

## Mandanteninfo Juli 2009

### Androhung einer Krankheit bei abgelehntem Urlaub

- 1. Die Androhung einer Erkrankung durch einen Arbeitnehmer für den Fall, dass der Arbeitgeber einem Urlaubsantrag nicht stattgibt, ist ein wichtiger Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB an sich und rechtfertigt unter Umständen eine außerordentliche Kündigung.**
- 2. Beruft sich ein Arbeitnehmer gegenüber einer solchen außerordentlichen Kündigung darauf, er sei im Zeitpunkt der Androhung seiner Erkrankung bereits objektiv krank gewesen, kann eine außerordentliche Kündigung dadurch jedoch ausgeschlossen sein.**

*BAG, Urt. v. 12.03.2009, 2 AZR 251/07 (Leitsätze vom Verfasser)*

In der Abteilung des Klägers war die Arbeitssituation im Frühjahr wegen Erstellung von Jahresabschlüssen äußerst angespannt. Am 24.05. beantragte der Kläger für den 27.05. – einen Brückentag (Fronleichnam) – Urlaub. Der Antrag wurde am 25.05. vom Vorgesetzten des Klägers wegen der unerledigten Arbeiten abgelehnt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme soll der Kläger in diesem Gespräch vom 25.05. geäußert haben, dass er dann eben krank werde. Er ließ sich tatsächlich am 25.05. eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bis zum 03.06. ausstellen und erschien am 27.05. nicht zur Arbeit. Daraufhin kündigte die Arbeitgeberin fristlos.

Der Kläger hat seine Kündigungsschutzklage unter anderem damit begründet, er sei bereits vor dem 25.05. krank gewesen und trotz Krankheit zur Arbeit gegangen.

**Stefan Bell<sup>1</sup>**  
**Regine Windirsch<sup>1,2</sup>**  
**Sigrid Britschgi<sup>1,3,4</sup>**  
**Christopher Koll<sup>1</sup>**  
**Verena Linz**

Rechtsanwälte und  
zugleich Fachanwälte für  
1 Arbeitsrecht  
2 Sozialrecht  
3 Familienrecht  
4 auch OLG-Zulassung

Marktstraße 16  
40213 Düsseldorf  
Tel. (02 11) 863 20 20  
Fax (02 11) 863 20 222  
info@fachanwaeltInnen.de  
Fach LG 37

Deutsche Bank, Ratingen  
BLZ 300 700 24  
Konto 477 455 001

St.-Nr. 5103/5013/0229

In Kooperation mit  
folgenden Kanzleien  
für Arbeitsrecht

**Berlin**  
Dieter Hummel\*  
Volker Ratzmann\*  
Mechtild Kuby\*

**Frankfurt a.M.**  
Franzmann\* Büdel\* Bender\*

**Freiburg**  
Michael Schubert\*  
Anwaltsbüro im Hegarhaus

**Hamburg**  
Klaus Müller-Knapp\*  
Jens Peter Hjort\*  
Wolfgang Brinkmeier\*  
Manfred Wulff\*

**Hannover**  
Detlef Fricke  
Joachim Klug

**Konstanz**  
Haenel-Zepf-Wirlitsch  
und Kollegen

**München**  
Kanzlei Rüdiger Helm

**Nürnberg**  
Manske & Partner\*

**Wiesbaden**  
Schütte\* Jancke\* Heer\*

\* Fachanwälte für Arbeitsrecht

Das BAG hat auf den nach wie vor geltenden Grundsatz hingewiesen, dass bereits die Ankündigung einer zukünftigen, **im Zeitpunkt der Ankündigung nicht bestehenden** Erkrankung durch den Arbeitnehmer für den Fall, dass der Arbeitgeber einem Urlaubsantrag nicht entsprechen sollte, ohne Rücksicht auf eine später tatsächlich auftretende Krankheit an sich geeignet ist, einen **wichtigen Grund zu einer fristlosen Kündigung** zu liefern.

Maßgebliches Argument für diese Bewertung ist die Tatsache, dass der Arbeitnehmer mit einer solchen Erklärung zum Ausdruck bringt, dass er notfalls bereit ist, seine **Rechte aus dem Entgeltfortzahlungsrecht zu missbrauchen**, um sich einen **unberechtigten Vorteil** zu verschaffen.

War der Arbeitnehmer **im Zeitpunkt der Ankündigung eines künftigen, krankheitsbedingten Fehlens aber bereits objektiv erkrankt** und durfte er davon ausgehen, auch am Tag des von ihm gewünschten – vom Arbeitgeber aber abgelehnten – Urlaubs wegen Krankheit arbeitsunfähig zu sein, kann nicht mehr angenommen werden, sein fehlender Arbeitswille und nicht die bestehende Arbeitsunfähigkeit wären Grund für das spätere Fehlen am Arbeitsplatz.

Der krankheitsbedingt arbeitsunfähige Arbeitnehmer ist nämlich zur Arbeitsleistung nicht verpflichtet und der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, diese zu verlangen. Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer bislang trotz bestehender Erkrankung dem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung angeboten hat. Weist ein objektiv erkrankter Arbeitnehmer den Arbeitgeber nach Ablehnung eines kurzfristig gestellten Urlaubsgesuchs darauf hin, „dann sei er eben krank“, kann dem Arbeitnehmer nicht ohne weiteres zum Vorwurf gemacht werden, er nehme notfalls eine wirtschaftliche Schädigung des Arbeitgebers in Kauf, um die von ihm erstrebte Befreiung von der Arbeitspflicht zu erreichen. Unabhängig davon, ob eine bestehende Erkrankung des Arbeitnehmers dazu führt, dass die „Ankündigung“ der Krankschreibung lediglich als Hinweis auf ein ohnehin berechtigtes Fernbleiben von der Arbeit verstanden werden müsste, wiegt jedenfalls in einem solchen Fall eine mit der Erklärung verbundene Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber regelmäßig weniger schwer. Es kann dann nicht unbedingt von einer erheblichen, eine außerordentliche Kündigung an sich rechtfertigenden Pflichtverletzung ausgegangen werden.

Das Problem einer solchen Argumentation liegt in der **Beweislast für den Arbeitnehmer**: dieser muss darlegen und beweisen, dass er zum Zeitpunkt der Ankündigung seines krankheitsbedingten Fehlens bereits arbeitsunfähig gewesen ist.