

Der „gelbe Urlaubsschein“: Muss das sein?

Prof. Dr. Peter Schrader
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Honorarprofessor an der Leibniz
Universität Hannover

Prof. Dr. Peter Schrader

Partner | Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht
Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover

- Geboren: 1963
- Studium und Referendariat in Bayreuth
- Rechtsanwalt seit 1993
- Fachanwalt für Arbeitsrecht seit 1996
- Tätigkeitsschwerpunkte:
 - Entwicklung, Begleitung sowie Abwicklung von Umstrukturierungsmaßnahmen
 - Verhandeln von Betriebsvereinbarungen
 - Vertretung von Führungskräften
 - Kollektives Arbeitsrecht

Vertretungsberechtigt bei allen deutschen Arbeitsgerichten und Landesarbeitsgerichten sowie dem Bundesarbeitsgericht und bei allen Amts-, Land- und Oberlandesgerichten.

„Nec temere – nec timide“

Weder unbesonnen noch furchtsam

Heute geht es nicht da

Gibt es da

Aber was kann man ma

Volkssport "Blaumachen" im Winter: Diese Aktivitäten betreiben Arbeitnehmer in ihrer "Auszeit"*

	Anzahl "Blaumacher" (Hochrechnung)	Anteil befragter "Blaumacher"
Ich bleibe zu Hause und werde es mir gut gehen lassen	1,25 Mio.	61%
Ich werde längst überfällige Hausarbeiten durchführen	0,68 Mio.	33%
Ich werde mich meinen Hobbys widmen	0,31 Mio.	15%
Mir wird noch etwas einfallen	0,31 Mio.	15%
Ich werde wohl verreisen, in die Sonne, wo es warm ist	0,17 Mio.	8%
Ich werde zum Ski fahren in die Berge	0,06 Mio.	3%
Ich treffe mich mit Freunden und mache einen drauf.	0,02 Mio.	1%

QUELLE: Geld.de,

Befragung: Keyfacts Onlineforschung GmbH, 1.000 Berufstätige im Angestelltenverhältnis. *Mehrfachnennungen waren möglich.

Alle Angaben ohne Gewähr.

Wissen, das man nicht braucht:
Blaumachen kommt vom blauen Montag. Das war ein freier Tag ohne Arbeit. Die Färber haben am Sonntag Ihre Stoffe in ein Färbebad eingelegt. Eine wichtige Farbe war Indigo. Erst durch das Trocknen wurde der Stoff richtig blau. Montag wurde er getrocknet, Montag konnten die Färber daher nicht arbeiten. Sie hatten ihren blauen Montag...

Blauma

sgrund

Anders gefragt:

Gibt es vielleicht andere Methoden der Mitarbeiterführung die so
etwas verhindern kann?

Frage aber:

en „gelben

Inhaltsverzeichnis

1. Wie sieht es aus in den europäischen Nachbarländern?
2. Direktionsrecht
3. Kann mobiles Arbeiten gegen Fehlzeiten helfen?
4. Mitarbeiter-/Teamführung und Gespräche
5. Ultima Ratio: Krankheitsbedingte Kündigung
6. Drittdiskutierte Instrumente
7. Zusammenfassung

1. Wie sieht es in den europäischen Nachbarländern aus?

1.1 Spanien

- 1. bis 3. Krankheitstag: kein Lohnanspruch (Karenztage)
- 4. bis 15. Krankheitstag: 60 % des Nettogehalts werden vom Arbeitgeber gezahlt
- 16. bis 20. Krankheitstag: 60 % des Nettogehalts werden zunächst vom Arbeitgeber gezahlt, diesem aber wiederum vom Sozialversicherungsträger erstattet
- Ab 21. Krankheitstag: 75 % des Nettogehalts werden zunächst vom Arbeitgeber gezahlt, diesem aber wiederum vom Sozialversicherungsträger erstattet
- Sonderfall Arbeitsunfälle

Dort gibt es einen Karenztag, danach erfolgt ab dem zweiten Krankheitstag eine Zahlung von 75 % des Nettogehalts, welche dem Arbeitgeber erstattet wird.

1.2 Irland

- Anspruch gegen den Arbeitgeber auf fünf bezahlte Krankheitstage (im Jahr 2025)
- Der in dem „Sick Leave Act“ 2022 geplante sukzessive Anstieg von zunächst drei (2023) auf zehn (2026) bezahlte Krankheitstage wurde schon im zweiten Jahr aufgrund der finanziellen Belastung für Arbeitgeber pausiert
- Gezahlt werden 70 % des Gehalts, allerdings begrenzt auf eine tägliche Obergrenze von 110 EUR
- Ausgenommen von der Regelung sind Arbeitgeber, sofern sie nachweisen können, dass ihre eigenen derzeitigen Leistungen genauso günstig oder günstiger sind als der gesetzliche Anspruch
- Bei Nichtgewährung der gesetzlichen Lohnfortzahlung im Krankheitsfall hat ein Arbeitnehmer bei Einreichen einer Beschwerde unter Umständen einen Anspruch auf zusätzlich vier Wochen Lohn

1.3. Frankreich

- Lohnfortzahlung erfolgt durch den Arbeitgeber (ab dem achten Krankheitstag) und die Sozialversicherungsträger (ab dem vierten Krankheitstag) gemeinsam
- Gezahlt werden insgesamt 90 % des Gehalts für mindestens 30 Tage
- Seit Juli 2024: Arbeitgeber haben die Möglichkeit eine zweite unabhängige medizinische Untersuchung anzuordnen, um zu verifizieren, dass die Krankmeldung an sich und auch die Länge berechtigt ist
- Ergibt die Untersuchung das die Krankmeldung ungerechtfertigt war oder weigert sich der Arbeitnehmer sie vornehmen zu lassen entfällt die Fortzahlung


1.4 Schweiz

- Die Lohnfortzahlung beträgt 100 % des regulären Lohns für eine bestimmte Dauer pro Dienstjahr
- Bspw. nach Züricher Skala: mind. 3 Wochen im 1. Dienstjahr
max. 17 Wochen im 11. Dienstjahr
- Voraussetzung ist, dass das Arbeitsverhältnis länger als drei Monate besteht und für mehr als drei Monate eingegangen wurde
- Der Anspruch wird pro Dienstjahr gerechnet dh. mehrere Absenzen im gleichen Jahr werden zusammengerechnet



Allianzchef schlägt vor, am ersten Krankheitstag keinen Lohn mehr zu zahlen.

Damit könne angebliches "Blaumachen" verhindert werden.
Das stellt Beschäftigte unter Generalverdacht.



Hände weg von der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall!

Statt Generalverdacht brauchen wir bessere Arbeitsbedingungen und Prävention.



2. Direktionsrecht

2.1 Warum ist das wichtig?

Mittels
Direktionsrecht weist
der Arbeitgeber
Arbeit zu:

Frage:
Befriedigende Arbeit
weniger Fehlzeiten ?

Frage: Gute
Arbeitgeber weniger
Fehlzeiten ?

Frage: Schlechter
Arbeitgeber mehr
Fehlzeiten ?

Frage:
Unbefriedigende
Arbeit mehr
Fehlzeiten ?

2.2 Umfang und Reichweite des Direktionsrechts

Rechtliche Grundlagen des Weisungsrechtes

- Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ist im Arbeitsvertrag zumeist nur sehr allgemein beschrieben. Es wird in der Regel nicht festgeschrieben, welche einzelnen Aufgaben der Arbeitnehmer in welcher Art und Weise, an welchem Ort und zu welcher Zeit auszuführen hat. Mit Hilfe des Weisungsrechts (auch Direktionsrecht genannt) kann der Arbeitgeber die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers einseitig näher ausgestalten.
- Gemäß §106 Gewerbeordnung (GewO) kann der Arbeitgeber
 - den Inhalt,
 - den Ort und
 - die Zeit
 - der Arbeitsleistung "nach billigem Ermessen" näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den **Arbeitsvertrag**, Bestimmungen einer **Betriebsvereinbarung**, eines anwendbaren **Tarifvertrages** oder **gesetzliche Vorschriften** festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb.

a) Inhalt der Arbeitsleistung

- **Der Arbeitgeber kann die einzelnen auszuführenden Tätigkeiten und die Art und Weise ihrer Ausführung festlegen.**

Hierzu gehören auch Begleitumstände, die die Ordnung des Betriebes bzw. das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen (z.B. Rauchverbote, Verbot der privaten Internetnutzung usw., aber ggf. Mitbestimmung des Betriebsrats nach §87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG).

- **Grenze: ⇒ Tätigkeitsbeschreibung im Arbeitsvertrag.**
 - » Je konkreter die Arbeitsaufgabe im Arbeitsvertrag beschrieben wurde, umso weniger Spielraum hat der Arbeitgeber bei der Ausübung des Direktionsrechts

Beschreibung der Tätigkeit	Umfang des Direktionsrechts
„Hilfsarbeiter“	Alle Hilfstätigkeiten im Betrieb
„Betriebswirtin“	Alle Tätigkeiten einer Betriebswirtin in allen Fachabteilungen (Controlling, Marketing, Personal usw.)
„Vertriebsleiter Deutschland“	Alle Tätigkeiten eines Vertriebsleiters mit dem Verantwortungsbereich Deutschland

b) Ort der Arbeitsleistung

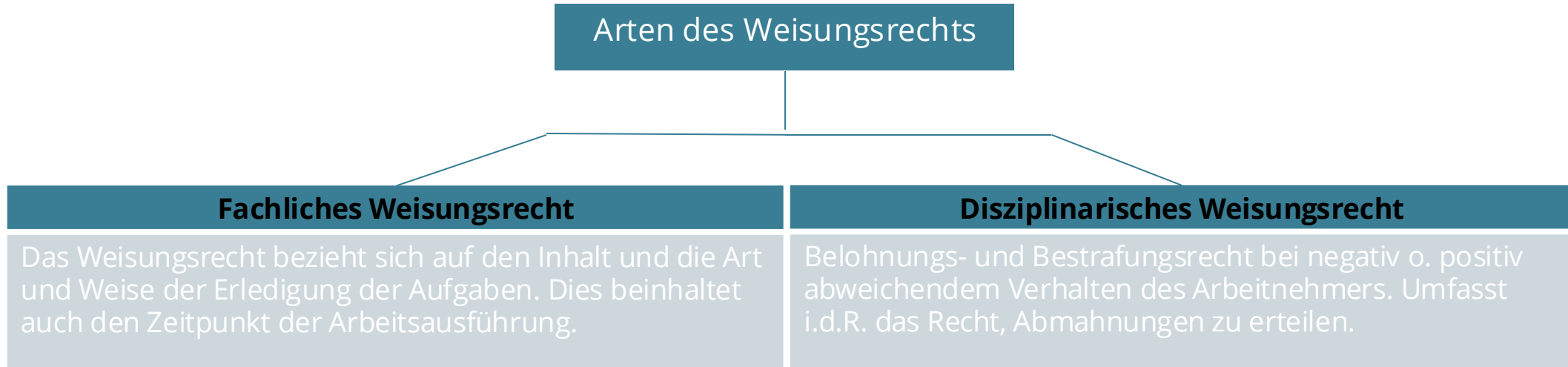
- **Der Arbeitgeber kann den Ort festlegen, wo die Arbeitsleistung zu erbringen ist.**

Eine Einschränkung des Direktionsrechts ist auch hier durch den Arbeitsvertrag möglich. Als vertraglich festgelegter Arbeitsort gilt in der Regel der Betriebsort, so dass der Arbeitgeber z.B. die Abordnung in einen anderorts gelegenen Betrieb nicht einseitig vornehmen kann. Bei Arbeiten mit wechselnden Einsatzorten (Monteure, Bauarbeiter, Unternehmensberater usw.) kann der Arbeitgeber hingegen den Arbeitsort im Zweifel täglich neu festlegen.

c) Zeit der Arbeitsleistung

- **Der Arbeitgeber kann die Lage und Verteilung der Arbeitszeit näher ausgestalten.** Der Arbeitgeber kann etwa den Beginn und das Ende der Arbeitszeit sowie die Lage der Pausen einseitig festlegen.
- Dies betrifft **nicht** die vertraglich geschuldete **Dauer** der Arbeitsleistung.
- Sind die Arbeitszeiten allerdings im Arbeitsvertrag fixiert, kann der Arbeitgeber diese nicht einseitig ändern. Zu beachten ist auch, dass dem Betriebsrat hinsichtlich der Lage und Verteilung der Arbeitszeit ein umfassendes Mitbestimmungsrecht zusteht (§87 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 BetrVG).

d) Arten und Umfang des Weisungsrechts



Fachliches und disziplinarisches Weisungsrecht fallen meist zusammen. Es gibt aber zunehmend Ausnahmen, z. B. bei Teamkoordinatoren, Projektleitern und stellvertretenden Abteilungsleitern.

Grenzen des Direktionsrechts

- §106 GewO: „... soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den **Arbeitsvertrag**, Bestimmungen einer **Betriebsvereinbarung**, eines anwendbaren **Tarifvertrages** oder **gesetzliche Vorschriften** festgelegt sind.“
- Gesetzes- oder sittenwidrige Weisungen sind unwirksam und müssen vom Arbeitnehmer nicht beachtet werden.
 - » So muss ein Buchhalter keine Bilanzfälschung begehen und ein Arbeiter ohne Fahrerlaubnis keinen LKW fahren.
- Ausübungskontrolle: Entspricht die Weisung billigem Ermessen?

... billiges Ermessen ...

„Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. Das gebietet eine Berücksichtigung und Bewertung der Interessen unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls. Hierzu gehören im Arbeitsrecht die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien, die beiderseitigen Bedürfnisse, außervertragliche Vor- und Nachteile, Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie soziale Lebensverhältnisse wie familiäre Pflichten und Unterhaltsverpflichtungen.“

BAG, 13.04. 2010 - 9 AZR 36/09 in NJOZ 2010, 2625

Rechtliche Folgen der Weisung

Folgen der Weisung

Wirksame Weisung

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, der Weisung nachzukommen. Weigert er sich, kann dies als Arbeitsverweigerung aufgefasst werden. Diese kann arbeitsrechtlich sanktioniert werden (Abmahnung, Kündigung).

Unwirksame Weisung

- Der Arbeitnehmer kann die Befolgung der Weisung verweigern.
- Die Rechtmäßigkeit einer Weisung kann auch vom Arbeitsgericht überprüft werden.

- **Risiko:**
Vorgehen bei unbilliger Ausübung des Weisungsrechts. Befolgung unter Vorbehalt?!?

vgl. BAG v. 22.02.2012- 5 AZR 249/11 -
vgl. BAG v. 14.06.2017 - 10 AZR 330/16 -
vgl. BAG v. 14.09.2017 - 5 AS 7/17 -

Anweisung des Arbeitgebers:

- Rauchverbot?
- Kein mobiles Arbeiten?
- Räumliche Versetzung?
- etc.

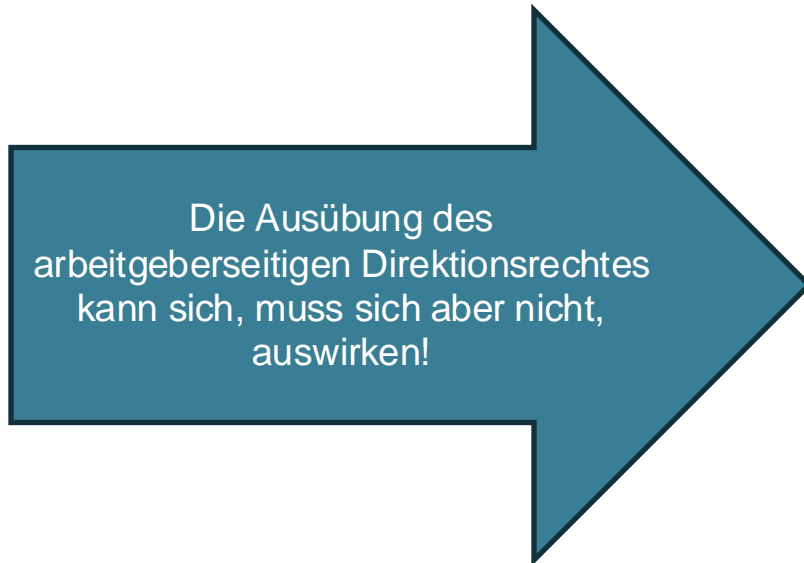
Mögliche Folgen:

- Beanstandungsloses Nachkommen durch den Arbeitnehmer
- Nachkommen durch den Arbeitnehmer mit innerem Widerstand
- Verweigerungshaltung

Ergebnis:

- Arbeit läuft weiter wie bisher
- Plötzliches Ansteigen der Arbeitsunfähigkeit

2.3 Ergebnis



Fehlzeiten steigen bei missliebigen Arbeitgeberanweisungen!

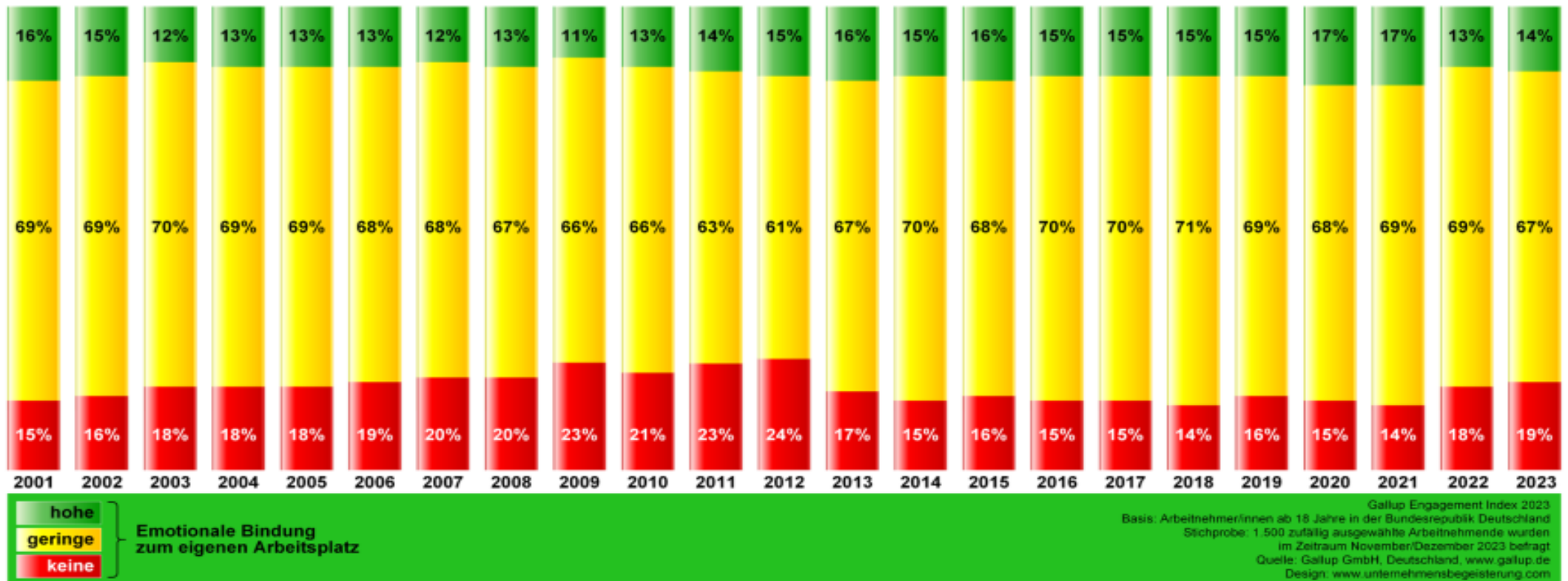
Fehlzeiten fallen bei nicht missliebigen Arbeitgeberweisungen!

Mitarbeiterführung kann häufig Fehlzeiten beeinflussen!

2.3 Ergebnis

GALLUP ENGAGEMENT INDEX

Studie in Deutschland 2001-2023



3. Kann mobiles Arbeiten gegen krankheitsbedingte Fehlzeiten helfen?

Das Für und Wider von Homeoffice

Vor-/Nachteile für die Befragten am Arbeiten von Zuhause (in %)

Vorteile aus Sicht der Betriebe

Flexibilität für Beschäftigte

62

Vereinbarkeit von Beruf und Familie

55

Erreichbarkeit der Beschäftigten
(z.B. während einer Dienstreise)

47

Höhere Produktivität

45

Gründe der Betriebe gegen Homeoffice

Tätigkeit lässt es nicht zu

90

Zusammenarbeit mit Kollegen schwierig

22

Datenschutzbedenken

16

Führung/Kontrolle nicht möglich

10

Vorteile aus Sicht der Beschäftigten

Bessere Ausübung der Tätigkeit

56

Fahrzeiterparnis

55

Vereinbarkeit von Beruf und Familie

52

Höhere Arbeitszeit möglich

38

Gründe der Beschäftigten gegen Homeoffice

Tätigkeit lässt es nicht zu

76

Anwesenheit ist dem Vorgesetzten wichtig

66

Zusammenarbeit mit Kollegen schwierig

59

Trennung von Beruf und Privatem ist wichtig

56

Basis: Vorteile - IAB-Betriebspanel 2018 (n=5.196) und Beschäftigtenbefragung 2015 (n=1.327); Gründe dagegen - Linked Personnel Panel-Betriebsbefragung 2016 (n=513) und -Beschäftigtenbefragung 2017 (n=4.830)

3.2 Bedingungen nach dem § 45 SGB V

Anspruch auf Kinderkrankengeld

Anspruchsberechtigte

- Versichert beschäftigte Eltern (+)
- Ein als Selbstständiger Versicherter Elternteil (+)
- Privat Versicherte (idR.)

Voraussetzungen seitens des Kindes

1. Kind ist gesetzlich versichert
2. 12. Lebensjahr noch nicht beendet oder Behinderung
3. Gehört dem Haushalt der Eltern an
4. Kranksein iSv. Krankengeldrecht § 44 SGB V d.h.: Krankheit muss Ursache für Betreuung sein
5. Ärztlicher Beleg der Krankheit

Deswegen Fernbleiben von der Arbeit

- Der Betreuungsbedarf bzgl. des kranken Kindes muss dafür sorgen, dass das versicherte Elternteil nicht seiner Arbeit nachgehen kann
- Über die Erforderlichkeit hat ein Arzt zu entscheiden

Keine andere Person

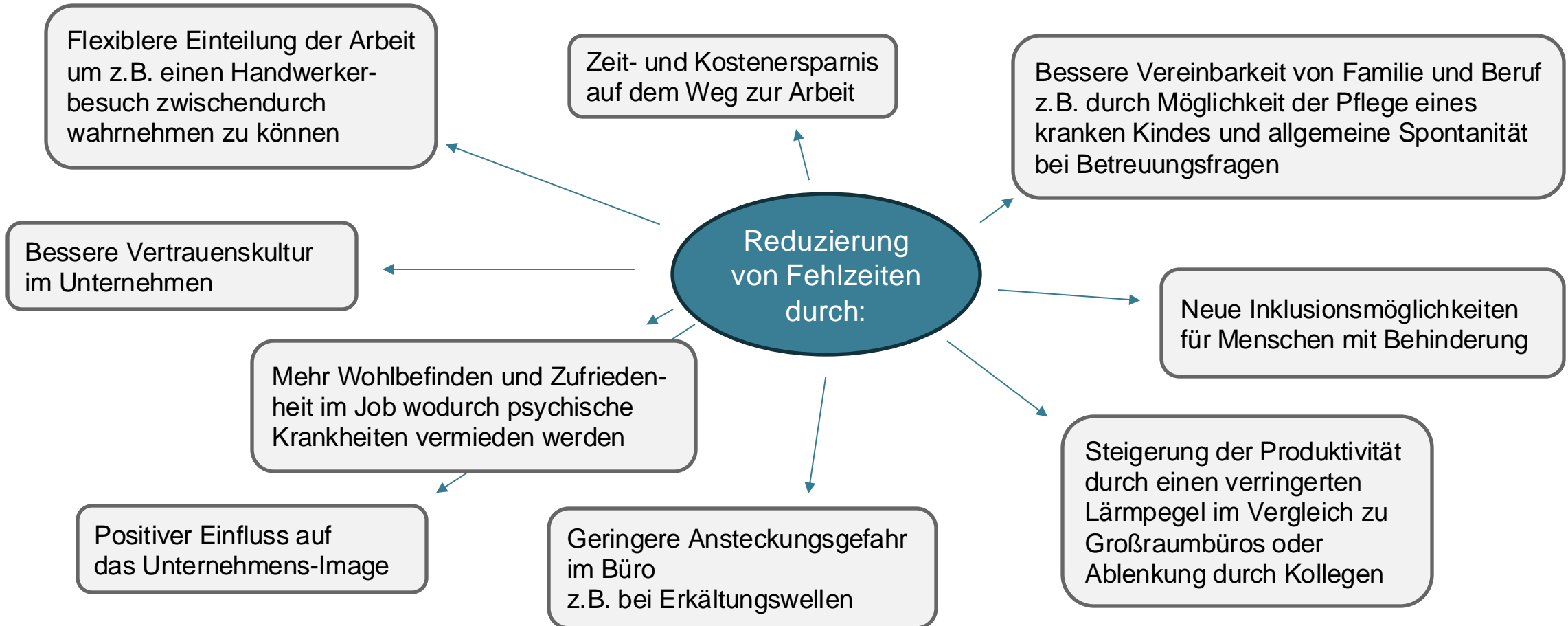
- Betreuung durch den arbeitenden Versicherten muss objektiv erforderlich sein
- D.h. keine andere in dem Haushalt lebende Person darf zur Betreuung in der Lage sein
- Kein Verweis auf einen Dritten, der ebenfalls einen Anspruch nach § 45 SGB V geltend machen müsste



Leistungsinhalt

- Krankengeld für max. 10 Arbeitstage
- 2024/25: 15 Tage
 - Das jeweils Doppelte bei Alleinerziehenden

3.3 Sonstige Gründe, die für mobiles Arbeiten sprechen?



Krankheitsbedingte Fehlzeiten von Beschäftigten mit Anteilen von Telearbeit/Homeoffice vs. Anwesenheitspflicht - Teil 1

		Anzahl krankheitsbedingter Fehltage in den letzten 12 Monaten (Mittelwert)	
		Telearbeit/Homeoffice	Keine Telearbeit/ Homeoffice
Gesamt		7,9	12,9
Wirtschaftsbereich	Öffentlicher Dienst	9,7	13,4
	Industrie	6,0	12,5
	Handwerk	6,7	12,4
	Dienstleistung	8,2	13,0
	Anderer Bereich	7,7	10,5

Aus Antwort der BReg auf kleine Anfrage vom 17.10.2022; BT Drs. 20/4120, S. 19
Quelle: BAuA-Arbeitszeitbefragung 2021

Krankheitsbedingte Fehlzeiten von Beschäftigten mit Anteilen von Telearbeit/Homeoffice vs. Anwesenheitspflicht - Teil 2

		Anzahl krankheitsbedingter Fehltage in den letzten 12 Monaten (Mittelwert)	
		Telearbeit/Homeoffice	Keine Telearbeit/ Homeoffice
Stellung im Beruf	Arbeiter*in	5,9	13,8
	Angestellte*r	8,0	12,9
	Beamter/Beamtin	8,1	10,6
Geschlecht	Männer	6,7	12,1
	Frauen	9,3	13,8

Aus Antwort der BReg auf kleine Anfrage vom 17.10.2022; BT Drs. 20/4120, S. 19

Quelle: BAuA-Arbeitszeitbefragung 2021

3.4 Rechtsanspruch auf mobile Arbeit

- Gesetzlicher Anspruch : **NEIN!**
- Ggf. ein kollektiver Anspruch aus Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung
- Ggf. ein individueller Anspruch aus dem Arbeitsvertrag
- Aus der Politik gibt es bisher nur eine gewisse Planung hinsichtlich der gesetzlichen Verankerung

„Beschäftigte in geeigneten Tätigkeiten erhalten einen Erörterungsanspruch über mobiles Arbeiten und Homeoffice. Arbeitgeber können dem Wunsch der Beschäftigten nur dann widersprechen, wenn betriebliche Belange entgegenstehen. Das heißt, dass eine Ablehnung nicht sachfremd oder willkürlich sein darf. Für abweichende tarifvertragliche und betriebliche Regelungen muss Raum bleiben. Mobile Arbeit soll EU-weit unproblematisch möglich sein.“

- Aus dem Koalitionsvertrag der Ampelregierung

Nicht umgesetzter Referentenentwurf „Mobile Arbeits-Gesetz“ (MAG) des BMAS - § 111 GewO-E

„§ 111

Mobile Arbeit

(1) Ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin, der oder die regelmäßig mobil arbeiten möchte, muss dem Arbeitgeber Beginn, Dauer, Umfang und Verteilung der mobilen Arbeit spätestens drei Monate vor dem gewünschten Beginn in Textform mitteilen. Ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin arbeitet mobil, wenn er oder sie die geschuldete Arbeitsleistung unter Verwendung von Informationstechnologie außerhalb der Betriebsstätte

1. von einem Ort oder von Orten seiner oder ihrer Wahl oder
2. von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder von mit dem Arbeitgeber vereinbarten Orten erbringt.

(2) Der Arbeitgeber hat mit dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin Beginn, Dauer, Umfang und Verteilung der mobilen Arbeit sowie die Art der mobilen Arbeit nach Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 oder 2 mit dem Ziel zu erörtern, zu einer Vereinbarung zu gelangen.

(3) Wird keine Vereinbarung über mobile Arbeit getroffen, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin seine ablehnende Entscheidung sowie deren Gründe spätestens zwei Monate nach der Mitteilung nach Absatz 1 in Textform zu erklären. Kommt der Arbeitgeber dieser Erklärungspflicht oder seiner Erörterungspflicht nach Absatz 2 nicht nach, gilt die von dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin nach Absatz 1 mitgeteilte mobile Arbeit für die mitgeteilte Dauer, längstens jedoch für die Dauer von sechs Monaten als festgelegt. Hat der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in seiner oder ihrer Mitteilung die Art oder, im Fall des Absatzes 1 Satz 2 Nummer 2, den Ort oder die Orte der mobilen Arbeit nicht angegeben, gilt mobile Arbeit nach Satz 2 Nummer 1 als festgelegt.

(4) Hat der Arbeitgeber die mobile Arbeit unter Beachtung der Vorgaben des Absatzes 3 Satz 1 abgelehnt, kann der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin frühestens vier Monate nach Zugang der ablehnenden Entscheidung erneut eine Mitteilung nach Absatz 1 machen.

4. Mitarbeiter-/Teamführung und Gespräche



4.2 Müssen Mitarbeiter solche Gespräche wahrnehmen?

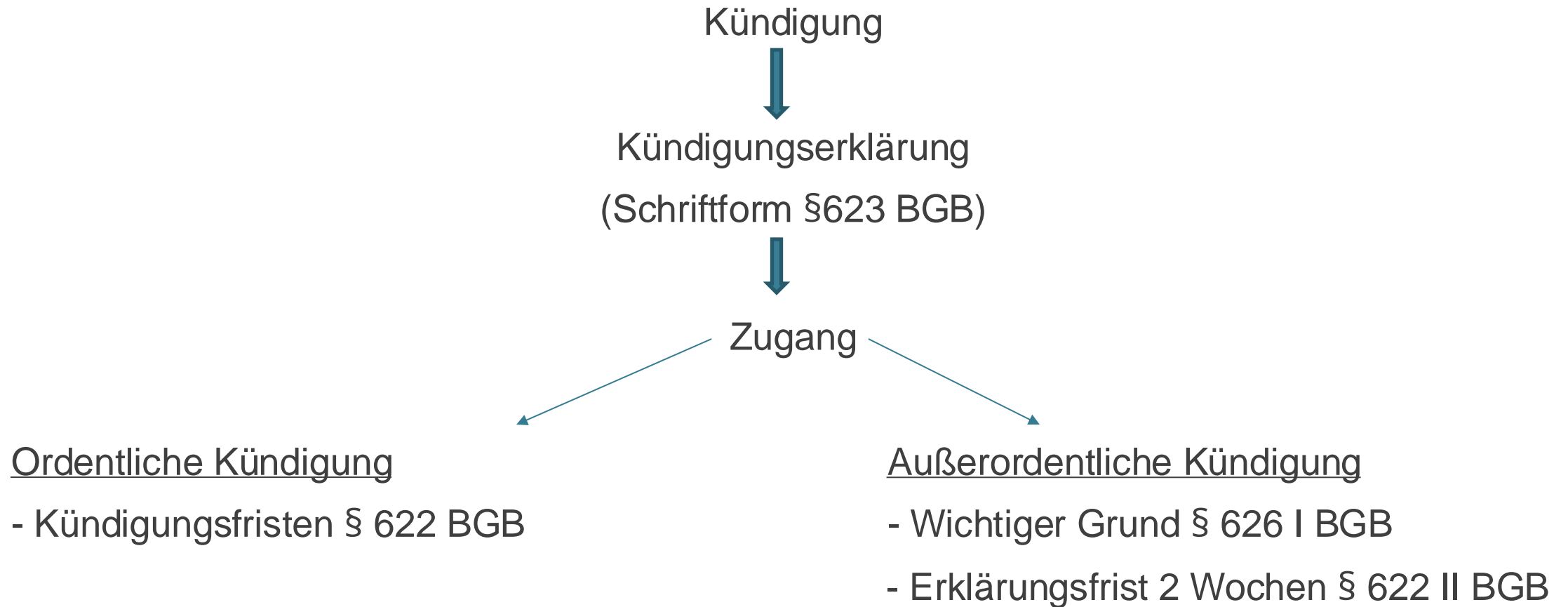
- Der Arbeitgeber ist berechtigt, den Arbeitnehmer zur Teilnahme an Gesprächen zu verpflichten, in denen der Arbeitgeber Weisungen vorbereiten, erteilen oder ihre Nichterfüllung beanstanden will
- Grund ist § 106 S. 1 und 2 GewO: Es geht um die Konkretisierung der Hauptleistungspflicht
- Das dortige Weisungsrecht erstreckt sich auch auf die so genannten leistungssichernden Verhaltenspflichten, deren Erfüllung unumgänglich ist, um einen sinnvollen Austausch der Hauptleistungspflichten zu ermöglichen
- Aus der Treuepflicht gem. § 242 BGB folgt korrespondierend eine Auskunftspflicht des Arbeitnehmers vollumfänglich hinsichtlich Fragen, die sich auf den Arbeitsbereich des Arbeitnehmers beziehen, an deren Beantwortung der Arbeitgeber ein schutzwürdiges Interesse hat und deren Beantwortung keine übermäßige Belastung für den Arbeitnehmer darstellt.

4.3 Zweckmäßigkeit solcher Gespräche

- Dem Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist immanent, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber miteinander reden und Gespräche führen
- Indem durch diese Gespräche Feedback bzgl. der Arbeitsleistung gegeben werden kann, sowie z.B. Entwicklungsbedarf ermittelt werden kann, kann zugleich das allgemeine Miteinander und Vertrauen zwischen Arbeitgeber und den Arbeitnehmenden gestärkt werden
- Eine offene Kommunikation hilft Unzufriedenheiten frühzeitig zu erkennen und ermöglicht so ein frühes Entgegenwirken, sodass langfristige Konflikte vermieden werden können
- Solch ein regelmäßiger Austausch kann zudem das Gefühl der internen Wertschätzung steigern
- Laut AOK Fehlzeiten-Report 2024 sind glückliche und emotional an das Unternehmen gebundene Arbeitnehmer seltener krankgeschrieben

5. Ultima Ratio: Krankheitsbedingte Kündigung

5.1 Kündigung des Arbeitsverhältnisses



5.2 Kündigung nach dem KSchG

- § 1 Abs. 2 KSchG

„Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, 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.“

- Daraus leiten sich drei anerkannte Rechtfertigungsgründe für eine Kündigung unter Berücksichtigung des Kündigungsschutzgesetzes her.
 - **Die personenbedingte Kündigung**
 - Die verhaltensbedingte Kündigung
 - Die betriebsbedingte Kündigung

5.3 Allgemeines zur krankheitsbedingten Kündigung

- Quantitativer **Hauptanwendungsfall der ordentlichen personenbedingten Kündigung**
- Die Störung des Arbeitsverhältnisses beruht auf einer oder mehrerer Krankheiten

Definition: Unter Krankheit im medizinischen Sinne ist ein regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustand zu verstehen, der die Notwendigkeit der Heilbehandlung zur Folge hat.

- vgl. BAG, Urt. v. 05.04.1976 – 5 AZR 397/75 in AP LohnFG § 1 Nr. 40
- Instrument, um der betriebswirtschaftlich unzumutbaren Besetzung von Arbeitsplätzen für die Zukunft zu begegnen
- Unterscheidung zwischen der „dauernden Arbeitsunfähigkeit“ (der krankheitsbedingten, dauernden Unfähigkeit des Arbeitnehmers, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen), der „häufigen Kurzerkrankung“ und der „lang andauernden Erkrankung“

5.4 Dreistufiger Prüfungsaufbau

1. Negative Prognose

Hinsichtlich des weiteren Gesundheitszustandes des zu kündigenden Arbeitnehmers
→ „fehlende Fähigkeit und Eignung“

2. Erhebliche Beeinträchtigung

Die entstandenen und prognostizierten Fehlzeiten müssen zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen

3. Einzelfallbezogene Interessenabwägung

Nach Maßgabe einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung ist zu prüfen, ob die entstandenen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinnehmbaren betrieblichen und/oder wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen.

- Maßgeblicher Beurteilungszeitraum für die Beurteilung der Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung ist grundsätzlich der Zugang der Kündigungserklärung
- Eine spätere tatsächliche Entwicklung, dh. insbesondere die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nicht vorhersehbare Genesung des Arbeitnehmers, kann, wenn sie mit einem Ausschluss der negativen Gesundheitsprognose verbunden ist grds. nicht zur Bestätigung oder Korrektur von mehr oder weniger unsicheren Prognosen herangezogen werden
- Im Falle einer nachträglichen weiteren Verschlechterung oder Fortdauer der gesundheitlichen Beeinträchtigung ist es zu empfehlen eine erneute Kündigung auszusprechen

5.5 Kriterien der Interessenabwägung

- Es sind alle wesentlichen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen

Beispielsweise:

- » Hat die Erkrankung betriebliche Ursachen ?
- » Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers am Erkranken
- » Bereitschaft zu gesundheits- und genesungsfördernden Maßnahmen
- » Ob und wie lange ist das Arbeitsverhältnis ungestört verlaufen ?
- » Schwere der Betriebsablaufstörungen
- » Hält der Arbeitgeber eine in seiner freien Unternehmerentscheidung stehende Personalreserve vor ?
- » Höhe der Entgeltfortzahlungskosten
- » Alter des Arbeitnehmers
- » Familienstand und Unterhaltspflichten
- » Ggf. eine Schwerbehinderung des Arbeitnehmers

5.6 Betriebliches Eingliederungsmanagement – § 167 II SGB IX

- Erforderlich dh. Verpflichtung des Arbeitgebers, wenn ein Arbeitnehmer – nicht nur ein Mensch mit Behinderung – länger als sechs Wochen innerhalb eines Jahres arbeitsunfähig krank ist
- Arbeitnehmer haben jedoch keinen Individualanspruch auf Einleitung oder Durchführung eines bEM, allein die in § 167 II 7 SGB IX genannten Interessenvertretungen können dies verlangen
 - BAG, Urt. v. 07.09.2021 – 9 AZR 571/20 in NZA 2022, 257
- Inhalt nicht gesetzlich festgelegt, da es sich um ein „verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozess“ handelt

5.7 Kündigungsrechtliche Konsequenzen des bEM

Bei ordnungsgemäßer Durchführung

- Was zu tun ist hängt vom Ergebnis des bEM ab:
- Sind Maßnahmen entwickelt worden die Arbeitsunfähigkeit zu überwinden und künftig zu vermeiden, ist der Arbeitgeber grds. verpflichtet, diese – soweit sie in seiner alleinigen Macht stehen – vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung als milderer Mittel umzusetzen
 - ⚡ Kündigung als ultima ratio
- Hat das bEM dagegen zu der Erkenntnis geführt, dass es keine Möglichkeiten gibt, die Arbeitsunfähigkeit zu überwinden oder künftig zu vermeiden, genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess, wenn er auf diesen Umstand hinweist und behauptet, es bestünden keine anderen Beschäftigungsmöglichkeiten
- Der Arbeitnehmer kann allenfalls auf alternative Möglichkeiten verweisen, die sich erst nach Abschluss des bEM ergeben haben

Unterbliebene oder nicht ordnungsgemäße Durchführung

- Das bEM ist ggü. der Kündigung kein „milderer Mittel“, hierdurch können aber solche erkannt und entwickelt werden
- Im Geltungsbereich des KSchG kann die fehlende Durchführung des bEM erhebliche Folgen für die Darlegungs- und Beweislast haben. Der Arbeitgeber kann sich dann nicht pauschal darauf berufen, ihm seien keine alternativen, der Erkrankung angemessenen Einsatzmöglichkeiten bekannt, sondern er muss umfassend und konkret zur fehlenden Einsatzmöglichkeit und zur Unmöglichkeit der Anpassung und Veränderung vortragen
- Ist dem Arbeitgeber bei der Durchführung Fehler unterlaufen, ist für den Umfang seiner Darlegungslast von Bedeutung, ob der Fehler Einfluss auf die Möglichkeit hatte oder hätte haben können, Maßnahmen zu identifizieren, die zu einer relevanten Reduktion der Arbeitsunfähigkeitszeiten hätten führen können
- Ebenso ist, wenn bei erneuter Erkrankung nach bereits durchgeführtem bEM kein weiteres bEM angeboten hat, offen darzulegen und zu beweisen, dass auch dieses kein positives Ergebnis erbracht hätte

6. Drittdiskutierte Instrumente

6.1 Teilarbeitsfähigkeit

- Krankheit kann sich in qualitativer und/oder quantitativer Hinsicht auf das Leistungsvermögen des Arbeitnehmers auswirken
- Dem geltenden Sozial- und Arbeitsrecht ist eine Teilarbeitsunfähigkeit jedoch unbekannt, so dass auch dann von Arbeitsunfähigkeit auszugehen ist, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung zwar in Teilen, aber nicht voll erbringen kann
 - Vgl. als Bestätigung die Regelungen über die stufenweise Wiedereingliederung in § 44 SGB IX und § 74 SGB V
 - Insb. auch § 266 BGB, der „Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt“
- „Eine Teilarbeitsunfähigkeit mit teilweiser Arbeitspflicht und teilweisem Entgeltfortzahlungsanspruch gibt es nicht; jedenfalls braucht sich weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer auf eine Teilleistung einzulassen.“
 - BAG, Urt. v. 02.11.2016 – 10 AZR 596/15 in NZA 2017, Rn. 31

6.2 Teilarbeitsfähigkeit

Vorteile

- Schnellere Rückkehr in den Beruf
- Insb. in Jobs in denen sich Arbeit aufstaut, sollte man länger nicht da sein, könnte so zumindest das Wichtigste in der begrenzten Zeit abgearbeitet werden
- Arbeitgeber erhält ggf. früher wieder eine Gegenleistung (Arbeitskraft) anstelle der reinen Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall
- Arbeitsunfähigkeit wäre flexibler und könnte auf ganz bestimmte Aufgaben bezogen werden

Nachteile

- Führt praktisch zu einer nicht gerechtfertigten Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten, da diese wenn sie jeweils nur stundenweise eingesetzt werden rein quantitativ betrachtet eher arbeitsfähig sind als Vollzeitkräfte
- Ggf. erhöhter Druck auf die Arbeitnehmer in geringerer Zeit mehr zu leisten
- Kein wirkliches „Auskurieren“ dh. im schlimmsten Fall Verlängerung der Krankheit
- Erhöhte Infektionsgefahr im Büro, da kranke Arbeitnehmer zur Arbeit erscheinen

6.3 Karenztage

Aktuelle Rechtslage:

Der Arbeitgeber übernimmt nach § 3 I EFZG schon ab dem ersten Krankheitstag die Lohnfortzahlung für bis zu sechs Wochen, erst danach tritt die Krankenkasse mit einem reduzierten Betrag ein.

Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)

§ 3 Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

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

Wird der Arbeitnehmer infolge derselben Krankheit erneut arbeitsunfähig, so verliert er wegen der erneuten Arbeitsunfähigkeit den Anspruch nach Satz 1 für einen weiteren Zeitraum von höchstens sechs Wochen nicht, wenn

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

6.4 Karenztage

Frühere Rechtslage:

Vor dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle (Lohnfortzahlungsgesetz - LohnFG) vom 27. 7. 1969 am 1. 1. 1970 bestanden erhebliche Unterschiede zwischen der wirtschaftlichen Sicherung im Krankheitsfalle bei Angestellten einerseits und bei Arbeitern andererseits.

- Für Angestellte galt von Anfang an die "arbeitsrechtliche Lösung" dergestalt, dass im Krankheitsfalle ein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Fortzahlung des Gehalts für die Dauer von sechs Wochen bestand (vgl. § 616 II BGB, § 63 HGB, § 133c GewO jeweils a.F.)
- Befördert durch einen Streik in der Metallindustrie trat am 1. 7. 1957 das sog. Arbeiter-Krankheitsgesetz - ArbKrankhG in Kraft, welches eine modifizierte "versicherungsrechtliche Lösung" mit in der Regel zwei Karenztagen enthielt
- Ein Arbeiter, der unverschuldet Arbeitsunfähig war hatte hiernach gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Zahlung eines Zuschusses zu den Leistungen aus der gesetzlichen Kranken- und Unfallversicherung bis max. insgesamt 90 % des Nettoarbeitsentgelts
- Das Krankengeld wurde grds. vom dritten Tag der Arbeitsunfähigkeit an gewährt, ausnahmsweise vom ersten Tag an, wenn diese länger als zwei Wochen dauerte oder auf einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit i.S. der gesetzlichen Unfallversicherung beruhte

6.5 Karenztage

Vorteile

- Kostenersparnis für den Arbeitgeber
- „Krankfeiern“ verringern
- Ggf. Entlastung der Beitragszahler, wenn Menschen hierdurch seltener zum Arzt gehen

Nachteile

- Praktisch eine Gehaltskürzung für die Arbeitnehmer
- Längerfristiger Arbeitnehmerausfall droht, da bei frühen Symptomen vermutlich erst einmal weiter gearbeitet wird
- Steigerung des Infektionsrisikos, da kranke Arbeitnehmer, die auf das Geld angewiesen sind zur Arbeit erscheinen werden
- Enormes finanzieller Druck für Arbeitnehmer die nur an vereinzelten Wochentagen arbeiten (insb. Studenten, Nebenjobber u.ä.), da so – wenn z.B. nur ein Tag pro Woche gearbeitet wird – durch einen Tag Krankheit im Monat ein Viertel des ganzen Gehalts entfallen könnte
- Zunehmender Druck und damit eine zunehmende psychische Belastung die der psychischen Gesundheit schadet
- Potenziell lassen sich „Blaumacher“ dann nicht nur für einen Tag sondern gleich über einen längeren Zeitraum krankschreiben

6.6 Telefonische Krankmeldung

Geltende Regelung:

Der sog. Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) hat im Rahmen der Erweiterung der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie am 7. Dezember 2023 beschlossen, dass gemäß § 4 Abs. 5a die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit unter bestimmten Voraussetzungen nach telefonischer Anamnese erfolgen kann.

Voraussetzungen

- Kranke Beschäftigte müssen der Arztpraxis bekannt sein
- Es muss sich um eine Erkrankung mit leichter Symptomatik handeln
- Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit ist nicht im Rahmen einer Videosprechstunde möglich
- Die Arbeitsunfähigkeit wird für höchstens fünf Tage bescheinigt
- Für eine Folgebescheinigung muss die Praxis aufgesucht werden
- Wenn die Erstbescheinigung in einer Praxis ausgestellt wurde kann sie telefonisch verlängert werden
- Ärzte sind nicht verpflichtet die telefonische Anamnese anzubieten

6.7 Telefonische Krankschreibung

Vorteile

- Entlastung der Arztpraxen
- Zeit- und Kostenersparnis für kranke Arbeitnehmer, da der Weg zum Arzt entfällt
- Reduzierung von Infektionsrisiken

Nachteile

- Gefahr des Missbrauchs von Krankschreibungen, da eine Täuschung des Arztes per Telefon leichter fällt als bei persönlichem Kontakt und einer körperlichen Untersuchung
- Führt ggf. dazu, dass schwere Erkrankungen nicht so frühzeitig erkannt werden
- Könnte die Beweiskraft von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen schwächen (Entscheidungen der Rspr. hierzu bleiben abzuwarten)

7. Zusammenfassung

- **Krankheitsbedingte Fehltage können reduziert werden, wenn man sich als Arbeitgeber von den juristischen Instrumenten löst und versucht, die Probleme nicht juristisch anzugehen.**
- **Dazu gehört insbesondere die Steigerung der Mitarbeiterzufriedenheit und, natürlich alles nur soweit möglich, durch eine Einbindung der Mitarbeiter in die Kommunikation und Wertschätzung die „Arbeitsfreude“ so zu erhöhen, dass es zu einer Reduktion der Fehlzeiten kommt.**
- **Wichtig scheint es auch zu sein, sich in der heutigen Zeit der knappen Arbeitskräfte, der Vereinbarkeit von Beruf und Familie und ähnlichen, von der traditionellen Arbeit vor Ort freizumachen und flexible Arbeitsmittel zuzulassen.**
- **Krankheitsbedingte Fehlzeiten insgesamt werden sich selbstverständlich nicht vermeiden lassen. Vielleicht lassen sich diese dann aber reduzieren.**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



**Prof. Dr.
Peter Schrader**

Partner

Fachanwalt
für Arbeitsrecht

Laborius
Die Fachanwälte für Arbeitsrecht

Podbielskistraße 33
30163 Hannover

www.laborius.eu
kanzlei@laborius.eu