

# Die Kündigung im öffentlichen Dienst – insb. krankheitsbedingte Kündigung

---

Prof. Dr. Michael Fuhlrott

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht | Professor für  
Arbeitsrecht

**FHM**



**Fuhlrott Hiéramente & von der Meden  
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB**

# Vorstellung Referent

---

- Studium in Göttingen, Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht (2000 - 2004)
- Promotion im Arbeitsrecht an der Univ. Bonn | Wiss. Mitarbeiter am Institut für Arbeitsrecht (2004 - 2005)
- Referendariat in Hamburg (u.a. Arbeitgeberverband, Bezirksamt), Bonn (Redeker Sellner Dahs) und an der Verwaltungshochschule in Speyer (2006 - 2008)
- Rechtsanwalt in Hamburg, CMS Hasche Sigle und Esche Schümann (2008 - 2013), Fachanwalt für Arbeitsrecht (2011)
- Professor für Wirtschaftsrecht, insb. Arbeitsrecht (W2) und Prüfungsbeauftragter für das Verbundstudium, FH Bielefeld (2013 - 2014)
- Professor für Arbeitsrecht und Studiendekan Wirtschaftsrecht und Human Resources Management, Hochschule Fresenius in Hamburg
- Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner bei FHM – Fuhlrott Hiéramente & von der Meden Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
- Mitglied des gemeinsamen Prüfungsamtes der Länder Schleswig-Holstein, Hamburg und Bremen für das Zweite Juristische Staatsexamen
- Autor und Herausgeber juristischer Fachbeiträge (ca. 400 Veröffentlichungen)



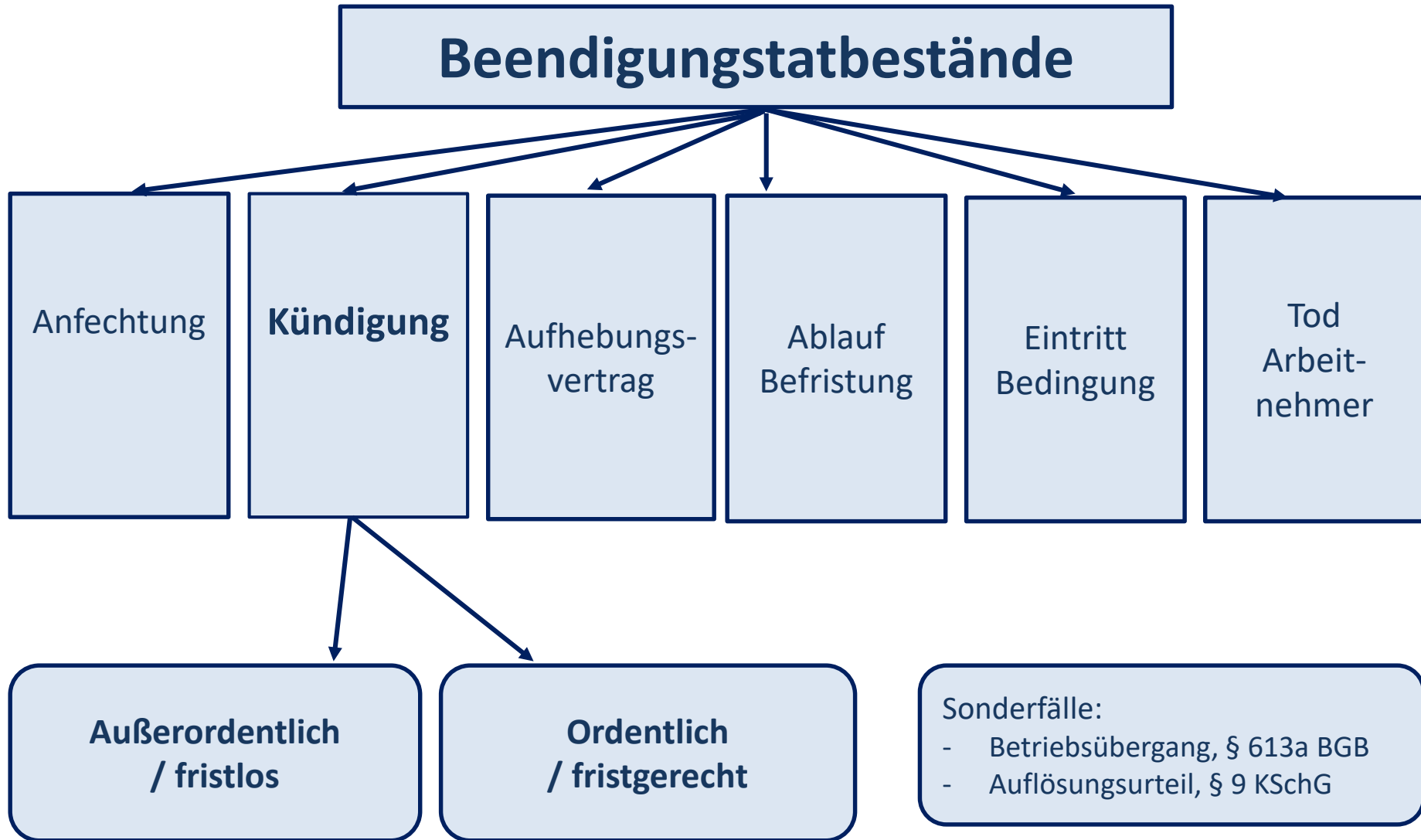
# Gliederung

---

- I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten
- II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen
- III. Die krankheitsbedingte Kündigung
  1. Kündigungsschutzrechtliche Systematik
  2. „Kündigungsvorwurf“
  3. Verhaltensbedingte / Betriebsbedingte Kündigung
  4. Arten der krankheitsbedingten Kündigung
  5. Anforderungen
    - Negativprognose
    - Störung betrieblicher Interessen
    - Interessenabwägung, insb. betriebliche Eingliederung
    - Wiedereinstellungsanspruch / Prozessuales
- IV. Sonderfälle

I.  
Kündigungsschutz  
und  
Kündigungsarten

# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten



# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten

## Die Kündigung

### Formale Anforderungen

- ✓ Zugang
- ✓ Schriftform
- ✓ BR-/Personalratsanhörung
- ✓ Richtiger Unterzeichner
- ✓ Etwaige Genehmigungen

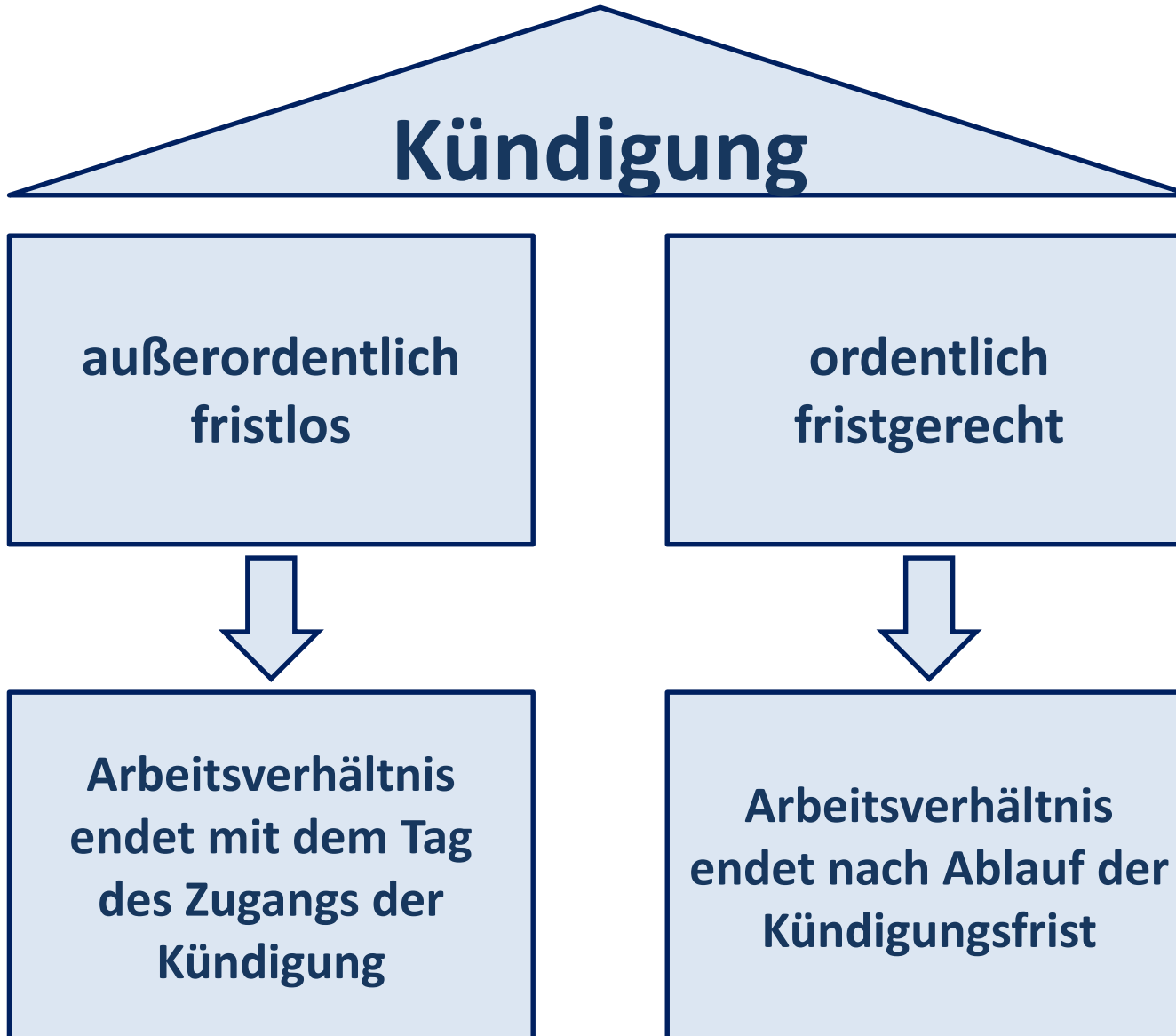
Sondergeschützte  
Arbeitnehmer  
(z.B. BEEG, MuSchG,  
SGB IX, BetrVG /  
BPersVG, PflegeZG)

### Materielle Anforderungen

- ✓ Ordentliche Kündigung, § 1 KSchG:
  - Soziale Rechtfertigung wenn KSchG (+)
  - Verhältnismäßigkeit
- ✓ Außerordentliche Kündigung, § 626 BGB:
  - Wichtiger Grund
  - Einzelfallabwägung
  - Verhältnismäßigkeit
  - Zwei-Wochen-Frist

Allgemeiner Kündigungsschutz

# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten



# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten

## Kündigung

außerordentlich fristlos

ordentlich fristgerecht



Wichtiger Grund  
§ 626 I BGB

2-Wochen-Frist  
§ 626 II BGB

Kündigungsschutzgesetz? Ja, wenn sowohl:

- § 23 KSchG: Mehr als 10 AN im Betrieb
- § 1 KSchG: Mehr als 6 Mon. im Unternehmen

NEIN

JA

Kein Grund erforderlich

Grund erforderlich

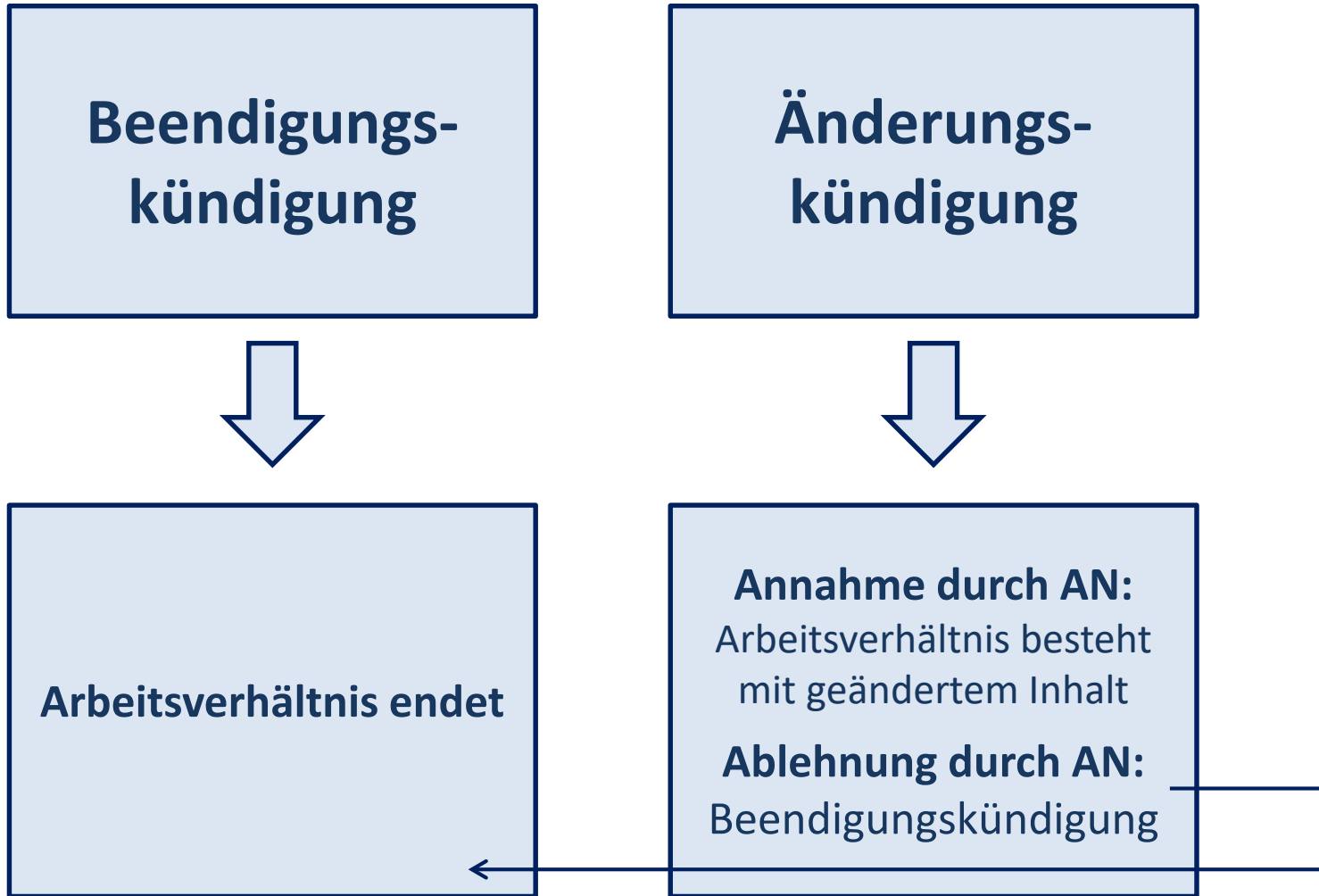
Verhaltens-  
bedingt

Personen-  
bedingt

Betriebs-  
bedingt



# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten



# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten

## Geltung KSchG (+)

Kündigungsgrund  
erforderlich (betriebs-/  
personen-/verhaltens-  
bedingt)

Kontrolle durch ArbG,  
ob ein solcher Grund +  
dessen Vss. Vorliegen

AG hat Beweislast, § 1  
Abs. 2 S. 4 KSchG

§§ 623, 174 BGB, 102  
BetrVG gelten ebenfalls

Weichen-  
stellung

The diagram consists of two light blue rectangular boxes with blue borders. The left box contains text about KSchG (+) and the right box contains text about KSchG (-). Between them is a central box with the text 'Weichenstellung' and two large, light blue arrows pointing outwards to the left and right boxes, indicating a choice or transition between the two states.

## Geltung KSchG (-)

Arbeitgeber ist frei in  
seiner Entscheidung

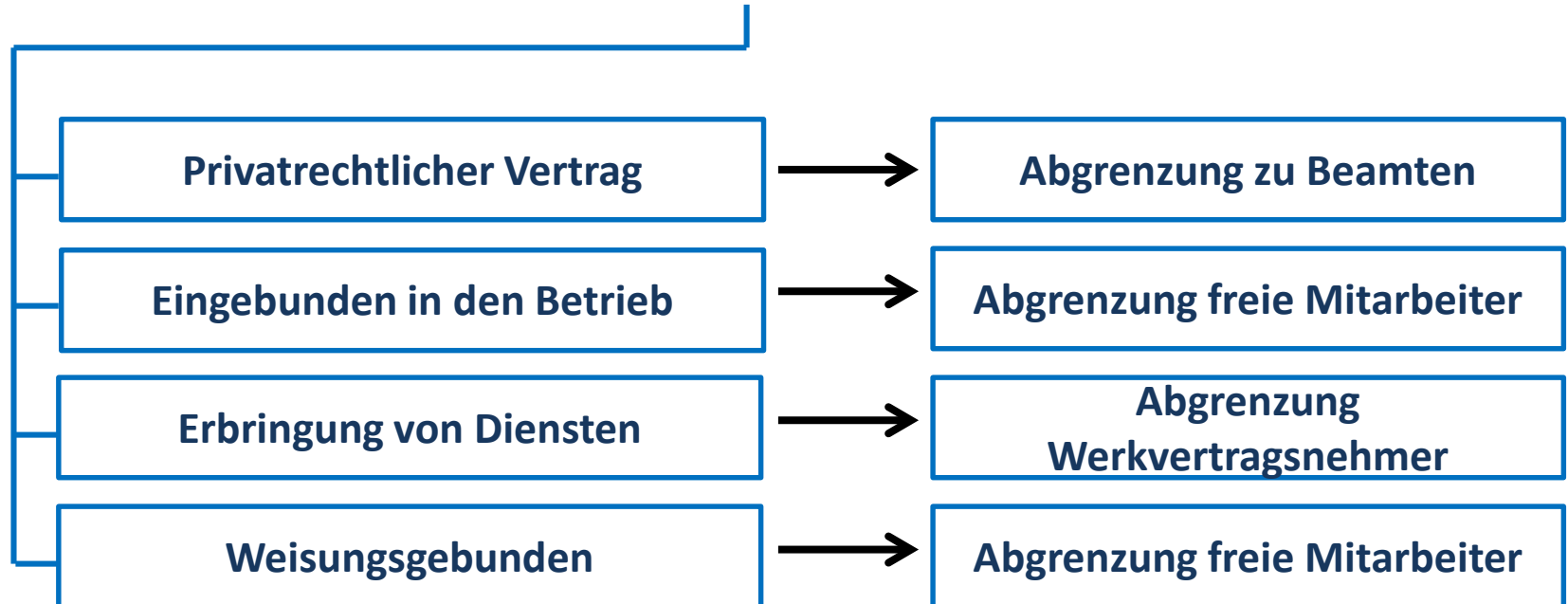
Kein Kündigungs-  
grund erforderlich

Nur Kontrolle auf  
Sittenwidrigkeit etc.,  
AN hat Beweislast

§§ 623, 174 BGB,  
102 BetrVG  
gelten ebenfalls

# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten

✓ Wer ist Arbeitnehmer i.S.d. Arbeitsrechts?



# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten

## § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen – Persönlicher Geltungsbereich

- (1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung **länger als sechs Monate bestanden hat**, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.
- (2) 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.

# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten

- |                          |  |
|--------------------------|--|
| ✓ Geschäftsführer        | Keine Arbeitnehmer, sondern selbst Arbeitgeber   |
| ✓ Prokuristen            | Arbeitnehmer, die dem Arbeitgeberlager näher stehen als dem Arbeitnehmerlager. Arbeitsrecht findet Anwendung, aber Ausnahmen (z.B. Betriebsverfassungsrecht, § 5 III BetrVG, Arbeitszeitrecht, § 18 ArbZG) |
| ✓ Leitende Angestellte   |  |
| ✓ AT-Mitarbeiter         | Beides Arbeitnehmer. Für AT-Mitarbeiter gilt jedoch der Tarifvertrag nicht mehr  |
| ✓ Tarifmitarbeiter       | Beides Arbeitnehmer. Heute im Gesetz gleich behandelt  |
| ✓ Angestellte / Arbeiter |  |
| ✓ Auszubildende          | Keine Arbeitnehmer. Arbeitsrecht wird entsprechend angewandt   |
| ✓ Leiharbeiternehmer     | Arbeitnehmer, die bei einem Dritten angestellt sind  |
| ✓ Geringfügige           | Arbeitnehmer, die einen geringen Stundenumfang haben   |
| ✓ Praktikanten           | Keine Arbeitnehmer, wenn das Erlernen maßgeblich ist   |
| ✓ Freie Mitarbeiter      | Keine Arbeitnehmer, wenn wirklich frei und selbständig   |

# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten

## § 23 Geltungsbereich – Sachlicher bzw. betrieblicher Anwendungsbereich - 1

(1) Die Vorschriften des Ersten und Zweiten Abschnitts gelten für **Betriebe und Verwaltungen des privaten und des öffentlichen Rechts** (...). Die Vorschriften des Ersten Abschnitts gelten mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 nicht für Betriebe und Verwaltungen, in denen in der **Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer** ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden. In Betrieben und Verwaltungen, in denen in der **Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer** ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden, gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 nicht für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31. Dezember 2003 begonnen hat; diese Arbeitnehmer sind bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach Satz 2 bis zur Beschäftigung von in der Regel zehn Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen.

# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten

## § 23 Geltungsbereich – Sachlicher bzw. betrieblicher Anwendungsbereich - 2

- ❖ Betrieb des öffentlichen Diensts, § 23 I KSchG
  - Erfasst werden Betriebe, deren Inhaber und unmittelbarer Betreiber eine Person des öffentlichen Rechts ist = maßgeblich ist die Organisationsform des Rechtsträgers
  - Betriebe des öffentlichen Rechts sind Eigenbetriebe bzw. Regiebetriebe (und damit nicht Betriebe einer jur. Person des Privatrechts, selbst wenn dahinter ausschließlich eine jur. Person des öffentlichen Diensts steht)
  
- ❖ Dienststelle und Verwaltung, § 23 I 2 KSchG
  - BAG (23.4.1998, 2 AZR 489/97) stellt allein auf die **Verwaltung** als solche, d.h. **organisatorische Einheit**, ab,
    - Konsequenz 1: mehrere Dienststellen können zu einer administrativen Hierarchie zusammengefasst sein und damit eine Verwaltung bilden
    - Konsequenz 2: KSchG gilt auch dann, wenn in der einzelnen Dienststelle weniger als 5 bzw. 10 Arbeitnehmer beschäftigt werden, solange in der Verwaltung der Schwellenwert erreicht wird.

# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten

## § 23 Geltungsbereich – Sachlicher bzw. betrieblicher Anwendungsbereich - 3

- (1) (...) Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach den Sätzen 2 und 3 sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen.
- (2) Die Vorschriften des **Dritten Abschnitts** gelten für Betriebe und Verwaltungen des privaten Rechts sowie für **Betriebe, die von einer öffentlichen Verwaltung geführt werden, soweit sie wirtschaftliche Zwecke verfolgen**. Sie gelten nicht für Seeschiffe und ihre Besatzung.

- Dritter Abschnitt: §§ 17 – 22 KSchG: Vorschriften über Massenentlassungen
- Wirtschaftliche Zwecke: Wenn die Einrichtung den wirtschaftlichen Interessen des Einzelnen dient, Gewinnerzielungsabsicht irrelevant (daher unterfallen Krankenhäuser, Theater etc. der Vorschrift), nicht aber Körperschaften des öR oder Betriebe mit rein gemeinnützigem oder erzieherischem Zweck



# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten

## Anwendungsbereich KSchG:

Das Unternehmen M-GmbH hat in Hamburg und in München je einen eigenständigen Betrieb. In München arbeiten 12 Vollzeit-Arbeitnehmer. In Hamburg stellt sich die Lage wie folgt dar: Der Geschäftsführer **GF** arbeitet Vollzeit in Hamburg. Es gibt eine Reinigungskraft **R**, die 10 Stunden/Woche putzt und bei der M-GmbH angestellt ist. 5 Mitarbeiter (**A**, **B**, **C**, **D** und **E**) der M-GmbH arbeiten in Vollzeit. Die Mitarbeiter **T1** und **T2** arbeiten jeweils Teilzeit zu je 25 Stunden/Woche. Die Zeitarbeitskraft **Z**, die bei der X-AG angestellt ist, ist ebenfalls für ein Projekt in Vollzeit im Betrieb in Hamburg für die M-GmbH tätig. Schüler **S** macht für 2 Wochen ein Praktikum im Rahmen der 11. Klasse, er ist in Vollzeit vor Ort. Die freie Mitarbeiterin **F** arbeitet ca. 15 Stunden/Woche im Hamburger Betrieb. Am Empfang arbeiten **X** und **Y** mit jeweils 31 Stunden/ Woche. Die Stelle des Hausmeisterpaares ist derzeit vakant, da Hausmeister **H 1** und **H 2** gekündigt haben und die M-GmbH noch einen Nachfolger sucht. Es soll aber wieder – wie immer - ein neues Hausmeisterpaar (1 VZ-Stelle und eine Stelle a 8 Stunden/Woche) angestellt werden.

T1 – seit 01.01.2015 beschäftigt - möchte nun von Ihnen wissen, ob das KSchG auf sein Arbeitsverhältnis Anwendung findet.

# I. Kündigungsschutz und Kündigungsarten

Die Zahl der AN im Unternehmen ist nicht maßgeblich, sondern im Betrieb HH!

Name	Zählt mit?	Wieviel
GF	Nein, kein AN	-
R	Ja, TZ-AN, zu 0,5	0,5
A-E	Ja, Vollzeit-AN, jeweils 1,0	5,0
T1/T2	Ja, TZ-AN, jeweils 0,75	1,5
Z	Kein AN der M-GmbH	-
S	Kein AN, sondern Praktikant	-
F	Kein AN, freie Mitarbeiterin	-
X+Y	Ja, TZ-AN aber über 30h	2,0
H1+H2	Es gibt regelmäßig einen VZ-Hausmeister nebst Ehefrau, so dass diese Stellen ebenfalls zu zählen sind mit insgesamt 1,5 (1.0 + 0.5)	1,5
KSchG	findet Anwendung!	10,5

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Schriftform der Kündigung

- § 623 BGB verlangt Schriftform
- Gilt bei jeder Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- Originalunterschrift auf der Erklärung, die übergeben wird
- Keine Zusendungen per Fax oder Email, keine Stempel o.a.
- Kein Namenskürzel

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Unterzeichnungsbefugnis und Zurückweisungsgefahr - 1

#### Gesetzliche Vertretungsmacht

- Privatrecht:  
Handelsregister,  
z.B. GF, Prokurist
- Öffentl. Dienst  
(landes-)rechtliche  
Kompetenznorm,  
z.B. NKomVG oder  
HmbGVerwBehG

#### Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht

Erteilung einer  
Vollmacht  
(P) Verkehrsanschauung

→ Risiko  
Zurückweisung!

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Unterzeichnungsbefugnis und Zurückweisungsgefahr -2

- § 174 BGB bietet bei einseitigen Rechtsgeschäften die Möglichkeit der Zurückweisung, wenn eine Originalvollmacht nicht beigelegt wurde und keine gesetzliche Vertretungsmacht besteht

#### **§ 174 BGB: Einseitiges Rechtsgeschäft eines Bevollmächtigten**

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, ist unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte.

- Zurückweisung der Zurückweisung bei fehlender Vollmacht möglich

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

- Unterzeichnungsbefugnis und Zurückweisungsgefahr -3
  
- Behörden: Dienststellenleiter/Amtsleiter (LAG Mecklenburg-Vorpommern 07.11.2002 - 5 Sa 277/01) werden regelmäßig als kündigungsbefugt angesehen, nicht hingegen
  - Referatsleiter innerhalb der Personalabteilung einer Behörde nicht (BAG, NZA 1997, 1343), aber schon der Personalabteilungsleiter
  - Beamte im höheren Verwaltungsdienst haben keine automatische Kündigungsbefugnis (LAG Baden-Württ. v. 06.07.2010 – 22 Sa 74/09)
  - Beifügen Dienstsiegel hat keine Kündigungsbevollmächtigungsrelevanz (BAG, NZA 1997, 1343)

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Zustellung der Kündigung

- Ideal: Persönliche Übergabe mit Empfangsquittung oder Zeugen
- Zustellung per Boten oder Kurier, Einwurf in den Briefkasten (keine Abgabe bei Nachbarn!)
- Wenn per Post: Einwurf-Einschreiben, kein Einschreiben mit Rückschein



## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Betriebsrats- vs. Personalratsbeteiligung

<b>Betriebsrat</b>	<b>Personalrat</b>	<b>MAV</b>
Betriebsverfassungsgesetz	Personalvertretungsgesetze des Bundes und der Länder	„Dritter Weg“, Besonderheiten der kirchlichen Einrichtungen

- Das BetrVG findet keine Anwendung auf Verwaltungen und Betriebe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und sonstiger Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, § 130 BetrVG
- In den Verwaltungen des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie in den Gerichten des Bundes werden Personalvertretungen gebildet, § 1 BPersVG

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Betriebsratsbeteiligung (1)

#### ➤ § 102 Abs. 1 BetrVG

*„(1) Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. **Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.**“*

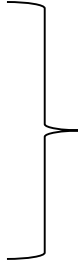
- Umfassende Information (Sozialdaten und Sachverhalt)
- Auch vor Probezeitkündigungen, Änderungskündigungen
- Informationen, die dem BR nicht mitgeteilt werden, dürfen später im Prozess nicht verwertet werden (Ausnahme: Nachschieben von Gründen)
- Kein Formgebot, aber Schriftform / Textform nahezu praktisch zwingend

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Betriebsratsbeteiligung (2)

#### ➤ Reaktionsmöglichkeiten Betriebsrat:

- Zustimmung
- Widerspruch
- Äußern von Bedenken
- Verstreichenlassen der Frist



**Reaktion ist für die  
Wirksamkeit der  
Kündigung  
unerheblich**

#### ➤ Kündigung erst nach abschließender Äußerung oder Ablauf der Frist zulässig (Frist: 1 Woche bei ordentlicher Kündigung, 3 Tage bei außerordentlicher Kündigung)

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Personalratsbeteiligung (nach BPersVG - 1)

#### ❖ **Mitwirkungsrecht bei ordentlicher Kündigung, §§ 79 I, II, 72 BPersVG**

- Pflichten des Arbeitgebers: beabsichtigte Kündigung muss vor Ausspruch mit dem Ziel einer Verständigung rechtzeitig und eingehend mit dem Personalrat (PR) erörtert werden
  - Unterrichts- und Erörterungsrecht
  - Umfassende Information, insb. Vorlage der notwendigen Unterlagen
  - Auch für außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit
  - Im Anwendungsbereich des BPersVG keine Erweiterung der Beteiligungsrechte durch Tarifvertrag oder Dienstvereinbarung möglich (arg. e contrario aus § 102 VI BetrVG)
- Reaktion: PR kann der Kündigung zustimmen, Kündigung durch Verstreichenlassen der Frist billigen oder Einwendungen erheben
  - Erhebt PR Einwendungen nach § 79 I 4 BPersVG:
    - Erörterung mit dem PR, § 72 BPersVG
      - Zurücknahme der Einwendungen durch PR oder Dienststelle entspricht Einwendungen = Verfahren beendet (BAG v. 22.04.2010, 6 AZR 828/08)

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Personalratsbeteiligung (nach BPersVG - 2)

- Dienststelle entspricht den fortbestehenden Einwendungen nicht
  - → Schriftliche und begründete Mitteilung an PR
  - PR kann Angelegenheit innerhalb von 3 Tagen der übergeordneten Stufenvertretung (Bezirks- oder Haupt-PR) zur Entscheidung vorlegen (Vss.: Schriftliche Begründung
    - Kündigung (Maßnahme) ist auszusetzen, § 72 V BPersVG
    - dennoch ausgesprochene Kündigung ist unwirksam, § 79 IV BPersVG
- übergeordnete Stufenvertretung und Leiter der vorgesetzten Dienststelle können sich abweichend von Entscheidung des örtlichen Personalrats auf Zustimmung einigen = Kündigung darf ausgesprochen werden
- erhebt übergeordnete Stufenvertretung Einwendungen: Dienststellenleiter muss mitteilen, ob und warum er an der Kündigungsabsicht festhält, und Möglichkeit des Kündigungsausspruchs hängt davon ab, um wer tätig geworden ist.
- wenn oberste Dienstbehörde an Kündigung festhalten will = Kündigung kann ausgesprochen werden

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Personalratsbeteiligung (nach BPersVG - 3)

#### ❖ **Anhörungsrecht bei außerordentlicher Kündigung, §§ 79 III BPersVG**

- Gegenstand: Unterrichtung über die beabsichtigte Entlassung und Anhörung Erörterungsrecht
- Reaktion: PR kann der Kündigung zustimmen, Kündigung billigen durch Verstreichenlassen der Frist oder Bedenken äußern
  - Unverzögliche Stellungnahme bei Bedenken gegen die Kündigung

#### ❖ **Rechtsfolgen:** Fehlende oder fehlerhafte Mitwirkung / Anhörung bei ordentlicher / außerordentlicher Kündigung: = Kündigung unwirksam, §§ 79 IV, 108 II BPersVG

- Beamtenrechtlicher Exkurs: fehlende oder fehlerhafte Anhörung bei fristloser Entlassung macht entsprechenden VA anfechtbar
- Achtung: Wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung der Beteiligungsrechte bei ordentlicher und außerordentlicher Kündigung ist eine Umdeutung der Beteiligung an einer fristlosen in eine ordentliche Kündigung nicht möglich

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Personalratsbeteiligung (Sachsen - 1)

### Sachsen (SächsPersVG)

#### ➤ Bei **ordentlicher Kündigung**:

→ Mitbeteiligung des Personalrats (§ 78 I S. 1 SächsPersVG)

- vorherige schriftliche und auf Verlangen begründete Unterrichtung (§ 79 II S. 1, 2)
- Reaktion des PR binnen 10 Arbeitstagen, verkürzbar durch Dienststelle auf 3 Arbeitstage

(Zustimmung, Verstreichenlassen der Frist oder qualifizierter Widerspruch, § 79)

- Verfahren bei Nichteinigung, § 79 SächsPersVG:

- Vorlage bei übergeordneter Dienststelle und dortiger Stufenvertretung

- Einigung? Kündigung kann erfolgen

- keine Einigung? Einigungsstelle, § 85 SächsPersVG:

- Maßnahme wird gebilligt: Kündigung darf erfolgen

- Maßnahme wird nicht gebilligt: Oberste Dienstbehörde kann gleichwohl kündigen

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

- Personalratsbeteiligung (Sachsen - 2)

### Sachsen (SächsPersVG)

- Bei **außerordentlicher Kündigung / Kündigung während der Probezeit:**
  - *vorherige Anhörung des Personalrates* (§ 73 VI S. 1 SächsPersVG)
    - Begründungspflicht des Dienststellenleiters (§ 73 VI S. 2 SächsPersVG)
    - Bedenken des Personalrates: unverzüglich, spätestens innerhalb von 3 Arbeitstagen schriftlich und begründet mitzuteilen (§ 73 VI S. 3 SächsPersVG)
    - Kündigung unwirksam ohne Anhörung des Personalrates (§ 73 VI S. 4 SächsPersVG)



## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

- Personalratsbeteiligung (Hamburg - 1)

### Hamburg (HmbPersVG)

- ❖ Bei **ordentlicher Kündigung** sowie **außerordentlicher Kündigung eines nach Tarifrecht unkündbaren Arbeitnehmers** Mitbestimmung des Personalrats (§ 88 I Nr. 14 HmbPersVG)
  - vorherige begründete Unterrichtung
  - Zustimmung wird nicht erteilt: Anrufung der Schlichtung binnen 2 Wochen nach Nichteinigung, § 81 I, II HmbPersVG
  - keine Zustimmung zur Kündigung in der Schlichtung: Anrufung der Einigungsstelle, § 82 I HmbPersVG
  - Senat kann sich über ablehnende Entscheidung der Einigungsstelle zur Kündigung hinwegsetzen, § 82 VII HmbPersVG
- ❖ Bei **außerordentlicher Kündigung/Kündigung während der Probezeit** vorherige Anhörung des Personalrats (§ 88 IV S.1 HmbPersVG)
  - vorherige begründete Unterrichtung und Gelegenheit zur Anhörung
  - Äußerung des Personalrats unerheblich für Wirkung

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

- Personalratsbeteiligung (Berlin - 1)

### Berlin (PersVG Berlin)

- ❖ Bei **ordentlicher Kündigung** sowie **außerordentlicher Kündigung eines Arbeitnehmers** Mitbestimmung des Personalrats (§§ 79, 87 Nr. 8 PersVG Berlin)
  - vorherige rechtzeitige Erörterung und umfassende Information
  - Zustimmung wird nicht erteilt: Weiteres Verfahren vor in § 80 I, II PersVG Berlin bezeichneter Stelle.
  - keine Zustimmung zur Kündigung im weiteren Verfahren: Anrufung der Einigungsstelle, § 81 I PersVG Berlin
  - Senat kann sich über ablehnende Entscheidung der Einigungsstelle nur in den in § 81 II PersVG Berlin genannten Fällen hinwegsetzen, § 81 II PersVG Berlin
- ❖ Bei **außerordentlicher Kündigung/Kündigung während der Probezeit** Mitbestimmung des Personalrats (§§ 79 I, II, 87 Nr. 8, 4 I PersVG Berlin)
  - vorherige Erörterung und umfassende Information
  - Kündigung kann auch bei Angabe unbeachtlicher Gründe erst nach Ablauf der gesetzlichen Äußerungsfrist erfolgen; positives Konsenzprinzip gilt auch hier (vgl. BAG, Urt. v. 19.11.2009 – 6 AZR 800/08).

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Personalratsbeteiligung (Berlin - 1)

BAG, Urteil vom 19. 11. 2009 - 6 AZR 800/08:

„[15] b) Das bekl. Land weist zutreffend darauf hin, dass es die Probezeit nicht voll ausschöpfen könne, wenn es den Personalrat so rechtzeitig beteiligen müsse, dass das Mitbestimmungsverfahren am letzten Tag der Probezeit abgeschlossen sei. Das ist jedoch Folge des nach dem Landespersonalvertretungsrecht des Landes Berlin dem Personalrat auch für Probezeitkündigungen von Ausbildungsverhältnissen uneingeschränkt eingeräumten Mitbestimmungsrechts. Dieses Mitbestimmungsrecht können die Behörden des bekl. Landes nicht dadurch konterkarieren, dass sie unter Hinweis auf Schwierigkeiten in der praktischen Handhabung des Mitbestimmungsverfahrens von seiner ordnungsgemäßen Durchführung absehen. Das Landespersonalvertretungsrecht ist von den Behörden des bekl. Landes zu beachten. Sofern das bekl. Land das gegenwärtige Mitbestimmungsverfahren bei Probezeitkündigungen für nicht sachgerecht hält, bleibt es ihm unbenommen, die landesgesetzlichen Regelungen der Beteiligung des Personalrats in diesen Fällen zu ändern.“

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

- Sonderkündigungsschutz - 1

### Gesetz

- BEEG
- MuSchG
- SGB IX
- KSchG
- PflegeZG

### Tarifvertrag

- TvÖD\*
- TVL\*
- RatSchTV

### Arbeitsvertrag

- Einzelvertraglicher Kündigungsausschluss

\* im Tarifgebiet West

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Sonderkündigungsschutz - 2

- § 18 BEEG: Kündigung während der Elternzeit (Ab Elternzeitverlangen bis Ende Elternzeit, Zulässigkeitserklärung möglich)
- § **17** MuSchG: Kündigung während der Schwangerschaft und 4 Monate nach Entbindung unzulässig, Zulässigkeitserklärung möglich
- § 15 KSchG: Kündigungsschutz für PR/BR-Mitglieder, JAV-Vertreter, Wahlbewerber, Mitglieder des Wahlvorstands (inkl. nachwirkendem Schutz) und Schwerbehindertenvertreter, § 96 III SGB IX
- § **168** SGB IX: Kündigung eines Schwerbehinderten ab 6 Monaten bedarf der Zustimmung des Integrationsamts
- § 5 PflegeZG: Kündigung nach Pflegezeitbegehren unzulässig, Zulässigkeitserklärung möglich

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Sonderkündigungsschutz - 3

### Tariflicher Kündigungsschutz – Tarifgebiet West

#### **§ 34 Abs. 2 TVöD**

(2) <sup>1</sup>Arbeitsverhältnisse von Beschäftigten, die das 40. Lebensjahr vollendet haben und für die die Regelungen des Tarifgebiets West Anwendung finden, können nach einer Beschäftigungszeit (Absatz 3) von mehr als 15 Jahren durch den Arbeitgeber nur aus einem wichtigen Grund gekündigt werden. <sup>2</sup>Soweit Beschäftigte nach den bis zum 30. September 2005 geltenden Tarifregelungen unkündbar waren, verbleibt es dabei.

#### **§ 34 Abs. 2 TV-L**

(2) <sup>1</sup>Arbeitsverhältnisse von Beschäftigten, die das 40. Lebensjahr vollendet haben und unter die Regelungen des Tarifgebiets West fallen, können nach einer Beschäftigungszeit (Absatz 3 Satz 1 und 2) von mehr als 15 Jahren durch den Arbeitgeber nur aus einem wichtigen Grund gekündigt werden. <sup>2</sup>Soweit Beschäftigte nach den bis zum 31. Oktober 2006 geltenden Tarifregelungen unkündbar waren, bleiben sie unkündbar.

## II. Allgemeine Anforderungen an Kündigungen

### - Sonderkündigungsschutz - 3

### Tariflicher Kündigungsschutz – Tarifgebiet West

→ Def. Tarifgebiet West: Maßstab des Art. 3 Einigungsvertrag

Die prinzipielle Unkündbarkeit wurde für das Tarifgebiet West gemäß den bisherigen Regelungen vereinbart. Danach gilt ein besonderer tariflicher Kündigungsschutz für Beschäftigte, die das 40. Lebensjahr vollendet haben und mindestens 15 Jahre bei einem unter den Geltungsbereich des TVöD fallenden Arbeitgeber beschäftigt sind. Die außerordentliche Kündigung (aus wichtigem Grund) ist allerdings auch bei „unkündbaren“ Arbeitnehmern (ähnlich wie im alten BAT, dort § 54) möglich. Angestellten, die vor dem 30.9.2005 (BAT) bereits unter dem besonderen Kündigungsschutz standen (§ 55 Abs. 1 BAT), kann aus dienstlich wichtigem Grunde nicht gekündigt werden. Eine außerordentliche Kündigung kann lediglich verhaltens- oder personenbedingt möglich sein. In den neuen Bundesländern (Tarifgebiet Ost) gilt dieser besondere Kündigungsschutz nicht.

### III.

## Die krankheitsbedingte Kündigung



# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 1. Kündigungsschutzrechtliche Systematik

Verhaltensbedingt	Personenbedingt	Betriebsbedingt
„Störursache“ kommt aus Arbeitnehmer-Sphäre	„Störursache“ kommt aus Arbeitnehmer-Sphäre	„Störursache“ kommt aus Arbeitgeber-Sphäre
Steuerbarkeit durch Arbeitnehmer besteht	Keine Steuerbarkeit durch Arbeitnehmer	Keine Steuerbarkeit durch Arbeitnehmer

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 2. „Kündigungsvorwurf“

- Personenbedingte Störungen des Arbeitsverhältnis aufgrund:
  - Fehlender persönlicher Fähigkeiten
  - Eigenschaften
  - Nicht vorwerfbarer Einstellungen
  
- Krankheitsbedingte Kündigung ist der Hauptanwendungsfall der personenbedingten Kündigung
  
- **Keine Steuerbarkeit** durch den Arbeitnehmer

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 2. „Kündigungsvorwurf“

- Personenbedingte Kündigungen zumeist durch krankheitsbedingte Fehlzeiten veranlasst
  - Besonderheit: der öffentliche Arbeitgeber ist bei begründeter Veranlassung berechtigt, den Arbeitnehmer zur Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung zu verpflichten, z.B. § 3 IV TVöD
    - Untersuchungsergebnis Grundlage für krankheitsbedingte Kündigung
    - Verletzt AN Mitwirkungspflicht, besteht die Möglichkeit zur verhaltensbedingten Kündigung
- Denkbar sind auch Gründe, die die Eignung des Arbeitnehmers betreffen können:
  - Fehlende persönliche Fähigkeiten
  - Eigenschaften
  - Nicht vorwerfbare Einstellungen
  - Sonderfälle im öffentlichen Dienst:
    - Tätigkeit für das MfS (BAG v. 27.4.2006, 2 AZR 426/05: Abwägungsfrage)
    - Politisch, religiöse oder weltanschauliche Betätigung

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 3. Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung

„Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ → Reichweite der arbeitsvertraglichen Pflichten

Bsp:

Arbeitnehmer AN begeht eine vorsätzliche Straftat und wird zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt. Offener Vollzug wird abgelehnt, so dass AN seiner Arbeitspflicht nicht mehr nachkommen kann. Obwohl die Ursache des Hindernisses hier in einem willensgesteuerten Verhalten zu erblicken ist, kommt eine personenbedingte Kündigung des AN in Betracht, da das Begehen einer außerdienstlichen Straftat per se keine arbeitsvertragswidrige Handlung darstellt.

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 3. Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung

„Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ → Reichweite der arbeitsvertraglichen Pflichten

Bsp:

Arbeitnehmer AN schneidet sich absichtlich mit einem Messer in seinen Finger, um so die eigene Arbeitsunfähigkeit herbeizuführen und die nächste Woche nicht arbeiten zu müssen. Hier entfällt aufgrund des eigenen Verschuldens nicht nur der Anspruch auf die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall gem. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG, sondern kann die vorsätzliche Herbeiführung der Arbeitsunfähigkeit auch eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, da das absichtliche Herbeiführen der Arbeitsunfähigkeit eine arbeitsvertragswidrige Handlung darstellt.

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 3. Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung

„Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ → Reichweite der arbeitsvertraglichen Pflichten

Problemkonstellationen:

- Alkoholkonsum
- Minderleistung / Low-Performance
- Faustformel:
  - „Ich kann nicht besser, selbst wenn ich wollte“ → Personenbedingt
  - „Ich könnte besser, will aber nicht“ → Verhaltensbedingt

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 3. Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung

Anforderungen verhaltensbedingte Kündigung

- Die verhaltensbedingte Kündigung wird in der Regel als außerordentlich fristlose Kündigung, hilfsweise ordentlich fristgerechte Kündigung ausgesprochen

- Arbeitsvertragliche, steuerbare Pflichtverletzung
- Vorherige einschlägige Abmahnung
  - (P): Emmely-Entscheidung: Abmahnung bei Vermögensdelikten?
- Interessenabwägung / Ultima-Ratio-Prinzip

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 3. Betriebsbedingte Kündigung -1

„Störursache“ kommt aus der Sphäre des Arbeitgebers, vom Arbeitnehmer nicht beeinflussbar

- Umstrukturierung und Umbau (innerbetriebliche oder außerbetriebliche Gründe)
- Entfallender Beschäftigungsbedarf
- Keine Kündigung einer „bestimmten“ Person, sondern Entfall einer Stelle, der zur Abbau von Arbeitsplätzen führt
- Umwandlung einer Stelle in eine Beamtenstelle rechtfertigt eine betriebsbedingte Kündigung nur, wenn der Stelleninhaber das Anforderungsprofil nicht erfüllt und/oder es bei der Aufgabe auf den Beamtenstatus ankommt (BAG v. 21.9.2000, 2 AZR 440/99)



# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 3. Betriebsbedingte Kündigung -1

BAG v. 2.3.2017 – 2 AZR 546/16 (Betriebs- vs. personenbedingte Kündigung)

„Die **Gestaltung des Anforderungsprofils** für einen Arbeitsplatz unterliegt grundsätzlich der **freien „unternehmerischen“ Disposition**. Die Vorgabe kann von den Arbeitsgerichten nur auf Willkür und offenbare Unrichtigkeit hin überprüft werden. Sind allerdings die betreffende Organisationsentscheidung und der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers praktisch deckungsgleich, weil der Arbeitnehmer dem neuen Anforderungsprofil nicht genügt, kann die generelle Vermutung, dass eine unternehmerische Entscheidung auf sachlichen Gründen beruht, nicht unbesehen greifen. Die Entscheidung zur (neuen) Stellenprofilierung muss im Zusammenhang mit einer organisatorischen Maßnahme – gegebenenfalls im Zusammenhang mit einer Neuausrichtung der Geschäftstätigkeit – stehen, nach deren Durchführung sich die bisherigen Anforderungen an den Stelleninhaber ändern. Es muss sich um ein nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für die Stellenprofilierung handeln.“

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 3. Betriebsbedingte Kündigung -2

- Kw-Vermerk (= „künftig wegfallend“) genügt nur i.V.m. weiteren Umständen:
- Hintergrund: Bloße Angabe im Haushaltsplan, kündigungsgesetzlich erforderlich ist aber konkrete Umsetzung – Voraussetzungen:
  - ausdrückliche Entscheidung der öffentlichen Verwaltung (BAG v. 16.1.1987, 7 AZR 487/85) = keine Entscheidung der Verwaltung mehr über das „ob“ und „wie“ der Umsetzung erforderlich
  - Anbringen bei einer nach sachlichen Merkmalen genau bestimmten Stelle (BAG v. 19.3.1998, 8 AZR 626/96)
  - Datierung = Bestimmte oder bestimmbare Frist nach neuerer Rspr. wohl keine Voraussetzung mehr (vgl. BAG v. 23.11.2004, 2 AZR 38/04)
- Besonderheiten bei Darlegungslast: Es ist Sache des öffentl. Arbeitgebers, das Verhältnis zwischen Arbeitsvolumen und Arbeitskräftevolumen festzulegen. Wird Haushaltsstelle gestrichen, entfällt ohne weiteres das Beschäftigungsbedürfnis für den entsprechenden Bereich (BAG v. 23.11.2004, 2 AZR 38/04: Stellenstreichungen und kw-Vermerk nur auf Willkür prüfbar)

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 3. Betriebsbedingte Kündigung - 3

- kein freier (gleich- oder geringwertiger) Arbeitsplatz, § 1 II 2 Nr. 2 lit. b KSchG
  - Anders als in Privatwirtschaft im öffentlichen Dienst keine unternehmensbezogene Betrachtung, sondern nach § 1 II 2 Nr. 2 lit. b KSchG räumliche Beschränkung (= an demselben Dienstort) (LAG Köln v. 23.2.1996, 11 (13) Sa 888/95)
  - Weiterbeschäftigung muss Arbeitnehmer und Arbeitgeber objektiv möglich und zumutbar sein
    - Arbeitsplatz zum Zeitpunkt der Kündigung vorhanden und unbesetzt
      - gleichwertiger Arbeitsplatz = Versetzung qua Direktionsrecht
      - geringwertiger Arbeitsplatz = Änderungskündigung
    - Arbeitnehmer muss unter Berücksichtigung zumutbarer Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen über erforderliche Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen, § 1 II 3 KSchG

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 3. Betriebsbedingte Kündigung - 4

### ➤ Sozialauswahl, § 1 III KSchG

- Sozialauswahl erfolgt dienststellenbezogen:
  - personalvertretungsrechtl. Dienststellenbegriff maßgeblich (LAG Köln v. 23.2.1996, 11 (13) Sa 888/95) = Dienststelle als organisatorische Einheit innerhalb eines Verwaltungsorganismus, die mit einem selbständigen Aufgabenbereich und einer gewissen organisatorischen Selbständigkeit ausgewiesen ist
- Grundsatz: Sozialauswahl erfasst alle Beschäftigten, auf die sich die Kündigungsbefugnis des Dienststellenleiters erstreckt
  - Aber: Wenn sich die Dienststelle auf ein großes räumliches Gebiet erstreckt, kann Sozialauswahl auf Teile der Dienststelle zu beschränken sein (str.)
- Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer nach allgemeinen Regeln
  - Unter Geltung BAT beschränkte sich Sozialauswahl auf dieselbe Vergütungsgruppe (BAG v. 23.11.2004, 2 ZR 38/04), bei TVöD allg. Regeln
- Ggf. Auswahlwahlrichtlinien gem. § 76 II Nr. 8 BPersVG

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 3. Betriebsbedingte Kündigung - 5

```
graph TD; A[Unternehmerische Entscheidung] --> B[Wegfall Arbeitsplatz]; B --> C[Durchführung einer Sozialauswahl im Betrieb]; C --> D[Keine freien Stellen / Beschäftigungsmöglichkeiten im Unternehmen];
```

Unternehmerische Entscheidung

Wegfall Arbeitsplatz

Durchführung einer Sozialauswahl **im Betrieb**

Keine freien Stellen / Beschäftigungsmöglichkeiten **im Unternehmen**

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 4. Arten der krankheitsbedingten Kündigung

- Begriff der Krankheit: Regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der eine Heilbehandlung erforderlich macht (BAG v. 9.4.2014, 10 AZR 637/13)
- Arbeitsrechtliche Konsequenzen nur bei Auswirkungen auf das vertragliche Austauschverhältnis, bei Arbeitsunfähigkeit
- Arbeitsunfähigkeit beurteilt sich nach der vom Arbeitnehmer geschuldeten Leistung. Sie liegt dann vor, wenn er die vertraglich geschuldete Leistung nicht mehr erbringen kann oder aus medizinischen Gründen nicht mehr ausüben sollte

Bsp.: AN hat leichte Migräne. Daher ist er in ständiger Behandlung. Seiner Arbeit kann er trotzdem noch nachgehen und ist nicht beeinträchtigt → keine arbeitsrechtliche Relevanz

Bsp.: AN ist Callcenter-Agent im homeoffice. Er hat sich den Fuß verstaucht. Seiner Arbeit kann er trotzdem noch nachgehen und ist nicht beeinträchtigt → keine arbeitsrechtliche Relevanz

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 4. Arten der krankheitsbedingten Kündigung

### ➤ Krankheit, insbesondere chronische Krankheit

- Abgrenzung zur Schwerbehinderung gem. SGB IX
- Abgrenzung zur Behinderung i.S. AGG
- Abgrenzung zur Schwangerschaft

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 4. Arten der krankheitsbedingten Kündigung

### ➤ Häufige Kurzerkrankungen (BAG v. 8.11.2007, 2 AZR 292/06)

- Leistungsausfälle von kürzerer Dauer
- Wiederholend
- Ausfallzeitpunkte im Voraus nicht berechenbar



# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 4. Arten der krankheitsbedingten Kündigung

### ➤ Langzeiterkrankungen (BAG v. 12.4.2002, 2 AZR 148/01)

- Längere, zusammenhängende Zeit
- Einzelfallbetrachtung
- Selbst erst seit kurzer Zeit bestehende Erkrankung kann Annahme einer Langzeiterkrankung bei entsprechender Diagnose rechtfertigen

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 4. Arten der krankheitsbedingten Kündigung

- Dauernde Arbeitsunfähigkeit (BAG v. 18.1.2007, 2 AZR 759/05)
  - Dauerhafte Unfähigkeit zur Erbringung der Arbeit
  - Liegt u.a. vor, wenn dauernde Erwerbsunfähigkeit vorliegt
  - Gleichzusetzen mit Ungewissheit der Wiedererlangung der Arbeitskraft, wenn innerhalb von 24 Monaten nicht mit anderer Prognose als der der AU zu rechnen ist
  - Arbeitsverhältnis als „inhaltsleere Hülle“

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 4. Arten der krankheitsbedingten Kündigung

- Krankheitsbedingte Leistungsminderungen (BAG v. 26.9.1991, 2 AZR 132/91)
  - Erhebliche Leistungsminderung
  - Minderleistung von 2/3 oder weniger der „Normalleistung“
  - Wiederherstellung des Gleichgewichtes zwischen Arbeitsleistung und Vergütung nicht zu erwarten

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 5. Anforderungen der krankheitsbedingten Kündigung

- ❖ 3-Stufen-Prüfung (BAG v. 20.3.2014, 2 AZR 565/12; v. 24.1.2005, 2 AZR 514/04):
  - Stufe 1: Negative Gesundheitsprognose
  - Stufe 2: Beeinträchtigung betrieblicher Interessen
  - Stufe 3: Interessenabwägung und ultima-ratio-Prinzip

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 5. Anforderungen

<b>Negative Prognose</b>	Negative Prognose bezüglich des voraussichtlichen Gesundheitszustands. Die Prognose muss im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung negativ sein. Im Prozess wird hier regelmäßig ein ärztliches Gutachten eingeholt.
--------------------------	---



<b>Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen</b>	Die betrieblichen Interessen müssen erheblich beeinträchtigt sein, z.B. Betriebsablaufstörungen, Kosten für Vertretungen/Zeitarbeitskräfte/Überstundenzuschläge (Betrachtungszeitraum letzte 3 Jahre, es müssen je Jahr Mindestens 6 Wochen Arbeitsunfähigkeit bestehen)
---	--



<b>Interessenabwägung</b>	Umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen, Insbesondere Ursachen der Erkrankung, ggf. Arbeitsunfälle etc. Vorherige Durchführung eines sog. betrieblichen Eingliederungsmanagements gem. § 167 Abs. 2 SGB IX
---------------------------	---

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 5. Anforderungen

### • 1. Stufe: Negative Gesundheitsprognose

- Prognostizierte gesundheitliche Entwicklung des Arbeitnehmers zum **Zeitpunkt der Kündigung** maßgeblich => wenn aufgrund objektiver Tatsachen damit zu rechnen ist, dass der Arbeitnehmer auch *in Zukunft* wiederholt arbeitsunfähig sein wird (BAG 23.1.2014 - 2 AZR 582/13)
- **Objektiver Eignungsmangel** (z.B. Fehlen einer Arbeitserlaubnis oder Verlust der notwendigen beruflichen Qualifikation) (BAG 7.2.1990 - 2 AZR 359/89)
- **Subjektiver Eignungsmangel** liegt regelmäßig bei krankheitsbedingten Leistungsmängeln vor
  - Vergangene Krankheiten können Indiz für weitere Fehlzeiten in der Zukunft sein (BAG 8.11.2007 - 2 AZR 292/06)
  - Ausgeheilte Krankheiten dürfen in der Prognose nicht berücksichtigt werden (kein Sanktionscharakter)
  - Darlegung der Fehlzeiten eines ausreichenden Zeitraums (oftmals drei Jahre, Abweichungen sind aber möglich)

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 5. Anforderungen

- **1. Stufe: Negative Gesundheitsprognose**
  - Bei **häufigen Kurzeiterkrankungen** ist insbesondere zu berücksichtigen:
    - Eine Vielzahl von andersartigen Krankheiten lässt den Rückschluss auf eine gewisse Krankheitsanfälligkeit zu (BAG 10.11.2005 - 2 AZR 44/05)
    - Weisen die Erkrankungen eine steigende, gleich bleibende oder fallende Tendenz auf? (BAG 23.1.2014 – 2 AZR 582/13)
    - Bei der Prognose ist aber zwischen Krankheiten, denen generell eine Wiederholungsgefahr anhaftet, und einmaligen Ereignissen zu differenzieren (BAG 10. 11.2005 – 2 AZR 44/05)
    - Arbeitgeber darf bei der Prognose auch auf Fehlzeiten vor einer früheren erfolglosen Kündigung wegen Krankheit zurückgreifen (BAG 10. 11.2005 – 2 AZR 44/05)
  - Bei **Langzeiterkrankungen ist maßgeblich,**
    - dass der Mitarbeiter aufgrund der Erkrankung bereits für einen längeren Zeitraum nicht leistungsfähig ist **und**
    - dass eine Wiederherstellung der Gesundheit zwar nicht ausgeschlossen, jedoch nicht absehbar ist, ob und wann eine Genesung eintritt (BAG 24.11.2005 – 2 AZR 514/04).

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 5. Anforderungen

- Die Ungewissheit der **Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit** steht einer krankheitsbedingten **dauernden Leistungsunfähigkeit** gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten mit einer anderen Prognose nicht gerechnet werden kann (BAG 30.9.2010 – 2 AZR 88/09)
- **Öffentlicher Dienst:** Grundlage der Negativprognose kann auch die vom öffentlichen Arbeitgeber angeforderte Bescheinigung über die Arbeitsfähigkeit (§ 3 IV TVöD) sein
- **Praxisrisiko Wiedereinstellungsanspruch:**
  - Bei Veränderung der negativen zu einer positiven Prognose **nach Zugang** der Kündigung und **vor Ablauf** der Kündigungsfrist kann ein arbeitsrechtlicher Wiedereinstellungsanspruch bestehen, sofern der Arbeitgeber **noch nicht anderweitig** über den betroffenen Arbeitsplatz **disponiert** hat (BAG 17.6.1999 - 2 AZR 639/98)



# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 5. Exkurs: § 3 IV TVöD

- Gem. § 3 IV TVöD ist der AG bei begründeter Veranlassung dazu berechtigt, Beschäftigte zu verpflichten, durch ärztliche Bescheinigung nachzuweisen, dass sie zur arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung in der Lage sind.
- Grds. Einigkeit in der Rspr., dass Kündigung aufgrund Verletzung der Untersuchungspflicht nach Abmahnung möglich ist.
- Prüfung, ob Personalrat ein Mitbestimmungsrecht zusteht.
- Auswahl des Arztes hat nach billigem Ermessen zu erfolgen; berechnigte Bedenken des AN gegen Arzt sollten ernst genommen werden.
- Im Wiederholungsfall kann nach Abmahnung außerordentlich gekündigt werden.

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 5. Anforderungen

- **2. Stufe: Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen**
  - **Erhebliche Betriebsablaufstörung** oder **erhebliche wirtschaftliche Belastung des Arbeitgeber** (BAG 8.11.2007 - 2 AZR 292/06)
  - **"Erheblich" = schwerwiegende Störung** => Auswirkungen von beachtlichem Gewicht, bspw.: Produktionsausfälle, Nicht-Einhaltung von Lieferterminen, Kundenverluste
  - **Kurzerkrankungen** können bspw. wegen Störungen im Betriebsablauf sowie Entgeltfortzahlungskosten zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Interessen führen, BAG nimmt Erheblichkeit an, wenn aufgrund der zu prognostizierenden Fehlzeiten jährlichen Entgeltfortzahlungskosten von **mehr als sechs Wochen** aufzuwenden sind (BAG 23.1.2014 – 2 AZR 582/13)
  - **Langzeiterkrankungen** führen i.d.R. zu keiner erheblichen wirtschaftlichen Belastung
  - Erhebliche Beeinträchtigung wird indiziert bei **krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit**
  - Geringfügige **krankheitsbedingter Leistungsminderung** ist nicht ausreichend, BAG hat Minderung der Leistungsfähigkeit auf 2/3 der Normalleistung als erheblich angesehen (BAG 26.9.1991 – 2 AZR 132/91)

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 5. Anforderungen

- **3. Stufe: (umfassende) Interessenabwägung im Einzelfall**
  - Abzuwägen ist **das Interesse des AN am Erhalt seines Arbeitsplatzes bis zum regulären Ende mit dem Interesse des AG an der Auflösung zum Ablauf der Kündigungsfrist** (BAG 22.02.1980 – 7 AZR 295/78)
  - Auf Seiten des Arbeitnehmers zu beachtende Kriterien:
    - Dauer der Betriebszugehörigkeit/Lebensalter
    - Soziale Schutzbedürftigkeit, insb. Unterhaltspflichten
    - Besonderer Kündigungsschutz
    - Ursachen der Erkrankung, insbes. betriebliche Ursachen für die Erkrankung
    - Dauer eines vorangegangenen ungestörten Ablaufs des Arbeitsverhältnisses
  - Auf Seiten der **Arbeitgebers** zu beachtende Kriterien
    - Überlastung weiterer Arbeitnehmer
    - Kosten einer Personalreserve
    - Entgeltfortzahlungskosten
    - Größe des Betriebes

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 5. Anforderungen

### Arbeitgeberseite

- Überlastung weiterer Arbeitnehmer
- Kosten einer Personalreserve
- Entgeltfortzahlungskosten und sonstige aus der Erkrankung resultierende Kosten
- Größe des Betriebs / Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

### Arbeitnehmerseite

- Dauer Betriebszugehörigkeit
- Lebensalter des Arbeitnehmers
- Soziale Schutzbedürftigkeit und Unterhaltspflichten
- Besonderer Kündigungsschutz
- Ursachen der Erkrankung, z.B. Arbeitsunfall

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 5. Anforderungen

- **3. Stufe: (umfassende) Interessenabwägung im Einzelfall**
  - Ultima-Ratio Prinzip: Kündigung ist der letzte Schritt
    - **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** auf einem anderem Arbeitsplatz, auf dem der Mitarbeiter trotz seiner Erkrankung arbeiten könnte, steht Kündigung entgegen
    - ebenso Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz unter **zumutbaren Vorkehrungen**
    - Besondere Ausprägung: Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) gem. § 167 II SGB IX
    - Wenn Krankheit durch ein steuerbares Verhalten beseitigt werden kann, kann eine **Abmahnung** geboten sein (Hessisches LAG 18.3.2014 – 13 Sa 1207/13)

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 5. Anforderungen

- Vorgaben des **AGG**:
  - Die Diskriminierungsverbote des AGG sind bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des KSchG, insbesondere der „Sozialwidrigkeit“, zu berücksichtigen (BAG 6.11.2008 – 2 AZR 253/07).
  - Verstoß gegen die Vorgaben des AGG bewirkt:
    - Unwirksamkeit der Kündigung **und**
    - **Entschädigungsanspruch** gem. § 15 II AGG jedenfalls für schwerwiegende Verletzungen des Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I iVm. Art.1 I GG) (BAG 12.12.2013 – 8 AZR 838/12).
  - bei krankheitsbedingter Kündigung ist vor allem „**Behinderung**“ relevant
    - zuletzt diskutiert: EuGH v. 18.12.2014 – C-354/13 (Fag og Arbejde [FOA]/Kommunernes Landsforening [KL]) – Adipositas als „Behinderung“ (bei langfristiger Verhinderung an Teilhabe am beruflichen Leben denkbar)

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 5. Anforderungen

- Weiter Begriff der „Behinderung“ :
  - Eine Behinderung liegt vor, wenn
    - die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen
    - langfristig eingeschränkt ist **und**
    - **dadurch** – in Wechselwirkung mit verschiedenen sozialen Kontextfaktoren (Barrieren) – seine Teilhabe an der Gesellschaft, wozu auch die Teilhabe am Berufsleben gehört, substantiell beeinträchtigt sein kann.
- Auf einen bestimmten Grad der Behinderung kommt es nicht an (BAG 19.12.2013 – 6 AZR 190/12)
- Erfasst werden auch (un-)heilbare Krankheiten, wenn sie die genannten Einschränkungen mit sich bringen (bspw. Arthrose, Diabetes aber auch Stigmatisierung eines HIV-Infizierten, BAG 19.12.2013 – 6 AZR 190/12)
- Erforderlich ist eine Einzelfallprüfung.

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 6. Betriebliches Eingliederungsmanagement (NEU: § 167 Abs. 2 SGB IX seit 1.1.2018 – zuvor: § 84 Abs. 2 SGB IX)

(2) Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres **länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig**, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 176, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (**betriebliches Eingliederungsmanagement**). Soweit erforderlich wird der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen. Die betroffene Person oder ihr gesetzlicher Vertreter ist zuvor auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. (...)



# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 6. Betriebliches Eingliederungsmanagement

- Bedeutung des bEM in der Interessenabwägung:
  - Ist seitens des Arbeitgebers kein bEM durchgeführt worden, muss dieser darlegen und beweisen, dass es keine mildereren Mittel zur Kündigung gab
  - Ist das bEM durchgeführt worden und negativ ausgefallen, muss Arbeitnehmer darlegen, welche Alternativen es zur Kündigung gab
  - Ist das bEM durchgeführt worden und zu einem positiven Ergebnis gekommen, muss der Arbeitgeber die Vorschläge umsetzen. Tut er dies nicht, muss er darlegen, warum diese keinen Erfolg erzielt hätten

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 6. Betriebliches Eingliederungsmanagement

- Ablauf des bEM
  - Gesetzlich weitestgehend frei, keine genauen Vorgaben, Versuch ernsthafter Klärung, orientiert an den Zielen des bEM (BAG v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08)
  - Einladung des Arbeitnehmers (Zugangsnachweis) unter Hinweis auf bEM (Gesetzestext beifügen) und konkrete Termine nennen
  - Bei Nichtantwort: Erinnerung und Hinweis, dass bei Nicht-Antwort bis .... von fehlendem Teilnahmewunsch ausgegangen wird
  - bEM-Mitglieder: Sinnvoll ist die Teilnahme von Personaler, Vorgesetzten, ggf. Betriebsarzt und bei Wunsch AN auch Betriebsrats/Personalratsmitglied
  - LAG Schleswig-Holstein v. 22.09.2015, 1 Sa 48a/15: Hinweis auf erhobene Daten gem. BDSG notwendig, damit eine wirksame BEM-Einladung vorliegt

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 6. Beteiligung der Personalvertretung beim BEM

- Überwachungs- / Informationsrechte
  - Die „zuständigen Interessenvertretungen“ (d.h. BR/PR, ggf. SBV) „wachen“ über die Verpflichtungen des Arbeitgebers gem. § 84 II SGB IX
  - Unterrichtsanspruch aus § 68 II BPersVG für PR, aus § 80 II 1 für BR darüber, welche betroffenen Beschäftigten innerhalb des Referenzzeitraumes von einem Jahr länger als 6 Wochen erkrankt waren – auch ohne deren Einverständnis (BAG v. 7.2.2012, 1 ABR 46/10)
- Beteiligungsverfahren ist keine Voraussetzung für die Teilnahme der betroffenen Beschäftigten (BVerwG v. 23.6.2010, 6 P 8/09)
- Mitbestimmungsrechte von Betriebs-/Personalrat beim bEM (BAG v. 13.3.2012, 1 ABR 78/10)
  - bei allg. Verfahrensfragen (§ 87 I Nr. 1 BetrVG / § 75 III Nr. 15 BPersVG)
  - bzgl. Nutzung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten (§ 87 I Nr. 6 BetrVG / § 75 III Nr. 17 BPersVG)
  - bzgl. Ausgestaltung des Gesundheitsschutzes (§ 87 I Nr. 7 / § 75 III Nr. 11)

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 6. bEM und Kündigungsrelevanz

BEM dient der **Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** und wirkt sich auf die Beweislast der Parteien im Kündigungsschutzprozess aus (BAG v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08:

### - **Kein (ordnungsgemäßes) BEM**

- Abstrakter Hinweis auf alternative Einsatzmöglichkeiten durch Arbeitnehmer
- Arbeitgeber muss darlegen und beweisen, warum genau eine Weiterbeschäftigung nicht möglich ist

### - **Ordnungsgemäßes BEM: negatives Ergebnis**

- Hinweis auf negatives Ergebnis durch Arbeitgeber
- Arbeitnehmer muss darlegen und beweisen, dass entgegen BEM weitere Alternativen bestehen, die nach Abschluss des BEM entstanden sind (Präklusion durch BEM)

### - **Ordnungsgemäßes BEM: positives Ergebnis**

- Verpflichtung des Arbeitgebers zur Umsetzung der Maßnahme, Ausnahme: Maßnahme undurchführbar/ keine Auswirkung auf Fehlzeiten

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 6. bEM und Kündigungsrelevanz

- **Problem:** Mitwirkung des Arbeitnehmers erforderlich → Frist zur Vornahme der Mitwirkungshandlung setzen
- **BAG 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 zur Darlegungslast:**
  - Es ist Sache des Arbeitgebers, die Initiative zur Durchführung eines BEM zu ergreifen. Dazu gehört, dass er AN auf die Ziele des BEM sowie die Art und den Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinweist.
  - Macht AG das nicht, muss er zur Darlegung der Verhältnismäßigkeit einer auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützten Kündigung
    - nicht nur die **objektive Nutzlosigkeit** arbeitsplatzbezogener Maßnahmen iSv. § 1 Abs. 2 KSchG aufzeigen.
    - Er muss vielmehr auch dartun, dass künftige Fehlzeiten ebenso wenig durch **gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger** in relevantem Umfang hätten vermieden werden können.

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 6. bEM und Kündigungsrelevanz

- **Problem:** Entbehrlichkeit des bEM
- Aussicht auf Rente wegen voller Erwerbsminderung → (-); Arg: bis zu dreistündige tägliche Tätigkeit nicht ausgeschlossen (BAG, Urteil v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14)
- Äußerung des AN, dass AG künftig nichts zur Vermeidung künftiger Arbeitsunfähigkeit beitragen kann, da Erkrankung schicksalhaft, und Neuerkrankung erst lange danach hinzutritt
  - eA: (+); Arg: nach Äußerung Reduzierung Krankheitszeiten durch Verhalten des AG unmöglich (ArbG Ulm, BeckRS 2016, 115681)
  - aA: (-); Arg: AN wird kaum Fachkenntnis für solche Aussage haben (Richter, ArbRAktuell 2017, 403, 405)
- Zustimmung des Integrationsamtes bei Kündigung eines schwerbehinderten AN → wohl (+); Arg: Integrationsamt prüft gem. § 81 SGB IX vorher, ob leidensgerechter Arbeitsplatz vorhanden; separater Rechtsschutz gegen Entscheidung des Integrationsamtes → Indizwirkung (ArbG Ulm, BeckRS 2017, 102675)

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 6. bEM und Kündigungsrelevanz

- **Problem:** Zeitpunkt des bEM
- Bisher Kündigung nie unwirksam, weil bEM *zu spät*, vgl. Frist in § 84 II SGB IX
- Maßgeblich: bEM *vor* Ausspruch der Kündigung durchzuführen
- Ggf. Wiederholung erforderlich, wenn Durchführung zu weit zurück liegt vor Ausspruch der Kündigung → mit Beendigung Berechnungszeitraum des § 84 II SGB IX setzt neuer Berechnungszeitraum ein → liegt bEM mehr als ein Jahr zurück und ist in diesem Zeitraum neue sechswöchige Arbeitsunfähigkeit eingetreten → Wiederholung bEM erforderlich; Arg: Wirkung verloren (LAG Düsseldorf, Urteil v. 20.10.2016 – 13 Sa 356/16)
- Maßgeblich: Entschlusskraft des AG muss nach Beendigung bEM zu Tage treten (Richter, ArbRAktuell 2017, 403, 406)

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 6. bEM und Kündigungsrelevanz

- **Problem:** Information über Ziele des bEM

- **LAG Hamburg v. 8.6.2017, 7 Sa 20/17:**

„1. Führt der Arbeitgeber ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) nicht durch, obwohl die Voraussetzungen nach § 84 II SGB IX gegeben waren, ist die Folge eine erhöhte Darlegungslast im Hinblick auf alternative, leidensgerechte Beschäftigungsmöglichkeiten, die im Rahmen der Interessenabwägung zu prüfen sind. Ist denkbar, dass ein BEM ein positives Ergebnis erbracht hätte, muss sich der Arbeitgeber regelmäßig vorhalten lassen, er habe „vorschnell“ gekündigt mit der Folge, dass die Kündigung unwirksam ist.“

„2. Ein Arbeitgeber erfüllt die ihm obliegende Initiativpflicht zur Durchführung eines BEM nur, wenn er den Arbeitnehmer zuvor nach § 84 II S. 3 SGB IX auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie Art und Umfang der dabei erhobenen Daten hingewiesen hat (vgl. BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13). Der Hinweis auf eine Dienstvereinbarung zum BEM, die ihrerseits Regelungen zu den Zielen des betrieblichen Eingliederungsmanagements und dem Datenschutz enthält, ersetzt die konkrete Information des Arbeitnehmers nicht.“



# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 6. bEM bei Versetzung?

- **BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 47/17:**

„Ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) im Sinne von § 84 II SGB IX ist vom Arbeitgeber bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auch dann durchzuführen, wenn er keine Kündigung des Arbeitsverhältnisses beabsichtigt oder erwägt.“

„Die Durchführung eines BEM ist keine formelle oder unmittelbare materielle Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Versetzung oder einer anderen Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber. Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Anordnung des Arbeitgebers (auch) auf Gründe gestützt wird, die im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand des Arbeitnehmers stehen. Der Arbeitgeber ist bei unterlassenem BEM nicht gehindert, sich in einem Streit über die Wirksamkeit der Maßnahme auf solche Gründe zu berufen.“

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 6. Präventivverfahren gem. § 84 Abs. 1 SGB IX (§ 167 Abs. 1)

- **BAG 21.04.2016 – 8 AZR 402/14:**

„Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, innerhalb der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX durchzuführen.“

- Präventivverfahren gilt nur für Schwerbehinderte und diesen gleichgestellte Arbeitnehmer
- Durchzuführen, sobald im Arbeitsverhältnis personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten auftreten
- Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips, wird von Integrationsämtern geprüft

### III. Die krankheitsbedingte Kündigung

6. Pflicht zum Führen eines Personalgesprächs während bestehender Arbeitsunfähigkeit?

- **BAG 02.11.2016 - 10 AZR 596/15**

- Grundsätzlich keine Pflicht zum Personalgespräch während Arbeitsunfähigkeit
- Keine Pflicht zur Vorlage „gesonderter“ Bescheinigung, die attestiert, dass Arbeitnehmer hierzu nicht in der Lage ist
- Ausnahme: Berechtigtes betriebliches Interesse des Arbeitgebers
- idR aber „Personaltelefonat“ ausreichend, Pflicht zum Erscheinen im Betrieb nur, wenn aus betrieblichen Gründen unerlässlich und Arbeitnehmer dazu gesundheitlich in der Lage

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 7. Wiedereinstellungsanspruch

- Maßgeblicher Zeitpunkt: Kündigungszugang
- Folgen: Veränderung Gesundheitszustand im Prozess

Gesundheitsprognose bei Zugang Kündigung negativ	Gesundheitsprognose bei Zugang Kündigung positiv	Gesundheitsprognose bei Zugang Kündigung negativ
Gesundheitsprognose bei Entscheidung Kündigung negativ	Gesundheitsprognose bei Entscheidung Kündigung negativ	Gesundheitsprognose bei Entscheidung Kündigung positiv
Negative Prognose	Keine negative Prognose; ggf. neue Kündigung	Wiedereinstellungs- anspruch

# III. Die krankheitsbedingte Kündigung

## 7. Wiedereinstellungsanspruch - Voraussetzungen

- Entfallen der negativen Prognose nach Kündigungszugang
- Kein Ablauf der Kündigungsfrist
- Kein anderweitigen Dispositionen des Arbeitgebers im Hinblick auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

# IV. Sonderfälle

# IV. Sonderfälle

## 1. Außerordentliche Kündigung wegen Krankheit

- Außerordentliche Kündigung wegen Krankheitsfolgen
- Dauerhafter Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit
  - Ausnahmsweise möglich, allerdings immens hohe Anforderungen (Fallgruppen: tariflich unkündbare Mitarbeiter, befristet beschäftigte ohne Einfügung einer Kündigungsmöglichkeit)
- Vorübergehender Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit
  - Zumutbar, bis zum Ablauf des Sonderkündigungsschutzes zu warten und dann ordentliche Kündigung (BAG v. 15.03.2001, 2 AZR 624/99)

# IV. Sonderfälle

## 1. Außerordentliche Kündigung wegen Krankheit

- Kündigung tariflicher Unkündbarer
- Möglich sowohl bei Kurzerkrankungen (BAG v. 23.1.2014 , 2 AZR 582/13; BAG v. 9.9.1992, 2 AZR 190/92), als auch bei Langzeiterkrankungen bzw. dauerhafter Arbeitsunfähigkeit, im Einzelnen z.B. ausdrücklich anerkannt für:
  - Alkoholsucht (BAG v. 16.9.1999, 2 AZR 123/99)
  - dauernder krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit (BAG v. 27.11.2003, 2 AZR 601/02)
- Nicht anerkannt bei krankheitsbedingter Leistungsminderung (BAG v. 12.7.1995, 2 AZR 762/94)



# IV. Sonderfälle

## 2. Krankheitsbedingte Kündigung außerhalb des KSchG

- Kündigung wegen Krankheitsfolgen außerhalb des KSchG
- Kein Grund des Arbeitgebers notwendig, Freiheit der Kündigungsentscheidung
  - Ausnahme: Sittenwidrigkeit / ethisches Minimum wahren, aber:  
Rspr. lässt selbst Kündigungen wegen wirtschaftlicher Belastung durch Krankheitsfolgen zu (LAG Rheinland-Pfalz v. 30.08.200, 2 Sa 373/07)
- (P) Anwendbarkeit des AGG gem. § 2 Abs. 4 AGG bei Behinderung
  - Stellt Krankheit zugleich Behinderung dar, kann eine nicht gem. § 8 AGG gerechtfertigte Kündigung Entschädigungsverstöße begründen und wegen AGG-Verstoßes unwirksam sein (BAG v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12 = GWR 2014, 96 m. Anm. Fuhlrott)

# IV. Sonderfälle

## 3. Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer

- Besondere Schutzvorschriften im Sozialgesetzbuch IX (SGB IX)
- Begriff der Schwerbehinderung:
  - Grad der Behinderung von mindestens 50%
  - Definition in § 2 Abs. 1 SGB IX
  - Möglichkeit der Gleichstellung (ab einem GdB von mind. 30%)
- Besondere Schutzrechte:
  - Zusatzurlaub, § 208 SGB IX, keine Mehrarbeit, § 207 SGB IX
  - Schwerbehindertenabgabe, § 160 Abs. 3 SGB IX
  - Vorrangige Besetzung von freien Stellen mit SB, § 164 Abs. 1 SGB IX
  - Schaffung eines behindertengerechten Arbeitsplatzes
  - Anspruch auf Teilzeitarbeit, § 164 Abs. 5 SGB IX
  - Förderung durch Agentur für Arbeit / Integrationsamt, § 164 Abs. 4 SGB IX
  - Durchführung eines Präventionsverfahrens bei Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis, § 167 Abs. 2 SGB IX

## IV. Sonderfälle

### 3. Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer

- Grundsatz: Gem. § 85 SGB IX (§ 168 n.F.) bedarf die Kündigung eines Schwerbehinderten der Zustimmung des Integrationsamts
- Ausnahmen: § 90 SGB IX (§ 173 n.F.) (z.B. wenn das Arbeitsverhältnis noch nicht 6 Monate besteht → Gleichlauf mit dem KSchG)
- Prüfung der Behörde: Keine zweite arbeitsrechtliche Prüfungsebene, sondern nur Prüfung auf „behindertenspezifische“ Nachteile

# IV. Sonderfälle

## 3. Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer

### Prüfungsschema: Zustimmungserteilung bei ordentlicher Kündigung

1. Grundsatz: Zustimmung erforderlich, § 168 SGB IX (n.F.)
2. Ausnahmen gem. § 173 SGB IX (n.F.)
3. Regel: Ermessensentscheidung des Integrationsamtes
  - a. Abwägung Interessen AG / AN (pflichtgemäßes Ermessen)
  - b. Gebundene Entscheidung ohne Ermessen: Betriebseinstellung, § 172 I 1
  - c. Eingeschränktes Ermessen
    - Wesentliche Einschränkung Betrieb, § 172 Abs. 1 S. 2 SGB IX
    - Weiterbeschäftigung gesichert, § 172 Abs. 2 SGB IX
    - Insolvenzverfahren eröffnet, § 172 Abs. 3 SGB IX

## IV. Sonderfälle

### 3. Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer

**Problem:**

**Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers?**

- **AGG: Keine Pflicht zur Mitteilung Behinderung!**
- **Was ist, wenn Arbeitgeber von Schwerbehinderung keine Kenntnis hat und kündigt, ohne eine Genehmigung zu beantragen?**
- **Kündigung gleichwohl unwirksam, wenn Behinderter binnen 3 Wochen nach Kündigungserhalt mitteilt, dass er schwerbehindert ist!!**
- **Aber: BAG Februar 2012: Frage nach Schwerbehinderung im laufenden Arbeitsverhältnis (nach 6 Monaten) nunmehr zulässig**

# IV. Sonderfälle

## 3. Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer

### Problem: Beteiligung der SBV? § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX:

(2) Der Arbeitgeber hat die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören; er hat ihr die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen. Die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung nach Satz 1 getroffenen Entscheidung ist auszusetzen, die Beteiligung ist innerhalb von sieben Tagen nachzuholen; sodann ist endgültig zu entscheiden. **Die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung nach Satz 1 ausspricht, ist unwirksam.** Die Schwerbehindertenvertretung hat das Recht auf Beteiligung am Verfahren nach § 81 Abs. 1 und beim Vorliegen von Vermittlungsvorschlägen der Bundesagentur für Arbeit nach § 81 Abs. 1 oder von Bewerbungen schwerbehinderter Menschen das Recht auf Einsicht in die entscheidungsrelevanten Teile der Bewerbungsunterlagen und Teilnahme an Vorstellungsgesprächen.

# IV. Sonderfälle

## 4. Verdachtskündigung - 1

- Verdachtskündigung ist keine selbständige Kündigungsart (und wird zumeist vom Arbeitgeber hilfsweise ausgesprochen)
- **Voraussetzungen (vgl. BAG 27.11.2008 – 2 AZR 98/07):**
  - konkreter Verdacht
  - strafbarer Handlungen oder anderer gravierender Pflichtverstöße,
  - welche eine notwendige Vertrauensbasis derart zerstört haben,
  - dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheint.
- **Vor Ausspruch:**
  - Der Kündigende hat alles zu unternehmen, um den **Sachverhalt aufzuklären.**
  - **Wirksamkeitsvoraussetzung: Anhörung des Beschäftigten**
    - (laut BAG) **binnen einer Woche** (Regelfrist) seit Kenntnis der Verdachtsmomente erfolgen,
    - erst nach dieser Woche beginnt die Ausschlussfrist § 626 II BGB zu laufen (vgl. BAG 5.6.2008 – 2 AZR 25/07 bzw. 234/07)

# IV. Sonderfälle

## 4. Verdachtskündigung - 2

- **Gründe** für ggf. zulässige außerordentlichen Kündigung:
  - dringender Verdacht eines Diebstahls bzw. einer Unterschlagung auch bei geringwertigen Gegenständen aus dem Eigentum des Arbeitgebers (aber: BAG 10.6.2010 – 2 AZR 541/09 – Emmely)
  - Verdacht des versuchten Betrugs bei der Abrechnung von Dienstfahrten (vgl. BAG 26.6.2009 – 2 AZR 474/07)
- Arbeitgeber muss entscheiden, ob er Verdachts- oder Tatkündigung ausspricht (zur **Abgrenzung** vgl. grundlegend BAG 26.3.1992 - 2 AZR 519/91)
  - wird im Prozess über die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung die Pflichtwidrigkeit nachgewiesen, darf das ArbG dies auch dann als Kündigungsgrund anerkennen, wenn der Arbeitgeber keine Tatkündigung nachgeschoben hat (vgl. BAG 10.6.2010 – 2 AZR 541/09 – Emmely und BAG 27.1.2011 – 2 AZR 825/09 - sexueller Missbrauch von Kindern eines Arbeitskollegen)



# IV. Sonderfälle

## 5. Änderungskündigung - 1

- **Allgemeines**

- Änderungskündigung = Beendigungskündigung verbunden mit dem Angebot an den Arbeitnehmer, das Arbeitsverhältnis unter geänderten Bedingungen fortzusetzen, § 2 KSchG (milderes Mittel im Vergleich zur Beendigungskündigung)
  - **Bsp.:** *Eine Änderungskündigung kommt nach der Rechtsprechung des BAG in Betracht, wenn ein nach Entgeltgruppe 8 TVöD vergüteter Schwimmmeister auf Dauer aus gesundheitlichen Gründen seine bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben kann und sich nicht auf die einzige noch verbliebene Beschäftigungsmöglichkeit als Hilfsarbeiter auf dem städtischen Bauhof bei einer reduzierten Vergütung nach Entgeltgruppe 3 TVöD einlässt (BAG 28.10.2010 - 2 AZR 688/09).*
- Die Änderungskündigung unterliegt dem **allg. Kündigungsschutz** (§§ 2, 4 KSchG) sowie **Sonderkündigungsschutz** ( z. B. §§ 168 ff. SGB IX, § 17 MuSchG).
  - **Prüfungsmaßstab** im Rahmen des allg. Kündigungsschutzes: soziale Rechtfertigung der angebotenen Änderungen.
  - **Häufiges Praxisrisiko:** Bestimmtheit des Änderungsangebots.

# IV. Sonderfälle

## 5. Änderungskündigung - 2

- Außerordentliche Änderungskündigung kommt vor allem in Betracht, wenn die ordentliche Kündigung durch Gesetz (z.B. § 15 KSchG) oder durch Tarifvertrag (z. B. § 34 II TVöD/TV-L) ausgeschlossen ist (vgl. BAG 28.10.2010 - 2 AZR 688/09).
- **Unterbleiben einer Änderungskündigung:**
  - Nur in Extremfällen, wenn der AG bei vernünftiger Betrachtung nicht mit der Annahme des neuen Vertragsangebots durch den AN rechnen konnte, ein derartiges Angebot vielmehr beleidigenden Charakter gehabt hätte.
    - Bsp.: Angebot einer Pförtnerstelle an den bisherigen Personalleiter.
- **Erklärung:**
  - als ordentliche und – selten – als außerordentliche Kündigung (ggf. mit Auslaufzeit);
  - hinreichend bestimmtes Angebot;
  - keine Angebotsstaffelung.

## IV. Sonderfälle

### 5. Änderungskündigung - 3

- **Im Anwendungsbereich des TVöD/TV-L ist wie folgt zu differenzieren:**
  - Die ordentliche Änderungskündigung richtet sich nach § 34 I TVöD/TV-L.
  - Die außerordentliche Änderungskündigung richtet sich nach § 626 BGB.
- **Im Tarifbereich West gilt:**
  - Bei Eintritt der ordentlichen Unkündbarkeit **vor** dem 1.10.2005 (TVöD) bzw. vor dem 1.11.2006 (TV-L) gilt § 34 II 2 TVöD/TV-L → „Unkündbarkeit“
  - wurden die Voraussetzungen der ordentlichen Unkündbarkeit erst **nach** dem 30.9.2005 (TVöD) bzw. 31.10.2006 (TV-L) erfüllt, ist § 34 II 1 TVöD/TV-L anzuwenden → Kündigung aus wichtigem Grund möglich
  - **Hintergrund:** Komplizierte Ausgestaltung des § 34 II TVöD/TV-L ist darauf zurückzuführen, dass sich die Tarifvertragsparteien bei der Frage der Unkündbarkeit nicht verständigen konnten.

# IV. Sonderfälle

## 5. Änderungskündigung - 4

- **Kündigungsgründe:**

- personenbedingte, verhaltensbedingte und betriebsbedingte Gründe
  - betriebsbedingte Änderungskündigung im öffentlichen Dienstes eher Ausnahme; personenbedingte Änderungskündigung hat größere praktische Bedeutung (z.B. bisherige Tätigkeit kann aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausgeübt werden)
- **außerordentliche Änderungskündigung** ist seltener; **wichtiger Grund** in der Person oder im Verhalten des Beschäftigten oder wichtiger betrieblicher Grund erforderlich.
  - **Beispiel:** außerordentliche personenbedingte Änderungskündigung (hier sog. Druckkündigung) einer ordentlich unkündbaren Kindergartenleiterin wegen mangelnder Fähigkeit zur Personalführung (BAG 31.1.1996 - 2 AZR 158/95).
- Im Gegensatz zu § 55 II Unterabs. 1 BAT ist nach § 34 II TVöD/TV-L auch außerordentliche **betriebsbedingte** Änderungskündigung zur Herabgruppierung um **mehr als eine** Gehaltsgruppe zulässig (vgl. BAG 27.11.2008 - 2 AZR 757/07).

## IV. Sonderfälle

### 5. Änderungskündigung - 5

- **Beteiligung der Beschäftigtenvertretung und sonstiger Vertretungen**

- **Doppeltes Beteiligungsrecht:** Der **Betriebsrat** ist zum einen wegen des Ausspruchs der Kündigung gem. § 102 BetrVG und zum anderen wegen des Änderungsangebots wegen Versetzung und/oder Umgruppierung nach § 99 BetrVG zu beteiligen.
- **Entsprechendes gilt im Personalvertretungsrecht:** Der Personalrat ist wegen des Ausspruchs der Kündigung gem. § 79 I BPersVG und wegen der mit dem Änderungsangebot verbundenen Rückgruppierung gem. § 75 I Nr. 2 BPersVG zu beteiligen.
- **Vorab zu beteiligen:**
  - ggf. **Schwerbehindertenvertretung** gem. § 95 II SGB IX
  - ggf. **Frauen- bzw. Gleichstellungsbeauftragte**

## IV. Sonderfälle

### 5. Änderungskündigung - 6

- **Reaktionsmöglichkeit des Beschäftigten**
  - **Ablehnung der angebotenen Vertragsänderung:**
    - das Arbeitsverhältnis ist bei (sozialer) Rechtfertigung des Änderungsangebots mit Ablauf der tariflichen Kündigungsfristen **beendet**.
  - **Vermeidung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses:**
    - der Arbeitnehmer nimmt die Vertragsänderungen lediglich unter dem **Vorbehalt** arbeitsgerichtlicher Nachprüfung an (§ 2 S. 1 KSchG), **oder**
    - **akzeptiert** den geänderten Vertragsinhalt (erfolgt in der Praxis meist durch stillschweigendes Weiterarbeiten (=konkludentes Handeln) nach Ablauf der dreiwöchigen Vorbehaltsfrist)

## IV. Sonderfälle

### 5. Änderungskündigung - 7

#### – Annahme „unter Vorbehalt“:

- Der Vorbehalt ist dem Arbeitgeber **innerhalb von drei** Wochen nach Zugang der Kündigung zu erklären (§ 2 S. 2 KSchG)
- Zudem muss **innerhalb derselben Frist Änderungskündigungsschutzklage** gem. § 4 S. 2 KSchG beim Arbeitsgericht erhoben werden.
- Der Vorbehalt erlischt, d. h. der Beschäftigte hat die Änderungen akzeptiert, wenn dies nicht oder nicht rechtzeitig geschieht.

# IV. Sonderfälle

## 5. Änderungskündigung - 8

- **Kündigungsschutzverfahren**

- Rechtzeitige Klageerhebung und **Annahme des Änderungsangebots „unter Vorbehalt“**: Arbeitsgericht prüft die Sozialwidrigkeit der Änderungskündigung
  - Wird sie **festgestellt**, besteht das Arbeitsverhältnis zu bisherigen Bedingungen fort.
  - Wird sie **verneint**, **muss** der Arbeitnehmer zu den geänderten Bedingungen arbeiten.
- Rechtzeitige Klageerhebung und **Ablehnung des Änderungsangebots**:
  - Arbeitnehmer unterliegt in diesem Rechtsstreit → das Arbeitsverhältnis ist beendet.
  - Arbeitgeber unterliegt in diesem Rechtsstreit → das Arbeitsverhältnis besteht zu den alten Vertragsbedingungen fort. (Ggf. Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung durch das Arbeitsgericht auf Antrag eines der Beteiligten, §§ 9, 10 KSchG).



# IV. Sonderfälle

## 5. Änderungskündigung - 9

- **Beamtenrechtlicher Exkurs**

- Das Instrument der Änderungskündigung existiert im Beamtenrecht nicht.
- Will der Dienstherr dennoch das statusrechtliche Amt des Beamten (welches sich durch die Laufbahngruppe, die Besoldungsgruppe und die Amtsbezeichnung definiert) auf Dauer ändern, kann er dies im Wege einer **Versetzung** erreichen.
  - Der Beamte kann z. B. ohne seine Zustimmung in ein Amt derselben oder einer gleichwertigen Laufbahn mit geringerem Endgrundgehalt versetzt werden,
    - wenn die Behörde aufgelöst,
    - in ihrem Aufbau oder ihren Aufgaben wesentlich geändert oder verschmolzen wird (§ 28 III 1 BBG).
    - Auch eine Versetzung zu einem anderen Dienstherrn ist möglich. Diese Maßnahmen wären im Arbeitsrecht nur mit dem Mittel der Änderungskündigung durchsetzbar.

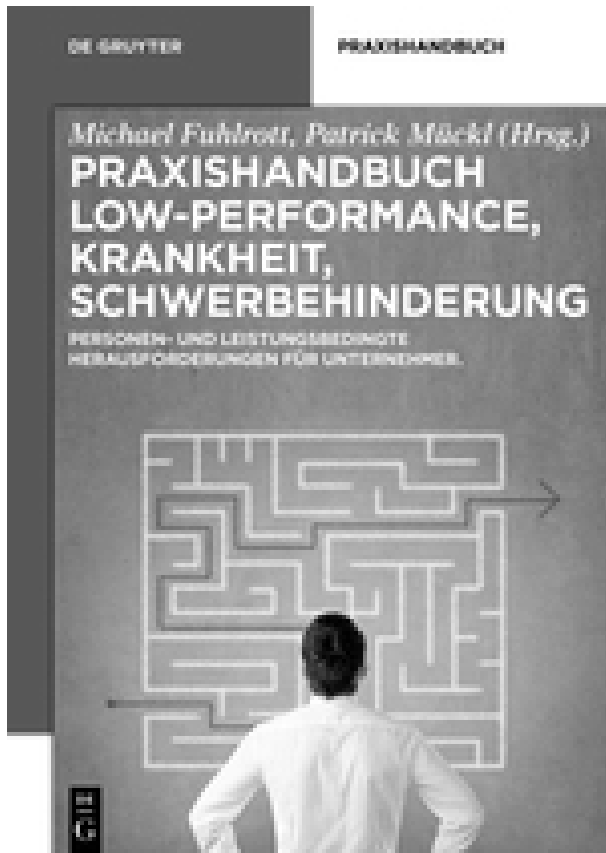
# Fazit

---

- Kündigungen sind keine kurzfristige Lösung, sondern ein letztes Mittel.
- Wirksame Kündigungen bedürfen einer sorgfältigen Vorbereitung.
- Wichtig ist insbesondere eine saubere, nachvollziehbare Dokumentation der Störung des Arbeitsverhältnisses im Vorfeld von Kündigungen.
- Das setzt unternehmens- bzw. verwaltungsintern entsprechende Prozesse voraus, die im Idealfall auch Kündigungen vermeiden helfen können, weil rechtzeitig andere Weichen gestellt werden.
- Sind Kündigungen notwendig, bewirkt eine sorgfältige Vorbereitung zumeist erhebliche Kosteneinsparungen, einen konsistenteren Umgang mit Kündigungssachverhalten und personalpolitisch eine höhere Akzeptanz von Kündigungen.

# Literaturempfehlung

---



Fuhlrott / Mückl (Hrsg.)

## **Praxishandbuch Low-Performance, Krankheit, Schwerbehinderung Personen- und leistungsbedingte Herausforderungen für Unternehmer**

Ein Praxishandbuch zum Umgang mit  
leistungsschwachen Mitarbeitern

2015, 553 S. Gebunden

De Gruyter ISBN 978-3-11-033851-5

Format (B x L): 17 x 24 cm, Gewicht: 1114 g

EUR 99,95

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Prof. Dr. Michael Fuhlrott

Rechtsanwalt | Partner

Fachanwalt für Arbeitsrecht | Professor für Arbeitsrecht | Zertifizierter Mediator

E: [Fuhlrott@fhm-law.de](mailto:Fuhlrott@fhm-law.de)

[www.fhm-law.de](http://www.fhm-law.de)

**FHM**



**Fuhlrott Hiéramente & von der Meden  
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB**