

Mandanteninfo November 2018

Die „Unkündbarkeit“ im Falle der krankheitsbedingten Kündigung

Das Arbeitsverhältnis eines tariflich unkündbaren Arbeitnehmers¹ (hier gemäß § 34 Abs. 2 Satz 1 TV-L) kann – vorbehaltlich einer umfassenden Interessenabwägung - wegen häufiger Kurzerkrankungen außerordentlich mit sozialer Auslaufzeit gekündigt werden, wenn damit zu rechnen ist, dass der Arbeitgeber mehr als 1/3 der jährlichen Arbeitstage Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall leisten muss.

BAG vom 25.04.2018 – 2 AZR 6/18
(umformulierter Leitsatz)

Der 50-jährige Arbeitnehmer war seit 24 Jahre als ungelernter Pflegehelfer beschäftigt und damit nach dem anwendbaren Tarifvertrag unkündbar. Er war in den 3 Jahren vor Anhörung des Personalrates zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit an durchschnittlich 93 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt. Die Parteien streiten über die vom Arbeitgeber ausgesprochene außerordentliche Kündigung mit einer Frist von 6 Monaten, die der ohne Unkündbarkeit anzuwendenden Kündigungsfrist entspricht. Das BAG hat in seiner Entscheidung für die Praxis wichtige Regeln aufgestellt; der Rechtsstreit wurde an das Landesarbeitsgericht zur endgültigen Entscheidung zurück verwiesen.

Eine krankheitsbedingte Kündigung mit sozialer Auslaufzeit setzt immer **eine negative Gesundheitsprognose, die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen und ein Interessenabwägung voraus**. Zu diesen 3 Stufen legt das BAG nunmehr für den Fall der Unkündbarkeit nach dem TV-L und vergleichbarer Regelungen folgendes fest:

Zur Feststellung, ob eine **negative Gesundheitsprognose** bei unkündbaren Arbeitnehmern gegeben ist, kann auf die Indizwirkung der Erkrankungen in einem Zeitraum von 3 Jahren vor Ausspruch der Kündigung

Stefan Bell
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Regine Windirsch
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Fachanwältin für Sozialrecht

Sigrid Britschgi
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Fachanwältin für Familienrecht

Christopher Koll
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Wiebke Haverkamp
Rechtsanwältin

Stefanie Dach
Rechtsanwältin

Ingrid Heinlein
Vorsitzende Richter
am LAG a.D.

Marktstraße 16
40213 Düsseldorf
Tel. (02 11) 863 20 20
Fax (02 11) 863 20 222
info@fachanwaeltInnen.de

www.fachanwaeltInnen.de

Deutsche Bank, Ratingen
BLZ 300 700 24
Konto 477 455 005
IBAN:
DE27 300700240477455005
BIC: DEUTDE330303

St.-Nr. 5103/5013/0229

Kooperation in
Zivil- und Strafrecht
mit Kanzlei Tim Engels,
Düsseldorf

¹ Die Formulierung „Arbeitnehmer“ umfasst der Einfachheit halber sämtliche Geschlechter

abgestellt werden. Gibt es einen Betriebsrat, Personalrat oder eine Mitarbeitervertretung, beginnt die 3-Jahresfrist mit dem Tag vor deren Anhörung.

Stützt der Arbeitgeber die Darlegung zu **der Beeinträchtigung betrieblicher Interessen** auf die Höhe der Entgeltfortzahlungskosten, sind dabei Aufwendungen für **tarifliche Zuschüsse zum Krankengeld** (hier nach § 22 TV-L) in der Regel nicht zu berücksichtigen.

Übersteigt der **Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung** nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz in der 3-Jahresfrist durchschnittlich **ein Drittel der Arbeitstage pro Jahr**, kann allein diese Belastung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit darstellen. Es ist somit von einer Grenze von 84 Tagen durchschnittlicher Entgeltfortzahlung pro Jahr auszugehen. Entscheidend ist nur, ob der Arbeitnehmer tatsächlich einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hatte. Wenn der Arbeitgeber trotz einer bestehenden **Fortsetzungserkrankung** zu Unrecht Entgelt fortzahlt, sind diese Zahlungen unbeachtlich.

Bei der auf der dritten Stufe durchzuführenden **Interessenabwägung** können unter anderem folgende Aspekte zugunsten des erkrankten Arbeitnehmers sprechen:

Die Dauer der zunächst störungsfreien Betriebszugehörigkeit, eine betriebliche Veranlassung der die Fehlzeiten bedingenden Erkrankung, z.B. aufgrund der Arbeitsbedingungen oder Mobbing, das Lebensalter, mögliche Unterhaltspflichten sowie schlechte Arbeitsmarktchancen.

Die Entscheidung des BAG ist für **die Praxis sehr wichtig**. Sie gibt einen für den Regelfall klaren, wenn auch nach diesseitiger Auffassung zu engen Rahmen, für die Begründung krankheitsbedingter Kündigungen tariflich unkündbarer Arbeitnehmer durch Entgeltfortzahlungskosten vor.

Der Hinweis des BAG, die **Formulierung der jeweiligen (tariflichen) Unkündbarkeitsregelung** mit in die Bewertung einzubeziehen, ist zu beachten. Die Ausführungen des BAG gelten zunächst nur für Unkündbarkeitsregelungen, die „lediglich“ an die Dauer der Betriebszugehörigkeit und ein „vergleichsweise niedriges“ Lebensalter des Arbeitnehmers anknüpfen und nicht als Gegenleistung des Arbeitnehmers für den Verzicht auf Ansprüche formuliert sind.

Wichtig ist auch der Hinweis auf die **erforderliche „umfassende“ Interessenabwägung im Einzelfall** und den dafür erforderlichen Vortrag aller für den Arbeitnehmer sprechenden Umstände. In diesem dritten Prüfungsschritt wird zukünftig auch die Möglichkeiten gegeben sein, zumindest die geringfügige Überschreitung der vom BAG festgelegten 1/3 Grenze einzubringen und darzulegen, dass der Umfang und die Qualität der verwertbaren „Restarbeitszeit“ zugunsten des Arbeitnehmers sprechen.

**Regine Windirsch, Fachanwältin für Arbeitsrecht und Sozialrecht
Bell & Windirsch, Britschgi & Koll Anwaltsbüro**