

NEWSLETTER

Sehr geehrte Damen und Herren,

in unserem aktuellen Newsletter Februar 2022 möchten wir Sie auf die folgenden für die Praxis wichtigen Urteile und gesetzliche Neuregelungen hinweisen:

Inhalt:

1. Urlaubskürzung bei Kurzarbeit	S. 1
2. Beweiswert einer AU-Bescheinigung für die Dauer der Kündigungsfrist	S. 2
3. Gesetzesänderung bei der Einladung zum BEM	S. 3
4. Wirtschaftliche Belastung bei krankheitsbedingter Kündigung	S. 4

1. Urlaubskürzung bei Kurzarbeit

Bisher war hochumstritten, ob bei Kurzarbeit der Urlaub eines Arbeitnehmers sich reduziert.

In unserem Newsletter März 2021 hatten wir darauf hingewiesen, dass das LAG Düsseldorf in seinem Urteil vom 12.03.2021 entschieden hat, dass in der Zeit, in der die Arbeitszeit durch Kurzarbeit auf Null reduziert ist, kein Urlaubsanspruch von einem Arbeitnehmer erworben werden kann und der Jahresurlaub daher für jeden vollen Monat um 1/12 zu kürzen ist.

Das Bundesarbeitsgericht hat dieses Urteil des LAG Düsseldorf nunmehr mit Urteil vom 30.11.2021 in vollem Umfang bestätigt.

In dem entschiedenen Fall ging es um eine Bäckereiverkäuferin, die in einer Drei-Tage-Woche in Teilzeit tätig war. Der Arbeitsvertrag sah vor, dass ihr pro Jahr umgerechnet 14 Arbeitstage Urlaub zustanden. Im Jahr 2020 galt für sie aufgrund der Corona-Pandemie von April bis Dezember 2020 wiederholt Kurzarbeit Null. In den Monaten Juni, Juli und Oktober 2020 bestand die Kurzarbeit Null durchgehend. Der Arbeitgeber vertrat daher die Ansicht, dass er mit 11,5 Tagen den Urlaubsanspruch der Mitarbeiterin voll erfüllt habe. Die Arbeitnehmerin forderte weitere 2,5 Urlaubstage.

Das BAG entschied, dass die Mitarbeiterin für die Monate Juni, Juli und Oktober 2020, in denen sie sich durchgehend in Kurzarbeit Null befunden hat, keine Urlaubsansprüche erworben hat. Aus diesem Grunde stehe ihr der Jahresurlaub 2020 nur anteilig in gekürztem Umfang zu. Der Arbeitgeber sei berechtigt, für jeden vollen Monat der Kurzarbeit Null den Urlaub um 1/12 zu kürzen. Demnach habe er den Jahresurlaub vorliegend sogar um 3,5 Arbeitstage kürzen dürfen.

Praxistipp:

Das BAG hat in diesem Urteil vom 30.11.2021 zum Ausdruck gebracht, dass auch die weiteren ausgefallenen Arbeitstage in dem Zeitraum von April bis Dezember 2020 für die Kürzung hätten herangezogen werden können und nicht nur vollständige Monate mit Kurzarbeit Null berücksichtigt werden dürfen. Es reicht aus, dass einzelne Arbeitstage aufgrund von Kurzarbeit vollständig ausfallen.

Hans-Jürgen Marx
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht



2. Beweiswert einer AU-Bescheinigung für die Dauer der Kündigungsfrist

Das BAG hat in seinem Urteil vom 08.09.2021 entschieden, dass es den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AU-Bescheinigung) erschüttern kann, wenn ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis kündigt und die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst.

In dem von dem BAG entschiedenen Fall kündigte eine kaufmännische Angestellte, die bei einer Personalvermittlungsfirma beschäftigt war, am 08.02.2019 ihr Arbeitsverhältnis zum 22.02.2019 und reichte gleichzeitig eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die gesamte Dauer der Kündigungsfrist ein. Der Arbeitgeber zahlte der Arbeitnehmerin kein Gehalt für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit, worauf die Arbeitnehmerin diese Vergütung einklagte.

Das BAG wies die Klage – entgegen den Vorinstanzen – ab und begründete dies damit, dass ernsthafte Zweifel am Vorliegen einer Erkrankung der Arbeitnehmerin bestünden, weil die am Tag der Eigenkündigung ausgestellte AU-Bescheinigung passgenau die nach der Kündigung noch verblei-

bende Dauer des Arbeitsverhältnisses abdecke. Dadurch sei der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert. Nach allgemeinen Grundsätzen sei es daher wieder an der Arbeitnehmerin gewesen, ihre Arbeitsunfähigkeit durch substantiierten Vortrag darzulegen und zu beweisen, dass sie tatsächlich arbeitsunfähig gewesen sei. Dieser Beweis hätte insbesondere durch Vernehmung des behandelnden Arztes nach entsprechender Befreiung von der Schweigepflicht erfolgen können. Dem sei die Arbeitnehmerin nicht nachgekommen. Sie habe insbesondere keine näheren Angaben zur Intensität der von ihr geschilderten Schlafstörungen oder Art und vor allem Schwere der weiteren gesundheitlichen Beeinträchtigungen gemacht. Zudem habe die Arbeitnehmerin nicht vorgetragen, die Beschwerden hätten im gesamten Zeitraum bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses angehalten.

Konsequenzen für die Praxis:

Das Urteil des BAG ist aus Arbeitgebersicht erfreulich. Ob hiermit eine neue Rechtsprechungstendenz bei der Beurteilung von AU-Bescheinigungen eingeleitet ist, bleibt indes abzuwarten. Die Möglichkeiten für einen Arbeitgeber, den Beweiswert einer AU-Bescheinigung zu erschüttern, sind jedenfalls bis dato äußerst beschränkt.

Insoweit hat das BAG in diesem Urteil auch klargestellt, dass der Arbeitgeber nicht auf die in § 275 Abs. 1 a SGB V (Voraussetzungen für die Einschaltung des Medizinischen Dienstes) aufgeführten Regelbeispiele ernsthafter Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit beschränkt ist. Diese Bestimmung sei lediglich ein zusätzliches Instrument, um missbräuchlichem Verhalten des Arbeitnehmers begegnen zu können.

Hans-Jürgen Marx
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht



3. Gesetzesänderung bei Einladung zum BEM:

Gem. § 167 Abs. 2 SGB IX soll der Arbeitgeber dann, wenn Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind, mit Zustimmung und Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmers die Möglichkeiten klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden kann und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt oder der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Dies nennt sich „Betriebliches Eingliederungsmanagement“ (BEM). Für die Arbeitnehmer ist die Teilnahme freiwillig. Ein solches BEM-Verfahren hat zum einen das Ziel, die auftretenden Fehlzeiten des Arbeitnehmers zu reduzieren. Zum anderen ist ein angebotenes BEM aber auch Voraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung. Die Rechtsprechung sieht eine krankheitsbedingte Kündigung in der Regel als unwirksam an, wenn nicht zuvor ein BEM versucht wurde, um die Situation zu verbessern. Die fehlende BEM-Einladung wäre daher nur dann irrelevant, wenn der Arbeitgeber im Kündigungsrechtsstreit nachweisen könnte, dass ein BEM nichts gebracht hätte und auch Rehabilitationsmaßnahmen nicht zur Verbesserung beigetragen hätten. Dies ist dem Arbeitgeber in der Praxis jedoch in der Regel nicht möglich.

Dabei werden an dieses BEM-Einladungsschreiben von der Rechtsprechung sehr strenge Anforderungen gestellt. Laut Gesetz ist der betroffene Arbeitnehmer zuvor auf die Ziele des BEM sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen verwendeten Daten hinzuweisen. Schon wenn die datenschutzrechtliche Information unvollständig ist, wird von der Rechtsprechung eine krankheitsbedingte Kündigung in der Regel für unwirksam angesehen.

Bisher war umstritten, ob ein betroffener Arbeitnehmer das Recht auf Hinzuziehung einer privaten Vertrauensperson hatte.

Dies hat der Gesetzgeber nun mit Wirkung zum 10.06.2021 geändert und in § 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX geregelt, dass „Beschäftigte“ zusätzlich „eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuziehen können“. In Betracht kommt zum Beispiel ein Ehegatte, Verwandter oder guter Bekannter sowie ein Arzt oder Rechtsanwalt. Die Teilnahme einer solchen Person muss von dem Arbeitgeber gestattet werden.

Praxistipp:

Nachdem durch die Gesetzesänderung ein Arbeitnehmer auch eine Vertrauensperson eigener Wahl zu dem BEM-Gespräch hinzuziehen kann, muss der Arbeitnehmer bei dem BEM-Einladungsschreiben auf diese Möglichkeit ausdrücklich hingewiesen werden. Falls dieser Hinweis auf die Hinzuziehung einer Vertrauensperson im BEM-Einladungsschreiben fehlen sollte, wäre die BEM-Einladung als nicht ordnungsgemäß anzusehen, was zur Unwirksamkeit einer späteren krankheitsbedingten Kündigung führen könnte.

Hans-Jürgen Marx
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht



4. Wirtschaftliche Belastung bei krankheitsbedingter Kündigung:

Das BAG hat in seinem Urteil vom 22.07.2021 entschieden, dass eine krankheitsbedingte Kündigung nicht allein dadurch gerechtfertigt werden könne, dass der Arbeitgeber einem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer Sonderzahlungen leistet und damit wirtschaftlich besonders belastet ist.

Nach der aktuellen Rechtsprechung ist eine krankheitsbedingte Kündigung nur unter bestimmten Voraussetzungen wirksam. Nach der Rechtsprechung muss in einer ersten Prüfungsphase eine „negative Gesundheitsprognose“ vorliegen, die die Besorgnis einer weiteren Erkrankung im bisherigen Umfang befürchten lassen. In einer zweiten Phase muss der Arbeitgeber nachweisen, dass die Arbeitsunfähigkeit zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führt.

In dem entschiedenen Fall ging es um eine Arbeitnehmerin, die von 2012 bis Anfang 2019 jedes Jahr erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten zu verzeichnen hatte.

Sie fehlte krankheitsbedingt im Jahr 2012 an 52, im Jahr 2013 an 33 und im Jahr 2014 an 47 Arbeitstagen, in den Jahren 2015 und 2016 durchgehend, im Jahr 2017 an 112 Arbeitstagen und im Jahr 2018 bis zum 18.07. wiederum durchgehend. Der Arbeitgeber leistete Entgeltfortzahlungen für alle Krankheitstage in den Jahren 2012 und 2013, für 44 im Jahr 2014 und 71 im Jahr 2017. In den Jahren 2015, 2016 und 2018 bis 18.7.2018 bestand keine Entgeltfortzahlungspflicht. Zu verschiedenen Zeitpunkten leistete der Arbeitgeber Zuschüsse zu dem Krankengeld, tarifliche Einmalzahlungen, Jubiläumsaktien, Urlaubs- und Weihnachtsgeld und einen Bonus.

Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis zum 28.02.2019 fristgerecht ordentlich und begründete dies mit der negativen Gesundheitsprognose und seiner finanziellen Belastung, da er der Arbeitnehmerin aufgrund der betrieblichen Regelungen Sonderzahlungen gewähren müsse.

Das BAG erklärte die Kündigung für unwirksam und begründete dies damit, dass zwar eine negative Gesundheitsprognose vorliegen würde, es jedoch an dem Vorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers fehlen würde.

Das BAG stellt in diesem Urteil nunmehr klar, dass es nur auf die letzten drei Jahre vor Ausspruch der Kündigung ankomme (sog. **Referenzzeitraum**). Dabei komme es vor allem auf die Entgeltfortzahlungskosten in diesem Referenzzeitraum an.

Zuschüsse zum Krankengeld und sonstige Sonderzahlungen seien für das Vorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen irrelevant.

Nachdem in den letzten drei Jahren vor Ausspruch der Kündigung keine bzw. nur geringe Entgeltfortzahlungskosten entstanden seien, scheiterte die Kündigung daher an dem Tatbestandsmerkmal des Vorliegens einer erheblichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers.

Praxistipp:

Nachdem das BAG in diesem Urteil nunmehr klargestellt hat, dass es nur auf die wirtschaftlichen Beeinträchtigungen, und dabei insbesondere auf die Entgeltfortzahlungskosten der letzten drei Jahre ankommt, muss bei dem Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung dringend darauf geachtet werden, die Kündigung nicht zu spät auszusprechen, da ansonsten die Gefahr besteht, dass mangels der erforderlichen Entgeltfortzahlungskosten das Tatbestandsmerkmal der erheblichen betrieblichen Belastungen nicht mehr vorliegt.

Hans-Jürgen Marx
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht



Für weitere Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Hans-Jürgen Marx
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht