

# RdW

Schriftenreihe

DAS RECHT DER WIRTSCHAFT

KASPER

## Krankheitsbedingte Kündigung

Betriebliches Eingliederungsmanagement

2. Auflage

Das Wichtigste:

- Krankheitsbegriff
- Kündigungsschutz
- Pflichten der Vertragsparteien und Rechtsfolgen

 | BOORBERG

# Krankheitsbedingte Kündigung

## Betriebliches Eingliederungs- management

André Kasper

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Mannheim

2., überarbeitete Auflage, 2025

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [www.dnb.de](http://www.dnb.de) abrufbar.

2. Auflage, 2025

ISBN 978-3-415-07787-4

© 2017 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Nutzung sämtlicher Inhalte für das Text- und Data-Mining ist ausschließlich dem Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG vorbehalten. Der Verlag untersagt eine Vervielfältigung gemäß § 44b Abs. 2 UrhG ausdrücklich.

Anfragen gemäß EU-Verordnung über die allgemeine Produktsicherheit (EU) 2023/988 (General Product Safety Regulation – GPSR) richten Sie bitte an:  
Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Produktsicherheit, Scharrstraße 2,  
70563 Stuttgart; E-Mail: [produktsicherheit@boorberg.de](mailto:produktsicherheit@boorberg.de)

---

Die Schriftenreihe >DAS RECHT DER WIRTSCHAFT< (RdW) ist Teil des gleichnamigen Sammelwerks, einer Kombination aus Buch und Zeitschrift.

---

Verantwortlich: Carola Moser, B.A.

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart  
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden  
[www.boorberg.de](http://www.boorberg.de)

Gesamtherstellung: Laupp & Göbel GmbH | Robert-Bosch-Str. 42 | 72810 Goma-  
ringen

---

## **II. Allgemeine Voraussetzung für den Kündigungsschutz im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG)**

### **1. Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes**

Entsprechend der Vorschrift des § 23 KSchG gilt § 1 KSchG und somit der allgemeine Kündigungsschutz nur, sofern Betriebe und Verwaltungen die erforderliche Arbeitnehmeranzahl des § 23 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 KSchG aufweisen.

Die zuweilen in § 23 KSchG gerade für juristische Laien etwas verwirrend anmutende Unterscheidung im Hinblick auf die Mitarbeiteranzahl entstand durch eine Änderung dieser Bestimmung, die im Wesentlichen durch die Anhebung der Mitarbeiteranzahl, gültig ab dem 01.01.2004, ausgelöst wurde. Im Ergebnis wurde dadurch die Kündigungsfreiheit in Kleinstbetrieben gestärkt.<sup>24</sup>

Entsprechend der Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG fand bis zum 31.12.2003 das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung, wenn der Arbeitgeber nicht mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigte. Insofern galt das Kündigungsschutzgesetz für Betriebe und Verwaltungen bei einer Mitarbeiteranzahl ab 5. Ab dem 01.01.2004 gilt das Kündigungsschutzgesetz erst, wenn der Arbeitgeber mehr als zehn Mitarbeiter beschäftigt, wobei nicht die Kopfzahl der Mitarbeiter zählt, sondern deren Arbeitszeit nach Arbeitsstunden. Insofern können in Betrieben und Verwaltungen auch mehr als zehn Mitarbeiter in Teilzeit beschäftigt sein, bevor erst eine Anwendung des KSchG gegeben ist.<sup>25</sup>

Für Betriebe und Verwaltungen, in denen am 31.12.2003 mehr als fünf Arbeitnehmer, aber weniger als zehn Arbeitnehmer beschäftigt waren, greift nunmehr die Bestandschutzregelung des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG.<sup>26</sup> Danach gewährt diese Bestimmung noch den „Altarbeitnehmern“, sofern deren Anzahl vor dem 31.12.2003 mehr als fünf betrug, weiterhin Kündigungsschutz. Für die Mitarbeiter, die ab dem 01.01.2004 eingestellt wurden, gilt hingegen die neue Regelung des Schwellenwertes von mehr als zehn Arbeitnehmern. Sofern hingegen die Mitarbeiterzahl bezüglich der „Altarbeitnehmer“ fünf oder darunter ist, erlischt auch deren Kündigungsschutz.

Als weitere Voraussetzung bedarf es für den Kündigungsschutz nach § 1 KSchG einer Dauer des Arbeitsverhältnisses, ohne Unterbrechung, von län-

---

24 HWK/Quecke, KSchG § 23, Rn. 7.

25 ErfK/Kiel, KSchG § 23, Rn. 10; vgl. LKB/Bayreuther, KSchG § 23, Rn. 32.

26 ErfK/Kiel, KSchG § 23, Rn. 2.

ger als sechs Monaten. Entscheidend ist hierbei der Bestand des Arbeitsverhältnisses, eine konkrete Erfüllung der Arbeitsleistung ist für die Frage unerheblich.

## 2. Kündigungsschutz außerhalb des Geltungsbereiches

Wie zuvor angeführt gilt: Findet das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung, so kann die krankheitsbedingte Kündigung ohne eine Anwendung des Prüfungsmaßstabes des § 1 Abs. 2 KSchG ausgesprochen werden. Ein Kündigungsschutz außerhalb des Geltungsbereiches der §§ 1, 23 KSchG wird nach der Rechtsprechung dann vorliegen, wenn die Kündigung willkürlich oder auf sachfremden Motiven beruht. Mithin, so die Rechtsprechung des BAG, ist eine Kündigung dann rechtsmissbräuchlich, wenn kein irgendwie einleuchtender Grund für den Ausspruch der Kündigung besteht.<sup>27</sup>

Das LAG Baden-Württemberg sah in einer Entscheidung vom 18.06.2007 eine Kündigung als wirksam an, nachdem der Kläger 25 Jahre in einem Kleinstbetrieb beschäftigt war und in den letzten zehn Jahren eine durchschnittliche Arbeitsunfähigkeitsquote von mehr als 39 Arbeitstagen aufzeigte. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) konnte das Gericht nicht feststellen.<sup>28</sup>

27 BAG, Urt. v. 22.04.2010 – 6 AZR 828/08, DB 2010, S. 1353, hierzu: *Weigert*, der zur Überprüfung der Wirksamkeit der Kündigung die Bestimmung des § 612a BGB heranzieht, in NZA 2019, S. 1671.

28 LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 18.06.2007 – 4 Sa 14/07, AE 2007, S. 323.

### **III. Zeitpunkt der Kündigung/Pflichten der Vertragsparteien**

#### **1. Maßgeblicher Zeitpunkt der Kündigung**

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Prüfung und Beurteilung der krankheitsbedingten Kündigung ist dabei der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungs-erklärung beim Kündigungsempfänger.<sup>29</sup>

#### **2. Auskunftspflicht des Arbeitnehmers**

Umstritten ist die Frage, ob der Mitarbeiter gegenüber dem Arbeitgeber eine Auskunftspflicht bezüglich der Art und der Dauer der Krankheit hat. Ein Teil der Literatur bejaht die Auskunftspflicht unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht aus dem Arbeitsverhältnis.<sup>30</sup> Die herrschende Meinung verneint eine außergerichtliche Auskunftspflicht des Arbeitnehmers mangels einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage.<sup>31</sup>

Ferner wird eine Auskunftspflicht mit dem Argument verneint, dass das Prozessrisiko dem Arbeitgeber nicht genommen werden soll, da der Gesetzgeber dem Arbeitgeber in einem Gerichtsprozess die Darlegungs- und Beweislast aufgebürdet hat.<sup>32</sup>

#### **3. Erkundigungspflicht des Arbeitgebers**

In der Rechtsprechung und der Literatur wurde zunächst angenommen, dass eine Verpflichtung des Arbeitgebers besteht, sich im Falle der Krankheit vor dem Ausspruch der Kündigung über den Verlauf der Krankheit beim Arbeitnehmer zu unterrichten.<sup>33</sup>

Nunmehr vertritt jedoch das BAG die Meinung, dass das Fehlen einer Erkundigung durch den Arbeitgeber nicht zur Sozialwidrigkeit der ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung führt.<sup>34</sup> Die Auffassung des BAG ist konsequent, denn andernfalls müsste das BAG den Arbeitnehmer zu einer entsprechenden Auskunftspflicht heranziehen.<sup>35</sup>

---

29 BAG, Urt. v. 07.11.2002 – 2 AZR 475/01, NZA 2003, S. 719; BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 664/13, NZA 2015, S. 931.

30 KR-Etzel, KSchG § 1, Rn. 367.

31 BAG, Urt. v. 25.11.1982 – 2 AZR 140/81, NJW 1983, S. 2897; ErfK/Oetker, KSchG § 1, Rn. 121; BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 467.

32 Lepke, S. 153.

33 BAG, Urt. v. 12.03.1968 – 1 AZR 413/67, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Krankheit.

34 BAG, Urt. v. 25.11.1982 – 2 AZR 140/81, NJW 1983, S. 2897.

35 BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 467.

## IV. Fallgruppen der krankheitsbedingten Kündigung

Sofern das KSchG Anwendung findet, wird bei der rechtlichen Prüfung einer krankheitsbedingten Kündigung vorab in vier Fallgruppen unterschieden:<sup>36</sup>

- Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen (Fallgruppe 1)
- Kündigung wegen lang andauernder Erkrankung (Fallgruppe 2)
- Kündigung wegen dauerhafter, krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit (Fallgruppe 3)
- Kündigung wegen krankheitsbedingter Minderung der Leistungsfähigkeit (Fallgruppe 4)

In allen vier Fallgruppen erfolgt sodann die jeweilige Prüfung der krankheitsbedingten Kündigung nach einem dreistufigen Prüfungsschema.

Dieses Prüfungsstufenschema<sup>37</sup> beinhaltet:

- Stufe 1: Das Vorliegen einer negativen Gesundheitsprognose
- Stufe 2: Das Bestehen von erheblichen Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen aufgrund der entstandenen und prognostizierten Fehlzeiten
- Stufe 3: Die Durchführung einer umfassenden Interessenabwägung
- Diese dreistufigen Prüfungsschritte erhalten insoweit ihre spezifische Ausprägung je nach Art der zu prüfenden Fallgruppe.<sup>38</sup>

### 1. Fallgruppe 1: Häufige Kurzerkrankungen

#### 1.1 Begriff

Von dem Begriff „Häufige Kurzerkrankungen“ wird gesprochen, wenn der Arbeitnehmer mehrmals im Jahr erkrankt ist, ohne dass ein Grund und eine Grenze bzw. Muster erkennbar sind.<sup>39</sup> Dabei können auch die Zeiträume einer lang andauernden Krankheit und die Zeiträume häufiger Kurzerkrankungen zusammengerechnet werden.<sup>40</sup>

---

36 BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 453; DHSW/Bufalica, KSchG § 1, Rn. 70; LKB/Krause, KSchG § 1, Rn. 334, Roos, S. 617.

37 DHSW/Bufalica, KSchG § 1, Rn. 70; ErfK/Oetker, KSchG § 1, Rn. 139.

38 Lingemann/Ludwig, S. 385.

39 BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 453.

40 Lepke, S. 186.

## 1.2 Voraussetzungen

### 1.2.1 Negative Gesundheitsprognose

Die negative Gesundheitsprognose beinhaltet, dass zum Zeitpunkt der Kündigung der Arbeitgeber damit rechnen muss, dass der Arbeitnehmer auch zukünftig in erheblichem Umfang krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist.<sup>41</sup> Mithin müssen objektive Tatsachen vorliegen, die darauf schließen lassen, dass auch künftig mit erheblichen krankheitsbedingten Fehlzeiten zu rechnen ist.<sup>42</sup> Somit ist die krankheitsbedingte Kündigung keine Sanktion für vergangene krankheitsbedingte Fehlzeiten.<sup>43</sup> Für die auf der Basis von medizinischen Fakten zu begründende Prognose sind die bisherigen objektiv feststellbaren Krankheitszeiten heranzuziehen. Diese spielen eine mittelbare Rolle.<sup>44</sup> Somit können frühere, in der Vergangenheit, liegende Fehlzeiten zur Begründung der Prognose herangezogen werden.<sup>45</sup>

Umstritten ist dabei der maßgebliche Zeitraum, der herangezogen werden soll, in dem die bisherigen Krankheitstage aufgetreten sind. Das BAG hat in einer Entscheidung vom 19.05.1993 angegeben, dass ein Zeitraum von zwei bis drei Jahren ausreichend sei, um eine sichere Prognose abgeben zu können, wobei in der jüngeren Rechtsprechung des BAG nicht von einem starren Zeitraum gesprochen wird.<sup>46</sup> Es ist stets auf den Einzelfall abzustellen und keine schematische Beurteilung. Somit könnte auch grundsätzlich ein kürzerer Zeitraum in Betracht kommen. Das BAG hat dabei aber wiederholt einen Referenzzeitraum von drei Jahren angenommen, soweit keine Besonderheiten vorliegen.<sup>47</sup>

Unabhängig von der Frage nach dem zeitlichen Rahmen ergibt sich aber, dass, je länger der Zeitraum im Hinblick auf die Darstellung der Fehlzeiten ausfällt, desto bestimmter ist auch die Prognose, die hieran geknüpft werden kann.<sup>48</sup> Im Rahmen des aufgezeigten Zeitraumes muss allerdings ergänzend beachtet werden, dass die Indizwirkung nur von solchen Erkrankungen aus-

41 LKB/Krause, KSchG § 1, Rn. 347.

42 BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 456.

43 LKB/Krause, KSchG § 1, Rn. 347.

44 APS/Vossen, KSchG § 1, Rn. 140.

45 APS/Vossen, KSchG § 1, Rn. 140.

46 BAG, Urt. v. 19.05.1993 – 2 AZR 598/92, NZA 1993, S. 1075; BAG, Urt. v. 10.11.2005 – 2 AZR 44/05, NZA 2006, S. 655; Richter, 255.

47 BAG, Urt. v. 25.04.2018 – 2 AZR 6/18, NZA 2018, S. 1056; ErfK/Oetker KSchG § 1, Rn. 144.

48 BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 457.



geht, bei denen auch eine Wiederholungsgefahr besteht.<sup>49</sup> Daher fallen hierunter nicht Krankheiten, die bereits ausgeheilt sind.<sup>50</sup>

Allerdings ist hiervon eine Ausnahme zu machen, wenn die Fehlzeiten aufgrund verschiedener ausgeheilter Krankheiten erfolgen und aus der Gesamtheit des Krankheitsbildes ein Rückschluss auf eine unzureichende Konstitution oder besondere Krankheitsauffälligkeit gezogen werden kann.<sup>51</sup> Dabei ist es dann nicht entscheidend, dass die einzelnen Krankheiten ausgeheilt sind.<sup>52</sup> Derartige Fälle sind bei Entzündungserkrankungen und Erkältungserkrankungen, sowie Beschwerden des Bewegungsapparates gegeben.<sup>53</sup>

Nicht in die Prognose einzubeziehen sind Krankheiten, die offensichtlich aus einer einmaligen Ursache<sup>54</sup> heraus entstanden sind, so Unfälle<sup>55</sup>, aber auch akute Eingriffe, die die Krankheit damit beenden (z. B. eine Blinddarmoperation).<sup>56</sup> Etwas anderes könne aber dann gelten, wenn der Arbeitnehmer aufgrund von Sportunfällen mehrmals ausfalle. Hierbei könnte auf eine besondere Verletzungsanfälligkeit geschlossen werden.<sup>57</sup>

Weitere Entwicklungen des Gesundheitszustandes nach dem Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung können keine Berücksichtigung finden. Dieser nachträgliche Kausalverlauf wird bei der Beurteilung der negativen Gesundheitsprognose bezüglich der Wirksamkeit der Kündigung nicht berücksichtigt.<sup>58</sup> Dies könnte der Fall sein, wenn eine Operation oder Behandlung zunächst abgelehnt und nach dem Zugang der Kündigung zugestimmt wird oder eine Änderung der Lebensführung (z. B. gesündere Ernährung) eintritt.<sup>59</sup>

49 BAG, Urt. v. 07.12.1989 – 2 AZR 225/89, NZA 1990, S. 658; BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 457; Roos, S. 617.

50 BAG, Urt. v. 07.11.2002 – 2 AZR 599/01, NZA 2003, S. 816.

51 BAG, Urt. v. 10.11.2005 – 2 AZR 44/05, NZA 2006, S. 656; BAG, Urt. v. 23.01.2024 – 2 AZR 582/13, NZA 2014, S. 962.

52 BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, NZA 2015, S. 612; APS/Vossen, KSchG § 1, Rn. 141.

53 BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 458.

54 BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 7 AZR 755/13, NZA 2015, S. 612.

55 LKB/Krause, KSchG § 1, Rn. 349.

56 LKB/Krause, KSchG § 1, Rn. 349.

57 BAG, Urt. v. 02.11.1989 – 2 AZR 335/89, BeckRS 1989, 30732331; APS/Vossen, KSchG § 1, Rn. 141.

58 BAG, Urt. v. 29.04.1999 – 2 AZR 431/98, NZA 1999, S. 978; APS/Vossen, KSchG § 1, Rn. 140c.

59 BAG, Urt. v. 17.06.1999 – 2 AZR 639/98, NZA 1999, S. 1328; APS/Vossen, KSchG § 1, Rn. 201; BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 462.

Allerdings könnten spätere Entwicklungen einen Wiedereinstellungsanspruch begründen, wenn die ursprüngliche negative Prognose nachträglich entfallen würde.<sup>60</sup>

Hierbei muss die positive Gesundheitsprognose noch während des Laufes der Kündigungsfristen eintreten.<sup>61</sup> Zudem muss nach dem Vortrag des Arbeitnehmers von einer positiven Prognose auszugehen sein.<sup>62</sup>

Liegt eine negative Indizwirkung vor, so hat der Arbeitnehmer gem. § 138 Abs. 2 ZPO darzulegen, weshalb mit einer baldigen Genesung zu rechnen ist, wobei es ausreicht, wenn er zunächst die Behauptung des Arbeitgebers bestreitet und vorträgt, dass die behandelnden Ärzte ihm eine gesundheitliche Entwicklung positiv beschieden hätten und er die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbindet.<sup>63</sup> Trägt der Arbeitnehmer im Prozess konkret die näheren Umstände für seine Beschwerden, ihre Ausheilung vor, muss der Vortrag dann geeignet sein, die Indizienwirkung zu beseitigen.<sup>64</sup> Darüber hinaus muss er die Ärzte von der Schweigepflicht entbinden, da eine Weigerung dazu führt, dass die Behauptung des Arbeitgebers als zugestanden gilt.<sup>65</sup>

### 1.2.2 Erhebliche Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen

Als weitere Voraussetzungen bedarf es der erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen. Diese können sowohl in der Gestalt der Betriebsablaufstörungen als auch in anderen Formen von wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers zu sehen sein.<sup>66</sup>

Dabei umfasst der Begriff Betriebsablaufstörungen sowohl den vollständigen Stillstand der Maschinen und den Rückgang der Produktion als auch die Überbelastung der anderen Arbeitnehmer durch Mehrarbeit und den hierdurch gestörten Betriebsfrieden.<sup>67</sup> Des Weiteren unterfällt dem Begriff der Betriebsablaufstörungen auch der Abzug von Arbeitskräften aus ande-

60 BAG, Urt. v. 29.04.1999 – 2 AZR 431/98, NZA 1999, S. 978; BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 463.

61 BAG, Urt. v. 27.06.2001 – 7 AZR 662/99, NZA 2001, S. 1135; LKB/Krause, KSchG § 1, Rn. 353.

62 BAG, Urt. v. 17.06.1999 – 2 AZR 639/98, NZA 1999, S. 1328.

63 BAG, Urt. v. 16.02.1989 – 2 AZR 299/89, NZA 1989, S. 923; DHSW/Bulfalica, KSchG § 1, Rn. 78.

64 BAG, Urt. v. 06.09.1989 – 2 AZR 118/89, NZA 1990, S. 305.

65 DHSW/Bulfalica, KSchG § 1, Rn. 78.

66 Roos, S. 617.

67 LKB/Krause, KSchG § 1, Rn. 373.

ren Arbeitsbereichen, in denen sie benötigt werden.<sup>68</sup> Die Erstellung von Schichtplänen, aber auch die Verärgerung der Kunden, da Aufträge nicht termingerecht abgewickelt werden können, stellen eine Beeinträchtigung von betrieblichen Belangen dar.<sup>69</sup> An einer erforderlichen Betriebsablaufstörung fehlt es, wenn der Arbeitgeber irgendwie geartete Überbrückungsmaßnahmen ergreifen kann oder aber den Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen nicht beschäftigen kann.<sup>70</sup> Überbrückungsmaßnahmen können hierbei vom Arbeitgeber auch durch eine Umorganisation der Arbeit, der Anordnung von Überstunden oder der Einsatz von Leiharbeitnehmern darstellen.<sup>71</sup>

Der Arbeitgeber ist jedoch nicht verpflichtet, eine Personalreserve vorzuhalten.<sup>72</sup> Hat der Arbeitgeber keine Personalreserve, so kann ihm nicht entgegengehalten werden, dass die Ablaufstörungen, die eingetreten sind, durch eine Personalreserve hätten verhindert werden können.<sup>73</sup>

Die betriebliche Ablaufstörung und somit die Beeinträchtigung der betrieblichen Belange bedarf einer Erheblichkeit; mithin muss diese über gelegentliche Überstunden von Arbeitskollegen und somit geringe Störungen hinausgehen.<sup>74</sup> Neben den zuvor aufgeführten Betriebsablaufstörungen sind bei der Beurteilung der erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen auch die wirtschaftlichen Belastungen zu berücksichtigen. Dies sind Kosten der Überbrückungsmaßnahmen, wie z. B. Bezahlung von Überstunden oder die lohnpflichtige Beschäftigung von Aushilfskräften.<sup>75</sup>

Umstritten ist, ob unter diesem Prüfungspunkt auch die Entgeltfortzahlungskosten zu zählen sind. Ein Teil der Literatur<sup>76</sup> sieht die Entgeltfortzahlungskosten nicht als kündigungsrechtlich relevant, zum Teil sogar als einen Wertungswiderspruch zu § 612a BGB an. Das BAG sieht hingegen auch allein die Leistung von Entgeltfortzahlungskosten durch den Arbeitgeber als eine erhebliche Störung des Austauschverhältnisses und somit als eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Belange an.<sup>77</sup> Allerdings ist zu berücksichtigen, dass von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes Entgeltfortzahlungskosten nur dann als relevant angesehen werden, wenn

68 APS/Vossen, KSchG § 1, Rn. 155.

69 ErfK/Oetker, KSchG § 1, Rn 140; APS/Vossen, KSchG § 1, Rn. 155.

70 APS/Vossen, KSchG § 1, Rn. 156; BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 479.

71 LKB/Krause, KSchG § 1, Rn. 372.

72 BAG, Urt. v. 29.07.1993 – 2 AZR 155/93, NZA 1994, S. 67.

73 BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 479.

74 BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 480.

75 BAG, Urt. v. 16.02.1989 – 2 AZR 299/88, NZA 1989, S. 923.

76 ErfK/Oetker, KSchG § 1, Rn. 141 mit Darstellung des Meinungsstreits.

77 BAG, Urt. v. 22.07.2021 – 2 AZR 125/21, NZA 2021, S. 1551.

diese eine Zeit von mehr als sechs Wochen übersteigen. Unterhalb der 6-Wochen-Grenze geht das Gericht davon aus, dass eine Erheblichkeit nicht gegeben ist.<sup>78</sup> Jedoch stellt die Rechtsprechung nicht hinreichend klar, wann die Schwelle der Erheblichkeit überschritten ist, so ein Kritikpunkt der Praxis. Insofern besteht hier, aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe, ein Unsicherheitsfaktor zulasten des Arbeitgebers.<sup>79</sup> Der 6-Wochen-Zeitraum gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber aufgrund eines Tarifvertrages über einen längeren Zeitraum Entgeltfortzahlung leisten muss.<sup>80</sup>

Als erheblich und damit geeignet als Kündigungsgrund wird von der Rechtsprechung erachtet, wenn über einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren Entgeltfortzahlung von mehr als sechs Wochen zu zahlen war und aufgrund der negativen Prognose anzunehmen ist, dieser Zustand werde sich nicht ändern.<sup>81</sup> Im Übrigen ist allerdings auf einen Zeitraum von drei Jahren abzustellen.<sup>82</sup> Krankheitsbedingte Ausfallzeiten unterhalb des 6-Wochen-Zeitraums im Jahr sind dann zu berücksichtigen, wenn diese mit Betriebsablaufstörungen zusammenfallen.<sup>83</sup>

### 1.2.3 Interessenabwägung

Sofern im Rahmen der Prüfung der personenbedingten/krankheitsbedingten Kündigung die negative Gesundheitsprognose und die erheblichen Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen gegeben sind, liegt ein Kündigungsgrund vor. Nach der Rechtsprechung des BAG bedarf es dann noch ergänzend einer Interessenabwägung.<sup>84</sup>

Danach ist die personenbedingte Kündigung nur dann sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG, wenn nach den Umständen des Einzelfalls, im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zwischen den prognostizierten Belastungen des Arbeitgebers und den Folgen der Kündigung aufseiten des Arbeitnehmers, die Interessen des Arbeitgebers überwiegen.<sup>85</sup> Die erforderliche Interessenabwägung muss alle wesentlichen

78 BAG, Urt. v. 10.11.2005 – 2 AZR 44/05, NZA 2006, S. 655; LKB/Krause, KSchG § 1, Rn. 377.

79 Kasper, S. 2981, der eine notwendige Rückkehr zum Vertragsrecht fordert.

80 ErfK/Oetker, KSchG § 1, Rn. 144.

81 ErfK/Oetker, KSchG § 1, Rn. 144, BAG, Urt. v. 23.01.2014 – 2 AZR 582/13, NZA 2014, S. 962.

82 BAG, Urt. v. 23.01.2014 – 2 AZR 582/13, NZA 2014, S. 962; BAG, Urt. v. 22.07.2021 – 2 AZR 125/21, NZA 2021, S. 1551.

83 BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 485.

84 BAG, Urt. v. 07.11.1985 – 2 AZR 657/84, NZA 1986, S. 360.

85 APS/Vossen, KSchG § 1, Rn. 168.

Umstände des Einzelfalles berücksichtigen, vollständig sein und darf keine Widersprüche aufweisen.<sup>86</sup>

Somit sind die Interessen des Arbeitgebers an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Bestandschutzinteresse des Arbeitnehmers abzuwägen.<sup>87</sup>

Auf Seiten des Arbeitgebers ist insbesondere zu prüfen, ob er Störungen des Arbeitsablaufs durch nicht störende organisatorische Maßnahmen hätte verhindern können und für die Erheblichkeit der Beeinträchtigung ist es bedeutsam, ob die in den Entgeltfortzahlungskosten zum Ausdruck kommenden Ausfälle in dem gekündigten Arbeitsverhältnis deutlich über denen von vergleichbaren Arbeitnehmern liegen.<sup>88</sup>

Bezüglich der Frage, ob die Störungen durch Maßnahmen des Arbeitgebers hätten verhindert werden können, gehört auch die Prüfung einer Weiterbeschäftigung auf einem anderen (leidensgerechteren) Arbeitsplatz.<sup>89</sup>

Bezüglich der Beurteilung des Maßes der betrieblichen und wirtschaftlichen Beeinträchtigung ist auch die Größe des Betriebes zu berücksichtigen.<sup>90</sup>

Die Belastung mit Entgeltfortzahlungskosten kann ausreichen, wenn diese außergewöhnlich hoch sind.<sup>91</sup> Das BAG sieht eine außergewöhnliche hohe Belastung dann gegeben, wenn der 6-Wochen-Zeitraum der Entgeltfortzahlung um 50 % überschritten wird und hat daher Fehlzeiten von 45 Tagen im Jahr als erheblich eingestuft.<sup>92</sup>

Im Laufe der Rechtsprechung haben sich einige Umstände herauskristallisiert, die zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind:

#### a.) Ursachen der Erkrankung

Einhellig wird die Ursache der Krankheit in eine Interessenabwägung miteinbezogen. Hierbei wird der Erkrankung infolge betrieblicher Umstände eine besondere Bedeutung beigemessen, insbesondere, wenn diese auf betriebliche Ursachen zurückzuführen ist.<sup>93</sup>

86 APS/Vossen, KSchG § 1, Rn. 173.

87 LKB/Krause, KSchG § 1, Rn. 380.

88 Roos, S. 617.

89 ErfK/Oetker, KSchG § 1, Rn. 141; BAG, Urt. v. 15.12.2023 – 2 AZR 162/22, NZA 2023, S. 500.

90 BDDH/Kerwer, KSchG § 1, Rn. 506.

91 BAG, Urt. v. 05.07.1990 – 2 AZR 154/90, NZA 1991, S. 185; BAG, Urt. v. 25.04.2018 – 2 AZR 6/18, NZA 2018, S. 1056.

92 BAG, Urt. v. 06.09.1989 – 2 AZR 224/89, NZA 1990, S. 434; LKB/Krause, KSchG § 1, Rn. 382.

93 LKB/Krause, KSchG § 1, Rn. 384.