitgeber

In einer Bewerbung vor und während des Bewerbungsgesprächs sowie in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses dürfen Arbeitgeber den (potentiellen) Arbeitnehmer nicht nach einem Vorliegen einer Schwerbehinderung fragen. Nach § 81 II SGB IX und dem AGG dürfen schwerbehinderte Menschen nämlich nicht diskriminiert werden. Nach Ablauf von sechs Monaten ist dies jedoch möglich, da mit der Schwerbehinderung einige Rechte und Pflichten, welche im Nachgang dargestellt werden, durch den Arbeitgeber zu beachten sind.⁸⁹ Diese kann er nur erfüllen, wenn er von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers Kenntnis hat.

⁸⁹ BAG, Urteil vom 16.02.2012, 6 AZR 553/10.

Eine grundsätzliche Pflicht des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber die Schwerbehinderung mitzuteilen besteht demnach nicht. Solange er sie verschweigen möchte, kann er dies zunächst tun.

Die Mitteilung einer Behinderung an den Arbeitgeber wird im Vergleich zur Mitteilung einer Arbeitsunfähigkeit anders behandelt. Wonach der Arbeitnehmer beim Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit die Pflicht hat dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen, hat er diese Pflicht beim Vorliegen einer Behinderung zunächst nicht.

3. Zusatzurlaub

Schwerbehinderte Menschen haben, neben dem gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Urlaub, gemäß § 125 SGB IX Anspruch auf einen bezahlten zusätzlichen Urlaub von fünf Arbeitstagen im Urlaubsjahr. Soweit sich die regelmäßige Arbeitszeit des schwerbehinderten Menschen auf mehr oder weniger als fünf Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, erhöht oder vermindert sich der Zusatzurlaub entsprechend. Übt der schwerbehinderte Mensch eine Teilzeittätigkeit im Umfang von vier Tagen in der Woche aus, hat er einen Zusatzurlaub von vier Tagen pro Urlaubsjahr.

Behinderte und gleichgestellte behinderte Menschen genießen nicht den Anspruch auf Zusatzurlaub. Zum einen spricht der Wortlaut des § 125 SGB IX ausdrücklich von schwerbehinderten Menschen und zum anderen ist dies gesetzlich durch § 68 III SGB IX ausgeschlossen.

Soweit der schwerbehinderte Arbeitnehmer lang andauernd arbeitsunfähig erkrankt, gilt, wie beim Mindesturlaubsanspruch auch, dass der Zusatzurlaubsanspruch jeweils 15 Monate nach Ablauf des betreffenden Urlaubsjahres erlischt und nach Ablauf von zwei Jahren und drei Monaten nicht weiter anwächst. Der Zusatzurlaubsanspruch aus § 125 I 1 SGB IX ist an das rechtliche Schicksal des Mindesturlaubsanspruchs gebunden.⁹⁰

4. Arbeitsunfähigkeit des schwerbehinderten Menschen - betriebliches Eingliederungsmanagement, § 84 II 1 SGB IX

Soweit der schwerbehinderte Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist, hat der Arbeitgeber nach § 84 II 1 SGB IX als Präventionsmaßnahme ein bEM durchzuführen. Dabei klärt er mit der Interessenvertretung, der Schwerbehindertenvertretung, dem Werks- oder Betriebsarzt und

⁹⁰ BAG, Urteil vom 23.03.2010 – 9 AZR 128/09; Kothe/Beetz, jurisPR-ArbR 25/2009, Anm. 1 zu C 2; Mestwerdt, jurisPR-ArbR 27/2009, Anm. 2 zu C.

gegebenenfalls dem Rehabilitationsträger oder das Integrationsamt⁹¹, mit Zustimmung und Beteiligung des schwerbehinderten Arbeitnehmers, die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

Ziel des bEM ist auch die Entlastung der Sozialkassen durch Vermeidung von Krankengeldzahlungen oder Erwerbsminderungsrenten. Für den Arbeitgeber besteht der Vorteil in der Förderung von Gesundheit und Leistungsfähigkeit seiner Beschäftigten, der Verringerung von Fehlzeiten und der Senkung von Personalkosten, sowie der Verhinderung von krankheitsbedingtem Ausscheiden von Beschäftigten. Für den Arbeitnehmer selbst ist ein bEM eine Möglichkeit, welche vor einer Kündigung schützen kann.⁹²

Das bEM wird im Rahmen der Kündigung weiter thematisiert.

5. Ansprüche des Arbeitnehmers nach § 81 IV SGB IX

Nach § 84 IV SGB IX haben schwerbehinderte Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber Ansprüche, welche nachfolgend lediglich genannt werden sollen.

Dabei handelt es sich um einen Anspruch auf Beschäftigung, bei der der Schwerbehinderte seine Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln kann, § 81 IV Nr. 1 SGB IX. Nach § 81 IV Nr. 2 SGB IX haben Schwerbehinderte gegenüber ihrem Arbeitgeber einen Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung bei innerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung zur Förderung ihres beruflichen Fortkommens und nach Nr. 3 einen Anspruch auf Erleichterung im zumutbaren Umfang zur Teilnahme an außerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung. Außerdem hat der Arbeitnehmer einen Anspruch gegenüber seinem Arbeitgeber, dass dieser für eine behinderungsgerechte Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsumfeld, Arbeitsorganisation und Arbeitszeit sorgen muss und je nach Art der Behinderung den Arbeitsplatz des Schwerbehinderten mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen ausstatten muss, § 81 IV Nr. 4, 5 SGB IX.

Diese Ansprüche finden jedoch ihre Grenze und bestehen demnach nicht, soweit die Erfüllung für den Arbeitgeber nicht zumutbar ist oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre oder Vorschriften entgegenstehen.

⁹¹ <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsschutz/Gesundheit-am-Arbeitsplatz/betriebliches-eingliederungsmanagement.html>.

⁹² <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsschutz/Gesundheit-am-Arbeitsplatz/betriebliches-eingliederungsmanagement.html>.

6. Pflicht der Arbeitgeber zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen

Gemäß § 71 I 1 SGB IX haben private und öffentliche Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen auf wenigstens fünf Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen. Arbeitsplätze sind dabei nach § 73 I SGB IX alle Stellen, auf denen Arbeitnehmer, Beamte, Richter, Auszubildende und andere zu ihrer beruflichen Bildung Eingestellte beschäftigt werden.

Erfüllen die Arbeitgeber ihre Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nicht, sind sie nach § 77 I 1 SGB IX verpflichtet für jeden unbesetzten Pflichtarbeitsplatz für schwerbehinderte Menschen eine Ausgleichsabgabe zu entrichten. Dabei wird die Ausgleichsabgabe nach § 77 II SGB IX auf der Grundlage einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote ermittelt und beträgt je unbesetzten Pflichtarbeitsplatz zwischen 105 und 260 €.

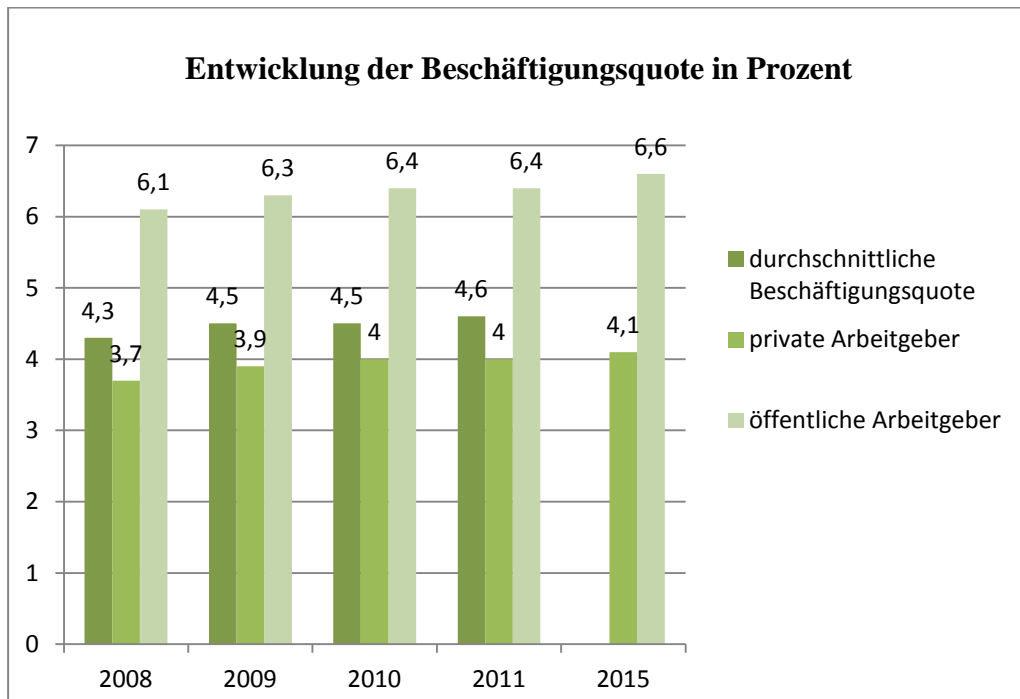
Außerdem sind Arbeitgeber nach § 81 I 1 SGB IX verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können. Soweit dies nicht erfolgt und ein Bewerber zu einem Stellenangebot des Arbeitgebers eine Schwerbehinderung aufweist und abgelehnt wird, besteht die Vermutung, dass diese Einstellungsentscheidung diskriminierend war.⁹³

Seit dem Jahr 2005 ist die Beschäftigungsquote in Deutschland relativ stabil. Im Jahr 2011⁹⁴ lag sie bei 4,6 Prozent. Im Vergleich zum Jahr 2005 hat sich die Beschäftigungsquote um 0,4 Prozent erhöht. Während öffentliche Arbeitgeber ihrer Beschäftigungspflicht im Jahr 2011 in vollem Umfang nachkamen und 6,4 Prozent ihrer Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Arbeitnehmern besetzten, lag die Beschäftigungsquote bei privaten Arbeitgebern im Jahresdurchschnitt bei 4,0 Prozent. Dabei hängt bei privaten Arbeitgebern die Erfüllung der Beschäftigungsquote auch von der Größe des Betriebes ab. Betriebe mit bis zu 40 Mitarbeitern im Durchschnitt erzielten eine Quote von 2,8 Prozent, die Quote bei Betrieben mit 250 bis 500 Arbeitsplätzen lag bei durchschnittlich 4,2 Prozent und bei Betrieben mit 500 bis 1.000 Arbeitsplätzen war eine Quote von 4,7 Prozent zu verzeichnen. Lediglich die deutschen Großkonzerne erfüllten im Jahr 2011 die vorgegebene Beschäftigungsquote mit durchschnittlich 6,5 Prozent. Aber auch in den Jahren 2008 bis 2010 sowie im Jahr 2015 erfüllten die öffentlichen Arbeitgeber ihre Beschäftigungspflicht. Dagegen wird sie durch die privaten Arbeitgeber im

⁹³ BAG, Urteil vom 13.10.2011 – 8 AZR 608/10.

⁹⁴ Hier wurden Zahlen aus dem Jahr 2011 herangezogen, welche der aktuellsten Ausgabe aus dem Jahr 2014 entstammen. Die Zahlen aus dem Jahr 2015 entstammen der BsbM, S. 1.

Jahresdurchschnitt nicht erfüllt. Allerdings ist im Jahr 2015 im Vergleich zum Jahr 2011 ein weiterer Anstieg der Beschäftigungsquote sowohl bei den privaten als auch bei den öffentlichen Arbeitgebern zu verzeichnen.⁹⁵



7. Mehrarbeit

Schwerbehinderte Menschen werden auf ihr Verlangen von Mehrarbeit freigestellt, § 124 SGB IX. Das heißt, sie sind dann nicht verpflichtet Überstunden zu leisten.

⁹⁵ BIH, S. 10, 11.

E. Kündigung bei Krankheit und Behinderung

Im Folgenden sollen neben der Kündigung des Arbeitsverhältnisses im Allgemeinen die Möglichkeiten einer Kündigung im Falle einer Krankheit und im Falle einer Behinderung erörtert werden.

I. Kündigung im Allgemeinen

Nachfolgend wird sowohl auf das Institut der Kündigung und deren Anforderungen und Grenzen, sowie die Grenze der Diskriminierung nach dem AGG eingegangen, als auch auf den besonderen Kündigungsschutz durch das KSchG.

1. Institut der Kündigung

Eine Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige und unwiderrufliche Willenserklärung.⁹⁶ Sie hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis beendet ist bzw. wird.

Da die Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, muss sie dem Empfänger auch zugehen. Für den Zugang einer schriftlichen Kündigung unter Anwesenden genügt die Aushändigung und Übergabe an den Arbeitnehmer, sodass er vom Inhalt Kenntnis nehmen kann.⁹⁷ Der Zugang einer Kündigung unter Abwesenden ist wirksam, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhalten die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen.⁹⁸ Zum Bereich des Empfängers gehören auch die von ihm zur Entgegennahme von Erklärungen bereit gehaltenen Einrichtungen, wie beispielsweise der Briefkasten.⁹⁹

Inhaltlich muss der Wille des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis zu beenden, erkennbar sein.¹⁰⁰ Allerdings muss die Bezeichnung Kündigung nicht erfolgen.¹⁰¹ Die Kündigung kann fristlos sein oder das Dauerschuldverhältnis nach Ablauf einer bestimmten Frist oder zu einem bestimmten Termin beenden.

Zur Rechtssicherheit für die Vertragsparteien und zur zeitsparenden Beweiserleichterung im Rechtsstreit¹⁰² bedarf die Kündigung gem. § 623 BGB zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die elektronische Form ist ausgeschlossen. Erfolgt dennoch eine Kündigung in elektronischer Form, so ist

⁹⁶ Weidenkaff in Palandt, Vorb v § 620, Rn. 29.

⁹⁷ BAG NJW 05, 1533.

⁹⁸ BGH 67, 271; BAG NJW 93, 1093; Ellenberger in Palandt, § 130, Rn. 5.

⁹⁹ Ellenberger in Palandt, § 130, Rn. 5.

¹⁰⁰ Weidenkaff in Palandt, Vorb v § 620, Rn. 32.

¹⁰¹ Weidenkaff in Palandt, Vorb v § 620, Rn. 32.

¹⁰² Weidenkaff in Palandt, § 623 BGB, Rn. 1.

die Kündigung nach § 125 BGB nichtig. Die Kündigung muss schriftlich abgefasst sein. Wie die Urkunde hergestellt wird ist unerheblich.¹⁰³ Sie kann mit Hand, Maschine oder PC geschrieben, gedruckt oder vervielfältigt werden.¹⁰⁴ Sie muss auch zum Textabschluss eine eigenhändige Unterschrift des Arbeitgebers oder dessen Vertreter enthalten.¹⁰⁵

Eine Kündigung ist nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit erst als äußerstes Mittel zulässig, wenn keine Möglichkeit zu einer Beschäftigung unter anderen Bedingungen besteht.¹⁰⁶ Sie ist daher ultima ratio.

1.1. Grenzen der Kündigung

Eine Kündigung sollte nicht nach § 134 BGB verbotswidrig sein. Verbotswidrig ist eine Kündigung beispielsweise gegenüber Frauen im Mutterschutz, während der Elternzeit oder bei einer ordentlichen Kündigung gegenüber Betriebsratsmitgliedern.¹⁰⁷ Die Kündigung darf auch nicht nach § 138 BGB sittenwidrig sein und damit auf einem verwerflichen Motiv, wie Rachsucht oder Vergeltung, beruhen.¹⁰⁸ Ein Verstoß gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB ist bei einer Kündigung ebenfalls zu vermeiden. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt bei Willkür, Kündigung zur Unzeit¹⁰⁹ oder in verletzender Form vor. Außerdem muss sie dem AGG gerecht werden und damit nicht diskriminierend sein.

Sofern im Unternehmen ein Betriebsrat existiert, ist er vor Ausspruch der Kündigung gem. § 102 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) anzuhören. Andernfalls ist die ausgesprochene Kündigung unwirksam.

1.2. Diskriminierung nach dem AGG

Fraglich ist, inwieweit das AGG im Falle einer diskriminierenden Kündigung zur Anwendung kommt, wenn die diskriminierte Person (noch) nicht unter das KSchG fällt. Diesbezüglich bestand in der Literatur ein Streit.

Dieser Streit wurde jedoch vom Bundesarbeitsgericht höchstrichterlich entschieden. Dieser hat sich der Ansicht angeschlossen, dass er die Kündigungen auch außerhalb des spezialgesetzlichen Kündigungsschutzes für unwirksam hält, wenn diese eine Diskriminierung darstellen. Eine ordentliche Kündigung, die einen Arbeitnehmer, auf den das KSchG (noch) keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe diskriminiert,

¹⁰³ Ellenberger in Palandt, § 126, Rn. 2.

¹⁰⁴ Ellenberger in Palandt, § 126, Rn. 2.

¹⁰⁵ Ellenberger in Palandt, § 126, Rn. 6, 8.

¹⁰⁶ BAG NZA-RR 07, 571; Weidenkaff in Palandt, Vorb v § 620, Rn. 46.

¹⁰⁷ Weidenkaff in Palandt, Vorb v § 620, Rn. 47.

¹⁰⁸ Ellenberger in Palandt, § 138, Rn. 91.

¹⁰⁹ BAG NJW 01, 2994; Weidenkaff in Palandt, Vorb v § 620, Rn. 49.

ist nach § 134 BGB in Verbindung mit § 7 I, §§ 1, 3 AGG unwirksam.¹¹⁰ Dabei handelt es sich um Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität.

Grund für diesen Streit war § 2 IV AGG, in dem geregelt ist, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Die wohl überwiegende Meinung im Schrifttum nahm an, dass die Benachteiligungsverbote des AGG bei der Prüfung, ob die Kündigung nach den zivilrechtlichen Generalklauseln unwirksam sei, berücksichtigt werden müssen.¹¹¹ Eine andere Ansicht vertritt die Auffassung, die Bestimmungen des AGG seien bei der Prüfung, ob die Kündigung nach den zivilrechtlichen Generalklauseln unwirksam sei, unmittelbar zu berücksichtigen, die unionsrechtlich geforderte Beweislastverteilung müsse durch eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 138 II ZPO gewährleistet werden.¹¹² Teilweise wurde die Ansicht vertreten, dass § 2 IV AGG Kündigungen während der Wartezeit und im Kleinbetrieb nicht erfasst werden.¹¹³ Das BAG ist jedoch der Ansicht, dass § 2 IV AGG aufgrund der eindeutigen europarechtlichen Vorgaben nicht dahin verstanden werden kann, dass diskriminierende Kündigungen nur unwirksam sein sollten, wenn die Voraussetzungen des KSchG erfüllt sind. Es stellt ausdrücklich dar, dass eine Kündigung auf keinen Fall auf einem Diskriminierungsgrund gestützt werden darf.¹¹⁴

Die Antidiskriminierungsrichtlinie – Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Feststellung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf gewährt auch einen Schutz vor diskriminierenden Kündigungen. Dieser Schutz erfasst auch Arbeitnehmer außerhalb des KSchG.¹¹⁵

Das BAG hat zu Recht festgestellt, dass Kündigungen die diskriminierend sind immer verboten sind. Dieser Schutz gilt somit für alle Arbeitnehmer, egal ob sie unter das KSchG fallen, sich in der Wartezeit befinden oder in einem Kleinbetrieb tätig sind oder sich in der Probezeit befinden und stellt somit eine Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer dar. Eine andere Ansicht, die eine

¹¹⁰ BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12.

¹¹¹ KR/Treber, § 2 AGG, Rn. 17, 19; KR/Griebeling, § 1 KSchG, Rn. 26a; ErfK/Schlachter, § 2 AGG, Rn. 18; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 2, Rn. 62.

¹¹² APS/Preis, Grundlagen J, Rn. 71f, 71g.

¹¹³ HaKo/Mayer, § 1 KSchG, Rn. 147ff.; Kittner/Däubler/Zwanziger, Rn. 63;

Löwisch/Spinner/Wertheimer, Vor § 1, Rn. 28.

¹¹⁴ BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12.

¹¹⁵ EuGH, Urteil vom 11.07.2006 – C-13/05; BAG, Urteil vom 19.12.2013 - 6 AZR 190/12.

Ungleichbehandlung gelten lässt, wäre auch unter dem europarechtlichen Aspekt nicht tragbar.

Das AGG geht davon aus, dass Kündigungen grundsätzlich zulässig sind, es sei denn, es liegt eine Diskriminierung (Negativliste) vor. Dagegen verlangt das KSchG Gründe, die die Kündigung rechtfertigen.¹¹⁶

2. Kündigungsschutzgesetz

Einige Arbeitnehmer genießen einen besonderen Kündigungsschutz nach dem KSchG. Dabei wird grundsätzlich nur die ordentliche Kündigung, nicht aber die außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers beschränkt.¹¹⁷ Nach § 13 I 1, 2 KSchG werden nämlich die Vorschriften über das Recht der außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch das KSchG mit Ausnahme der Regelungen über eine Klage nicht berührt.

2.1. Anwendungsbereich des KSchG

Das KSchG findet nach § 23 I KSchG nur Anwendung in Betrieben¹¹⁸ und Verwaltungen des privaten und des öffentlichen Rechts im Bundesgebiet¹¹⁹, in denen zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs¹²⁰ in der Regel mehr als fünf Arbeitnehmer, die bereits am 31.12.2003 im Betrieb beschäftigt waren.¹²¹ Nicht dazu zählen Auszubildende. In Betrieben und Verwaltungen mit in der Regel 10 oder weniger Arbeitnehmern besteht seit dem 01.01.2004 kein Kündigungsschutz für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat.¹²²

Weitere Voraussetzung zur Anwendung des KSchG ist, dass zum Zeitpunkt der Kündigung das Arbeitsverhältnis einschließlich einer vorherigen Berufsausbildung¹²³ länger als sechs Monate bestanden haben muss, § 1 I KSchG. Maßgeblich ist nicht, wie lange der Arbeitnehmer tatsächlich gearbeitet hat. Vielmehr darf das Arbeitsverhältnis nicht unterbrochen gewesen sein.

2.2. Prozessuales

Soweit ein Arbeitnehmer gegen seine Kündigung seitens des Arbeitgebers vorgehen möchte und damit beispielsweise die Unwirksamkeit der Kündigung

¹¹⁶ Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Auflage, § 2, Rn. 56.

¹¹⁷ Weidenkaff in Palandt, Vorb v § 620, Rn. 61.

¹¹⁸ BAG NJW 08, 3309.

¹¹⁹ BAG NJW 05, 90; BAG NJW 08, 2665.

¹²⁰ Kiel in ErfK, KSchG 23, Rn. 14.

¹²¹ BAG NZA 07, 438; BAG NZA 08, 944; BAG NZA 09, 484.

¹²² Weidenkaff in Palandt, Vorb v § 620, Rn. 62/63.

¹²³ BAG NJW 04, 1405.

erreichen möchte, so muss er Kündigungsschutzklage bei dem zuständigen Arbeitsgericht erheben. Nach § 48 Ia Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) ist grundsätzlich das Arbeitsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat. Die Kündigungsschutzklage ist eine Feststellungsklage mit dem Klageantrag, feststellen zu lassen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, § 4 S. 1 KSchG.

Die Erhebung der Kündigungsschutzklage kann nur innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen. Die Klagefrist beträgt dabei gem. § 4 S. 1 KSchG drei Wochen ab Zugang der schriftlichen Kündigung. Die Klage muss innerhalb dieser drei Wochenfrist beim Arbeitsgericht eingehen. Sofern die Klage innerhalb dieses Zeitraums nicht bei Gericht eingeht, ist sie unbegründet.¹²⁴ Nach § 7 KSchG gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam.

2.3. Wirkung

Hinsichtlich der Wirkung ist zwischen fünf verschiedenen Wirkungsarten zu unterscheiden. Dies wären die Unwirksamkeit, die Heilung, die Auflösung, die Abfindung und das Wahlrecht.

Unwirksamkeit der Kündigung besteht, wenn sie gem. § 1 I KSchG sozial ungerechtfertigt ist. Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung nach § 1 II KSchG, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Die Kündigung kann auch sozial ungerechtfertigt sein, wenn bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen der Betriebsrat oder die Personalvertretung Einwendungen erhebt und wenn aus bestimmten Kriterien die Auswahl des gekündigten Arbeitnehmer grob fehlerhaft war, § 1 II – IV KSchG. Eine betriebsbedingte Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, wenn nach § 1 III 1 KSchG die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, eine Unterhaltspflicht und eine Schwerbehinderung nicht berücksichtigt werden.

Eine Heilung einer unwirksamen Kündigung tritt ein, sobald die Klagefrist versäumt wurde, § 7 KSchG.

Die Auflösung meint die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Gestaltungsurteil des Arbeitsgerichts. Auf Antrag des Arbeitnehmers hat das Gericht das Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn die Kündigung wegen einer

¹²⁴ BAG NJW 86, 3224.

Sozialwidrigkeit das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat und dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist, § 9 I 1 KSchG. Auf Antrag des Arbeitgebers hat das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn die Kündigung ebenfalls sozialwidrig ist und das Arbeitsverhältnis dadurch fortbesteht und Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen, § 9 I 2 KSchG.

Im Falle der Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag des Arbeitnehmers hat das Arbeitsgericht nicht nur festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst wurde und das Arbeitsverhältnis aufzulösen, sondern nach § 9 I 1 KSchG auch den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen. Die angemessene Abfindung ist gestaffelt bis zu 18 Monatsverdiensten. Nach § 10 I KSchG ist ein Betrag bis zu zwölf Monatsverdiensten festzusetzen. Nach § 10 II 1 KSchG ist nach zwei weiteren Stufen zu unterscheiden. Danach ist ein Betrag bis zu fünfzehn Monatsverdiensten festzusetzen, wenn der Arbeitnehmer das fünfzigste Lebensjahr vollendet hat und das Arbeitsverhältnis mindestens fünfzehn Jahre bestanden hat und ein Betrag bis zu achtzehn Monatsverdiensten festzusetzen, wenn der Arbeitnehmer das fünfundfünfzigste Lebensjahr vollendet hat und das Arbeitsverhältnis mindestens zwanzig Jahre bestanden hat.

Der Arbeitnehmer hat ein Wahlrecht, soweit nach der Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis fortbesteht und der Arbeitnehmer inzwischen jedoch ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen ist. Dabei kann er nach § 12 I KSchG binnen einer Woche nach Rechtskraft des Urteils durch Erklärung gegenüber dem alten Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei diesem verweigern. Diese Möglichkeit besteht jedoch nicht bei Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit durch den Arbeitnehmer.¹²⁵

2.4. Kündigungsgründe nach dem Kündigungsschutzgesetz

Nach dem KSchG sind drei Kündigungsgründe zu unterscheiden, nach denen eine ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber sozial gerechtfertigt ist. Dabei handelt es sich um die personenbedingte, verhaltensbedingte und betriebsbedingte Kündigung. Dies ergibt sich aus § 1 II 1 KSchG, der besagt, dass eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist, wenn sie durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Sowohl die personenbedingte als auch die verhaltensbedingte Kündigung beruhen auf Gründen, die in der

¹²⁵ BAG NJW 08, 1466.

Sphäre des Arbeitnehmers liegen. Allein die betriebsbedingte Kündigung beruht auf Gründen, welche in der Sphäre des Arbeitgebers liegen.



2.4.1. Personenbedingte Kündigung

Bei der personenbedingten Kündigung stehen die Eigenschaften des Arbeitnehmers, wie Fähigkeiten und Eignung, im Vordergrund. Die personenbedingte Kündigung setzt daher voraus, dass der Arbeitnehmer bei Zugang der Kündigung und voraussichtlich alsbald danach die von ihm arbeitsvertraglich geschuldete Leistung aufgrund mangelnder Fähigkeiten oder Eignung nicht erfüllen kann.¹²⁶ Unerheblich ist, ob der Arbeitnehmer die betreffenden Fähigkeiten oder Eignung je besessen hat oder sie irgendwann (Wieder-)erlangen kann, da es für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Kündigung auf den Zeitpunkt deren Zugangs ankommt.¹²⁷

Kurz gesagt, liegt eine personenbedingte Kündigung vor, wenn der Arbeitnehmer will, aber nicht kann.¹²⁸

Personenbedingte Kündigungsgründe können zum einen auf objektiven Leistungsmängeln beruhen und zum anderen sich aus subjektiven, unmittelbar in der Person des Arbeitnehmers begründeten Leistungsdefiziten ergeben.¹²⁹ Dabei sind objektive Leistungsmängel beispielsweise ein fehlendes

¹²⁶ KR/Etzel, § 1 KSchG, Rn. 226.

¹²⁷ KR/Etzel, § 1 KSchG, Rn. 226.

¹²⁸ Hümmerich/Holthausen, Nr. 320 KSchG, Rn. 213.

¹²⁹ HWK/Thies, § 1 KSchG, Rn. 94.

Gesundheitszeugnis eines Kochs, Verlust der Fahrerlaubnis bei einem Kraftfahrer, Versagung einer Arbeitserlaubnis eines ausländischen Arbeitnehmers, Fehlzeiten wegen Freiheitsstrafe.¹³⁰ Subjektive Leistungsmängel liegen vor, wenn dem Arbeitnehmer die geistige, körperliche oder charakterliche Befähigung durch Durchführung der Arbeitsaufgaben fehlt.

Die personenbedingte Kündigung bedarf im Vergleich zur verhaltensbedingten Kündigung keiner Abmahnung.¹³¹

Allerdings erfolgt die Prüfung der Sozialwidrigkeit einer personenbedingten Kündigung nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung in drei Stufen, sog. Drei-Stufen-Prüfung.¹³² Dabei ist in erster Stufe eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes vorzunehmen. Auf zweiter Stufe ist zu prüfen, ob die bisherigen und nach der Prognose zu erwartenden Auswirkungen des Gesundheitszustands des Arbeitnehmers weiter zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. In der dritten Stufe erfolgt sodann eine Interessenabwägung der widerstreitenden Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dabei muss das Lösungsinteresse des Arbeitgebers die Bestandsschutzbelange des Arbeitnehmers überwiegen.

a) Fehlende Fähigkeit und Eignung des Arbeitnehmers

Das BAG prüft auf der ersten Stufe die fehlende Fähigkeit und Eignung des Arbeitnehmers, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, sog. negative Prognose. Dabei wird nicht auf vorangegangene Zeiten geblickt. Vielmehr erfolgt die Beurteilung zukunftsbezogen. Die negative Prognose dient vielmehr dazu, das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf zukünftig zu erwartende Beeinträchtigungen zu überprüfen.¹³³ Maßgebend sind dabei objektive Tatsachen und Umstände zum Zeitpunkt der Kündigung¹³⁴, anhand deren ermittelt wird, ob mit einer baldigen (Wieder-)Herstellung der persönlichen Eignungen und/oder Fähigkeiten des Arbeitnehmers zur ordnungsgemäßen Erbringung seiner arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung gerechnet werden kann.¹³⁵

¹³⁰ Hümmerich/Holthausen, Nr. 320 KSchG, Rn. 214.

¹³¹ v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG, Rn. 185.

¹³² BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 664/13; BAG, Urteil vom 30.09.2010 – 2 AZR 88/09; BAG, Urteil vom 16.02.1989 – 2 AZR 299/88; BAG, Urteil vom 09.04.1987 – 2 AZR 210/86.

¹³³ Kittner/Zwanziger/Deinert, § 93, Rn. 5.

¹³⁴ BAG, Urteil vom 12.04.2002 – 2 AZR 148/01.

¹³⁵ Hümmerich/Holthausen, Rn. 217.

b) Erhebliche Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen

Neben der negativen Gesundheitsprognose muss nunmehr eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen gegeben sein. Die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen kann durch Störungen im Betriebsablauf oder wirtschaftliche Belastungen hervorgerufen werden.¹³⁶ Bloße abstrakte oder konkrete Gefährdungen reichen hierfür nicht aus.¹³⁷ Vielmehr müssen die Störungen konkrete Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben.

c) Interessenabwägung

Auf letzter Stufe prüft das BAG, ob die erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führt oder ob die Kündigung aus der Sicht eines verständigen Arbeitgebers als billigend und angemessen erscheint.¹³⁸ Dabei sind bei der Abwägung strenge Maßstäbe anzulegen.¹³⁹

Beruhet der Grund auf Vorgängen, welche ihren Ursprung im Arbeitsverhältnis selbst haben, wie zum Beispiel im Fall einer Berufskrankheit oder aufgrund von Beeinträchtigungen, welche auf einem Betriebsunfall beruhen, ist dies bei der vorzunehmenden Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.¹⁴⁰ Weiterhin ist für den Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit, sein Lebensalter, der ungestörte Ablauf des Arbeitsverhältnisses, seine Unterhaltsverpflichtungen und seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Hat der Arbeitnehmer durch unvorsichtiges Verhalten den Umstand, auf dem der Kündigungsgrund beruht, herbeigeführt oder selbst verschuldet, so ist dies zuungunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Entsprechendes gilt auch bei gesundheitsschädlichem und genesungswidrigem Verhalten.¹⁴¹

Auf Arbeitgeberseite ist zu berücksichtigen, ob ihm angemessene Maßnahmen zur Verfügung stehen, um der Beeinträchtigung seiner betrieblichen Interessen zu begegnen.¹⁴² Eine Kündigung aus personenbedingten Gründen sollte das letzte Mittel darstellen und ist somit ultima ratio. Der Arbeitgeber hat daher geeignete Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten, wie Versetzung, Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen oder Anbieten eines dem Arbeitnehmer

¹³⁶ Tschöpe, BB 2001, 2110.

¹³⁷ HaKo-KSchR/Gallner, § 1 Teil E, Rn. 436.

¹³⁸ APS/Dörner, § 1 KSchG, Rn. 126.

¹³⁹ BAG, Urteil vom 10.12.1956 – 2 AZR 288/54.

¹⁴⁰ HaKo-KSchR/Gallner, § 1 Teil E, Rn. 444.

¹⁴¹ HWK/Thies, § 1 KSchG, Rn. 115.

¹⁴² KR/Etzel, § 1 KSchG, Rn. 276.

leistungsgeminderten freien Arbeitsplatzes, für den betreffenden Arbeitnehmer zu prüfen.¹⁴³

2.4.2. Verhaltensbedingte Kündigung

Die verhaltensbedingte Kündigung soll nur im Überblick dargestellt werden, da der Schwerpunkt aufgrund des Themas Krankheit und Behinderung eher bei der personenbedingten Kündigung liegen soll.

Bei der verhaltensbedingten Kündigung liegt der Grund der Kündigung in einem Fehlverhalten des Arbeitnehmers. Die verhaltensbedingte Kündigung erfordert ein steuer- und zurechenbares Verhalten.¹⁴⁴ Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer seine Vertragspflicht schuldhaft verletzt hat¹⁴⁵ und eine zumutbare Möglichkeit eine andere, zukünftige Störung zuverlässig ausschließende Beschäftigung nicht besteht und eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen des Arbeitgebers und Arbeitnehmers billigend und angemessen erscheint.¹⁴⁶ Dabei muss eine negative Zukunftsprognose vorliegen, bei der zum Zeitpunkt der Kündigung mit einer Fortsetzung der sich negativ auf das Arbeitsverhältnis auswirkenden Vertragsverletzungen durch den Arbeitnehmer zu rechnen ist.¹⁴⁷

Wichtig für eine verhaltensbedingte Kündigung ist, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer grundsätzlich zuvor wegen eines gleichartigen Pflichtverstoßes abgemahnt haben muss.¹⁴⁸ Allerdings ist die vorherige Abmahnung entbehrlich, wenn das Fehlverhalten des Arbeitnehmers schwerwiegend ist und für den Arbeitnehmer die Pflichtwidrigkeit ohne Weiteres erkennbar war und er mit einer Billigung seines Verhaltens seitens des Arbeitgebers nicht rechnen konnte.¹⁴⁹ Eine Abmahnung ist auch entbehrlich, wenn der Arbeitnehmer nicht willens oder nicht in der Lage ist, sich vertragstreu zu verhalten.¹⁵⁰

Beispiele für eine verhaltensbedingte Kündigung können folgende sein: Die unverzügliche Anzeige der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer durch den Arbeitnehmer nach dem EntgFG stellt eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht dar. Ein Verstoß gegen vertragliche Nebenpflicht zur

¹⁴³ BAG, Urteil vom 07.02.1991 – 2 AZR 205/90.

¹⁴⁴ Hümmerich/Holthausen in Anwaltskommentar, Nr. 320 KSchG, Rn. 300.

¹⁴⁵ BAG, Urteil vom 21.05.1992 – 2 AZR 551/91; BAG, Urteil vom 16.03.1961 – 2 AZR 539/59.

¹⁴⁶ BAG, Urteil vom 08.09.2011 – 2 AZR 543/10.

¹⁴⁷ BAG, Urteil vom 21.01.1999 – 2 AZR 665/98.

¹⁴⁸ BAG, Urteil vom 17.02.1994 – 2 AZR 616/93; BAG 21.11.1985 – 2 AZR 21/85.

¹⁴⁹ BAG, Urteil vom 21.06.2001 – 2 AZR 325/00; BAG, Urteil vom 11.03.1999 – 2 AZR 427/98; BAG, Urteil vom 11.03.1999 – 2 AZR 507/98; BAG, Urteil vom 24.04.1997 – 2 AZR 268/96.

¹⁵⁰ BAG, Urteil vom 26.01.1995 – 2 AZR 649/94; BAG, Urteil vom 12.07.1984 – 2 AZR 320/83; BAG, Urteil vom 18.05.1994 – 2 AZR 629/93.

unverzöglichen Anzeige der Arbeitsunfähigkeit und deren Fortdauer ist, jedenfalls nach vorheriger Abmahnung, grundsätzlich geeignet, eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen.¹⁵¹ Der Arbeitnehmer hat die Pflicht zu gesundheits- und heilungsförderndem Verhalten. Aufgrund dieser Pflicht ist er gehalten, während seiner Krankheit alles zu unterlassen, was die Genesung hinauszögern könnte. Erbringt der Arbeitnehmer während seiner Arbeitsunfähigkeit Tätigkeiten, die seiner baldigen Genesung hinderlich sind, rechtfertigt dies nach den Umständen des Einzelfalls eine ordentliche Kündigung.¹⁵² Eine wiederholte Verspätung des Arbeitnehmers und unentschuldigtes Fehlen sind nach vorheriger Abmahnung Gründe für eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung.¹⁵³ Ebenso rechtfertigen häufige Unpünktlichkeiten, auch nach zwei einschlägigen Abmahnungen, eine verhaltensbedingte Kündigung.¹⁵⁴ Der Arbeitnehmer hat nämlich die arbeitsvertragliche Pflicht, die Arbeitsleistung im Rahmen der betrieblichen Arbeitszeit zu erbringen. Der Arbeitnehmer verletzt auch seine arbeitsvertraglichen Pflichten, wenn er eigenmächtig einen vom Arbeitgeber nicht genehmigten Urlaub antritt. Dies rechtfertigt sogar eine außerordentliche Kündigung.¹⁵⁵

2.4.3. Betriebsbedingte Kündigung

Auch die betriebsbedingte Kündigung soll aus den gleichen Gründen wie bei der verhaltensbedingten Kündigung lediglich im Überblick dargestellt werden.

Unabhängig von der Person oder vom Verhalten des Arbeitnehmers begründet auch ein dringendes betriebliches Erfordernis, das einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb entgegensteht, die soziale Rechtfertigung einer Kündigung nach dem KSchG. Damit hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, den Personalbestand an den von ihm vorgegebenen Personalbedarf anzugleichen. Es obliegt daher dem Arbeitgeber, ob er bei einem Wegfall des Arbeitsplatzes Personal abbaut, nur einen Teil der überzähligen Arbeitnehmer entlässt und die übrigen behält.¹⁵⁶ Eine betriebsbedingte Kündigung kommt in Betracht, wenn bei Ausspruch der Kündigung aufgrund einer vernünftigen betriebswirtschaftlichen Prognose davon auszugehen ist, dass zum Zeitpunkt des Kündigungsstermins eine Beschäftigungsmöglichkeit nicht mehr besteht.¹⁵⁷ Dabei kommen sowohl außerbetriebliche Gründe, welche von außen auf das Unternehmen einwirken, als auch innenbetriebliche Gründe, die vom

¹⁵¹ BAG, Urteil vom 07.12.1988 – 7 AZR 122/88.

¹⁵² LAG Hamm 28.08.1991 – 15 Sa 437/91.

¹⁵³ BAG, Urteil vom 24.03.1988 – 2 AZR 680/87; BAG, Urteil vom 13.03.1987 – AZR 601/85.

¹⁵⁴ ArbG Frankfurt a.M., Urteil vom 15.10.2002 – Ca 2231/02.

¹⁵⁵ ArbG Trier, Urteil vom 16.01.2001 – 3 Ca 1880/00.

¹⁵⁶ BAG, Urteil vom 07.05.1998 – 2 AZR 55/98.

¹⁵⁷ BAG, Urteil vom 12.04.2002 – 2 AZR 256/01.

Unternehmen selbst herbei geführt werden, in Betracht. Ersteres meint beispielsweise ein Wegfall von Arbeitsaufträgen, Umsatzeinbußen und Absatzrückgang. Unter letzterem werden beispielsweise Schließungen, Umstrukturierungen eines Unternehmens, Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Verlagerung der Produktion verstanden.

Bei einer betriebsbedingten Kündigung ist eine sogenannte Sozialauswahl nach § 1 III KSchG vorzunehmen. Es ist derjenige Arbeitnehmer von mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern auszuwählen, der am wenigsten von den Folgen der Kündigung beeinträchtigt wird. Maßgebend für die Sozialauswahl sind ausschließlich die in § 1 III KSchG aufgezählten Kriterien der Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, bestehende Unterhaltspflichten und vorliegende Schwerbehinderungen.

II. Kündigung bei einer Krankheit

Nachfolgend sollen die ordentliche Kündigung und die außerordentliche Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen dargestellt werden.

1. Ordentliche Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen

Die Kündigung aufgrund einer Krankheit – sog. krankheitsbedingte Kündigung – stellt die bedeutendste Fallgruppe der personenbedingten Kündigung dar. Mit Krankheit ist nicht der medizinische Krankheitsbegriff gemeint, sondern vielmehr der arbeitsrechtliche Krankheitsbegriff. Letzterer knüpft jedoch an den medizinischen Begriff an. Bei der krankheitsbedingten Kündigung stellt die Krankheit selbst keinen Kündigungsgrund dar. Kündigungsrechtlich relevant wird die Krankheit erst, wenn es durch sie zu störenden Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis kommt.¹⁵⁸

Die sozial gerechtfertigte Kündigung kann auch während einer Krankheit ausgesprochen werden. Nach § 58d Arbeitsgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik war die Kündigung eines Arbeitnehmers während einer Krankheit ausgeschlossen. Damit war der Arbeitnehmer für die Dauer seiner Krankheit sicher vor einer Kündigung. Das heute geltende Recht der Bundesrepublik Deutschland sieht solch eine Regelung nicht vor. Das KSchG schützt den Arbeitnehmer nicht vor einer Kündigung während einer Krankheit. Sobald die Voraussetzungen für eine krankheitsbedingte Kündigung vorliegen, kann der Arbeitgeber, auch während der Dauer der Krankheit des Arbeitnehmers, das bestehende Arbeitsverhältnis kündigen.

¹⁵⁸ APS/Dörner, § 1 KSchG, Rn. 136; Hümmelich/Holthausen, Nr. 320 § 1 KSchG, Rn. 259.

Die krankheitsbedingte Kündigung wird nach der Rechtsprechung, wie die anderen personenbedingten Kündigungen auch, in drei Stufen geprüft.¹⁵⁹ Sobald eine dieser drei Stufen nicht vorliegt, ist die Kündigung unwirksam. Sie ist daher sozial gerechtfertigt, wenn eine negative Gesundheitsprognose vorliegt. Das heißt, es müssen zum Zeitpunkt der Kündigung Tatsachen vorliegen, die die Prognose weiterer Erkrankungen des Arbeitnehmers in dem bisherigen Umfang rechtfertigen. Außerdem muss feststehen, dass die zu erwartenden Fehlzeiten des Arbeitnehmers zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen oder wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers führen. Schließlich muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden, welche zugunsten des Arbeitgebers ausgeht. Sie muss daher ergeben, dass ihm bei einer umfassenden Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung der Dauer des Arbeitsverhältnisses, der Krankheitsursache, der Fehlzeiten vergleichbarer Arbeitnehmer und des Lebensalters die Beeinträchtigung seiner Interessen nicht mehr weiter zugemutet werden kann.¹⁶⁰

Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung unterscheidet bei der krankheitsbedingten Kündigung zwischen vier Fallgruppen. Dabei handelt es sich um häufige Kurzerkrankungen, lang andauernde Krankheiten, dauernde Leistungsunfähigkeit und krankheitsbedingte Leistungsminderung. Bei den vier Fallgruppen ist die drei-Stufen-Prüfung jeweils in etwas anderer Weise zu prüfen. Auf Grund dessen werden diese im Folgenden getrennt voneinander dargestellt. Wichtig ist auch, dass für jeden Krankheitsfall eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen werden muss. Dies wirkt sowohl in der betrieblichen als auch in der gerichtlichen Praxis Schwierigkeiten auf.

1.1. Häufige Kurzerkrankungen

Bei der Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen handelt es sich um die in der Praxis häufigste krankheitsbedingte Kündigung.¹⁶¹ Bei dieser Fallgruppe ist der Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung immer wieder für kürzere Zeit – einige Tage oder Wochen - arbeitsunfähig erkrankt, so dass die Fehlzeiten des Arbeitnehmers auf Dauer ein Ausmaß erreichen, dass der Arbeitgeber nicht mehr hinnehmen muss. Im Fokus stehen dabei die wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers und die Gefahr, dass sich die krankheitsbedingten Arbeitsunfälle in der Zukunft in dem gleichen Umfang

¹⁵⁹ BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 664/13; BAG, Urteil vom 30.09.2010 – 2 AZR 88/09.

¹⁶⁰ BAG, Urteil vom 23.01.2014 – 2 AZR 582/13; BAG, Urteil vom 30.09.2010 – 2 AZR 88/09; BAG, Urteil vom 23.04.2008 – 2 AZR 1012/06.

¹⁶¹ Stahlhacke/Preis/Vossen, Rn. 1223; Berkowsky, NZA-RR 2001, S. 393(395).

fortsetzen werden.¹⁶² Nach der Rechtsprechung ist Sinn und Zweck der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen eine Bewahrung des Arbeitgebers vor künftigen zumutbaren Beeinträchtigungen.¹⁶³

1.1.1. Negative Gesundheitsprognose

Das BAG hält in ständiger Rechtsprechung eine negative Gesundheitsprognose für gegeben, wenn objektive Tatsachen vorliegen, die zur Befürchtung Anlass geben, der Arbeitnehmer werde auch in Zukunft seinem Arbeitsplatz krankheitsbedingt in erheblichem Umfang fernbleiben. Dabei können häufige Erkrankungen in der Vergangenheit ein Indiz für eine entsprechende künftige Entwicklung des Krankheitsbildes sein.¹⁶⁴

Die negative Gesundheitsprognose muss ergeben, dass zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung davon auszugehen ist, dass aufgrund der Erkrankung des Arbeitnehmers auch nach dem Kündigungstermin mit weiteren Störungen bei der Leistungserbringung zu rechnen ist.¹⁶⁵ Daraus folgt, dass ein Arbeitnehmer, welcher zum Zeitpunkt des Kündigungstermins wieder gesund sein wird und auf absehbare Zeit nicht wieder erneut erkranken wird, grundsätzlich nicht allein wegen seiner in der Vergangenheit liegenden Erkrankung gekündigt werden kann.¹⁶⁶

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer negativen Gesundheitsprognose trägt grundsätzlich der Arbeitgeber. Dabei können häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit für einen entsprechenden zukünftigen Krankheitsverlauf sprechen. Ausreichend ist das der Arbeitgeber dann die Fehlzeiten nach Zahl, Dauer und zeitlicher Abfolge beschränkt. Der Arbeitgeber hat auch die Möglichkeit sich bei dem Arbeitnehmer über dessen Gesundheitsstand zu erkundigen. Eine Pflicht zur Erkundigung seitens des Arbeitgebers besteht allerdings genauso wenig wie die Pflicht des Arbeitnehmers Auskunft zu erteilen.¹⁶⁷

Im Falle eines arbeitsrechtlichen Prozesses hat der Arbeitnehmer wiederum nach § 138 II Zivilprozessordnung (ZPO) eine Mitwirkungspflicht und muss darlegen, weshalb die Besorgnis weiterer häufiger Kurzerkrankungen

¹⁶² BAG, Urteil vom 23.06.1983 – 2 AZR 15/82.

¹⁶³ BAG, Urteil vom 23.06.1983 - 2 AZR 15/82.

¹⁶⁴ BAG, Urteil vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/06; BAG, Urteil vom 01.03.2007 - 2 AZR 217/06; BAG, Urteil vom 10.11.2005 – 2 AZR 44/05; BAG, Urteil vom 12.04.2002 – 2 AZR 148/01.

¹⁶⁵ BAG, Urteil vom 06.09.1989 – 2 AZR 19/89; BAG, Urteil vom 16.02.1989 – 2 AZR 299/88.

¹⁶⁶ v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG, Rn. 222.

¹⁶⁷ BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 755/13; BAG, Urteil vom 25.11.1982 – 2 AZR 21/81; BAG, Urteil vom 10.03.1977 – 2 AZR 79/76.

unberechtigt sein soll. Hierfür ausreichend ist, wenn der Arbeitnehmer die Besorgnis bestreitet und die ihn behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbindet und diese tatsächlich eine positive Gesundheitsprognose abgeben. Dem Arbeitnehmer obliegt es jedoch auch selbst konkrete Umstände vorzutragen. Diese müssen jedoch geeignet sein, die Indizwirkung der bisherigen Fehlzeiten zu erschüttern, nicht aber konkret Beweisführen.¹⁶⁸

Der Zeitraum von Fehlzeiten, aus denen eine Indizwirkung hergeleitet werden kann, wird von der Rechtsprechung des BAG nicht einheitlich beurteilt. Vielmehr kommt es auf den Einzelfall an. Die Rechtsprechung geht jedoch von einem Beobachtungszeitraum von mindestens zwei Jahren und in vielen Fällen auch von vier Jahren aus.¹⁶⁹

Weiterhin zu beachten ist, dass für eine der Vergangenheit entsprechende Prognose, Erkrankungen, bei denen keine Wiederholungsgefahr besteht, ausscheiden.¹⁷⁰ Dabei handelt es sich beispielsweise um Unfälle¹⁷¹, ausgeheilte Leiden¹⁷² und sonstige offenkundige einmalige, vorübergehende Gesundheitsschäden, wie eine Blinddarmoperation¹⁷³.

1.1.2. Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Die erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen knüpft an zwei verschiedene Aspekte an. Dabei handelt es sich um etwaige Störungen des Betriebsablaufs und um erhebliche wirtschaftliche Belastungen des Arbeitgebers.¹⁷⁴ Häufige Kurzerkrankungen wirken sich aufgrund der dauerhaften und sich wiederholenden Störungen des Austauschverhältnisses und der mit ihnen verbunden Entgeltfortzahlungskosten betrieblich und wirtschaftlich belastend auf den Arbeitgeber aus.¹⁷⁵

Dem Arbeitgeber trifft wieder die Darlegungs- und Beweislast. Er muss somit darlegen und beweisen, welche erheblichen Betriebsbeeinträchtigungen durch die Erkrankung des Arbeitnehmers entstanden sind und durch die zu erwartenden Fehlzeiten voraussichtlich eintreten werden.¹⁷⁶

¹⁶⁸ BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 755/13; BAG, Urteil vom 17.06.1999 – 2 AZR 639/98; BAG, Urteil vom 06.09.1989 – 2 AZR 19/89.

¹⁶⁹ BAG, Urteil vom 29.07.1993 – 2 AZR 155/93; BAG, Urteil vom 05.07.1990 – 2 AZR 154/90; Urteil vom 06.09.1989 – 2 AZR 118/89; BAG, Urteil vom 06.09.1989 – 2 AZR 19/89; BAG, Urteil vom 16.02.1989 – 2 AZR 299/88; BAG, Urteil vom 23.06.1983 2 AZR 15/82.

¹⁷⁰ BAG, Urteil vom 07.11.2002 – 2 AZR 599/01.

¹⁷¹ BAG, Urteil vom 07.12.1989 – 2 AZR 225/89.

¹⁷² BAG, Urteil vom 12.12.1996 – 2 AZR 7/96.

¹⁷³ HaKo-KSchR/Gallner, § 1 Teil E, Rn. 510.

¹⁷⁴ BAG, Urteil vom 06.09.1989 – 2 AZR 224/89.

¹⁷⁵ BAG, Urteil vom 23.06.1983 – 2 AZR 15/82.

¹⁷⁶ v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG, Rn. 232.

Zu den Betriebsablaufstörungen zählen beispielsweise Störungen im Fertigungsprozess durch stillstehende Maschinen, Produktionsrückgang durch erst noch einzuarbeitendes Ersatzpersonal oder der Abzug von Personal in anderen Arbeitsbereichen, die Unmöglichkeit der Einplanung in einen Schichtplan¹⁷⁷ oder die Überlastung anderer Arbeitnehmer durch Mehrarbeit.¹⁷⁸ Vorerst ist jedoch zu prüfen, ob die Betriebsablaufstörungen durch Überbrückungsmaßnahmen vermieden werden können. Dies können beispielsweise sein: Überstunden anderer Arbeitnehmer, die Neueinstellung einer Aushilfskraft, der Einsatz eines Arbeitnehmers aus einer vorgehaltenen Personalreserve. Soweit die Ausfälle überbrückt werden können, liegen objektiv keine erheblichen Betriebsablaufstörungen und kein zur sozialen Rechtfertigung geeigneter Kündigungsgrund vor.¹⁷⁹

Zu den wirtschaftlichen Beeinträchtigungen zählen die Kosten für die Entgeltfortzahlung¹⁸⁰ und die Kosten für die Beschäftigung von Aushilfskräften.

Kommt es durch häufige Kurzerkrankungen des Arbeitnehmers neben Entgeltfortzahlungen zu Betriebsablaufstörungen, können auch schon jährliche Ausfallzeiten von weniger als sechs Wochen kündigungsrelevant sein.¹⁸¹

1.1.3. Interessenabwägung

Sodann ist eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen. Dabei existieren keine festen Maßstäbe, welche Kriterien einzubeziehen sind und wie sie zueinander zu gewichten sind. Eine allgemeine Abwägung ist unbillig. Vielmehr ist eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen. Erforderlich ist eine auf das Arbeitsverhältnis bezogene Abwägung. Dabei ist eine personenbedingte Kündigung nur gerechtfertigt, wenn unter Berücksichtigung der in der Rechtsordnung verankerten Wertentscheidungen zum Schutz der Person des Arbeitnehmers eine so starke Beeinträchtigung schützenswerter betrieblicher, unternehmerischer oder vertraglicher Interessen des Arbeitgebers vorliegt, dass diese im konkreten Fall die zugunsten des Arbeitnehmers bestehenden Rechtspositionen überwiegt.¹⁸²

Bei der Abwägung ist die Ursache der Krankheit des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Dies kann sowohl zugunsten aber auch zulasten des Arbeitnehmers gewertet werden. Zugunsten des Arbeitnehmers wirkt sich aus,

¹⁷⁷ BAG, Urteil vom 06.02.1992 – 2 AZR 364/91.

¹⁷⁸ BAG, Urteil vom 16.02.1989 – 2 AZR 299/88.

¹⁷⁹ BAG, Urteil vom 16.02.1989 – 2 AZR 299/88.

¹⁸⁰ BAG, Urteil vom 29.07.1993 – 2 AZR 155/93; BAG, Urteil vom 10.05.1990 – 2 AZR 580/89; BAG, Urteil vom 16.02.1989 – 2 AZR 299/88.

¹⁸¹ BAG, Urteil vom 06.09.1989 – 2 AZR 224/89.

¹⁸² BAG, Urteil vom 20.01.2000 – 2 AZR 378/99.

wenn die Erkrankung im Zusammenhang mit seiner Arbeitsleistung steht und sie beispielsweise aufgrund eines Betriebsunfalls vorliegt oder die Erkrankung auf der vom Arbeitnehmer bislang ausgeübten Tätigkeit beruht (Berufskrankheit)¹⁸³ oder wenn der Arbeitnehmer einen Betriebsunfall erlitten hat und deshalb in seiner Leistungsfähigkeit gemindert ist oder anschließend häufige Erkrankungen erfährt.¹⁸⁴

Weiterhin ist auch die Dauer des ungestörten Verlaufs des Arbeitsverhältnisses bei der Abwägung zu berücksichtigen. Je länger ein Arbeitsverhältnis ungestört bestanden hat, desto mehr Rücksichtnahme ist vom Arbeitgeber zu erwarten.¹⁸⁵ Einem Arbeitnehmer der seit dem ersten Jahr der Betriebszugehörigkeit erhebliche und steigende krankheitsbedingte Ausfälle aufweist schuldet der Arbeitgeber erheblich weniger Rücksichtnahme als bei einem Arbeitnehmer, der 20 Jahre zur Zufriedenheit gearbeitet hat und dann häufig erkrankt.¹⁸⁶

Bei Vorliegen von chronischen Erkrankungen kann auch unterschieden werden, ob dem Arbeitgeber diese bei Einstellung des Arbeitnehmers bekannt war oder nicht. Soweit es ihm bekannt war, muss der Arbeitgeber die längeren Fehlzeiten hinnehmen.¹⁸⁷

Soweit es sich bei dem Arbeitnehmer um einen schwerbehinderten Menschen handelt oder der Arbeitnehmer umfangreichen Unterhaltspflichten nachkommen muss, ist dies besonders für den Arbeitnehmer aufgrund des höheren sozialen Schutzes zu berücksichtigen.¹⁸⁸

Abgewogen werden können auch die Zumutbarkeit von weiteren Überbrückungsmaßnahmen und die Höhe der Entgeltfortzahlung.¹⁸⁹ Dabei kann nur eine erheblich höhere durchschnittliche Ausfallquote eine Kündigung rechtfertigen.¹⁹⁰

1.2. Langzeiterkrankungen

Im Falle einer Langzeiterkrankung ist zwar zum Zeitpunkt der Kündigung die Wiederherstellung der Gesundheit nicht ausgeschlossen, jedoch ist ungewiss, ob und wann mit einer Genesung zu rechnen ist. Diese Ungewissheit kann wiederum für den Arbeitgeber wegen ihrer betrieblichen Auswirkungen nicht

¹⁸³ BAG, Urteil vom 06.09.1989 – 2 AZR 224/89; LAG Köln, Urteil vom 08.07.1982 – 3 Sa 370/81.

¹⁸⁴ APS/Dörner, § 1 KSchG, Rn. 174.

¹⁸⁵ BAG, Urteil vom 15.02.1984 – 2 AZR 573/82.

¹⁸⁶ BAG, Urteil vom 06.09.1989 – 2 AZR 224/89.

¹⁸⁷ BAG, Urteil vom 10.06.1969 – 2 AZR 94/68.

¹⁸⁸ BAG, Urteil vom 20.01.2000 – 2 AZR 378/99.

¹⁸⁹ BAG, Urteil vom 06.09.1989 – 2 AZR 19/89.

¹⁹⁰ BAG, Urteil vom 16.02.1989 – 2 AZR 299/88.

zumutbar sein und somit eine krankheitsbedingte Kündigung rechtfertigen.¹⁹¹ Von einer lang anhaltenden Krankheit kann frühestens gesprochen werden, wenn nach § 3 I 1 EntgFG der Entgeltfortzahlungszeitraum von sechs Wochen überschritten wird.¹⁹²

1.2.1. Negative Gesundheitsprognose

Eine negative Gesundheitsprognose liegt vor, wenn die Krankheit bei Zugang der Kündigung noch andauert und der Zeitpunkt der Wiederherstellung objektiv nicht absehbar ist. Der Arbeitgeber muss also aus den objektiven Kriterien schließen, dass der Arbeitnehmer für eine längere Zeit arbeitsunfähig erkrankt sein wird.¹⁹³

Nach dem BAG stellt eine lang andauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit in der unmittelbaren Vergangenheit ein gewisses Indiz für die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit in der Zukunft dar.¹⁹⁴ Der Arbeitgeber genügt deshalb seiner Darlegungslast für eine negative Prognose zunächst, wenn er die bisherige Dauer der Erkrankung und die ihm bekannte Krankheitsursache vorträgt.¹⁹⁵

Der durch die lange Arbeitsunfähigkeit in der Vergangenheit begründeten Indizwirkung muss der Arbeitnehmer in erheblicher Weise entgegnetreten. Beispielsweise durch Vorbringen konkreter Erkenntnisse aus einem medizinischen Gutachten oder seiner behandelnden Ärzte, dass in absehbarer Zeit die Wiedererlangung seiner Arbeitsfähigkeit zu erwarten ist.¹⁹⁶

1.2.2. Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Bei krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit ist in aller Regel ohne Weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen.¹⁹⁷

Im Vordergrund steht hier im Vergleich zu den häufigen Kurzerkrankungen, ob dem Arbeitgeber die Möglichkeit von langfristigen Überbrückungsmaßnahmen zumutbar ist. Bei einer langen Abwesenheit des erkrankten Arbeitnehmers fällt es dem Arbeitgeber grundsätzlich leichter eine Überbrückungsmaßnahme

¹⁹¹ HaKo-KSchR/Gallner, § 1 Teil E, Rn. 506.

¹⁹² Kittner/Zwanziger/Deinert, § 93, Rn. 36.

¹⁹³ BAG, Urteil vom 25.11.1982 – 2 AZR 140/81.

¹⁹⁴ BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/06; BAG, Urteil vom 12.04.2002 – 2 AZR 148/01.

¹⁹⁵ BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 12.04.2002 – 2 AZR 148/01.

¹⁹⁶ BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 755/13; BAG, Urteil vom 17.06.1999 – 2 AZR 639/98.

¹⁹⁷ BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 30.09.2010 – 2 AZR 88/09; BAG, Urteil vom 19.04.2007 – 2 AZR 239/06.

vorzunehmen als bei einem erkranktem Arbeitnehmer, welcher häufig und kurz fehlt.¹⁹⁸ Dabei liegt es in der Sphäre des Arbeitgebers konkret darzulegen, weshalb eine Überbrückungsmaßnahme, wie beispielsweise die Einstellung einer Aushilfskraft, nicht möglich oder nicht zumutbar sein soll.¹⁹⁹

Im Vergleich zu häufigen Kurzerkrankungen sind länger andauernde Erkrankungen eher vom Arbeitgeber hinzunehmen.²⁰⁰ Der Grund liegt darin, weil bei einer langanhaltenden Krankheit der Entgeltfortzahlungszeitraum grundsätzlich nach Ablauf von sechs Wochen endet und dem Arbeitgeber zunächst keine weiteren Kosten der Entgeltfortzahlung entstehen. Außerdem kann der Arbeitgeber beispielsweise bei einem Zeitraum von bis zu 24 Monaten dagegen typischerweise ohne Schwierigkeiten durch Einstellung einer Ersatzkraft mit einem zeitbefristeten Arbeitsverhältnis nach § 14 II 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) überbrücken.²⁰¹

Einen zeitlichen Rahmen, ab dem von einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen auszugehen ist, besteht nicht. Vielmehr hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, welche Fehlzeiten der Arbeitgeber in Zukunft hinnehmen muss.²⁰²

1.2.3. Interessenabwägung

Bezüglich der Interessenabwägung ergeben sich keine Unterschiede zu der Interessenabwägung bei den häufigen Kurzerkrankungen. Hier gilt das bereits oben benannte.

1.3. Dauererkrankungen

Bei einer dauernden Arbeitsunfähigkeit steht bei Ausspruch der Kündigung fest, dass der Arbeitnehmer auf Dauer arbeitsunfähig krank bleiben wird und somit eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit auszuschließen ist.

1.3.1. Negative Gesundheitsprognose

Den Arbeitgeber trifft die Pflicht die dauernde Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nachzuweisen.²⁰³ Die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit dann gleich, wenn in den

¹⁹⁸ Kittner/Zwanziger/Deinert, § 93, Rn. 35.

¹⁹⁹ BAG, Urteil vom 21.05.1992 - 2 AZR 399/91.

²⁰⁰ Hümmerich/Holthausen, Nr. 320, § 1 KSchG, Rn. 282.

²⁰¹ BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 29.04.1999 – 2 AZR 431/98.

²⁰² BAG, Urteil vom 25.11.1982 – 2 AZR 140/81.

²⁰³ Kittner/Zwanziger/Deinert, § 93, Rn. 37.

nächsten 24 Monaten nach dem Zugang der Kündigung mit einer Genesung nicht gerechnet werden kann.²⁰⁴

1.3.2. Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Soweit eine negative Gesundheitsprognose der dauerhaft anhaltenden Arbeitsunfähigkeit zu bejahen ist, wird die erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen indiziert.²⁰⁵ Die Beeinträchtigung betrieblicher Interessen besteht bereits darin, dass der Arbeitgeber davon ausgehen muss, dass der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten auf Dauer nicht mehr erbringen wird. Eine Darlegung muss der Arbeitgeber somit nicht vornehmen.

Eine Ausnahme besteht jedoch, wenn der Arbeitnehmer auf einem anderen leidensgerechten Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann. Zur Vermeidung einer Kündigung ist der Arbeitnehmer, soweit ein gleichwertiger oder jedenfalls zumutbarer Arbeitsplatz frei ist und der Arbeitnehmer für die dort zu leistende Arbeit geeignet ist, auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen weiter zu beschäftigen. Der Arbeitgeber hat gegebenenfalls einen solchen Arbeitsplatz frei zu machen und sich um die erforderliche Zustimmung des Betriebsrates zu bemühen. Allerdings ist der Arbeitgeber zu einer weiteren Umorganisation oder zur Durchführung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 IV BetrVG nicht verpflichtet.²⁰⁶

1.3.3. Interessenabwägung

Im Falle der Dauererkrankung besteht gegenüber dem Arbeitnehmer in der Regel kein schützenswertes Interesse, sodass die Interessenabwägung regelmäßig zugunsten des Arbeitgebers ausfällt. Der Arbeitgeber wird regelmäßig ein Interesse an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, welches durch den dauerhaft Erkrankten nicht erfüllt werden kann, haben.²⁰⁷ Anders jedoch, konsequenterweise, wenn der Arbeitnehmer auf einen anderen leidensgerechten Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann.

1.4. krankheitsbedingte Leistungsminderung

Anders als die anderen Fallgruppen kann diese nur mit großer Zurückhaltung als ein Kündigungsgrund nach § 1 II KSchG in Betracht gezogen werden.

²⁰⁴ BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 664/13; BAG, Urteil vom 30.09.2010 – 2 AZR 88/09; BAG, Urteil vom 12.04.2002 – 2 AZR 148/01; BAG, Urteil vom 29.04.1999 – 2 AZR 431/98.

²⁰⁵ BAG, Urteil vom 03.12.1998 – 2 AZR 773/97.

²⁰⁶ BAG, Urteil vom 29.01.1997 – 2 AZR 9/96.

²⁰⁷ BAG, Urteil vom 28.02.1990 – 2 AZR 401/89.

1.4.1. Negative Gesundheitsprognose

Bei dieser Fallgruppe führt die Erkrankung des Arbeitnehmers dazu, dass der Arbeitnehmer auch dann, wenn er bei der Arbeit anwesend ist, erheblich hinter der zu erwartenden Leistung zurückbleibt.

Außerdem muss zum Zeitpunkt der Kündigung vorhersehbar sein, dass der Arbeitnehmer auch zukünftig in erheblichem Umfang Minderleistungen erbringen wird.²⁰⁸

1.4.2. Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Verlangt wird eine erhebliche Beeinträchtigung. Mithin scheiden geringe Leistungsminderungen aus. Eine erhebliche Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit, welche objektiv an einem messbaren Leistungsabfall in quantitativer und qualitativer Hinsicht vorliegen muss, kann lediglich zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers werden. Der Gehaltszahlung des Arbeitgebers steht nämlich keine adäquate Gegenleistung mehr gegenüber.²⁰⁹

Das BAG hat eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen bei einer Minderleistung von 2/3 der Normalleistung anerkannt.²¹⁰

Der Arbeitgeber ist auch gehalten, vor allem bei älteren Arbeitnehmern, zu prüfen, ob der Minderung der Leistungsfähigkeit durch organisatorische Maßnahmen im Betrieb oder Unternehmen entgegengewirkt werden kann. In Betracht kommen dabei die Umgestaltung des Arbeitsplatzes, die Änderungen des Arbeitsablaufs oder die Umverteilung der Aufgaben.²¹¹

1.4.3. Interessenabwägung

Bei der umfassenden Interessenabwägung ist ganz normal insbesondere die Ursache der Krankheit, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, der Verlauf des Arbeitsverhältnisses und das Lebensalter des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.²¹²

2. Außerordentliche Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen

Wie bereits oben erwähnt gilt für eine außerordentliche Kündigung der besondere Kündigungsschutz aus dem KSchG nicht. Die Rechtsgrundlage

²⁰⁸ BAG, Urteil vom 26.09.1991 – 2 AZR 132/91.

²⁰⁹ Hümmerich/Holthausen, Nr. 320, § 1 KSchG, Rn. 291.

²¹⁰ BAG, Urteil vom 26.09.1991 – 2 AZR 132/91.

²¹¹ BAG, Urteil vom 12.07.1995 – 2 AZR 762/94.

²¹² BAG, Urteil vom 26.09.1991 – 2 AZR 132/91.

einer außerordentlichen Kündigung ergibt sich demnach nicht aus § 1 KSchG, sondern aus § 626 BGB.

Arbeitsunfähigkeit infolge einer Krankheit kann ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 I BGB sein. Grundsätzlich ist dem Arbeitgeber aber die Einhaltung der Kündigungsfrist zuzumuten. Da bereits bei einer ordentlichen Kündigung strenge Maßstäbe einzuhalten sind, kommt eine außerordentliche Kündigung nur in eng begrenzten Fällen in Betracht. Dies ist der Fall, wenn die ordentliche Kündigung aufgrund einzelvertraglicher oder tarifvertraglicher Vereinbarung ausgeschlossen ist.²¹³

Genau wie bei der ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung nach dem KSchG ist bei der außerordentlichen Kündigung die 3-Stufen-Prüfung vorzunehmen. Allerdings ist bei einer außerordentlichen Kündigung der Prüfungsmaßstab aller drei Stufen erheblich strenger. Er muss den hohen Anforderungen Rechnung tragen, die an eine außerordentliche Kündigung zu stellen sind.²¹⁴

Die prognostizierten Fehlzeiten und die sich aus ihnen ergebende Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen müssen deutlich über das Maß einer sozial gerechtfertigten ordentlichen Kündigung hinausgehen. Es bedarf eines gravierenden Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Dies ist gegeben, wenn zu erwarten ist, dass der Arbeitgeber bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über mehrere Jahre erhebliche Entgeltfortzahlungskosten aufzubringen hat, ohne eine nennenswerte Arbeitsleistung zu erhalten.²¹⁵ Auch können Häufigkeit und Dauer der krankheitsbedingten Fehlzeiten im Einzelfall dazu führen, dass der Einsatz des Arbeitnehmers nicht mehr sinnvoll und verlässlich geplant werden kann und dieser damit zur Förderung des Betriebszwecks faktisch nicht mehr beiträgt.²¹⁶ Die Aufrechterhaltung eines solchen sinnentleerten Arbeitsverhältnisses kann dem Arbeitgeber auch im Falle eines ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmers unzumutbar sein.²¹⁷

Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 23.01.2014 klargestellt, dass eine negative Gesundheitsprognose nicht gegeben ist, wenn der Arbeitnehmer in den letzten drei Jahren vor Ausspruch der Kündigung 11,75 Wochen pro Jahr

²¹³ BAG, Urteil vom 20.12.2012 – 2 AZR 32/11; BAG, Urteil vom 18.10.2000 – 2 AZR 627/99.

²¹⁴ BAG, Urteil vom 23.01.2014 – 2 AZR 582/13; BAG, Urteil vom 18.01.2001 – 2 AZR 616/99.

²¹⁵ BAG, Urteil vom 23.01.2014 – 2 AZR 582/13; BAG, Urteil vom 12.01.2006 – 2 AZR 242/05; BAG, Urteil vom 18.01.2001 – 2 AZR 616/99.

²¹⁶ BAG, Urteil vom 18.01.2001 – 2 AZR 616/99.

²¹⁷ BAG, Urteil vom 23.01.2014 – 2 AZR 582/13; BAG, Urteil vom 12.01.2006 – 2 AZR 242/05; BAG, Urteil vom 18.01.2001 – 2 AZR 616/99.

erkrankt war, der Arbeitnehmer 3 Monate vor Ausspruch der Kündigung nicht mehr erkrankt war und ein deutlicher Rückgang von Fehlzeiten in den letzten über zehn Jahren zu verzeichnen ist. Außerdem geht das BAG davon aus, dass das Arbeitsverhältnis bei Fehlzeiten von 18,81 Wochen pro Jahr nicht „sinnentleert“ ist, da der Arbeitnehmer noch zu fast zwei Dritteln seiner Jahresarbeitszeit arbeitsfähig ist.²¹⁸

III. Kündigung bei einer Behinderung

1. Kündigung eines Menschen mit Behinderung

Für Menschen mit Behinderung gelten grundsätzlich dieselben Regelungen wie für Arbeitnehmer ohne Behinderung. Behinderte Menschen sind demnach nicht unkündbar. Sie können genauso wie Arbeitnehmer ohne Behinderung durch den Arbeitgeber ordentlich oder außerordentlich gekündigt werden. Insofern gilt zunächst grundsätzlich das oben dargestellte.

2. Besonderer Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen

Für Arbeitnehmer mit einer Schwerbehinderung gilt jedoch eine Besonderheit, nämlich ein besonderer Schutz, welcher im Kündigungsverfahren liegt. Nach § 85 SGB IX bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Dieser besondere Kündigungsschutz kommt nur zur Anwendung, wenn nach § 90 I Nr. 1 SGB IX das Arbeitsverhältnis des Schwerbehinderten zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung mindestens sechs Monate besteht. Der Sechsmonatszeitraum entspricht der sechsmonatigen Wartezeit, bis für Arbeitnehmer der besondere Kündigungsschutz nach dem KSchG zur Anwendung kommen kann. Der besondere Kündigungsschutz gilt für alle Arten der Kündigung – insbesondere für die ordentliche und außerordentliche Kündigung. Bei der ordentlichen Kündigung aus personen- (krankheits-), verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen. Diesbezüglich gilt das oben zum Kündigungsschutzgesetz dargestellte.

Soweit die Zustimmung nicht vor Ausspruch der Kündigung durch den Arbeitgeber eingeholt wurden ist, besteht ein absolutes Kündigungsverbot.

3. Besonderer Kündigungsschutz für gleichgestellte behinderte Menschen

Dieser besondere Kündigungsschutz gilt auch für gleichgestellte behinderte Arbeitnehmer. Dies ergibt sich aus § 68 I SGB IX, wonach die Regelungen auch für diesen Personenkreis gelten. Der Arbeitgeber muss daher auch bei

²¹⁸ BAG, Urteil vom 23.01.2014 – 2 AZR 582/13.

gleichgestellten behinderten Arbeitnehmern vor einer Kündigung, für deren Wirksamkeit, eine Zustimmung beim Integrationsamt einholen.

4. Kündigungsschutzverfahren

4.1. Ordentliche Kündigung

Das Kündigungsschutzverfahren nach den §§ 85 ff. SGB IX beginnt nach § 87 I 1 SGB IX mit einem schriftlichem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung durch den Arbeitgeber bei dem für den Sitz des Betriebes oder der Dienststelle zuständigen Integrationsamt.

Sodann hat das Integrationsamt den Sachverhalt zu klären. Dazu holt das Integrationsamt gemäß § 87 II SGB IX eine Stellungnahme des Betriebsrates oder des Personalrates und der Schwerbehindertenvertretung ein. Außerdem erfolgt eine Anhörung des schwerbehinderten Menschen durch das Integrationsamt. Für das Integrationsamt gilt der Amtsermittlungsgrundsatz. Es ist demnach dazu angehalten, den für die Entscheidung ausschlaggebenden Sachverhalt umfassend und erschöpfend aufzuklären, um eine objektive Klärung des Sachverhalts herbeizuführen. An ein Vorbringen der Parteien ist das Integrationsamt folglich nicht gebunden. Allerdings sind die Parteien zur Mitwirkung an der Aufklärung des Sachverhalts verpflichtet.²¹⁹

Im Rahmen des gesamten Kündigungsschutzverfahrens ist das Integrationsamt dazu gehalten auf eine gütliche Einigung hinzuwirken, § 87 III SGB IX. In der Regel erfolgt dies in der vorgesehenen mündlichen Verhandlung (§ 88 I SGB IX). Dies kann jedoch auch außerhalb der mündlichen Verhandlung per Schriftsatz erfolgen. Sofern es zwischen den Parteien zu einer gütlichen Einigung gekommen ist, ist das Kündigungsschutzverfahren beendet.²²⁰

Sofern es nicht zu einer gütlichen Einigung gekommen ist oder sich der Antrag in sonstiger Weise erledigt hat, hat das Integrationsamt eine Entscheidung zu treffen. Das Integrationsamt hat eine Entscheidung, falls erforderlich auf Grund einer mündlichen Verhandlung, grundsätzlich innerhalb eines Monats vom Tag des Antrageingangs zu treffen, § 88 I SGB IX. In den Fällen einer beabsichtigten Kündigung in Betrieben und Dienststellen, die nicht nur vorübergehend eingestellt oder aufgelöst werden, wenn zwischen dem Tage der Kündigung und dem Tage, bis zu dem Gehalt oder Lohn gezahlt wird,

²¹⁹

<https://www.integrationsaemter.de/Fachlexikon/Kuendigungsschutzverfahren/77c424i/index.html>.

²²⁰

<https://www.integrationsaemter.de/Fachlexikon/Kuendigungsschutzverfahren/77c424i/index.html>.

mindestens drei Monate liegen, und bei einem eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers in den Fällen des § 89 III SGB IX hat das Integrationsamt innerhalb eines Monats vom Tage des Antrageingangs die Entscheidung zutreffen, § 88 V 1 SGB IX. Andernfalls gilt die Zustimmung nach § 88 V 2 SGB IX als erteilt. Die Entscheidung des Integrationsamts ergeht durch Bescheid und stellt einen Verwaltungsakt dar. Gegen diesen können die Rechtsmittel Widerspruch und Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Mit der Entscheidung wird entweder die Zustimmung zur Kündigung (§ 85 SGB IX) oder zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 92 SGB IX) erteilt oder versagt.²²¹ Die Entscheidung ist sowohl dem Arbeitgeber als auch dem schwerbehinderten Arbeitnehmer zuzustellen, § 88 II 1 SGB IX. Der Bundesagentur für Arbeit ist nach § 88 II 2 SGB IX eine Abschrift der Entscheidung zu übersenden. Soweit das Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung erteilt, hat der Arbeitgeber nach § 88 III SGB IX nur die Möglichkeit innerhalb eines Monats nach Zustellung die Kündigung zu erklären. Andernfalls ist sie unwirksam.

Die Entscheidung hat das Integrationsamt nach pflichtgemäßem Ermessen zutreffen. Es handelt sich demnach um eine Ermessensentscheidung. Dabei hat es unter Berücksichtigung der Zielsetzung des besonderen Kündigungsschutzes die Belange des schwerbehinderten Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes gegen die Interessen des Arbeitgebers, die vorhandenen Arbeitsplätze wirtschaftlich zu nutzen und den Betrieb nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu führen, nach dem Maßstab der Zumutbarkeit abzuwägen. Bei der Abwägung ist folgendes zu berücksichtigen. Zum einen soll der schwerbehinderte gegenüber seinen Mitarbeitern ohne Behinderung nicht benachteiligt werden. Vielmehr sollen die Nachteile, welchen er aufgrund seiner Behinderung dem Arbeitsmarkt ausgesetzt ist, ausgeglichen werden. Zum anderen soll der Arbeitgeber in Bezug auf seine Gestaltungsfreiheit um die Existenz und wirtschaftliche Arbeitsweise des Betriebes nicht zu gefährden, nicht zu stark eingeengt werden.²²² Genauso wie beim Kündigungsschutz nach dem KSchG sind weiter die Größe und wirtschaftlichen Situation des Arbeitgebers, die Art und Schwere der Behinderung, das Alter des schwerbehinderten Arbeitnehmers und dessen eventuellen Unterhaltspflichten, sowie dessen Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu berücksichtigen. Auf Seiten des Arbeitgebers ist weiter die Erfüllung der

²²¹

<https://www.integrationsaemter.de/Fachlexikon/Kuendigungsschutzverfahren/77c424i/index.html>

²²²

<https://www.integrationsaemter.de/Fachlexikon/Kuendigungsschutzverfahren/77c424i/index.html>

Beschäftigungspflicht nach § 71 SGB IX zu berücksichtigen.²²³ Außerdem ist bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, dass der besondere Kündigungsschutz nach dem SGB IX an Intensität verliert, wenn der Kündigungsgrund nicht im Zusammenhang mit der anerkannten Behinderung steht. In diesen Fällen verliert der besondere Kündigungsschutz an Schutzwirkung, da die Schwerbehinderten und Gleichgestellten nicht besser gestellt werden sollen als nicht behinderte Arbeitnehmer.²²⁴ Bei einer personen- und verhaltensbedingten Kündigung kommt hinzu, dass zu berücksichtigen ist, welche Maßnahmen der Arbeitgeber zur Abwendung einer in Betracht kommenden Kündigung im Vorfeld vorgenommen hat.²²⁵ Beispielsweise ein bEM nach § 84 II SGB IX.

Das Ermessen ist in folgenden Fällen aufgehoben oder weitgehend eingeschränkt: Das Integrationsamt soll gem. § 89 I SGB IX die Zustimmung erteilen bei Betriebseinstellung und wesentlicher Betriebseinschränkung, wenn keine anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht. Das Integrationsamt soll auch nach § 89 II die Zustimmung erteilen, wenn dem schwerbehinderten Menschen ein anderer angemessener und zumutbarer Arbeitsplatz gesichert ist. Außerdem soll das Integrationsamt die Zustimmung erteilen, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers eröffnet ist und die Voraussetzungen nach § 89 III Nr. 1 -4 SGB IX vorliegen.

4.2. Außerordentliche Kündigung

Auch die außerordentliche Kündigung eines Schwerbehinderten ist unter den besonderen Schutz des SGB IX gestellt. Es bedarf somit auch einer vorherigen Zustimmung durch das Integrationsamt. Es gilt grundsätzlich das ausgeführte zur ordentlichen Kündigung eines Schwerbehinderten mit folgenden Besonderheiten:

Der Antrag des Arbeitgebers auf Zustimmungserteilung zur Kündigung kann gemäß § 91 II 1 SGB IX nur innerhalb von zwei Wochen beantragt werden. Der Fristbeginn ist der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt, § 91 II 2 SGB IX.

Das Integrationsamt ist bei einer außerordentlichen Kündigung verpflichtet, seine Entscheidung innerhalb von zwei Wochen nach Eingang des Antrages durch den Arbeitgeber zu treffen, § 91 III 1 SGB IX. Sofern innerhalb dieser

²²³

<https://www.integrationsaemter.de/Fachlexikon/Kuendigungsschutzverfahren/77c424i/index.html>

²²⁴ LWL-Integrationsamt Westfalen, S. 12, 13.

²²⁵

<https://www.integrationsaemter.de/Fachlexikon/Kuendigungsschutzverfahren/77c424i/index.html>

Frist eine Entscheidung vom Integrationsamt nicht getroffen wurden ist, gilt die Zustimmung gem. § 91 III 2 SGB IX als erteilt.

Die außerordentliche Kündigung muss nach § 91 V SGB IX unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung durch den Arbeitgeber ausgesprochen werden.

Das Ermessen des Integrationsamtes ist bei einer außerordentlichen Kündigung eingeschränkt, wenn die Kündigung aus einem Grunde erfolgt, der nicht im Zusammenhang mit der Behinderung steht. In diesem Fall, soll das Integrationsamt die Zustimmung gemäß § 91 IV SGB IX erteilen.

5. Erfordernis der Feststellung der Schwerbehinderung

Der besondere Kündigungsschutz gilt für schwerbehinderte Menschen und gleichgestellte behinderte Menschen, welche einen gültigen Feststellungsbescheid haben²²⁶ oder bei denen die Behinderung offensichtlich ist.²²⁷ Dies ist beispielsweise bei einer Beinamputation der Fall. Allerdings besteht auch eine Ausnahme hiervon. Der Kündigungsschutz gilt auch dann, sofern der Arbeitnehmer mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigungserklärung des Arbeitgebers einen Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft bzw. auf Gleichstellung gestellt hat und der Bescheid aber noch nicht vorliegt. Der Kündigungsschutz ist auch nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer bereits einen Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft bzw. Gleichstellung gestellt hat, dieser aber abgelehnt wurde und der Arbeitgeber nunmehr in einem Widerspruchsverfahren oder Klageverfahren die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft bzw. Gleichstellung begehrt.²²⁸ Im Ergebnis muss jedoch ein Bescheid über die Schwerbehinderteneigenschaft bzw. Gleichstellung ergehen.

6. Kündigung ohne Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung

Aufgrund dessen die Arbeitnehmer, wie oben bereits ausgeführt, nicht verpflichtet sind den Arbeitgeber über eine Behinderung zu informieren, ist es keine Seltenheit, dass ein Arbeitgeber gegenüber einem nicht offensichtlichen schwerbehinderten Arbeitnehmer eine Kündigung ohne Zustimmung des Integrationsamtes ausspricht. Eine nachträgliche Genehmigung zur Kündigung durch das Integrationsamt ist gesetzlich nicht vorgesehen und somit nicht

²²⁶ BAG, Urteil vom 23.03.2010 – 2 AZR 659/08; BAG, Urteil vom 12.01.2006 – 2 AZR 539/05.

²²⁷ BAG, Urteil vom 16.01.1985 – 7 AZR 373/85.

²²⁸ LWL-Integrationsamt Westfalen, S. 5, 6;

https://www.hensche.de/Schwerbehinderung_schwerbehinderter-Mensch_Schwerbehinderung_schwerbehinderter-Mensch.html#tocitem8.

möglich. Vielmehr muss der Arbeitgeber eine neue Kündigung nach vorheriger Zustimmung des Integrationsamtes aussprechen.

Der besondere Kündigungsschutz setzt nach § 85 SGB IX nicht voraus, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs von der Schwerbehinderung Kenntnis haben muss. Der besondere Kündigungsschutz verfällt somit nicht, wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis von diesem Umstand hat.²²⁹

Soweit der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbehinderung seines Arbeitnehmers hat und diesem gegenüber eine Kündigung ausspricht, kann der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen ab Zugang der Kündigung in einem arbeitsgerichtlichen Prozess geltend machen, dass die Kündigung aufgrund des besonderen Kündigungsschutzes und des damit verbundenen Fehlens der Zustimmung zur Kündigung durch das Integrationsamt unwirksam ist.²³⁰

Nach dem BAG muss der Arbeitnehmer, wenn er sich den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX erhalten will, nach Zugang der Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist, die drei Wochen beträgt gegenüber dem Arbeitgeber auf seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderteneigenschaft berufen. Andernfalls hat er den besonderen Kündigungsschutz verwirkt.²³¹ Eine Verspätung einer Berufung auf die Schwerbehinderung gegenüber dem Arbeitgeber ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn sie zugleich mit der Zustellung der fristgerecht erhobenen Klage erfolgt.²³²

Ein Arbeitnehmer muss nach § 4 S. 1 KSchG alle Unwirksamkeitsgründe einschließlich der Schwerbehinderung innerhalb der drei-Wochenfrist geltend machen. Eine längere Frist ist nicht vorgesehen. Dabei sollen Arbeitnehmer mit und ohne Behinderung gleichbehandelt werden, indem laut Gesetz dieselben Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung gelten. Außerdem soll dies den Arbeitgeber schützen. Er soll nicht nach einer angemessenen Zeit, die vom Gesetzgeber auf drei Wochen zuzüglich der zur Zustellung der Klageschrift erforderlichen Zeit bemessen wurde, davor geschützt sein, sich mit dem Begehren nach Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auseinandersetzen zu müssen.²³³

²²⁹ BAG, Urteil vom 23.03.2010 – 2 AZR 659/08; BAG, Urteil vom 12.01.2006 – 2 AZR 539/05.

²³⁰ BAG, Urteil vom 23.02.2010 – 2 AZR 659/08; BAG, Urteil vom 13.01.2008 – 2 AZR 846/06; BAG, Urteil vom 12.01.2006 – 2 AZR 539/05.

²³¹ BAG, Urteil vom 13.01.2008 – 2 AZR 846/06; BAG, Urteil vom 01.03.2007 – 2 AZR 217/06; BAG, Urteil vom 12.01.2006 – 2 AZR 539/05.

²³² BAG, Urteil vom 23.02.2010 – 2 AZR 659/08.

²³³ BAG, Urteil vom 23.02.2010 – 2 AZR 659/08.

Nach einer Mindermeinung schein diese Entscheidung jedoch im Hinblick darauf, dass der Arbeitgeber erst später Rechtssicherheit erlange, bedenklich. Soweit die Klagefrist von drei Wochen ausgeschöpft sei, komme ein weiterer Zeitraum für die Klagezustellung, welcher bedingt sei durch die Geschäftsstelle des Arbeitsgerichts, hinzu. Mithin bestehe die Möglichkeit eine sichere Kenntnis von den Umständen erst nach ungefähr einem Monat zu erlangen. Im Vergleich zur Mitteilung einer Schwangerschaft gegenüber dem Arbeitgeber nach Ausspruch einer Kündigung, sei dies in § 9 Mutterschutzgesetz (MuSchG) ausdrücklich geregelt. Danach muss für den besonderen Kündigungsschutz bei einer Schwangerschaft die Schwangerschaft dem Arbeitgeber innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung direkt mitgeteilt werden. Eine lediglich gerichtliche Geltendmachung reiche damit nicht aus.²³⁴

Im Ergebnis ist jedoch die Rechtsprechung des BAG für die Praxis entscheidend und es scheint eher vertretbar zu sein alle Unwirksamkeitsgründe, egal ob Diskriminierung, Krankheit, Fehlverhalten, Schwerbehinderung, Schwangerschaft, Elternzeit oder Betriebsratsmitglied und so weiter, innerhalb der Klagefrist prozessual vorzutragen, um keine Benachteiligungen hervorzurufen. Ein Vergleich mit dem besonderen Kündigungsschutz von Schwangeren ist nicht vorzunehmen, da dieser bis auf zwei Ausnahmen absolut gilt und an etwas andere Voraussetzungen als der Kündigungsschutz nach dem KSchG und der besondere Kündigungsschutz von Schwerbehinderten geknüpft ist. Letztere ähneln sich sehr. Überdies hat das BAG auch entschieden, dass eine schwangere Arbeitnehmerin neben der zweiwöchigen Mitteilungspflicht an den Arbeitgeber die Unwirksamkeit einer Kündigung grundsätzlich innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG gerichtlich geltend machen muss.²³⁵

²³⁴ <http://www.avocado.de/news/artikel/bag-neues-zur-mitteilung-der-schwerbehinderung-an-den-arbeitgeber/>.

²³⁵ BAG, Urteil vom 19.02.2009 – 2 AZR 286/07.

IV. Erfordernis eines betrieblichen Eingliederungsmanagements

Nunmehr soll geklärt werden, inwieweit vor dem Ausspruch einer Kündigung ein bEM erforderlich ist. Dabei werden Arbeitnehmer mit einer Schwerbehinderung, Arbeitnehmer mit einer Erkrankung und Arbeitnehmer mit einer Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG betrachtet.

1. bei Arbeitnehmern mit einer Schwerbehinderung

Wie oben bereits dargestellt ist der Arbeitgeber neben dem besonderen Kündigungsschutz bei Schwerbehinderten Arbeitnehmern nach § 84 II 1 SGB IX, unter Berücksichtigung der Voraussetzungen, verpflichtet bei einem schwerbehinderten Menschen ein bEM vorzunehmen. Das Integrationsamt hat die Aufgabe, im Rahmen seines Kündigungsschutzverfahrens, zu prüfen, ob ein bEM durchgeführt worden ist und dessen Ergebnis zu berücksichtigen. Soweit kein bEM durchgeführt worden ist, kann das Integrationsamt das Verfahren aussetzen, um dem Arbeitgeber Gelegenheit zu geben ein bEM vorzunehmen. Soweit jedoch ein bEM durchgeführt worden ist und sich ergibt, dass es nachvollziehbar keine Möglichkeit gibt, die Arbeitsunfähigkeit zu überwinden oder künftig zu vermeiden, kann das Integrationsamt die Zustimmung erteilen. Andernfalls versagen.²³⁶

2. bei Arbeitnehmern mit einer Erkrankung unter Berücksichtigung der Entscheidung des BAG vom 12.07.2007 - 2 AZR 716/06

Fraglich ist, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung, wie beispielsweise einer Langzeiterkrankung, ein bEM durchzuführen. Dazu bestand ein Streit in der Literatur.

Eine Ansicht in der Literatur vertritt die Auffassung, eine krankheitsbedingte Kündigung, welche ohne vorherige Durchführung eines bEM ausgesprochen wurde, sei künftig regelmäßig unverhältnismäßig und sozialwidrig. Der Ausspruch der krankheitsbedingten Kündigung sei nicht das mildeste Mittel zur Beseitigung der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers, wenn er zuvor nicht zumindest versucht habe, ein bEM durchzuführen.²³⁷ Eine andere Ansicht in der Literatur vertritt die Auffassung, dass ein Erfordernis eines bEM nicht besteht. Dafür spreche der Wortlaut des § 84 II SGB IX, die Motive des Gesetzgebers und der systematische Zusammenhang. Der Wortlaut des § 84 II SGB IX ordne im Vergleich zu § 85 SGB IX keine kündigungsschutzrechtliche Folge für einen Verstoß gegen die Vorschrift an. Die Gesetzesbegründung enthalte keinerlei Hinweise auf eine kündigungsschutzrechtliche Wirkung. § 84

²³⁶ LWL-Integrationsamt Westfalen, S. 18, 19.

²³⁷ Brose, DB 2005, 390(393); v. Steinau-Steinrück/Hagemeister, NJW-Spezial 2005, 130; Gaul/Süßbrich/Kulejewski, ArbRB 2004, 308.

II 1 SGB IX spreche nur davon, wie der konkrete Arbeitsplatz erhalten werden könne, nicht jedoch das Arbeitsverhältnis. Dagegen nenne das SGB IX, wie zum Beispiel in § 85 SGB IX, ausdrücklich das Arbeitsverhältnis, wenn es dessen Beendigung regelt. Außerdem stehe die Norm des § 84 II SGB IX im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zur krankheitsbedingten Kündigung, wonach der Arbeitgeber vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung im Einzelfall neben Überbrückungsmaßnahmen prüfen muss, ob etwa der Arbeitsplatz mit zumutbarem Aufwand umgestaltet werden kann oder eine Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz in Betracht kommt. Mit Blick auf diese Vorgaben bedürfe es laut dieser Ansicht einer kündigungsrelevanten Prüfungsanforderung durch das bEM nicht.²³⁸

Mit dem Grundsatzurteil vom 12.07.2007 hatte der 2. Senat des BAG den Streit in der Literatur entschieden, dass mit dem bEM in § 84 II SGB IX eine Rechtspflicht des Arbeitgebers normiert worden ist, soweit Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind.²³⁹ Diese Verpflichtung trifft den Arbeitgeber nicht nur bei Erkrankungen schwerbehinderter Arbeitnehmer, sondern bei allen Arbeitnehmern und unabhängig davon, ob ein Betriebsrat besteht.²⁴⁰

Die Durchführung eines bEM ist zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung. Allerdings stellt die Durchführung eines bEM eine Konkretisierung des dem gesamten Recht des Kündigungsschutzes innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar, da das bEM ein milderes Mittel als die Kündigung darstellt.²⁴¹ Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer nach § 84 II 3 SGB IX über die Ziele des bEM sowie Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten zu belehren und um Zustimmung des Arbeitnehmers zur Durchführung eines bEM zu ersuchen.²⁴²

Der Arbeitgeber hat dazu nach Zustimmung und unter Beteiligung der betroffenen Person mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 93 SGB IX, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, die Möglichkeit zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder

²³⁸ Balders/Lepping, NZA 2005, 854(857); Hümmelich/Holthausen, Nr. 320, § 1 KSchG, Rn. 284.

²³⁹ BAG, Urteil vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/06; bestätigt durch BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 23.04.2008 – 2 AZR 1012/06.

²⁴⁰ BAG, Urteil vom 24.03.2011 – 2 AZR 170/10; BAG, Urteil vom 30.09.2010 – 2 AZR 88/09.

²⁴¹ <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsschutz/Gesundheit-am-Arbeitsplatz/betriebliches-eingliederungsmanagement.html>.

²⁴² BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 755/13; BAG, Urteil vom 24.03.2011 – 2 AZR 170/10.

Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.²⁴³ Die Durchführung des bEM soll einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses aus gesundheitlichen Gründen gerade begegnen²⁴⁴ und das Arbeitsverhältnis²⁴⁵ erhalten. Mit Hilfe eines bEM können mildere Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wie zum Beispiel die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder die Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen gegebenenfalls durch Umsetzungen „freizumachenden“ Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden.²⁴⁶

In dem Grundsatzurteil des BAG wurde auch festgelegt, dass diese Rechtspflicht zum Angebot zur Durchführung eines bEM als Verfahrenspflicht zu qualifizieren ist. Damit sind auch die Rechtsfolgen eines unterlassenen oder nicht ordnungsgemäß durchgeführten bEM mit einem verfahrensrechtlichen Instrument zu beantworten, indem an die Darlegungslast des Arbeitgebers zur Vermeidbarkeit der ohne bEM ausgesprochenen Kündigung erhöhte Anforderungen an die Darlegungspflicht und Beweislast des Arbeitgebers gestellt werden.²⁴⁷ Soweit der Arbeitgeber nämlich vor dem Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung auf das bEM verzichtet, liegt bei ihm die Beweislast, dass auch bei Durchführung eines bEM das Arbeitsverhältnis nicht hätte erhalten werden können. Damit ist der Arbeitgeber einem erheblichen Risiko ausgesetzt, dass die Kündigung in einem Kündigungsschutzprozess als unwirksam gewertet wird.²⁴⁸

3. bei Arbeitnehmern mit Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG

Zu klären bleibt auch, ob ein bEM durch den Arbeitgeber auch bei Menschen mit einer Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG vorzunehmen ist.

Nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG sind angemessene Vorkehrungen zu treffen, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufs und den beruflichen Aufstieg zu ermöglichen. Dies findet jedoch

²⁴³ BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14.

²⁴⁴ BT-Drs. 14/5074 S. 13; ErfK/Rolfs, § 84 SGB IX, Rn. 4.

²⁴⁵ BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 755/13.

²⁴⁶ BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 755/13; BAG, Urteil vom 20.03.2014 – 2 AZR 565/12.

²⁴⁷ BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 755/13; BAG, Urteil vom 20.03.2014 – 2 AZR 565/12; Kothe jurisPR-ArbR 21/2010; Kothe, DB 2008, 582.

²⁴⁸ <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsschutz/Gesundheit-am-Arbeitsplatz/betriebliches-eingliederungsmanagement.html>.

seine Grenze darin, wenn diese Maßnahmen den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten würden.

Wie im Einzelnen die angemessenen Vorkehrungen aussehen sollen, ist der Richtlinie 2000/78/EG nicht zu entnehmen. Dazu bedarf es einer Auslegung.

Der EuGH hat in den Entscheidungen²⁴⁹ zu Frau Ring und Frau Skouboe Werge ausgeführt wie Art. 5 der Richtlinie nach der Genehmigung der UN-BRK durch den Rat im Namen der Europäischen Gemeinschaft unter Beachtung und in Übereinstimmung mit der UN-BRK auszulegen ist. Dabei enthält der Begriff „angemessene Vorkehrungen“ eine weite Definition und ist im Zusammenhang mit der Richtlinie dahin zu verstehen, dass er die Beseitigung der verschiedenen Barrieren umfasst, die die volle und wirksame Teilhabe der Menschen mit Behinderung am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, behindern. Dies kann durch materielle und organisatorische Maßnahmen erfolgen. Im 20. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78 sind geeignete Maßnahmen, wie Gestaltung der Räumlichkeiten Anpassung des Arbeitsgeräts, Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen genannt. Der EuGH weist ausdrücklich darauf hin, dass diese Aufzählung nicht abschließend ist und die Verkürzung der Arbeitszeit eine in der Richtlinie 2000/78/EG genannte Vorkehrungsmaßnahme darstellen kann.

Aufgrund der Richtlinie müssen die Vorkehrungen angemessen sein und den Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig belasten. Der EuGH²⁵⁰ hat sich diesbezüglich in den Entscheidungen von Frau Ring und Frau Skouboe Werge dahingehend geäußert, dass es Sache der nationalen Gerichte ist, zu prüfen, ob die entsprechende Vorkehrungsmaßnahme den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten würde. Wobei sie den mit einer Maßnahme verbundenen finanziellen und sonstigen Aufwand sowie die Größe, die finanziellen Ressourcen und der Gesamtumsatz des Unternehmens und die Verfügbarkeit von öffentlichen Mitteln oder anderen Unterstützungsmöglichkeiten berücksichtigt werden sollen.

Auf diese vom EuGH eindeutigen und verbindlichen getroffenen Entscheidungen, welche aufgrund des Unionsrechts und der UN-BRK beruhen, hat auch das BAG²⁵¹ Bezug genommen und das nationale deutsche Recht entsprechend unionsrechtskonform ausgelegt. In der Entscheidung des BAG vom 19.12.2013, bei der es um die Wirksamkeit einer Kündigung im Rahmen der Probezeit eines symptomlosen HIV-Infizierten Arbeitnehmers ging, hat das

²⁴⁹ EuGH, Urteil vom 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11.

²⁵⁰ EuGH, Urteil vom 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11.

²⁵¹ BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 5 AZR 190/12.

BAG neben dem Vorliegen einer Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG auch entschieden, ob vor Ausspruch einer Kündigung angemessene Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG in Erwägung zu ziehen sind. Soweit diese angemessenen Vorkehrungen nicht zu einer Einsatzmöglichkeit des behinderten Arbeitnehmers führen, kann eine Kündigung gerechtfertigt sein. Unterlässt der Arbeitgeber die entsprechenden Vorkehrungen und kann er den Arbeitgeber deshalb nicht einsetzen, ist dieser Umstand regelmäßig nicht auf die Behinderung des Arbeitnehmers, sondern auf die Untätigkeit des Arbeitgebers zurückzuführen. Die Kündigung ist dann nicht gerechtfertigt.²⁵² Das BAG hat jedoch den Rechtsstreit zur Klärung unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben an das Landesarbeitsgericht (LAG) zurückverwiesen.

Das BAG und damit auch der EuGH haben zu Recht darauf hingewiesen, dass eine gesetzliche Verpflichtung von Arbeitgebern besteht, angemessene Vorkehrungen zu erwägen, bevor eine Kündigung ausgesprochen wird. Andernfalls hat die Kündigung keinen rechtlichen Bestand.²⁵³ Dies gerade vor dem Hintergrund, dass Menschen mit Behinderungen vor Diskriminierungen geschützt werden sollen und sie wie andere Arbeitnehmer behandelt werden sollen. Außerdem soll ihnen ermöglicht werden mit der Behinderung weiterhin am gesellschaftlichen insbesondere beruflichen Leben Teil haben zu dürfen und dies unter Vornahme von entsprechenden Maßnahmen bzw. Vorkehrungen zu verwirklichen.

Somit ist auch ein bEM, und damit eine Berücksichtigung von angemessenen Vorkehrungen, bei nicht im Sinne des § 2 II SGB IX schwerbehinderten Menschen umfassend zu prüfen. Vielmehr sollen auch Maßnahmen zur Erhaltung des Arbeitsverhältnisses bei Menschen, die nicht als schwerbehindert anerkannt sind, wie beispielsweise ein symptomloser HIV-Infizierter, ein chronisch Erkrankter, ein schlecht einzustellender Diabetiker, längere Arbeitsunfähigkeit aufgrund eines Schleudertraumas infolge eines Verkehrsunfalls oder chronische Rückenschmerzen und Arthroseveränderungen an den Lendenwirbeln überprüft und vorgenommen werden. Unabhängig davon, ob sich die Behinderten im Sinne der Richtlinie 2000/78 in der sechsmonatigen Probezeit befinden, im Rahmen des AGG berücksichtigt werden oder unter das KSchG fallen, ist stets ein bEM vorzunehmen.

Außerdem wurde damit das nationale deutsche Recht richtlinienkonform und behindertenrechtskonventionskonform, wie es der EuGH in seiner

²⁵² EuGH, Urteil vom 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11; BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12.

²⁵³ So auch Wenckebach, S. 5 und Roetteken, jurisPR-ArbR 33/2013.

Entscheidung zu Frau Ring und Frau Skouboe Werge getan hat, ausgelegt und wird somit den Anforderungen des europäischen Rechts gerecht.²⁵⁴

Sowohl der EuGH als auch das BAG verlangen zu Recht, dass die Vorkehrungen angemessen sein sollen. Dies ist gegeben, wenn sie für den Arbeitgeber verhältnismäßig sind. Damit wird eine Grenze gezogen, bei der der Arbeitgeber nicht um jeden Preis an dem Arbeitsverhältnis mit einem im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG behinderten Arbeitnehmer fest halten muss. Dazu hat der EuGH, dem sich das BAG angeschlossen hat, zwar entschieden, dass die Prüfung, ob eine Vorkehrung den Arbeitgeber unverhältnismäßig belastet, durch die nationalen Gerichte vorzunehmen ist. Aber dies erscheint auch im Lichte beispielsweise der vielen verschiedenen Branchen, Beeinträchtigungen und Möglichkeiten an Vorkehrungsmaßnahmen sinnvoll. Es wird auf den Einzelfall ankommen. Der EuGH hat jedoch einige zu berücksichtigende Aspekte aufgezählt, die die Prüfung erleichtern wird beziehungsweise verdeutlicht in welche Richtung die Prüfung erfolgen soll. Diesbezüglich besteht jedoch die Möglichkeit, dass weiterhin eine Rechtsunsicherheit mit Blick auf den Begriff der „Angemessenheit“ und der Spanne dieser besteht.²⁵⁵ Es bedarf daher einer weiteren europarechtlichen Klärung, die sicherlich nicht lange auf sich warten lässt.

Mit diesen Entscheidungen können angemessene Vorkehrungen zum Erhalt des Arbeitsplatzes für nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer und damit Behinderte im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG geltend gemacht werden. Allerdings wäre es wünschenswert, dass der Gesetzgeber die Urteile zum Anlass nehmen würde, die Beschränkung der individualrechtlichen Normen in § 81 IV, V SGB IX auf schwerbehinderte Menschen aufzuheben.²⁵⁶ Aufgrund der Entscheidungen haben nämlich nicht nur schwerbehinderte Menschen einen Anspruch beispielsweise auf behinderungsgerechte Einrichtung der Arbeitsstätten, Gestaltung der Arbeitsplätze und Ausbildungsförderung, sondern auch behinderte Menschen im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG, wie man anhand des 20. Erwägungsgrundes der Richtlinie sehen kann.

Außerdem wäre es auch wünschenswert die Regelung des § 84 II SGB IX entsprechend anzupassen. Diese Regelung ist nämlich eine ergebnisoffene Verpflichtung des Arbeitgebers, welche von dem Einverständnis des Arbeitnehmers abhängt. Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG ist jedoch ergebnisbezogen und ist nicht von einem Einverständnis des Arbeitnehmers

²⁵⁴ So auch Groskreutz/Welti, S. 7.

²⁵⁵ So ähnlich Wenckebach, S. 6.

²⁵⁶ So auch Groskreutz/Welti, S. 7; auch Wenckebach (S. 5) und Roetteken (juris PR-ArbR 33/2013) sind der Auffassung, dass der Gesetzgeber die Pflicht des Arbeitgebers zu angemessenen Vorkehrungen durch Gesetz regeln muss.

abhängig. Sie findet lediglich ihre Grenze in der Unangemessenheit der Vorkehrung in der vorausgesetzten Fähigkeit des Arbeitnehmers einen unter Ausführung von Schutzvorkehrungen gestalteten Arbeitsplatz tatsächlich auszufüllen. Im gleichen Zuge wäre eine entsprechende Ausgestaltung nach den europäischen Vorgaben sinnvoll.²⁵⁷

²⁵⁷ So auch Roetteken, jurisPR-ArbR 33/2013.

F. Zusammenfassung und Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Erwerbstätigkeit in Deutschland kontinuierlich ansteigt und die meisten Erwerbstätigen als Angestellte in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehen. Auch für diese findet das Arbeitsrecht mit seinen Regelungen zur Krankheit und Behinderung Anwendung.

Der arbeitsrechtliche Krankheitsbegriff leitet sich aus dem sozialversicherungsrechtlichen Krankheitsbegriff ab und beinhaltet, anders als der medizinische Krankheitsbegriff, das Erfordernis der Arbeitsunfähigkeit. Die Arbeitsunfähigkeit kommt zwar am häufigsten bei den unter 25-jährigen vor. Jedoch steigen die Tage der Arbeitsunfähigkeit mit dem zunehmenden Alter kontinuierlich an. Eine Arbeitsunfähigkeit dauert durchschnittlich 12 Tage an und tritt am häufigsten im produzierenden Gewerbe ohne Baugewerbe auf. Die wenigsten Fallzahlen sind in der Land-, und Forstwirtschaft sowie in der Fischerei zu verzeichnen. Dies ist wahrscheinlich durch die saisonale Arbeitszeit bedingt. Die häufigsten Erkrankungen sind Krankheiten am Muskel- und Skelett-System und dem Bindegewebe. Die volkswirtschaftlichen Kosten durch Arbeitsunfähigkeiten sind enorm. Im Jahr 2014 errechneten sich Produktionsausfallkosten in Höhe von 57 Mrd. € und im Jahr 2015 von 64 Mrd. €. Der errechnete Ausfall an der Bruttowertschöpfung war konsequenterweise fast um das Doppelte höher.

Das deutsche Recht unterscheidet zwischen „einfachen“ Behinderten, Schwerbehinderten und gleichgestellte behinderte Menschen. Außerdem geht es von einem einheitlichen gesetzlichen Behindertenbegriff aus. Das KSchG, AGG und BGG bezieht sich auf den Behindertenbegriff des SGB IX. In Deutschland sind mehr männliche Schwerbehinderte Menschen zu verzeichnen als weibliche. Die meisten Schwerbehinderten weisen einen GdB von 100 gefolgt von einem GdB von 50 auf. Auch nimmt die Zahl der Schwerbehinderungen im Alter zu. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die meisten Schwerbehinderungen durch Krankheiten verursacht werden. Eine Vielzahl von (Schwer-)Behinderten befindet sich in einer Beschäftigung, so dass sie den Regelungen des deutschen Rechts, insbesondere auch denen zur Kündigung, Krankheit und Behinderung ausgesetzt sind.

Zum Verhältnis von Krankheit und Behinderung lässt sich zusammenfassend sagen, dass der Behindertenbegriff in der Richtlinie 2000/78/EG nicht definiert ist und der EuGH diesen Begriff einheitlich und weit ausgelegt hat und an dieser Auslegung schon seit 10 Jahren festhält und sie stets weiterentwickelt. Der Behindertenbegriff besteht grundsätzlich aus 3 Voraussetzungen und ist dahingehend zu verstehen, dass es sich um Einschränkungen handelt, welche

insbesondere auf physische geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen sind, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, sofern die körperlichen, seelischen, geistigen und Sinnesbeeinträchtigungen langfristig sind. Bei der Beurteilung kommt es auf den Einzelfall an und nicht auf einen bestimmten GdB. Demnach erfolgt keine Unterscheidung in „einfache“ Behinderte und Schwerbehinderte, da alle Behinderte gleich geschützt werden sollen. Die Krankheit ist kein weiteres Merkmal der Antidiskriminierungsverbote und somit generell nicht einer Behinderung gleichzusetzen. Allerdings können einige Krankheiten unter Beachtung der Voraussetzungen des Behindertenbegriffs eine Behinderung darstellen. Dies wird dadurch bestätigt, dass die Art der Behinderung sehr häufig in einer Krankheit zusehen ist. Es kommt nicht darauf an, ob die Krankheit heilbar oder unheilbar ist und auf welcher Ursache – angeboren, Arbeitsunfall, Krankheit - sie beruht. Zum Merkmal der Langfristigkeit hat der EuGH Vorgaben gemacht und überlässt die Überprüfung dieser den nationalen Gerichten. Einen zeitlichen Rahmen hat er nicht genannt, sodass insoweit eine Rechtsunsicherheit bestehen könnte und er sich auf kurz oder lang zu positionieren haben wird. Dieser Auslegung ist im Ergebnis zuzustimmen, da es andernfalls bei einer Gleichsetzung von Krankheit und Behinderung zu einem unferlosen bzw. unbegrenzten Diskriminierungsschutz kommen würde. Eine Entgrenzung des Behindertenbegriffs ist aufgrund der Vorgaben des EuGH nicht zusehen. Bei einer Differenzierung nach der Ursache wäre eine Ungleichbehandlung von Behinderten nicht gegeben. Auch das BAG folgt diesem maßgeblichen supranationalen Recht und damit der Auslegung des EuGH. Er sieht zu Recht eine symptomlose HIV-Infektion als Beeinträchtigung der Funktion des Körpers und damit einer chronischen Erkrankung an, welche sich aufgrund der Stigmatisierung seiner Umwelt auf die Teilhabe am Leben auswirkt und solange andauert, wie die Stigmatisierung andauert. Anhand dieser Entscheidung des BAG ist ersichtlich, dass sich der nationale und der unionsrechtliche Behindertenbegriff annähern und zusammen harmonisieren. Der einheitliche deutsche Behindertenbegriff (SGB IX, AGG, KSchG, BGG) ist richtlinienkonform und behindertenrechtskonventionskonform auszulegen, dies hat das BAG gemacht. Damit ist eine Umgehung des Diskriminierungsschutzes ausgeschlossen. Der EuGH trifft lediglich Mindestanforderungen, so dass günstigere Regelungen durch das nationale Recht getroffen werden können.

Auch im Rahmen der Rechte und Pflichten verhalten sich Krankheit und (Schwer-)Behinderung nicht immer gleich. Die Mitteilung einer Behinderung an den Arbeitgeber wird im Vergleich zur Mitteilung einer Arbeitsunfähigkeit

– unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer krank oder zusätzlich auch behindert ist - anders behandelt. Wonach der Arbeitnehmer beim Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit die Pflicht hat dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen, hat er diese Pflicht beim Vorliegen einer Behinderung zunächst nicht. Weiterhin haben arbeitsunfähig Erkrankte, egal ob sie behindert sind oder nicht, einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung und Krankengeld. Schwerbehinderte Arbeitnehmer erhalten neben dem Mindesturlaubsanspruch noch einen Zusatzurlaub. Dieser ist an das rechtliche Schicksal des Mindesturlaubes gebunden. Für Schwerbehinderte Arbeitnehmer gilt neben dem Zusatzurlaub der Vorteil der Freistellung von der Mehrarbeit. Die Arbeitgeber sind unter bestimmten Voraussetzungen zur Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen verpflichtet. Während öffentlichen Arbeitgeber ihrer Beschäftigungspflicht grundsätzlich nachkommen, erfüllen private Arbeitgeber diese nicht immer. In diesem Fall müssen sie eine Ausgleichsabgabe zahlen.

Es besteht ein Schutz vor diskriminierenden Kündigungen nach dem AGG und nach dem KSchG. Dieser Schutz gilt daher generell und unabhängig von Kleinbetrieben, Wartezeiten und Probezeit. Damit werden alle Arbeitnehmer hinsichtlich diskriminierender Kündigungen, insbesondere wegen einer Behinderung, gleichbehandelt. Eine andere Ansicht wäre auch europarechtlich und mit der Richtlinie 2000/78/EG nicht tragbar.

Nach dem KSchG kommen drei Kündigungsgründe aus denen eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt ist in Betracht. Dabei handelt es sich um die personenbedingte, verhaltensbedingte und betriebsbedingte Kündigung. Die krankheitsbedingte Kündigung stellt die bedeutendste Fallgruppe der personenbedingten Kündigung dar. Die Voraussetzungen dieser sind nach ständiger Rechtsprechung in einer Drei-Stufen-Prüfung (negative Prognose, erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen und Interessenabwägung) vorzunehmen. Die einzelnen Stufen variieren in Abhängigkeit der Krankheitserscheinungen (häufige Kurzerkrankungen, Langzeiterkrankungen, Dauererkrankungen und krankheitsbedingte Leistungsminderung). Für die außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung gilt der besondere Kündigungsschutz des KSchG nicht. Die Rechtsgrundlage ergibt sich aus § 626 BGB. Sie kommt nur unter Einhaltung strenger Maßstäbe in Betracht. Die Drei-Stufen-Prüfung ist auch hier vorzunehmen, wobei der Prüfungsmaßstab erheblich strenger ist.

Behinderte Arbeitnehmer, können wie kranke Arbeitnehmer auch, ordentlich und außerordentlich nach den dargestellten Regelungen gekündigt werden. Folglich sind sie nicht unkündbar. Für Schwerbehinderte Arbeitnehmer und

gleichgestellte behinderte Arbeitnehmer gilt ein besonderer Kündigungsschutz für die ordentliche und außerordentliche Kündigung. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber eine vorherige Zustimmung zur Kündigung durch das Integrationsamt im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens einholen muss. Ansonsten besteht ein absolutes Kündigungsverbot. Die Entscheidung zur Zustimmung ist grundsätzlich eine Ermessensentscheidung, bei der neben der Zielsetzung des besonderen Kündigungsschutzes die Interessen gegeneinander abgewogen werden sollen. Für den besonderen Kündigungsschutz muss die Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung grundsätzlich behördlich festgestellt worden sein. Soweit der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung hatte, hat der Arbeitnehmer, um seinen besonderen Kündigungsschutz nicht verfallen zu lassen, die Möglichkeit dies innerhalb der drei-Wochenfrist prozessual geltend zu machen.

Nach § 84 II SGB IX ergibt sich, eine Rechtspflicht des Arbeitgebers bei allen Arbeitnehmern, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind, ein bEM vorzunehmen. Das BAG und auch der EuGH haben, unter Berücksichtigung des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG und damit einer richtlinienkonformen und behindertenrechtskonventionskonformen Auslegung, zu Recht darauf hingewiesen, dass eine gesetzliche Verpflichtung von Arbeitgebern besteht, bei Behinderungen im Sinne der Richtlinie angemessene Vorkehrungen zu erwägen, bevor eine Kündigung ausgesprochen wird. Menschen mit Behinderung soll ermöglicht werden mit der Behinderung weiterhin am gesellschaftlichen Leben teil haben zu dürfen und dies unter Vornahme von entsprechenden Maßnahmen bzw. Vorkehrungen zu verwirklichen. Damit der „Angemessenheit“ der Vorkehrung wird eine Grenze gezogen, bei der der Arbeitgeber nicht um jeden Preis an dem Arbeitsverhältnis mit einem im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG behinderten Arbeitnehmer fest halten muss. Da es auf den Einzelfall ankommen wird, hat der EuGH zu Recht lediglich Vorgaben gemacht und eine Überprüfung den nationalen Gerichten überlassen. Diesbezüglich besteht jedoch die Möglichkeit, dass weiterhin eine Rechtsunsicherheit mit Blick auf den Begriff der „Angemessenheit“ und der Spanne dieser besteht.²⁵⁸ Es bedarf daher einer weiteren europarechtlichen Klärung, die sicherlich nicht lange auf sich warten lässt.

Die EU-Antidiskriminierungsvorgaben im Bereich der Kündigung sind im deutschen Recht noch nicht geregelt und somit für die Praxis noch nicht verständlich und verbindlich vorgegeben. Damit sind die Arbeitsgerichte berufen, die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien unter Beachtung der EuGH-Rechtsprechung ins nationale Recht zu transformieren. Mit der Entscheidung

²⁵⁸ So ähnlich Wenkebach, S. 6.

vom 19.12.2013 hat das BAG einen Anfang gemacht. Es wird noch einige Jahre in Anspruch nehmen, bis eine gefestigte Rechtsprechung entstanden ist und eine gewisse Rechtssicherheit besteht. Es wäre auch wünschenswert, dass der Gesetzgeber die Urteile zum Anlass nehmen würde, die Beschränkung der individualrechtlichen Normen in § 81 IV, V SGB IX auf schwerbehinderte Menschen aufzuheben und die Regelung des § 84 II SGB IX entsprechend anzupassen und im gleichen Zuge eine entsprechende Ausgestaltung nach den europäischen Vorgaben vorzunehmen.

Selbständigkeitserklärung

Hiermit erkläre ich, dass die Arbeit selbständig verfasst, in gleicher oder ähnlicher Fassung noch nicht in einem anderen Studiengang als Prüfungsleistung vorgelegt wurde und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel und Quellen, einschließlich der angegebenen oder beschriebenen Software, verwendet wurden.

Weißenfels, 08.05.2017

Ort, Datum

Unterschrift des Studierenden