

# Kündigung bei Krankheit

Handbuch für die betriebliche,  
anwaltliche und gerichtliche Praxis

von

**Prof. Dr. Achim Lepke**

vormals Freie Universität Berlin

Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Berlin a.D.

begründet von

**Dr. Dirk Neumann**

Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts, i.R.

(bearbeitet bis zur 3. Auflage)

11., überarbeitete und erweiterte Auflage

---

ERICH SCHMIDT VERLAG

## Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

1.–4. Auflage im Verlag Handelsblatt, Düsseldorf  
5.–9. Auflage im Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart  
10. Auflage 2000  
11. Auflage 2003

ISBN 3 503 07043 5

Alle Rechte vorbehalten  
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin 2003  
[www.erich-schmidt-verlag.de](http://www.erich-schmidt-verlag.de)

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen der Deutschen Bibliothek und der Gesellschaft für das Buch bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht sowohl den strengen Bestimmungen der US Norm Ansi/Niso Z 39.48-1992 als auch der ISO Norm 9706.

Gesetzt aus der 9/11 Punkt Stempel Garamond

Satz: multitext, Berlin  
Druck: Ott-Druck, Berlin  
Buchbinderei: Lüderitz & Bauer, Berlin

## **Vorwort zur 10. Auflage**

Die im Zusammenhang mit einer Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen in der Person des Arbeitnehmers stehenden arbeitsrechtlichen Probleme haben seit dem Erscheinen der letzten Auflage meiner Abhandlung im Jahre 1995 nichts an ihrer Aktualität und Bedeutung für die betriebliche und gerichtliche Praxis verloren. Manche neuen Aspekte sind hinzugekommen. Aber auch Gesetzesänderungen sowie eine umfangreiche Literatur und Rechtsprechung, insbesondere der Instanzgerichte mußten ausgewertet und kritisch hinterfragt werden, weshalb eine nicht unerhebliche Erweiterung der Monographie unvermeidlich erschien. Berücksichtigung haben die bis Ende August 1999 veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung gefunden.

Berlin, im September 1999

Achim Lepke

## **Vorwort zur 11. Auflage**

Die einschlägige, bis Ende Dezember 2002 veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung berücksichtigend, musste bei der Aktualisierung der Schrift eine Vielzahl neuer arbeitsrechtlicher, aber auch anderer gesetzlicher Normen, die zum Teil tiefgreifende Veränderungen in unserem Rechtssystem zur Folge haben, in den Text eingearbeitet werden. Beispielhaft seien nur das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. 11. 2001 erwähnt, das Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung vom 10. 12. 2001, das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. 1. 2002, das Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21. 12. 2000 sowie das Sozialgesetzbuch – Neuntes Buch – in der Fassung vom 10. 12. 2001, durch das das Schwerbehindertengesetz ersetzt worden ist. Auch das Tarifvertragsrecht, insbesondere das des öffentlichen Dienstes, hat teilweise inhaltliche Änderungen erfahren, die nicht unerwähnt bleiben konnten.

Ausführungen zur Glücksspielsucht und Internet-Abhängigkeit sowie zur Auflösung eines Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung sind ebenso hinzugekommen wie die Fragen eines Wiedereinstellungsanspruches nach einer wirksamen krankheitsbedingten Kündigung, die in der betrieblichen und gerichtlichen Praxis mehr und mehr an Bedeutung gewonnen haben.

Berlin, im Januar 2003

Achim Lepke

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rand- nummer
Vorwort zur 10. Auflage .....	5	
Vorwort zur 11. Auflage .....	5	
Inhaltsverzeichnis .....	7	
Abkürzungsverzeichnis .....	13	
Schrifttumverzeichnis.....	23	

### A. Aufgabenstellung und Abgrenzung

<b>I. Einführung</b> .....	65	1 – 10
<b>II. Aufgabe</b> .....	77	11 – 12
<b>III. Abgrenzung</b> .....	79	13 – 50
1. zum befristeten Arbeitsvertrag .....	79	13 – 16
2. zum auflösend bedingten Arbeitsvertrag .....	85	17 – 22
3. zur Anfechtung .....	91	23 – 50
a) Allgemeines .....	91	23
b) Irrtumsanfechtung .....	92	24 – 27
c) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung .....	95	28 – 50
aa) insbesondere Auskunftspflicht .....	95	28 – 44a
aaa) Krankheiten .....	98	31 – 32
bbb) Rauchen .....	101	33
ccc) Schwerbehinderung .....	102	34 – 38a
ddd) Schwangerschaft .....	105	39 – 44a
bb) insbesondere Mitteilungspflicht .....	113	45 – 48
cc) Anfechtung selbst .....	116	49 – 50

### B. Krankheitsbegriff

<b>I. Medizinischer Krankheitsbegriff</b> .....	119	52 – 54a
<b>II. Krankheit und Arbeitsunfähigkeit</b> .....	122	55 – 59
1. Allgemeines .....	122	56 – 57
2. Insbesondere Erwerbsunfähigkeit und verminderte Erwerbsfähigkeit .....	125	58 – 58a
3. Weitere Aspekte .....	127	59
<b>III. Besondere Fälle krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit</b> .....	128	60 – 72
1. Transsexualität .....	128	60
2. Alkohol- und Drogensucht .....	130	61 – 63
a) Alkoholismus .....	130	62
b) Drogenabhängigkeit .....	131	63

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rand- nummer
3. Nikotinabhängigkeit .....	132	64 – 69
a) Aktivrauchen .....	133	66
b) Passivrauchen .....	134	67 – 69
4. Glücksspielsucht .....	137	69a
5. Internet-Abhängigkeit .....	138	69b
6. Sonstiges .....	138	70 – 72

### C. Krankheit als Kündigungsgrund

<b>I. Kündigung trotz Krankheit .....</b>	141	73 – 81
1. Allgemeines .....	141	73 – 77
2. Tarifvertragliche Bestimmungen .....	145	78 – 81
<b>II. Fristgemäße Kündigung durch den Arbeitgeber .....</b>	149	82 –192
1. Allgemeines .....	149	82 – 91
2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung .....	161	92 – 95
3. Erkundigungspflicht des Arbeitgebers? .....	166	96 – 99
4. Auskunftspflicht des Arbeitnehmers? .....	171	100 –102
5. Einzelne Gesichtspunkte .....	173	103 –162
a) Langanhaltende Krankheit .....	174	104 –112a
b) Häufige Krankheiten und Wiederholungsgefahr .....	189	113 –123
c) Minderung der Leistungsfähigkeit .....	204	124 –131
d) Sonstige maßgebliche Umstände .....	216	132 –162
aa) Verschulden des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers .....	222	138 –141
bb) Betriebsunfall .....	225	142 –143
cc) Länge der Betriebszugehörigkeit und Lebensalter .....	228	144 –145
dd) Familiäre Verhältnisse .....	230	146
ee) Betriebsgröße und Störung des Betriebsablaufes .....	232	147 –151
ff) Insbesondere Vergütungsfortzahlungskosten ...	241	152 –156
gg) Ver- oder Umsetzung vor der Kündigung .....	250	157 –162
6. Zwischenbetrachtung .....	258	163
7. Soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung? ....	259	164 –173
a) § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG in der bis zum 30. 9. 1996 geltenden Fassung .....	260	167 –171
b) § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG in der Fassung vom 1. 10. 1996 .....	263	172
c) Aktuelle Fassung des § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG .....	264	173
8. Darlegungs- und Beweislast .....	265	174 –192
<b>III. Fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber .....</b>	283	193 –211
1. Allgemeines .....	283	193 –193b

	Seite	Rand- nummer
2. Grundsätze nach bisherigem Recht .....	285	194 –195
3. Grundsätze nach geltendem Recht .....	286	196 –201
4. Beispiele aus der Rechtsprechung .....	291	202 –206a
a) Fristgerecht kündbare Arbeitnehmer .....	291	202
b) Fristgerecht unkündbare Arbeitnehmer .....	293	203
c) Stellungnahme zur Fallgruppe b) .....	295	203a–206a
5. Kündigungserklärungsfrist .....	301	207 –209
6. Darlegungs- und Beweislast .....	303	210 –211
<b>IV. Anhörung des Betriebsrates .....</b>	<b>304</b>	<b>212 –223</b>
<b>V. Insbesondere Kündigung durch den Arbeitgeber bei Suchterkrankungen des Arbeitnehmers .....</b>	<b>318</b>	<b>224 –259</b>
1. Kündigung wegen Trunksucht .....	318	224 –244
a) Allgemeines .....	318	224 –225
b) Statistisches .....	319	226 –229
c) Rechtsprechungsübersicht .....	323	230 –231
aa) Instanzgerichte .....	323	230a
bb) Bundesarbeitsgericht .....	327	231
d) Ordentliche fristgerechte Entlassung .....	330	232 –243
aa) Allgemeines .....	330	232 –233
bb) Personen- und/oder verhaltensbedingte Entlassungsgründe .....	334	234 –238
cc) Alkoholsucht und Verschulden .....	340	239 –241
dd) Therapieangebot durch den Arbeitgeber? .....	346	242
ee) Rückfallgefahr .....	349	242a–242b
ff) Unkenntnis des Arbeitgebers von der Sucht des Arbeitnehmers .....	352	243
gg) Geeignete und zulässige Beweismittel .....	353	243a
e) Außerordentliche fristlose Kündigung .....	355	244
2. Kündigung wegen Drogensucht .....	356	245 –257a
a) Allgemeines .....	356	245 –249
b) Kündigung durch den Arbeitgeber .....	359	250 –257a
3. Resümee .....	366	258 –259
<b>VI. AIDS als Beendigungsgrund .....</b>	<b>370</b>	<b>260 –292</b>
1. Vorbemerkungen .....	370	260 –270
2. Fristgerechte Kündigung durch den Arbeitgeber .....	379	271 –283
a) Rechtstatsächliches .....	379	271 –272
b) Gerechtfertigte oder sozialwidrige Kündigung .....	381	273 –279
c) Insbesondere Druckkündigung .....	390	280 –282
d) Kündigung von Arbeitsverhältnissen ohne allgemeinen Bestandsschutz .....	395	283
3. Fristlose Kündigung .....	396	284 –286
4. Vertragsanfechtung .....	397	287 –292

	Seite	Rand-	num-
		293	mer
<b>VII. Kündigung durch den Arbeitnehmer</b> .....	400	293	-298
<b>VIII. Besondere Arbeitnehmergruppen</b> .....	402	299	-327
1. Schwerbehinderte .....	402	299	-315
a) Ordentliche Kündigung .....	402	299	-309
b) Außerordentliche und fristlose Kündigung .....	411	310	-313
c) Kündigung nach erteilter Zustimmung .....	413	314	-315
2. Mutterschutz und Elternzeit .....	416	316	-327

## D. Kündigung wegen Pflichtverletzungen bei Krankheit

<b>I. Krankmeldung</b> .....	423	329	-336
1. Vorbemerkungen .....	423	329	
2. Einzelheiten .....	423	330	-336
<b>II. Nachweis der Krankheit</b> .....	428	337	-404
1. Allgemeines .....	428	337	
2. Einzelheiten .....	429	338	-359a
a) Art, Umfang und Zeitpunkt der Nachweispflicht. . . . .	429	338	-345a
b) Frühere Attestvorlage .....	434	346	-349
c) Folgebescheinigung .....	440	350	-351
d) Inhalt und Kosten des Attestes .....	441	352	-355
e) Auszubildende .....	442	356	
f) Kapitäne und Besatzungsmitglieder von Schiffen . . . . .	443	357	
g) Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation .....	443	358	
h) Unabdingbarkeit .....	444	359	-359a
3. Bedeutung der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung .....	445	360	-393
a) Beweiswert .....	445	360	-376
aa) inländischer Atteste .....	445	360	-367
bb) ausländischer Atteste .....	459	368	-375
aaa) aus Staaten, die nicht Mitglieder der Europäischen Union sind .....	459	368	-369
bbb) aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union bzw. EWR-Staaten .....	461	370	-375
cc) Zwischenbetrachtung .....	468	376	
b) § 31 Bundesmantelvertrag-Ärzte/ Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien .....	468	377	-380
c) Widersprüchliche Atteste .....	470	381	
d) Ärztliches Attest als Parteierklärung im Prozess .....	471	382	
e) Untersuchung durch den Medizinischen Dienst .....	472	383	-388
f) Arzt als Zeuge im Prozess .....	478	389	-393
4. Ärztliche Untersuchungen auf Geheiß des Arbeitgebers .....	482	394	-404

	Seite	Rand- nummer
<b>III. Anzeige- und Nachweispflichten bei Erkrankungen im Ausland</b> .....	492	405 –409
1. Gesetzliche Regelung .....	492	405 –407
2. Vereinfachtes Verfahren .....	494	408 –409
<b>IV. Pflicht des Arbeitnehmers zu gesundheits- und heilungsförderndem Verhalten?</b> .....	496	410 –412
<b>V. Rückmeldepflicht</b> .....	499	413 –415
<b>VI. Kündigung durch den Arbeitgeber</b> .....	502	416 –460
1. bei Verletzung von Nebenpflichten .....	502	416 –425
2. bei Verhinderung der Gesundheitsförderung? .....	514	426 –436
a) Beispiele aus der Rechtsprechung .....	514	426 –428a
b) Schrifttum .....	522	429
c) Stellungnahme und eigene Lösung .....	523	430 –436
aa) Der Arbeitnehmer verstößt nicht gegen ärztliche Anordnungen .....	523	430
bb) Der Arbeitnehmer verhält sich nicht krankheitsgemäß .....	524	431 –436
3. bei fehlendem Arbeitswillen .....	528	437 –442
4. beim Verdacht, dass der Arbeitnehmer nicht krank ist .....	534	443 –457
a) Beispiele .....	535	444 –446
b) Fristlose Entlassung .....	538	447 –456
c) Ordentliche Kündigung .....	546	457
5. Darlegungs und Beweislast .....	547	458 –460

### E. Gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Wiedereinstellungsanspruch

<b>I. Auflösungsantrag und Abfindungsanspruch</b> .....	551	461 –467
1. Auflösungsbegehren des Arbeitgebers .....	551	461 –463
2. Auflösungsverlangen des Arbeitnehmers .....	552	464 –466
3. Auflösungsantrag beider Parteien .....	554	467
<b>II. Wiedereinstellungsanspruch</b> .....	554	468 –503
1. Vorbemerkungen .....	554	468 –473
2. Judikatur .....	557	474 –480a
a) Bundesarbeitsgericht .....	558	475 –477
b) Instanzgerichte .....	559	478 –480a
3. Auffassungen im Schrifttum .....	560	481 –482
4. Materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzungen .....	561	483 –489
a) Individual- oder kollektiv-rechtliche Regelungen .....	561	483 –484
b) Krankheitsbedingte Kündigung .....	562	485 –487
c) Verdachtskündigung .....	565	488

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rand-
		nummer
d) Abfindungsvergleich . . . . .	565	489
5. Ausgewählte prozessuale Fragen . . . . .	566	490 –503
a) Allgemeines . . . . .	566	490 –492
b) Klageart . . . . .	567	493 –494
c) Klageantrag . . . . .	568	495
d) Frist zur Geltendmachung? . . . . .	569	496
e) Darlegungs- und Beweislast . . . . .	569	497 –499
f) Urteil und Zwangsvollstreckung . . . . .	571	500 –503
 <b>F. Folgen einer Kündigung wegen Krankheit</b>		
<b>I. Fortzahlung der Vergütung . . . . .</b>	<b>573</b>	<b>504 –511</b>
<b>II. Krankheit durch Kündigung . . . . .</b>	<b>580</b>	<b>512 –514</b>
<b>III. Urlaubsanspruch oder -abgeltung . . . . .</b>	<b>583</b>	<b>515 –526</b>
1. Allgemeines . . . . .	583	515
2. Rechtsmissbräuchliches Urlaubsverlangen . . . . .	584	516 –519
3. Erlöschen des Anspruches . . . . .	589	520 –526
<b>IV. Rückzahlung sog. freiwilliger Leistungen des Arbeitgebers . . . . .</b>	<b>597</b>	<b>527 –532</b>
<b>V. Weitere Beendigungsfolgen . . . . .</b>	<b>603</b>	<b>533 –537</b>
1. Zeugnisanspruch . . . . .	603	533 –535
2. Auskunft über den Arbeitnehmer . . . . .	606	536 –537
 Sachverzeichnis . . . . .	 609	