Aufsätze

Dr. Christian von Tiling*

Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei krankheitsbedingter Kündigung und tariflicher Unkündbarkeit

Übersicht

1. Einleitung
2. Materielle Anforderungen
2.1 Negative Gesundheitsprognose
2.2 Betriebsablaufstörungen oder „Sinnentleertheit des Arbeitsverhältnisses"
2.3 Interessenabwägung
3. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist
3.1 Fallgruppen
3.1.1 Dauerhafte Leistungsunfähigkeit aufgrund Langzeiterkrankung
3.1.2 Dauerhafte krankheitsbedingte Leistungsminderung
3.1.3 Häufige Kurzerkrankungen/besondere Krankheitsanfälligkeit aufgrund eines einzigen Grundleidens
3.1.4 Häufige Kurzerkrankungen bei unterschiedlichen oder unbekannten Ursachen
3.2 Die Entscheidung des LAG Hamburg vom 16. April 2013
3.3 Kritik der Entscheidung und Lösungsvorschlag
3.3.1 Irrelevanz der Entscheidung des BAG vom 18. Oktober 2000
3.3.2 Die Schutzfunktion der Kündigungserklärungsfrist
3.3.3 Kein Vertrauensschutz für den Arbeitnehmer
3.3.4 Unzumutbare Erschwerung der Kündigung
3.3.5 Zwischenergebnis
3.4 Verknüpfung des Fristbeginns mit bestimmten Ereignissen
3.5 Zusammenfassung

1. Einleitung

Die krankheitsbedingte Kündigung ist auch dann möglich, wenn der Arbeitnehmer aufgrund tarifvertraglicher Vorschriften (bspw. § 34 Abs. 2 TVöD/TV-L[1]) ordentlich unkündbar ist. Allerdings knüpft die Rechtsprechung die soziale Rechtfertigung einer solchen Kündigung an strenge Voraussetzungen. Teilweise sind diese Voraussetzungen durch das BAG – zumindest abstrakt – herausgearbeitet worden, so dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine gewisse Richtschnur für die Beurteilung der Erfolgssaussichten eines Kündigungsschutzprozesses haben. Teilweise sind die Anforderungen aber auch ungeklärt, wie ein aktuelles Urteil des LAG Hamburg zeigt. In dem Fall war die außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung mit Auslauffrist allein mit der Begründung für unwirksam erklärt worden, dass der öffentliche Arbeitgeber die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB versäumt habe. Der folgende Beitrag gibt einen knappen Überblick über die aktuellen Anforderungen an die krankheitsbedingte Kündigung bei ordentlicher Unkündbarkeit und beleuchtet dann ausführlich die Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist.

2. Materielle Anforderungen

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG kann bei einem Ausschluss der ordentlichen Kündigung aufgrund tarifvertraglicher Vorschriften eine krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung in Betracht kommen. Krankheit ist danach nicht als wichtiger Grund iSd. § 626 BGB ungeeignet.[2] Regelmäßig soll die Einhaltung einer der ordentlichen Kündigung entsprechenden Auslauffrist erforderlich sein.[3] Allerdings sind auch Arbeitsunfähigkeitszeiten vorstellbar, die den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung ohne Einhaltung einer Auslauffrist oder mit einer sehr kurzen Auslauffrist rechtfertigen. In welchen Fällen eine außerordentliche fristlose Kündigung wegen Krankheit konkret möglich ist, hat die Rechtsprechung bislang offen gelassen. Das BAG hat immerhin angedeutet, dass die tarifvertragliche Verpflichtung, Krankenbezüge bis zum Ende der 26. Krankheitswoche zu zahlen, in Verbindung mit erheblichen Betriebsablaufstörungen die fristlose Kündigung eines tariflich Unkündbaren rechtfertigen kann.[4] Vorsorglich sollte der öffentliche Arbeitgeber immer – zumindest hilfsweise – eine Auslauffrist gewähren, die der einschlägigen tarifvertraglichen Kündigungsfrist entspricht.

Im Kündigungsschreiben ist unbedingt klarzustellen, dass eine außerordentliche fristlose Kündigung bzw. (hilfsweise) eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist beabsichtigt ist. Die Umdeutung einer Kündigung, die zunächst nur als außerordentliche fristlose erklärt worden ist, in eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist scheitert regelmäßig daran, dass der Personalrat zuvor nur zu einer fristlosen Kündigung und damit nicht zur „richtigen" Kündigungsart angehört worden ist.[5] Die Zulässigkeit der Umdeutung einer ordentlichen Kündigung in eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist ist durch das BAG zuletzt offen gelassen worden.[6]

Ausgangspunkt ist bei der ordentlichen wie auch der außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung das dreistufige Prüfungsraster des BAG. Allerdings gelten bei einer tariflichen Unkündbarkeit auf allen Prüfungsebenen tendenziell strengere Anforderungen.[7]

2.1 Negative Gesundheitsprognose

Zunächst ist auf der ersten Stufe eine negative Gesundheitsprognose erforderlich. Es müssen Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis *weiterer* Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen. Wesentlich ist, dass die krankheitsbedingte Kündigung keine Sanktion für Fehlzeiten in der Vergangenheit darstellt, sondern dazu dient, den Arbeitgeber vor weiteren Fehlzeiten in der Zukunft zu schützen. Allerdings können häufige Kurzerkrankungen oder eine Lang-

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht bei Ruge · Krömer in Hamburg.

1 Vgl. zu den Voraussetzungen Breier/Dassau, TVöD, § 34 Rz. 26 ff.

2 BAG 12.1.2006 – 2 AZR 242/05, ZTR 2006, 338.

3 BAG 28.10.2010 – 2 AZR 688/09, ZTR 2011, 222; vgl. dazu auch APS-Dörner/Vossen, 4. Aufl. 2012, § 626 BGB Rz. 83.

4 BAG 18.10.2000 – 2 AZR 627/99, ZTR 2001, 279.

5 BAG 18.10.2000 – 2 AZR 627/99, ZTR 2001, 279.

6 BAG 22.4.2010 – 2 AZR 80/09, ZTR 2010, 602.

7 So jüngst LAG Düsseldorf 5.3.2012 – 14 Sa 1377/11, Juris; BAG 26.11.2009 – 2 AZR 272/08, ZTR 2010, 313; vgl. auch BAG 28.10.2010 – 2 AZR 688/09, ZTR 2011, 222.

zeiterkrankung in der Vergangenheit indiziell für eine entsprechende künftige Entwicklung der Fehlzeiten sprechen.[8] Die Ungewissheit der Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit dann gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten mit einer anderen Prognose nicht gerechnet werden kann.[9] Die negative Gesundheitsprognose kann auch auf eine besondere Krankheitsanfälligkeit gestützt werden. Wenn über viele Jahre fortlaufend Erkrankungen auftreten, lässt dies auf eine „außergewöhnliche Krankheitsanfälligkeit (...) und damit auf eine Wiederholungsgefahr schließen, ohne dass das Berufungsgericht durch ein Sachverständigengutachten bei jeder einzelnen der Erkrankungen (...) eine konkrete Zukunftsprognose hinsichtlich der zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten hätte weiter aufklären müssen".[10]

2.2 Betriebsablaufstörungen oder „Sinnentleertheit des Arbeitsverhältnisses"

Auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob die vergangenen und voraussichtlich zukünftig anfallenden Fehlzeiten zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. Dabei können neben Betriebsablaufstörungen auch wirtschaftliche Belastungen zu einer Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen. Bei häufigen Kurzerkrankungen sind insbesondere die Höhe der Entgeltfortzahlungskosten[11] und die Planungsunsicherheit für den Arbeitgeber[12] entscheidend. Für den Fall der Kündigung wegen Langzeiterkrankung hat das BAG entschieden, dass es auf konkrete Betriebsablaufstörungen und wirtschaftliche Belastungen nicht mehr ankommen soll, sofern die Krankheit ca. 18 Monate angedauert hat und in den nächsten 24 Monaten nicht mit einer anderen Prognose gerechnet werden kann.[13] Wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer dauerhaft nicht mehr einsetzen kann, ist dies die schwerstmögliche Störung des Arbeitsverhältnisses und bedeutet, dass ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis vorliegt.

2.3 Interessenabwägung

In einem dritten Prüfungsschritt ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. In einer jüngeren Entscheidung des BAG vom 18. Januar 2007 heißt es hierzu: „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. (...) Es bestehen deshalb keine schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers mehr an der Aufrechterhaltung seines Arbeitsverhältnisses. Dies gilt auch im Hinblick auf die notwendige Interessenabwägung. Sie ist zwar auch bei einer Kündigung wegen dauernder oder auf nicht absehbare Zeit bestehender Arbeitsunfähigkeit erforderlich, kann aber nur bei Vorliegen einer besonderen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zu dem Ergebnis führen, dass der Arbeitgeber trotz der erheblichen Störung des Arbeitsverhältnisses dessen Fortsetzung billigerweise hinnehmen muss."[14]

Aus der Entscheidung geht allerdings nicht hervor, was unter einer *besonderen Schutzbedürftigkeit* des Arbeitnehmers zu verstehen ist. Ist damit ein hohes Lebensalter mit den damit typischerweise verbundenen schlechteren Chancen auf dem Arbeitsmarkt gemeint? Oder liegt bei einem „rentennahen" Arbeitnehmer gerade keine besondere Schutzbedürftigkeit vor, weil dieser ggf. noch bis zu 24 Monate Arbeitslosengeld in Anspruch nehmen und dann möglicherweise nahtlos in die vorgezogene Altersrente wechseln kann? Richtigerweise wird man hier allenfalls eine Schwerbehinderung und eine ordentliche Unkündbarkeit zugunsten des Arbeitnehmers berücksichtigen können.

3. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist

In der Praxis bereitet vor allem die Einhaltung der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB erhebliche Probleme. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass klare Maßgaben des BAG fehlen.

3.1 Fallgruppen

Folgende Fallgruppen, die in ihren tatsächlichen Voraussetzungen nur geringfügig, in ihren Rechtsfolgen aber gravierend variieren, sind zu unterscheiden.

3.1.1 Dauerhafte Leistungsunfähigkeit aufgrund Langzeiterkrankung

Bei der dauerhaften (aber nicht zwangsläufig ununterbrochenden[15]) Arbeitsunfähigkeit sieht das BAG einen „Dauertatbestand" mit der Folge, dass die Kündigungserklärungsfrist mit jedem Tag der andauernden Krankheit neu zu laufen beginnt. Bei Dauertatbeständen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sich der Kündigungssachverhalt und seine betrieblichen Auswirkungen fortwährend neu verwirklichen, lässt sich der Fristbeginn nicht eindeutig fixieren, so dass das BAG den *Dauertatbestand* wie folgt charakterisiert: „Ein solcher Dauertatbestand liegt vor, wenn fortlaufend neue kündigungsrelevante Tatsachen eintreten, die zur Störung des Arbeitsverhältnisses führen. In derartigen Fällen ist die Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten, wenn bis in die letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung der Dauertatbestand angehalten hat und damit die Störung des Arbeitsverhältnisses noch nicht abgeschlossen war."[16] Ein Ablauf der Kündigungserklärungsfrist vor Ende der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ist daher stets ausgeschlossen.

3.1.2 Dauerhafte krankheitsbedingte Leistungsminderung

Dieselben Grundsätze dürften auch für die Kündigung wegen krankheitsbedingt dauerhaft geminderter Leistungsfähigkeit gelten. Es handelt sich ebenfalls um einen Dauertatbestand.

3.1.3 Häufige Kurzerkrankungen/besondere Krankheitsanfälligkeit aufgrund eines einzigen Grundleidens

Ein Dauertatbestand ist nach der Rechtsprechung des BAG auch zu bejahen bei häufigen Kurzerkrankungen bzw. einer besonderen Krankheitsanfälligkeit, sofern die Krankheitsanfälligkeit auf demselben Grundleiden beruht.[17]

3.1.4 Häufige Kurzerkrankungen bei unterschiedlichen oder unbekannten Ursachen

In Rechtsprechung und Literatur ungeklärt ist der Fall der häufigen Kurzerkrankungen, die auf unterschiedlichen oder streitigen oder (im Zeitpunkt der Kündigung) unbekannten

8 BAG 7.11.2002 – 2 AZR 599/01, NZA 2003, 816.

9 BAG 30.9.2010 – 2 AZR 88/09, NZA 2011, 39; BAG 19.4.2007 – 2 AZR 239/06, ZTR 2007, 627; BAG. 21.5.1992 – 2 AZR 399/91, NZA 1993, 497; LAG Rheinland-Pfalz 12.1.2012 – 10 Sa 496/11, Juris.

10 BAG 20.1.2000 – 2 AZR 378/99, NZA 2000, 768; ähnlich BAG 10.11.2005 – 2 AZR 44/05, NZA 2006, 665.

11 BAG 12.1.2006 – 2 AZR 242/05, ZTR 2006, 338; BAG 18.1.2001 – 2 AZR 616/99, NZA 2002, 455.

12 BAG 18.1.2001 – 2 AZR 616/99, NZA 2002, 455: unzumutbare Störung des Krankenhausbetriebs, weil der häufig ausfallende Arbeitnehmer nicht mehr sinnvoll in die Dienstpläne eingeplant werden konnte.

13 BAG 21.5.1992 – 2 AZR 399/91, NZA 1993, 497; vgl. auch BAG 27.11.2003 – 2 AZR 601/02, ZTR 2004, 536.

14 BAG 18.1.2007 – 2 AZR 759/05, Juris; BAG 21.5.1992 – 2 AZR 399/91, NZA 1993, 497.

15 BAG 27.11.2003 – 2 AZR 601/02, ZTR 2004, 536.

16 BAG 27.11.2003 – 2 AZR 601/02; ZTR 2004, 536; BAG 22.1.1998 – 2 ABR 19/97, ZTR 1998, 425; BAG 26.11.2009 – 2 AZR 272/08, ZTR 2010, 313.

17 BAG 18.10.2000 – 2 AZR 627/99, ZTR 2001, 279.

Ursachen beruhen. Folgende Anknüpfungspunkte sind denkbar bzw. werden in Literatur und Rechtsprechung diskutiert:

- Die Kündigungserklärungsfrist beginnt mit dem *ersten* Tag einer jeden Kurzerkrankung. Dies würde jedoch Sinn und Zweck des § 626 Abs. 2 BGB, der einen Verwirkungstatbestand konkretisiert, widersprechen. Der Arbeitnehmer müsste dann nach vierzehntägiger Krankheit nicht mehr mit einer außerordentlichen Kündigung rechnen, obwohl sich die Störung des Arbeitsverhältnisses mit jedem weiteren Krankheitstag intensiviert.[18]
- Die Kündigungserklärungsfrist läuft während einer Erkrankung nicht und beginnt frühestens mit dem *letzten* Tag einer jeden Kurzerkrankung.[19]
- Der unkalkulierbare Wechsel von Anwesenheits- und Abwesenheitszeiten wird als Dauertatbestand gewertet mit der Folge, dass die Kündigungserklärungsfrist mit jedem Tag neu zu laufen beginnt und in der Phase der Arbeitsunfähigkeit und der Phase der Arbeitsfähigkeit gleichermaßen gekündigt werden kann.
- Im Rahmen einer wertenden Betrachtung im Einzelfall wird der Beginn der Kündigungserklärungsfrist an bestimmte Ereignisse geknüpft (bspw. Führung eines Krankenrückkehrgesprächs[20], Mitteilung der Kündigungsabsicht an den Arbeitnehmer[21]).

3.2 Die Entscheidung des LAG Hamburg vom 16. April 2013

Anhand einer aktuellen Entscheidung des LAG Hamburg[22] soll im Folgenden eine sachgerechte Lösung für die Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen entwickelt werden.

Die tariflich ordentlich unkündbare Klägerin wies seit dem Jahr 2000 kontinuierlich erhebliche Fehlzeiten von bis zu 167 Arbeitstagen pro Jahr auf, wobei sich die Fehlzeiten zumeist auf wenige zusammenhängende Tage oder Wochen verteilten, also der typische Fall häufiger Kurzerkrankungen gegeben war. Von den Ursachen der Fehlzeiten hatte der öffentliche Arbeitgeber weder im Vorfeld der Kündigung noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz sichere Kenntnis. Nach zahlreichen Personalgesprächen und Vorstellungen beim Personalärztlichen Dienst fand am 6. Oktober 2011 ein weiteres BEM-Gespräch statt, das kein konkretes Ergebnis zur Vermeidung zukünftiger Fehlzeiten brachte. Der Arbeitgeber äußerte in diesem Zusammenhang, dass eine Kündigung unausweichlich sei, wenn die krankheitsbedingten Fehlzeiten nicht während eines „Beobachtungszeitraums" kurzfristig und spürbar zurückgehen. Zwischen dem 17. November und 19. Dezember 2011 erkrankte die Klägerin erneut. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2011 erfolgte ein Angebot eines Aufhebungsvertrages mit Fristsetzung bis zum 6. Januar 2012. Nachdem bis zum Ende der ersten Kalenderwoche 2012 kein Aufhebungsvertrag zustande gekommen war, entschied sich der Arbeitgeber in der zweiten Kalenderwoche 2012 für den Ausspruch der Kündigung. Nachdem die erforderlichen Daten zusammengetragen und die diversen Stellungnahmen des Personalärztlichen Dienstes ausgewertet und zu einer Personalratsvorlage verarbeitet worden waren, wurde diese Vorlage am 16. Januar 2012 dem Personalrat übergeben.

Der Arbeitgeber stützte die Kündigung auf die häufigen Kurzerkrankungen in der Vergangenheit und die darin zum Ausdruck kommende besondere Krankheitsanfälligkeit, die zukünftige Fehlzeiten in demselben Umfang erwarten ließ. Ob die vergangenen und zukünftig zu erwartenden Fehlzeiten auf derselben Grunderkrankung beruhten oder ihre Ursache in immer wieder neuen Erkrankungen hatten, war dem Arbeitgeber trotz aller Aufklärungsbemühungen nicht bekannt. Er konnte daher in der Personalratsanhörung und im Kündigungsschutzprozess nur eigene Vermutungen äußern und die Darstellung der Klägerin mit Nichtwissen bestreiten. Für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers waren die Krankheitsursachen letztlich unerheblich, da die Ursachen der Fehlzeiten für die durch den permanenten Wechsel von Anwesenheits- und Krankheitszeiten eingetretenen Störungen (keine Planbarkeit, ständige Organisation von Krankheitsvertretung, Belastung mit Entgeltfortzahlungskosten) ohne Belang waren.

Das LAG Hamburg ließ die Wirksamkeit der krankheitsbedingten Kündigung allein an der vermeintlich fehlenden Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB scheitern. Einen Dauertatbestand, bei dem sich die Störung des Arbeitsverhältnisses jeden Tag neu verwirklicht und die Kündigungserklärungsfrist immer wieder neu zu laufen beginnt, will das LAG Hamburg nur anerkennen bei einer lang andauernden Erkrankung und bei einer auf demselben Grundleiden beruhenden dauernden Krankheitsanfälligkeit. Da der Arbeitgeber die Kündigung auf die „Gesamtheit der Krankheiten der vergangenen mehr als zehn Jahre und eine sich daraus ergebende generelle Anfälligkeit für Kurzerkrankungen" gestützt habe, sei der vorliegende Kündigungssachverhalt keiner dieser beiden Fallgruppen zuzuordnen.

Der Arbeitgeber hätte vielmehr innerhalb von zwei Wochen nach dem gescheiterten BEM-Gespräch (jedenfalls aber nach dem Ende der letzten Kurzerkrankung oder nach der Mitteilung der Kündigungsabsicht gegenüber der Klägerin) aktiv werden müssen.

3.3 Kritik der Entscheidung und Lösungsvorschlag

Diese Anforderungen des LAG stellen den Arbeitgeber vor kaum lösbare Probleme und erschweren den Ausspruch krankheitsbedingter Kündigungen gegenüber tariflich unkündbaren Arbeitnehmern erheblich.

3.3.1 Irrelevanz der Entscheidung des BAG vom 18. Oktober 2000

Das LAG beruft sich darauf, dass das BAG den Anwendungsbereich des Dauertatbestandes auf die Fälle der *Langzeiterkrankung* und der *dauernden Krankheitsanfälligkeit aufgrund desselben Grundleidens* beschränkt habe. Tatsächlich hat das BAG die Annahme eines Dauertatbestandes nicht davon abhängig gemacht, dass der Arbeitgeber die Existenz eines bestimmten „Grundleidens" als Ursache für eine besondere Krankheitsanfälligkeit dargelegt und ggf. bewiesen hat.[23] In der Entscheidung heißt es lediglich: „Bei einer, noch dazu auf demselben Grundleiden beruhenden, dauernden Krankheitsanfälligkeit liegt nämlich ebenso ein Dauertatbestand vor, wie im Fall einer dauernden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit." Hauptinhalt der Entscheidung ist nicht die Frage, ob ein bestimmtes „Grundleiden" für den Dauertatbestand der Krankheitsanfälligkeit dargelegt und bewiesen werden muss. Mit dieser Frage setzt sich das Gericht nicht auseinander. Dazu bestand auch kein Anlass, da unstreitig war, dass die sich über 13 Jahre erstreckenden Fehlzeiten allesamt auf Depressionen zurückzuführen waren. Das BAG verlangt – offenbar entgegen der Deutung des Landesarbeitsgerichts – nicht die Darlegung eines bestimmtes „Grundleidens" als konstitutive Voraussetzung

18 Vgl. BAG 22.1.1998 – 2 ABR 19/97, ZTR 1998, 425.

19 So BAG 22.1.1998 – 2 ABR 19/97, ZTR 1998, 425, für die Kündigung wegen unentschuldigten Fehlens.

20 LAG Berlin 7.4.2006 – 13 Sa 94/06, Juris.

21 LAG Hamburg 16.4.2013 – 2 Sa 107/12, Juris.

22 LAG Hamburg 16.4.2013 – 2 Sa 107/12, Juris (nicht rechtskräftig).

23 BAG 18.10.2000 – 2 AZR 627/99, ZTR 2001, 279; ähnlich BAG 27.11.2003 – 2 AZR 601/02, ZTR 2004, 536.

des sog. Dauertatbestandes. Vielmehr stellt es obiter dictum fest, dass ein solches einheitliches Grundleiden jedenfalls geeignet ist, den Dauertatbestand der „besonderen Krankheitsanfälligkeit" zu unterstützen. Damit ist indes nicht ausgeschlossen, dass Krankheitszeiten, die auf immer wieder andersartigen Erkrankungen beruhen, sich ebenfalls zu einer dauernden Krankheitsanfälligkeit verdichten können.

So nimmt das BAG auch bei nicht durchgehender Arbeitsunfähigkeit einen Dauertatbestand an, ohne die Krankheitsursachen zu problematisieren.[24]

3.3.2 Die Schutzfunktion der Kündigungserklärungsfrist

Das LAG Hamburg sieht sich im weiteren Verlauf des Urteils gehindert, „jede krankheitsbedingte Kündigung wegen der Prognose einer nicht auf demselben Grundleiden beruhenden Krankheitsanfälligkeit in der Zukunft als Dauertatbestand" anzusehen. Dies sei mit Sinn und Zweck des § 626 Abs. 2 BGB nicht in Einklang zu bringen. Der Arbeitnehmer müsse nach Ablauf von zwei Wochen darauf vertrauen können, nicht mehr gekündigt werden zu können. Die besseren Gründe sprechen jedoch dafür, auch bei einer *nicht* auf demselben Grundleiden beruhenden besonderen Krankheitsanfälligkeit einen Dauertatbestand anzuerkennen. Schutzwürdige Interessen des Arbeitnehmers werden dadurch nicht verletzt.

Kündigungsschutzrecht ist Arbeitnehmerschutzrecht. Zum Kündigungsschutzrecht zählt auch die Norm des § 626 Abs. 2 BGB. Interpretiert man diese Norm so, dass der Arbeitgeber im Falle häufiger Kurzerkrankungen, deren Ursachen unbekannt oder streitig sind, mit hektischer Eile agieren muss und die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist unbedingt während oder innerhalb von zwei Wochen nach einer Kurzerkrankung auf den Weg bringen muss, führt dies nur dazu, dass der Arbeitsplatzverlust umso früher eintritt. Jeder Monat, den eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist später auf den Weg gebracht wird, sichert dem Arbeitnehmer das Einkommen für einen weiteren Monat bzw. ein weiteres Quartal. Die Annahme eines Dauertatbestandes wirkt sich daher im Zweifel günstig auf die Rechtsstellung des Arbeitnehmers aus.

Die Rechtsfigur des Dauertatbestandes ist gerade deshalb geschaffen worden, weil erkannt worden ist, dass die strikte Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB dem Arbeitnehmer mitunter mehr schadet als nützt. Die Durchbrechung der Zweiwochenfrist stellt weniger eine Erleichterung für den Arbeitgeber als vielmehr für den Arbeitnehmer dar. So hat das BAG in der Entscheidung vom 21. März 1996 zum Dauertatbestand bei fortdauernder Krankheit ausdrücklich anerkannt: „Nähme man das Gegenteil [also keinen Dauertatbestand] an, würde der Arbeitgeber unnötig zu möglichst frühzeitiger Kündigung angehalten, was den Bestandsschutz eher schmälern als verbessern würde."[25]

Im Zusammenhang mit der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung hat das BAG ebenfalls anerkannt, dass es einen Wertungswiderspruch darstellen würde, wenn die besonders schutzwürdigen tariflich unkündbaren Mitarbeiter innerhalb von zwei Wochen nach einer unternehmerischen Entscheidung gekündigt werden müssen, während die übrigen Arbeitnehmer ggf. erst wesentlich später die Kündigung erhalten. Der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit ist daher ebenfalls als Dauertatbestand anerkannt.[26]

3.3.3 Kein Vertrauensschutz für den Arbeitnehmer

Ein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ist regelmäßig nicht anzuerkennen. Dies wird in dem vom LAG Hamburg entschiedenen Fall besonders deutlich. Zunächst ist der Zeitpunkt, ab dem der Arbeitnehmer mit einer krankheitsbedingten Kündigung rechnen muss, in den meisten Krankheitsfällen nicht bestimmbar.[27] Dies gilt insbesondere für den Fall der häufigen Kurzerkrankungen. Soll sich das schutzwürdige Vertrauen darauf, dass der Arbeitgeber auf eine außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung verzichtet, nach der 5. oder 10. oder 50. Kurzerkrankung entwickeln? Unter welchen Voraussetzungen kann ein tariflich unkündbarer Arbeitnehmer überhaupt darauf vertrauen, dass Kurzerkrankungen in der Vergangenheit nicht zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung genommen werden? Richtigerweise kann der wiederholt kurzzeitig erkrankte Arbeitnehmer ein schutzwürdiges Vertrauen ebenso wenig entwickeln wie ein langzeiterkrankter Arbeitnehmer. Für den langzeiterkrankten Arbeitnehmer ist anerkannt, dass er jederzeit während der ggf. mehrjährigen Krankheit mit der außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung rechnen muss. Das BAG führt hierzu wörtlich aus: „Ein schutzwürdiges Vertrauen ist im Allgemeinen schon deshalb nicht anzuerkennen, weil der langfristig erkrankte Arbeitnehmer weiß, dass mit jedem weiteren Tag des Arbeitsausfalls die Belastung des Arbeitgebers steigt, auf die Arbeitskraft des Arbeitnehmers verzichten und weitere Dispositionen und Überbrückungsmaßnahmen treffen zu müssen".[28]

Für den vorliegenden Fall gilt dies in besonderem Maße: Nachdem der Klägerin im BEM-Gespräch am 6. Oktober 2011 mitgeteilt worden war, dass bei weiteren Fehlzeiten die Kündigung unausweichlich sei und ihr nur noch ein letzter „Beobachtungszeitraum" zugestanden würde, musste sie weiterhin mit dem Ausspruch einer Kündigung rechnen. Das Argument des LAG Hamburg, der Arbeitnehmer müsse sich nach Ablauf von zwei Wochen seit Kenntnis des Arbeitgebers vom Kündigungssachverhalt auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses verlassen können, greift hier demnach nicht. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin während des Beobachtungszeitraums erneut erkrankte und nun eine Kündigung als überwiegend wahrscheinlich ansehen musste. Im Übrigen hat das BAG selbst eine ggf. jahrelange Ungewissheit des Arbeitnehmers über den Ausspruch einer Kündigung in Kauf genommen. Dies gilt namentlich für die außerordentliche Kündigung eines tariflich unkündbaren Arbeitnehmers im Falle einer Langzeiterkrankung. Da in diesem Fall ein Dauertatbestand angenommen wird, ist für den Arbeitnehmer unabsehbar, ob er nach einem oder zwei oder drei Jahren der dauernden Arbeitsunfähigkeit von einer außerordentlichen Kündigung überrascht wird. Gleiches gilt – wie bereits erläutert – für den Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit[29] oder den Entzug der Ermächtigung zum Umgang mit Verschlusssachen[30], sodass der Arbeitgeber nicht etwa innerhalb von zwei Wochen nach der unternehmerischen Entscheidung oder nach Entzug der VS-Ermächtigung aktiv werden muss, sondern sich mit dem Ausspruch der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung (in den Grenzen der Verwirkung) beliebig Zeit lassen kann. Hier könnte man ebenso gut argumentieren, dass § 626 Abs. 2 BGB den Arbeitnehmer vor dieser Ungewissheit schützen muss und eine Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen nach unternehmerischer Entscheidung bzw. Entzug der VS-Ermächtigung erklärt werden kann. Wenn das BAG aber – zu Recht – einen anderen Weg geht und in beiden vorgenannten Konstellationen einen Dauertatbestand bejaht, ist kein Grund ersichtlich, für den Fall der häufigen

24 BAG 27.11.2003 – 2 AZR 601/02, ZTr 2004, 536.

25 BAG v. 21.3.1996 – 2 AZR 455/95, ZTR 1996, 565.

26 Vgl. nur BAG 5.2.1998 – 2 AZR 227/97, ZTR 1998, 323.

27 So zu Recht BAG 21.3.1996 – 2 AZR 455/95, ZTR 2006, 565; HWK-*Sandmann*, 5. Aufl. 2012, § 626 BGB Rn. 363.

28 BAG 21.3.1996 – 2 AZR 455/95, ZTR 1996, 565.

29 BAG 5.2.1998 – 2 AZR 227/99, ZTR 1998, 323.

30 BAG 26.11.2009 – 2 AZR 272/08, ZTR 2010, 313.

Kurzerkrankungen, deren Ursachen unbekannt oder streitig sind, strengere Maßstäbe anzulegen. Dies gilt umso mehr, als für den Fall der besonderen Krankheitsanfälligkeit aufgrund desselben Grundleidens bereits ein Dauertatbestand anerkannt worden ist. Es gibt keinen vernünftigen Grund, die beiden Sachverhalte hinsichtlich des Beginns der Kündigungserklärungsfrist unterschiedlich zu behandeln.

3.3.4 Unzumutbare Erschwerung der Kündigung

Die Verneinung eines Dauertatbestandes würde gerade in solchen Fällen, in denen eine interne Abstimmung verschiedener Entscheidungsträger, die Fertigung einer umfangreichen Personalratsvorlage und die Konsultation eines Rechtsanwalts erforderlich sind, zu vollkommen zufallsabhängigen Ergebnissen führen. Wenn es dem Arbeitgeber gelingt, alle erforderlichen Maßnahmen während einer akuten Kurzerkrankung oder innerhalb von zwei Wochen nach Ende der Kurzerkrankung durchzuführen, hätte er die Möglichkeit zur Kündigung. Wenn der Arbeitgeber diese Frist jedoch um ein oder zwei Tage überschreitet, weil der Arbeitnehmer zufällig schnell wieder genesen ist, würde er sofort die Kündigungsmöglichkeit verlieren. Letztlich zwingt die Auffassung des LAG Hamburg den Arbeitgeber zu einem überhasteten und voreiligen Handeln, das niemals im Interesse des Arbeitnehmers liegen kann.

3.3.5 Zwischenergebnis

Bei richtiger Anwendung der bisher vom BAG entwickelten Grundsätze hätte das LAG Hamburg einen Dauertatbestand bejahen müssen. Der Dauertatbestand ist hier die besondere Krankheitsanfälligkeit, die zu dem permanenten unkalkulierbaren Wechsel von Arbeitszeiten und Fehlzeiten und immer wieder neuen Entgeltfortzahlungskosten führt und es dem Arbeitgeber unmöglich macht, den Arbeitnehmer sinnvoll in die Betriebsabläufe einzuplanen. Die damit verbundene Störung des Arbeitsverhältnisses bestand auch nach Ende der letzten Kurzerkrankung fort. Entscheidend ist, dass der Arbeitgeber weiterhin – aufgrund der besonderen Krankheitsanfälligkeit – jeden Tag mit der erneuten Krankmeldung der Klägerin rechnen musste. Nicht die einzelnen Zeitabschnitte, in denen eine akute Erkrankung vorliegt, bilden den Kündigungssachverhalt. Der Kündigungssachverhalt ist vielmehr die besondere Krankheitsanfälligkeit an sich, die auch in den Zeiten ohne akute Erkrankung als Dauertatbestand fortbesteht.

3.4 Verknüpfung des Fristbeginns mit bestimmten Ereignissen

Nachdem das LAG Hamburg einen Dauertatbestand abgelehnt hat, versucht es, den Beginn der Kündigungserklärungsfrist an bestimmte Ereignisse zu knüpfen. Der Fall zeigt jedoch anschaulich, dass diese Vorgehensweise – wenn überhaupt konkrete Ereignisse vorliegen – mit großer Rechtsunsicherheit verbunden ist. Das LAG meint, nach dem BEM-Gespräch vom 6. Oktober 2011 sei die Angelegenheit hinreichend aufgeklärt gewesen und die Kündigung hätte innerhalb von zwei Wochen ausgesprochen werden müssen, da auch die Klägerin „nach dem BEM-Gespräch am 6. Oktober 2011 bzw. jedenfalls nach ihrer letzten Erkrankung bis zum 19. Dezember 2011 und ihrer bereits davor und danach bestehenden Arbeitsfähigkeit wiederum davon ausgehen durfte, dass die Beklagte keine außerordentliche Kündigung aussprechen würde".

Diese Annahmen sind höchst angreifbar. Die Klägerin konnte nach dem BEM-Gespräch gerade nicht davon ausgehen, dass die Sache ausgestanden sei, da ihr ausdrücklich gesagt worden war, dass eine krankheitsbedingte Kündigung unausweichlich sei, wenn die krankheitsbedingten Fehlzeiten nicht kurzfristig und spürbar zurückgehen. Die Klägerin durfte auch nach ihrer letzten Erkrankung bis zum 19. Dezember 2011 nicht davon ausgehen, dass die Kündigung ausbleibt. Mit der weiteren Arbeitsunfähigkeit vom 17. November bis zum 19. Dezember 2011 ist genau der Fall eingetreten, für den der Arbeitgeber sich im BEM-Gespräch den Ausspruch einer Kündigung vorbehalten hatte. Die Klägerin musste daher vor und nach dem 19. Dezember 2011 erst recht und mehr als je zuvor mit dem Ausspruch der Kündigung rechnen.

Wenn das LAG ausführt, der Arbeitgeber habe am 6. Oktober oder am 19. Dezember 2011 ausreichend Kenntnis von den für eine krankheitsbedingte Kündigung erforderlichen Tatsachen gehabt und eine weitere Aufklärung sei „nicht nötig" gewesen, läuft dies darauf hinaus, dass das Gericht dem Arbeitgeber einen bestimmten „richtigen" Kündigungszeitpunkt vorschreiben will. Abgesehen davon, dass das Gericht damit seine Kompetenzen überschreitet, funktioniert diese Betrachtung in Fällen wie dem vorliegenden nicht. Konsequenterweise müsste man dem Arbeitgeber vorhalten, dass er schon in 2010, 2008 oder 2006 hätte kündigen können und die Zweiwochenfrist jetzt lange abgelaufen sei. Damals lagen auch schon ständige Kurzerkrankungen, also ein prinzipiell vollständiger Kündigungssachverhalt, vor. Die Auffassung des LAG, der Arbeitgeber könne und müsse kündigen, sobald er Kenntnis von prinzipiell kündigungsgeeigneten Fehlzeiten erlangt, führt zu unlösbaren Problemen: Wie lange soll der Arbeitgeber zukünftig häufige Kurzerkrankungen tolerieren dürfen? Wann ist bei häufigen Kurzerkrankungen der „richtige" Stichtag, zu dem die Kündigungserklärungsfrist zu laufen beginnt? Muss das immer der BEM-Termin sein? Was gilt, wenn der Arbeitgeber mehr als einen BEM-Termin durchführt oder sich – wie im Fall des LAG Hamburg – trotz eines gescheiterten BEM noch nicht zur Kündigung entschieden hat?

Wenn man die Kündigungserklärungsfrist – wie es das LAG auch andeutet – im Zweifel mit dem Ende einer jeden Kurzerkrankung neu zu laufen beginnen lässt, nützt dies dem Arbeitnehmer nicht, führt zu zufälligen Ergebnissen und ignoriert, dass der Kündigungsgrund nicht diese eine aktuelle Kurzerkrankung ist, sondern der permanente Wechsel von An- und Abwesenheit und die ständige Ungewissheit über Planbarkeit, Vertretungsbedarf und Entgeltfortzahlung.

3.5 Zusammenfassung

Eine in häufigen Kurzerkrankungen zum Ausdruck kommende dauernde Krankheitsanfälligkeit stellt ebenso einen Dauertatbestand dar, wie eine lang andauernde Arbeitsunfähigkeit. Dies gilt unabhängig davon, ob die häufigen Kurzerkrankungen bzw. die besondere Krankheitsanfälligkeit unstreitig auf einem einzigen Grundleiden beruhen oder ob die Ursachen unterschiedlich, unbekannt oder streitig sind. Die außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung kann daher solange ausgesprochen werden, wie der das Arbeitsverhältnis störende unkalkulierbare Wechsel von Anwesenheits- und Abwesenheitszeiten anhält. Ob der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung bzw. im Zeitpunkt der Einleitung des personalvertretungsrechtlichen Beteiligungsverfahrens zufällig länger als zwei Wochen arbeitsfähig gewesen ist, ist mit Blick auf die Einhaltung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB unerheblich.