

Recht

Die personenbedingte Kündigung

vbw

Info Recht
Stand: Juni 2024

Die bayerische Wirtschaft



Hinweis

Diese Information ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Eine Haftung übernehmen wir mit der Herausgabe dieser Information nicht.

Um die Information an einen sich wandelnden Rechtsrahmen und an die höchstrichterliche Rechtsprechung anzupassen, überarbeiten wir unsere Broschüre regelmäßig. Bitte informieren Sie sich über die aktuelle Version auf unserer Homepage www.vbw-bayern.de/InfoRecht.

Dieses Werk darf nur von den Mitgliedern der vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V. zum internen Gebrauch sowie zur Unterstützung der jeweiligen Verbandsmitglieder im entsprechend geschlossenen Kreis unter Angabe der Quelle vervielfältigt, verbreitet und zugänglich gemacht werden. Eine darüber hinausgehende Nutzung – insbesondere die Weitergabe an Nichtmitglieder oder das Einstellen im öffentlichen Bereich der Homepage – stellt einen Verstoß gegen urheberrechtliche Vorschriften dar.

Vorwort

Auf fehlende Arbeitsfähigkeit rechtssicher reagieren

Die personenbedingte Kündigung bietet dem Arbeitgeber die Möglichkeit zu reagieren, wenn der Arbeitnehmer die Fähigkeit oder Eignung zur Erfüllung der geschuldeten Arbeitsleistung verloren hat.

Unsere Broschüre stellt unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) den richtigen Umgang mit der personenbedingten Kündigung und den damit verbundenen, hohen Anforderungen dar. Dazu erhalten Sie Hinweise auf typische Fehlerquellen in der betrieblichen Praxis.

Bertram Brossardt
11. Juni 2024

Inhalt

1	Begriff der personenbedingten Kündigung	1
1.1	Definition	1
1.2	Voraussetzungen der personenbedingten Kündigung	1
1.3	Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung	2
1.4	Abmahnung	3
1.5	Ultima-ratio-Prinzip	3
2	Die personenbedingte Kündigung im Krankheitsfall	6
2.1	Begriff	6
2.2	Prüfungskriterien	6
2.2.1	Negative Gesundheitsprognose	6
2.2.2	Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen	7
2.2.3	Interessenabwägung	7
2.3	Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)	8
2.4	Grundtypen krankheitsbedingten Kündigung	10
2.4.1	Kündigung wegen lang andauernder Krankheit	10
2.4.2	Kündigung wegen häufigen Kurzerkrankungen	13
2.4.3	Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsminderung	15
2.5	Beweislast	17
2.5.1	Negative Prognose	17
2.5.2	Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen	17
2.5.3	Interessenabwägung	18
2.5.4	Weiterbeschäftigungsmöglichkeit	18
2.6	Krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung	18
3	Die personenbedingte Kündigung in Form der Verdachtskündigung	20
4	Einzelfälle	21
4.1	HIV	21
4.2	Alkohol-, Drogen- oder Spielsucht	23

4.3	Alter	25
4.4	Beschäftigungsverbot	25
4.5	Eignung	27
4.6	Straftat	29
4.7	Straf- und Untersuchungshaft	29
4.8	Wehrdienst	31
4.9	Druckkündigung	31
	Ansprechpartner/Impressum	33

1 Begriff der personenbedingten Kündigung

Persönliche Eigenschaften und mangelnde Fähigkeiten als Kündigungsgrund

1.1 Definition

Nach § 1 Abs. 2 S. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) ist eine Kündigung unter anderem dann sozial gerechtfertigt, wenn sie durch Gründe bedingt ist, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Sofern solche Gründe gegeben sind, ist die Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 b) KSchG dennoch sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) stellt darauf ab, dass die Gründe aus einer in der Sphäre des Arbeitnehmers liegenden Störquelle stammen. Es muss sich daher um Umstände handeln, welche die persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers betreffen. Dies sind insbesondere der schlechte Gesundheitszustand, die mangelnde Eignung, fehlende Fähigkeiten oder Kenntnisse. Ist das Austauschverhältnis des Arbeitsvertrages durch diese Umstände nachhaltig in erheblichem Umfang gestört, kann eine Kündigung begründet sein, wenn es keine andere Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer gibt (BAG, Urteil vom 24. Februar 2005 – Az.: 2 AZR 211/04).

Wichtig

Nicht jedes Leistungsdefizit ist Grund für eine personenbedingte Kündigung. Erforderlich ist eine erhebliche Differenz zwischen dem Anforderungs- und Leistungsprofil. Insbesondere subjektive Leistungsdefizite bedürfen einer genauen Darlegung des Arbeitgebers.

1.2 Voraussetzungen der personenbedingten Kündigung

Voraussetzung der personenbedingten Kündigung ist, dass der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs nicht nur vorübergehend seine Fähigkeit oder Eignung verloren hat, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung ganz oder zum Teil zu erbringen (BAG, Urteil vom 28. Februar 1990 – Az.: 2 AZR 401/89). Ein Verschulden des Arbeitnehmers ist unerheblich. Im Gegensatz zur verhaltensbedingten Kündigung muss der Grund für eine personenbedingte Kündigung in der Person des Arbeitnehmers, nicht aber in dessen Verhalten liegen. Eine personenbedingte Kündigung ist auch bei einer sogenannten „Verdachtskündigung“ gegeben. Der Verdacht einer Handlung, stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen (Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung), einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. (Siehe auch Ziffer 3)

1.3 Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung

Bei der personenbedingten Kündigung hat der Arbeitnehmer auf den Verlust seiner Fähigkeit oder Eignung zur Erbringung der arbeitsvertraglichen Pflichten keinen Einfluss. Die verhaltensbedingte Kündigung hingegen hat ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers zum Gegenstand, welches meist mit einer Pflichtverletzung verbunden ist.

Beispiel

Der Kassierer im Supermarkt, die einen Diebstahl begeht, indem sie Geld aus der Kasse nimmt, ist ein Verschulden anzulasten. In diesem Fall ist die verhaltensbedingte Kündigung einschlägig. Dem Arbeiter, der schwer erkrankt und aufgrund eines Rückenleidens seine Arbeitsleistung nicht mehr oder nur noch eingeschränkt erbringen kann, ist kein Verschulden anzulasten. In diesem Fall ist die personenbedingte Kündigung, sofern deren Voraussetzungen vorliegen, der richtige Weg.

Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich beispielsweise bei einer Kündigung gegenüber einem leistungsschwachen Arbeitnehmer. Hier kann die Leistungsschwäche krankheitsbedingt und daher vom Arbeitnehmer nicht steuerbar sein, in diesem Fall müsste eine personenbedingte Kündigung ausgesprochen werden. Sie kann sich aber auch daraus ergeben, dass sich der Arbeitnehmer steuerbar, willentlich nicht mehr anstrengt, dann müsste eine verhaltensbedingte Kündigung erfolgen.

Bei der Verdachtskündigung erfolgt die Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung danach, ob sich der Arbeitgeber hinsichtlich des Kündigungsgrundes auf ein erwiesenes vertragswidriges Verhalten beruft, oder die Kündigung nur auf den Verdacht eines solchen Verhaltens begründet.

Zusammenfassung

Ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Kündigungsgrund kann regelmäßig dann angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer sich zwar vertragsgerecht verhalten will, dies aber nicht kann. Kann sich der Arbeitnehmer vertragsgerecht verhalten, will er es aber nicht, so kann darin ein die verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigendes Verhalten liegen.

1.4 Abmahnung

Im Vorfeld einer personenbedingten Kündigung ist eine Abmahnung in der Regel nicht erforderlich.

Sinn und Zweck der Abmahnung ist es, dem Arbeitnehmer deutlich zu machen, dass der Arbeitgeber nicht weiter dazu bereit ist, die vom diesem verursachte Vertragsstörung zu dulden. Der Arbeitnehmer soll zur Änderung seines Verhaltens veranlasst werden, bzw. ändert er sein Verhalten nicht, soll eine Kündigung ausgesprochen werden.

Im Fall der personenbedingten Kündigung ist der Arbeitnehmer jedoch nicht dazu in der Lage, die Ursache für seine fehlende Leistungsfähigkeit zu beeinflussen. Der Arbeitnehmer kann die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung aufgrund seiner mangelnden Eignung oder Befähigung nicht mehr erbringen. Die Abmahnung kann daher ihre Funktion nicht erfüllen.

Kann der Arbeitnehmer den personenbedingten Kündigungsgrund durch steuerbares Verhalten beseitigen, so könnte vor Ausspruch einer personenbedingten Kündigung die Abmahnung ausnahmsweise erforderlich sein.

Wichtig

Spricht der Arbeitgeber im Vorfeld einer personenbedingten Kündigung dennoch eine Abmahnung aus, ist eine danach aus denselben Gründen ausgesprochene personenbedingte Kündigung regelmäßig unwirksam. Mit dem Ausspruch einer Abmahnung verzichtet der Arbeitgeber in der Regel zugleich auf das Recht zur Kündigung aus Gründen, wegen derer die Abmahnung erfolgt ist. Der Kündigungsgrund ist damit mit Ausspruch der Abmahnung verbraucht, was mit dem Erlöschen des Rechts zur Kündigung einhergeht.

1.5 Ultima-ratio-Prinzip

Vor dem Ausspruch der personenbedingten Kündigung ist der Arbeitgeber verpflichtet, jede mögliche zumutbare und geeignete Maßnahme zu ergreifen, die im Rahmen der betrieblichen Interessen die Kündigung vermeiden lässt (BAG, Urteil vom 24. November 2005 – Az.: 2 AZR 514/04). Es muss daher immer geprüft werden, ob der Arbeitnehmer an einem anderen freien Arbeitsplatz des Betriebes oder Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann oder ob eine Versetzung, Änderungskündigung, Umschulung oder Fortbildung möglich ist. Zu beachten ist außerdem, dass sich die Verpflichtung des Arbeitgebers, vor Ausspruch einer Kündigung mildere Mittel zu ergreifen, nicht ausschließlich auf arbeitsplatzbezogene Maßnahmen im Sinne von § 1 Abs. 2 S.2 KSchG beschränkt. Eine Kündigung muss, damit sie durch Gründe im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG bedingt ist, unter allen Gesichtspunkten verhältnismäßig, also unvermeidbar sein.

Begriff der personenbedingten Kündigung

Daraus kann sich die Verpflichtung des Arbeitgebers ergeben, auf bestehende Therapiemöglichkeiten Bedacht zu nehmen (BAG, Urteil vom 20. November 2014 – Az.: 2 AZR 755/13).

Beispiel

Der Arbeitnehmer hat ein Bandscheibenleiden und kann seine Tätigkeit im Produktionsbereich nicht mehr ausüben. Gleichzeitig wird beim Arbeitgeber eine Pförtnerstelle frei. Diese Stelle muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer anbieten, wenn er dafür gesundheitlich und von seinen Fähigkeiten her geeignet ist.

Darüber hinaus ist der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts dazu verpflichtet durch Änderung von Arbeitsabläufen, Umverteilen von Aufgaben und Versetzung anderer Mitarbeiter, leidensgerechte Arbeitsplätze frei zu machen oder zu schaffen. Er muss sich jedoch gegenüber dem bisherigen Arbeitsplatzinhaber im Rahmen der vertraglichen Abmachungen halten und darf nicht in dessen Rechtsposition eingreifen.

Der Arbeitgeber ist jedoch nicht verpflichtet, einen anderen Arbeitnehmer zu kündigen, um einen leidensgerechten Arbeitsplatz freizumachen.

Wenn der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer Versetzung verweigert, mit der für den erkrankten Mitarbeiter ein leidensgerechter Arbeitsplatz frei gemacht werden soll, ist dem Arbeitgeber ein Zustimmungsersetzungsverfahren nicht zumutbar (BAG, Urteil vom 29. Januar 1997 – Az.: 2 AZR 9/96).

Beispiel

Der Arbeitnehmer leidet an einer Asthmaerkrankung und kann nicht mehr an seinem ursprünglichen Arbeitsplatz im Stahlbau beschäftigt werden. Im Bereich Versand / Verpackung könnte er aus gesundheitlicher Sicht eingesetzt werden. Ist in diesem Bereich keine Stelle frei, muss der Arbeitgeber keine Stelle frei kündigen. Kann der Arbeitgeber jedoch durch Umorganisation einen Arbeitsplatz frei machen, muss er diese Möglichkeit als mildere Maßnahme ergreifen.

Hinweis

Zu beachten ist, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Rahmen einer Änderungskündigung nicht nur einen gleichwertigen Arbeitsplatz anbieten muss. Vielmehr muss in der Regel auch ein geeigneter geringwertigerer Arbeitsplatz angeboten werden. Nur in Extremfällen kann das Angebot hinsichtlich der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem geringwertigeren Arbeitsplatz unterbleiben.

Begriff der personenbedingten Kündigung

Ein solcher Extremfall ist beispielsweise dann gegeben, wenn das Angebot „beleidigenden“ Charakter hat. Ein solcher beleidigender Charakter kann beispielsweise angenommen werden, wenn der betroffene Arbeitnehmer in der Personalhierarchie soweit zurückgestuft werden soll, dass viele seiner bisher untergeordneten Angestellten ihm nun Weisungen erteilen könnten und es aus diesem Grund zu erheblichen Konflikten kommen würde.

Die alleinige hierarchische Rückstufung und die damit einhergehenden erheblichen Vergütungseinbußen begründen einen solchen „Extremfall“ jedoch nicht.

2 Die personenbedingte Kündigung im Krankheitsfall

Einer der Hauptanwendungsfälle der personenbedingten Kündigung

2.1 Begriff

Häufigster Fall der personenbedingten Kündigung ist die Kündigung wegen Krankheit. Unter Krankheit ist ein regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustand zu verstehen, der eine Heilbehandlung notwendig macht (BAG, Urteil vom 05. April 1976 – Az.: 5 AZR 397/75; BAG vom 25. Juni 1981 – Az.: 6 AZR 940/78).

2.2 Prüfungskriterien

Eine personenbedingte Kündigung wegen Krankheit wird in drei Stufen geprüft. Zunächst ist eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes erforderlich (1. Stufe). Zudem müssen die bisherigen und nach der Prognose zu erwartenden Auswirkungen des Gesundheitszustandes des Arbeitnehmers zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen (2. Stufe) und es ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen (3. Stufe) (BAG, Urteil vom 29. April 1999 – Az.: 2 AZR 431/98, LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26. Januar 2021 – Az.: 6 Sa 124/20).

Zusammenfassung

Die Prüfung der personenbedingten Kündigung wegen Krankheit erfolgt in drei Stufen:

- Negative Gesundheitsprognose (1. Stufe)
 - erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen (2. Stufe)
 - Interessenabwägung (3. Stufe)
-

2.2.1 Negative Gesundheitsprognose

Im Rahmen der Gesundheitsprognose wird eine Zukunftsprognose durchgeführt, d. h. die Prognose über die künftige Arbeitsunfähigkeit ist entscheidend. Erforderlich ist die aufgrund objektiver Umstände festzustellende Tatsache, dass nach dem Beendigungstermin mit weiteren krankheitsbedingten Störungen im Hinblick auf die vom Arbeitnehmer geschuldete Arbeitsleistung zu rechnen ist.

Der für die Prognose maßgebende Zeitpunkt ist der des Zugangs der Kündigung. Es müssen objektive, medizinisch begründbare Tatsachen vorliegen, nicht entscheidend ist die subjektive Einschätzung des Arbeitnehmers. Die Prognose kann durch neue Tatsachen, die nach dem Ausspruch der Kündigung eingetreten sind, nicht beeinträchtigt oder aufgrund eines neuen Sachverhalts nachträglich korrigiert werden.

Wichtig

Die Gesundheitsprognose im Rahmen der dreistufigen Prüfung ist eine Zukunftsprognose, d. h. die Prognose über die künftige Arbeitsunfähigkeit ist entscheidend. Sie ist keine Sanktion für die Fehlzeiten in der Vergangenheit.

2.2.2 Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen

Die negative Gesundheitsprognose muss zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. Bei einer lang andauernden Erkrankung ist diese Beeinträchtigung in der Regel darin zu sehen, dass der Arbeitgeber auf unabsehbare Zeit daran gehindert ist sein Direktionsrecht auszuüben und die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers abzurufen. Weist der Arbeitnehmer häufige Kurzerkrankungen auf, ist die erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen an Betriebsablaufstörungen oder wirtschaftlichen Belastungen wie außergewöhnlich hohe Lohnfortzahlungskosten, die über einen Zeitraum von sechs Wochen im Jahr hinausgehen, zu messen. Bei einer krankheitsbedingten Leistungsminderung wird eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen darin gesehen, dass der Arbeitgeber für den Lohn nicht die volle Gegenleistung erhält.

2.2.3 Interessenabwägung

Im Rahmen der Interessenabwägung wird das Arbeitgeberinteresse an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmerinteresse an einer Weiterbeschäftigung abgewogen. Es wird geprüft, ob die von der Krankheit verursachten betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen.

In diesem Zusammenhang wird berücksichtigt, wie lange das Arbeitsverhältnis ohne Störungen bestanden hat, ob die Erkrankungen auf betriebliche Ursachen zurückzuführen sind, ob der Arbeitgeber Vorhaltekosten für die Personalreserve aufzuwenden hatte und neben Betriebsablaufstörungen auch noch hohe Entgeltfortzahlungskosten angefallen sind. Die wirtschaftliche Belastbarkeit des Arbeitgebers ist an der Größe des Betriebes zu messen.

Hinweis

Bei krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit ist in aller Regel ohne Weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen. Die völlige Ungewissheit einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit gleich, wenn – ausgehend vom Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung – jedenfalls in den nächsten 24 Monaten mit einer Genesung nicht gerechnet werden kann (BAG, Urteil vom 13. Mai 2015 – Az.: 2 AZR 565/14).

Relevant ist auch die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers. In diesem Zusammenhang sind der Familienstand, Unterhaltspflichten sowie Schwerbehinderung zu berücksichtigen. Auch das hohe Alter eines Arbeitnehmers und dessen ohnehin zeitnahes Ausscheiden kann, wenn das Arbeitsverhältnis lange besteht, eine erhöhte Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers begründen.

Im Rahmen der Interessenabwägung sind alle in Betracht kommenden Umstände zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen. Der Kriterienkatalog ist nicht abschließend. Die Abwägung ist auf den Einzelfall zu beziehen.

Hinweis

In die Interessenabwägung sind insbesondere folgende Gesichtspunkte aufzunehmen:

- die Dauer des ungestörten Verlaufs des Arbeitsverhältnisses
 - etwaige betriebliche Ursachen der Erkrankung
 - die wirtschaftliche Belastbarkeit des Arbeitgebers (Entgeltfortzahlungskosten, Personalreserve) und
 - soziale Daten des Arbeitnehmers (Alter, Familienstand, Unterhaltspflichten, ggf. Schwerbehinderung)
-

2.3 Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

Gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX ist bei jedem Arbeitnehmer, der innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig war ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) durchzuführen – und zwar unabhängig davon, ob ein Betriebsrat besteht. Der Arbeitgeber hat ggf. mit dem Betriebsrat, bei schwerbehinderten Arbeitnehmern außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung die Möglichkeiten zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit überwunden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Voraussetzung ist die Zustimmung und Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmers.

Die personenbedingte Kündigung im Krankheitsfall

Der Arbeitgeber hat grundsätzlich ein neuerliches BEM durchzuführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines BEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war. (BAG, Urteil vom 18.11.2021 – Az: 2 AZR 138/21)

Wirksamkeitsvoraussetzung einer krankheitsbedingten Kündigung ist die Durchführung des BEM nicht. Die Regelung des § 167 Abs. 2 SGB IX stellt eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrechts innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Danach ist eine Kündigung nur erforderlich, wenn sie nicht durch mildere Maßnahmen vermieden werden kann. Ein solches milderes Mittel ist zwar das BEM an sich nicht. Durch das BEM können aber solche milderen Mittel, z. B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen an einem anderen Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden. Ein unterlassenes BEM steht einer Kündigung daher dann nicht entgegen, wenn sie auch durch das BEM hätte nicht verhindert werden können. Allein die Bewilligung einer Rente wegen voller Erwerbsminderung im Sinne des § 43 Abs. 2 SGB VI belegt nicht die objektive Nutzlosigkeit eines BEM (BAG, Urteil vom 13. Mai 2015 – Az.: 2 AZR 565/14).

Verzichtet der Arbeitgeber auf das BEM, so erhöht sich seine Darlegungs- und Beweislast in einem sich eventuell anschließenden Kündigungsschutzprozess. Er kann sich nicht mehr pauschal darauf berufen, dass ihm keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den gekündigten Arbeitnehmer bekannt sind. Es muss genau dargelegt werden, warum er den Arbeitnehmer an dem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr einsetzen kann und eine leidensgerechte Anpassung, bzw. ein alternativer Einsatz an einem anderen Arbeitsplatz nicht möglich ist (BAG, Urteil vom 12. Juli 2007 – Az.: 2 AZR 716/06). Das BAG hat festgestellt, dass im Falle eines unterlassenen BEM der Arbeitgeber auch dartun muss, dass durch ein BEM künftige Fehlzeiten unter Berücksichtigung der gesetzlich vorgesehenen Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger in relevantem Umfang nicht hätten vermieden werden können (BAG, Urteil vom 20. November 2014 – Az.: 2 AZR 755/13). Die Zustimmung des Integrations- bzw. Inklusionsamts zur krankheitsbedingten Kündigung eines schwerbehinderten bzw. gleichgestellten Menschen nach § 168 SGB IX begründet nicht die Vermutung, dass ein (unterbliebenes) betriebliches Eingliederungsmanagement die Kündigung nicht hätte verhindern können. (BAG Urteil vom 15.12.2022 – 2 AZR 162/22)

Weigert sich dagegen der Arbeitnehmer, an einem betrieblichen Eingliederungsmanagement teilzunehmen, so wirkt sich dies kündigungsneutral aus. Das heißt, es führt nicht zur Verschärfung der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers. Denn zwingende Voraussetzung für die Durchführung eines BEM ist das Einverständnis des Betroffenen. Dies setzt jedoch voraus, dass der Arbeitnehmer zuvor ordnungsgemäß über die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie über die Art und den Umfang der dafür benötigten Daten aufgeklärt worden ist (BAG, Urteil vom 24. März 2011 – Az.: 2 AZR 170/10). Eine bloße Bezugnahme auf die Vorschrift des § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX reicht dabei nicht aus. Dem Arbeitnehmer muss verdeutlicht werden, dass es um die Grundlagen seiner Weiterbeschäftigung geht und dazu ein ergebnisoffenes Verfahren durchgeführt werden soll, in das auch er Vorschläge einbringen kann (BAG, Urteil vom 20. November 2014 – Az.: 2 AZR 755/13).

Deshalb ist es zu empfehlen, die Durchführung des BEM bzw. die Weigerung des Arbeitnehmers an einem BEM teilzunehmen, zu dokumentieren.

Besonderen Anforderungen unterliegt das Einladungsschreiben des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer zur Teilnahme am BEM. Eine unzureichende Aufklärung des Arbeitnehmers kann dazu führen, dass der Arbeitgeber so gestellt wird, als hätte er das BEM gar nicht angeboten, wenn der Arbeitnehmer der Teilnahme nicht zustimmt. Das BEM darf auch nicht von Anfang an an eine datenschutzrechtliche Einwilligung des Arbeitnehmers geknüpft werden. Es ist dem Arbeitgeber auch ohne vorherige datenschutzrechtliche Einwilligung möglich und zumutbar, zunächst mit dem beabsichtigten BEM zu beginnen und mit dem Arbeitnehmer in einem Erstgespräch den möglichen Verfahrensablauf zu besprechen. Datenschutzrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Erhebung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten des Arbeitnehmers sind frühestens dann von Bedeutung, wenn sich die Beteiligten des BEM darüber verständigt haben, welche Angaben über den Gesundheitszustand für eine Reduzierung der Arbeitsunfähigkeitszeiten voraussichtlich erforderlich sind. (BAG Urteil vom 15.12.2022 – 2 AZR 162/22)

Hinweis

Weiteres zu diesem Thema finden Sie in unserer [Info Recht Betriebliches Eingliederungsmanagement \(BEM\)](#).

2.4 Grundtypen krankheitsbedingten Kündigung

Die Rechtsprechung unterscheidet drei Typen der krankheitsbedingten Kündigung. Die Kündigung wegen lang andauernder Krankheit, die Kündigung wegen häufigen Kurzerkrankungen und die Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsminderung.

2.4.1 Kündigung wegen lang andauernder Krankheit

Bei einer lang andauernden Krankheit muss im Rahmen der negativen Prognose festgestellt werden, ob für die Zukunft aufgrund objektiver Umstände mit einer lang anhaltenden, dauernden oder zumindest auf absehbare Zeit ungewissen Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu rechnen ist.

Prüfungsreihenfolge

1. Negative Gesundheitsprognose
gegeben: bei dauernder Leistungsunfähigkeit
gegeben: bei Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit innerhalb von 24 Monaten

Die personenbedingte Kündigung im Krankheitsfall

2. Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen
gegeben: in der Regel bei Vorliegen der unter 1. genannten Voraussetzungen, da der Arbeitgeber auf unabsehbare Zeit daran gehindert ist sein Direktionsrecht auszuüben
 3. Interessenabwägung
Kündigung nicht gerechtfertigt:
 - wenn Überbrückungsmaßnahmen (Aushilfskraft, leidensgerechter Arbeitsplatz) möglich sind
 - bei besonderer Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers
-

Zunächst ist eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes des erkrankten Arbeitnehmers erforderlich. Eine lang andauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit in der unmittelbaren Vergangenheit stellt ein gewisses Indiz für die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit in der Zukunft dar. Der Arbeitgeber genügt deshalb seiner Darlegungslast für eine negative Prognose zunächst, wenn er die bisherige Dauer der Erkrankung und die ihm bekannten Krankheitsursachen vorträgt (BAG, Urteil vom 13. Mai 2015 – Az.: 2 AZR 565/14). Das BAG nimmt ferner eine Negativprognose an, wenn eine krankheitsbedingte dauernde Unfähigkeit vorliegt, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Die Negativprognose ist dann ohne weiteres gegeben. Steht fest, dass der Arbeitnehmer in Zukunft die geschuldete Arbeitsleistung überhaupt nicht mehr erbringen kann oder ist die Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit völlig ungewiss, ist schon aus diesem Grund das Arbeitsverhältnis auf Dauer ganz erheblich gestört.

Kann in den nächsten 24 Monaten nicht mit einer positiven Gesundheitsprognose gerechnet werden, dann steht die dauerhafte Leistungsunfähigkeit der Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit gleich. Für die Prognose kommt es auf den Zeitpunkt der Kündigung an. Vor der Kündigung liegende Krankheitszeiten können in den Prognosezeitraum von 24 Monaten nicht eingerechnet werden (BAG, Urteil vom 12. April 2002 – Az.: 2 AZR 148/01).

Praxishinweis

Nach Ansicht des BAG ergibt sich aus einer Rentenbewilligung wegen Erwerbsminderung nicht ohne Weiteres, dass der Leistungsempfänger arbeitsunfähig ist. Insbesondere begründet der Rentenbezug keine Vermutung oder Indizwirkung für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit während der Dauer der Bewilligung. Das BAG vertritt dabei die Auffassung, dass auch eine Rente wegen voller Erwerbsminderung nicht zwingend voraussetzt, dass der Arbeitnehmer seine bisher vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr ausüben kann (BAG, Urteil vom 13. Mai 2015 – Az.: 2 AZR 565/14). Denn voll erwerbsgemindert nach § 43 Abs. 2 S. 2 SGB VI ist derjenige, der wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarkts mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.

Die personenbedingte Kündigung im Krankheitsfall

Da die Bedingungen am bisherigen Arbeitsplatz von denen des allgemeinen Arbeitsmarkts abweichen können, kann laut BAG nicht davon ausgegangen werden, dass ein Arbeitnehmer, der im Sinne des § 43 Abs. 2 S. 2 SGB VI voll erwerbsgemindert ist, seine bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben kann.

Bei einer dauerhaften Unfähigkeit des Arbeitnehmers, seine geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, liegen die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen auf der Hand. Der Arbeitgeber ist auf unabsehbare Zeit gehindert, sein Direktionsrecht auszuüben und die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers abzurufen. Es bestehen daher keine schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses.

Wichtig

Allein mit dem Hinweis auf gesetzliche Lohnfortzahlungskosten kann der Arbeitgeber bei lang andauernden Krankheiten eine für ihn unerträgliche wirtschaftliche Belastung kaum darlegen. Das Lohnfortzahlungsrisiko ist, wegen der Begrenzung des Anspruchszeitraums auf sechs Wochen, meist auf ein zumutbares Maß begrenzt. Genauso verhält es sich mit den während der Arbeitsunfähigkeit entstehenden Urlaubsansprüchen. Hier geht das BAG davon aus, dass die während der Arbeitsunfähigkeit entstehenden Urlaubsansprüche in der Regel nicht zu einer nicht mehr hinzunehmenden Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers führen. Das BAG begründet dies damit, dass die gesetzlichen und ggf. auch die tarifvertraglichen Urlaubsansprüche bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit jeweils spätestens 15 Monate nach Ablauf des betreffenden Urlaubsjahres erlöschen und längstens nach Ablauf von zwei Jahren und drei Monaten typischerweise nicht weiter anwachsen (BAG, Urteil vom 13. Mai 2015 – Az.: 2 AZR 565/14).

Die Interessenabwägung kann daher nur bei einer besonderen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zu dem Ergebnis führen, dass der Arbeitgeber trotz der erheblichen Störung des Arbeitsverhältnisses dessen Fortsetzung billigerweise weiter hinnehmen muss (BAG, Urteil vom 18. Januar 2007 – Az.: 2 AZR 759/05). Der Arbeitgeber hat zu prüfen, ob Überbrückungsmaßnahmen möglich sind. In diesem Zusammenhang kommen, die Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes, die Umgestaltung des Arbeitsplatzes und die Einstellung einer Aushilfskraft in Betracht, soweit dies dem Arbeitgeber möglich und zumutbar ist.

Beispiel

Der Arbeitnehmer leidet an einer chronischen psychischen Erkrankung. Das Arbeitsverhältnis kann wegen den mit der Krankheit verbundenen, unvorhersehbar auftretenden Ausfällen des Arbeitnehmers nicht fortgesetzt werden. Eine Weiterbeschäftigung würde zu erheblichen Gefährdungen der Mitarbeiter und der betrieblichen Produktionsanlagen führen, in denen mit hochexplosiven Stoffen gearbeitet wird.

Aus Sicherheitsgründen ist ein Einsatz des Arbeitnehmers nicht mehr zu vertreten. Andere Einsatzmöglichkeiten für den Arbeitnehmer bestehen nicht.

2.4.2 Kündigung wegen häufigen Kurzerkrankungen

Als häufige Kurzerkrankungen werden Leistungsausfälle verstanden, die jeweils von kürzerer Dauer sind und sich häufig wiederholen, ohne dass die Ausfallzeitpunkte im Voraus berechenbar sind.

Prüfungsreihenfolge

1. Negative Gesundheitsprognose
gegeben: bei häufigen Kurzerkrankungen in der Vergangenheit über einen Zeitraum von etwa drei Jahren mit einer Fehlquote von 25 Prozent bzw. Entgeltfortzahlungsansprüchen von jeweils mehr als sechs Wochen Dauer pro Jahr und Wiederholungsgefahr
 2. Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen
gegeben: bei Betriebsablaufstörungen oder wirtschaftliche Belastungen wie außergewöhnlich hohe Lohnfortzahlungskosten, die über einen Zeitraum von sechs Wochen im Jahr hinausgehen
 3. Interessenabwägung
Kündigung unzulässig:
 - bei ungestörtem Verlauf des Arbeitsverhältnisses in der Vergangenheit
 - bei Ursache der Erkrankung im Betrieb
-

Im Rahmen der negativen Gesundheitsprognose können häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit für einen entsprechenden Krankheitsverlauf in der Zukunft sprechen. Der Arbeitgeber darf sich dann darauf beschränken, diese Fehlzeiten darzulegen. Der Arbeitnehmer muss im Rahmen seiner prozessualen Mitwirkungspflicht dartun, weshalb die Besorgnis weiterer Erkrankungen unberechtigt sein soll.

Dieser Mitwirkungspflicht genügt der Arbeitnehmer schon dann, wenn er die Behauptung des Arbeitgebers bestreitet und die Ärzte, die ihn behandelt haben, von der Schweigepflicht entbindet soweit darin die Darstellung liegt, die Ärzte hätten die künftige gesundheitliche Entwicklung ihm gegenüber bereits tatsächlich positiv beurteilt. Trägt er selbst Krankheitsursachen vor, so müssen diese geeignet sein, die Indizwirkung der bisherigen Fehlzeiten zu erschüttern, er muss jedoch nicht den Gegenbeweis führen (BAG, Urteil vom 06. September 1989 – Az.: 2 AZR 19/89).

Die Ursachen der bisherigen Kurzerkrankungen müssen eine Wiederholungsgefahr in sich tragen. Bei der Bestimmung des relevanten Zeitraums in der Vergangenheit sind der bisherige Verlauf des Arbeitsverhältnisses und die Art der Fehlzeiten zu berücksichtigen.

[Die personenbedingte Kündigung im Krankheitsfall](#)

Der für die Prognose maßgebende Zeitraum beträgt für eine Kündigung, die auf häufige Kurzerkrankungen gestützt wird, regelmäßig drei Jahre vor Zugang der Kündigung (BAG, Urteil vom 25. April 2018 – Az.: 2 AZR 6/18). Nicht in die Prognose einzubeziehen sind einmalige oder ausgeheilte Krankheiten.

Bei der Bestimmung der Fehlquoten hält die Rechtsprechung mehr als sechs Wochen jährlich für erheblich (BAG, Urteil vom 29. Juli 1993 – Az.: 2 AZR 155/93). In der Praxis der Instanzgerichte wird der kritische Wert bei einer Fehlquote von etwa 25 Prozent der jährlichen Arbeitstage angenommen (LAG Hamm, Urteil vom 15. Dezember 1981 – Az.: 6 Sa 1219/81).

Beispiel

Der Arbeitnehmer ist bei seinem Arbeitgeber in der Fertigung beschäftigt. Im Zeitraum von sechs Jahren hatte er insgesamt 406 Krankheitstage. Die durchschnittliche jährliche Fehlzeit des Arbeitnehmers betrug daher 70 Arbeitstage, etwa ein Drittel der Gesamtarbeitszeit. Davon sind 203 Krankheitstage wegen einer Nasenoperation, eines Knöchelbruchs und eines häuslichen Unfalls nicht heranzuziehen, da sie auf singulären Ursachen beruhen. Von den verbleibenden 203 Fehltagen rechtfertigen zumindest insgesamt 197 die Besorgnis entsprechender Ausfallzeiten in der Zukunft. Für insgesamt 65 Fehltage davon hat der Arbeitnehmer keine Krankheitsursachen angegeben. Diese Fehltage sind daher von vornherein nicht geeignet, die Besorgnis künftiger Ausfälle auszuschließen. Hinsichtlich der restlichen 132 Fehltage erschüttern die Krankheitsursachen die negative Gesundheitsprognose nicht. Sie sind eher geeignet die Prognose zu stützen, weil sie sich, wie Krankheiten im Magen-Darm-Bereich, Abszesse und Furunkel, in den letzten Jahren wiederholt haben.

Die erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen liegt bei der Kündigung wegen häufigen Kurzerkrankungen in Betriebsablaufstörungen oder wirtschaftlichen Belastungen.

Betriebsablaufstörungen sind Störungen des Arbeitsablaufs durch Produktionsausfall, Verlust von Kundenaufträgen oder nichtbeschaffbarem Ersatzpersonal. Der Arbeitgeber muss prüfen, ob er diese Störungen durch Überbrückungsmaßnahmen wie Umorganisation oder Umsetzung vermeiden kann. Hält er eine Personalreserve vor, so muss er diese einsetzen.

Die wirtschaftlichen Belastungen werden an den Kosten gemessen, die dem Arbeitgeber durch Ausfall des Arbeitnehmers in Zukunft entstehen werden. Darunter fallen beispielsweise Mehraufwendungen für die Beschäftigung von Aushilfskräften oder Entgeltfortzahlungskosten für den betroffenen Arbeitnehmer, die einen Zeitraum von jährlich sechs Wochen übersteigen.

Wichtig

Anders als bei der Kündigung wegen lang andauernder Krankheit werden bei der Kündigung wegen häufigen Kurzerkrankungen außergewöhnlich hohe Lohnfortzahlungskosten als für den Arbeitgeber unzumutbare wirtschaftliche Beeinträchtigungen anerkannt. Sie werden hier eher über das für den Arbeitgeber in jedem Fall zumutbare Maß von sechs Wochen im Jahr hinausgehen. Es geht dabei nicht um die in der Vergangenheit angefallenen Kosten, sondern um die in der Zukunft zu erwartende Belastung.

Die Interessenabwägung wird nach den allgemeinen Grundsätzen vorgenommen. Betriebliche Ursachen für die häufigen Kurzerkrankungen sind zu Lasten des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Ein ungestörter Verlauf des Arbeitsverhältnisses in der Vergangenheit wiegt zugunsten des Arbeitnehmers.

2.4.3 Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsminderung

Ein weiterer Kündigungsgrund ist die krankheitsbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit. Anders als bei der Kündigung wegen häufigen Kurzerkrankungen folgt diese Beeinträchtigung nicht aus der Belastung des Arbeitgebers mit Lohnfortzahlungskosten, sondern daraus, dass das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gestört ist, d. h. der Arbeitgeber hat den vollen Lohn zu zahlen, erhält vom Arbeitnehmer aber keine angemessene Arbeitsleistung.

Prüfungsreihenfolge

1. Negative Gesundheitsprognose
gegeben: wenn auch in Zukunft eine erhebliche Minderung der Leistungsfähigkeit zu besorgen ist – eine um mehr als ein 1/3 gegenüber der Normalleistung verminderte Arbeitsleistung
 2. Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen
gegeben: da der Arbeitgeber für mehr als 1/3 des vollen Zeitlohns keine Gegenleistung erhält oder wenn der Arbeitnehmer wegen seiner verminderten Leistungsunfähigkeit organisatorisch nicht mehr in die Arbeitsabläufe integrierbar ist
 3. Interessenabwägung
Kündigung unzulässig, wenn vor allem bei älteren Arbeitnehmern der Leistungsminde- rung durch organisatorische Maßnahmen begegnet werden kann
-

Die negative Gesundheitsprognose muss darauf gerichtet sein, dass auch in Zukunft eine erhebliche Minderung der Leistungsfähigkeit zu erwarten ist. Erforderlich ist, dass im Zeitpunkt der Kündigung ein objektiv messbarer erheblicher Leistungsabfall besteht.

Nach der Rechtsprechung des BAG kommt es darauf an, ob die Arbeitsleistung die berechtigten Erwartungen des Arbeitgebers an die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen in einem Maße unterschreitet, dass ihm ein Festhalten am Arbeitsvertrag unzumutbar wird.

Das BAG hat eine Minderleistung für ausreichend angesehen, die dazu führte, dass der Arbeitgeber für mehr als 1/3 des vollen Zeitlohns keine Gegenleistung erhielt (BAG, Urteil vom 26. September 1991 – Az.: 2 AZR 132/91).

Beispiel

Der Arbeitnehmer leidet an einem rezidivierenden Harnwegsinfekt und Rheumatismus. Aufgrund der krankheitsbedingten Beeinträchtigung wurde der Arbeitnehmer mehrmals versetzt. Dennoch hat er auf den verschiedenen Arbeitsplätzen über mehrere Jahre hinweg eine Arbeitsleistung von 50 bis 60 Prozent, an seinem letzten Arbeitsplatz eine Durchschnittsleistung von knapp 66 Prozent der Normalleistung erbracht.

Die erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen wird bei einer krankheitsbedingten Leistungsminderung darin gesehen, dass der Arbeitgeber für mehr als 1/3 des vollen Zeitlohns keine Gegenleistung erhält. Dies stellt Arbeitgeber in der Praxis jedoch vor erhebliche Beweisprobleme. Grundsätzlich gilt nach der Faustformel des BAG: Wird die durchschnittliche Arbeitsmenge langfristig um ein Drittel unterschritten, kann eine entsprechende Leistungslücke angenommen werden. Eine solche Quote ist für eine Feststellung der Minderleistung in der Praxis jedoch kaum geeignet. Daher müssen sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden.

Damit der Arbeitgeber die Minderleistung des Arbeitnehmers tatsächlich ermitteln kann, muss zunächst die erwartbare Normalleistung ermittelt werden. Als Vergleichsleistung kann die Durchschnittsleistung von vergleichbaren Kollegen herangezogen werden. Problematisch ist jedoch, dass sich die Durchschnittsleistung bei komplexeren Tätigkeiten, z. B. im Rahmen der Dienstleistung, schwer ermitteln lässt. Hierfür können in engen Grenzen als Hilfsmittel auch interne Rankings oder Zielvereinbarungen herangezogen werden. Diese Ziele müssten in der Vergangenheit jedoch mit dem Arbeitnehmer einvernehmlich festgelegt worden sein und von dem Arbeitnehmer nun erheblich unterschritten werden. Auch die Durchschnittsleistung des betroffenen Arbeitnehmers in vorangegangenen Arbeitsperioden kann für die Ermittlung der Minderleistung dienlich sein, wenn die Leistung des Arbeitnehmers im Laufe der Zeit stark nachgelassen hat.

Das BAG hat Durchschnittsleistung vergleichbarer Arbeitnehmer ausdrücklich als tauglichen Vergleichsmaßstab anerkannt. Vergleichspersonen müssen jedoch hierfür eine vergleichbare Tätigkeit ausüben und dürfen nicht ausschließlich überdurchschnittliche Leistungen erbringen (BAG, Urteil vom 17. Januar 2008 – Az.: 2 AZR 536/06).

Auch wenn der Arbeitnehmer wegen seiner verminderten Leistungsfähigkeit organisatorisch nicht mehr in die Arbeitsabläufe integrierbar ist, wird eine Beeinträchtigung betrieblicher Interessen angenommen.

Die Interessenabwägung erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen. Der Arbeitgeber muss auf jeden Fall prüfen, ob der Arbeitnehmer durch organisatorische Maßnahmen an einem Arbeitsplatz eingesetzt werden kann, an dem seine personenbedingten Einschränkungen die Leistungsfähigkeit nicht beeinträchtigen.

2.5 Beweislast

Der Arbeitgeber trägt die Beweislast für die negative Prognose, die erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen, die überwiegenden Interessen und die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit.

2.5.1 Negative Prognose

Gibt der Arbeitnehmer keine Auskünfte, kann auf die Fehlzeiten in der Vergangenheit hingewiesen und vorgebracht werden, der störende Zustand werde fortbestehen. Liegt eine Auskunft vor, ist in der Regel ein medizinisches Gutachten einzuholen.

Der Arbeitnehmer hat im Arbeitsgerichtsprozess ggf. nach § 138 Abs. 2 ZPO darzulegen, weshalb die Besorgnis weiterer Erkrankungen unberechtigt ist.

Sind dem Arbeitnehmer Krankheitsbefund und vermutliche Entwicklung selbst nicht ausreichend bekannt, kann er die Behauptung des Arbeitgebers bestreiten und die Ärzte, die ihn behandelt haben von ihrer Schweigepflicht entbinden. In diesem Zusammenhang muss er vorbringen, die Ärzte hätten seine künftige gesundheitliche Entwicklung ihm gegenüber als günstig beurteilt, sonst ist die Behauptung unsubstantiiert.

Sofern der Arbeitnehmer selbst Umstände wie Krankheitsursachen vorträgt, müssen diese geeignet sein, die Indizwirkung der bisherigen Fehlzeiten zu erschüttern. Einen Gegenbeweis muss er jedoch nicht führen.

2.5.2 Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Der Arbeitgeber muss die negativen betrieblichen Auswirkungen der fehlenden Eignung und Fähigkeit des Arbeitnehmers, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, konkret darlegen. Er hat auch seine Bemühungen dahingehend darzulegen, den Arbeitsausfall zu überbrücken. An die Darlegungslast werden hohe Anforderungen gestellt. Jede pauschalisierte Darstellung ist unzureichend.

2.5.3 Interessenabwägung

Der Arbeitgeber hat alle Umstände vorzutragen, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für ihn nicht zumutbar erscheinen lassen. Er hat zudem darzulegen, dass die Krankheit des Arbeitnehmers nicht auf betriebliche Ursachen zurückzuführen ist.

2.5.4 Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

Im Rahmen der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit gilt der Grundsatz der abgestuften Darlegungs- und Beweislast. Der Arbeitgeber kann zunächst vortragen, dass die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu den bisherigen Bedingungen zu erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen führt. Sollte dies zutreffen, hat der Arbeitnehmer vorzutragen, wie er sich eine Weiterbeschäftigung konkret vorstellt. Der Arbeitgeber muss dann darlegen, warum eine Weiterbeschäftigung entgegen der Behauptung des Arbeitnehmers nicht möglich ist.

2.6 Krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung

Auch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit kann ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB sein. Grundsätzlich ist dem Arbeitgeber aber die Einhaltung der Kündigungsfrist zuzumuten. Zudem ist bereits eine ordentliche Kündigung an sehr strenge Voraussetzungen geknüpft. Eine Ausnahme bilden Fälle, in denen eine ordentliche Kündigung aufgrund (tarif-)vertraglicher oder gesetzlicher Regelungen ausgeschlossen ist.

In diesem Fall kommt lediglich eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist in Betracht. Der wichtige Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB liegt darin, dass der Arbeitgeber wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung andernfalls gezwungen wäre, für Jahre an einem sinnentleerten Arbeitsverhältnis festzuhalten (BAG, Urteil vom 23. Januar 2014 –Az.: 2 AZR 582/13). Zudem kann eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein, wenn aufgrund der zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten ein gravierendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht (BAG, Urteil vom 25. April 2018 – Az.: 2 AZR 6/18).

Dies hängt im Einzelfall von den Voraussetzungen und der Ausgestaltung des dem Arbeitnehmer eingeräumten tariflichen Sonderkündigungsschutzes ab. Ist das Arbeitsverhältnis noch ordentlich kündbar, scheidet eine außerordentliche Kündigung – auch eine solche mit Auslauffrist – von vornherein aus.

Zu beachten ist, dass die zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB auch im Fall einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist einzuhalten ist. Sie beginnt regelmäßig, sobald der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen will oder nicht (BAG, Urteil vom 26. September 2013 – Az.: 2 AZR 741/12).

Die personenbedingte Kündigung im Krankheitsfall

Bei Dauertatbeständen reicht es zur Fristwahrung aus, dass die Umstände, auf die der Arbeitgeber die Kündigung stützt, auch noch bis mindestens zwei Wochen vor Zugang der Kündigung gegeben waren (BAG, Urteil vom 23. Januar 2014 – Az.: 2 AZR 582/13).

Als Auslaufrist ist die Kündigungsfrist zugrunde zu legen, die einzuhalten wäre, wenn eine ordentliche arbeitgeberseitige Kündigung des Arbeitsverhältnisses zulässig wäre.

Wichtig

Auch im Falle einer krankheitsbedingten außerordentlichen Kündigung ist der Betriebsrat gemäß § 102 BetrVG zu beteiligen. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG muss die Betriebsratsbeteiligung bei einer außerordentlichen Kündigung unter Gewährung einer Auslaufrist gegenüber einem unkündbaren Arbeitnehmer grundsätzlich wie bei einer ordentlichen Kündigung erfolgen. Der Betriebsrat kann sich somit innerhalb einer Woche zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung mit einer Auslaufrist äußern (so z. B. BAG, Urteil vom 12. Januar 2006 – Az.: 2 AZR 242/05).

3 Die personenbedingte Kündigung in Form der Verdachtskündigung

Vertrauensverlust aufgrund von Verdachtsfällen

Eine Verdachtskündigung ist gegeben, wenn der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines nicht erwiesenen vertragswidrigen Verhaltens, habe das Vertrauen zerstört, dass für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist (LAG Hamm, Urteil vom 11. März 2020 – Az.: 6 Sa 1182/19). Es liegt beim Arbeitgeber zu entscheiden, ob er eine Tat Kündigung oder eine Verdachtskündigung ausspricht.

Für die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung bedarf es:

1. Eines Verdachtes, der durch objektive Tatsachen belegt werden kann.
2. Der Dringlichkeit des Verdachtes: Das heißt, dass eine hohe (zumindest überwiegende) Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Verdacht zutrifft. Bloße auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen nicht aus. Das BAG formuliert hierzu aus, der Verdacht müsse „erdrückend“ sein (BAG, Urteil vom 21. November 2013 – Az.: 2 ARZ 207/11).
3. Des Verdachtes eines für das Arbeitsverhältnis wesentlichen Fehlverhaltens: Die verdächtige Pflichtverletzung des Arbeitnehmers muss ein solches Gewicht haben, dass sie bei Vorliegen eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könnte. Dies setzt ein Verhalten voraus, dass die Integrität absolut geschützter Rechtsgüter des Arbeitgebers vorsätzlich und rechtswidrig verletzt und daher dazu geeignet ist, die Zumutbarkeit seiner Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber in Frage zu stellen.
4. Eines Aufklärungsversuches des Arbeitgebers: Den Arbeitgeber trifft vor dem Ausspruch einer Verdachtskündigung eine Aufklärungspflicht. Er muss alles Zumutbare unternehmen um den Verdacht umfassend aufzuklären. Wesentliche Voraussetzung ist hierbei insbesondere die Anhörung des verdächtigen Arbeitnehmers.

4 Einzelfälle

Bestimmte Fallgruppen und die korrekte Vorgehensweise

4.1 HIV

Aufgrund der Infektion mit dem HI-Virus verliert der Arbeitnehmer in der Regel nicht seine Eignung dazu, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Ein personenbedingter Kündigungsgrund wird daher grundsätzlich nicht angenommen.

Wichtig

Eine Kündigung sollte keinesfalls allein wegen des Bekanntwerdens der Infektion ausgesprochen werden. Der Arbeitnehmer wird in diesem Zusammenhang bewusst wegen eines Umstands benachteiligt, der das Arbeitsverhältnis noch nicht beeinträchtigt.

Anders ist dies, wenn aufgrund der Art der Tätigkeit des Arbeitnehmers die Gefahr besteht, dass Dritte sich ebenfalls infizieren. Dann kann die Infektion eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen. Es ist in diesem Fall zunächst zu prüfen, ob eine Umsetzung in einen anderen Bereich möglich ist.

Treten aufgrund der Infektion mit dem HI-Virus Krankheitssymptome auf und werden dadurch Arbeitsunfähigkeitszeiten verursacht, sind die Grundsätze der krankheitsbedingten Kündigung heranzuziehen. Die Prüfung erfolgt dann nach den Prüfungsschritten für die Kündigung wegen lang andauernder Krankheit oder häufigen Kurzerkrankungen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass insbesondere die zweite Phase der Erkrankung zu sich jahrelang hinziehenden und wechselnden Beschwerden führen kann.

Prüfungsreihenfolge

1. Negative Gesundheitsprognose
gegeben: bei lang andauernder Krankheit, wenn dauernde Leistungsunfähigkeit vorliegt oder in den nächsten 24 Monaten mit einer anderen Prognose nicht gerechnet werden kann
gegeben: bei häufigen Kurzerkrankungen in der Vergangenheit über einen Zeitraum von etwa drei Jahren mit mehr als sechs Wochen im Jahr / Fehlquote bei 25 Prozent

2. Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen
gegeben: bei lang andauernder Krankheit bei Vorliegen der unter 1. genannten Voraussetzungen in der Regel, da der Arbeitgeber auf unabsehbare Zeit daran gehindert ist, sein Direktionsrecht auszuüben
gegeben: bei häufigen Kurzerkrankungen bei Betriebsablaufstörungen oder wirtschaftlichen Belastungen wie außergewöhnlich hohe Lohnfortzahlungskosten, die über einen Zeitraum von sechs Wochen im Jahr hinausgehen
3. Interessenabwägung
Kündigung unzulässig:
 - bei lang andauernder Krankheit, wenn Überbrückungsmaßnahmen (Aushilfskraft, leidensgerechter Arbeitsplatz) möglich sind oder bei besonderer Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers
 - bei häufigen Kurzerkrankungen bei ungestörtem Verlauf des Arbeitsverhältnisses in der Vergangenheit
 - oder bei Ursache der Erkrankung im Betrieb

Exkurs: Symptomlose HIV-Infektion

Zu beachten ist in diesem Kontext ferner, dass eine Erkrankung des Arbeitnehmers auch außerhalb des Anwendungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes, wie zum Beispiel während der sechsmonatigen Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG, rechtliche Relevanz bekommen kann.

Nach der Rechtsprechung des BAG kann auch eine symptomlose HIV-Infektion eine Behinderung im Sinne des § 1 AGG darstellen (BAG, Urteil vom 19. Dezember 2013 – Az.: 6 AZR 190/12). Nach Ansicht des BAG werden auch chronische Erkrankungen, die mit der Beeinträchtigung der Teilhabe einhergehen, vom Begriffsverständnis der Behinderung im Sinne des § 1 AGG erfasst. Kündigt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer während der sechsmonatigen Wartezeit auf Grund der chronischen Erkrankung des Arbeitnehmers, so wird der Arbeitnehmer dadurch benachteiligt, was die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 134 BGB i. V. m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG nach sich zieht. Diese Grundsätze finden nach Ansicht des BAG jedoch nur auf Fälle außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes Anwendung.

Deshalb ist zu empfehlen, insbesondere bei Kündigungen außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, nicht auf die Erkrankung des Arbeitnehmers abzustellen. Denn die Kündigungserklärung als solche knüpft als gestaltende Willenserklärung nicht an die Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG an. Erst die der Kündigungsentscheidung zugrunde liegenden Überlegungen können Anhaltspunkte für einen Zusammenhang zwischen der Kündigungserklärung und einem Merkmal nach § 1 AGG sein. Dieser Zusammenhang kann sich auch aus der Kündigungsbegründung oder anderen Umständen ergeben (BAG, Urteil vom 28. April 2011 – Az.: 8 AZR 515/10).

Bei Wartezeitkündigungen ist bei der durchzuführenden Betriebsratsanhörung zu empfehlen, die Kündigung auf personenbezogene Werturteile zu stützen.

In diesem Fall reicht allein die Mitteilung des Werturteils für eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG aus (BAG, Urteil vom 12. April 2013 – Az.: 6 AZR 121/12) (siehe hierzu auch unsere Broschüre [Info Recht Betriebsratsbeteiligung nach § 102 Betriebsverfassungsgesetz](#))

4.2 Alkohol-, Drogen- oder Spielsucht

Hat die Alkohol-, Drogen- oder Spielsucht das Stadium einer Krankheit erreicht, kann dem Arbeitnehmer kein Schuldvorwurf gemacht werden. Es sind daher auch in diesem Zusammenhang die Grundsätze der krankheitsbedingten Kündigung heranzuziehen. Für eine verhaltensbedingte Kündigung fehlt es am Verschulden des Arbeitnehmers (siehe hierzu auch unsere Broschüre [Info Recht Alkohol im Betrieb](#)).

Alkoholabhängigkeit ist eine Krankheit im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 EFZG. Sie liegt vor, wenn der gewohnheitsmäßige, übermäßige Alkoholgenuss trotz besserer Einsicht nicht aufgehoben oder reduziert werden kann. Wesentliches Merkmal dieser Erkrankung ist die physische oder psychische Abhängigkeit vom Alkohol. Sie äußert sich vor allem im Verlust der Selbstkontrolle. Der Alkoholiker kann, wenn er zu trinken beginnt, den Alkoholkonsum nicht mehr kontrollieren, mit dem Trinken nicht mehr aufhören. Dazu kommt die Unfähigkeit zur Abstinenz. Der Alkoholiker kann auf Alkohol nicht mehr verzichten (BAG, Urteil vom 01. Juni 1983 – Az.: 5 AZR 536/80).

Prüfungsreihenfolge

1. Negative Gesundheitsprognose
gegeben: erst dann, wenn der Arbeitnehmer zur Therapie nicht bereit ist oder trotz vorausgegangener Therapie rückfällig geworden ist
 2. Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen
gegeben: wie bei der krankheitsbedingten Kündigung, insbesondere deshalb, weil der Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz nicht mehr einsetzbar ist, weil die Tätigkeit mit einer Selbstgefährdung oder einer Gefährdung Dritter verbunden ist.
 3. Interessenabwägung
Kündigung zulässig:
 - wenn Alkoholabhängigkeit vom Arbeitnehmer verschuldet
 - wenn der Arbeitnehmer nach einer zunächst erfolgten Therapie wieder rückfällig geworden ist
 - ein verhältnismäßig niedriges Lebensalter des Arbeitnehmers wird zugunsten des Arbeitgebers berücksichtigt
-

Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Kündigung die Chance zu einer Entziehungskur oder zur Durchführung von sonstigen Therapiemaßnahmen geben.

Einzelfälle

In der Praxis sollte der Arbeitgeber mit dem betroffenen Arbeitnehmer daher vor Ausspruch der Kündigung ein klärendes Gespräch führen.

Ist der Arbeitnehmer nicht therapiebereit, kann davon ausgegangen werden, dass er in absehbarer Zeit nicht geheilt sein wird. Eine negative Gesundheitsprognose ist anzunehmen. Von einer negativen Prognose kann auch dann ausgegangen werden, wenn der Arbeitnehmer trotz entsprechender Gespräche seine Alkoholsucht verheimlicht.

In diesem Fall ist der Schluss gerechtfertigt, dass der Arbeitnehmer bis zur Kündigung nicht therapiebereit war (BAG, Urteil vom 17. Juni 1999 – Az.: 2 AZR 639/98).

Ebenso kann eine negative Prognose dann berechtigt sein, wenn der Arbeitnehmer nach abgeschlossener Therapie rückfällig geworden ist (BAG, Urteil vom 20. März 2014 – Az.: 2 AZR 565/12).

Ist der Arbeitnehmer therapiebereit, muss der Arbeitgeber die Beendigung der Maßnahme abwarten. Wenn die Entziehungskur Erfolg hat, darf keine Kündigung ausgesprochen werden. Hat die Entziehungskur keinen Erfolg, kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht.

Es kommt auch in diesem Zusammenhang auf den Zeitpunkt der Kündigung an. Die Prognose kann nicht durch eine nach Ausspruch der Kündigung eingetretene Therapiebereitschaft erschüttert werden (BAG, Urteil vom 13. Dezember 1990 – Az.: 2 AZR 336/90).

Beispiel

Der Arbeitnehmer ist alkoholabhängig und kann über einen Zeitraum von neun Jahren seine Arbeitsleistung wiederholt infolge Trunkenheit nicht erbringen. Zuletzt musste er von seinem Arbeitsplatz entfernt werden. Im Rahmen seiner Tätigkeit gefährdet der Arbeitnehmer bei Trunkenheit nicht nur sich selbst, sondern auch andere. Im Rahmen eines Telefongesprächs mit seinem Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung erklärt der Arbeitnehmer, er sei überhaupt nicht krank, er bedürfe deshalb auch keiner Behandlung. Erst nach Zugang der Kündigung unterzieht sich der Arbeitnehmer einer Alkoholentgiftung und einer Entziehungskur.

In diesem Fall ist die Kündigung dennoch wirksam.

Im Rahmen der erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen sind die Grundsätze der krankheitsbedingten Kündigung heranzuziehen. Möglich ist, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht mehr einsetzen kann, da er oder andere Arbeitnehmer gefährdet sind.

Im Rahmen der Interessenabwägung kann ein niedriges Lebensalter des Arbeitnehmers zugunsten des Arbeitgebers berücksichtigt werden, da bei einem jüngeren Arbeitnehmer noch über einen langen Zeitraum mit erheblichen krankheitsbedingten Ausfällen und Entgeltfortzahlungskosten zu rechnen ist. Ansonsten sind die Grundsätze der Interessenabwägung bei der krankheitsbedingten Kündigung heranzuziehen (BAG, Urteil vom 17. Juni 1999 – Az.: 2 AZR 639/98).

Beispiel

Der Arbeitnehmer ist alkoholabhängig und hatte in den letzten drei Jahren einen krankheitsbedingten Ausfall von jeweils 42, 38 und 43 Tagen. Für diese Fehlzeiten leistete der Arbeitgeber insgesamt 16.000,00 Euro Entgeltfortzahlung. Der Arbeitnehmer ist erst 38 Jahre alt. Das verhältnismäßig niedrige Lebensalter des Arbeitnehmers spricht im Rahmen der Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers.

4.3 Alter

Eine personenbedingte Kündigung aufgrund des Alters eines Arbeitnehmers ist nicht gerechtfertigt (BAG, Urteil vom 20. November 1987 – Az.: 2 AZR 284/86). Auch in der Erreichung des Rentenalters oder der wirtschaftlichen Absicherung durch die Rente wird kein Kündigungsgrund gesehen. Der einzige Ausnahmefall, der eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen kann, liegt dann vor, wenn eine deutliche Minderung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers eintritt. Die normale altersbedingte Leistungsminderung reicht in diesem Zusammenhang nicht aus.

4.4 Beschäftigungsverbot

Ein Beschäftigungsverbot besteht, wenn einem Arbeitnehmer eine zur Ausübung des Berufes notwendige behördliche Erlaubnis fehlt, bzw. wenn er diese während des Arbeitsverhältnisses verliert oder seiner Beschäftigung ein Beschäftigungshindernis entgegensteht.

Als behördliche Erlaubnis kommen in Betracht: Arbeitsgenehmigung, Führerschein oder Fluglizenz.

Verliert ein ausländischer Arbeitnehmer seine Arbeitsgenehmigung, ist das Arbeitsverhältnis nicht nichtig. Es besteht vielmehr ein Beschäftigungsverbot. Der Arbeitnehmer kann seine Arbeitsleistung nicht mehr erbringen. Aus diesem Grund ist es möglich, das Arbeitsverhältnis mit einer personenbedingten Kündigung zu beenden, weil der Arbeitnehmer dann zur Leistung der vertraglich geschuldeten Dienste dauernd außerstande ist.

Einzelfälle

Ist über die von dem ausländischen Arbeitnehmer beantragte Arbeitsgenehmigung noch nicht rechtskräftig entschieden, so ist für die soziale Rechtfertigung einer wegen Fehlens der Genehmigung ausgesprochenen Kündigung darauf abzustellen, ob für den Arbeitgeber bei objektiver Beurteilung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung mit der Erteilung der Erlaubnis in absehbarer Zeit nicht zu rechnen war und der Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer ohne erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen nicht offengehalten werden konnte (BAG, Urteil vom 07. Februar 1990 – Az.: 2 AZR 359/89).

Beispiel

Der Arbeitnehmer, US-amerikanischer Staatsangehöriger, reiste mit einem zunächst auf drei Monate befristeten Sichtvermerk in die Bundesrepublik Deutschland ein und wurde von der Arbeitgeberin eingestellt. Dem Arbeitnehmer wurde eine auf drei Jahre befristete Aufenthaltserlaubnis mit entsprechender Arbeitsgenehmigung erteilt. Wegen einer außerdienstlichen Straftat wird die Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert. Eine personenbedingte Kündigung ist gerechtfertigt.

Der Entzug der Fahrerlaubnis kann bei einem Kraftfahrer einen personenbedingten Kündigungsgrund auslösen, wenn der Arbeitgeber ihn nicht an einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigen kann (BAG, Urteil vom 05. Juni 2008 – Az.: 2 AZR 984/06; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 3. Juli 2014 – Az.: 5 Sa 27/14; LAG Köln, Urteil vom 16. September 2020 – Az.: 5 Sa 658/19).

Hinweis

Anders ist dies beim Verlust einer nur betrieblichen Fahrberechtigung. Diese kann einer behördlichen Erlaubnis nicht gleichgestellt werden. Der Arbeitgeber könnte sich sonst durch selbst geschaffene Regeln Kündigungsgründe schaffen.

Das dürfte aber nicht für Fälle gelten, in denen die Erteilung der betrieblichen Fahrberechtigung auf Grund einer für alle Arbeitnehmer geltenden Regelung vom Besitz einer gültigen amtlichen Fahrerlaubnis abhängig gemacht wird. In diesem Fall kann der Verlust der amtlichen Fahrerlaubnis den Entzug der betrieblichen Fahrberechtigung nach sich ziehen. Dies kann unter Umständen einen personenbedingten Kündigungsgrund auslösen.

Auch für den Piloten der seine Fluglizenz verliert, kann dies einen personenbedingten Kündigungsgrund darstellen, es sei denn, im Zeitpunkt der Kündigung war in absehbarer Zeit mit einer Erneuerung der Erlaubnis zu rechnen (BAG, Urteil vom 31. Januar 1996 – Az.: 2 AZR 68/95; BAG, Urteil vom 07. Dezember 2000 – Az.: 2 AZR 459/99).

Prüfungsreihenfolge

1. Negative Prognose
gegeben: wenn der Arbeitnehmer wegen Fehlens einer erforderlichen behördlichen Erlaubnis zur Leistung der vertraglich geschuldeten Dienste dauernd außerstande ist
gegeben: wenn über die Erlaubnis noch nicht entschieden ist und im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung mit der Erteilung in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist.
 2. Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen
gegeben: bei Variante 1.
gegeben: bei Variante 2., wenn der Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer nicht ohne erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen offengehalten werden kann
 3. Interessenabwägung erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen
-

Eine personenbedingte Kündigung kann auch wegen des Bestehens eines Beschäftigungshindernisses in der Sphäre des Arbeitnehmers gerechtfertigt sein (BAG, Urteil vom 24. Februar 2005 – Az.: 2 AZR 211/04).

Beispiel

Der Arbeitnehmer verteilt Anzeigenblätter und ist beim Arbeitgeber ausschließlich sonntags beschäftigt. Nach § 11 Abs. 3 ArbZG ist dem Arbeitnehmer in diesem Fall ein Ersatzruhetag zu gewähren. Kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer diesen Ersatzruhetag allein deshalb nicht gewähren, weil der Arbeitnehmer an allen übrigen Tagen der Woche in einem anderen Arbeitsverhältnis arbeitet, so ist regelmäßig eine ordentliche Kündigung aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, gerechtfertigt.

4.5 Eignung

Die fehlende Eignung oder mangelhafte Arbeitsleistung des Arbeitnehmers kann eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn sie nicht auf einem Verschulden des Arbeitnehmers beruht. Gründe dafür sind beispielsweise die mangelnde fachliche Qualifikation, das Nichtbestehen von Prüfungen oder mangelhafte Kenntnisse. Da es bei der personenbedingten Kündigung nicht auf ein Verschulden ankommt ist auch in diesem Zusammenhang eine Abmahnung nicht erforderlich. Lässt sich jedoch nicht eindeutig klären, ob der Arbeitsmangel auf einem fehlenden Willen oder einer fehlenden Eignung beruht, sollte vorsorglich abgemahnt werden.

Eine fehlende Eignung des Arbeitnehmers kann auch bei mangelnden Sprachkenntnissen angenommen werden.

Einzelfälle

Verlangt der Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern Kenntnisse der deutschen Schriftsprache, damit sie schriftliche Arbeitsanweisungen verstehen und die betrieblichen Aufgaben so gut wie möglich erledigen können, so verfolgt er ein sachlich gerechtfertigtes Ziel. Die ausreichende Kenntnis der deutschen Schriftsprache ist eine wesentliche Anforderung an die persönliche Eignung des Arbeitnehmers für die von ihm zu verrichtende Arbeit. Dieses Verlangen des Arbeitgebers stellt keine mittelbare Diskriminierung aus ethnischen Gründen im Sinne des § 3 AGG dar (BAG, Urteil vom 28. Januar 2010 – Az.: 2 AZR 764/08).

Beispiel

Der in Spanien geborene und aufgewachsene Arbeitnehmer arbeitet bei seinem Arbeitgeber in der Spritzgussabteilung. Zu den Hauptaufgaben des Arbeitnehmers zählen das Überwachen der automatischen Behälterfüllung, das Einpacken von Teilen sowie die Produktionskontrolle jeweils nach mündlichen und schriftlichen Anweisungen. In der vom Arbeitnehmer unterschriebenen Stellenbeschreibung ist unter Anforderungen die „Kenntnis der deutschen Sprache in Wort und Schrift“ aufgeführt. Die von ihm verlangten Prüfungen nimmt der Arbeitnehmer aufgrund seiner mangelnden Sprachkenntnisse nur nach Augenschein, unspezifisch und nicht nach Maßgabe des vom Arbeitgeber vorgegebenen Prüfplans vor. Die Fehlercheckliste füllt er unvollständig aus. Zu der an sich vorgesehenen messenden Prüfung ist er nicht in der Lage. Sie wird von einer dritten Person erledigt. Einen auf Kosten des Arbeitgebers während der Arbeitszeit durchgeführten Deutschkurs besucht der Arbeitnehmer. Einen ihm aufgrund seines geringen Kenntnisstandes empfohlenen Folgekurs lehnt er ab. Weiteren Aufforderungen kommt er ebenfalls nicht nach. Bei mehreren internen Audits wird festgestellt, dass der Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, Arbeits- und Prüfanweisungen zu lesen und zu verstehen, da ihm die erforderlichen Deutschkenntnisse fehlen.

Prüfungsreihenfolge

1. Negative Prognose
gegeben: wenn mit einer zukünftigen Behebung der durch die fehlenden Sprachkenntnisse des Arbeitnehmers eingetretenen Vertragsstörung nicht zu rechnen ist
 2. Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen
gegeben: wenn keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit auf freien Arbeitsplätzen besteht
 3. Interessenabwägung
erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen. Dabei muss insbesondere ein fortgeschrittenes Lebensalter und eine lange Beschäftigungszeit des Arbeitnehmers berücksichtigt werden
-

4.6 Straftat

Eine personenbedingte Kündigung wegen einer Straftat kommt nur für solche Straftaten in Betracht, die außerdienstlich begangen werden und ist nur dann gerechtfertigt, wenn durch die Tat das Arbeitsverhältnis konkret berührt wird und die Eignung des Arbeitnehmers für die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung in Frage steht. Ist dies nicht der Fall, dann besteht die Möglichkeit, dass eine ordentliche Kündigung aufgrund einer außerdienstlich begangenen Straftat unwirksam ist (vgl., LAG Rheinland-Pfalz Urteil vom 18. Februar 2021 – Az.: 5 Sa 238/20).

So können aber zum Beispiel Vermögensdelikte eines Kassiers im außerdienstlichen Bereich, ein Ladendiebstahl zu Lasten einer Konzernschwester des Arbeitgebers (BAG, Urteil vom 20. September 1984 – Az.: 2 AZR 233/83) oder eine Steuerhinterziehung einer Finanzangestellten (BAG, Urteil vom 21. Juni 2001 – Az.: 2 AZR 325/00) berechnete Zweifel an der Eignung für die vertraglich geschuldete Tätigkeit begründen und somit eine ordentliche Kündigung im Einzelfall rechtfertigen.

Wird die Straftat im Betrieb begangen, kann eine verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen werden, da die arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers verletzt wurden (siehe hierzu auch unsere Broschüre [Info Recht Die verhaltensbedingte Kündigung](#)).

Prüfungsreihenfolge

1. Negative Prognose
gegeben: wenn die Straftat außerdienstlich begangen worden ist, das Arbeitsverhältnis konkret berührt und daher die Eignung des Arbeitnehmers in Frage steht
 2. Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen
gegeben: in der Regel dann, wenn 1. erfüllt ist, da es dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann, den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen
 3. Interessenabwägung
erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen.
-

4.7 Straf- und Untersuchungshaft

Ob eine personenbedingte Kündigung gerechtfertigt ist, weil sich der Arbeitnehmer in Straf- bzw. Untersuchungshaft befindet, hängt von der voraussichtlichen Dauer der Haft und der Art sowie dem Ausmaß der betrieblichen Auswirkungen ab.

Prüfungsreihenfolge

1. Negative Prognose
gegeben: wenn der Arbeitnehmer für eine verhältnismäßig erhebliche Zeit nicht in der Lage sein wird, seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, dies ist bei einer Haftstrafe von mehr als zwei Jahren der Fall, wenn nicht absehbar ist, ob der Arbeitnehmer vorzeitig aus der Haft entlassen wird
 2. Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen
gegeben: wenn 1. erfüllt ist, dann sind Überbrückungsmaßnahmen nicht zumutbar. Wenn eine Haftstrafe von weniger als zwei Jahren verhängt wird, muss dargelegt werden, dass es zu Betriebsablaufstörungen kommt und Überbrückungsmaßnahmen unzumutbar sind.
 3. Interessenabwägung
erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen. Dabei muss insbesondere auch eine lange beanstandungsfreie Beschäftigungszeit berücksichtigt werden
-

Das Arbeitsverhältnis muss in einer dem Arbeitgeber nicht zumutbaren Art und Weise beeinträchtigt sein. Auch die Ungewissheit über die Rückkehr des Arbeitnehmers kann ein Kündigungsgrund sein.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer für die Zeit der Haft nicht vergüten muss. Er muss daher Überbrückungsmaßnahmen ergreifen. Diese Pflicht geht jedoch nicht so weit wie bei einer Krankheit, da der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit bei Verbüßung einer Haftstrafe zu vertreten hat.

Das BAG nimmt dann, wenn der Arbeitnehmer eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren zu verbüßen hat und nicht absehbar ist, ob und ggf. wann er vorzeitig aus der Haft entlassen wird, einen personenbedingten Grund zur Kündigung an. In diesem Fall sind dem Arbeitgeber Überbrückungsmaßnahmen nicht zumutbar (BAG, Urteil vom 25. November 2010 – Az.: 2 AZR 984/08).

Grundlage für die Prognose muss nicht zwingend eine bereits erfolgte – rechtskräftige – strafgerichtliche Verurteilung sein. Die Erwartung, der Arbeitnehmer werde für längere Zeit an der Erbringung seiner Arbeitsleistung gehindert sein, kann auch im Fall der Untersuchungshaft berechtigt sein.

Da ohne rechtskräftige Verurteilung jedoch nicht auszuschließen ist, dass sich die Annahme als unzutreffend erweist, muss der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben (BAG, Urteil vom 23. Mai 2013 – Az.: 2 AZR 120/12).

4.8 Wehrdienst

Gemäß § 2 ArbPISchG darf ein Arbeitnehmer, der zur Ableistung des Grundwehrdienstes, des zivilen Ersatzdienstes oder einer Wehr- oder Eignungsübung verpflichtet ist, aus diesem Grund nicht gekündigt werden. Mit Wirkung zum 01. Juli 2011 ist die allgemeine Wehrpflicht beendet worden. Die allgemeine Wehrpflicht wurde durch den freiwilligen Wehrdienst ersetzt. Auch für die Dauer eines freiwilligen Wehrdienstes, der aus einer Probezeit von sechs Monaten und einem zusätzlichen Wehrdienst, der sich an die Probezeit anschließt und bis zu 17 Monate dauert, besteht, ist die Kündigung gemäß § 2 ArbPISchG in Verbindung mit § 16 Abs. 7 ArbPISchG unwirksam.

4.9 Druckkündigung

Unter einer Druckkündigung versteht man die Kündigung eines Arbeitnehmers auf Verlangen eines Dritten. Hierbei kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers, weil dies von einem Dritten (z. B. der gesamten Belegschaft, einem wichtigen Kunden oder auch einem großen Sponsoren) unter Androhung von erheblichen Nachteilen für den Arbeitgeber verlangt wird (BAG, Urteil vom 18. Juli 2013 – Az.: 6 AZR 420/12).

Das BAG unterscheidet zwischen zwei Arten der Druckkündigung. Der echten und der unechten Druckkündigung.

Bei einer unechten Druckkündigung wird das Kündigungsverlangen des Dritten gegenüber dem Arbeitgeber durch ein Verhalten des Arbeitnehmers veranlasst. In diesem Fall liegt zumeist eine gewöhnliche verhaltens- oder personenbedingte Kündigung vor, da es einen verhaltens- oder personenbedingten Kündigungsgrund gibt und der von dem Dritten ausgeübte Druck lediglich eine Begleiterscheinung ist. Ob der Arbeitgeber eine personen- oder eine verhaltensbedingte Kündigung erklärt liegt letztlich in seinem Ermessen (BAG, Urteil vom 19. Juni 1986 – Az.: 2 AZR 563/85).

Eine echte Druckkündigung liegt hingegen dann vor, wenn es an einem Kündigungsgrund fehlt, welcher dem Arbeitnehmer zugerechnet werden kann, aber ein Dritter die Kündigung dieses Arbeitnehmers verlangt. Maßgeblicher Grund für die echte Druckkündigung ist der auf den Arbeitgeber ausgeübte Druck. Wie die echte Druckkündigung rechtlich eingeordnet werden kann ist umstritten. Sie kann als verhaltens-, personen- oder im Einzelfall auch als eine betriebsbedingte Kündigung eingeordnet werden.

Die echte Druckkündigung unterliegt strengen Anforderungen. Insbesondere muss sich der Arbeitgeber schützend vor den Betroffenen stellen und alles Zumutbare versuchen, um die Belegschaft von ihrer Drohung abzubringen. Nur wenn trotz seiner Bemühungen die Verwirklichung der Drohung in Aussicht gestellt wird und dem Arbeitgeber dadurch schwere wirtschaftliche Nachteile drohen, kann eine Kündigung gerechtfertigt sein. Voraussetzung ist, dass die Kündigung das einzig praktisch in Betracht kommende Mittel ist, um die Schäden abzuwenden. (BAG, Urteil vom 15.12.2016 – Az: 2 AZR 431/15)

[Einzelfälle](#)

Solche schweren wirtschaftlichen Nachteile können zum Beispiel sein, dass wichtige Mitarbeiter oder die gesamte Belegschaft mit ihrer eigenen Kündigung drohen, Lieferanten die weitere Zusammenarbeit verweigern oder auch wenn ein wichtiger Kunde mit der Nichtvergabe eines wichtigen Auftrags droht.

In jedem Fall muss die Kündigung das einzige verbleibende Mittel sein, mit welchem die drohenden Schäden abgewendet werden können (BAG, Urteil vom 19. Juni 1986 – Az.: 2 AZR 563/85).

Ansprechpartner/Impressum

Julius Jacoby

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-237
julius.jacoby@vbw-bayern.de

Impressum

Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich ohne jede Diskriminierungsabsicht grundsätzlich auf alle Geschlechter.

Herausgeber

vbw

Vereinigung der Bayerischen
Wirtschaft e. V.

Max-Joseph-Straße 5
80333 München

www.vbw-bayern.de

© vbw Juni 2024