

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	XIII
Einleitung.....	1
I. Kapitel: Die Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen im System des Kündigungsschutzgesetzes	9
I. Einordnung der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen.....	9
1. Begriff der Krankheit	10
a) Krankheit	11
b) Arbeitsunfähigkeit.....	11
2. Fallgruppen der krankheitsbedingten Kündigung	12
a) Kündigung wegen Langzeiterkrankung.....	13
b) Kündigung wegen dauernder Unmöglichkeit die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen	15
c) Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsminderung	15
II. Prüfungsverlauf der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen.....	16
III. Negative Gesundheitsprognose (1. Stufe).....	17
1. Begriff der negativen Gesundheitsprognose	18
a) Zu berücksichtigende Krankheiten.....	19
b) Mehrere Kündigungssachverhalte	22
c) Mischtatbestände	23
d) Gleiche Krankheitsursache.....	25
e) Unterschiedliche Krankheitsursachen.....	25
2. Negative Gesundheitsprognose im Lichte der Rechtsprechung	27
a) Entscheidungen des BAG.....	28

aa)	BAG Urteil vom 10. November 2005 -2 AZR 44/05-	28
bb)	BAG Urteil vom 07. November 2002 -2 AZR 599/01-	30
cc)	BAG vom 14. Januar 1993 -2 AZR 343/92-	33
b)	Entscheidungen der Instanzgerichte.....	35
aa)	Landesarbeitsgericht Köln vom 19. August 2005 -4 Sa 335/05-	35
bb)	Arbeitsgericht Würzburg vom 23. Oktober 2003 -5 Ca 704/03 A-	37
cc)	Landesarbeitsgericht Hamm vom 28. März 2003 -15 Sa 80/03-	39
c)	Fazit	40
3.	Beurteilungszeitraum	41
4.	Änderung der Gesundheitsprognose.....	42
IV.	Alternativvorschläge zur Feststellung einer negativen Gesundheitsprognose	43
1.	Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers	43
2.	Entscheidung durch Ärzte und Sachverständige.....	45
3.	Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers	46
4.	Die Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen als Verdachtskündigung	47
5.	Bisherige Fehlzeiten als Anscheinsbeweis	48
6.	Eigener Definitionsversuch	49
a)	Begriff der Prognose.....	50
b)	Prognoserelevante Fehlzeiten	51
c)	Darlegungs- und Beweislast.....	53
aa)	Bisherige Darlegungs- und Beweislast.....	53
bb)	Einführung einer Beweislastumkehr	55

7. Ergebnis	55
V. Wesentliche betriebliche Beeinträchtigung (2. Stufe)	56
1. Begriff der wesentlichen betrieblichen Beeinträchtigung	56
a) Betriebsablaufstörungen	56
b) Wirtschaftliche Belastungen	57
2. Berücksichtigung von Entgeltfortzahlungskosten	58
a) Auffassung des BAG	58
b) Negierende Literaturansicht	62
c) Stellungnahme	66
3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	68
a) Vorübergehende Anordnung von Mehrarbeit	70
b) Mögliche Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz	70
aa) Umsetzung/Versetzung	71
bb) Verpflichtung zum „Freikündigen“	73
c) Zumutbare Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen	74
4. Resümee	75
VI. Interessenabwägung (3. Stufe)	75
1. Interessenabwägung im Falle der personenbedingten Kündigung	75
a) Notwendigkeit einer Interessenabwägung	75
b) Besonders strenge Maßstäbe im Falle der krankheitsbedingten Kündigung	77
c) „Normale“ Interessenabwägung	78
2. Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte	79
3. Die Gesichtspunkte der Interessenabwägung im Einzelnen	82
a) Ursache der Erkrankung	82

VIII

b) Dauer des ungestörten Arbeitsverhältnisses	83
c) Alter des Arbeitnehmers	83
d) Familienstand des Arbeitnehmers	84
e) Situation auf dem Arbeitsmarkt.....	84
f) Schwerbehinderung.....	84
g) Zumutbarkeit weiterer Überbrückungsmaßnahmen/ Personalreserve	85
h) Entgeltfortzahlungskosten/ Berücksichtigung von Fehlzeiten anderer Arbeitnehmer.....	86
4. Einschätzung	87
II. Kapitel: Betriebliches Eingliederungsmanagement.....	89
I. Allgemeines	89
II. Betroffener Personenkreis	90
1. Einschätzung durch die Rechtsprechung.....	91
2. Beschränkung des BEM auf schwerbehinderte Beschäftigte	93
3. Anwendung des BEM auf alle Beschäftigten.....	94
4. Eigene Einschätzung.....	95
III. Auswirkungen auf die Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen.....	98
1. Entscheidung des BAG	98
2. Entscheidung der Instanzgerichte	100
3. Literaturauffassungen	103
a) BEM als Verstärkung des Kündigungsschutzes.....	103
b) BEM als Teil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	104
c) BEM als Programmsatz	105
4. Eigene Einschätzung.....	106

IV. Relevanz des BEM im Rahmen des Zustimmungsverfahrens.....	108
V. Verwendung der Daten des BEM	109
VI. Zeitpunkt der Durchführung des BEM	110
VII. Berechnung der Sechs-Wochen-Frist	111
VIII. Zusammenfassung	113
III. Kapitel: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz.....	114
I. Anwendung des AGG auf Kündigungen.....	114
1. Gesetzeswortlaut und -begründung.....	114
2. Historie der Gesetzgebung	115
3. Europarechtskonformität des § 2 Abs. 4 AGG	117
4. Europarechtswidrigkeit des § 2 Abs. 4 AGG	119
a) Nichtberücksichtigung von § 2 Abs. 4 AGG	121
b) Europarechtskonforme Auslegung von § 2 Abs. 4 AGG	123
aa) Unanwendbarkeit von § 2 Abs. 4 AGG bei Kündigungen aufgrund von Motivbündeln	124
bb) Anwendbarkeit des AGG bei diskriminierenden Motiven	125
cc) Abfindungslösung.....	125
dd) § 2 Abs. 4 AGG als besondere Beweislastregelung	126
ee) Sonstige Auffassungen	127
ff) Stellungnahme	127
II. Die krankheitsbedingte Kündigung als Diskriminierung wegen einer Behinderung.....	128
1. Begriff der Behinderung.....	128
a) Der Begriff der Behinderung im AGG	129
b) Begriffsbestimmung durch den EuGH	130

c)	Folgen für die Prüfung der krankheitsbedingte Kündigung	131
aa)	Begriffsbestimmung durch das BAG.....	131
bb)	Einschätzung des Schrifttums	132
(1)	Keinerlei Auswirkungen auf die krankheitsbedingte Kündigung.....	132
(2)	Modifizierung des Prüfungsmaßstabs der krankheitsbedingten Kündigung	132
(3)	Autonome Auslegung des Begriffs der Behinderung in jedem Mitgliedsstaat.....	133
(4)	Bezugnahme auf den Americans with Disabilities Act	134
(5)	Behinderung als Abweichung von den typischen körperlichen, geistigen oder seelischen Fähigkeiten	134
(6)	Sonstige Auffassungen	135
cc)	Eigene Einschätzung.....	136
(1)	Begriff der Krankheit.....	136
(2)	Auswirkungen auf die Kündigung wegen Krankheit.....	138
2.	Krankheit als weiteres Merkmal der Richtlinie 2000/78/EG ..	141
a)	Die Rechtssache Mangold.....	141
b)	Die Rechtssache Palacios	143
c)	Verbot der Diskriminierung wegen Krankheit als Ausfluss des Grundsatzes der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.....	144
3.	Einfluss der Diskriminierung wegen des Alters auf die Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen	145
III.	Resümee.....	147
IV.	Kapitel: Die Reform des Kündigungsschutzes in Bezug auf die Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen	148
I.	Kritik am derzeitigen Kündigungsschutz	148
II.	Reformvorschläge.....	150

1. Abfindungslösungen	150
a) Ausweitung der Möglichkeit des Auflösungsantrags	150
aa) Vorschlag von Bauer	150
bb) Vorschlag von Busch	151
cc) Vorschlag von Hromadka	152
b) Vollkommene Abschaffung des Bestandsschutzrechts	153
aa) Vorschlag von Buchner	153
bb) Vorschlag von Rühle	153
cc) Vorschlag von Rüthers	154
c) Partielle Abfindungslösung	154
aa) Vorschlag von Preis	154
bb) Vorschlag von Neef	155
cc) Vorschlag von Jahn/Walwei	155
dd) Vorschlag von Willemssen	155
ee) Aushandlung des Kündigungsschutzes	156
2. Beibehaltung des Bestandsschutzes	157
a) Antrag des Freistaates Sachsen zum Erlass eines Arbeitsgesetzbuches	157
b) Antrag des Landes Brandenburg zum Erlass eines Arbeitsgesetzbuches	158
c) Diskussionsentwurf für ein Arbeitsvertragsgesetz von Henssler und Preis	158
d) Sonstige Vorschläge	159
III. Bestandsschutz versus Abfindung	159
1. Verteuerung von Arbeitgeberkündigungen	160
2. Abfindungshöhe	161

3. Sonstige Kritikpunkte.....	162
IV. Unbedingter Auflösungsantrag als Kündigungsschutzreform ?.....	163
V. Bilaterale Aushandlung des Kündigungsschutzes.....	163
VI. Konkretisierung der Kündigungsvoraussetzungen.....	164
V. Kapitel: Ergebnis	166