

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	XIX
-----------------------------------	------------

Abkürzungsverzeichnis	XXXI
------------------------------------	-------------

A. Einleitung	1
----------------------------	----------

B. Einführung in die Thematik	7
--	----------

I. Krankheitsbegriff	7
-----------------------------------	----------

1. Abgrenzung des arbeitsrechtlichen vom medizinischen Krankheitsbegriff...	8
---	---

2. Notwendigkeit einer Arbeitsunfähigkeit und Arbeitsverhinderung	12
---	----

3. Behandlungsbedürftigkeit	17
-----------------------------------	----

4. Eigene Stellungnahme	19
-------------------------------	----

II. Rechtsfigur der häufigen Kurzerkrankungen	21
--	-----------

1. Definition	21
---------------------	----

2. Einordnung in die Systematik der krankheitsbedingten Kündigung	22
---	----

3. Bedeutung der Kurzerkrankungen im Rahmen der krankheitsbedingten Kündigung	31
---	----

4. Voraussetzungen der Rechtsfigur der häufigen Kurzerkrankungen	40
--	----

III. Abmahnungserfordernis bei der personenbedingten Kündigung	43
---	-----------

1. Krankheit als steuerbares Verhalten	46
--	----

2. Krankheitsanfälligkeit als teilweise steuerbares Verhalten	51
---	----

3. Fehlende Steuerbarkeit als Abgrenzungskriterium	55
--	----

4. Ergebnis: Implementierung eines Hinweiserfordernisses im Rahmen der krankheitsbedingten Kündigung	57
--	----

IV.	Einordnung der Rechtsfigur der häufigen Kurzerkrankungen im Rahmen der außerordentlichen Kündigung	59
1.	Überblick	59
2.	Der Fall der Hilfsgärtnerin – Urteil des BAG vom 23. Januar 2014	63
C.	Die ordentliche Kündigung im Rahmen der Dreischrittprüfung	67
I.	Negative Gesundheitsprognose	69
1.	Fehlzeiten	72
2.	Indizwirkung der Fehlzeiten	87
3.	Kritik am Prognoseprinzip und Diskussion von Alternativen	116
4.	Zwischenergebnis	126
II.	Betriebliche Beeinträchtigungen	127
1.	Betriebsablaufstörungen	128
2.	Wirtschaftliche Belastung	134
3.	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	146
4.	Zwischenergebnis	205
III.	Interessenabwägung	205
1.	Aktueller Stand	205
2.	Kritik an der Interessenabwägung	217
3.	Vorschlag zur Vereinfachung der Interessenabwägung	219
IV.	Ausufernde Entgeltfortzahlungspflicht im Falle häufiger Kurzerkrankungen	223
1.	Begrenzung in § 3 Abs. 1 EFZG enthalten	223
2.	Lösungsansätze für zeitlich unbegrenzte Entgeltfortzahlungskosten	224
3.	Ergebnis	230
V.	Auswirkung des § 3 Abs. 1 EFZG de lege ferenda auf die Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen	231
1.	Folgen für die gesetzlichen Krankenversicherungen	231
2.	Folgen für die Kündigungsmöglichkeiten	236

D.	Die außerordentliche Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen	239
I.	Prüfung einer außerordentlichen Kündigung am Beispiel des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 23. Januar 2014	240
1.	Überblick	240
2.	Darstellung des Sachverhalts	244
3.	Umgehung des Ausschlusses der ordentlichen Kündbarkeit	245
4.	Nachträglicher Entzug der Unkündbarkeit eines tariflich gewährten Kündigungsschutzes	263
5.	Notwendige Auslauffrist	268
6.	Wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB	271
7.	Verhältnis ordentliche zu außerordentlicher Kündigung	295
8.	Ausgleich für den ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer	298
9.	Begrifflichkeit der sozialen Auslauffrist	299
10.	Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB	300
11.	Häufige Kurzerkrankungen als Dauertatbestand	318
12.	Anhörung des Betriebs- oder Personalrats	320
E.	Zusammenfassung in Thesen	321

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XIX
----------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis	XXXI
-----------------------------	------

A. Einleitung	1
---------------------	---

B. Einführung in die Thematik	7
-------------------------------------	---

I. Krankheitsbegriff	7
----------------------------	---

1. Abgrenzung des arbeitsrechtlichen vom medizinischen Krankheitsbegriff	8
a. Medizinischer Krankheitsbegriff	8
b. Sozialversicherungsrechtlicher Krankheitsbegriff	9
c. Arbeitsrechtlicher Krankheitsbegriff	10
d. Ergebnis	11
2. Notwendigkeit einer Arbeitsunfähigkeit und Arbeitsverhinderung	12
3. Behandlungsbedürftigkeit	17
4. Eigene Stellungnahme	19

II. Rechtsfigur der häufigen Kurzerkrankungen	21
---	----

1. Definition	21
2. Einordnung in die Systematik der krankheitsbedingten Kündigung	22
a. Aufbau der krankheitsbedingten Kündigung	22
b. Fallgruppen der krankheitsbedingten Kündigung	24
aa. Langanhaltende Krankheit	25
bb. Dauernde Leistungsunfähigkeit	28
cc. Krankheitsbedingte Leistungsminderung	29

3.	Bedeutung der Kurzerkrankungen im Rahmen der krankheitsbedingten Kündigung	31
a.	Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung	31
aa.	Häufige Kurzerkrankungen als Unzuverlässigkeit	33
bb.	Mischtatbestand	36
4.	Voraussetzungen der Rechtsfigur der häufigen Kurzerkrankungen	40
a.	Schwelle für Kurzerkrankungen	40
b.	Häufigkeit der Erkrankungen	42
III.	Abmahnungserfordernis bei der personenbedingten Kündigung	43
1.	Krankheit als steuerbares Verhalten	46
2.	Krankheitsanfälligkeit als teilweise steuerbares Verhalten	51
3.	Fehlende Steuerbarkeit als Abgrenzungskriterium	55
4.	Ergebnis: Implementierung eines Hinweiserfordernisses im Rahmen der krankheitsbedingten Kündigung	57
IV.	Einordnung der Rechtsfigur der häufigen Kurzerkrankungen im Rahmen der außerordentlichen Kündigung	59
1.	Überblick	59
a.	Wichtiger Grund iSd. § 626 BGB	60
b.	Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB	62
2.	Der Fall der Hilfsgärtnerin – Urteil des BAG vom 23. Januar 2014	63

C. Die ordentliche Kündigung im Rahmen der Dreischrittprüfung.... 67

I.	Negative Gesundheitsprognose	69
1.	Fehlzeiten	72
a.	Berücksichtigungsfähige Krankheiten	73
aa.	Betriebsunfälle	74
b.	Einführung einer Erkundigungs- und Auskunftspflicht	77
c.	Anzahl der Fehlzeiten	82
aa.	Ansicht der Literatur	83
bb.	Ansicht der Rechtsprechung	84
cc.	Stellungnahme	85

2.	Indizwirkung der Fehlzeiten	87
a.	Beurteilungszeitraum	88
aa.	Neuere Rechtsprechung	89
bb.	Ältere Rechtsprechung	91
cc.	Stimmen der Literatur	91
dd.	Eigene Stellungnahme	92
b.	Wiederholungsgefahr als Erfordernis	94
aa.	Berücksichtigung unterschiedlicher Erkrankungen - Implementierung einer Gesamtprognose	96
bb.	Wiederholungsgefahr bei Betriebs- und Sportunfällen	100
	(1) Betriebsunfälle	100
	(2) Sportunfälle	101
cc.	Ausschluss der Wiederholungsgefahr bei bestimmten Erkrankungen	103
dd.	Eigener Ansatz zur Wiederholungsgefahr	105
c.	Beurteilungszeitpunkt	107
aa.	Prognosekorrektur	108
bb.	Stellungnahme	110
d.	Darlegungs- und Beweislast	112
aa.	Aktueller Stand von Rechtsprechung und Literatur	112
bb.	Stellungnahme	115
3.	Kritik am Prognoseprinzip und Diskussion von Alternativen	116
a.	Prognosespielraum des Arbeitgebers	116
b.	Entscheidung durch Ärzte und Gutachter	117
c.	Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers	120
d.	Verdacht als hinreichende Grundlage für die Prognose	121
e.	Fehlzeiten der Vergangenheit als Anscheinsbeweis	121
f.	Probleme der Indizwirkung	123
g.	Eigener Lösungsvorschlag	123
h.	Ergebnis	126
4.	Zwischenergebnis	126
II.	Betriebliche Beeinträchtigungen	127
1.	Betriebsablaufstörungen	128
a.	Überbrückungsmaßnahmen	129
aa.	Neueinstellung einer Aushilfskraft	129
bb.	Personalreserve	130

	cc. Ergebnis.....	133
	b. Darlegungs- und Beweislast.....	133
2.	Wirtschaftliche Belastung	134
	a. Entgeltfortzahlungsleistungen länger als sechs Wochen ...	135
	aa. Ansicht der Rechtsprechung	135
	bb. Ansicht der Literatur	137
	cc. Stellungnahme	139
	(1) Wertungswiderspruch	139
	(2) Verstoß gegen § 612 a BGB.....	140
	(3) Wegfall der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB.....	142
	(4) Ergebnis.....	143
	b. Überschreitung des Zeitraums durch Tarifvertrag	145
	c. Darlegungs- und Beweislast.....	146
3.	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	146
	a. Möglichkeit der Anordnung von Überstunden	148
	b. Möglichkeit zur Versetzung.....	148
	aa. Freier Arbeitsplatz	150
	bb. Pflicht zur „Freikündigung“	151
	c. Betriebliches Eingliederungsmanagement.....	152
	aa. Überblick.....	152
	bb. Ziele des Verfahrens	157
	cc. Adressatenkreis des § 84 Abs. 2 SGB IX.....	158
	(1) Rechtsprechung und herrschende Literatur	159
	(2) Kritische Literaturstimmen	160
	(3) Stellungnahme	162
	dd. Ursachenzusammenhang einzelner Erkrankungen.....	165
	ee. Zustimmung des Beschäftigten.....	166
	ff. Sinnhaftigkeit des Freiwilligkeitsvorbehalts.....	168
	gg. Anwendung bei Kleinbetrieben und außerhalb des Geltungsbereichs	168
	hh. Bedeutung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements für die Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen.....	173
	(1) Folgen eines Verstoßes gegen § 84 Abs. 2 SGB IX.....	174

(2) Das BEM als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung	180
(3) Zusammensetzung der Schwelle von sechs Wochen	188
ii. Korrektur des BEM	190
(1) Voraussetzungen des Einladungsschreibens	191
(aa) Nichtäußerung des Arbeitnehmers auf Einladung zum BEM	192
(bb) Krankheitsbedingte Absage des Arbeitnehmers	194
(2) Entbehrlichkeit des Betrieblichen Eingliederungsmanagements	195
(3) Darlegungs- und Beweislast	197
(4) Erweiterte Prüfungspflicht des Arbeitgebers	199
(5) Datenverwendung nach Durchführung eines BEM	202
4. Zwischenergebnis	205
III. Interessenabwägung	205
1. Aktueller Stand	205
a. Krankheitsursache	207
b. Fehlzeitenquote	209
c. Bemühungen des Arbeitgebers	209
d. Bisheriger Verlauf des Arbeitsverhältnisses	210
e. Alter des Arbeitnehmers und Dauer des Vertrages	211
f. Unterhaltspflichten	212
g. Überbrückungsmaßnahmen	213
h. Entgeltfortzahlungskosten	215
i. Darlegung durch den Arbeitgeber	217
2. Kritik an der Interessenabwägung	217
a. Arbeitsverhältnisbezogene Abwägung	217
b. Strenge Voraussetzungen der Abwägung	218
c. Stellungnahme	219
3. Vorschlag zur Vereinfachung der Interessenabwägung	219
a. Einführung eines Kriterienkatalogs	219
b. Eigener Ansatz: Implementierung eines Kriterienkatalogs mit Abwägungsgewichtung	220

IV.	Ausufernde Entgeltfortzahlungspflicht im Falle häufiger Kurzerkrankungen.....	223
1.	Begrenzung in § 3 Abs. 1 EFZG enthalten	223
2.	Lösungsansätze für zeitlich unbegrenzte Entgeltfortzahlungskosten	224
a.	Einführung einer zeitlichen Begrenzung des § 3 Abs. 1 EFZG de lege ferenda	225
b.	Einrichtung eines Spielbank-Troncs	229
3.	Ergebnis.....	230
V.	Auswirkung des § 3 Abs. 1 EFZG de lege ferenda auf die Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen	231
1.	Folgen für die gesetzlichen Krankenversicherungen	231
2.	Folgen für die Kündigungsmöglichkeiten	236

D. Die außerordentliche Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen

239

I.	Prüfung einer außerordentlichen Kündigung am Beispiel des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 23. Januar 2014	240
1.	Überblick.....	240
2.	Darstellung des Sachverhalts	244
3.	Umgehung des Ausschlusses der ordentlichen Kündbarkeit	245
a.	Ansicht des Reichsarbeitsgerichts (fristlose Kündigung)	253
b.	Eine Ansicht (außerordentlich ordentliche Kündigung)	254
c.	Andere Ansicht (ordentliche Kündigung).....	255
d.	Herrschende Lehre und Rechtsprechung	256
e.	Eigene Stellungnahme	259
4.	Nachträglicher Entzug der Unkündbarkeit eines tariflich gewährten Kündigungsschutzes.....	263
a.	Echte Rückwirkung	264
b.	Unechte Rückwirkung	265
c.	Nachträglicher Entzug bei einem krankheitsanfälligen ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer	265
5.	Notwendige Auslauffrist.....	268

6.	Wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB	271
a.	Sinnentleerung des Arbeitsverhältnisses.....	276
aa.	Ansicht der Rechtsprechung	278
bb.	Eigene Ansicht	280
b.	Vereinbarkeit des Maßstabes mit der Dogmatik der außerordentlichen Kündigung	284
c.	Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses	286
d.	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	289
e.	Interessenabwägung	290
aa.	Ansicht der Literatur	292
bb.	Stellungnahme	293
f.	Ergebnis	295
7.	Verhältnis ordentliche zu außerordentlicher Kündigung	295
8.	Ausgleich für den ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer	298
9.	Begrifflichkeit der sozialen Auslauffrist.....	299
10.	Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB	300
a.	Sinn und Zweck des § 626 Abs. 2 BGB.....	301
b.	Auswirkungen auf die Fallgruppe der häufigen Kurzerkrankungen	303
aa.	Die richtungsweisende Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts	303
bb.	Fristbeginn.....	304
cc.	Fristablauf	310
dd.	Eigener Lösungsvorschlag	313
ee.	Darlegungs- und Beweislast	318
c.	Ergebnis	318
11.	Häufige Kurzerkrankungen als Dauertatbestand	318
12.	Anhörung des Betriebs- oder Personalrats	320

E.	Zusammenfassung in Thesen.....	321
-----------	---------------------------------------	------------