

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln
Begründet von: Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider

► Mit dem ZAP Internetreport

AUS DEM INHALT

Kolumne

Der Rechtsstaat auf dem Pandemieprüfstand (S. 523)

Anwaltsmagazin

Neuregelungen im Mai (S. 525) • Einseitige Änderung von AGB durch Banken (S. 528) • Entschädigungen nach dem Infektionsschutzgesetz (S. 530)

Aufsätze

Börstinghaus, Die Unwirksamkeit des „Berliner Mietendeckels“ nach der Entscheidung des BVerfG vom 25.3.2021 (S. 557)

Maaß, Basiswissen: Die personenbedingte Kündigung des Arbeitgebers (S. 563)

Aly, Die Auswirkungen der vorzeitigen Mandatsbeendigung für die Rechtsanwaltsvergütung und Kostenerstattung im Prozess (S. 571)

Rechtsprechung

BGH: Ersatzfähigkeit von Finanzierungskosten (S. 551)

EuGH: Entziehung der Fahrerlaubnis (anderer Mitgliedstaat) (S. 552)

LG Meiningen: beA – Sicherer Übermittlungsweg i.S.d. § 130a Abs. 3 ZPO (S. 554)





Arbeitsrecht

Basiswissen 3: Die personenbedingte Kündigung des Arbeitgebers

Von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht Dr. KIRSTIN MAAß, Köln

Inhalt

- I. Vorbemerkung
- II. Gründe einer personenbedingten Kündigung
- III. Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung
- IV. Voraussetzungen der personenbedingten Kündigung
 - 1. Negative Prognose
 - 2. Störung des Arbeitsverhältnisses – erhebliche Beeinträchtigungen betrieblicher oder wirtschaftlicher Interessen des Arbeitgebers
 - 3. Interessenabwägung
- V. Krankheitsbedingte Kündigung als praxis-relevantester Fall der personenbedingten Kündigung
 - 1. Stufe 1: Negative Prognose hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit
 - 2. Stufe 2: Auf der Arbeitsunfähigkeit beruhende erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen des Arbeitgebers
 - 3. Stufe 3: Interessenabwägung
- VI. Prüfungsschema: Personenbedingte Kündigung

I. Vorbemerkung

Für eine Kündigung von Arbeitnehmern, die den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genießen, benötigt der Arbeitgeber einen sozialen Rechtfertigungsgrund gem. § 1 Abs. 2 KSchG. Eine Kündigung kann gem. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein, wenn sie durch Gründe in der Person des Arbeitnehmers bedingt ist. Bei einer solchen **personenbedingten Kündigung** liegt der Kündigungsgrund folglich – wie die Bezeichnung bereits verrät – in der Person des Arbeitnehmers selbst. Sie ist möglich, wenn der **Arbeitnehmer aufgrund seiner persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten oder deren Nichtvorliegen seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung** nicht nur vorübergehend, sondern **für eine gewisse Dauer nicht erbringen** kann. Der vorliegende Beitrag soll die Gründe und Voraussetzungen einer personenbedingten Kündigung näher beleuchten und stellt insb. – als praxisrelevantesten Fall der personenbedingten Kündigung – die sog. krankheitsbedingte Kündigung dar.

II. Gründe einer personenbedingten Kündigung

Eine gesetzliche Definition für eine personenbedingte Kündigung gibt es nicht. Nach der Rechtsprechung des BAG (Urt. v. 23.5.2013 – 2 AZR 120/12, NZA 2013, 1211, Rn 21 m.w.N.) kommen Umstände in Betracht, die auf einer in den **persönlichen Verhältnissen, Fähigkeiten oder Eigenschaften des Arbeitnehmers** liegenden „Störquelle“ beruhen. Eine personenbedingte Kündigung setzt deshalb voraus, dass dem Arbeitnehmer **zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung** die notwendigen Voraussetzungen und somit die Eignung zur Ausübung seiner Arbeitstätigkeit fehlen. Dabei wird zwischen objektiven und subjektiven Leistungsmängeln unterschieden.

Basiswissen: Personenbedingte Kündigung

Objektive Leistungsmängel sind z.B.:

- Krankheit,
- fehlende berufliche Zulassung,
- Entzug der Fahrerlaubnis,
- Verlust der Arbeitserlaubnis,
- Freiheitsstrafe und Untersuchungshaft für eine verhältnismäßig erhebliche Zeit.

Hinweis:

Ein angestellter Rechtsanwalt kann folglich personenbedingt gekündigt werden, wenn er seine Zulassung dauerhaft verliert.

Subjektive Leistungsmängel können z.B. durch unüberwindbare Glaubenshindernisse oder erhebliche Lohnpfändungen bei Arbeitnehmern mit Vermögensbetreuungspflichten entstehen.

Führen personenbedingte Gründe zu einer schweren dauerhaften Störung des Arbeitsverhältnisses, können sie eine Kündigung rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer auf Dauer auf seinem Arbeitsplatz nicht mehr eingesetzt werden kann und es keine andere Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer gibt. Dabei ist nicht von Relevanz, ob der Arbeitnehmer die erforderliche Eignung zuvor besessen hat.

III. Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung

Die **personenbedingte** Kündigung setzt im Gegensatz zu der verhaltensbedingten Kündigung **kein Verschulden** des Arbeitnehmers i.S.e. **persönlichen Vorwerfbarkeit** voraus (vgl. BAG, Urt. v. 8.9.2011 – 2 AZR 543/10, NZA 2020, 443 Rn 17). Bei personenbedingten Gründen kann der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen, während er bei verhaltensbedingten Gründen seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen will. Für eine personenbedingte Kündigung ist folglich maßgeblich, dass der Arbeitnehmer die fehlende Eignung zur Erfüllung des Arbeitsvertrags nicht oder nicht mehr **steuern** kann. Der Arbeitnehmer darf keinen Einfluss auf die fehlende Eignung oder Fähigkeit haben.

Merke:

Zur Abgrenzung zwischen der personen- und der verhaltensbedingten Kündigung hilft die folgende Frage:
Kann der Arbeitnehmer nicht oder will er nicht?

Die Unterscheidung zwischen „*nicht können*“ und „*nicht wollen*“ ist wesentlich für die Frage, ob vor Ausspruch einer Kündigung eine vorherige **Abmahnung** erforderlich ist. Im Falle einer personenbedingten Kündigung ist eine Abmahnung als milderer Mittel gegenüber der Kündigung i.d.R. nicht erforderlich. Denn sie verspricht keinen Erfolg, wenn der Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, den Kündigungsgrund zu ändern. Eine Abmahnung könnte daher nicht vor weiteren Pflichtverstößen warnen.

Beispiel:

Vor einer krankheitsbedingten Kündigung ist keine Abmahnung notwendig, weil den Arbeitnehmer keine Schuld an den krankheitsbedingten Fehlzeiten trifft.

Andererseits sind Konstellationen denkbar, in denen der Arbeitnehmer in der Lage ist, die fehlende Fähigkeit und Eignung (wieder) zu erlangen. In solchen Fällen kommt eine Abmahnung als milderer Mittel in Betracht, um den Arbeitnehmer zur Behebung der Störung des Arbeitsverhältnisses zu veranlassen.

Beispiel:

Ein ausländischer Arbeitnehmer besitzt keine Arbeitserlaubnis mehr. Er kann die Verlängerung einer Arbeitserlaubnis beantragen.

IV. Voraussetzungen der personenbedingten Kündigung

Zunächst muss der Grund für die Kündigung in der Person des Arbeitgebers liegen. Insofern ist auf die obigen Ausführungen unter II. zu verweisen. Sodann unterliegt eine personenbedingte Kündigung grds. einer **dreistufigen** Prüfung (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.7.2019 – 15 Sa 2498/18, juris Rn 28).

1. Negative Prognose

Die personenbedingte Kündigung ist keine Sanktion für vergangene Störungen des Arbeitsverhältnisses, sie soll vielmehr zukünftige unzumutbare Belastungen des Arbeitgebers vermeiden. Auf der **ersten Stufe** kommt es für ihre Rechtfertigung deshalb auf die Frage an, ob der Arbeitnehmer **zukünftig** seine Arbeitsleistung vollständig erbringen kann. Voraussetzung für die Wirksamkeit einer personenbedingten Kündigung ist folglich, dass auch in der Zukunft mit Störungen des Arbeitsverhältnisses zu rechnen ist. Ist bereits zum Zeitpunkt der Kündigung zu erwarten, dass der Arbeitnehmer alsbald seine Arbeitsleistung wieder vollständig und vertragsgerecht erbringen kann, fehlt es schon an der erforderlichen Negativprognose.

Beispiel:

Ein angestellter Taxi-Fahrer erhält nur ein einmonatiges Fahrverbot.

Muss hingegen aufgrund objektiver Tatsachen im Zeitpunkt der Kündigung davon ausgegangen werden, dass mit einer baldigen (Wieder-)Herstellung der Fähigkeit und Eignung für eine ordnungsgemäße Arbeitsleistung nicht gerechnet werden kann, ist die Prognose negativ.

Merke:

Für die Prognose ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung maßgeblich.

2. Störung des Arbeitsverhältnisses – erhebliche Beeinträchtigungen betrieblicher oder wirtschaftlicher Interessen des Arbeitgebers

Auf der **zweiten Stufe** der personenbedingten Kündigung ist zu prüfen, ob aufgrund des möglichen Kündigungssachverhalts zukünftig mit weiteren **konkreten Störungen des Arbeitsverhältnisses** zu rechnen ist. Demnach muss infolge der personenbedingten Gründe auch **für die Zukunft von erheblichen Beeinträchtigungen betrieblicher oder wirtschaftlicher Interessen des Arbeitgebers** auszugehen sein. Diese Beeinträchtigungen können sowohl in Betriebsablaufstörungen als auch insb. im Fall der krankheitsbedingten Kündigung in zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten liegen, sofern die Zahlungen einen Umfang von sechs Wochen übersteigen (vgl. BAG, Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 ff., Rn 15).

Beispiele:

- zusätzliche Kosten für eine Ersatzkraft,
- Überlastung der verbleibenden anderen Arbeitnehmer,
- Maschinenstillstand,
- Produktionsverlust durch Neuverteilung von Arbeit.

3. Interessenabwägung

Auf der **dritten Stufe** hat eine Interessenabwägung zu erfolgen. Nach dieser muss die **Beeinträchtigung der Belange des Arbeitgebers das Interesse des Arbeitnehmers am Bestand des Arbeitsverhältnisses** überwiegen. Dabei ist bei einer personenbedingten Kündigung ein besonders strenger Maßstab anzusetzen, weil den Arbeitnehmer generell kein Verschulden trifft.

Bei der Abwägung können insb.

- das Alter des Arbeitnehmers,
- der Familienstand bzw. Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers,

Basiswissen: Personenbedingte Kündigung

- eine etwaige Schwerbehinderung des Arbeitnehmers bzw. Gleichstellung,
- die Dauer des ungestörten Bestands des Arbeitsverhältnisses,
- die Schwere der Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen

eine Rolle spielen.

Außerdem darf eine anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht möglich sein. Nach dem **ultima-ratio-Prinzip** muss der Arbeitgeber sonstige **mildere Mittel** erwägen, durch welche die Vertragsstörung behoben werden kann.

Der Arbeitgeber muss prüfen, inwieweit es möglich ist, den Arbeitnehmer zu anderen, ggf. auch schlechteren Arbeitsbedingungen oder nach zumutbaren Fortbildungsmaßnahmen auf einem anderen freien Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen. Es kommen aber nur solche Beschäftigungsmöglichkeiten in Betracht, die mit der bisherigen Beschäftigung gleichwertig oder geringer bewertet sind. Der Arbeitgeber muss somit keine höherwertigen Tätigkeiten in Erwägung ziehen (BAG, Urt. v. 19.4.2007 – 2 AZR 239/06, NZA 2007, 1041, Rn 23 ff.). Frei ist ein Arbeitsplatz, der zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt ist oder mit Ablauf der Kündigungsfrist frei wird (BAG, Urt. v. 29.3.1990 – 2 AZR 369/89, NZA 1991, 181).

V. Krankheitsbedingte Kündigung als praxisrelevantester Fall der personenbedingten Kündigung

Der praktisch bedeutsamste Fall einer personenbedingten Kündigung ist die Kündigung wegen **Krankheit**. Auch ihre soziale Rechtfertigung wird von den Arbeitsgerichten in **drei Stufen** geprüft (vgl. BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, NZA 2015, 1249, 1250, Rn 12; BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612, 613, Rn 16). Eine krankheitsbedingte Kündigung ist danach i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt:

- wenn eine negative Prognose hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers vorliegt (**1. Stufe**),
- wenn eine darauf beruhende erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher oder wirtschaftlicher Interessen des Arbeitgebers festzustellen ist (**2. Stufe**) und
- wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass die betrieblichen bzw. wirtschaftlichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen (**3. Stufe**).

Im Rahmen dieser dreistufigen Prüfung hat das **sog. betriebliche Eingliederungsmanagement** (kurz: **BEM**) eine erhebliche Bedeutung.

Als **Krankheit** wird im Ausgangspunkt ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand bezeichnet, der einer Heilbehandlung bedarf (BAG, Urt. v. 9.4.2014 – 10 AZR 637/13, NZA 2014, 719, Rn 18).

Die Rechtsprechung unterscheidet **drei Kategorien krankheitsbedingter Kündigungen**:

- die Kündigung wegen **häufiger Kurzerkrankungen**,
- die Kündigung wegen **langandauernder Erkrankungen** und
- die Kündigung wegen **krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit**.

Häufige Kurzerkrankungen liegen vor, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund von Erkrankungen wiederholt über kurze Zeiträume unvorhersehbar ausfällt. Ebenso ist der Tatbestand der häufigen Kurzzeiterkrankung erfüllt, wenn sich einzelne Krankheitsphasen, die auf verschiedenen Krankheitsbildern beruhen und zu einem häufigen Wechsel von Krankheits- und Arbeitsphasen führen, über mehrere Monate erstrecken (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612, Rn 15).

Von einer **langandauernden Erkrankung** ist auszugehen, wenn sich die eingetretene Krankheit voraussichtlich über einen erheblichen, zusammenhängenden Zeitraum erstreckt. Bei einer langandauernden Erkrankung ist die Genesung nicht ausgeschlossen, während die Wiederherstellung der Arbeits-

fähigkeit bei einer krankheitsbedingten **dauernden Leistungsunfähigkeit** völlig ungewiss ist. In diesem Fall ist der Arbeitnehmer dauerhaft nicht in der Lage, seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen (BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, NZA 2015, 1249, Rn 18; BAG, Urt. v. 19.4.2007 – 2 AZR 239/06, NZA 2007, 1041, Rn 18).

Der Fall einer **gesundheitsbedingten Leistungsminderung** kommt in Betracht, wenn der Arbeitnehmer zwar wieder einsetzbar ist, aber seine geschuldete Arbeitspflicht auch in Zukunft nur noch in vermindertem Umfang erfüllen kann (BAG, Urt. v. 20.3.2014 – 2 AZR 825/12, NZA 2014, 1089, Rn 20).

1. Stufe 1: Negative Prognose hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit

Eine negative Gesundheitsprognose liegt vor, wenn bei **Zugang der Kündigung** aufgrund **objektiver Tatsachen** damit zu rechnen ist, dass der Arbeitnehmer auch in Zukunft seinem Arbeitsplatz krankheitsbedingt in erheblichem Umfang – aufgrund häufiger Kurzerkrankungen oder aufgrund einer langanhaltenden Erkrankung – fernbleiben wird (BAG, Urt. v. 21.2.2001 – 2 AZR 558/99, NZA 2001, 1071, Rn 20).

Das BAG konkretisiert die vorstehend aufgeführten Grundsätze in folgendem Prüfungsaufbau: Bei **häufigen Kurzeiterkrankungen** muss die auf objektiven Tatsachen beruhende Prognose darauf schließen lassen, dass der Arbeitnehmer weiterhin in erheblichem Umfang – **von mehr als sechs Wochen im Jahr** – erkranken wird, z.B. weil eine Grunderkrankung vorliegt, die nicht geheilt ist und erfahrungsgemäß regelmäßig wieder zu Krankschreibungen führt. In der Regel darf der Arbeitgeber sich daher auf der ersten Prüfungsstufe darauf beschränken, die Krankheitszeiten des Arbeitnehmers nach Zahl, Dauer und zeitlicher Folge im Einzelnen darzustellen und zu behaupten, in Zukunft seien Fehlzeiten in entsprechendem Umfang zu erwarten (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612, Rn 17). Für die Prognose eignet sich ein **Referenzzeitraum von drei Jahren**, der allerdings nicht starr einzuhalten ist (BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 2 AZR 6/18, NZA 2018, 1056).

Praxishinweis bzgl. der Darlegungs- und Beweislast:

Indizieren die von dem Arbeitgeber herangezogenen krankheitsbedingten Fehlzeiten eine negative Gesundheitsprognose, ist es sodann Sache des Arbeitnehmers gem. § 138 Abs. 2 ZPO darzulegen, weshalb im Kündigungszeitpunkt mit einer baldigen Genesung zu rechnen war. Er kann dazu vortragen, dass bestimmte Fehlzeiten auf mittlerweile ausgeheilte Krankheiten zurückzuführen und deshalb für die Negativprognose nicht mehr relevant sind. Im Allgemeinen genügt der Arbeitnehmer seiner prozessualen Mitwirkungspflicht schon dann, wenn er vorträgt, die behandelnden Ärzte hätten seine gesundheitliche Entwicklung bzgl. sämtlicher prognosetragender Erkrankungen im Kündigungszeitpunkt positiv beurteilt, und wenn er diese von ihrer Schweigepflicht entbindet. Je nach Erheblichkeit des arbeitnehmerseitigen Vortrags ist es sodann Sache des Arbeitgebers, den Beweis für die Berechtigung einer negativen Gesundheitsprognose zu führen (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 26.1.2021 – 6 Sa 124/20, juris Rn 45).

Bei einer langandauernden Erkrankung kann **allein die Dauer der Arbeitsunfähigkeit** in der unmittelbaren Vergangenheit ein **Indiz** für die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit in der Zukunft darstellen. Bei einer **Langzeiterkrankung** ist die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit dann einer dauernden krankheitsbedingten Leistungsunfähigkeit gleichzustellen, wenn in den kommenden **24 Monaten** mit keiner Rückkehr des Arbeitnehmers an den Arbeitsplatz gerechnet werden kann (BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, NZA 2015, 1249, Rn 15).

Hinweis:

Sind dem Arbeitgeber Ursachen und Prognose der Erkrankung des Arbeitnehmers unbekannt, genügt er daher seiner Darlegungslast, wenn er die bisherige, mindestens 24-monatige Dauer der Erkrankung vorträgt.

Basiswissen: Personenbedingte Kündigung

Weniger praxisrelevant sind bislang Kündigungen aufgrund einer **krankheitsbedingten Leistungsminderung**. Das BAG bewertet die Zulässigkeit einer Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsminderung zurückhaltend, insb., wenn das Arbeitsverhältnis ordentlich unkündbar ist. In Fällen der Leistungsminderung, die nicht zu Fehlzeiten führt, muss sich die negative Prognose auf den **voraussichtlichen Gesundheitszustand** beziehen (BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 550/14, NZA-RR 2016, 243, Rn 26 ff.). Ist der Arbeitnehmer in seinem Leistungsvermögen über Jahre hinweg erheblich eingeschränkt, ohne dass erkennbar eine Besserung eintritt, hat dies Indizwirkung für die weitere Entwicklung. Das BAG hat z.B. eine Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsminderung als zulässig angesehen, da die betroffene Arbeitnehmerin nur noch $\frac{2}{3}$ der Normalleistung erbrachte und auch künftig zu erbringen vermochte und für sie auch kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung stand, auf dem betriebliche Beeinträchtigungen nicht mehr zu erwarten waren (BAG, Urt. v. 26.9.1991 – 2 AZR 132/91, NZA 1992, 1073, 1076).

2. Stufe 2: Auf der Arbeitsunfähigkeit beruhende erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber trägt gem. § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast, dass der krankheitsbedingte Ausfall des Arbeitnehmers bereits zu unzumutbaren betrieblichen oder wirtschaftlichen Beeinträchtigungen geführt hat und weiterhin führen wird. Denkbare Beeinträchtigungen sind etwa Betriebsablaufstörungen (bei häufigen Kurzeiterkrankungen durch die kurzfristige Neuplanung von Dienstplänen) oder Störungen im Produktionsprozess. Relevant kann auch eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers sein (z.B. Aufwendungen für Springer oder Leiharbeiter).

Nach der Rechtsprechung des BAG ergibt sich aus der gesetzlichen Wertung des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG, dass im Fall von häufigen Kurzeiterkrankungen zu erwartende Entgeltfortzahlungskosten im Umfang von **über sechs Wochen jährlich** eine auf Dauer nicht mehr hinzunehmende Belastung des Arbeitgebers darstellen (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612, Rn 28).

Ist der Arbeitnehmer **langzeiterkrankt**, so ist von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen, wenn im Kündigungszeitpunkt die Rückkehr des Arbeitnehmers **während der nächsten 24 Monate ungewiss** ist. Bei krankheitsbedingter **dauernder Leistungsunfähigkeit** ist in aller Regel von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen (BAG, Urt. v. 19.4.2007 – 2 AZR 239/06, NZA 2007, 1041, Rn 18).

Hinweis:

Die **völlige Ungewissheit der Wiederherstellung** der Arbeitsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit dann gleich, wenn jedenfalls in den nächsten 24 Monaten nicht mit einer Genesung gerechnet werden kann. Einen Zeitraum von bis zu 24 Monaten krankheitsbedingter Leistungsunfähigkeit kann der Arbeitgeber hingegen durch Einstellung einer Ersatzkraft mit einem sachgrundlos zeitbefristeten Arbeitsverhältnis nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG vorübergehend überbrücken (BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, NZA 2015, 1249, Rn 18).

Im Fall einer **krankheitsbedingten Leistungsminderung** wird in erster Linie eine wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers eintreten, wenn der Arbeitnehmer im Leistungslohn nicht mehr eingesetzt werden kann und der Zahlung des vollen Zeitlohns keine adäquate Arbeitsleistung gegenübersteht. Da die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen erheblich sein muss, genügt hierfür nicht jede geringfügige Minderleistung. Das BAG hat allerdings bei einer für längere Zeit erbrachten Arbeitsleistung von lediglich $\frac{2}{3}$ der Normalleistung eine erhebliche Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen angenommen (BAG, Urt. v. 26.9.1991 – 2 AZR 132/91, NZA 1992, 1073, 1076).

3. Stufe 3: Interessenabwägung

Eine Kündigung ist nicht erforderlich, wenn sich das vertragliche Synallagma ohne den Ausspruch einer Kündigung herstellen lässt. Nach dem sog. ultima-ratio-Prinzip darf eine Kündigung erst als letzter Schritt in Betracht gezogen werden. Zu den die Kündigung bedingenden Tatsachen gehört deshalb das **Fehlen angemessener, milderer Mittel** zur Vermeidung künftiger Fehlzeiten.

Infolgedessen steht eine mögliche Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderem Arbeitsplatz, auf dem er trotz seiner Erkrankung arbeiten könnte, einer Kündigung entgegen. Dasselbe gilt für die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz unter zumutbaren Vorkehrungen. Als besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzip ist die **Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) gem. § 167 Abs. 2 SGB IX** in Betracht zu ziehen.

Ist der Arbeitnehmer **innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt**, hat der Arbeitgeber nach § 167 Abs. 2 SGB IX mit dem Betriebsrat (bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung) mit Zustimmung und Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmer (zunächst) aufzuklären, wie die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

Beachten Sie:

Das BEM ist bei einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers von länger als sechs Wochen **innerhalb eines Jahres** durchzuführen. Nicht erforderlich ist, dass die Krankheitstage an einem Stück angefallen sind. Es reicht vielmehr, wenn die Summe häufiger Kurzerkrankungen innerhalb eines Betrachtungszeitraums von 365 Tagen die sechs Wochen tatsächlich übersteigen.

Die Durchführung eines BEM nach § 167 Abs. 2 SGB IX vor Ausspruch einer Kündigung ist **keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung** einer krankheitsbedingten Kündigung (BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, NZA 2015, 1249, Rn 28) Das BEM konkretisiert jedoch den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**. Durch das BEM können **mildere Mittel**, wie z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen – ggf. durch Umsetzungen „freizumachenden“ – Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden (BAG, Urt. v. 20.3.2014 – 2 AZR 565/12, NZA 2014, 602, Rn 34). Führt der Arbeitgeber ein BEM durch, kann er im Kündigungsschutzprozess zur Begründung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung auch auf hieraus erlangte Erkenntnisse zurückgreifen.

Im Einzelnen gilt Folgendes: Wurden **erfolgsversprechende Maßnahmen** festgehalten, sind diese zunächst **umzusetzen** (BAG, Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398, Rn 25).

Eine dennoch **ohne Durchführung der Maßnahmen** ausgesprochene Kündigung ist **nur dann verhältnismäßig**, wenn der Arbeitgeber darlegen und beweisen kann, dass die abgestimmten Maßnahmen nicht durchführbar sind bzw. in keinem Fall zu einer Verbesserung der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers geführt hätten, **sog. objektive Nutzlosigkeit des BEM** (BAG, Urt. v. 21.11.2018 – 7 AZR 394/17, NZA 2019, 309, Rn 38). In der Praxis dürfte dem Arbeitgeber die Darlegung der Nutzlosigkeit regelmäßig schwerfallen. Denn dazu muss er umfassend und detailliert vortragen, warum weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen sind und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden konnte, warum also ein BEM im keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten vorzubeugen und das Arbeitsverhältnis zu erhalten (vgl. BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612, Rn 39; BAG, Urt. v. 20.3.2014 – 2 AZR 565/12, NZA 2014, 602, Rn 34). Ist es dagegen denkbar, dass ein BEM ein positives Ergebnis erbringt, das gemeinsame Suchen nach Maßnahmen zum Abbau der Fehlzeiten also Erfolg hat, muss sich der Arbeitgeber regelmäßig vorhalten lassen, er habe „vorschnell“ gekündigt (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612, Rn 40).

Basiswissen: Personenbedingte Kündigung

Sofern das BEM fehlgeschlagen ist, kann sich der Arbeitgeber vor Gericht auf die Durchführung und das Ergebnis berufen. Der Arbeitnehmer wird dagegen mit seinem möglichen Vortrag weiterer Beschäftigungsmöglichkeiten nicht mehr gehört, weil er diese bereits während des BEM hätte vorbringen müssen (BAG, Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398).

Hat der Arbeitgeber zum BEM eingeladen und der betroffene Arbeitnehmer die Durchführung abgelehnt, ist die fehlende Durchführung kündigungsneutral (vgl. BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, NZA 2014, 602; BAG, Urt. v. 24.3.2011 – 2 AZR 170/10, NZA 2011, 993, Rn 23).

Hinweis:

Arbeitgeber sollten bei krankheitsbedingten Fehlzeiten stets die Durchführung des BEM im Blick halten. Dieses ist gut vorzubereiten und anhand der aktuellen Rechtsprechung sorgsam durchzuführen, um nicht die Unwirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung zu riskieren.

Schließlich ist das Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes bis zum regulären Ende des Arbeitsverhältnisses mit dem Interesse des Arbeitgebers an der Auflösung zum Ablauf der Kündigungsfrist gegeneinander abzuwägen. Auf Seiten des Arbeitnehmers sind insb. folgende Kriterien zu beachten:

- Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- Lebensalter,
- soziale Schutzbedürftigkeit (insb. Unterhaltspflichten),
- besonderer Kündigungsschutz,
- Ursachen der Erkrankung, insb. betriebliche Ursachen für die Erkrankung,
- Dauer eines vorangegangenen ungestörten Ablaufs des Arbeitsverhältnisses.

Auf Seiten des Arbeitgebers sind folgende Kriterien in die Interessenabwägung miteinzubeziehen:

- Überlastung weiterer Arbeitnehmer,
- Kosten einer Personalreserve,
- Entgeltfortzahlungskosten,
- Größe des Betriebs.

VI. Prüfungsschema: Personenbedingte Kündigung

1. **Personenbedingter Kündigungsgrund an sich:** in der Person des Arbeitnehmers liegender, nicht steuerbarer Umstand, z.B. Krankheit (sonst evtl. verhaltensbedingte Kündigung).
2. **Negative Prognose für die Zukunft:** Der Arbeitnehmer wird in Zukunft außerstande sein, seine Arbeit vertragsgemäß zu leisten.
3. **Beeinträchtigung betrieblicher und/oder wirtschaftlicher Interessen des Arbeitgebers.**
4. **Interessenabwägung:** Prüfung, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist. Die Störung lässt sich nicht anders als durch eine Kündigung beseitigen; eine Weiterbeschäftigung ggf. nach Änderung der Arbeitsbedingungen oder nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen auf einem anderen Arbeitsplatz ist nicht möglich (vgl. § 1 Abs. 2 S. 2, 3 KSchG).