Krankheitsbedingte Kündigung – einmal anders!

Gekündigt, weil er sich krank zur Arbeit schleppte!

In diesem Beitrag lesen Sie, wann es ein Risiko sein kann, erkrankt zu sein und dennoch zur Arbeit zu gehen, um beispielsweise dringende Aufgaben zu erledigen. Wann ein Anstecken der Kolleginnen und Kollegen mit einer Krankheit zu einer Kündigung führen kann. Und schließlich die Antwort auf die Frage, wann eine krankheitsbedingte Kündigung möglich ist. Aber es geht auch um die Frage, wann darf ich zum eigenen Schutz zu Haus bleiben.

Schweinegrippe, Vogelgrippe und jedes Jahr neue Warnungen vor einer Grippepandemie. Für das Arbeitsrecht hat dies auf unterschiedlichen Ebenen Folgen. Der einfachste Fall ist, wenn es Anordnungen der zuständigen Behörde für den Infektionsschutz gibt. Diese sind für Arbeitgeber und Beschäftigte bindend (§ 30 IfSG[1]). Das könnte eine allgemeine oder für bestimmte Bereiche angeordnete Quarantäne sein oder der Ausspruch beruflicher Tätigkeitsverbote.

Dazu ist der Arbeitgeber verpflichtet

Der Arbeitgeber ist nach den Regeln des Arbeitsschutzgesetztes zu Maßnahmen verpflichtet, die die Beschäftigten vor einer Ansteckungsgefahr schützen. Es reicht nicht, auf die allgemeinen Informationsquellen zu verweisen. Diese ist nur ein erster Schritt zur nötigen umfassenden Aufklärung. Allgemeine Hinweise finden sich in den üblichen Informationsquellen[2], die speziellen Infos der Bundesregierung[3] oder auch übergreifende moderne Internetinformationen zur Ansteckungsgefahr und Ansteckungsabwehr.[4] Darüber hinaus muss der Arbeitgeber geeignete Anweisungen zur Umsetzung der Maßnahmen des Arbeitsschutzes erteilen (§ 4 und § 11 ArbSchG sowie § 3 ArbMedVV). Dies können Angebote für arbeitsmedizinische Untersuchungen sein oder die Bereitstellung von Materialien zur Desinfektion oder Dekontamination (§ 11 BioStoffV). In großen Unternehmen gibt es Pläne zum Pandemie-Management.[5] In kleinen Unternehmen sehen wir Plakate mit Hinweisen zum richtigen Händewaschen und Desinfektionsflaschen bei den Waschbecken. Nicht berechtigt ist der Arbeitgeber dazu, allgemeine Zugangskontrollen einzuführen, die dafür sorgen, dass die Beschäftigten mit Fieber oder sonstigen Anzeichen für eine Erkrankung zu Untersuchungen geschickt werden können.[6] Auch eine Pflicht zur Teilnahme an Impfungen ist arbeitsvertraglich nicht geschuldet. Ebenso wenig können die Beschäftigten vom Arbeitgeber verpflichtet werden, einen Verdacht auf eine Grippeerkrankung bei sich oder anderen zu melden. Auch die Vorlage eines Gesundheitszeugnisses, mit dem Inhalt, dass keine Erkrankung vorliegt, kann nicht verlangt werden.[7]

Das müssen die Beschäftigten tun

Wer weiß, dass er an einer ansteckenden Krankheit leidet, muss das mitteilen, wenn es der Durchführung des Arbeitsverhältnisses entgegensteht.[8] Also beispielsweise bei Tätigkeiten, wo ein Gesundheitszeugnis erforderlich ist. Nach § 42 IfSG (ehemals § 17 und § 18 BSeuchG) dürfen Personen mit bestimmten ansteckenden Krankheiten[9] nicht mit der Herstellung oder dem Vertrieb von Lebensmitteln beschäftigt werden. Dies führt aber bei vorübergehenden Erkrankungen zu keinem Kündigungsrisiko, sondern zum Anspruch auf Lohnfortzahlung.[10] Es spricht also nichts dafür, dennoch zur Arbeit zu gehen. Entstehen nämlich dem Arbeitgeber durch diese Infektionen Nachteile, so muss dieser Schaden vom Beschäftigten ersetzt werden.
Wer sich Quarantäneanordnungen des Arbeitgebers widersetzt, um diesen bewusst zu schädigen, dem droht sogar die fristlose Kündigung.[11] Dabei trifft jedoch den Arbeitgeber die Beweislast, dass eine bewusste Schädigung beabsichtigt war. Wer in irriger Annahme, dass er dringende Arbeiten erledigen muss, handelte, kann maximal mit einer

1 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (IfSG) – hat 2006 das Bundes-Seuchengesetz ersetzt.
2 Beispielsweise durch die WHO – www.who.int, das Robert Koch Institut – www.rki.de, oder den Verband der Betriebs- und Werksärzte – www.vdbw.de.
3 www.neuegrippe.bund.de.
4 www.wir-gegen-viren.de.
5 Dr. Manfred Albrod, Influenzapandemie – Risiko im Betrieb, in diesem Heft auf Seite 7.
6 Wolf Klimpe-Auerbach, Neue Grippe und Gesundheitsschutz, in diesem Heft auf Seite 10.
7 BAG v. 25.6.1970 – 2 AZR 376/69 AP Nr. 1 zu § 18 BSeuchG.
8 LAG Hessen v. 13.10.1972 – 5 Sa 406/72, DB 1972, 2359.
9 Personen, die
1. an Typhus abdominalis, Paratyphus, Cholera, Shigellenruhr, Salmonellose, einer anderen infektiösen Gastroenteritis oder Virushepatitis A oder E erkrankt oder dessen verdächtig sind,
2. an infizierten Wunden oder an Hautkrankheiten erkrankt sind, bei denen die Möglichkeit besteht, dass deren Krankheitserreger über Lebensmittel übertragen werden können,
3. die Krankheitserreger Shigellen, Salmonellen, enterohämorrhagische Escherichia coli oder Choleravibrionen ausscheiden,
dürfen nicht tätig sein oder beschäftigt werden.
10 BAG v. 2.3.1971 – AP Nr. 2 zu § 18 BSeuchG und sogar bei Selbststötungsversuch Anspruch auf Lohnfortzahlung BAG v. 28.2.1979, ArbuR 1979, 119.
11 LAG Hess. v. 13.5.2002, RDV 2003, 148–149.

Abmahnung bedroht werden. Anderseits wäre auch die »Flucht« in die Krankheit theoretisch denkbar. Wer sich vorsätzlich mit einer Krankheit anstecken würde, müsste mit Sanktionen rechnen. Dies ist vergleichbar mit dem Androhen von Erkrankungen gegenüber dem Arbeitgeber. Da hat das BAG keine Hemmungen, eine fristlose Kündigung als angemessen zu betrachten.[12] Wichtig ist, dass dies vorsätzlich geschieht. Es reicht nicht aus, dass der Beschäftigte weiterhin auf Partys geht, obwohl in allgemeiner Hysterie vor allen Menschenansammlungen gewarnt wird. Auch darf die Beschäftigte ins Kino gehen, obwohl wieder Grippezeit ist oder auch an Familienfeiern teilnehmen. Vorsatz bedeutet, dass der Arbeitnehmer von der Erkrankung weiß und diese bewusst auf sich übertragen möchte. Diese theoretische Überlegung dürfte m.E. in der Praxis aber sehr, sehr selten auftreten. Denkbar wäre die Reise in ein Pandemieland vor dem das auswärtige Amt gewarnt hat. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach dem EFZG[13] besteht nur, wenn die Arbeitsunfähigkeit ohne Verschulden des Beschäftigten entstanden ist.

Auch mögliche Schadenersatzpflichten anderer Betroffener oder des Arbeitgebers wegen Gehaltsfortzahlung sind theoretisch denkbar. Die Beweislast haben die Geschädigten. Diese müssten auch die Kausalität der Begegnung und der Erkrankung und das Ausschließen anderer Ansteckungsmöglichkeiten darlegen.

Beispielsweise, sich heilungsfördernd verhalten

Schließlich haben Beschäftigte die Pflicht, sich »heilungsfördernd« zu verhalten. Damit ist nicht gemeint, dass der Arbeitgeber das Recht hat, zu prüfen, ob der Beschäftigte die verordnete Bettruhe auch 24 Std./Tag einhält. Gemeint ist, dass es nicht in Ordnung ist, wenn jemand Aktivitäten entfaltet, die die Heilung für jeden ersichtlich verzögern. So wurde beispielsweise die Kündigung für gerechtfertigt gehalten, weil der Beschäftigte während der Krankheit als Linienrichter im Fußball tätig war.[14]

Die allgemeinen Regeln für die sofortige Mitteilung einer Erkrankung (§ 5 EFZG), wonach der Arbeitnehmer verpflichtet ist, am ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit dies mitzuteilen und die voraussichtliche Dauer zu benennen, gelten auch bei Grippeepidemien. Der Nachweis des Bestehens der Arbeitsunfähigkeit durch eine ärztliche Bescheinigung ist bei Erkrankungen, die länger als 3 Tage dauern, erforderlich. Sollte der Hausarzt überlaufen sein, so muss der Beschäftigte den ärztlichen Notdienst aufsuchen. Zu bescheinigen ist von dem Arzt aber nicht die Art der Erkrankung, sondern nur, dass Arbeitsunfähigkeit vorliegt und wie lang sie dauern wird (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG). Kommt der Beschäftigte dieser Pflicht nicht nach, so kann die Nichtvorlage der ärztlichen Bescheinigung zu einer Abmahnung führen. Passiert dies häufiger, halten die Gerichte sogar verhaltensbedingte Kündigungen für gerechtfertigt.[15] Viele Arbeitgeber haben in der Hochzeit der Schweinegrippe auf die Bescheinigungen verzichtet und die mündliche Mitteilung durch die Beschäftigten ausreichen lassen. Allerdings würde im Fall eines Vortäuschens einer Erkrankung das Risiko einer fristlosen Kündigung bestehen.[16] Sogar die Kosten für einen Detektiv, der dem vermeintlich Erkrankten hinterher spionierte, musste der überführte Betrüger zahlen.[17] Also rein vorsorglich lieber ein ärztliches Attest ausstellen lassen. Letztlich besteht eine weitere Pflicht der Arbeitnehmer und zwar die, dass sie selbst dafür Sorge tragen, dass sie die Arbeitsstätte erreichen. Wenn beispielsweise der öffentliche Nahverkehr wegen einer Pandemie nicht mehr funktioniert, so muss der Beschäftigte für Alternativen sorgen. Das so genannte »Wegerisiko« liegt bei den Beschäftigten.[18] Klappt die Fahrt nicht, so besteht auch kein Entgeltanspruch gegenüber dem Arbeitgeber. Bleibt der Arbeitnehmer bei länger andauernden Schwierigkeiten im öffentlichen Nahverkehr der Arbeit fern, so drohen Abmahnung und Kündigung wegen Arbeitsverweigerung.

Das darf der Arbeitgeber verlangen

In einigen Unternehmen wurde darum gebeten, dass das Händeschütteln, Wangenküsse zur Begrüßung u.ä. eingestellt werden soll, bis die Grippezeit vorüber wäre. Das sind mögliche Aufforderungen, ohne dass diese durchgesetzt werden könnten. Dies ändert sich, wenn es sich um eine berechtigte Arbeitsanweisung handelt, dann besteht beispielsweise die Pflicht zum Händewaschen nach Personenkontakten.[19] Denkbar ist es aber schon, dass die Betriebskantine oder der betriebliche Kindergarten bei sich häufenden Erkrankungsfällen geschlossen werden. Dort Beschäftigte hätten bei fehlenden anderen Einsatzmöglichkeiten, Anspruch auf Gehaltsfortzahlung. Ebenso verhält es sich, wenn der Arbeitgeber sich entschließt ganze Bereiche oder Betriebe vorübergehend zu schließen.

Auch wäre es möglich, dass bestimmte quarantäneähnliche Maßnahmen durch das Unternehmen angeordnet werden. Wie beispielsweise das Untersagen von persönlichen Meetings (stattdessen Telefonkonferenzen) oder die Einschränkung von wechselseitigen Besuchen im Betrieb. Die Beschäftigten haben als arbeitsvertragliche Nebenpflicht auch Schutz- und Loyalitätspflichten gegenüber ihrem Arbeitgeber. Wer gegen diese Pflichten schwerwiegend verstößt, kann abgemahnt und im Wiederholungsfall auch gekündigt werden.[20]

Die Grippe-Erkrankung von Familienangehörigen berechtigt grundsätzlich nicht zum Fernbleiben von der Arbeit. Das

12 So bei angekündigter Arbeitsunfähigkeit, wenn der Urlaub nicht gewährt wird in BAG v. 12.3.2009 – 2 AZR 251/07 AP Nr. 15 zu § 626 BGB Krankheit.
13 EFZG = Entgeltfortzahlungsgesetz.
14 LAG Nds. v. 1.9.1983, BB 1984, 1233.
15 LAG Hamm v. 16.12.1982, DB 1983, 482.
16 BAG v. 26.8.1993, NZA 1994, 63.
17 BAG v. 17.9.1998, AiB 2000, 53–54.
18 BAG v. 8.12.1982, AuR 1983, 914.
19 Siehe aaO. PersR 2009, 432.
20 BAG v. 16.8.1991, DB 1992, 1479.

kommt nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber entsprechende Anordnungen getroffen hat oder dies durch Tarifvertrag[21] oder nach § 45 SGB V[22] erlaubt ist.

Darauf haben die Beschäftigten einen Anspruch

Voraussetzung ist, dass die Versorgung der pflegebedürftigen Person notwendig und anders nicht zu bewerkstelligen ist. Auch das ist dem Arbeitgeber durch entsprechende ärztliche Bescheinigungen nachzuweisen.
Das Recht, der Arbeit fernzubleiben, um sich vor Infektionen zu schützen, besteht nur, wenn der Arzt ein Beschäftigungsverbot ausspricht. Im Alleingang ist dies nicht möglich. Dabei wird zu prüfen sein, ob der Arbeitgeber die Arbeitsumgebung so gestalten kann, dass ein Infektionsrisiko minimiert wird. Auch schulden Betroffene möglicherweise andere Tätigkeiten, die ohne Infektionsrisiko im zumutbaren Rahmen ausgeübt werden können.[23]
Ein Gehaltsfortzahlungsanspruch besteht auch bei einem gesetzlichen Beschäftigungsverbot. Wer beispielsweise wegen einer Erkrankung, seine Tätigkeit nicht mehr ausüben darf, weil dies in § 42 IfSG ausgeschlossen ist, bekommt sein Gehalt weiterhin. Wird ein solches Beschäftigungsverbot ausgesprochen, so bleibt es dem Arbeitgeber überlassen, den Betroffenen mit anderen Tätigkeiten zu beschäftigen. Geht dies nicht, so besteht dennoch ein Gehaltsanspruch und eine Kündigung ist unzulässig.[24]

Grundsätze für eine krankheitsbedingte Kündigung

Eine Erkrankung als solche berechtigt nicht zu einer Kündigung. Mag es auch eine ansteckende, chronische oder ein Beschäftigungsverbot nach sich ziehende Krankheit sein.[25]
Anderseits beinhaltet eine Erkrankung auch keinen Kündigungsschutz, so dass eine Kündigung für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit oder des Beschäftigungsverbotes nicht ausgeschlossen ist.[26] Das BAG hat für krankheitsbedingte Kündigungen ein mehrstufiges Verfahren entwickelt.[27]

In der ersten Stufe

Dort ist zunächst eine negative Gesundheitsprognose erforderlich. Das bedeutet, dass mit weiteren häufigen Kurzerkrankungen zu rechnen ist oder eine baldige Gesundung von einer länger andauernden Erkrankung unwahrscheinlich erscheint. Diese Prognose ist zum Zeitpunkt der Kündigung zu stellen.

In der zweiten Stufe

Wird geprüft, ob die prognostizierten Fehlzeiten zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. Dabei können neben Betriebsablaufstörungen auch wirtschaftliche Belastungen, etwa durch zu erwartende, einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen pro Jahr übersteigende Entgeltfortzahlungskosten, zu einer derartigen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen.

In der dritten Stufe

Dort wird bei Vorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen noch eine Interessenabwägung vorgenommen. Dabei ist zu prüfen, ob diese Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen. Dies ist mit den Umständen der Erkrankung und der persönlichen Situation der Betroffenen abzuwägen. In diesem Zusammenhang sind auch die Grundsätze des betrieblichen Wiedereingliederungs-Managements (BEM) gemäß § 84 SGB IX zu prüfen. Nur wenn aus gesundheitlichen Gründen keine Beschäftigungsmöglichkeit vorhanden ist, darf darauf verzichtet werden.[28] In die Interessenabwägung fließt auch hinein, in welchem Umfang sich der Arbeitgeber um die Verhütung arbeitsbedingter Gesundheitsgefahren bemüht hat und seinen gesetzlichen Präventionspflichten (§ 84 SGB IX) nachgekommen ist.[29]

Fazit

Insbesondere ein Schadenersatzrisiko trägt, wer unter einer ansteckenden Krankheit leidet und dennoch an einem Arbeitsplatz arbeitet, wo dies ausdrücklich untersagt ist. Erkrankungen sind allgemeines Lebensrisiko und dürfen allein nicht zum Anlass einer Kündigung genommen werden.
Wer seinen Arbeitgeber schädigen will, in dem er die Kollegen mit Grippe ansteckt, setzt sich einer Kündigung aus. Wer anderseits einfach zu Haus bleibt, ohne zum Arzt zu gehen, ohne eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach dem 3. Tag vorzulegen, kann abgemahnt werden.
Eine krankheitsbedingte Kündigung setzt voraus, dass die Krankheit immer wieder auftreten wird oder unabsehbar lang andauert und dem Arbeitgeber dies aus betrieblichen Gründen nicht zuzumuten ist. Dabei ist allerdings eine Interessenabwägung zwischen betrieblichen und den persönlichen Interessen der Beschäftigten vorzunehmen. Voraussetzung ist ferner, dass der Arbeitgeber seinen Präventionspflichten und der Pflicht zur Verhütung von Gesundheitsgefahren ausreichend nachgekommen ist.

Achim Thannheiser ist Rechtsanwalt und Betriebswirt in Hannover. www.hannoversche-rechtsanwälte.de

21 Beispielsweise in § 29 TVöD für Familienangehörige.
22 Krankengeldanspruch für die Pflege für Kinder unter 12 Jahren oder behindert oder auf Hilfe angewiesen bis zu maximal 25 Tage im Jahr (50 Tage bei Alleinerziehenden).
23 BAG v. 8.2.1984 – 5 AZR 182/82.
24 BAG v. 26.4.1087 AP Nr. 6 zu § 6 LohnFG.
25 BAG v. 25.11.1982, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.
26 BAG v. 16.2.1989, AiB 1990, 166–167 bei Kündigung in der Probezeit nach Infektion mit HIV-Virus und Selbsttötungsversuch.
27 BAG v. 8.11.2007, AP Nr. 29 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung.
28 BAG v. 23.4.2008, DB 2008, 2091–2092.
29 Kittner, Däubler, Zwanziger (Hrsg.) Kündigungsschutzrecht 2008 § 1 KSchG Rdnr. 83a.