



Herausragende Masterarbeiten

Autor*in

Janis Oestreich

Studiengang

Wirtschaftsrecht für die Unternehmenspraxis, LL.M.

Masterarbeitstitel

**Die personenbedingte Kündigung im öffentlichen
Dienst wegen häufiger Kurzerkrankungen**

R
TU
P

Distance and Independent
Studies Center
DISC

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Teil 1: Einleitung.....	3
A. Problemstellung	3
B. Zielsetzung	4
Teil 2: Hauptteil	5
C. Die arbeitsrechtliche Kündigung	5
I. Wirksamkeitsvoraussetzungen und Grenzen	5
II. Ausgewählte Kündigungsarten	7
1. Ordentliche Kündigung	8
2. Außerordentliche Kündigung	10
III. Das Kündigungsschutzgesetz.....	12
1. Gesetzesaufbau	12
2. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes	14
3. Soziale Rechtfertigung der Kündigung.....	15
a) Verhaltensbedingte Gründe	16
b) Betriebsbedingte Gründe	16
c) Personenbedingte Gründe	17
D. Krankheitsbedingte Kündigung	18
I. Krankheit als Kündigungsgrund	18
1. Begrifflichkeit der Krankheit	18
2. Zulässigkeit der Kündigung aufgrund von Krankheit	19
II. Fallgruppen krankheitsbedingter Kündigung	22
1. Häufige Kurzerkrankungen	22
2. Langandauernde Erkrankung	22
3. Krankheitsbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit	23
4. Krankheitsbedingte dauerhafte Leistungsunfähigkeit	23
E. Ordentliche Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen im öffentlichen Dienst.....	24
I. Negative Gesundheitsprognose	24
II. Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen	26
III. Vorrang milderer Mittel.....	30
IV. Interessenabwägung	35
V. Besonderheiten im öffentlichen Dienst.....	38
F. Außerordentliche Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen im öffentlichen Dienst.....	40
I. Voraussetzungen	41
II. Besonderheiten im öffentlichen Dienst.....	43

G. Handlungsempfehlungen für die praktische Personalarbeit.....	45
Teil 3: Schlussteil	54
Literaturverzeichnis.....	57
Erklärung über selbständige Bearbeitung	

Teil 1: Einleitung

A. Problemstellung

Arbeitgeber in Deutschland begegnen immer wieder aufs Neue Herausforderungen. Aufgrund der zunehmenden Überalterung der Gesellschaft und des anhaltenden Fachkräftemangels steigt die Belastung der Arbeitnehmer drastisch. Der Krankenstand in Deutschland sowie die Anzahl krankheitsbedingter Fehltagen ist aktuell auf dem höchsten Stand seit 1991. Im Jahr 2023 betrug der Krankenstand aller Arbeitnehmer 6,11 % bei durchschnittlich 15,2 krankgemeldeten Arbeitstagen.¹

Die zunehmenden Krankenbestände können andererseits zu Störungen des Betriebsablaufs führen und belasten daher die Arbeitgeber.² Gleichzeitig sind diese nach § 3 Abs. 1 EFZG zur Leistung von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die Dauer von bis zu sechs Wochen verpflichtet. Das Entgelt muss somit durch den Arbeitgeber weitergezahlt werden, obwohl ihm kein angemessener Ausgleich in Form von der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zugutekommt. Für die Belastung des Arbeitgebers ist daher auch maßgeblich, ob die krankheitsbedingten Fehlzeiten am Stück oder über das Jahr verteilt in kürzeren Zeitabschnitten auftreten. Letzteres kann als häufige Kurzerkrankungen klassifiziert werden. Der öffentliche Dienst stellt mit über fünf Millionen Beschäftigten den größten Arbeitgeber in Deutschland dar und steht im Zentrum der Betrachtung.³

Die Vertragsparteien eines Arbeitsvertrags sind wie bei jedem Dauerschuldverhältnis nicht zwingenderweise dauerhaft aneinandergebunden. Für den Arbeitgeber stellt sich daher die Frage, ob er das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer beenden kann, wenn die krankheitsbedingten Fehlzeiten für ihn unzumutbar geworden sind. Bei der krankheitsbedingten Kündigung kollidieren die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers mit den privaten Interessen des Arbeitnehmers. Im Regelfall hat der Arbeitnehmer krankheitsbedingte Fehlzeiten nicht zu verschulden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis gewöhnlich die Existenzgrundlage für den Arbeitnehmer darstellt. Es stellt sich daher die Frage, welche Anforderungen an eine krankheitsbedingte Kündigung zu stellen sind, um diese zu rechtfertigen.

¹ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Jahresbilanz 2023.

² Hergenröder, in: MüKoBGB KSchG § 1 Rn. 201.

³ Statistisches Bundesamt, Anzahl der Beschäftigten im öffentlichen Dienst.

B. Zielsetzung

Ziel dieser Thesis ist es Handlungsempfehlungen für die praktische Personalarbeit öffentlicher Arbeitgeber zum Thema krankheitsbedingter Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen zu geben. Hierdurch soll eine möglichst rechtssichere Kündigung gewährleistet werden. Die Handlungsempfehlungen sollen zum einen durch Beachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und zum anderen durch Berücksichtigung einschlägiger Literatur entwickelt werden. Dabei soll der öffentliche Arbeitgeber auch auf potenzielle Fehler hingewiesen werden, die es zu vermeiden gilt.

Aufgrund der Vielzahl öffentlicher Arbeitgeber und der damit verbundenen Vielfalt einschlägiger gesetzlicher Normen behandelt diese Thesis ausschließlich Arbeitgeber, die vom Geltungsbereich des § 1 TVöD im Bereich des Mitgliederverbandes der Vereinigung kommunaler Arbeitgeber sowie des § 1 TV-L umfasst sind. Hierbei erfolgt zudem eine weitere Eingrenzung auf Arbeitgeber des TVöD und des TV-L in Baden-Württemberg.

In Kapitel C soll zunächst ein Überblick darüber gegeben werden, welche allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine arbeitsrechtliche Kündigung maßgeblich sind. Ohne dieses grundlegende Verständnis läuft der öffentliche Arbeitgeber Gefahr, die Kündigung nicht rechtssicher durchzuführen, was eine Unwirksamkeit zur Folge haben könnte. Zudem erfolgt eine Einführung in das KSchG, das als relevantes Gesetz im Rahmen einer krankheitsbedingten Kündigung Beachtung finden muss.

In Kapitel D erfolgt eine Definition des arbeitsrechtlichen Krankheitsbegriffs und zudem wird auf die Besonderheiten der Kündigung eines Schwerbehinderten oder Gleichgestellten eingegangen, da krankheitsbedingte Fehlzeiten in Zusammenhang mit einer Behinderung stehen können. Ferner werden zur Abgrenzung die verschiedenen Fallgruppen krankheitsbedingter Kündigung dargestellt. Aufgrund der Zielsetzung dieser Thesis liegt der Schwerpunkt auf den häufigen Kurzerkrankungen.

In Kapitel E und F werden die von der Rechtsprechung entwickelten Prüfschritte auf den Fall einer ordentlichen sowie außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen angewendet. Hierbei wird auch auf die Besonderheiten des öffentlichen Dienstes eingegangen, die sich speziell in den einschlägigen Beteiligungsrechten der Interessensvertretung auswirken.

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit und des Schreibflusses wird in dieser Arbeit auf eine geschlechterspezifische Sprachform verzichtet; die Verwendung des generischen Maskulinums schließt alle Geschlechter gleichermaßen ein.

Teil 2: Hauptteil

C. Die arbeitsrechtliche Kündigung

Die krankheitsbedingte Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen stellt einen Unterfall der personenbedingten Kündigung dar.⁴ Für die praktische Personalarbeit im öffentlichen Dienst ist es daher unerlässlich die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen und Grenzen der arbeitsrechtlichen Kündigung zu beachten. Ferner ist es für eine rechtssichere Kündigung essenziell, die Unterschiede zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung zu kennen sowie die Anwendbarkeit des KSchG auf den jeweiligen Individualsachverhalt bestimmen zu können.

I. Wirksamkeitsvoraussetzungen und Grenzen

Die arbeitsrechtliche Kündigung ist eine privatrechtliche Gestaltungserklärung, die das Dauerschuldverhältnis in Form des Arbeitsverhältnisses für die Zukunft beendet.⁵ Da es sich um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung handelt finden die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften über Geschäftsunfähigkeit, Nichtigkeit und Zugang der Willenserklärung Anwendung.⁶ Aufgrund der Zielsetzung dieser Thesis wird die zivilrechtliche Geschäftsunfähigkeit nicht weiter thematisiert.

§ 623 BGB zu folge bedarf die Kündigungserklärung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform im Sinne des § 126 Abs. 1 BGB, wobei die elektronische Form ausgeschlossen ist. An das Schriftformerfordernis ist eine Warnfunktion geknüpft, die den Kündigungserklärenden vor einer übereilten Entscheidung abhalten soll.⁷

Aus der Kündigungserklärung muss sich zudem der Entschluss zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zweifelsfrei ergeben. Abzustellen ist hierbei auf die Sicht des objektiven Empfängerhorizonts. Das Wort „Kündigung“ muss hierfür nicht zwangsläufig in der Kündigungserklärung enthalten sein.⁸

⁴ *Rolfs*, in: BeckOK ArbR KSchG § 1 Rn. 158.

⁵ *Müller-Glöge*, in: ErfK BGB § 620 Rn. 16.

⁶ *Preis*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht C. Rechtsgeschäftliche Grundlagen der Kündigung Rn. 9.

⁷ *Müller-Glöge*, in: ErfK BGB § 623 Rn. 1.

⁸ *Müller-Glöge*, in: ErfK BGB § 623 Rn. 15.

Von besonderer Relevanz bei der Abgabe einer Kündigungserklärung ist das zivilrechtliche Stellvertretungsrecht der §§ 164 ff. BGB. Zunächst muss aus der Kündigungserklärung eindeutig hervorgehen, dass der Unterzeichnende als Vertreter gehandelt hat.⁹ Ferner muss der Kündigungserklärung eine Vollmachtsurkunde im Original beigelegt werden, damit die Kündigung nach § 174 Satz 1 BGB nicht durch den Kündigungsempfänger zurückgewiesen werden kann.¹⁰ Gemäß § 174 Satz 2 BGB ist eine solche Zurückweisung indes ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte. Im öffentlichen Dienst könnte sich ein solches Inkennnissetzen aus einem öffentlich zugänglichen Geschäftsverteilungsplan ergeben.¹¹ Je nach Verwaltungsstruktur können sich aus der allgemeinen Dienst- und Geschäftsanweisung jedoch unterschiedliche Befugnisse der zentralen Personalabteilung ergeben, sodass die Personalleitung nicht zwangsläufig kündigungsberechtigt ist.¹² Für die betriebliche Praxis im öffentlichen Dienst empfiehlt es sich daher die Kündigung immer mitsamt einer originalen Vollmachtsurkunde zuzustellen.

Gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber einem Abwesenden wirksam, wenn sie ihm zugeht. Zugegangen ist die Willenserklärung, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass unter gewöhnlichen Umständen mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme kommt es nicht an.¹³ Im kündigungsrechtlichen Kontext ist insbesondere der Empfang der Kündigungserklärung über den Einwurf in den Hausbriefkasten von Bedeutung, da der Empfänger unter gewöhnlichen Umständen dazu in der Lage ist vom Inhalt der Kündigungserklärung Kenntnis zu nehmen. Die gewöhnliche Kenntnisnahme der Kündigungserklärung bestimmt sich danach, wann mit einer Leerung des Briefkastens zu rechnen ist. Nach Rechtsprechung des BAG (Bundesarbeitsgericht) seien dabei die örtlichen Postzustellungszeiten dazu geeignet, die Verkehrsauffassung über die gewöhnlichen Leerungszeiten des Hausbriefkastens zu beeinflussen.¹⁴ Mit diesem Urteil hat das BAG dem Urteil des LAG (Landesarbeitsgericht) Baden-Württemberg widersprochen, das von einer gewöhnlichen Kenntnisnahme um 17 Uhr ausging. Zur Begründung führte das BAG aus, dass diese Uhrzeit zwar auf einen normalen Arbeitnehmer zutrefte, allerdings außer Acht gelassen werde, dass nicht einmal die

⁹ *Wullenkord*, in: BeckOK ArbR BGB § 620 Rn. 14.

¹⁰ *Wullenkord*, in: BeckOK ArbR BGB § 620 Rn. 15.

¹¹ *Linck*, in: Schaub ArbR-HdB § 123. Kündigungserklärung Rn. 27.

¹² *Linck*, in: Schaub ArbR-HdB § 123. Kündigungserklärung Rn. 27.

¹³ *Linck*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht BGB § 622 Rn. 23-25.

¹⁴ BAG, Urteil vom 22. August 2019 – 2 AZR 111/19 -, NJW 2019, 3666, 3667.

Hälfte der deutschen Bevölkerung kernerwerbsfähig sei oder einer Teilzeitbeschäftigung nachgehe.¹⁵

Sofern der Kündigende die Kündigung nicht selbst zustellt, ist die Übermittlung mit einem Einwurfeinschreiben zu empfehlen, da die Kündigungserklärung im Gegensatz zum Einschreiben, bei Abwesenheit des Empfängers in den Briefkasten eingeworfen und nicht in einer Postfiliale zur Abholung hinterlegt wird. Beim Einschreiben fehlt es dem Empfänger an der Möglichkeit vom Inhalt der Kündigungserklärung Kenntnis zu nehmen, sodass der Zugang erst mit Abholung der Erklärung durch den Kündigungsempfänger sichergestellt wird.¹⁶

Soll die Kündigung gegenüber einem anwesenden Mitarbeiter, z.B. auf der Arbeitsstelle erklärt werden, genügt für den Zugang die Übergabe des Kündigungsschreibens.¹⁷

Wenn die arbeitsrechtliche Kündigung die zuvor erläuterten allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt, ist diese dennoch nicht grenzenlos rechtswirksam. Die Kündigung muss demnach anhand der zivilrechtlichen Maßstäbe der §§ 134, 138 und 242 BGB überprüft werden.¹⁸ Insbesondere spezialgesetzliche Regelungen können i.V.m. § 134 BGB zu einer Unwirksamkeit der Kündigung führen. Beispielhaft hierfür sind § 17 Abs. 1 MuSchG oder § 18 BEEG. Für die Zielsetzung dieser Thesis sind insbesondere die Spezialnormen des Schwerbehindertenrechts aus §§ 167, Abs. 1, 168, 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX von Bedeutung. In diesem Kontext sind zudem die Bestimmungen des AGG von Relevanz, die eine Benachteiligung aufgrund von Behinderung nach 7 Abs. 1 i.V.m. § 1, 3 AGG verbieten und ebenfalls nach § 134 BGB die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge haben. Diese Bestimmungen werden in Kapitel D. I. ausführlich behandelt.

Ferner können auch betriebs- bzw. personalvertretungsrechtliche Bestimmungen zur Unwirksamkeit einer Kündigung nach § 134 BGB führen. Für privatrechtliche Arbeitgeber ist die Beteiligung zur Kündigung in § 102 Abs. 2 BetrVG normiert. Auf die Besonderheiten der Beteiligung des Personalrats in Baden-Württemberg wird in Kapitel E. V. und F. II. eingegangen.

II. Ausgewählte Kündigungsarten

Die ordentliche Kündigung kann auch als befristete Kündigung bezeichnet werden, wodurch zum Ausdruck gebracht wird, dass sie grundsätzlich nur unter Einhaltung

¹⁵ BAG, Urteil vom 22. August 2019 – 2 AZR 111/19 -, NJW 2019, 3666, 3667.

¹⁶ Linck, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht BGB § 622 Rn. 26.

¹⁷ Wullenkord, in: BeckOK ArbR BGB § 620 Rn. 30.

¹⁸ Preis, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht F. Grundprinzipien des Kündigungsschutzrechts Rn. 6.

einer gesetzlichen, tariflichen oder vertraglichen Kündigungsfrist erklärt werden kann.¹⁹ Im Gegensatz hierzu steht die außerordentliche Kündigung, die im Regelfall fristlos erklärt wird, hierfür aber ein wichtiger Grund gegeben sein muss, der das Festhalten am Arbeitsvertrag unzumutbar macht.²⁰

Weitere Kündigungsarten sind die Änderungskündigung, Teilkündigung und Verdachtskündigung. Gemäß § 2 KSchG liegt eine Änderungskündigung vor, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt und gleichzeitig die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet. Die Teilkündigung soll hingegen einzelne Arbeitsbedingungen, nicht jedoch das gesamte Arbeitsverhältnis beenden.²¹ Die Verdachtskündigung wird nicht auf einen konkreten Pflichtverstoß, sondern auf den Verdacht gestützt, dass der Gekündigte einen Pflichtverstoß begangen hat.²²

Aufgrund der Zielsetzung dieser Thesis sollen im Folgenden ausschließlich die ordentliche und außerordentliche Kündigung behandelt werden, da diese die Hauptanwendungsfälle einer krankheitsbedingten Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen darstellen.

1. Ordentliche Kündigung

Im Grundsatz bedarf es für eine ordentliche Kündigung keinen Grund.²³ Anders als dies beispielsweise bei einer außerordentlichen Kündigung der Fall ist, kann der Arbeitnehmer jederzeit sein Arbeitsverhältnis ordentlich kündigen. Für den Arbeitgeber ist dieser Grundsatz eingeschränkt. Sofern das KSchG anwendbar ist, müssen Gründe vorliegen, die die Kündigung sozial rechtfertigen.²⁴ Auf die Bestimmungen des KSchG wird in Kapitel C. III. gesondert eingegangen.

§ 622 Abs. 1-5 BGB regelt die Kündigungsfristen und -termine für arbeitgeberseitige Kündigungen. Durch die Kündigungsfristen soll die Beendigungsfreiheit des Arbeitgebers eingeschränkt und ein befristeter Kündigungsschutz bewirkt werden.²⁵ Dieser soziale Schutzgedanke soll vorrangig ältere Beschäftigte schützen, was sich daraus ergibt, dass die gestaffelten Kündigungsfristen in § 622 Abs. 2 BGB von der Bestandsdauer des Arbeitsverhältnisses abhängen.²⁶ Dadurch kann sich auch bei jüngeren Arbeitnehmern, mit langer Betriebszugehörigkeit eine längere Kündigungsfrist ergeben.

¹⁹ *Preis*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht D. Arten der Kündigung Rn. 5.

²⁰ *Müller-Glöge*, in: ErfK BGB § 620 Rn. 47.

²¹ *Preis*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht D. Arten der Kündigung Rn. 12.

²² *Schmidt*, in: Küttner Personalbuch 2024 Verdachtskündigung, Rn. 1.

²³ *Preis*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht D. Arten der Kündigung Rn. 3.

²⁴ *Preis*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht D. Arten der Kündigung Rn. 3.

²⁵ *Müller-Glöge*, in: ErfK BGB § 622 Rn. 1.

²⁶ *Müller-Glöge*, in: ErfK BGB § 622 Rn. 2.

Für die Zielsetzung dieser Thesis ist insbesondere § 622 Abs. 4 Satz 1 BGB von Relevanz, wonach von den gesetzlichen Fristen der § 622 Abs. 1-3 BGB durch tarifvertragliche Vereinbarungen abgewichen werden kann. Im Öffentlichen Dienst wurde im TV-L als auch im TVöD hiervon Gebrauch gemacht. Nach § 34 Abs. 1 Satz 2 TVöD bzw. § 34 Abs. 1 Satz 2 TV-L beträgt die Kündigungsfrist beispielsweise bei einer Beschäftigungszeit bis zu einem Jahr einen Monat zum Monatschluss und bei einer Beschäftigungszeit von mehr als einem Jahr sechs Wochen zum Ende eines Kalendervierteljahres. Die Kündigungsfrist innerhalb der ersten sechs Monate beträgt nach § 34 Abs. 1 Satz 1 TVöD und § 34 Abs. 1 Satz 1 TV-L ebenfalls zwei Wochen, hier allerdings zum Monatsschluss. Darüber hinaus ist nach § 30 Abs. 5 TVöD und § 30 Abs. 5 TV-L im Sinne des § 15 Abs. 4 TzBfG die ordentliche Kündigung eines befristeten Vertrages zulässig.

Neben einer Verlängerung der gesetzlichen Kündigungsfristen ist in beiden Tarifverträgen zudem auch eine Festlegung auf alternative Kündigungstermine festzustellen. Durch diese Festlegung in den Tarifverträgen soll verhindert werden, dass das Arbeitsverhältnis zu ungünstigen Zeitpunkten, wie beispielsweise aufgrund saisonaler Gegebenheiten beendet wird.²⁷

Maßgeblich für die Kündigungsfristen des TVöD und TV-L ist die Beschäftigungszeit im Sinne der § 34 Abs. 3 Satz 1 und 2 TVöD und § 34 Abs. 3 Satz 1 und 2 TV-L. Demnach ist die für die Kündigung relevante Beschäftigungszeit, die bei demselben Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis zurückgelegte Zeit, auch wenn sie unterbrochen ist. Zeiten eines Sonderurlaubs nach § 28 TVöD oder § 28 TV-L sind hiervon jedoch grundsätzlich ausgenommen, da in dieser Zeit das Beschäftigungsverhältnis ruht. Der Arbeitgeberbegriff ist in diesem Zuge als die juristische Person zu verstehen, mit dem der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag abgeschlossen hat.²⁸ Wechsel innerhalb verschiedener Dienststellen desselben Arbeitgebers sind daher für die Beschäftigungszeit unschädlich.²⁹ Die im Arbeitsverhältnis zurückgelegten Zeiten sind dahingehend zu verstehen, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses, nicht jedoch die tatsächliche Erbringung der Arbeitsleistung, relevant ist.³⁰ Nach dem Wortlaut der Tarifnormen sind ferner nur Arbeitsverhältnisse zu berücksichtigen, vorhergehende Ausbildungsverhältnisse oder ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis als Beamter sind demnach nicht unter die Beschäftigungszeit zu fassen.³¹

²⁷ Greiner, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht TVöD-AT § 34 Rn. 8; Eylert, in: BeckOK TVöD TVöD-AT § 34 Rn. 17.

²⁸ Eylert, in: BeckOK TVöD TVöD-AT § 34 Rn. 65.

²⁹ Eylert, in: BeckOK TVöD TVöD-AT § 34 Rn. 66.

³⁰ Eylert, in: BeckOK TVöD TVöD-AT § 34 Rn. 68.

³¹ Eylert, in: BeckOK TVöD TVöD-AT § 34 Rn. 66, 67.

Sofern in der betrieblichen Praxis die maßgebliche Beschäftigungszeit fehlerhaft berechnet worden ist und daraus möglicherweise eine falsche Kündigungsfrist resultiert, ist die Kündigung dennoch nicht zwangsläufig unwirksam. Sollte die berechnete Kündigungsfrist zu kurz sein, ist zunächst durch Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont im Sinne der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, ob der Kündigende die korrekte Kündigungsfrist wahren wollte.³² In diesem Zuge ist es empfehlenswert in der Kündigungserklärung den Zusatz „hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ aufzunehmen, da die Kündigungserklärung dadurch dahingehend zu verstehen ist, dass sie fristgerecht zum frühestmöglichen Beendigungszeitpunkt wirken und das Arbeitsverhältnis auflösen soll.³³ Zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes der Kündigung muss die rechtlich korrekte Kündigungsfrist für den Kündigungsempfänger ohne umfassende Ermittlung feststellbar sein.³⁴ Hierfür sollte im Kündigungsschreiben ein Bezug zu den maßgeblichen Kündigungsfristen in der einschlägigen Tarifnorm hergestellt werden. Dem Kündigungsempfänger ist es hierdurch ohne umfassenden Ermittlungsaufwand möglich, die rechtlich korrekte Kündigungsfrist selbst zu bestimmen. Dadurch kann sichergestellt werden, dass das Arbeitsverhältnis auch bei einer fehlerhaften Berechnung der Kündigungsfrist hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt beendet wird.

2. Außerordentliche Kündigung

Im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung kann die außerordentliche Kündigung nicht grundlos erfolgen. Im Regelfall wird die außerordentliche Kündigung fristlos ausgesprochen, was zur Folge hat, dass das Arbeitsverhältnis mit Zugang der Kündigung ex nunc beendet wird.³⁵ Aufgrund besonderer tarif- oder einzelvertraglicher Vereinbarungen zur ordentlichen Unkündbarkeit, kann das Arbeitsverhältnis alternativ auch außerordentlich befristet gekündigt werden.³⁶ Bei jeder Form der außerordentlichen Kündigung ist zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes erforderlich, dass die Kündigung als außerordentlich bezeichnet worden ist, damit für den Kündigungsempfänger erkennbar ist, welche Kündigungsform gewählt worden ist.³⁷

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter

³² *Linck*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht BGB § 622 Rn. 42*; *Eylert*, in: *BeckOK TV-L TV L § 34 Rn. 21*.

³³ BAG, Urteil vom 20. Juni 2013 – 6 AZR 805/11 –, NZA 2013, 1137, 1139.

³⁴ BAG, Urteil vom 20. Januar 2016 – 6 AZR 782/14 –, NJW 2016, 1117, 1118.

³⁵ *Preis*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht D. Arten der Kündigung Rn. 8*.

³⁶ *Preis*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht D. Arten der Kündigung Rn. 8*.

³⁷ BAG, Urteil vom 25. August 2022 – 2 AZR 225/20 –, NZA 2022, 1457, 1461; *Preis*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht D. Arten der Kündigung Rn. 8*.

Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann. Mit dieser Generalklausel versucht die Gesetzgebung den unbestimmten Rechtsbegriff des „wichtigen Grundes“ auszugestalten.³⁸ Das BAG versucht den wichtigen Grund im Wege einer zweistufigen Prüfung zu konkretisieren.³⁹ Demnach muss auf der ersten Stufe geprüft werden, ob ein Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls an sich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund darzustellen.⁴⁰ Erst auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob die Kündigung bei Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls verhältnismäßig ist.⁴¹ Diese zweistufige Prüfung lässt sich insbesondere am Fall „Emmely“ verdeutlichen, bei der das BAG im Diebstahl von Leergutbons im Wert von 1,30 € einen an sich geeigneten Kündigungsgrund sah, auf der zweiten Stufe die Kündigung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls jedoch nicht für verhältnismäßig erachtete.⁴² Diese zweistufige Prüfung wird von Teilen der Literatur jedoch kritisiert, da sich aufgrund des Falls „Emmely“ nur schwer ableiten lässt, ob es nach Ansicht der Rechtsprechung auf der ersten Stufe überhaupt an sich ungeeignete Kündigungssachverhalte geben kann.⁴³ Diese Teile der Literatur empfehlen zumindest als Ausgangspunkt die Unterteilung in personen-, verhaltens- und betriebsbedingte Gründe, analog zu § 1 Abs. 2 KSchG bei der ordentlichen Kündigung.⁴⁴ Dieser Auffassung der Literatur wird gefolgt, da die außerordentlichen Kündigung sich von der ordentlichen Kündigung dadurch unterscheidet, dass das Abwarten bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist für den Arbeitgeber nicht zumutbar ist. Insofern muss eine inhaltliche Abgrenzung zur ordentlichen Kündigung vorgenommen werden, um feststellen zu können, ob der Sachverhalt derart gravierend ist eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Diese Feststellung lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung nur dann treffen, wenn im Ausgangspunkt die Unterteilung in personen-, verhaltens- und betriebsbedingte Gründe analog zur ordentlichen Kündigung erfolgt. In Kapitel F. I. wird diese inhaltliche Abgrenzung zur ordentlichen Kündigung verdeutlicht.

Als zweiter Prüfschritt ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, wobei der ultima-ratio-Grundsatz beachtet werden muss.⁴⁵ Demnach ist eine außerordentliche Kündigung nur dann verhältnismäßig, wenn keine zumutbaren

³⁸ *Niemann*, in: *ErfK BGB* § 626 Rn. 14.

³⁹ BAG, Urteil vom 10. Juni 2010 – 2 AZR 541/09 -, NZA 2010, 1227, 1229.

⁴⁰ *Stoffels*, in: *BeckOK ArbR BGB* § 626 Rn. 46.

⁴¹ *Niemann*, in: *ErfK BGB* § 626 Rn. 15.

⁴² BAG, Urteil vom 10. Juni 2010 – 2 AZR 541/09 -, NZA 2010, 1227, 1227.

⁴³ *Henssler*, in: *MüKoBGB BGB* § 626 Rn. 85-87; *Stoffels*, in: *BeckOK ArbR BGB* § 626 Rn. 49.

⁴⁴ *Henssler*, in: *MüKoBGB BGB* § 626 Rn. 87; *Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht BGB* § 626 Rn. 61.

⁴⁵ *Henssler*, in: *MüKoBGB BGB* § 626 Rn. 89.

milderen Mittel in Betracht kommen und das Arbeitsverhältnis nicht mehr fortgesetzt werden kann.⁴⁶ Als mildere Mittel können beispielsweise eine ordentliche Kündigung oder eine Umsetzung in einen anderen Aufgabenbereich in Betracht kommen.⁴⁷ Die außerordentliche Kündigung muss daher die „unausweichlich letzte Maßnahme“⁴⁸ sein.

Zudem ist zu beachten, dass die Kündigung nur innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB erklärt werden kann. Die Frist beginnt hierbei mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat.

III. Das Kündigungsschutzgesetz

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll es sich bei dem KSchG um ein Bestandschutzgesetz handeln, durch das der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses vordergründig sichergestellt werden soll.⁴⁹ Nur wenn keine sinnvolle Vertrauensgrundlage für eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mehr besteht, soll eine Abfindung geleistet werden.⁵⁰

Das KSchG ist in insgesamt vier Abschnitte untergliedert. Im ersten Abschnitt ist der allgemeine Kündigungsschutz geregelt, im zweiten Abschnitt der Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung und Personalvertretung und im dritten Abschnitt die anzeigepflichtigen Entlassungen. Im letzten Abschnitt die Schlussbestimmungen. Für die Zielsetzung dieser Thesis ist insbesondere der erste Abschnitt zum allgemeinen Kündigungsschutz von Relevanz. Auf den besonderen Kündigungsschutz des zweiten Abschnitts soll zur Vollständigkeit nur kurz eingegangen werden. Der dritte Abschnitt wird nicht weiter thematisiert und bei den Schlussbestimmungen soll lediglich der Geltungsbereich aus § 23 KSchG thematisiert werden.

1. Gesetzesaufbau

Im ersten Abschnitt schränkt das KSchG in § 1 KSchG die ordentliche Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers ein, da diese nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein muss. Sofern eine Anwendbarkeit des KSchG gegeben ist, handelt es sich um einseitig zwingendes Recht, das durch den Arbeitgeber weder einzel- noch tarifvertraglich beseitigt werden kann.⁵¹ Die Vorschriften des KSchG sind dabei grundsätzlich auf das Recht ordentlicher Kündigungen beschränkt, was sich

⁴⁶ Henssler, in: MüKoBGB BGB § 626 Rn. 96.

⁴⁷ Niemann, in: ErfK BGB § 626 Rn. 27, 28.

⁴⁸ BAG, Urteil vom 19. April 2007 – 2 AZR 180/06 -, NZA-RR, 571, 575.

⁴⁹ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 1.

⁵⁰ BAG, Urteil vom 14. Dezember 2017 – 2 AZR 86/17 -, NZA 2018, 646, 650.

⁵¹ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 5.

bereits aus dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 Satz 1 KSchG ergibt. Nach Satz 2 kann die Rechtsunwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung jedoch nur nach Maßgabe des § 4 Satz 1 und der §§ 5 bis 7 KSchG geltend gemacht werden, die ebenfalls für ordentliche Kündigungen gelten. Demnach muss der Arbeitnehmer nach § 4 Satz 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Wird die Klage nicht oder nicht rechtzeitig erhoben, tritt die Heilungsfiktion des § 7 KSchG mit der Wirkung ein, dass die Kündigung ex tunc an als wirksam zu sehen ist.⁵² Unter den Voraussetzungen des § 5 KSchG kann eine Klage, die nicht binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung erhoben worden ist, noch nachträglich zugelassen werden. Insbesondere aufgrund urlaubsbedingter Abwesenheit kann es dem Kündigungsempfänger unter Umständen unmöglich gewesen sein, vom Inhalt der Kündigungserklärung Kenntnis zu erlangen.⁵³ § 9 KSchG enthält die Regelung, dass das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers auch bei einer Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung aufgelöst werden kann, wenn dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist oder wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. In einer solchen Konstellation ist der Arbeitgeber dazu verpflichtet eine angemessene Abfindung zu zahlen. Die Höhe der Abfindung muss hierbei nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts bestimmt werden, dabei hat es jedoch die Höchstgrenzen der Abfindung aus § 10 Abs. 1 und 2 KSchG zu beachten.⁵⁴ Bei einer außerordentlichen Kündigung ist in § 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG festgelegt, dass eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur auf Antrag des Arbeitnehmers möglich ist.

Im zweiten Abschnitt enthält § 15 KSchG Bestimmungen zur Unzulässigkeit der Kündigung. Für diese Thesen ist hierbei § 15 Abs. 2 KSchG relevant, wonach die Kündigung eines Mitglieds einer Personalvertretung, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung oder einer Jugendvertretung unzulässig ist, außer es liegen Tatsachen vor, die den Arbeitgeber zur außerordentlichen Kündigung berechtigen und hierfür die personalvertretungsrechtliche Zustimmung erteilt wurde oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt worden ist.

⁵² Hesse/Tiedemann, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 4 Rn. 8.

⁵³ Kiel, in: ErfK KSchG § 5 Rn. 5.

⁵⁴ Biebl, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 10 Rn. 5, 6.

Im vierten Abschnitt ist vor allem der Geltungsbereich des KSchG im Sinne des § 23 KSchG von Bedeutung. Im Folgenden soll erläutert werden, wann das KSchG Anwendung findet.

2. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes

Zunächst muss der sachliche Anwendungsbereich eröffnet sein. Nach § 23 Abs. 1 Satz 1 KSchG gelten die Vorschriften des Ersten und Zweiten Abschnitts für Betriebe und Verwaltungen des privaten und öffentlichen Rechts, vorbehaltlich der Vorschriften des § 24 KSchG für die Seeschiffahrts-, Binnenschiffahrts- und Luftverkehrsbetriebe. Nach Satz 2 gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSchG nicht für Betriebe und Verwaltungen, in denen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung in der Regel fünf oder weniger Beschäftigte beschäftigt werden.⁵⁵ Hiervon umfasst sind jedoch nur Arbeitsverhältnisse, die bis zum 31.12.2003 begründet worden sind. Bei Arbeitsverhältnissen, die ab dem 01.01.2004 begründet worden sind gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSchG nach Satz 3 nur dann, wenn zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung in der Regel mehr als zehn Beschäftigte beschäftigt werden.⁵⁶ Auszubildende zählen jedoch stets nicht dazu. Satz 4 definiert, dass Teilzeitbeschäftigte entsprechend gequotelt berücksichtigt werden. Im öffentlichen Dienst ist bei der Beschäftigtenzahl auf die Verwaltungseinheit abzustellen.⁵⁷ Für den Begriff der Verwaltung ist jedoch nicht der personalvertretungsrechtliche Dienststellenbegriff maßgeblich, sondern die Gesamtheit der Dienststellen in einer größeren Verwaltung.⁵⁸ Aufgrund der vielfältigen Tätigkeitsbereiche sind bei nahezu allen öffentlichen Arbeitgebern mehr als zehn Beschäftigte beschäftigt, sodass der sachliche Anwendungsbereich des KSchG im Regelfall eröffnet ist. Auf tieferegehende Ausführungen zum sachlichen Anwendungsbereich soll daher verzichtet werden.

Neben dem sachlichen Anwendungsbereich muss auch der persönliche Anwendungsbereich des KSchG für den jeweiligen Arbeitnehmer eröffnet sein. Nach § 1 Abs. 1 KSchG ist dies der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat. Das KSchG sieht hierbei keine eigene Definition des Arbeitnehmerbegriffs vor, sodass an dieser Stelle auf die gesetzliche Definition nach § 611a Abs. 1 BGB verwiesen werden kann.⁵⁹ Ferner handelt es sich hierbei um

⁵⁵ BAG, Urteil vom 21. September 2017 – 2 AZR 865/16 -, NZA 2018, 358, 359.

⁵⁶ *Kiel*, in: ErfK KSchG § 23 Rn. 2.

⁵⁷ *Kiel*, in: ErfK KSchG § 23 Rn. 7.

⁵⁸ BAG, Urteil vom 29. Oktober 1998 – 2 AZR 759/97 -, BeckRS 1998, 13917, 13917.

⁵⁹ *Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungrecht KSchG* § 1 Rn. 21.

zwingendes Recht, das nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden kann.⁶⁰ Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Parteien des Arbeitsverhältnisses in dieser Zeit die Möglichkeit zur Prüfung haben sollen, ob sie sich auf Dauer binden wollen.⁶¹ Demgemäß wird auch durch eine vereinbarte Probezeit von mehr als sechs Monaten der allgemeine Kündigungsschutz aus dem KSchG nicht durchbrochen.⁶² Maßgeblich für die Erfüllung der sechsmonatigen Wartezeit ist allein der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses.⁶³ Vorangehende Ausbildungszeiten sind grundsätzlich anzurechnen, die Vorzeiten eines vorangehenden Beschäftigungsverhältnisses beim selben Arbeitgeber können vereinbart werden.⁶⁴ Hinsichtlich der Berechnung der sechsmonatigen Wartezeit ist auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung abzustellen, §§ 187 und 188 BGB sind für die Fristberechnung heranzuziehen.⁶⁵

3. Soziale Rechtfertigung der Kündigung

Sofern der sachliche und persönliche Anwendungsbereich des KSchG eröffnet ist, bedarf die ordentliche Kündigung zu ihrer Wirksamkeit gemäß § 1 Abs. 1 KSchG einer sozialen Rechtfertigung. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung dann nicht sozial gerechtfertigt, 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. Wenn die Kündigung nach den Bestimmungen des KSchG nicht sozial gerechtfertigt ist, ist sie zunächst schwebend unwirksam.⁶⁶ Sofern der gekündigte Arbeitnehmer nicht rechtzeitig im Sinne der §§ 4 Satz 1 und 5 KSchG Kündigungsschutzklage beim zuständigen Arbeitsgericht erhoben hat, tritt die Heilungsfiktion des § 7 KSchG ein.

Daneben sind in § 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 KSchG absolute Gründe gegeben, die bei Erfüllung der Tatbestandmerkmale die Sozialwidrigkeit der Kündigung zur Folge haben.⁶⁷ Auf tiefergehende Ausführungen zu den absoluten Gründen für eine Sozialwidrigkeit der Kündigung wird aufgrund der Zielsetzung dieser Thesis verzichtet.

Die Generalklausel des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist in drei verschiedene Fallgruppen untergliedert, die relative Gründe für die Sozialwidrigkeit darstellen, da für die

⁶⁰ BAG, Urteil vom 20. Februar 2014 – 2 AZR 859/11 -, NZA 2014, 1083, 1088.

⁶¹ BAG, Urteil vom 20. Februar 2014 – 2 AZR 859/11 -, NZA 2014, 1083, 1084.

⁶² Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 29.

⁶³ Oetker, in: ErfK KSchG § 1 Rn. 36, 37.

⁶⁴ Oetker, in: ErfK KSchG § 1 Rn. 36.

⁶⁵ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 30.

⁶⁶ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 59.

⁶⁷ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 63.

abschließende Entscheidung über eine mögliche Sozialwidrigkeit alle Umstände des Einzelfalls in Form einer Interessenabwägung oder einer Sozialauswahl zu berücksichtigen sind.⁶⁸ Gemein haben die drei Fallgruppen, dass das Prognoseprinzip, die ultima ratio der Kündigung (Verhältnismäßigkeitsprinzip) und das Prinzip der Interessenabwägung Berücksichtigung finden müssen.⁶⁹

Im Folgenden sollen die Fallgruppen des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG erläutert werden. Ein Fokus soll hierbei auf den personenbedingten Gründen liegen, da diese für die weitere Bearbeitung dieser Thesis von entscheidender Bedeutung sind.

a) Verhaltensbedingte Gründe

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG kann eine ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt sein, wenn sie durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers bedingt ist. Als ein Verhalten des Arbeitnehmers ist in diesem Zuge eine Handlungsweise zu sehen, die vom Arbeitnehmer gesteuert wurde und ihm daher vorwerfbar ist.⁷⁰ Die verhaltensbedingte Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn durch das Verhalten des Arbeitnehmers eine Pflichtverletzung begangen worden ist, die zu einer Störung der Vertragsbeziehungen geführt hat.⁷¹ Die Pflichtverletzung kann sich hierbei sowohl auf die arbeitsvertragliche Hauptpflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung oder eine Nebenpflicht erstrecken.⁷² Eine Abmahnung indiziert die negative Prognose für den Fall, dass der Arbeitnehmer nach erfolgter Abmahnung eine gleichartige Pflichtverletzung begangen hat.⁷³ Einer Abmahnung bedarf es im Ausnahmefall nur dann nicht, wenn dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar gewesen sein musste, dass ein derartiges Verhalten vom Arbeitgeber nicht gebilligt wird.⁷⁴

Auf tiefergehende Ausführungen der verhaltensbedingten Gründe soll aufgrund der Zielsetzung dieser Thesis verzichtet werden.

b) Betriebsbedingte Gründe

Ferner kann eine ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG auch dann sozial gerechtfertigt sein, wenn sie durch dringende betriebliche Gründe begründet ist. Dem Arbeitgeber ist es durch die betriebsbedingte Kündigung eröffnet den Personalbestand einem geringeren Personalbedarf anzupassen. Hierfür ist erforderlich, dass der Arbeitgeber zunächst darzulegen hat, welche Gründe ihn dazu veranlassen haben eine unternehmerische Entscheidung zu treffen, die zu einer

⁶⁸ *Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1* Rn. 61.

⁶⁹ *Hergenröder*, in: *MüKoBGB KSchG § 1* Rn. 74.

⁷⁰ BAG, Urteil vom 3. November 2011 – 2 AZR 748/10 -, NZA 2012, 607, 608.

⁷¹ *Oetker*, in: *ErfK KSchG § 1* Rn. 189.

⁷² *Oetker*, in: *ErfK KSchG § 1* Rn. 190.

⁷³ BAG, Urteil vom 26. November 2009 – 2 AZR 751/08 -, NZA 2010, 823, 823.

⁷⁴ *Niemann*, in: *ErfK BGB § 626* Rn. 29d, 29e.

Verringerung des Personalbedarfs geführt haben. Im nächsten Schritt müssen die betrieblichen Erfordernisse dringend gewesen sein und hierdurch die Kündigung bedingt worden sein. Zuletzt muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer kündigen, der sozial am wenigsten schutzwürdig ist. Kündigt der Arbeitgeber die falsche Person und trifft folglich eine fehlerhafte Sozialauswahl ist die Kündigung nach § 1 Abs. 3 KSchG sozial ungerechtfertigt.⁷⁵

c) Personenbedingte Gründe

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG kann eine ordentliche Kündigung auch dann sozial gerechtfertigt sein, wenn sie durch in der Person liegende Gründe bedingt ist. Die personenbedingte Kündigung setzt daher voraus, dass der Arbeitnehmer die Eignung oder Fähigkeit verloren hat, seine geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen.⁷⁶ Zwar müssen die Gründe in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen, ein Verschulden ist jedoch nicht erforderlich.⁷⁷ Hierdurch grenzt sich die personenbedingte Kündigung von der verhaltensbedingten Kündigung ab, die auf ein vorwerfbares, steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers abstellt. Aufgrund der Verschuldensunabhängigkeit besteht bei der personenbedingten Kündigung ferner kein Abmahnungserfordernis.⁷⁸ Personenbedingte Kündigungen können folglich in Betracht kommen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung aufgrund rechtlicher Hindernisse wie z.B. aufgrund von fehlender Arbeitserlaubnis, Inhaftierung, fehlender Qualifikationen oder wegen Mängel in der körperlichen oder geistigen Eignung oder der Abnahme der Leistungsfähigkeit aufgrund von Alter, nicht mehr oder nur noch teilweise erbringen kann.⁷⁹ Hauptanwendungsfall der personenbedingten Gründe ist die Kündigung wegen Krankheit.⁸⁰

Für die personenbedingte Kündigung muss zunächst eine negative Prognose gegeben sein, nach der zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung nicht mit einer zeitnahen Wiederherstellung der Eignung oder Fähigkeit zur ordnungsgemäßen Erbringung der Arbeitsleistung gerechnet werden kann. Daneben muss die fehlerhafte oder beeinträchtigte Eignung oder Fähigkeit zur Erbringung der Arbeitsleistung zu konkreten Störungen des Arbeitsverhältnisses führen, die zum Kündigungszeitpunkt noch andauern und auch künftig zu erwarten sind. Diese erheblichen Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen dürfen zudem nicht durch mildere Mittel beseitigt werden können. Im letzten Schritt muss im Rahmen der

⁷⁵ *Kiel*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG* § 1 Rn. 441.

⁷⁶ *Schmidt*, in: *Küttner Personalbuch 2024 Kündigung, personenbedingte*, Rn. 2.

⁷⁷ BAG, Urteil vom 21. April 2016 – 2 AZR 609/15 –, NZA 2016, 941, 944.

⁷⁸ *Schmidt*, in: *Küttner Personalbuch 2024 Kündigung, personenbedingte*, Rn. 2.

⁷⁹ *Reidel*, *Conze/Karb/Reidel/Hahn/Krellig PersB, Kündigung, personenbedingte* Rn. 1; *Hergenröder*, in: *MüKoBGB KSchG* § 1 Rn. 146.

⁸⁰ *Reidel*, *Conze/Karb/Reidel/Hahn/Krellig PersB, Kündigung, personenbedingte* Rn. 3.

Interessenabwägung geprüft werden, ob die erheblichen Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen dem Arbeitgeber noch zumutbar sind.⁸¹

D. Krankheitsbedingte Kündigung

Nachfolgend soll die krankheitsbedingte Kündigung untersucht werden. Für die praktische Personalarbeit ist es unerlässlich die Begrifflichkeit der Krankheit zu verstehen und den jeweiligen Individualsachverhalt in die verschiedenen Fallgruppen krankheitsbedingter Kündigungen einordnen zu können. Aufgrund der verschiedenen Anforderungen der Rechtsprechung an die jeweilige Fallgruppe ist diese Unterscheidung für eine rechtssichere krankheitsbedingte Kündigung essenziell.

I. Krankheit als Kündigungsgrund

Im Folgenden sollen die Begrifflichkeit der Krankheit sowie die Zulässigkeit der krankheitsbedingten Kündigung im Hinblick auf mögliche Kollisionen mit dem AGG und dem Schwerbehindertenrecht erläutert werden.

1. Begrifflichkeit der Krankheit

Im medizinischen Sinne ist eine Krankheit „jeder regelwidrige körperliche oder geistige Zustand“⁸², der die Notwendigkeit einer Heilbehandlung zur Folge hat, durch die die Folgen der Krankheit gelindert oder eine Verschlimmerung verhindert werden kann.⁸³ Regelwidrig ist ein körperlicher oder geistiger Zustand, wenn er „nach allgemeiner Erfahrung unter Berücksichtigung eines natürlichen Verlaufs des Lebensgangs nicht bei jedem anderen Menschen gleichen Alters und Geschlechts zu erwarten ist“⁸⁴. Der arbeitsrechtliche Krankheitsbegriff knüpft an die medizinische Begriffsbestimmung an, allerdings wirkt sich die Krankheit im arbeitsrechtlichen Sinne erst dann aus, wenn sie den Arbeitnehmer daran hindert, die von ihm geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen und er folglich ganz oder teilweise arbeitsunfähig ist.⁸⁵ Im Regelfall wird der Arbeitgeber nicht wissen, wieso genau der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist. Daher ist kündigungsrechtlich allein ausschlaggebend, dass der Arbeitnehmer aufgrund nicht vorwerfbarer Gründe in seiner Person, daran gehindert ist die geschuldete Arbeitsleistung ordnungsgemäß zu erbringen.⁸⁶

⁸¹ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 123-126.

⁸² BAG, Urteil vom 07. Dezember 2005 – 5 AZR 228/05 -, NJOZ 2006, 2632, 2638.

⁸³ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 135.

⁸⁴ BAG, Urteil vom 07. Dezember 2005 – 5 AZR 228/05 -, NJOZ 2006, 2632, 2638.

⁸⁵ BAG, Urteil vom 25. Juni 1981 – 6 AZR 940/78 -, NJW 1982, 712, 713.

⁸⁶ Oetker, in: ErfK KSchG § 1 Rn. 112.

2. Zulässigkeit der Kündigung aufgrund von Krankheit

Kündigungsrechtlich ist Krankheit nur dann von Bedeutung, wenn der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen kann. Hieraus folgt, dass die krankheitsbedingte Kündigung nicht wegen der Krankheit an sich sozial gerechtfertigt sein kann, sondern nur durch den Umstand, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung aufgrund der Krankheit nur schlecht oder nicht erfüllen kann und sich hieraus erhebliche Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen des Arbeitgebers ergeben⁸⁷. Sofern der Arbeitnehmer trotz Krankheit dazu in der Lage ist seine geschuldete Arbeitsleistung störungsfrei zu erbringen, ist eine krankheitsbedingte Kündigung sozialwidrig.⁸⁸ Nach Auffassung von Oetker sei die Begrifflichkeit der krankheitsbedingten Kündigung daher irreführend.⁸⁹

Im Gegensatz dazu hindert Krankheit allerdings auch nicht die Wirksamkeit einer Kündigung. Demnach ist die Kündigung nicht unwirksam, wenn sie während einer Krankheit ausgesprochen worden ist, wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG ergibt. Ferner wird durch Krankheit auch nicht die Kündigungsfrist gehemmt.⁹⁰

Etwas anderes könnte sich dann ergeben, wenn die Krankheit auf eine Behinderung zurückzuführen ist, da die Kündigung dann nach §§ 1, 7 AGG i.V.m. § 134 BGB unwirksam sein könnte. Dem Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG ist zwar zu entnehmen, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Allerdings sind die Mitgliedsstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH (Europäischer Gerichtshof) verpflichtet die Grundwerte der europäischen Richtlinien in nationales Recht zu überführen.⁹¹ Im Kontext von Krankheit und Behinderung hat das nationale Recht die RL 2000/78/EG vom 27.11.2000 zu beachten.⁹² Nach Rechtsprechung des BAG ist eine Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten aufgrund einer Behinderung mit RL 2000/78/EG vereinbar, wenn der Arbeitgeber nicht dazu im Stande sei, die bestehende Leistungsunfähigkeit oder -einschränkung des Arbeitnehmers durch angemessene Vorkehrungen im Sinne von nicht unzumutbar belastenden Maßnahmen, zu beseitigen.⁹³ Sofern der Arbeitgeber die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz vor Ausspruch der krankheitsbedingten Kündigung ausreichend würdigt und die Kündigung dennoch

⁸⁷ Oetker, in: ErfK KSchG § 1 Rn. 110.

⁸⁸ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 136.

⁸⁹ Oetker, in: ErfK KSchG § 1 Rn. 103.

⁹⁰ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 137; Oetker, in: ErfK KSchG § 1 Rn. 110.

⁹¹ Schlachter, in: ErfK AGG § 2 Rn. 19.

⁹² Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 137a.

⁹³ BAG, Urteil vom 20. November 2014 – 2 AZR 664/13 -, NZA 2015, 931, 937.

unvermeidlich ist, handelt er im Sinne der Rechtsprechung des BAG. Wenn also eine krankheitsbedingte Kündigung als sozial gerechtfertigt anzusehen ist, ist damit folglich stets auch eine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht gegeben und die Kündigung nichtdiskriminierend im Sinne des AGG.⁹⁴

Wenn die Krankheit in Zusammenhang mit einer Behinderung steht, sind ferner die besonderen Schutzvorschriften des Schwerbehindertenrechts zu beachten. Nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe betreffen, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören. Nach Satz 3 ist die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die ohne Beteiligung nach Satz 1 durchgeführt worden ist, unwirksam. Zu beachten ist, dass auch einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellte Person vom Schutzgedanken des § 178 Abs 2 Satz 3 SGB IX umfasst ist. Das SGB IX konkretisiert keine Frist, in derer sich die Schwerbehindertenvertretung äußern muss.

Aufgrund dieser planwidrigen Regelungslücke wendet das BAG die Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG analog an. Nach Ansicht des BAG gelte dies auch für öffentliche Arbeitgeber, die in den einschlägigen Personalvertretungsgesetzen abweichende Fristen zu berücksichtigen haben. Zu beachten ist, dass der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nach erfolgter Unterrichtung über die beibehaltene Kündigungsabsicht unverzüglich im Sinne des § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX unterrichten muss, um die Unwirksamkeit der Kündigung zu verhindern.⁹⁵

Eine weitere bedeutsame Norm stellt § 168 SGB IX dar. Demnach bedarf die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Das Integrationsamt ermittelt im Rahmen der Interessenabwägung, was dem Arbeitgeber an Fürsorge gegenüber der schwerbehinderten Person zugemutet werden kann, wobei die Interessen der schwerbehinderten Person umso gewichtiger sind, je mehr der Kündigungsgrund mit der Schwerbehinderung in Verbindung steht.⁹⁶ Gerade im Bereich krankheitsbedingter Kündigungen ist im Regelfall ein enger Zusammenhang zwischen der Krankheit und der Schwerbehinderung festzustellen, anders als beispielsweise bei einer verhaltensbedingten Kündigung. Wie auch bei § 178 Abs. 2 SGB IX sind von der Norm Gleichgestellte eingeschlossen.⁹⁷ Erst wenn das Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung erteilt hat, kann diese wirksam sein. Zu beachten ist ferner, dass

⁹⁴ *Seiwerth*, NZA 2023, S. 1148.

⁹⁵ *Rolfs*, in: *ErfK SGB IX* § 178 Rn. 10.

⁹⁶ *Gutzeit*, in: *BeckOK SozR SGB IX* § 168 Rn. 5.

⁹⁷ *Gutzeit*, in: *BeckOK SozR SGB IX* § 168 Rn. 7.

die Kündigung nach § 171 Abs. 3 SGB IX nur innerhalb eines Monats nach Zustimmung erklärt werden kann.

Für außerordentliche Kündigungen stellt § 174 SGB IX eine Spezialnorm dar, wonach nach Absatz 2 die Zustimmung beim Integrationsamt analog zu § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB nur innerhalb von zwei Wochen eingeholt werden kann.⁹⁸ Anders als bei der ordentlichen Kündigung hat das Integrationsamt nach § 174 Abs. 3 Satz 1 SGB IX innerhalb von zwei Wochen ab Antragseingang zu entscheiden. Sofern eine Entscheidung innerhalb dieser Frist nicht getroffen wird, tritt die Zustimmungsfiktion nach Satz 2 ein. Da der Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bedarf wird die Kündigungserklärungsfrist § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB im Regelfall nicht mehr möglich sein. § 174 Abs. 5 SGB IX modifiziert diese Frist daher dahingehend, dass die Kündigung auch nach Ablauf der Frist erfolgen kann, wenn sie unverzüglich im Sinne des § 121 Abs. 1 BGB nach Zustimmung erklärt wird.

Noch vor der Aussprache einer krankheitsbedingten Kündigung soll gemäß § 167 Abs. 1 SGB IX ein Präventionsverfahren durchgeführt werden. Hierbei schaltet der Arbeitgeber bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis eines Schwerbehinderten, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung, die in § 176 SGB IX genannten Vertretungen sowieso das Integrationsamt ein, um mit ihnen sämtliche Möglichkeiten durchzugehen, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann. Auch § 167 Abs. 1 SGB IX findet bei Gleichgestellten Anwendung.⁹⁹ Das Präventionsverfahren ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen.¹⁰⁰ Vielmehr handelt es sich um eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.¹⁰¹

Die zuvor erläuterten Normen des SGB IX betreffen zwar sämtliche Kündigungen eines Schwerbehinderten oder Gleichgestellten, allerdings sind krankheitsbedingte Fehlzeiten unter Umständen auf eine Behinderung zurückzuführen. Für die praktische Personalarbeit ist es daher unabdingbar die besonderen Schutzvorschriften des Schwerbehindertenrechts zu kennen, um die Rechtssicherheit einer krankheitsbedingten Kündigung gewährleisten zu können.

⁹⁸ *Gutzeit*, in: BeckOK SozR SGB IX § 174 Rn. 5.

⁹⁹ BAG, Urteil vom 02. Juni 2022 – 8 AZR 191/21 -, NZA 2022, 1461, 1464.

¹⁰⁰ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16. Januar 2023 – 3 Sa 196/22 -, BeckRS 2023, 18335 Rn. 74.

¹⁰¹ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16. Januar 2023 – 3 Sa 196/22 -, BeckRS 2023, 18335 Rn. 74.

II. Fallgruppen krankheitsbedingter Kündigung

In Rechtsprechung und Literatur haben sich vier Fallgruppen krankheitsbedingter Kündigungen herausgebildet. Im Folgenden sollen diese Fallgruppen dargestellt werden, wobei die Schwerpunktsetzung auf der krankheitsbedingten Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen liegen soll.

1. Häufige Kurzerkrankungen

Bei der Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen, erkrankt der Mitarbeiter wie bereits dem Wortlaut zu entnehmen ist mehrmals für nur kurze Zeiträume. Häufige Kurzerkrankungen sind grundsätzlich dazu geeignet eine negative Prognose zu begründen.¹⁰² Erhebliche Beeinträchtigungen im wirtschaftlichen Bereich lassen sich bei häufigen Kurzerkrankungen vor allem auf Entgeltfortzahlungskosten oder das Einstellen von Hilfskräften zurückführen.¹⁰³ Betriebliche Interessen sind bei häufigen Kurzerkrankungen vor allem aufgrund der erschwerten Personaldisposition beeinträchtigt.¹⁰⁴

Tiefergehende Ausführungen zur krankheitsbedingten Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen sollen in Kapitel E erfolgen. Hierbei soll insbesondere auf die von der Rechtsprechung entwickelten Prüfschritte eingegangen werden.

2. Langandauernde Erkrankung

Wesentlich für die Kündigung wegen langandauernder Erkrankung ist, dass der Arbeitnehmer bereits längere Zeit erkrankt ist und mit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist.¹⁰⁵ Einen konkreten Bemessungszeitraum dafür, was als lang andauernde Erkrankung definiert werden kann, gibt es nicht.¹⁰⁶ Neben den vergangenen krankheitsbedingten Fehlzeiten müssen für eine negative Prognose weitere objektive Anhaltspunkte gegeben sein.¹⁰⁷ Relevant sind hierbei insbesondere die Art und Ursache der Erkrankung, da beispielsweise bei einem Handwerker mit Bandscheibenvorfall eine zeitnahe Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit weniger zu erwarten ist, als bei einer Bürokauffrau, die sich den kleinen Finger gebrochen hat. Anders als bei häufigen Kurzerkrankungen sind die Interessen des Arbeitgebers nicht durch Entgeltfortzahlungskosten beeinträchtigt, da der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 EFZG nur für die ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit Entgeltfortzahlung leisten muss und der Arbeitnehmer für eine längere Zeit erkrankt ist.¹⁰⁸ Vielmehr ist der Arbeitgeber dadurch

¹⁰² *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 531.

¹⁰³ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 542.

¹⁰⁴ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 541.

¹⁰⁵ *Vossen*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 142, 143.

¹⁰⁶ *Vossen*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 144.

¹⁰⁷ *Vossen*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 142, 143.

¹⁰⁸ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 543.

beeinträchtigt, dass er aufgrund der Ungewissheit des Heilungsverlaufs Unkenntnis über die Dauer der Beschaffung einer Vertretungskraft hat.¹⁰⁹ Nach Rechtsprechung des BAG sind erhebliche Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen im Falle einer langandauernden Erkrankung anzunehmen, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung mit einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit innerhalb der nächsten 24 Monaten nicht zu rechnen sei.¹¹⁰

3. Krankheitsbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit

Bei der krankheitsbedingten Minderung der Leistungsfähigkeit ist der Arbeitnehmer zwar dazu in der Lage seiner Arbeit nachzugehen, allerdings bleibt er aufgrund der Krankheit erheblich unter der von ihm zu verlangenden individuellen Normalleistung zurück.¹¹¹ Hierdurch werden beim Arbeitgeber wirtschaftliche Belastungen dadurch verursacht, dass bei einer Zahlung des Lohns keine adäquate Arbeitsleistung gegenübersteht.¹¹² Nach Rechtsprechung des BAG könne eine Leistungsminderung um ein Drittel im Vergleich zur Normalleistung die Erheblichkeitsschwelle überschreiten und je nach Interessenabwägung eine krankheitsbedingte Kündigung wegen Minderung der Leistungsfähigkeit rechtfertigen.¹¹³

4. Krankheitsbedingte dauerhafte Leistungsunfähigkeit

Wesentlich für die krankheitsbedingte dauerhafte Leistungsunfähigkeit ist, dass der Arbeitnehmer dauerhaft nicht mehr dazu in der Lage ist seine Arbeitsleistung zu erbringen. Die dauerhafte Leistungsunfähigkeit muss objektiv auf eine ärztliche Prognose gestützt werden oder gerichtlich festgestellt worden sein, die Selbsteinschätzung des Arbeitnehmers zu seiner Leistungsfähigkeit genügt nicht.¹¹⁴ Aufgrund der objektiv begründeten dauerhaften Leistungsunfähigkeit ist eine negative Gesundheitsprognose entbehrlich, da bereits feststeht, dass mit einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht zu rechnen ist. Ebenso werden durch die dauerhafte Leistungsunfähigkeit bereits betriebliche Interessen erheblich beeinträchtigt, da es dem Arbeitnehmer dauerhaft unmöglich ist seine Arbeitsleistung zu erbringen und das arbeitsvertragliche Synallagma hierdurch gestört wird.¹¹⁵

¹⁰⁹ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 544.

¹¹⁰ BAG, Urteil vom 29. April 1999 – 2 AZR 431/98 -, NZA 1999, 978, 980.

¹¹¹ *Hergenröder*, in: MüKoBGB KSchG § 1 Rn. 218.

¹¹² BAG, Urteil vom 26. September 1991 – 2 AZR 132/91 -, NZA 1992, 1073, 1076.

¹¹³ BAG, Urteil vom 26. September 1991 – 2 AZR 132/91 -, NZA 1992, 1073, 1076.

¹¹⁴ *Hergenröder*, in: MüKoBGB KSchG § 1 Rn. 216; *Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht* KSchG § 1 Rn. 189.

¹¹⁵ *Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht* KSchG § 1 Rn. 192.

E. Ordentliche Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen im öffentlichen Dienst

Im folgenden Kapitel soll die ordentliche Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen im öffentlichen Dienst betrachtet werden. Hierfür sollen die zuvor behandelten Prüfschritte einer krankheitsbedingten Kündigung vertieft dargestellt werden und auf die Besonderheiten im Hinblick auf die Erfordernisse einer rechtssicheren krankheitsbedingten Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen eingegangen werden. Aufgrund der Zielsetzung dieser Thesis stehen die Besonderheiten und Modifikationen einer solchen Kündigung im öffentlichen Dienst ebenfalls im Fokus.

I. Negative Gesundheitsprognose

Für die negative Gesundheitsprognose müssen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nach medizinischen Grundsätzen objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen.¹¹⁶ Bei häufigen Kurzerkrankungen kommt den bisherigen Fehlzeiten hierbei eine Indizwirkung für die Zukunft zu, allerdings nur dann, wenn die Krankheiten nicht ausgeheilt sind.¹¹⁷ Ebenso wenig sind krankheitsbedingte Fehlzeiten zu berücksichtigen, die auf einem Betriebsunfall, sonstigen einmaligen Ursachen wie etwa bei Sportunfällen beruhen oder bei Erkrankungen, gegen die erfolgreich besondere Therapiemaßnahmen ergriffen worden sind wie beispielsweise einer Operation.¹¹⁸ Ob es sich immer um die gleiche Erkrankung handelt oder diese verschieden sind, ist nicht von Belang, da auch krankheitsbedingte Ausfälle aufgrund verschiedener Erkrankungen auf eine allgemeine Krankheitsanfälligkeit hindeuten können, die prognostisch andauernd wird.¹¹⁹

Gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG hat der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen. Im Regelfall wird der Arbeitgeber allerdings keine genaue Auskunft darüber haben, weswegen der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist. Im ersten Schritt genügt es daher, wenn der Arbeitgeber die Krankheitszeiten nach Anzahl, Dauer und zeitlicher Folge darstellt und behauptet, dass zukünftig Fehlzeiten in entsprechendem Umfang zu erwarten sind.¹²⁰ Welcher Zeitraum an vergangenen Fehlzeiten für die objektive Begründung einer negativen Gesundheitsprognose ausreichen soll, bemisst sich nach den individuellen

¹¹⁶ BAG, Urteil vom 22. Juli 2017 – 2 AZR 125/21 -, NZA 2021, 1551, 1551.

¹¹⁷ LAG Köln, Urteil vom 01. September 2022 – 8 Sa 393/21 -, BeckRS 2022, 33192 Rn. 27.

¹¹⁸ BAG, Urteil vom 20. November 2014 – 2 AZR 755/13 -, NZA 2015, 612, 613; *Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG* § 1 Rn. 141.

¹¹⁹ LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 07. Mai 2024 – 5 Sa 56/23 -, BeckRS 2024, 15565 Rn. 26.

¹²⁰ *Kiel*, in: *MHdB ArbR* § 113 Rn. 13.

Gegebenheiten des Sachverhalts, wobei nach Rechtsprechung des BAG ein Referenzzeitraum von drei Jahren vor Zugang der Kündigung zugrunde zu legen sei.¹²¹ Sofern eine Arbeitnehmervertretung wie der Personalrat im öffentlichen Dienst besteht, sind die vorangegangenen drei Jahre vor Einleitung des Beteiligungsverfahrens maßgeblich.¹²² Im Einzelfall kann auch ein kürzerer Zeitraum für die Indizwirkung der vergangenen krankheitsbedingten Fehlzeiten genügen. So hat das BAG beispielsweise nicht ausgeschlossen, dass auch ein Referenzzeitraum von 15 Monaten im Einzelfall für eine Indizwirkung ausreichen kann, eine gesicherte Gesundheitsprognose jedoch erst nach zwei bis drei Jahren möglich sei.¹²³ Insbesondere beim Vorliegen von Auffälligkeiten wie einem starken Anstieg der Fehlzeiten nach einer Entfristung des Arbeitsverhältnisses kann eine Indizwirkung auch schon nach weniger als drei Jahren begründet sein.¹²⁴ Gleiches könnte sich beispielsweise auch dann ergeben, wenn in einem erst kurz bestehenden Arbeitsverhältnis konstant Fehlzeiten von einigen Tagen pro Woche bestehen, da bereits hierauf eine negative Prognose gestützt werden könnte.

Für die objektive Begründetheit der negativen Gesundheitsprognose ist neben der reinen Anzahl und Dauer der vergangenen krankheitsbedingten Fehlzeiten auch die Tendenz bzw. der Verlauf der Fehlzeiten entscheidend. Sofern die Fehlzeiten im Referenzzeitraum gestiegen oder zumindest gleichbleibend waren spricht dies eher für eine negative Gesundheitsprognose als bei sinkenden Fehlzeiten.¹²⁵

Gemäß § 138 Abs. 2 ZPO hat sich der Arbeitnehmer wiederum zur dargelegten negativen Gesundheitsprognose zu erklären. Hierzu muss der Arbeitnehmer keinen Gegenbeweis anbringen, sondern muss dafür sorgen, dass die Indizwirkung der bisherigen Fehlzeiten erschüttert wird. Dabei genügt es nicht, wenn der Arbeitnehmer vorträgt, dass eine negative Gesundheitsprognose seiner Meinung nach nicht gegeben sei.¹²⁶ Vielmehr muss er darlegen, weshalb im Kündigungszeitpunkt mit einer baldigen Genesung zu rechnen war.¹²⁷ Seiner prozessualen Mitwirkungspflicht genügt er bereits dann, wenn er die Behauptungen des Arbeitgebers bestreitet und vorträgt, dass seine behandelnden Ärzte die künftige gesundheitliche Entwicklung positiv bewerten und er diese von der ärztlichen Schweigepflicht entbindet.¹²⁸ Sofern der Arbeitnehmer die Gesundheitsprognose nicht erschüttert hat, gilt der Vortrag des Arbeitgebers nach § 138 Abs. 3 ZPO als

¹²¹ BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 6/18 –, NZA 2018, 1056, 1058.

¹²² BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 6/18 –, NZA 2018, 1056, 1058.

¹²³ BAG, Urteil vom 15. Mai 1993 – 2 AZR 598/92 –, juris Rn. 19.

¹²⁴ Richter, ArbR Aktuell, S. 256.

¹²⁵ *Seiwert/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 533.

¹²⁶ *Seiwert/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 534.

¹²⁷ LAG Köln, Urteil vom 01. September 2022 – 8 Sa 393/21 –, BeckRS 2022, 33192 Rn. 27.

¹²⁸ *Kunz*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, S. 1493, 1494.

zugestanden und das Gericht hat ohne ein Sachverständigengutachten einen tatrichterlichen Ermessensspielraum im Sinne des § 286 ZPO, um zu entscheiden, ob die bisherigen Erkrankungen auch weitere Störungen des Arbeitsverhältnisses erwarten lassen.¹²⁹ Wenn der Arbeitnehmer die Indizwirkung der vergangenen Fehlzeiten erschüttern konnte oder die vom Arbeitgeber vorgetragene Umstände dem Gericht von vornherein nicht ausreichen, trägt der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die letztendliche Beweislast.¹³⁰ Maßgeblich ist dann die objektive Prognose eines sachverständigen Arztes oder eines sachverständigen Zeugen, der die vom Arbeitnehmer vorgetragene Umstände widerlegen kann.¹³¹

Letztendlich stellen immer die Hintergründe des Einzelfalls den entscheidenden Faktor dar, welcher Zeitraum an vergangenen Fehlzeiten dazu imstande ist eine negative Prognose zu begründen. Der öffentliche Arbeitgeber hat daher Auffälligkeiten herauszuarbeiten, die seiner Ansicht nach eine negative Gesundheitsprognose rechtfertigen.

II. Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Auf der zweiten Stufe müssen die auf Grundlage der negativen Gesundheitsprognose zu erwartenden künftigen Störungen des Arbeitsverhältnisses zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen.¹³² Die prognostizierten Fehlzeiten und die sich hieraus ergebenden erheblichen Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen ergeben zusammen den Kündigungsgrund.¹³³ Solche erheblichen Beeinträchtigungen können nach Rechtsprechung des BAG Betriebsablaufstörungen, wirtschaftliche Belastungen des Arbeitgebers oder außergewöhnlich hohe Lohnfortzahlungskosten sein, sofern durch die Lohnfortzahlungskosten das arbeitsvertragliche Austauschverhältnis auf unbestimmte Zeit ganz erheblich gestört werden würde.¹³⁴ Gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG liegt die Darlegungs- und Beweislast für das Auftreten der erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen ebenfalls beim Arbeitgeber.

Betriebsablaufstörungen sind dann als Kündigungsgrund geeignet, wenn es sich um schwerwiegende Störungen im Produktionsprozess handelt und diese nicht durch mögliche und zumutbare Überbrückungsmaßnahmen vermieden werden können.¹³⁵ Als Betriebsablaufstörungen kommen im öffentlichen Dienst

¹²⁹ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 535.

¹³⁰ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 535.

¹³¹ *Kunz*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, S. 1493, 1494; *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 536.

¹³² *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 539.

¹³³ BAG, Urteil vom 29. Juli 1993 – 2 AZR 155/93 –, NZA 1994, 67, 68.

¹³⁴ BAG, Urteil vom 29. Juli 1993 – 2 AZR 155/93 –, NZA 1994, 67, 68.

¹³⁵ *Vossen*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 155.

beispielsweise ein Stillstand von Maschinen, Produktionsausfälle oder Produktionsrückgänge wegen erst einzuarbeitendem Ersatzpersonals in Betracht.¹³⁶ Daneben ist auch die Stellung des erkrankten Arbeitnehmers im Betrieb von Bedeutung, da Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen schwerer ersatzbar sind.¹³⁷ Als zumutbare und für den Arbeitgeber mögliche Überbrückungsmaßnahmen sind beispielsweise die Umorganisation der Arbeit, die Einstellung einer Aushilfskraft oder der Einsatz eines Arbeitnehmers aus vorgehaltener Personalreserve anzusehen.¹³⁸ Allerdings sind dem Arbeitgeber Überbrückungsmaßnahmen beim Vorliegen häufiger Kurzerkrankungen weniger zumutbar, als dies beispielsweise bei einer langandauernden Erkrankung der Fall wäre, da der Arbeitnehmer bei häufigen Kurzerkrankungen immer wieder für kürzere Zeitabschnitte erkrankt und die Zeit des krankheitsbedingten Ausfalls dadurch weniger planbar ist. Die Notwendigkeit und der zeitliche Bedarf an Ersatzkräften ist beim Vorliegen von häufigen Kurzerkrankungen daher nicht kalkulierbar und der Arbeitgeber deshalb nur eingeschränkt zur Beschaffung von Ersatzkräften verpflichtet.¹³⁹

Im Bereich öffentlicher Arbeitgeber ist zudem zu beachten, dass sie an den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gebunden sind. Gemäß §7 BHO ist dieser Grundsatz bei der Aufstellung und Ausführung des Haushalts zu beachten, der dazu verpflichtet, zu prüfen, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederungen und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können. Entsprechende Anforderungen lassen sich auch in den einschlägigen Landeshaushaltsordnungen finden. Öffentliche Arbeitgeber sind daher dazu verpflichtet, mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln sparsam und wirtschaftlich zu haushalten. Dieser Grundsatz schlägt sich auch auf die Personalausgaben nieder, da diese über Planstellen und einen verbindlichen Stellenplan bewirtschaftet werden und die Einstellung von Ersatzkräften nur möglich ist, wenn noch entsprechend freie Personalmittel zur Verfügung stehen.¹⁴⁰

Bei einer krankheitsbedingten Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen liegen wirtschaftliche Belastungen des Arbeitgebers vor allem in den zu erwartenden Lohnfortzahlungskosten und der eventuellen Einstellung von Aushilfskräften.¹⁴¹ Nach Rechtsprechung des BAG seien erhebliche wirtschaftliche Belastungen dann anzunehmen, wenn die jährlichen Entgeltfortzahlungskosten den sechswöchigen

¹³⁶ Thies, in: Arbeitsrecht Kommentar, S. 2535.

¹³⁷ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 155.

¹³⁸ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 155a.

¹³⁹ Thies, in: Arbeitsrecht Kommentar, S. 2535.

¹⁴⁰ Bundesministerium der Finanzen, Das System der öffentlichen Haushalte, S.66-68.

¹⁴¹ Seiwerth/Wenning, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 542.

Zeitraum des § 3 Abs. 1 EFZG übersteigen.¹⁴² Diese Rechtsprechung des BAG ist teilweise auf Kritik gestoßen, da die wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers aus dem EFZG, eine aus sozialpolitischen Gründen gewollte gesetzliche Ausnahme vom arbeitsvertraglichen Synallagma sei.¹⁴³ Daher sei eine kündigungsrelevante Benachteiligung der Entgeltfortzahlungskosten ein Wertungswiderspruch zum Regelungsgehalt des EFZG und verstoße ferner gegen das Maßregelungsverbot aus § 612a BGB.¹⁴⁴ Das BAG vertritt demgegenüber die Auffassung, dass die zu leistenden Entgeltfortzahlungskosten ein Ausdruck der Störung des Synallagmas zwischen Arbeitsleistung und Vergütung darstellen und für die geleisteten Entgeltfortzahlungskosten im Krankheitsfall kein gleichwertiges Pendant gegenüberstehe.¹⁴⁵ Demnach liege in der Berücksichtigung der Entgeltfortzahlungskosten auch kein Verstoß gegen § 612a BGB, da die Kündigung eine Reaktion auf die künftig zu erwartenden Störungen des Arbeitsverhältnisses sei und nicht eine Maßregelung für die zu leistenden Entgeltfortzahlungskosten.¹⁴⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Rechtsprechung des BAG zu folgen, da sich bereits aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 EFZG ergibt, dass der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nicht dadurch berührt wird, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit kündigt. Hieraus lässt sich schlussfolgern, dass auch im Bereich des EFZG eine krankheitsbedingte Kündigung zulässig sein soll, die zu ihrer sozialen Rechtfertigung auf wirtschaftliche Belastungen des Arbeitgebers gestützt werden kann. Weiter lässt sich aus dieser Norm entnehmen, dass die aus sozialpolitischen Gründen gewollte Ausnahme vom arbeitsvertraglichen Synallagma nicht unbegrenzt gelten soll, da dem Wortlaut zufolge krankheitsbedingte Kündigungen zulässig sein sollen und dem Arbeitgeber eine unbegrenzte Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall daher nicht zugemutet werden soll. Wäre die Auffassung des BAG ein Wertungswiderspruch zum Regelungsgehalt des EFZG, wäre die Formulierung des § 8 Abs. 1 EFZG an dieser Stelle widersprüchlich.

Nicht berücksichtigt werden sollen nach Auffassung des BAG hingegen Zuschüsse zum Krankengeld, Leistungen, mit denen ausschließlich erbrachte und oder künftig zu erwartete Betriebstreue honoriert werden soll sowie Sondervergütungen und Urlaubsansprüche.¹⁴⁷ Das BAG begründet dies damit, dass diese Leistungen auch bei einer tariflichen Grundlage grundsätzlich freiwillig gezahlt werden würden und die Arbeitgeber damit ein nach dem Gesetz den Arbeitnehmern zugewiesenes

¹⁴² BAG, Urteil vom 16. Februar 1989 – 2 AZR 299/88 -, NJW 1989, 3299, 3300.

¹⁴³ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungtrecht KSchG § 1 Rn. 158.

¹⁴⁴ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungtrecht KSchG § 1 Rn. 158.

¹⁴⁵ BAG, Urteil vom 22. Juli 2021 – 2 AZR 125/21 -, NZA 2021, 1551, 1552.

¹⁴⁶ Seiwert/Wenning, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 542.1.

¹⁴⁷ BAG, Urteil vom 22. Juli 2021 – 2 AZR 125/21 -, NZA 2021, 1551, 1552; Richter, ArbR Aktuell, S. 255, 257.

Risiko übernehmen würden.¹⁴⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Rechtsprechung des BAG inkonsequent, da die Zuschüsse zum Krankengeld die wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers erhöhen, auch wenn diese grundsätzlich freiwillig gezahlt werden. Im Geltungsbereich des TVöD und TV-L wird beispielsweise nach § 22 Abs. 3 TVöD und § 22 Abs. 3 TV-L in Abhängigkeit der Beschäftigungszeit nach § 34 Abs. 3 TVöD und § 34 Abs. 3 TV-L ein Krankengeldzuschuss bis zum Ende der 39. Woche nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit gezahlt. Folgt man der Auffassung des BAG zur Berücksichtigung der Entgeltfortzahlungskosten zur Anerkennung wirtschaftlicher Belastungen, sollte dies auch für freiwillige Krankengeldzuschüsse gelten, die ebenfalls eine wirtschaftliche Belastung im Zusammenhang mit Arbeitsunfähigkeit darstellen.

Im Umkehrschluss kann aus der Rechtsprechung des BAG allerdings nicht geschlossen werden, dass ein freiwilliger Zuschuss zum Krankengeld damit gleichzusetzen sei, dass jährlich sechs Wochen übersteigende Entgeltfortzahlungskosten grundsätzlich nicht dazu geeignet sein sollen, eine krankheitsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen.¹⁴⁹ Sofern zu den Entgeltfortzahlungskosten zusätzlich Betriebsablaufstörungen hinzukommen, können bereits jährliche Fehlzeiten unterhalb des sechs Wochen Zeitraums ausreichend sein.¹⁵⁰

Ermittelt werden die prognoserelevanten Entgeltfortzahlungskosten zunächst, indem die Fehlzeiten, für die keine Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG mehr zu leisten ist sowie Fehlzeiten, für die dem Arbeitgeber bekannterweise keine Wiederholungsgefahr mehr besteht, außenvorgelassen werden.¹⁵¹ Im nächsten Schritt werden für die prognosefähigen Fehlzeiten die Entgeltfortzahlungskosten berechnet, da die Höhe im gerichtlichen Prozess dargelegt werden muss.¹⁵²

Zusammenfassend sind bei häufigen Kurzerkrankungen erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen vor allem in Entgeltfortzahlungskosten zu sehen, wenn diese jährlich für mehr als sechs Wochen geleistet werden müssen. Daneben können auch Betriebsablaufstörungen gegeben sein, da bei häufigen Kurzerkrankungen die Ausfallszeit des Arbeitnehmers nicht planbar ist und die Beschaffung von Ersatzpersonals daher erschwert ist.

¹⁴⁸ BAG, Urteil vom 22. Juli 2021 – 2 AZR 125/21 -, NZA 2021, 1551, 1552.

¹⁴⁹ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 152.

¹⁵⁰ BAG, Urteil vom 06. September 1989 – 2 AZR 224/89 -, NZA 1190, 434, 436.

¹⁵¹ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 161.

¹⁵² Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 161, 218.

III. Vorrang milderer Mittel

Aufgrund des dreistufigen Prüfungsaufbaus des BAG kann der ultima-ratio-Grundsatz entweder bei der erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen oder in der Interessenabwägung geprüft werden. Aufgrund der Übersichtlichkeit soll der ultima-ratio-Grundsatz in dieser Thesis als eigenständiger Prüfabschnitt dargestellt werden, da es für die Rechtssicherheit der Kündigung nicht weiter von Belang ist, an welcher Stelle die ultima ratio berücksichtigt wird.

Bei der krankheitsbedingten Kündigung kommt als milderes Mittel insbesondere die Umsetzung auf einem anderen gleichwertigen, freien und leidensgerechten Arbeitsplatz oder die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsplatzes in Betracht.¹⁵³ Der bisherige Arbeitsplatz kann dahingehend umgestaltet werden, dass beispielsweise die technischen oder organisatorischen Arbeitsbedingungen angepasst werden oder die Arbeitszeit verringert wird.¹⁵⁴ Die Umsetzung auf einen anderen, freien und leidensgerechten Arbeitsplatz erfolgt im Rahmen des Direktionsrechts aus § 106 GewO. Als weiteres milderes Mittel kommt eine Weiterbeschäftigung nach einer zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme in Betracht, allerdings muss hierfür ebenfalls ein freier Arbeitsplatz zur Verfügung stehen.¹⁵⁵

Der Arbeitgeber ist nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass die Kündigung nicht durch Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz vermieden werden kann und hat demnach alle zuvor erläuterten milderen Mittel zu prüfen. Allerdings finden beim Vorrang milderer Mittel die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast Anwendung.¹⁵⁶ Sofern feststeht, dass eine Weiterbeschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz ausscheidet, muss der Arbeitnehmer darlegen, welche konkreten Tätigkeiten er seiner Einschätzung nach ausüben könne, ohne dass er hierzu einen bestimmten Arbeitsplatz nennen muss.¹⁵⁷ Der Arbeitgeber muss dann wiederum darlegen und beweisen, wieso eine solche Beschäftigung nicht möglich ist.¹⁵⁸ Für die Beweislastverteilung erhebliche Bedeutung haben das bereits erläuterte Präventionsverfahren sowie das für alle Arbeitnehmer in § 167 Abs. 2 SGB IX normierte bEM (betriebliches Eingliederungsmanagement).¹⁵⁹

¹⁵³ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 498.

¹⁵⁴ Preis/Seiwerth, jM 2023, S. 411.

¹⁵⁵ LAG Hamm, Urteil vom 03. November 2023 – 13 Sa 453/23 -, NZA-RR 2024, 189, 192.

¹⁵⁶ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 500.

¹⁵⁷ Preis/Seiwerth, jM 2023, S. 409, 411.

¹⁵⁸ Preis/Seiwerth, jM 2023, S. 409, 411.

¹⁵⁹ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 500.

Das bEM an sich stellt zwar kein milderes Mittel dar, allerdings ist in diesem ergebnisoffenem Suchprozess nach milderem Mitteln zu suchen.¹⁶⁰ Weiter ist das bEM, wie auch das Präventionsverfahren, keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die krankheitsbedingte Kündigung, allerdings steigert sich die abgestufte Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers bei einem unterbliebenen oder nicht ordnungsgemäß durchgeführten bEM dahingehend, dass er darlegen muss, dass das bEM ohnehin nutzlos gewesen wäre.¹⁶¹ Hierzu muss der Arbeitgeber umfassend und konkret vortragen, weshalb weder der weitere Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Umorganisation möglich wäre und weshalb der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderweitigen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können.¹⁶² Zudem muss er darlegen, dass durch die Hinzunahme der Hilfe von Rehabilitationsträgern künftige Fehlzeiten in relevantem Umfang nicht hätten verhindert werden können.¹⁶³ Erst danach muss sich der Arbeitnehmer hierauf substantiiert einlassen und darlegen, wie er sich eine leidensgerechte Beschäftigung vorstellt.¹⁶⁴

Im Falle der Kündigung eines Schwerbehinderten oder ihm gleichgestellten begründet zudem auch die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung nicht die Vermutung, dass die Durchführung eines bEM-Verfahrens die Kündigung nicht hätte verhindern können.¹⁶⁵ Insofern erhöht sich bei einem unterbliebenem bEM-Verfahren die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers, obwohl die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung bereits erteilt worden ist.¹⁶⁶

Nach § 167 Abs. 2 SGB IX ist ein bEM durchzuführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist. Daraufhin 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 Möglichkeit, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

Dem Wortlaut des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zufolge liegt die Initiativlast das bEM anzubieten beim Arbeitgeber. Nach Satz 7 können auch die zuständige Interessensvertretung sowie bei schwerbehinderten Arbeitnehmern, die

¹⁶⁰ BAG, Urteil vom 10. Dezember 2009 – 2 AZR 400/08 -, NZA 2010, 398, 399; Notzon, öAT 2024, S. 1.

¹⁶¹ Bredemeier, öAT 2022, S. 252.

¹⁶² BAG, Urteil vom 21. November 2018 – 7 AZR 394/17 -, NZA 2019, 309, 312.

¹⁶³ BAG, Urteil vom 15. Dezember 2022 – 2 AZR 162/22 -, NZA 2023, 500, 503.

¹⁶⁴ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 197c.

¹⁶⁵ BAG, Urteil vom 15. Dezember 2022 – 2 AZR 162/22 -, NZA 2023, 500, 504.

¹⁶⁶ Stück, ARP 2024, S. 63.

Schwerbehindertenvertretung, die Durchführung des bEM verlangen. Der Arbeitnehmer selbst hat keinen Individualanspruch.¹⁶⁷ Gleichzeitig ist er auch nicht zu einer Teilnahme verpflichtet.¹⁶⁸ Weigert sich der Arbeitnehmer am bEM-Verfahren teilzunehmen ist für die Darlegungs- und Beweislast entscheidend, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer korrekt eingeladen hat und im Sinne des § 167 Abs. 2 Satz 4 SGB IX auf die Ziele des bEM sowie auf die Art und den Umgang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hingewiesen hat.¹⁶⁹ Ferner ist er darauf hinzuweisen, dass nur mit seiner Zustimmung auch Dritte zum bEM-Verfahren hinzugezogen werden können und er zudem auch eine Vertrauensperson seiner Wahl hinzuziehen kann.¹⁷⁰ Neben den konkret mitzuteilenden vorangegangenen Fehlzeiten innerhalb des letzten Jahres muss der Arbeitnehmer auf die Freiwilligkeit des bEM-Verfahrens hingewiesen werden und dass es sich um einen ergebnisoffenen Suchprozess handelt, in dem auch er als Arbeitnehmer Vorschläge einbringen kann.¹⁷¹ Im Rahmen der Einladung zum bEM-Verfahren ist zudem darauf zu achten, dass die Einwilligung zum Datenschutz differenziert wird von der Einwilligung zur Teilnahme am bEM-Verfahren.¹⁷² Sofern sich der Arbeitnehmer aufgrund des Datenschutzes weigert am bEM-Verfahren teilzunehmen, ist dies dem Arbeitgeber zuzulasten zu legen, da es dem Arbeitgeber auch ohne vorherige Einwilligung zum Datenschutz möglich und zumutbar sei zunächst mit dem bEM zu beginnen und in einem Erstgespräch den möglichen Verfahrensablauf zu besprechen.¹⁷³ Erst wenn der Arbeitnehmer in einem Folgetermin die Einwilligung in den Datenschutz endgültig verweigert, ist das unterbliebene bzw. abgebrochene bEM-Verfahren für die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers nicht nachteilig und insofern kündigungsneutral.¹⁷⁴

In zeitlicher Hinsicht ist das bEM immer dann durchzuführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist. Hierbei ist jedoch nicht auf das Kalenderjahr abzustellen, sondern gemäß § 191 BGB auf den unmittelbar voranstehenden Zeitraum von 365 Tagen.¹⁷⁵ Sofern der Arbeitnehmer wiederholt länger als sechs Wochen arbeitsunfähig ist, ist ein erneutes bEM-Verfahren durchzuführen, auch wenn zu diesem Zeitpunkt noch kein weiteres Jahr vergangen ist.¹⁷⁶ Das BAG begründet

¹⁶⁷ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 506.

¹⁶⁸ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 508.

¹⁶⁹ *Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG* § 1 Rn. 197e.

¹⁷⁰ *Notzon*, *öAT* 2024, S. 2.

¹⁷¹ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 508.2.

¹⁷² *Notzon*, *öAT* 2024, S. 2.

¹⁷³ BAG, Urteil vom 15. Dezember 2022 – 2 AZR 162/22 -, NZA 2023, 500, 502.

¹⁷⁴ *Hausner*, *DB* 2024, S. 1003.

¹⁷⁵ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 507.

¹⁷⁶ *Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG* § 1 Rn. 197g.

dies damit, dass einerseits anhand des Wortlauts von § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX „innerhalb eines Jahres“ geschlussfolgert werden könne, dass dieser Zeitraum als Maximalzeitraum anzusehen sei und voraussetzend für die Durchführung des bEM die Arbeitsunfähigkeit von länger als sechs Wochen sein soll.¹⁷⁷ Andererseits sei auf den Sinn und Zweck des bEM abzustellen, das durch eine geeignete Gesundheitsprävention das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft sichern soll; dieser Handlungsbedarf sei nach Ansicht des BAG bereits bei Arbeitsunfähigkeitszeiten von mehr als sechs Wochen gegeben.¹⁷⁸ Etwas anderes würde sich nur dann ergeben, wenn die weiteren krankheitsbedingten Fehlzeiten von länger als sechs Wochen während eines noch laufenden bEM-Verfahrens hinzukommen, da dem Schutzgedanken des bEM im noch laufenden Verfahren ausreichend entsprochen werden könne und auch auf mögliche Veränderungen in den Krankheitsursachen eingegangen werden könne.¹⁷⁹

In diesem Zuge stellt sich die Frage, wann ein bEM-Verfahren als abgeschlossen zu sehen ist. Dem BAG zufolge sei ein bEM-Verfahren dann als abgeschlossen zu sehen, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer darüber einig seien, dass der ergebnisoffene Suchprozess abgeschlossen ist oder nicht weiter durchgeführt werden soll sowie wenn der Arbeitnehmer seine erforderliche Zustimmung zur Durchführung nicht erteilt.¹⁸⁰ Der Arbeitgeber könne hingegen den Suchprozess nur dann einseitig für beendet erklären, wenn auch vom Arbeitnehmer und den übrigen Stellen, gegebenenfalls unter vorheriger Fristsetzung, keine Ansätze für zielführende Präventionsmaßnahmen aufgezeigt worden sind.¹⁸¹ Die Fristsetzung sollte dabei so bemessen sein, dass der Arbeitnehmer einerseits genügend Zeit dazu hat zu überlegen, ob er am bEM-Verfahren teilnehmen möchte und gleichzeitig sollten etwaige Abwesenheiten beispielsweise aufgrund eines Krankenhausaufenthalts berücksichtigt werden.¹⁸² Als möglichen Zeitrahmen für die Fristsetzung orientieren sich beispielsweise Salamon und Maaß an den einwöchigen Fristen der §§ 99, 102 BetrVG.¹⁸³ Sofern dem Arbeitgeber jedoch positiv bekannt ist, dass der Arbeitnehmer derzeit beispielsweise im Krankenhaus ist, wird eine einwöchige Frist nach der hier vertretenen Auffassung für zu kurz empfunden. Im Regelfall sollte daher eine zweiwöchige Frist dem Arbeitnehmer ausreichend Gelegenheit geben, um über die Teilnahme am bEM-Verfahren nachdenken zu können. Je nach Einzelfall kann aber auch gegebenenfalls eine längere Frist angemessen sein.

¹⁷⁷ BAG, Urteil vom 18. November 2021 – 2 AZR 138/21 -, NJW 2022, 889, 890.

¹⁷⁸ BAG, Urteil vom 18. November 2021 – 2 AZR 138/21 -, NJW 2022, 889, 890.

¹⁷⁹ BAG, Urteil vom 18. November 2021 – 2 AZR 138/21 -, NJW 2022, 889, 891.

¹⁸⁰ BAG, Urteil vom 18. November 2021 – 2 AZR 138/21 -, NJW 2022, 889, 891.

¹⁸¹ BAG, Urteil vom 18. November 2021 – 2 AZR 138/21 -, NJW 2022, 889, 891.

¹⁸² Hausner, DB 2024, S. 1004.

¹⁸³ Salamon/Maaß, NZA 2022, S. 387.

Wenn der Arbeitnehmer am bEM-Verfahren teilgenommen hat und sich hierbei Maßnahmen ergeben haben, mit denen weitere krankheitsbedingte Fehlzeiten verhindert werden können, ist der Arbeitgeber im Rahmen seiner Möglichkeiten dazu verpflichtet diese als vorrangiges milderes Mittel umzusetzen.¹⁸⁴ Setzt er diese nicht um, ist er darlegungspflichtig dafür, weshalb die vereinbarten Maßnahmen nicht umgesetzt werden konnten oder auch eine Umsetzung der Maßnahmen nicht zu einer Verringerung der krankheitsbedingten Fehlzeiten geführt hätte.¹⁸⁵ Hat das bEM-Verfahren hingegen zu einem negativen Ergebnis geführt, genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungs- und Beweislast indem er auf den Umstand hinweist, dass das bEM-Verfahren zu keinem positiven Ergebnis geführt hat und behauptet, dass keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen würden.¹⁸⁶ Nach Auffassung des BAG genüge der Arbeitnehmer daraufhin seiner Darlegungspflicht grundsätzlich dann nicht, wenn er sich auf anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten beziehe, die während des bEM behandelt und verworfen worden sind.¹⁸⁷ Zur Begründung führt das BAG aus, dass der Arbeitnehmer diese Alternativen, im Rahmen des bEM-Verfahrens einbringen müsse und allenfalls auf Möglichkeiten verweisen könne, die sich erst nach Abschluss des bEM-Verfahrens bis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ergeben haben.¹⁸⁸ Seiwert und Wenning kritisieren dies damit, dass diese Annahme im Widerspruch dazu stehe, dass das bEM eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips sei und sich der Arbeitnehmer nachträglich dann nicht mehr auf mildere Mittel beziehen könne.¹⁸⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist sich der Sichtweise von Seiwert und Wenning anzuschließen, da das Vorhandensein milderer Mittel die krankheitsbedingte Kündigung aufgrund der ultima ratio ausscheiden lässt. An dieser Stelle sollte es - entgegen der Sichtweise des BAG - nicht darauf ankommen, ob diese vom Arbeitnehmer im bEM-Verfahren eingebracht worden sind oder nicht, da dies nichts am Umstand ändert, dass mildere vorrangige Mittel bestehen. Dies steht auch im Einklang mit der Auffassung des BAG, dass mildere Mittel dann zu berücksichtigen seien, wenn sich diese im Zeitpunkt zwischen Abschluss des bEM und Zugang der Kündigung aufgezeigt haben.

Nach gesamtheitlicher Betrachtung ist das bEM zwar kein direktes Wirksamkeitserfordernis, allerdings ist es die Konkretisierung der ultima ratio der Kündigung.

¹⁸⁴ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 197j.

¹⁸⁵ Seiwert/Wenning, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 510.

¹⁸⁶ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 197i.

¹⁸⁷ BAG, Urteil vom 10. Dezember 2009 – 2 AZR 400/08 -, NZA 2010, 398, 399.

¹⁸⁸ BAG, Urteil vom 10. Dezember 2009 – 2 AZR 400/08 -, NZA 2010, 398, 399.

¹⁸⁹ Seiwert/Wenning, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 510.1.

Zur rechtssicheren krankheitsbedingten Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen ist die ordnungsgemäße Durchführung des bEM daher fester Bestandteil.

IV. Interessenabwägung

Zuletzt ist in der Interessenabwägung zu prüfen, ob die erheblichen Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls vom Arbeitgeber billigerweise noch hinzunehmen sind oder ob diese unzumutbar sind.¹⁹⁰ Abzuwägen sind dabei das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.¹⁹¹ Für die Interessenabwägung können zudem keine allgemeinen Maßstäbe herangezogen werden, da es stets auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ankommt.¹⁹² Die Interessenabwägung muss daher vollständig sein und darf keinen Widerspruch aufweisen.¹⁹³ Da es sich bei der krankheitsbedingten Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen um eine personenbedingte Kündigung handelt, der kein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers vorangeht, ist fraglich, ob an die Interessenabwägung strengere Maßstäbe zu stellen sind, als dies beispielsweise bei einer verhaltensbedingten Kündigung der Fall wäre. Nach Auffassung von Racher sei kein strengerer Maßstab an eine personenbedingte Kündigung zu stellen, da die Besonderheiten dieser Kündigungsart in der umfassenden Interessenabwägung des Einzelfalls berücksichtigt werden.¹⁹⁴ So sind die persönlichen Umstände des Arbeitnehmers von besonderem Gewicht, wenn sich aus dem Kündigungsgrund ein erhöhtes soziales Schutzbedürfnis ergibt, da in diesen Fällen eine besonders sorgfältige Abwägung der Interessen geboten ist.¹⁹⁵ Daher ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Krankheit auf einer betrieblichen Ursache beruht oder vom Arbeitnehmer selbstverschuldet worden ist.¹⁹⁶

Sofern die Krankheit auf betrieblichen Ursachen beruht ist dies zugunsten des Arbeitnehmers und zulasten des Arbeitgebers zu berücksichtigen.¹⁹⁷ Dies gilt insbesondere dann, wenn die Krankheit durch ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers, wie beispielsweise durch das Unterlassen notwendiger Sicherungsmaßnahmen oder der Nichteinhaltung von Arbeitsschutzbedingungen, zurückzuführen

¹⁹⁰ Racher, in: KR-Kommentar KSchG § 1 Rn. 374.

¹⁹¹ Seiwerth/Wenning, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 546.

¹⁹² Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 170.

¹⁹³ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 173.

¹⁹⁴ Racher, in: KR-Kommentar KSchG § 1 Rn. 288.

¹⁹⁵ BAG, Urteil vom 25. November 1982 – 2 AZR 140/81 -, NJW 1983, 2897, 2899; Racher, in: KR-Kommentar KSchG § 1 Rn. 288.

¹⁹⁶ BAG, Urteil vom 20. November 2014 – 2 AZR 664/13 -, NZA 2015, 931, 937; Racher, in: KR-Kommentar KSchG § 1 Rn. 379.

¹⁹⁷ Faulenbach, jurisPR-ArbR 24/2023, Anm. 5.

ist.¹⁹⁸ Gemäß § 138 Abs. 2 ZPO hat der Arbeitnehmer Umstände darzulegen, die auf einen Kausalzusammenhang zwischen der Krankheit und betrieblichen Ursachen schließen lassen; der Arbeitgeber trägt dann wiederum nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass dieser Kausalzusammenhang nicht besteht.¹⁹⁹ Zunächst genügt der Arbeitgeber dieser Darlegungs- und Beweislast indem er die Tätigkeiten des Arbeitnehmer schildert und einen kausalen Zusammenhang zu den krankheitsbedingten Fehlzeiten bestreitet.²⁰⁰ Wenn der Arbeitgeber daraufhin seine behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht befreit muss der Arbeitgeber den Beweis für den fehlenden Kausalzusammenhang erbringen, wobei dies im Regelfall nur durch einen sachverständigen Dritten oder den behandelnden Arzt möglich sein wird.²⁰¹ Ein Indiz für einen kausalen Zusammenhang kann die Fehlzeitenquote übriger Beschäftigter in vergleichbaren Tätigkeiten sein.²⁰² Je geringer die krankheitsbedingten Fehlzeiten über der Fehlzeitenquote anderer Beschäftigter in vergleichbaren Tätigkeiten liegen, desto eher ist von einem Kausalzusammenhang zu betrieblichen Ursachen auszugehen und desto mehr ist dies zulasten des Arbeitgebers zu berücksichtigen.²⁰³

Daneben ist auch die Dauer des ungestörten Verlaufs des Arbeitsverhältnisses in die Interessenabwägung miteinzubeziehen. Umso länger das Arbeitsverhältnis störungsfrei geblieben ist, desto mehr ist dies zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.²⁰⁴ Im Kontext krankheitsbedingter Fehlzeiten bezieht sich die Störung des Arbeitsverhältnisses darauf, ob es bereits in der Vergangenheit zu krankheitsbedingten Fehlzeiten gekommen ist. Dabei ist unerheblich, ob diese jährlich länger als sechs Wochen aufgetreten sind oder ob es sich um Fehlzeiten ohne Wiederholungsgefahr handelt.²⁰⁵ Voraussetzend ist lediglich, dass krankheitsbedingte Fehlzeiten in nicht unwesentlichem Umfang aufgetreten sind.²⁰⁶

Auch das Alter des Arbeitnehmers ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Umso älter der Arbeitnehmer ist desto eher ist dies zu seinen Gunsten bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.²⁰⁷ Krankheitsbedingte Fehlzeiten eines jüngeren Arbeitnehmers sind zu seinen Lasten zu berücksichtigen, da die künftig zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten bis zum Renteneintritt höher

¹⁹⁸ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 174.

¹⁹⁹ Racher, in: KR-Kommentar KSchG § 1 Rn. 376.

²⁰⁰ Racher, in: KR-Kommentar KSchG § 1 Rn. 377.

²⁰¹ Racher, in: KR-Kommentar KSchG § 1 Rn. 377.

²⁰² BAG, Urteil vom 16. Februar 1989 – 2 AZR 299/88 -, NZA 1989, 923, 924.

²⁰³ Racher, in: KR-Kommentar KSchG § 1 Rn. 380.

²⁰⁴ BAG, Urteil vom 08. November 2007 – 2 AZR 292/06 -, NZA 2008, 593, 594.

²⁰⁵ BAG, Urteil vom 16. Februar 1989 – 2 AZR 299/88 -, NZA 1989, 923, 926; Racher, in: KR-Kommentar KSchG § 1 Rn. 381.

²⁰⁶ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 178.

²⁰⁷ Seiwerth/Wenning, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 549.3.

zu erwarten sind als dies bei einem älteren Kollegen der Fall wäre, der weniger Zeit bis zum Renteneintritt abzuleisten hat.²⁰⁸ Im Kontext des Lebensalters kann auch die Situation auf dem Arbeitsmarkt zugunsten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden, wenn dieser nur schwer einen anderweitigen Arbeitsplatz finden kann.²⁰⁹ Trotz des gegenwärtigen Fachkräftemangels kann eine solche erschwerte Situation auf dem Arbeitsmarkt insbesondere bei einem höheren Lebensalter begründet sein, sodass dies zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen ist.

Daneben sind auch die familiären Verhältnisse hinsichtlich etwaiger Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers in der Interessenabwägung zu berücksichtigen.²¹⁰ Hierbei gilt, dass die soziale Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers umso höher ist, desto mehr Unterhaltspflichten ihn treffen.²¹¹ Nach einer Auffassung sind im Rahmen der Interessenabwägung nur vertragsbezogene Interessen zu berücksichtigen, zu denen die Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers nicht gewertet werden können.²¹² Nach Rechtsprechung des BAG seien Unterhaltspflichten jedoch grundsätzlich berücksichtigungsfähig, da es dem Arbeitnehmer im Regelfall gerade darauf ankäme durch das Arbeitsverhältnis seine Unterhaltspflichten befriedigen zu können.²¹³ Dies sei zudem gerade bei krankheitsbedingten Kündigungen zu beachten, deren notwendige erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen auf das Vorhandensein zu zahlender Entgeltfortzahlungskosten gestützt wird, da dem Arbeitgeber hierbei umso höhere Entgeltfortzahlungskosten zuzubilligen sind, desto mehr Personen diese Entgeltfortzahlungskosten als Unterhalt dienen.²¹⁴ Je geringer der Bezug einzelner Interessen zum Arbeitsverhältnis und zum Kündigungsgrund ist desto weniger sind diese Interessen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.²¹⁵ Die bestehenden Unterhaltspflichten oder beispielsweise die wie zuvor erläuterte Situation des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt kann unter Umständen dann vernachlässigbar sein, wenn die sonstigen, auf das Arbeitsverhältnis bezogenen Interessen wie etwa der Entgeltfortzahlungskosten oder das Vorhandensein von Betriebsablaufstörungen, das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eindeutig überwiegen lassen.²¹⁶

²⁰⁸ BAG, Urteil vom 27. November 1991 – 2 AZR 309/91 -, BeckRS 1991, 30739498.

²⁰⁹ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 181.

²¹⁰ BAG, Urteil vom 20. Januar 2000 – 2 AZR 378/99 -, NZA 2000, 768, 770.

²¹¹ BAG, Urteil vom 20. Januar 2000 – 2 AZR 378/99 -, NZA 2000, 768, 770.

²¹² BAG, Urteil vom 20. Januar 2000 – 2 AZR 378/99 -, NZA 2000, 768, 770.

²¹³ BAG, Urteil vom 27. Februar 1997 – 2 AZR 302/96 -, NZA 1997, 761, 762.

²¹⁴ BAG, Urteil vom 20. Januar 2000 – 2 AZR 378/99 -, NZA 2000, 768, 771.

²¹⁵ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht KSchG § 1 Rn. 180.

²¹⁶ BAG, Urteil vom 20. Januar 2000 – 2 AZR 378/99 -, NZA 2000, 768, 771.

Ferner ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, ob der Arbeitgeber eine Personalreserve vorgehalten hat oder ob ihm weitere Überbrückungsmaßnahmen zumutbar gewesen wären.²¹⁷ An dieser Stelle kann auf die Ausführungen zur erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen, insbesondere auf die eingeschränkte Zumutbarkeit weiterer Überbrückungsmaßnahmen bei häufigen Kurzerkrankungen sowie der Besonderheiten der öffentlichen Stellenpläne verwiesen werden. Ebenso ist auch die Höhe der zu leistenden Entgeltfortzahlungskosten zu berücksichtigen.²¹⁸ Auch hier kann auf die dazu erläuterten Ausführungen verwiesen werden. Wie bereits bei der Fragestellung, ob die Krankheit möglicherweise auf betriebliche Ursachen zurückzuführen ist, ist auch bei der Höhe der Entgeltfortzahlungskosten die Ausfallsquote vergleichbarer Arbeitskollegen entscheidend.²¹⁹ Umso höher die Ausfallquote der vergleichbaren Arbeitskollegen ist, desto mehr ist dies im Rahmen der Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.²²⁰

Darüber hinaus ist auch eine mögliche Schwerbehinderung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Relevant ist hierbei, ob die krankheitsbedingten Fehlzeiten auf die Behinderung zurückzuführen sind oder mit ihr im Zusammenhang stehen.²²¹

Abschließend sind bei der Interessenabwägung schließlich alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und die Interessen gegeneinander abzuwägen.

V. Besonderheiten im öffentlichen Dienst

Wie bereits zuvor erläutert sind im öffentlichen Dienst besondere Kündigungsfristen und Beendigungszeitpunkte zu berücksichtigen. Hierzu kann auf die Ausführungen in Kapitel C. II. verwiesen werden.

Daneben sind im öffentlichen Dienst Besonderheiten bei der Beteiligung der zuständigen Interessensvertretung zu beachten. Gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG ist bei nichtöffentlichen Arbeitgebern der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören und ihm die Kündigungsgründe mitzuteilen. Wird diese notwendige Anhörung unterlassen ist die Kündigung unwirksam. Sofern der Betriebsrat gegen die ordentliche Kündigung Bedenken hat, hat er diese unter Angaben der Gründe spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen. Im Bereich öffentlicher Arbeitgeber sind hingegen die verschiedenen Personalvertretungsgesetze einschlägig. Im Rahmen dieser Thesis soll ausschließlich das einschlägige LPVG Baden-

²¹⁷ *Rachor*, in: KR-Kommentar KSchG § 1 Rn. 387.

²¹⁸ *Rachor*, in: KR-Kommentar KSchG § 1 Rn. 389.

²¹⁹ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10. Februar 2014 – 3 Sa 372/13 -, BeckRS 2014, 69510 Rn. 49.

²²⁰ *Rachor*, in: KR-Kommentar KSchG § 1 Rn. 389.

²²¹ BAG, Urteil vom 20. Januar 2000 – 2 AZR 378/99 -, NZA 2000, 768, 771.

Württemberg näher betrachtet werden und hierbei auf die Unterschiede zum BetrVG eingegangen werden.

Im Gegensatz zu beispielsweise dem BPersVG (Bundespersonalvertretungsgesetz) oder dem LPersVG RLP (Landespersonalvertretungsgesetz Rheinland-Pfalz) handelt es sich in Baden-Württemberg bei der ordentlichen Kündigung um einen Mitbestimmungstatbestand. Die Mitbestimmung bei einer ordentlichen Kündigung außerhalb der Probezeit ist in § 75 Abs. 1 Nr. 12 LPVG BW geregelt. Nach § 76 Abs. 1 LPVG BW unterrichtet die Dienststelle den Personalrat von der beabsichtigten Maßnahme und beantragt seine Zustimmung. Die Unterrichtung muss hierbei umfassend sein und daher die relevanten Personaldaten des Beschäftigten, die Art der Kündigung, die maßgebliche Kündigungsfrist, das Beendigungsdatum sowie die Kündigungsgründe beinhalten.²²² Sofern eine schwerbehinderte, oder gleichgestellte Person gekündigt wird ist zudem in die Unterrichtung aufzunehmen, ob der bereits zuvor erläuterte Antrag auf Zustimmung des Integrationsamtes gestellt worden ist.²²³ Bei einer krankheitsbedingten Kündigung sind dem Personalrat die krankheitsbedingten Fehlzeiten mitzuteilen, auf die der öffentliche Arbeitgeber seine negative Prognose stützt.²²⁴ Zudem sind auch die Höhe der Lohnfortzahlungskosten mitzuteilen, wenn der öffentliche Arbeitgeber hierdurch eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen sieht.²²⁵ Nach der subjektiven Determination muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat grundsätzlich nur die Gründe mitteilen, die seiner subjektiven Ansicht nach die Kündigung rechtfertigen und für den Kündigungsentschluss maßgeblich sind.²²⁶ Dabei müssen die Angaben des Arbeitgebers vollständig und wahrheitsgemäß sein und daher auch dem Arbeitgeber bekannte Umstände enthalten, die den Arbeitnehmer entlasten und daher gegen eine Kündigung sprechen könnten.²²⁷ Gemäß § 76 Abs. 5 LPVG BW kann der Personalrat zudem verlangen, dass der Arbeitgeber die beabsichtigte Maßnahme begründet. Daneben kann er auch eigene Informationen einholen, insbesondere in Form einer Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers.²²⁸

Wenn der Personalrat sich nicht innerhalb der dreiwöchigen Frist des § 76 Abs. 6 Satz 1 LPVG BW zur beabsichtigten Maßnahme äußert, tritt die Zustimmungsfiktion nach § 76 Abs. 9 Satz 1 LPVG BW ein und sie gilt als gebilligt. Nach § 76 Abs. 6 Satz 2 und 3 kann die Frist auch gekürzt werden oder sich auf abweichende Fristen geeinigt werden. Stimmt der Personalrat der Kündigung nicht zu sieht § 77

²²² Gerstner-Heck, in: LPVG BW Kommentar, S. 587 Rn. 54.

²²³ Bartl/Burr/Binder/Klimpe-Auerbach, in: LPVG BW Basiskommentar, S. 659 Rn. 89.

²²⁴ Gerstner-Heck, in: LPVG BW Kommentar, S. 587 Rn. 56.

²²⁵ Gerstner-Heck, in: LPVG BW Kommentar, S. 587 Rn. 56.

²²⁶ Müller, RdA2023, S. 374.

²²⁷ BAG, Urteil vom 23. Oktober 2014 – 2 AZR 736/13 -, NZA 2015, 476, 477.

²²⁸ Bader, NZA 2023, S. 1089.

LPVG BW das Stufenverfahren vor. Bei gestuften Verwaltungen wie beispielsweise Landesbehörden, die durch Dienstaufsicht und Fachaufsicht gekennzeichnet sind, wird der Konflikt zur Einigung auf die übergeordnete Dienststelle übertragen. Bei nichtgestuften Verwaltungen, wie beispielsweise Kommunalverwaltungen, wird das Stufenverfahren durch § 89 Abs. 1 LPVG BW dahingehend modifiziert, dass die Übertragung auf das jeweilige oberste Organ der Kommunalverwaltung erfolgt.²²⁹ Bei einer Kommunalverwaltung wäre dies der Gemeinderat oder Stadtrat.

Kommt auch im Stufenverfahren keine Einigung zustande kann jede Seite gemäß § 78 Abs. 1 LPVG BW die Einigungsstelle anrufen. Das Verfahren zur Einigungsstelle ist in § 79 Abs. 3 bis 5 LPVG normiert, die endgültige Entscheidung trifft nach § 78 Abs. 4 LPVG BW bei der ordentlichen Kündigung die oberste Dienstbehörde. Diese ist dabei nicht an die Empfehlung der Einigungsstelle gebunden. Bei einer nichtgestuften Verwaltung ist beispielsweise nach § 44 Abs. 4 GemO BW der Bürgermeister bzw. Oberbürgermeister oberste Dienstbehörde.²³⁰ Anders als nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG besteht gemäß § 75 Abs. 7 Satz 2 LPVG BW ein Weiterbeschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers nur dann, wenn der Personalrat die Zustimmung zur Kündigung verweigert hat und die Einigungsstelle die Kündigung nicht empfohlen hat. Hierzu muss der gekündigte Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben haben und die Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen ausdrücklich verlangen.²³¹

Zu beachten ist ferner, dass nach § 75 Abs. 5 Nr. 1 LPVG BW das Mitbestimmungserfordernis bei bestimmten Personengruppen wie beispielsweise Landräten, Bürgermeistern, Beigeordneten oder Arbeitnehmern der Angestelltenstellen der Besoldungsgruppen A 16 oder höher nicht besteht. Nach § 75 Abs. 6 LPVG ersetzt das antragsabhängige Mitwirkungsrecht des Personalrats das Mitbestimmungsrecht in den normierten Fällen.

F. Außerordentliche Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen im öffentlichen Dienst

Im folgenden Kapitel soll die außerordentliche Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen im öffentlichen Dienst betrachtet werden. Hierfür werden zunächst die allgemeinen Anforderungen an eine außerordentliche Kündigung erläutert und diese um die Anforderungen der krankheitsbedingten Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen ergänzt. Aufgrund der Zielsetzung dieser Thesis wird in diesem Kapitel zudem behandelt, welche Besonderheiten und Modifikationen an eine

²²⁹ Bader, NZA 2023, S. 1090.

²³⁰ Bader, NZA 2023, S. 1092.

²³¹ Bader, NZA 2023, S. 1093.

solche Kündigung im Bereich des öffentlichen Dienstes zu stellen sind. Aufgrund der tariflichen ordentlichen Unkündbarkeit soll zudem auf die Umdeutung nach § 140 BGB nicht weiter eingegangen werden.

I. Voraussetzungen

Wie bereits zuvor erläutert prüft die Rechtsprechung den wichtigen Grund des § 626 Abs. 1 BGB in einem zweistufigen Aufbau. Demnach muss zunächst ein Grund vorliegen, der ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.²³² Grundsätzlich könne nach Ansicht des BAG Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit ein wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB sein.²³³ Allerdings sei dem Arbeitgeber regelmäßig die Einhaltung einer Kündigungsfrist zuzumuten und bereits an eine ordentliche krankheitsbedingte Kündigung seien strenge Maßstäbe anzulegen.²³⁴ An eine außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung sind daher ganz erheblich gesteigerte Anforderungen gegenüber einer ordentlichen Kündigung zu stellen.²³⁵ Es müsste eine ganz erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher oder wirtschaftlicher Interessen entstanden sein und das Interesse des Arbeitgebers an der fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses müsste das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers ebenfalls ganz erheblich übersteigen.²³⁶

Eine außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung kommt im Regelfall daher dann in Betracht, wenn die ordentliche Kündigung aufgrund tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Vereinbarungen ausgeschlossen ist.²³⁷ Dies stellt ferner den wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB dar, da der Arbeitgeber wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung dazu gezwungen wäre, am Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer festzuhalten.²³⁸ Voraussetzung hierfür ist, dass der Sachverhalt grundsätzlich eine ordentliche Kündigung rechtfertigen würde und der Prüfungsmaßstab zusätzlich den gesteigerten Anforderungen des § 626 Abs. 1 BGB gerecht wird.²³⁹

Im Gegenzug billigt das BAG dem Arbeitnehmer eine soziale Auslaufrist zu, die sich fiktiv an den Fristen der ordentlichen Kündigung bemisst.²⁴⁰ Teleologisch ist dies darauf zurückzuführen, dass der Arbeitnehmer durch den Ausschluss der ordentlichen Unkündbarkeit nicht gegenüber ordentlich kündbaren Arbeitnehmern

²³² Dörner, in: Handbuch des Arbeitsrechts, Kapitel 4 Rn. 1287.

²³³ BAG, Urteil vom 20. März 2014 – 2 AZR 288/13 -, NZA-RR 2015, 16, 17.

²³⁴ BAG, Urteil vom 20. März 2014 – 2 AZR 288/13 -, NZA-RR 2015, 16, 17.

²³⁵ BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 6/18 -, NZA 2018, 1056, 1058.

²³⁶ BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 6/18 -, NZA 2018, 1056, 1058.

²³⁷ BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 6/18 -, NZA 2018, 1056, 1057.

²³⁸ BAG, Urteil vom 20. März 2014 – 2 AZR 288/13 -, NZA-RR 2015, 16, 16.

²³⁹ BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 6/18 -, NZA 2018, 1056, 1057.

²⁴⁰ BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 6/18 -, NZA 2018, 1056, 1057.

benachteiligt werden darf.²⁴¹ Dies würde gerade dem Schutzzweck des tariflichen oder einzelvertraglichen Sonderkündigungsschutzes entgegenstehen, wenn die ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer nur noch fristlos gekündigt werden könnten, obwohl dem Arbeitgeber das Abwarten einer Kündigungsfrist zumutbar wäre.

Im Hinblick auf eine außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen mit sozialer Auslaufrist ist der Prüfungsmaßstab bei der negativen Prognose, der erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen und der Verhältnismäßigkeit erheblich strenger.²⁴² Nach Auffassung des BAG müsse der Leistungsaustausch zwar nicht komplett entfallen, aber schwer gestört sein und mithin ein gravierendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen.²⁴³ Hinsichtlich der Prüfungsmaßstäbe einer ordentlichen Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen im öffentlichen Dienst kann auf die vorherigen Ausführungen des Kapitels E verwiesen werden. Maßgeblich für die Feststellung eines gravierenden Äquivalenzverhältnisses ist, wie der dem Arbeitnehmer zukommende Sonderkündigungsschutz ausgestaltet ist.²⁴⁴ Das BAG nimmt eine gravierende Äquivalenzstörung aufgrund wirtschaftlicher Belastungen bei einem nach § 34 Abs. 2 TV-L unkündbaren Arbeitnehmer an, wenn durchschnittlich für mehr als ein Drittel der jährlichen Arbeitstage Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, bei einem Referenzzeitraum von drei Jahren, zu leisten sei.²⁴⁵ Wenn dieser Wert überschritten ist, sind im Rahmen der Interessenabwägung die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.²⁴⁶ Hierzu kann auf die vorherigen Ausführungen zur Interessenabwägung verwiesen werden. Die Interessenabwägung kann unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls eine außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen mit sozialer Auslaufrist dann ggfs. für nicht gerechtfertigt erachten, auch wenn die zuvor genannten Schwelle an jährlichen Entgeltfortzahlungskosten überschritten ist. Dies könnte beispielsweise dann der Fall sein, wenn die krankheitsbedingten Fehlzeiten auf einer betrieblichen Ursache beruhen und das Arbeitsverhältnis ansonsten für einen langen Zeitraum beanstandungsfrei war.

Neben dem Vorliegen eines wichtigen Grundes ist auch die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zu beachten. Demnach kann die Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Fristbeginn ist der Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen

²⁴¹ Bredemeier, öAT 2019, S. 222.

²⁴² Reidel, Conze/Karb/Reidel/Hahn/Krellig PersB, Kündigung, personenbedingte Rn. 20.

²⁴³ BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 6/18 -, NZA 2018, 1056, 1058.

²⁴⁴ LAG Hamm, Urteil vom 17. Juni 2020 – 6 Sa 1521/19 -, BeckRS 2020, 39441 Rn. 53.

²⁴⁵ BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 6/18 -, NZA 2018, 1056, 1059.

²⁴⁶ Bredemeier, öAT 2019, S. 222.

Kenntnis erlangt hat. Häufige Kurzerkrankungen können einen Dauertatbestand darstellen, der den Fristlauf des § 626 Abs. 2 BGB ständig neu in Gang setzt, sobald und solange durch die Kurzerkrankungen die Annahme einer dauerhaften Krankheitsanfälligkeit gerechtfertigt ist.²⁴⁷ Der Dauertatbestand endet, wenn die zurückliegenden krankheitsbedingten Fehlzeiten die Begründung der negativen Prognose nicht mehr stützen.²⁴⁸ Es kommt demnach nicht darauf an, dass der Arbeitnehmer bis mindestens zwei Wochen vor Zugang der Kündigung arbeitsunfähig war.²⁴⁹ Allerdings sollte der Arbeitgeber nicht zu lange mit dem Ausspruch der außerordentlichen Kündigung warten, da längere Arbeitsphasen einer negativen Gesundheitsprognose entgegenstehen können. Hierdurch könnte der Fristlauf des § 626 Abs. 2 BGB bereits in Lauf gesetzt worden sein und der Arbeitgeber läuft Gefahr die außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit verfristet erklärt zu haben. Im Falle der außerordentlichen Kündigung eines Schwerbehinderten oder einem schwerbehinderten Gleichgestellten ist zudem § 174 Abs. 5 SGB IX zu beachten.

II. Besonderheiten im öffentlichen Dienst

Gemäß § 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD können Arbeitsverhältnisse von Beschäftigten, die das 40. Lebensjahr vollendet haben und für die die Regelungen des Tarifgebiets West Anwendung finden, nach einer Beschäftigungszeit im Sinne des § 34 Abs. 3 Satz 1 und 2 TVöD von mehr als 15 Jahren durch den Arbeitgeber nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Nach § 34 Abs. 2 Satz 2 TVöD verbleibt es bei der Unkündbarkeit, wenn die Beschäftigten nach den bis zum 30.09.2005 geltenden Bestimmungen bereits unkündbar waren. Dem Wortlaut des TVöD steht § 34 Abs. 2 TV-L mit Ausnahme von Satz 2 gleich. Die Begrifflichkeit des wichtigen Grundes knüpft dabei an die des § 626 Abs. 1 BGB an, sodass deren Verständnis auch auf die Auslegung der Norm Anwendung findet.²⁵⁰ Auf die Besitzstandregelungen der Sätze 2 soll nicht weiter eingegangen werden.

Sinn und Zweck der Normen ist darin zu sehen, dass länger beschäftigte, ältere Arbeitnehmer ein weitergehender Arbeitsplatzschutz gewährt werden soll.²⁵¹ Andererseits greift die tarifliche Unkündbarkeit nach Ansicht des BAG bereits ab einem vergleichsweise niedrigen Lebensalter und nicht allzu langer Beschäftigungsdauer, sodass sich die Annahme verbiete, dass der Arbeitgeber das Risiko einer langjährigen gravierenden Störung des Äquivalenzverhältnisses

²⁴⁷ BAG, Urteil vom 23. Januar 2014 – 2 AZR 582/13 -, NZA 2014, 962, 962.

²⁴⁸ BAG, Urteil vom 23. Januar 2014 – 2 AZR 582/13 -, NZA 2014, 962, 962.

²⁴⁹ BAG, Urteil vom 23. Januar 2014 – 2 AZR 582/13 -, NZA 2014, 962, 963.

²⁵⁰ BAG, Urteil vom 13. Mai 2015 – 2 AZR 531/14 -, NJOZ 2015, 1783, 1785.

²⁵¹ *Eylert*, in: BeckOK TVöD TVöD-AT § 34 Rn. 24.

übernehmen wolle.²⁵² Die zuvor erläuterten Ausführungen des BAG zur Eintrittsschwelle der anfallenden Lohnfortzahlungskosten lassen sich aufgrund des gleichen Norminhalts folglich auch auf Arbeitsverhältnisse anwenden, die dem TVöD unterfallen.

Die Voraussetzungen hinsichtlich des 40. Lebensjahres und der Beschäftigungszeit müssen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung kumulativ erfüllt sein.²⁵³ Zur Berechnung der Beschäftigungszeit kann auf die Ausführungen in Kapitel C. II. verwiesen werden. Die Dauer der sozialen Auslaufrist bemisst sich daran, wie die Kündigungsfristen ohne Sonderkündigungsschutz betragen hätten.²⁵⁴ Hierfür kann ebenfalls auf Kapitel C. II. verwiesen werden.

Wie bei der ordentlichen Kündigung sind auch bei der außerordentlichen Kündigung die Beteiligungsrechte der Personalvertretungen im öffentlichen Dienst zu berücksichtigen. Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 9 LPVG BW ist der Personalrat bei Kündigungen des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit oder bei fristlosen Entlassungen und außerordentlichen Kündigungen anzuhören. Nach Absatz 3 hat die Dienststelle die beabsichtigte Maßnahme zu begründen. Sofern der Personalrat Bedenken hat, hat er diese unverzüglich, spätestens innerhalb von drei Tagen, schriftlich oder elektronisch mitzuteilen. Insofern orientiert sich das LPVG BW an den Fristen des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG, das dem Betriebsrat ebenfalls nur drei Tage zur Äußerung gewährt. Im Übrigen verweist § 87 Abs. 3 LPVG BW auf den zuvor erläuterten, ausgenommenen Personenkreis des § 75 Abs. 5 Nr. 1 LPVG BW.

Im Falle einer außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung mit sozialer Auslaufrist ist zu beachten, dass diese Fristen nicht gelten. Nach Auffassung des BAG müsse im Falle einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufrist dem Arbeitnehmer ein Schutzstandard gewährt werden, der dem einer ordentlichen Kündigung entspricht und mithin auch die personalvertretungsrechtliche Beteiligung umfasst.²⁵⁵ Teleologisch ist dies darauf zurückzuführen, dass dem Personalrat anderenfalls geringere Beteiligungsrechte zustehen würden, als dies bei einer ordentlichen Kündigung der Fall wäre. Die analoge Anwendung der Beteiligungsrechte zu einer ordentlichen Kündigung erfolgt daher aus dem gleichen Grund, weshalb die Rechtsprechung dem Arbeitnehmer eine soziale Auslaufrist zubilligt. Zusammenfassend ist im Bereich öffentlicher Arbeitgeber in Baden-Württemberg

²⁵² BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 6/18 -, NZA 2018, 1056, 1059.

²⁵³ *Eylert*, in: BeckOK TVöD TVöD-AT § 34 Rn. 31.

²⁵⁴ *Eylert*, in: BeckOK TVöD TVöD-AT § 34 Rn. 47.

²⁵⁵ BAG, Urteil vom 12. Januar 2006 – 2 AZR 242/05 -, NJOZ 2006, 1690, 1693; BAG, Urteil vom 05. Februar 1998 – 2 AZR 227/97 -, NZA 1998, 771, 775.

der Personalrat bei einer außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung mit sozialer Auslaufzeit analog zu § 75 Abs. 1 Nr. 12 LPVG BW zu beteiligen. Insofern kann hierzu auf die Ausführungen in Kapitel E. V. verwiesen werden.

G. Handlungsempfehlungen für die praktische Personalarbeit

Abschließend sollen anhand der zuvor herausgearbeiteten Erläuterungen Handlungsempfehlungen für die praktische Personalarbeit öffentlicher Arbeitgeber gegeben und eine Vorgehensweise zur rechtssicheren Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen erarbeitet werden.

Im ersten Schritt zur Prüfung der Kündigungsmöglichkeit sollte sich der öffentliche Arbeitgeber zunächst einen umfassenden Überblick über die Person des Arbeitnehmers verschaffen. Insbesondere muss er hierbei eine mögliche Schwerbehinderung oder Gleichstellung überprüfen. Sofern eine Schwerbehinderung oder Gleichstellung vorliegt, hat er eine frühzeitige Einbindung der Schwerbehindertenvertretung zu beachten. Für die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers ist zudem die Durchführung eines Präventionsverfahrens entscheidend und daher zu empfehlen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass für Schwerbehinderte oder Gleichgestellte nach RL 2000/78/EG angemessene Vorkehrungen in Form von zumutbaren Maßnahmen zu treffen sind. Wenn also bereits ein Präventionsverfahren, in dem zusammen Lösungsmöglichkeiten eruiert werden müssen und zu erarbeiten sind, unterbleibt, wird es für den öffentlichen Arbeitgeber nahezu unmöglich sein die ultima ratio der Kündigung darzulegen. Unterlässt er daher die Durchführung eines Präventionsverfahrens, könnte das die Unverhältnismäßigkeit und mithin Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge haben. Darüber hinaus ist für die Wirksamkeit der krankheitsbedingten Kündigung von Schwerbehinderten oder Gleichgestellten die Zustimmung des Integrationsamtes unerlässlich. Nach erteilter Zustimmung muss sichergestellt werden, dass die Kündigung innerhalb eines Monats erklärt wird und vor der Erklärung der Kündigung die Schwerbehindertenvertretung entsprechend informiert wird. Hierzu wird angeraten mit einem Erinnerungssystem zu arbeiten.

Gleichermaßen muss weiterer Sonderkündigungsschutz wie beispielsweise aufgrund von Schwangerschaft, Mutterschutz oder Elternzeit Beachtung finden. Zudem sollte geprüft werden, ob möglicherweise Sonderkündigungsschutz aufgrund einer bestehenden Tätigkeit als Personalratsmitglied oder aufgrund einer ehemaligen Personalratstätigkeit innerhalb des letzten Jahres besteht.

Für die umfassende Vorprüfung kann das Heranziehen der Personalakte des Arbeitnehmers dienlich sein, da hierin alle relevanten Daten wie beispielsweise einer

Schwerbehinderteneigenschaft oder einer Personalratstätigkeit dokumentiert sein sollten. Ergänzend sollten, wenn vorhanden, weitere Informationsquellen wie beispielsweise SAP HCM herangezogen werden. Hieraus könnten sich weitere Erkenntnisse wie beispielsweise das Bestehen von Mutterschutz oder einer derzeitigen Gewährung von Elternzeit ergeben.

Nach Vorprüfung der Person des Arbeitnehmers muss der öffentliche Arbeitgeber für die ordentliche Kündigung die Anwendbarkeit des KSchG prüfen. Da der sachliche Anwendungsbereich bei den meisten öffentlichen Arbeitgebern erfüllt sein dürfte, bezieht sich die Prüfung schwerpunktmäßig auf den persönlichen Anwendungsbereich. Ergibt die Prüfung, dass das Arbeitsverhältnis noch keine sechs Monate besteht, sollte die Möglichkeit einer Probezeitkündigung in Betracht gezogen werden. Besteht das Arbeitsverhältnis bereits länger als sechs Monate, muss die Kündigung sozial gerechtfertigt und durch einen Grund in der Person des Arbeitnehmers bedingt sein.

Für die soziale Rechtfertigung der Kündigung muss der öffentliche Arbeitgeber zunächst eine negative Gesundheitsprognose darlegen. Bei häufigen Kurzerkrankungen sollten verschiedene Umstände Beachtung finden. Im Regelfall liegen ihm keine medizinischen Gutachten oder Diagnosen durch Mitwirken des Arbeitnehmers vor. Zudem gilt dringend zu beachten, dass mögliche Krankheitsursachen, die im Rahmen eines bEM thematisiert wurden, datenschutzrechtlich nicht für die Begründung der negativen Gesundheitsprognose herangezogen werden dürfen.²⁵⁶ Zunächst sollte der Arbeitgeber daher die krankheitsbedingten Fehlzeiten der letzten Jahre begutachten. Dabei empfiehlt es sich als Referenzzeitraum die letzten drei Jahre zu betrachten. Weitere auffällige Fehlzeiten aus vorhergehenden Jahren sollten ebenfalls herangezogen werden, da sich hierdurch eine negative Gesundheitsprognose verdeutlichen lässt. Ebenfalls sollte die Entwicklung der Fehlzeiten betrachtet werden, da eine gleichbleibende Tendenz oder gar Steigerung der Fehlzeiten für eine negative Gesundheitsprognose spricht. Sofern in den letzten drei Jahren nicht alle Jahre mit auffälligen krankheitsbedingten Fehlzeiten belastet waren, kann unter Umständen auch ein kürzerer Zeitraum, beispielsweise die letzten beiden Jahre, herangezogen werden. Dann ist es notwendig anderweitige Auffälligkeiten zur Begründung hervorzubringen, wie beispielsweise einem gleichgelagerten Muster, an welchen Wochentagen die krankheitsbedingten Fehlzeiten entstanden sind oder Auffälligkeiten wie einem Anstieg der Fehlzeiten nach einer vorangegangenen Entfristung oder eines Wechsels der Tätigkeit des Arbeitnehmers. Vor allem durch den Anstieg der Fehlzeiten nach einem

²⁵⁶ *Seiwerth/Wenning*, in: BeckOGK KSchG § 1 Rn. 510.

Tätigkeitswechsel kann geschlussfolgert werden, dass der Arbeitnehmer mit den neuen Tätigkeiten womöglich überfordert ist und dadurch weitere Fehlzeiten zu erwarten sind. Auch die Fehlzeitenquote im Vergleich zu vergleichbaren Arbeitnehmern kann zur Begründung verwendet werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Fehlzeitenquote des zu kündigenden Arbeitnehmers deutlich höher ist. Untermauert werden kann die negative Gesundheitsprognose zudem dadurch, wenn ein jüngerer Arbeitnehmer signifikant hohe Fehlzeiten aufweist, da sich hierdurch eine allgemeine Krankheitsanfälligkeit trotz jüngeren Lebensalters indizieren lässt.

Im Zuge eines Kündigungsschutzverfahrens könnte die Situation eintreten, dass der Arbeitnehmer die Indizwirkung der vergangenen krankheitsbedingten Fehlzeiten erschüttert, indem er seine Ärzte von der Schweigepflicht entbindet. Im öffentlichen Dienst besteht nach § 3 Abs. 4 TVöD bzw. § 3 Abs. 5 TV-L die Möglichkeit den Arbeitnehmer bei begründeter Veranlassung dazu zu verpflichten, durch ärztliche Bescheinigung nachzuweisen, dass er zur Leistung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit in der Lage ist. Infolgedessen besteht die Möglichkeit den Arbeitnehmer bei einem Amts- oder Betriebsarzt vorstellig werden zu lassen. Begründete Zweifel können beispielsweise Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers sein.²⁵⁷ Es könnte sinnvoll sein als öffentlicher Arbeitgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, wenn sich der Arbeitnehmer zuvor auf ein bEM nicht einlässt.²⁵⁸ Verpflichtet der öffentliche Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Untersuchung beim Amts- oder Betriebsarzt kann der Arzt dadurch möglicherweise den Gegenbeweis als Sachverständiger nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG erbringen.

Neben der negativen Gesundheitsprognose muss der öffentliche Arbeitgeber darlegen, dass seine betrieblichen Interessen durch die prognostizierten krankheitsbedingten Fehlzeiten erheblich beeinträchtigt werden. Diese Beeinträchtigungen kann er auf Betriebsablaufstörungen oder auf wirtschaftliche Belastungen, wie den Entgeltfortzahlungskosten, stützen. Im ersten Schritt gilt es zu überprüfen, ob durch die häufigen Kurzerkrankungen Betriebsablaufstörungen verursacht werden. Bedeutsam ist hierbei, in welchen Tätigkeitsbereich der Arbeitnehmer eingesetzt ist, da sich Betriebsablaufstörungen beispielsweise bei einem Müllwerker, der in festen Kolonnen eingesetzt ist und durch einen anderen Arbeitnehmer ersetzt werden muss, einfacher darlegen lassen als bei einem Mitarbeiter im Bauamt, dessen Arbeitsleitung auch durch mehrere Arbeitnehmer aufgefangen und aufgeteilt werden kann. Sofern Betriebsablaufstörungen dargelegt werden können, sollte in die Begründung einfließen, dass es dem Arbeitgeber aufgrund der häufigen

²⁵⁷ *Stier*, in: BeckOK TVöD TVöD-AT § 3 Rn. 45.

²⁵⁸ *Reidel*, Conze/Karb/Reidel/Hahn/Krellig PersB, Kündigung, personenbedingte Rn. 18.

Kurzerkrankungen nicht möglich gewesen ist zumutbare Überbrückungsmaßnahmen umzusetzen. Dies kann er einerseits damit begründen, dass häufige Kurzerkrankungen im Vergleich zu langandauernden Erkrankungen weniger bis kaum planbar sind und er daher nicht wirtschaftlich sinnvoll eine Aushilfskraft einstellen kann. Darüber hinaus kann er argumentieren, dass öffentliche Arbeitgeber an den Grundsatz von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gebunden sind, der der Einstellung von Aushilfskräften gewisse rechtliche Hürden auferlegt.

Im zweiten Schritt kann sich der öffentliche Arbeitgeber auf die wirtschaftlichen Belastungen durch die anfallenden Entgeltfortzahlungskosten beziehen. Erheblich sind die krankheitsbedingten Fehlzeiten bei häufigen Kurzerkrankungen nach Rechtsprechung des BAG, wenn jährlich mehr als sechs Wochen Entgeltfortzahlung zu leisten ist. Der Arbeitgeber sollte daher zunächst die krankheitsbedingten Fehlzeiten begutachten, die er bereits zur Begründung der negativen Gesundheitsprognose herangezogen hat. Für die Ermittlung der prognosefähigen krankheitsbedingten Fehlzeiten muss der Arbeitgeber im nächsten Schritt die Fehlzeiten unberücksichtigt lassen, für die keine Entgeltfortzahlung mehr zu leisten ist oder für die keine Wiederholungsfahr besteht. Wenn im Referenzzeitraum für jedes Jahr mehr als sechs Wochen Entgeltfortzahlung zu leisten gewesen ist, genügt bereits dieser Umstand zur Begründung einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen. Ist dies nicht der Fall, kann dies auch dann zur Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen genügen, wenn der öffentliche Arbeitgeber darlegen kann, dass anderweitig Betriebsablaufstörungen durch die krankheitsbedingten Fehlzeiten verursacht worden sind. Alternativ kann es genügen, wenn der öffentliche Arbeitgeber eine Personalreserve bereithält und es darüber hinaus durch Entgeltfortzahlungskosten zu einer Doppelbelastung kommt. Die krankheitsbedingten Fehlzeiten sollte er tabellarisch nach Jahren getrennt ausweisen und den Betrag der jährlichen Entgeltfortzahlungskosten hinzunehmen. Auch bei häufigen Kurzerkrankungen kann der Arbeitnehmer ggfs. aus der Lohnfortzahlung fallen, wenn die krankheitsbedingten Fehlzeiten auf derselben Krankheit beruhen. In dieser Konstellation wird angeraten die nach § 22 Abs. 3 TVÖD und § 22 Abs. 3 TV-L freiwillig geleisteten Krankengeldzuschüsse zu berücksichtigen und als Beträge auszuweisen. Diese Kosten sind zwar nach der derzeitigen Rechtsprechung des BAG nicht berücksichtigungsfähig, allerdings erhöhen diese zwangsläufig die wirtschaftlichen Belastungen des öffentlichen Arbeitgebers. Zudem kann hierdurch dem Umstand entgegengewirkt werden, dass diese Fehlzeiten nicht in den relevanten sechs Wochen Zeitraum einfließen.

Aufgrund der ultima ratio der Kündigung hat der öffentliche Arbeitgeber darzulegen, dass keine vorrangigen mildereren Mittel möglich sind. Dabei ist die betriebsinterne Sensibilisierung zur ordnungsgemäßen Durchführung des bEM unerlässlich. Hierfür ist bereits entscheidend, dass der Arbeitnehmer korrekt zum bEM-Verfahren eingeladen wird. Das Einladungsschreiben muss daher einerseits über die Ziele und Vorgehensweise aufklären. Andererseits muss auch ein Hinweis darüber enthalten sein, dass auf Wunsch des Arbeitnehmers die zuständige Personalvertretung, ggfs. die Schwerbehindertenvertretung oder auch eine Vertrauensperson am Verfahren teilnehmen kann. Zudem ist ein Hinweis auf die Freiwilligkeit des Verfahrens und auch auf die ggfs. nachteiligen Auswirkungen bei einer Verweigerung der Teilnahme zu übermitteln. Darüber hinaus muss der Arbeitnehmer im Einladungsschreiben darüber informiert werden, welche Daten im Rahmen des bEM-Verfahrens erhoben werden und wie diese weiterverwendet werden. Weiter sollten im Einladungsschreiben die Datenschutzeinwilligung und die Einwilligung zur Teilnahme am bEM-Verfahren getrennt voneinander auswählbar sein, da der öffentliche Arbeitgeber das Erstgespräch auch ohne Datenschutzeinwilligung durchführen kann.

Der öffentliche Arbeitgeber sollte ferner darauf achten das bEM-Verfahren unabhängig des gesetzlichen Jahreszeitraums immer wieder dann anzubieten, wenn die krankheitsbedingten Fehlzeiten die Dauer von sechs Wochen übersteigen. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer zuvor deutlich gemacht hat, dass er kein Interesse daran habe, an einem bEM-Verfahren teilzunehmen, da sich die Hintergründe seiner Absage geändert haben könnten.²⁵⁹ Insbesondere beim Vorliegen häufiger Kurzerkrankungen können sich aufgrund verschiedener Krankheitsursachen unterschiedliche Anforderungen an einen leidensgerechten Arbeitsplatz ergeben, die zusammen mit dem Arbeitnehmer im Rahmen eines bEM-Verfahrens erörtert werden können. Diese Vorgehensweise sollte auch dann zwingendermaßen Beachtung finden, wenn bereits zuvor ein bEM-Verfahren durchgeführt worden ist. Dies ist darauf zurückzuführen, dass im Einzelfall bei den Beteiligten Unklarheit darüber herrschen könnte, ob das Verfahren noch andauert oder bereits beendet worden ist. Wenn der Arbeitgeber seinerseits das Verfahren für beendet hält, sollte er dem Arbeitnehmer und den weiteren Beteiligten mittels Fristsetzung Gelegenheit dazu geben, weitere Präventionsmaßnahmen vorzutragen. Als angemessen wird eine zweiwöchige Frist angesehen, die je nach Umstand des Einzelfalls ggfs. auch länger bemessen sein kann. Im Zweifelsfall empfiehlt sich

²⁵⁹ BAG, Urteil vom 18. November 2021 – 2 AZR 138/21 -, NJW 2022, 889, 891.

dennoch bei Voraussetzung der sechswöchigen krankheitsbedingten Fehlzeiten ein erneutes, unter Umständen parallellaufendes, bEM-Verfahren anzubieten.

Während der Durchführung des bEM-Verfahrens hat der Arbeitgeber sämtliche Möglichkeiten in Betracht ziehen, mit denen künftige krankheitsbedingte Fehlzeiten verhindert werden können. Im gemeinsamen Dialog mit dem Arbeitnehmer und den weiteren Beteiligten sind diese zu erörtern. Dadurch könnte verhindert werden, dass sich der Arbeitnehmer in einem möglichen Kündigungsschutzverfahren nachträglich auf anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten bezieht. Sofern das bEM-Verfahren mit einem positiven Ergebnis beendet wurde, muss der Arbeitgeber die vereinbarten Maßnahmen im Rahmen seiner Möglichkeiten umsetzen. Sollte die Umsetzung beispielsweise an der fehlenden Mitwirkung des Arbeitnehmers scheitern, ist es seitens des Arbeitgebers unerlässlich, die maßgeblichen Umstände zur Beweiserleichterung zu dokumentieren. Die Dokumentation gilt hierbei für alle Verfahrensschritte des bEM-Verfahrens und sollte von allen beteiligten Personen gegengezeichnet werden. Dadurch kann der Arbeitgeber nachweisen, was im Verfahren besprochen worden ist, auf welche Maßnahmen man sich einigen oder nicht einigen konnte und wer für die Umsetzung der Maßnahmen verantwortlich bzw. mitwirkungspflichtig ist.

Je nach Höhe der krankheitsbedingten Fehlzeiten und den Umständen des Einzelfalls kann es sinnvoll sein, schon vorzeitig ein bEM-Verfahren anzubieten.²⁶⁰ Dies ist vor allem dann folgerichtig, wenn das letzte bEM-Verfahren einige Zeit zurückliegt und sich die Kündigungsbegründung mit einem aktuellen bEM untermauern lässt. In diesem Zuge dürfen auch die kündigungsvorbereitenden Maßnahmen, wie die Personalratsbeteiligung nach § 75 Abs. 1 Nr. 12 LPVG, nicht außer Acht gelassen werden. Wenn der öffentliche Arbeitgeber zu viel Zeit nach der Durchführung des bEM-Verfahrens bis zur Personalratsbeteiligung verstreichen lässt, könnte der Arbeitnehmer ggfs. erneut mehr als sechs Wochen erkrankt sein. Dies hat die Durchführung eines erneuten bEM-Verfahrens zur Folge, woraus sich ebenfalls eine erneute Beteiligung des Personalrats ergibt. In jedem Fall ist es von besonderer Relevanz, das bEM zeitnah vor Ausspruch der Kündigung durchzuführen.

Unterlässt der öffentliche Arbeitgeber das Angebot eines bEM-Verfahrens oder erfolgt keine korrekte Einladung und Aufklärung führt dies, wie in Kapitel E. III. erläutert, zu einer Steigerung der Darlegungs- und Beweislast für den öffentlichen Arbeitgeber. Hierdurch wird es diesem nahezu unmöglich sein, darzulegen, dass

²⁶⁰ Bülow, DOeD 2023, S. 151.

keine vorrangigen milderer Mittel bestehen und die Durchführung des bEM ohnehin ergebnislos gewesen wäre. Folglich würde die Kündigung nicht dem ultima-ratio-Grundsatz entsprechen und wäre unwirksam. Dem bEM kommt daher für die praktische Personalarbeit öffentlicher Arbeitgeber eine essenzielle Bedeutung zu, weshalb eine ordnungsgemäße Durchführung unabdingbar ist.

Nach der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat der öffentliche Arbeitgeber bei der Interessenabwägung alle wesentlichen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Hierfür hat er alle Umstände vorzutragen, die ihn zur Annahme einer negativen Gesundheitsprognose und des Vorliegens erheblicher Beeinträchtigungen betrieblichen Interessen veranlasst haben. Daneben hat er auf alle weiteren ihm bekannten Umstände wie beispielsweise das Vorhandensein von Unterhaltspflichten, die Dauer des ungestörten Arbeitsverhältnisses, das Lebensalter sowie eine mögliche Schwerbehinderung einzugehen. Hierzu ist es wie bereits bei der Vorprüfung empfehlenswert die Personalakte oder weitere Informationsquellen heranzuziehen. Bei der Interessenabwägung muss deutlich hervorgehen, weshalb seine Interessen an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses überwiegen. Der öffentliche Arbeitgeber sollte daher jedem Argument, das zu seinen Lasten zu werten ist, ein Argument gegenüberstellen, dass zu seinen Gunsten zu berücksichtigen ist. Hierbei kann er mit dem schwächsten Argument seinerseits beginnen und mit dem seiner Meinung nach stärksten Argument enden. Zudem sollten die vorhergehenden Handlungsempfehlungen hinsichtlich der Aufarbeitung der negativen Gesundheitsprognose, der erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen sowie der ultima ratio berücksichtigt werden. Dadurch kann das Beendigungsinteresse des öffentlichen Arbeitgebers verdeutlicht werden und in einem möglichen Kündigungsschutzverfahren mit dem Interesse des Arbeitnehmers abgewogen werden.

Diese Vorgehensweise wird auch für die Personalratsbeteiligung angeraten, da einerseits der Grundsatz der subjektiven Determination zu beachten ist, andererseits die Informationen für den Personalrat vollständig und wahrheitsgemäß sein müssen. Insbesondere hat die Unterrichtung die relevanten Personaldaten des Arbeitnehmers, die Art der Kündigung, die maßgebliche Kündigungsfrist sowie das Beendigungsdatum zu enthalten. Daneben muss in der Personalratsbeteiligung benannt werden, weshalb der Arbeitgeber eine negative Gesundheitsprognose annimmt und dieser seine betrieblichen Interessen als erheblich beeinträchtigt sieht. Hierfür sollten die vorherigen einschlägigen Handlungsempfehlungen erneut Berücksichtigung finden. Hierbei bietet sich beispielsweise eine Untergliederung über die Höhe der jährlichen krankheitsbedingten Fehlzeiten, das Vorhandensein von Betriebsablaufstörungen und die Höhe der Lohnfortzahlungskosten an. Zudem gilt

es dem Personalrat vorzutragen, weshalb keine mildereren Mittel lösungsorientiert umgesetzt werden konnten. Gleiches gilt für die Durchführung des bEM und dessen Ergebnis. Umstände, die den Arbeitnehmer entlasten, sind im Rahmen der Interessenabwägung dem Personalrat ebenfalls mitzuteilen. Generell sollte der Personalrat im Sinne der vertrauensvollen Zusammenarbeit frühzeitig über Probleme im Arbeitsverhältnis aufmerksam gemacht und gemeinsam nach Lösungen gesucht werden. Hierdurch könnte dem Personalrat ein besserer Einblick in den Sachverhalt gewährt werden, der die Wahrscheinlichkeit zur Zustimmung zur Kündigung erhöht. Dies ist aufgrund des aufwändigen Stufen- bzw. Einigungsstellungsverfahren in Baden-Württemberg empfehlenswert. Wird der Personalrat nicht ordnungsgemäß beteiligt, hat dies die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge. Für die praktische Personalarbeit öffentlicher Arbeitgeber ist die ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats daher unverzichtbar.

Bei einer außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen sollte der öffentliche Arbeitgeber im ersten Schritt anhand des individuellen Sachverhalts bestimmen, ob eine tarifliche Unkündbarkeit nach § 34 Abs. 2 TVöD oder § 34 Abs. 2 TV-L vorliegt. Sodann sollte die gleiche Vorgehensweise beachtet werden, die bereits bei der ordentlichen Kündigung herausgearbeitet und empfohlen wurde. Unerlässlich ist es, die soziale Auslaufzeit zu berücksichtigen, durch die die Kündigungsfristen analog zu einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer heranzuziehen sind. Dass der Prüfmaßstab erheblich strenger ist, als vergleichsweise bei einer ordentlichen Kündigung, hat der Arbeitgeber zusätzlich zu beachten. Auszuwerten ist, ob er für den Arbeitnehmer innerhalb des Referenzzeitraums von drei Jahren, jährlich mehr als ein Drittel der Arbeitstage Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall leisten musste. Bei der vereinfachten Annahme von durchschnittlich 240 Jahresarbeitstagen muss der öffentliche Arbeitgeber somit jährlich mindestens 80 Tage Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalls geleistet haben. An dieser Zahl kann er sich zunächst orientieren und sollte anschließend die genauen Jahresarbeitstage ermitteln sowie die Quote an Entgeltfortzahlungskosten berechnen. Anschließend hat er wie bei der ordentlichen Kündigung eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Bei der Personalratsbeteiligung muss er die soziale Auslaufzeit beachten. Diese führt zu besonderen Beteiligungsrechten analog zur ordentlichen Kündigung. In Baden-Württemberg ergibt sich dadurch statt einem Anhörungs- ein Mitbestimmungstatbestand. Sofern der öffentliche Arbeitgeber dies außer Acht lässt, läuft er Gefahr, die Personalvertretung nicht ordnungsgemäß zu beteiligen und eine Unwirksamkeit der Kündigung zu riskieren.

Wenn die Zustimmung des Personalrats zur Kündigung und auch ggfs. weitere notwendige Zustimmungen wie die des Integrationsamts erteilt worden sind, hat der öffentliche Arbeitgeber zu gewährleisten, dass die Kündigung schriftlich erfolgt und aus dem Schreiben eindeutig die Kündigungsabsicht hervorgeht. Hierbei ist hervorzuheben, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis beendet werden soll oder ob es sich um eine fristlose Kündigung handelt. Um eine inhaltliche Unbestimmtheit der Kündigung bei einer fehlerhaften Berechnung der Kündigungsfrist zu verhindern, sollte neben dem Beendigungszeitpunkt zudem die Formulierung „hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ enthalten sein. Hierfür sollte ferner ein inhaltlicher Bezug zu den einschlägigen tarifvertraglichen Kündigungsfristen hergestellt werden, durch die der Gekündigte seine Kündigungsfrist selbst bestimmen kann.

Wenn der oberste Dienstvorgesetzte die Kündigungserklärung nicht selbst unterschreibt, muss deutlich sein, dass der Unterschreibende als Vertreter unterzeichnet hat. Darüber hinaus ist der Kündigung eine originale Vollmachtsurkunde beizufügen. Diese darf nicht kopiert sein und muss vom obersten Dienstvorgesetzten eigenhändig unterschrieben sein. Das Beifügen einer originalen Vollmachtsurkunde zur Kündigung sollte durch eine zweite Person bestätigt werden können, die später ggfs. als Zeuge in einem Kündigungsschutzprozess auftreten kann.

Zuletzt hat der öffentliche Arbeitgeber den Zugang der Kündigung sicherzustellen. Sofern der Arbeitnehmer anzutreffen bzw. im Dienst ist, wird eine Aushändigung gegen quittiertes Empfangsbekanntnis befürwortet. Ist der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung arbeitsunfähig, sollte der Arbeitgeber hingegen versuchen, die Kündigung an die Anschrift des Arbeitnehmers zuzustellen und die Kündigung ebenfalls gegen Empfangsbekanntnis auszuhändigen. Wenn der Arbeitnehmer dort nicht anzutreffen ist, empfiehlt sich die Zustellung über den Briefkasten. Fotos sind bei dieser Art der Zustellung unerlässlich, da diese in einem möglichen Kündigungsschutzprozess den Beweis der Zustellung erbringen können. Daneben wird eine Zustellung bzw. Aushändigung durch mindestens zwei Personen empfohlen. Zu beachten hat der öffentliche Arbeitgeber ferner eine ordnungsgemäße Dokumentation des Zugangs der Kündigungserklärung mitsamt der Uhrzeit, da beim Zugang durch den Briefkasten auf die üblichen Postzustellzeiten abzustellen ist. In diesem Zuge ist eine Zustellung bis spätestens 11 Uhr sicherzustellen, um einen Zugang am gleichen Tag garantieren zu können. Weigert sich der Arbeitnehmer das Empfangsbekanntnis zu quittieren, sollte dies ebenfalls unter Beisein von mindestens zwei Personen dokumentiert werden. Sofern eine persönliche Zustellung der Kündigung nicht möglich ist, hat der öffentliche Arbeitgeber

darauf zu achten, dass die Zustellung durch die Post ausschließlich über ein Einwurfeinschreiben erfolgt.

Befolgt der öffentliche Arbeitgeber die zuvor erläuterten Handlungsempfehlungen, kann eine möglichst rechtssichere krankheitsbedingte Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen unter Geltung der derzeitigen höchstrichterlichen Rechtsprechung gewährleistet werden.

Teil 3: Schlussteil, Fazit

Nach eingehender Auseinandersetzung mit der Problematik häufiger Kurzerkrankungen konnten im Rahmen dieser Thesis nutzbringende Handlungsempfehlungen zur möglichst rechtssicheren Kündigung gegeben werden. Dabei erfolgte zunächst ein Einblick in die generellen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Kündigung und des KSchG. Im Anschluss wurde der arbeitsrechtliche Krankheitsbegriff mitsamt der Fallgruppen krankheitsbedingter Kündigung betrachtet. Dabei wurde zudem untersucht, wie Krankheit und Behinderung zusammenhängen können und was der öffentliche Arbeitgeber hierbei zu beachten hat. Abschließend wurden die ordentliche sowie außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sowie der einschlägigen Literatur behandelt.

Als Ergebnis dieser Thesis ist festzuhalten, dass öffentliche Arbeitgeber zur rechtssicheren Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen verschiedene Kriterien beachten müssen. Diese Kriterien lassen sich als Erfolgskriterien der praktischen Personalarbeit klassifizieren und sind zur Zielerreichung einer möglichst rechtssicheren Kündigung dringend zu beachten. Es wurde festgestellt, dass vor Ausspruch der krankheitsbedingten Kündigung eine umfassende Sachverhaltsanalyse unabdingbar ist, um einen möglichen Sonderkündigungsschutz zu erkennen. Hierbei ist insbesondere eine mögliche Behinderung des Arbeitnehmers zu benennen, woraus sich weitere Erfordernisse des Arbeitgebers, wie der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung oder dem Zustimmungserfordernis des Integrationsamtes, ergeben.

Dem KSchG kommt bei der Prüfung einer krankheitsbedingten Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen eine Schlüsselfunktion zu. Bei einer Anwendbarkeit muss die Kündigung sozial gerechtfertigt sein. Es wurde herausgearbeitet, dass das BAG die soziale Rechtfertigung der ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung in einem dreistufigen Aufbau prüft.

Zunächst muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass eine negative Gesundheitsprognose begründet ist und auch künftig mit weiteren krankheitsbedingten Fehlzeiten zu rechnen ist.

Diese prognostizierten Fehlzeiten müssen im nächsten Schritt zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen. Es wurde festgestellt, dass beim Vorliegen häufiger Kurzerkrankungen die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers einerseits durch Betriebsablaufstörungen und andererseits durch wirtschaftliche Belastungen aufgrund von zu leistender Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall beeinträchtigt sein können. Bei häufigen Kurzerkrankungen ist es für den Arbeitgeber nicht vorhersehbar, wann der Arbeitnehmer ausfallen wird, sodass er hierdurch immer wieder kurzfristig Ersatzpersonal beschaffen oder die Arbeit auf die übrigen Arbeitnehmer verteilen muss. Bei öffentlichen Arbeitgebern ist die Beschaffung Ersatzpersonals durch die Haushalts- und Stellenpläne zudem nur eingeschränkt möglich. Nach Auswertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist festzuhalten, dass eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen dann anzunehmen ist, wenn jährlich, für einen Referenzzeitraum von regelmäßig drei Jahren, mehr als sechs Wochen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu leisten ist.

Zuletzt muss im Rahmen einer Interessenabwägung geprüft werden, ob das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt. Hierbei wurde festgestellt, dass die Kündigung stets ultima ratio ist und daher zumutbare mildere Mittel vorrangig umzusetzen sind. Für die praktische Personalarbeit ist dabei das bEM-Verfahren unerlässlich, mit dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam nach geeigneten Lösungen suchen, um die krankheitsbedingte Kündigung zu verhindern. Wird das bEM durch den Arbeitgeber unterlassen oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt, führt dies dazu, dass er die gesteigerte Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass keine mildereren Mittel umsetzbar sind. Dies wird der öffentliche Arbeitgeber in der Praxis nahezu unmöglich darlegen können. Das bEM ist hierbei immer dann anzubieten, wenn krankheitsbedingte Fehlzeiten von mehr als sechs Wochen entstanden sind. Das erneute Angebot ist ferner auch dann zu unterbreiten, wenn der Arbeitnehmer ein vorheriges bEM abgelehnt hat. Insbesondere bei häufigen Kurzerkrankungen können die Krankheitsursachen verschieden sein und daher im Rahmen eines bEMs beseitigt werden. Zudem ist festzuhalten, dass der öffentliche Arbeitgeber bereits bei der Einladung zum bEM alle erforderlichen Angaben mitteilen muss, da ihm ein unterbliebenes bEM wegen fehlerhafter Einladung zuzurechnen ist.

Darüber hinaus muss der öffentliche Arbeitgeber bei der Interessenabwägung alle ihm bekannten Umstände des Einzelfalls berücksichtigen. Beispiele hierfür sind

die Dauer des störungsfreien Beschäftigungsverhältnisses, das Lebensalter oder das Vorhandensein von Unterhaltspflichten.

Als Besonderheit des öffentlichen Dienstes ist die Personalratsbeteiligung hervorzuheben. Im Bereich privater Arbeitnehmer handelt es sich bei der ordentlichen Kündigung um einen Anhörungstatbestand. Für öffentliche Arbeitgeber in Baden-Württemberg handelt es hingegen um einen Mitbestimmungstatbestand. Hierdurch ergeben sich beispielsweise andere Fristen oder Verfahrensschritte, die beachtet werden müssen.

Für den Fall einer außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung ist festzuhalten, dass diese bei tariflich oder einzelvertraglich unkündbaren Arbeitnehmern nahezu ausschließlich mit sozialer Auslauffrist ausgesprochen werden kann. Dies soll eine Benachteiligung gegenüber ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern verhindern. Die soziale Auslauffrist orientiert sich dabei an den Kündigungsfristen, wie sie sich bei einer ordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers ergeben würden. Hierzu wurden die Voraussetzungen der tariflichen ordentlichen Unkündbarkeit von TVöD bzw. TV-L Beschäftigten herausgearbeitet. Weiter hat diese Thesis gezeigt, dass an den dreistufigen Prüfungsaufbau bei der außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist erheblich strengere Anforderungen zu stellen sind. Die Auswertung der Rechtsprechung des BAG hat gezeigt, dass eine gravierende Äquivalenzstörung anzunehmen ist, wenn der Arbeitgeber für einen Zeitraum von drei Jahren, jährlich für mehr als ein Drittel der Arbeitstage Entgeltfortzahlung leisten muss. Darüber hinaus konnte die Besonderheit festgestellt werden, dass bei der außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist der Personalrat analog zur ordentlichen Kündigung zu beteiligen ist.

Abschließend ist festzuhalten, dass diese Theses Handlungsempfehlungen für die praktische Personalarbeit öffentlicher Arbeitgeber geben konnte. Folgt der öffentliche Arbeitgeber diesen, kann eine möglichst rechtssichere krankheitsbedingte Kündigung aufgrund häufiger Kurzerkrankungen gewährleistet werden. Nichtsdestotrotz ist darauf hinzuweisen, dass stets die Gegebenheiten des Individualsverhältnisses entscheidend sind und die Arbeitsgerichte einzelne Prüfabschnitte wie beispielsweise die Interessenabwägung anders beurteilen können. Zudem können in den Handlungsempfehlungen nur der aktuelle Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung sowie der Literatur berücksichtigt werden. Aufgrund der engen Verknüpfung des Kündigungsrechts mit der Rechtsprechung ist es für den öffentlichen Arbeitgeber unerlässlich über den neusten Stand der Rechtsprechung informiert zu sein. Dies gilt insbesondere daher, da auch mit künftigen Änderungen oder Anpassungen der Rechtsprechung zu rechnen ist.

Literaturverzeichnis

Alvater, Lothar/Burr, Herrmann/Coulin, Christian/Klimpe-Auerbach, Wolf/Wirlitsch, Michael/Bartl, Ewald, Landespersonalvertretungsgesetz Baden-Württemberg: Basiskommentar mit Wahlordnung und ergänzenden Vorschriften, 3., aktualisierte und überarbeitete Auflage, Frankfurt 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: LPVG BW Basiskommentar, Titel der Bearbeitung, S. xx, Rn. xx).

Bader, Johann, Die Beteiligung des Personalrats bei der Kündigung von Arbeitnehmern, NZA 2023, Heft 17, S. 1087-1096.

Bredemeier, Jörg, Außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung im öffentlichen Dienst bei unkündbaren Arbeitnehmern - § 34 II TVöD, § 34 II TV-L – Ein Überblick, öAT 2019, S. 221-224.

Bredemeier, Jörg, Neues zur krankheitsbedingten Kündigung im öffentlichen Dienst – ein aktueller Überblick auch zum bEM-Verfahren, öAT 2022, S. 249-252.

Bülow, Christian, Das „BEM“ in der Praxis, DOeD 2023, Heft 6, S. 149-151.

Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Das System der öffentlichen Haushalte, Stand: August 2015, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Oeffentliche-Finanzen/Haushaltsrecht-und-Haushaltssystematik/das-system-der-oeffentlichen-haushalte.pdf?__blob=publicationFile&v=7, zuletzt abgerufen am 05.09.2024.

Dörner, Klemens/Luczak, Stefan/Wildschütz, Martin/Baeck, Ulrich/Hoß, Axel (Hrsg.), Handbuch des Arbeitsrechts: arbeitsrechtliche, anwaltliche und gerichtliche Praxis, 16. Auflage 2022, Hürth 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Handbuch des Arbeitsrechts, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Faulenbach, Daniel, Unfallbedingte Fehlzeiten bei krankheitsbedingter Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen, jurisPr-ArbR 24/2023 Anm. 5.

Hausner, Alexander, Der Weg zur krankheitsbedingten Kündigung, DB 2024, DB 16/2024, S. 1000-1004.

Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 11. Auflage 2024, Köln 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Arbeitsrecht Kommentar, S. xx).

Höpfner, Clemens/Picker, Christian/Temming, Felipe (Hrsg.), Beck-online.Grosskommentar zum Kündigungsrecht, Kündigungsschutzgesetz, Stand: 01.06.2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOGK KSchG, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (Hrsg.), Jahresbilanz 2023: Noch nie außer im Corona-Jahr 2020 war die Arbeitszeit so niedrig, Presseinformation vom 05.03.2024, <https://iab.de/presseinfo/jahresbilanz-2023-noch-nie-ausser-im-corona-jahr-2020-war-die-arbeitszeit-so-niedrig/>, zuletzt abgerufen am 14.10.2024.

Karb, Svenja (Hrsg.), Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst: mit Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht und Exkursen zum Beamtenrecht, 8. Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Conze/Karb/Reidel/Hahn/Krellig PersB, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Harmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2: Individualarbeitsrecht II, 5. Auflage 2021, München 2021 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MHD ArbR, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Linck, Rüdiger/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Kündigungsrecht: Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen,

- 1. Teil: C. Rechtsgeschäftliche Grundlagen der Kündigung, 7., neu bearbeitete Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsgesetz, C. Rechtsgeschäftliche Grundlagen der Kündigung, Rn. xx).
- 1. Teil: D. Arten der Kündigung, 7., neu bearbeitete Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsgesetz, D. Arten der Kündigung, Rn. xx).
- 1. Teil: F. Grundprinzipien des Kündigungsschutzrechts, 7., neu bearbeitete Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsgesetz, F. Grundprinzipien des Kündigungsschutzrechts, Rn. xx).
- 2. Teil: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 7., neu bearbeitete Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsgesetz BGB, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).
- 2. Teil: Kündigungsschutzgesetz (KSchG), 7., neu bearbeitete Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsgesetz KSchG, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).
- 2. Teil: Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) Allgemeiner Teil, 7., neu bearbeitete Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsgesetz TVöD-AT, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Müller, Stefan, Die Betriebsratsanhörung bei Kündigungen in der Wartezeit, RdA 2023, Heft 6, S. 371-377.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Gallner, Inken/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,

- 40. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 24., neu bearbeitete Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: ErfK AGG, Titel der Bearbeitung, Rn. xx)
- 230. Bürgerliches Gesetzbuch, 24., neu bearbeitete Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: ErfK BGB, Titel der Bearbeitung, Rn. xx)
- 430. Kündigungsschutzgesetz (KSchG), 24. neu bearbeitete Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: ErfK KSchG, Titel der Bearbeitung, Rn. xx)

Notzon, Matthias, Wichtiges zum betrieblichen Eingliederungsmanagement zum Jahresbeginn 2024, öAT 2024, Heft 1, S. 1-4.

Preis, Ulrich/Seiwerth, Stephan, Grundlagen der arbeitsrechtlichen Kündigung (Teil 2): Personenbedingte Kündigung, jm 2023, Heft 11/2023, S. 409-414.

Rachor, Stephanie (Hrsg.), KR: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, KSchG, 13. Auflage 2022, Hürth 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in KR-Kommentar, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Richter, Tim, Neues zur krankheitsbedingten Kündigung, ArbR Aktuell 2023, Heft 10, S. 255-258.

Rinck, Ursula/Böhle, Thomas/Pieper, Wolfgang/Geyer, Volker (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar TV-L: Tarifverträge der Länder, TV L, 69. Edition, Stand: 01.06.2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK TV-L, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Rinck, Ursula/Böhle, Thomas/Pieper, Wolfgang/Geyer, Volker (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar TVöD: Kommentar zum Tarifrecht der Beschäftigten im öffentlichen Dienst im Bereich des Bundes und der VKA, TVöD-AT, 69. Edition, Stand: 01.06.2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK TVöD, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Röllner, Jürgen (Hrsg.), Personalbuch 2024: Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 31., vollständig neubearbeitete Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Küttner Personalbuch 2024, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht,

- BGB, 73. Edition, Stand: 01.09.2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK ArbR BGB, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).
- KSchG, 73. Edition, Stand: 01.09.2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK ArbR KSchG, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, SGB IX: Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderung, 74. Edition, Stand: 01.06.2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK SozR SGB IX, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Rooschütz, Gerhart/Bader, Johann (Hrsg.), Landespersonalvertretungsgesetz für Baden-Württemberg, 16., erweiterte und überarbeitete Auflage, Stuttgart 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: LPVG BW Kommentar, Titel der Bearbeitung, S. xx, Rn. xx).

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 §§ 535-630h BGB, BetrKV, HeizkostenV, WärmelV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, 9. Auflage 2023, München 2023 (zitiert als: *Bearbeiter*, in MüKoBGB, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Salamon, Erwin/Maaß, Yannick, Das „Haltbarkeitsdatum“ für ein bEM – rechtliche Einordnung und Folgen für die Praxis, NZA 2022, Heft 6, S. 384-388.

Schaub, Günter (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, XIV. Buch. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 20., neu bearbeitete Auflage 2023, München 2023 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schaub ArbR-HdB, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Seiwerth, Stephan, Die krankheitsbedingte als „behinderungsbedingte“ Kündigung – Anforderungen des Diskriminierungsrechts an die Kündigung wegen Krankheit, NZA 2023, Heft 18, S. 1145-1151.

Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Anzahl der Beschäftigten im öffentlichen Dienst in Deutschland von 2000 bis 2023, Stand 2024, <https://de.statista.com/statistik/kategorien/kategorie/900/themen/25/branche/oeffentliche-verwaltung/#statistic1>, zuletzt abgerufen am 14.10.2024.

Stück, Volker, Krankheitsbedingte Kündigung: Verhältnis BEM und Integrationsamtszustimmung, ARP 2024, Heft 2, S. 62-63.

Tschöpe, Ulrich (Begr.), Arbeitsrecht Handbuch, 13. neu bearbeitete Auflage 2023, Köln 2023 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, S. xx).

Erklärung über selbständige Bearbeitung

Hiermit versichere ich, **Janis Oestreich**, dass ich die Masterarbeit selbstständig verfasst und weder diese Arbeit noch Teile davon an anderer Stelle zu Prüfungszwecken eingereicht habe, sowie keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt habe.

Ludwigshafen, 06.11.2024

Janis Oestreich

Ort, Datum

Unterschrift