

Krankheitsbedingte Kündigung

ArbG und ArbN sicher beraten

Voraussetzungen

Die krankheitsbedingte Kündigung im Überblick 1

Rechtsprechungsübersicht

Die Liste mit 30 Top-Entscheidungen zur krankheitsbedingten Kündigung in einem Satz 9

Form der Kündigungserklärung

10 häufig gestellte Fragen (FAQs) zum Thema „Formelle Anforderungen an die Kündigung“ 12

Beratungspraxis

Checkliste:

Die personen- (krankheitsbedingte) Kündigung 14

Betriebliches Eingliederungsmanagement

Wichtige Grundsätze zum BEM 15

Quiz

Das BEM-Quiz: Das sollten Sie wissen! 23

Prozessuale, strategische und taktische Fragen

Die Darlegungs- und Beweislast bei der krankheitsbedingten Kündigung 24

Kündigungszugang

Zugang, Beweis, Einwurf-Einschreiben: Was ArbG beim Zugang der Kündigung beweisen müssen 26

Wir helfen Ihnen gern!

Es ist unsere Aufgabe, Sie mit praktischem Wissen und konkreten Empfehlungen im Beruf zu unterstützen. Manchmal bleiben dennoch Fragen offen oder Probleme ungelöst. Sprechen Sie uns an! Wir bemühen uns um schnelle Antworten – sei es bei Fragen zur Berichterstattung, zur Technik, zum digitalen Angebot oder zu Ihrem Abonnement.



Für Fragen zur Berichterstattung:
 Christian Stake
 Stellv. Chefredakteur (verantwortlich)
 Telefon 02596 922-47
 Fax 02596 922-80
 E-Mail stake@iww.de



Für Fragen zur Technik (Online und Mobile):
 Andre Brochtrop
 Stellv. Leiter Online
 Telefon 02596 922-12
 Fax 02596 922-99
 E-Mail brochtrop@iww.de



Für Fragen zum Abonnement:
 IWW Institut, Kundenservice
 Max-Planck-Straße 7/9
 97082 Würzburg
 Telefon 0931 4170-472
 Fax 0931 4170-463
 E-Mail kontakt@iww.de

VORAUSSETZUNGEN

Die krankheitsbedingte Kündigung im Überblick

| Die krankheitsbedingte Kündigung ist in der Praxis der am häufigsten vorkommende Fall einer personenbedingten Kündigung. Aber die Anforderungen für eine rechtmäßige Kündigung in den drei Fallgruppen sind hoch. Zudem gilt es, die vielen Klippen zu kennen und geschickt zu umschiffen. |

1. Fallkonstellationen bei der krankheitsbedingten Kündigung

Die krankheitsbedingte Kündigung lässt sich in drei Fallgruppen einteilen:

- Häufige Kurzerkrankungen
- Dauernde und langandauernde Arbeitsunfähigkeit
- Krankheitsbedingte Leistungsminderung.

2. Die Drei-Stufen-Prüfung

Die soziale Rechtfertigung von Kündigungen, die aus Anlass von Krankheiten ausgesprochen werden, ist in drei Stufen zu prüfen. Eine Kündigung ist nach § 1 Abs. 2 KSchG im Falle einer langanhaltenden Krankheit sozial gerechtfertigt, wenn

- eine negative Prognose hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit vorliegt (1. Stufe),
- eine darauf beruhende erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen festzustellen ist (2. Stufe) und
- eine Interessenabwägung ergibt, dass die betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des ArbG führen (3. Stufe).

3. Die Kriterien des BAG

Eine krankheitsbedingte Kündigung ist nach der ständigen Rechtsprechung des BAG (13.5.15, 2 AZR 565/14, Abruf-Nr. 179743; 20.11.14, 2 AZR 664/13, Abruf-Nr. 178312) nur sozial gerechtfertigt, wenn aufgrund

- objektiver Umstände (insbesondere bisheriger Fehlzeiten) bei einer langanhaltenden Erkrankung mit einer weiteren Arbeitsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit bzw. bei häufigeren Kurzerkrankungen auch weiterhin („Wiederholungsgefahr“) mit erheblichen krankheitsbedingten Fehlzeiten gerechnet werden muss (negative Gesundheitsprognose) und
- die entstandenen und prognostizierten Fehlzeiten zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen des ArbG führen (erhebliche betriebliche Auswirkungen) und
- es keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen freien Arbeitsplatz in dem Unternehmen gibt, bei der sich die mangelnde Eignung des ArbN nicht oder kaum bemerkbar machen würde und
- sich im Rahmen der umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall eine unzumutbare betriebliche oder wirtschaftliche Belastung des ArbG ergibt.

Fehlt eine dieser Voraussetzungen, ist die krankheitsbedingte Kündigung nicht sozial gerechtfertigt und damit unwirksam.

Drei Fallgruppen der krankheitsbedingten Kündigung

Interessenabwägung beachten

Negative Gesundheitsprognose als Grundvoraussetzung

PRAXISTIPP | Exkurs: Eine AUB ist das grundsätzlich gesetzlich vorgesehene Beweismittel zum Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit, § 5 EFZG. Aber Vorsicht: Der Beweiswert von (Folge-)AUBs kann erschüttert sein, wenn der arbeitsunfähige ArbN nach Zugang der Kündigung eine oder mehrere Folgebescheinigungen vorlegt, die passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfassen, und er unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine neue Beschäftigung aufnimmt. Für diese Zeit der Krankschreibung hat der ArbN die volle Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit als Voraussetzung für den Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 Abs. 1 EFZG. Dabei ist es unerheblich, ob es sich bei der vorausgegangenen Kündigung um eine arbeitgeberseitige Kündigung oder um eine Eigenkündigung des ArbN handelt (BAG 13.12.23, 5 AZR 137/23).

■ Milderer Mittel?

Voraussetzung für die krankheitsbedingte Kündigung ist das Fehlen angemessener milderer Mittel zur Vermeidung künftiger Fehlzeiten. Mildere Mittel sind insbesondere die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs oder die Weiterbeschäftigung des ArbN auf einem anderen leidensgerechten Arbeitsplatz (BAG 20.11.14, 2 AZR 755/13; BAG 20.3.14, 2 AZR 565/12). Dies schließt in Krankheitsfällen die Pflicht des ArbG ein, einen leidensgerechten Arbeitsplatz durch Ausübung seines Direktionsrechts „freizumachen“. Scheidet eine Umsetzungsmöglichkeit aus, kann sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch eine Änderungskündigung – und sei es mit dem Ziel einer Weiterbeschäftigung zu schlechteren Arbeitsbedingungen – als vorrangig erweisen. Dabei ist ggf. die Pflicht des ArbG zu berücksichtigen, einem Schwerbehinderten gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX (§ 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX a. F.) einen seinen Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechenden Arbeitsplatz zuzuweisen (BAG 20.11.14, 2 AZR 664/13).

Referenzzeitraum
von 24-36 Monaten

4. Die negative Gesundheitsprognose

Eine Negativprognose liegt vor, wenn nach dem Beendigungszeitpunkt mit weiteren krankheitsbedingten Störungen des Arbeitsverhältnisses zu rechnen ist. Nach der ständigen BAG-Rechtsprechung müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die ernste Besorgnis weiterer künftiger Erkrankungen rechtfertigt. Treten nach der Kündigung neue Tatsachen auf, so sind diese für die Kündigung irrelevant. War ein ArbN über einen Zeitraum (sog. „Referenzzeitraum“) von mindestens 24 Monaten (rechtlich sicherer ist ein Zeitraum von 36 Monaten) vor Kündigungsausspruch aufgrund von Kurzerkrankungen durchschnittlich länger als sechs Wochen pro Jahr krankheitsbedingt arbeitsunfähig, dann wird er auch künftig häufig krank sein.

PRAXISTIPP | Einer negativen Prognose steht nicht entgegen, dass die Arbeitsunfähigkeitszeiten auf unterschiedlichen Erkrankungen beruhen. Selbst wenn die Krankheitsursachen verschieden sind, können sie doch auf eine allgemeine Krankheitsanfälligkeit hindeuten, die prognostisch andauert (BAG 10.11.05, 2 AZR 44/05, Abruf-Nr. 153224). Das gilt auch, wenn einzelne Erkrankungen, z. B. Erkältungen, ausgeheilt sind. Der Wegfall einzelner Erkrankungen stellt die generelle Anfälligkeit nicht infrage. Anders verhält es sich mit Fehlzeiten, die auf einem einmaligen Ereignis beruhen. Sie lassen eine Prognose für die zukünftige Entwicklung ebenso wenig zu wie Erkrankungen, gegen die erfolgreich besondere Therapiemaßnahmen (z. B. eine Operation) ergriffen wurden.

5. Die Kündigung wegen häufiger Kurzzeiterkrankungen

Das BAG (20.11.14, 2 AZR 755/13, Abruf-Nr. 176329) lässt bei verschiedenen Krankheitsursachen eine allgemeine Krankheitsanfälligkeit genügen, wobei der Wegfall einzelner Erkrankungen die generelle Anfälligkeit nicht infrage stellt.

■ Sachverhalt (BAG 20.11.14, 2 AZR 755/13, Abruf-Nr. 176329)

Der ArbN war über vier Jahren immer wieder kurzzeiterkrankt, wobei sich die Krankheitstage auf insgesamt 1.064 Tage belief. Er versuchte, die Indizwirkung der Fehlzeiten dadurch zu erschüttern, dass er sich auf das Zeugnis seiner ihn behandelnden Ärzte berief und diese von der Schweigepflicht entbunden hatte.

Das BAG kam zum Ergebnis, dass der ArbN die Indizwirkung der Fehlzeiten nicht dadurch erschüttert hat, indem er sich auf das Zeugnis seiner ihn behandelnden Ärzte berufen und diese von der Schweigepflicht entbunden hat. Denn darin liegt nicht die Behauptung, die Ärzte hätten seine gesundheitliche Entwicklung bezüglich sämtlicher prognosetragender Erkrankungen im Kündigungszeitpunkt positiv beurteilt. Das Gericht müsse auf diesen Aspekt nicht hinweisen.

Bei häufigen Kurzzeiterkrankungen mit unterschiedlichen und ggf. unbekannten Störursachen kann ein ArbG aufgrund erheblicher Ausfallzeiten in der Vergangenheit einen Rückschluss darauf ziehen, dass es auch in Zukunft zu erheblichen Ausfallzeiten kommen werde (BAG 10.11.05, 2 AZR 44/05, Abruf-Nr. 153224).

Für eine derartige negative Gesundheitsprognose nicht zu berücksichtigen sind lediglich einzelne nicht prognoserelevante Arbeitsunfähigkeits-Zeiträume, etwa weil sie auf einem einmaligen nicht prognoserelevanten Ereignis – insbesondere z. B. einem Unfall – beruhen oder aber die zugrunde liegende Erkrankung folgenlos ausgeheilt ist und auch keine Prognose im Hinblick auf eine „Krankheitsanfälligkeit“ zulässt.

Für die Frage der „Erheblichkeit“ der Ausfallzeiten ist dabei davon auszugehen, dass einem ArbG aufgrund der gesetzlichen Wertung des Entgeltfortzahlungsgesetzes, wonach für sechs Wochen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu leisten ist, ein Arbeitsunfähigkeitszeitraum eines ArbN von bis zu sechs Wochen regelmäßig noch zuzumuten ist.

Sofern ein ArbN über einen längeren Zeitraum länger als sechs Wochen ausfällt, genügt der ArbG regelmäßig dem von ihm zu verlangenden Vortrag für eine negative Gesundheitsprognose und es ist dann Sache des ArbN, im Einzelfall darzulegen und ggf. unter Beweis zu stellen, warum trotz der erheblichen Arbeitsunfähigkeitszeiten in der Vergangenheit künftig doch keine negative Gesundheitsprognose gegeben sein soll.

Allein Berufen auf ärztliches Zeugnis nicht ausreichend

Einmalige Ereignisse meist nicht prognoserelevant

6-Wochen-Zeitraum pro Jahr gilt als noch zumutbar

PRAXISTIPP | Der ArbN sollte im Gerichtsverfahren seine Ärzte von der Schweigepflicht entbinden. Zudem sollte er vortragen, dass und wie die Ärzte seine gesundheitliche Entwicklung positiv beurteilt hätten. Fehlt dieser Vortrag, wird die Kündigungsschutzklage wegen fehlender Substanziiertheit abgewiesen.

Weigert sich der erkrankte ArbN vorprozessual, die seine Ärzte von der Schweigepflicht zu befreien, ist es ihm nicht verwehrt, im Kündigungsschutzprozess die negative Gesundheitsprognose unter Bezugnahme auf ärztliches Zeugnis zu bestreiten (BAG 12.4.02, 2 AZR 148/01, Abruf-Nr. 072540).

Hohe EFZ-Kosten
fallen meist bei
häufigen Kurzer-
krankungen an

Die wirtschaftlichen Interessen des ArbG sind bei häufigen Kurzerkrankungen regelmäßig stärker beeinträchtigt als bei einer langandauernden Krankheit, weil immer wieder bis zum Ablauf der 6-Wochen-Frist nach § 3 EFZG Entgeltfortzahlungen seitens des ArbG zu leisten sind. Allerdings sind nach Ansicht des BAG (22.7.21, 2 AZR 125/21, Abruf-Nr. 225427) arbeitgeberseitig gezahlte Sondervergütungen i.S.v. § 4a EFZG keine kündigungsrelevante wirtschaftliche Mehrbelastung für den ArbG. Diese Leistungen wurden auf freiwilliger Basis erbracht. Eine Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen wird bejaht bei stets wiederholender Einarbeitung neuer Aushilfskräfte, Störung des Betriebsfriedens durch wiederholte Mehrbelastung von Kollegen oder im Falle drohender Umsatzeinbußen.

Was ist den
Umschulungsmaß-
nahmen?

Folgt man dem LAG Hamm (3.11.23, 13 Sa 453/23, Abruf-Nr. 239037), kommt eine Weiterbeschäftigung nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen als milderes Mittel in Betracht, wenn nach Durchführung der Umschulung ein freier Arbeitsplatz, auf dem der ArbN mit seinen erworbenen Qualifikationen eingesetzt werden kann, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zur Verfügung steht. Will der ArbN eine solche Negativprognose widerlegen, muss er seine Ärzte von der Schweigepflicht entbinden und vortragen, dass die Prognose nicht negativ sondern positiv ausfällt.

■ Aktueller Fall aus der Praxis: Wie würden Sie entscheiden?

Der 36-jährige ArbN ist seit sechs Jahren beim ArbG beschäftigt und im Februar 2025 ordentlich gekündigt worden. Zwischen 2022 und Anfang 2025 war er insgesamt 243 Tage krankheitsbedingt arbeitsunfähig – hinzu kommen bereits 30 weitere Krankheitstage im aktuellen Jahr. Die Verteilung im Einzelnen: 2022: 60 Tage, 2023: 55 Tage, 2024: 128 Tage, 2025 (bis Februar): 30 Tage.

Ob der ArbG ein ordnungsgemäßes BEM durchgeführt hat, wurde bislang nicht abschließend geklärt. Im Gütertermin schlug der ArbG eine Abfindung in Höhe von 10.000 EUR vor. Der ArbN hingegen forderte 28.000 EUR – fast drei Monatsgehälter pro Beschäftigungsjahr.

Hohe Abfindung
steht dem Vergleich
entgegen

Eine so hohe Abfindung sei im Arbeitsgericht Lüneburg bisher unüblich, so der Richter, der auf die allgemeine Faustformel verwies: Etwa ein halbes Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr. Mangels Einigung wird der Fall nun im August 2025 fortgesetzt. Hier könnte die Einsicht in die Diagnosenübersicht der Krankenkasse entscheidend werden.

6. Die dauernde und langandauernde Arbeitsunfähigkeit

Der Begriff „langandauernde Krankheit“ ist weder gesetzlich definiert noch von der Rechtsprechung vorgegeben. Bei einer dauernden Arbeitsunfähigkeit ist die negative Gesundheitsprognose deutlich, da der ArbN seine Arbeitsleistung künftig mit einiger Sicherheit nicht mehr erbringen kann. Dabei kommt es nicht auf die Dauer der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit in der Vergangenheit, sondern ausschließlich auf deren voraussichtliche künftige Dauer an. Es gibt keine „feste Abwartezeiten“, nach denen eine „langandauernde Krankheit“ bejaht werden könnte. Die Rechtsprechung ist hierzu uneinheitlich.

Wenn von einer „langandauernden Krankheit“ die Rede ist, geht es darum, dass der ArbN zumindest mehr als sechs Wochen bzw. mehrere Monate oder Jahre krankheitsbedingt arbeitsunfähig war. Erforderlich ist, dass die Krankheit zum Zeitpunkt der Kündigung für voraussichtlich längere oder unabsehbare Zeit andauern wird.

Das BAG (12.4.02, 2 AZR 148/01, Abruf-Nr. 072540) hierzu: „Bei einer Kündigung aus Anlass einer Langzeiterkrankung ist bei krankheitsbedingter dauerhafter Leistungsunfähigkeit in aller Regel von einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen (2. Stufe) auszugehen. Der dauerhaften Leistungsunfähigkeit steht die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten mit einer anderen Prognose nicht gerechnet werden kann. Für die Prognose kommt es auf den Zeitpunkt der Kündigung an. Vor der Kündigung liegende Krankheitszeiten können in den Prognosezeitraum (24 Monate) nicht eingerechnet werden.“

Bei der Interessenabwägung gilt: Ist eine anderweitige Überbrückungsmaßnahmen noch möglich? Daneben können Gründe wie das Alter des ArbN, die Betriebszugehörigkeit, die Chancen auf dem Arbeitsmarkt etc. eine Rolle spielen. Steht aufgrund eines ärztlichen Gutachtens fest, dass eine Genesung des ArbN in den nächsten 24 Monaten auszuschließen ist, liegt eine Interessenbeeinträchtigung regelmäßig vor.

Bei der Langzeiterkrankung endet bereits nach sechs Wochen der Entgeltfortzahlungsanspruch des ArbN nach § 3 EFZG. Finanziell wird ein ArbG durch eine Langzeiterkrankung – anders als bei Kurzzeiterkrankungen mit ggf. neu auftretenden Entgeltfortzahlungsansprüchen – regelmäßig nicht belastet. Auch die Planbarkeit ist bei einer Langzeiterkrankung – anders als bei häufigen Kurzzeiterkrankungen – für den ArbG regelmäßig gegeben. Die Belastung für den ArbG bei einer Langzeiterkrankung liegt daher regelmäßig (allein) gerade darin, dass in der Regel eine Ersatzkraft für den aufgrund der Langzeiterkrankung ausfallenden ArbN eingesetzt werden muss bzw. dessen Aufgaben umverteilt werden müssen.

Der ArbG muss daher eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen (z. B. organisatorische Probleme, Umsatzeinbußen, Einstellung von Ersatzkräften, Störung des Betriebsfriedens aufgrund Mehrarbeit von Kollegen) darlegen.

AU dauert im Zeitpunkt des Kündigungsent-schlusses noch an

Gibt es mögliche Überbrückungsmaßnahmen?

Bei Langzeit-AU Umverteilung der Arbeit oder Ersatzkraft erforderlich

Unterschiedliche
Beeinträchtigungen
bei Kurz- und
Langzeit-AU

PRAXISTIPP | Da jedoch nach § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos die Möglichkeit einer Befristung bis zu zwei Jahren besteht – wobei die Vertretungsbefristung einen Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG begründen und damit eine befristete Einstellung einer Vertretung länger als zwei Jahre ermöglichen würde – wird in der Rechtsprechung angenommen, dass eine Langzeiterkrankung bis zu einem Zeitraum bis zu zwei Jahren einem ArbG zumutbar ist (BAG 13.5.15, 2 AZR 565/14, Abruf-Nr. 179743; zuletzt u. a. LAG Schleswig-Holstein 10.1.24, 3 Sa 74/23, Abruf-Nr. 239649). Sollte im konkreten Einzelfall ein ArbG meinen, dass eine Vertretungsbefristung bis zu zwei Jahren etwa arbeitsmarkt- oder aufgabenbedingt ausgeschlossen ist, muss er dies substantiiert darlegen.

7. Die Vermischung von Kurz- und Langzeiterkrankungen

Die Interessenlage bei Kurz- und Langzeiterkrankungen ist unterschiedlich:

- Bei häufigen Kurzzeiterkrankungen liegt die Belastung des Arbeitsverhältnisses in der fehlenden Planbarkeit der Einsetzbarkeit des ArbN und dem Erfordernis häufiger kurzfristiger Umdispositionen.
- Bei der Langzeiterkrankung stellt sich diese Problematik nicht. Eine Planbarkeit für den ArbG ist gegeben, da er weiß, dass der ArbN langfristig ausfällt und er die anfallende Arbeit entweder umorganisieren bzw. eventuell eine Ersatzkraft einstellen muss. Entgeltfortzahlungskosten fallen wegen der sechs Wochen nach § 3 EFZG nicht an. Sonstige finanzielle Belastungen entstehen nicht, nach der Rechtsprechung des BAG und des EuGH ist auch bei mehrjährig Langzeiterkranken der Urlaubsanspruch auf den noch nicht verfallenen Zeitraum der letzten 15 Monate beschränkt (u. a. BAG 28.3.23, 9 AZR 488/21, Abruf-Nr. 235921). Die Belastung des ArbG liegt darin, den Arbeitsplatz ggf. dauerhaft anderweitig zu besetzen.

Aufgrund der unterschiedlichen Konstellation können die Fallgruppen nicht vermischt und zusammengerechnet werden. Hintergrund: Ein ArbN, der bereits langzeiterkrankt ist, kann nicht mehr wegen einer Kurzzeiterkrankung ausfallen. Dass eventuell noch eine weitere Krankheitsursache neu hinzutritt, führt nach ständiger Rechtsprechung bei einem Langzeiterkranken gerade nicht zu einem neuen Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG.

PRAXISTIPP | Nach dem Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls (BAG 11.12.19, 5 AZR 505/18, Abruf-Nr. 212762) gilt: Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit ist auf die Dauer von sechs Wochen begrenzt, wenn während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit auftritt, die ebenfalls Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Ein einheitlicher Verhinderungsfall ist hinreichend indiziert, wenn zwischen einer „ersten“ krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit und einer dem ArbN im Wege der „Erstbescheinigung“ attestierten weiteren Arbeitsunfähigkeit ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht. Hiervon ist auszugehen, wenn die bescheinigten Arbeitsverhinderungen zeitlich entweder unmittelbar aufeinanderfolgen oder zwischen ihnen lediglich ein für den erkrankten ArbN arbeitsfreier Tag oder ein arbeitsfreies Wochenende liegt.

8. Die krankheitsbedingte Leistungsminderung

Leistungsminderungen sind kündigungsrechtlich erst relevant, wenn die Arbeitsleistung des betroffenen ArbN um mindestens 30 % unter dem Durchschnitt liegt. Bei der Minderleistung wird nach dem Verhalten des ArbN unterschieden: Liegt die Ursache in einem

- steuerbaren Verhalten des ArbN = eine verhaltensbedingte Kündigung
- nicht steuerbaren Verhalten des ArbN = eine personenbedingte Kündigung kommt in Betracht.

PRAXISTIPP | Wenn unklar ist, ob die Minderleistung auf verhaltens- oder personenbedingten Gründen beruht, sollte der ArbN vor der Kündigung vorsichtshalber wegen der Minderleistung abgemahnt werden.

Das BAG (12.3.03, 2 AZR 667/02, Abruf-Nr. 042210) stellte dabei folgende Grundsätze zur Kündigung wegen Minderleistungen auf:

- Auf Pflichtverletzung beruhende Minderleistungen des ArbN können geeignet sein, eine ordentliche Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen zu rechtfertigen.
- Eine personenbedingte Kündigung kommt in Betracht, wenn bei einem über längere Zeit erheblich schwachen ArbN auch für die Zukunft mit einer schweren Störung des Vertragsgleichgewichts zu rechnen ist.
- Voraussetzung für eine solche personenbedingte Kündigung ist, dass ein milderer Mittel zur Wiederherstellung des Vertragsgleichgewichts nicht zur Verfügung steht und dem Schutz älterer, langjährig beschäftigter und erkrankter ArbN ausreichend Rechnung getragen wird.

Bei der personenbedingten Kündigung kommt es (im Gegensatz zur verhaltensbedingten Kündigung) nicht darauf an, dass der ArbN gegen die subjektiv zu bestimmende Leistungspflicht verstößt.

PRAXISTIPP | Wenn unklar ist, ob es sich bei um eine verhaltens- oder personenbedingten Kündigung bei krankheitsbedingten Minderleistungen handelt, prüft das BAG dieses über eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast:

- Im Kündigungsschutzprozess trägt der ArbG zunächst nur die Minderleistung vor.
- Jetzt muss der ArbN erläutern, warum er trotz unterdurchschnittlicher Leistung seine Leistungsfähigkeit ausgeschöpft hat bzw. woran die Störung des Leistungsgleichgewichts liegen könnte und ob in Zukunft eine Besserung zu erwarten ist.

9. Die krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung

Theoretisch kann eine Krankheit auch einen zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden Kündigungsgrund im Sinne von § 626 BGB darstellen. In der Regel kommt bei krankheitsbedingten Kündigungen aber nur eine ordentliche Kündigung in Betracht.

Relevante Leistungsminderung ab 30 % unter Durchschnitt

Die Grundsätze des BAG

In der Regel nur
ordentliche
Kündigung möglich

Ausnahme:
Bei Unkündbaren

Eine krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung kommt in Fällen von tariflich oder arbeitsvertraglich unkündbaren ArbN in Betracht. Das BAG bejahte die Rechtmäßigkeit einer außerordentlichen Kündigung für solche Arbeitsverhältnisse, die „sinnentleert“ seien, weil der ArbN wegen häufiger Kurzerkrankungen keine nennenswerten Arbeitsleistungen mehr erbringen könne (BAG 23.1.14, 2 AZR 582/13, Abruf-Nr. 150678).

So können bei einer Fünf-Tage-Woche bereits Entgeltfortzahlungszeiten von jährlich im Durchschnitt 87 Arbeitstagen ausreichen, um eine krankheitsbedingte Kündigung unkündbarer ArbN zu bejahen (BAG 25.4.18, 2 AZR 6/18, Abruf-Nr. 202660). Um eine Schlechterstellung mit ordentlich kündbaren ArbN zu vermeiden, muss die außerordentliche Kündigung unkündbarer ArbN mit einer sachgerechten, an einer ordentlichen Kündigung orientierten Auslauffrist ausgesprochen werden.

DOWNLOAD



iww.de/aa
Abruf-Nr.
50498653



MUSTERFORMULIERUNG / Krankheitsbedingte Kündigung

Personenbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Sehr geehrte/r Frau/Herr,

hiermit kündigen wir den mit Ihnen am xx geschlossenen Arbeitsvertrag fristgerecht zum xx aus personenbedingten Gründen. Wir erachten diese Maßnahme als notwendig, da wir auch für die Zukunft keine Besserung Ihrer gesundheitlichen Situation erwarten und dies zu Störungen im Betriebsablauf führt. Wir haben den Betriebsrat bereits über die Kündigungsentscheidung in Kenntnis gesetzt und dessen Zustimmung eingeholt (Alt.: und diesen ordnungsgemäß beteiligt).

Ihr Arbeitszeugnis lassen wir Ihnen auf postalischem Weg zukommen. Zudem möchten wir Sie auf Ihre Pflicht aufmerksam machen, sich unverzüglich bei der Agentur für Arbeit als arbeitssuchend zu melden, um Ihren Anspruch auf Arbeitslosengeld I vollumfänglich in Anspruch nehmen zu können. Wir bedanken uns für die bisherige Zusammenarbeit und wünschen Ihnen für Ihre berufliche und private Zukunft alles Gute.

Mit freundlichen Grüßen

Unterschrift ArbG (oder Vertreter)

WEITERFÜHRENDER HINWEIS

- Diese Musterformulierung finden Sie auch zum Download auf der AA-Homepage (www.iww.de) unter Downloads ->Kündigungsrecht.

DOWNLOAD



Muster-
formulierung



ENTSCHEIDUNGEN

Die Liste mit 30 Top-Entscheidungen zur krankheitsbedingten Kündigung in einem Satz

■ Kennen Sie das: Sie recherchieren zum Thema krankheitsbedingte Kündigung und haben ein Stichwort, einen Satz im Kopf, aber weitere Details – Gericht, Datum, geschweige Aktenzeichen – fallen Ihnen nicht ein? Wir haben daher für Sie zur krankheitsbedingten Kündigung 30 wichtige Entscheidungen nach Stichwörtern aufbereitet. ■

■ Top-Entscheidungen zur krankheitsbedingten Kündigung

Satz/Stichwort	Entscheidung	Fundstelle
Eine lang andauernde Krankheit , die zu physischen oder psychischen Einschränkungen des Betroffenen führt, kann wie eine Behinderung zu behandeln sein.	EuGH 11.4.13, C-335/11 und C-337/11	NZA 13, 553
Der Beweiswert von (Folge-)AUBs kann erschüttert sein, wenn der arbeitsunfähige ArbN nach Zugang der Kündigung eine oder mehrere Folgebescheinigungen vorlegt, die passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfassen, und er unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine neue Beschäftigung aufnimmt.	BAG 13.12.23, 5 AZR 137/23	Abruf-Nr. 238716
Die Zustimmung des Integrationsamts zu einer krankheitsbedingten Kündigung begründet nicht die Vermutung, dass ein (unterbliebenes) betriebliches Eingliederungsmanagement die Kündigung nicht hätte verhindern können.	BAG 15.12.22, 2 AZR 162/22	Abruf-Nr. 234571
Sondervergütungen begründen selbst in Jahren, in denen der ArbN durchgehend arbeitsunfähig war, keine kündigungsrelevante wirtschaftliche Belastung für den ArbG.	BAG 22.7.21, 2 AZR 125/21	Abruf-Nr. 225427
Häufige Kurzerkrankungen können ein Dauertatbestand sein, der den Lauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB ständig neu in Gang setzt, sobald und solange wie sie den Schluss auf eine dauerhafte Krankheitsanfälligkeit zulassen und damit eine negative Gesundheitsprognose begründen.	BAG 23.1.14, 2 AZR 582/13	Abruf-Nr. 150678
Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist eines ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses kann vorliegen, wenn damit zu rechnen ist, der ArbG werde für mehr als ein Drittel der jährlichen Arbeitstage Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall leisten müssen.	BAG 25.4.18, 2 AZR 6/18	Abruf-Nr. 202660
Da ein Wiedereingliederungsverhältnis als Vertragsverhältnis eigener Art (sui generis) auf die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit hinsichtlich der geschuldeten Arbeitsleistung gerichtet ist, indiziert ein ärztlicher Wiedereingliederungsplan eine fortbestehende Arbeitsunfähigkeit.	BAG 24.9.14, 5 AZR 611/12	Abruf-Nr. 143055
Frühere Fehlzeiten , die zu einer früheren krankheitsbedingten Kündigung herangezogen worden sind und die im Vorprozess die notwendige negative Gesundheitsprognose noch nicht belegen konnten, können zur Begründung einer erneuten negativen Gesundheitsprognose hinsichtlich der krankheitsbedingten Kündigung herangezogen werden.	BAG 10.11.05, 2 AZR 44/05	Abruf-Nr. 153224

Wenn der ArbN auf Dauer wegen Krankheit die geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr erbringen kann, ist eine Kündigung gerechtfertigt, wenn sie zur Beseitigung der eingetretenen Vertragsstörung erforderlich ist.	BAG 20.11.14, 2 AZR 664/13	Abruf-Nr. 178312
Der ArbG muss dem ArbN auch dann ein BEM anbieten, wenn diesem eine Rente wegen voller Erwerbsminderung bewilligt wurde – zur Vermeidung einer Beendigungskündigung notfalls im Wege der Änderungskündigung.	BAG 13.5.15, 2 AZR 565/14	Abruf-Nr. 179743
Vom ArbG können nicht aufwendige Umschulungsmaßnahmen verlangt werden, wenn hierdurch die Weiterbeschäftigung des ArbN nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit sichergestellt wird.	BAG 7.2.91, 2 AZR 205/90	NZA 91, 806
Ist der ArbG nicht zur Durchführung eines BEM gemäß § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX verpflichtet, kann er sich darauf beschränken zu behaupten, für den ArbN bestehe keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit .	LAG Hamm 3.11.23, 13 Sa 453/23	Abruf-Nr. 239037
Der ArbG hat grundsätzlich ein neues BEM durchzuführen, wenn der ArbN innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines BEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war.	BAG 18.11.21, 2 AZR 138/21	Abruf-Nr. 227267
Eine Kündigung scheidet aus, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen von Seiten des ArbG – wie etwa eine Abmahnung – geeignet gewesen wären, beim ArbN künftige Vertragstreue zu bewirken (Weigerung des ArbN eine AUB vorzulegen).	LAG München 23.2.23, 3 Sa 419/22	Abruf-Nr. 235544
Führt der ArbG vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung kein BEM durch, geht dies bei der Interessenabwägung nicht zu seinen Lasten, wenn der ArbN sich am BEM ohnehin nicht beteiligt hätte.	LAG Berlin-Brandenburg 27.2.19, 17 Sa 1605/18	NZA-RR 19, 307
Ein ArbG darf einem Mitarbeiter, der sich während eines Krankenhausaufenthalts nicht rechtzeitig krankgemeldet hat, nicht allein deshalb fristlos kündigen.	LAG Berlin-Brandenburg 13.7.23, 10 Sa 625/23	Abruf-Nr. 237722
Der ArbG muss grundsätzlich ein neues BEM durchführen, wenn der ArbN innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines BEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war. Das gilt auch, wenn nach dem zuvor durchgeführten BEM noch nicht wieder ein Jahr vergangen ist. Es gilt weiterhin, wenn die Arbeitsunfähigkeit über den Abschluss des vorherigen BEM hinaus ununterbrochen nochmals mehr als sechs Wochen angedauert hat.	LAG Baden-Württemberg 10.2.22, 17 Sa 57/21	Abruf-Nr. 229377
Aus § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX folgt nicht nur, dass der ArbN auf die Art und den Umfang der im BEM erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen ist. Vielmehr ergibt sich hieraus auch, dass die Datenverarbeitung datenschutzkonform zu erfolgen hat.	LAG Baden-Württemberg 28.7.21, 4 Sa 68/20	Abruf-Nr. 224704
Der Referenzzeitraum ist nicht absolut auf drei Jahre fixiert; im Übrigen sind kurze und lange Erkrankungen nicht getrennt zu betrachten.	LAG Rheinland-Pfalz 7.11.24 SLa 48/24	Abruf-Nr. 247845
Dem ArbN muss mitgeteilt werden, welche Krankheitsdaten als sensible Daten erhoben, gespeichert und inwieweit und für welche Zwecke sie dem ArbG zugänglich gemacht werden.	LAG Baden-Württemberg 14.1.25, 15 Sa 22/24	Abruf-Nr. 249282

Ist die Rückkehr eines länger erkrankten ArbN völlig ungewiss, ist der ArbG gehalten, für die Dauer von 24 Monaten eine befristete Ersatzkraft einzustellen oder dies zumindest zu versuchen.	LAG Schleswig-Holstein 10.1.24, 3 Sa 74/23	Abruf-Nr. 239649
Ein ArbN kommt der ihn treffenden sekundären Darlegungslast für das Bestehen einer Krankheit nicht durch Vorlage einer AUB nach, wenn deren Beweiswert erschüttert ist .	LAG Niedersachsen 8.7.24, 15 SLa 127/24	Abruf-Nr. 243466
Der ArbG hat darzulegen und zu beweisen, dass die andere Partei zur Leistung objektiv außer Stande war. Wendet sie die fehlende Leistungsfähigkeit oder den fehlenden Leistungswillen im Annahmeverzugszeitraum ein, reicht es zunächst aus, dass er Indizien vorträgt, aus denen hierauf geschlossen werden kann.	LAG Köln 25.4.24, 7 Sa 521/23	Abruf-Nr. 244008
Allein der Umstand, dass ein ArbN sich nach einer Kündigung exakt bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses krankmeldet , nimmt einer AU noch nicht den Beweiswert. Es kommt auf die zeitliche Abfolge an.	LAG Niedersachsen 8.3.23, 8 Sa 859/22	Abruf-Nr. 234927
Das Vortäuschen von Arbeitsunfähigkeit kann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen: Zweifel an einer AUB können gerechtfertigt sein, wenn sich mehrere zu einem Personalgespräch geladene ArbN gleichzeitig krankmelden.	LAG Köln 12.12.24, 8 Sa 409/23, anhängig beim BAG unter 7 AZN 171/25	NZA-RR 25, 294
Es liegt keine ordnungsgemäße Einladung des ArbN zum BEM-Verfahren vor, wenn im Einladungsschreiben mitgeteilt wird, dass sich der ArbN vor dem BEM-Termin beim Werksarzt einzufinden hat zur Erstellung eines positiven Leistungsprofils ohne Aufklärung darüber, dass er auch auf den Besuch beim Werksarzt verzichten kann.	LAG Nürnberg 18.2.20, 7 Sa 124/19	Abruf-Nr. 216238
Soweit man der Auffassung wäre, dass der ArbG vor der Kündigung ein weiteres BEM hätte durchführen müssen, ist er mit seiner Einlassung im Kammertermin seiner Darlegungslast nachgekommen, dass auch ein erneutes BEM nicht dazu hätte beitragen können, neuerlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis zu erhalten.	LAG Köln 22.1.25, 4 SLa 22/24	Abruf-Nr. 249374
Gelingt es dem ArbG den Beweiswert der AUB zu erschüttern bzw. zu entkräften, tritt hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast wieder derselbe Zustand ein, wie er vor Vorlage des Attestes bestand: Es ist dann Sache des ArbN, seinen Vortrag z.B. mit Hinweisen zu den Fragen, welche Krankheiten vorgelegen haben, welche gesundheitlichen Einschränkungen bestanden haben, welche Verhaltensmaßnahmen der Arzt gegeben hat, welche Medikamente gegeben wurden, weiter zu substantiieren.	LAG Köln 21.1.25, 7 SLa 204/24, anhängig beim BAG unter 6 AZN 119/25	Abruf-Nr. 247489
Arbeitsunfähigkeitszeiten infolge eines Unfalls sind für die Frage der negativen Gesundheitsprognose grundsätzlich nicht relevant, da sie regelmäßig nicht prognosefähig sind.	LAG Köln 28.3.23, 4 Sa 659/22	Abruf-Nr. 235543
Stützt sich ein ArbG für die Prognose nur auf Ausfallzeiten in der Vergangenheit, ist – parallel zur negativen Gesundheitsprognose bei der krankheitsbedingten Kündigung wegen häufiger Kurzzeiterkrankungen – eine entsprechende negative Gesundheitsprognose für künftige Ausfallzeiten indiziert, wenn der ArbN bereits in der Vergangenheit in einem unzumutbaren Zeitraum ausgefallen ist.	Arbeitsgericht Köln 7.11.24, 8 Ca 2725/24, anhängig beim LAG Köln unter 6 SLa 20/25	

FORM DER KÜNDIGUNGSERKLÄRUNG

10 häufig gestellte Fragen (FAQs) zum Thema „Formelle Anforderungen an die Kündigung“

| Wie muss eine formwirksame Kündigung aussehen und welchen konkreten Inhalt sollte sie haben? Diese und weitere häufig gestellten Fragen beantwortet der nachfolgende Beitrag. |

1. Muss das Kündigungsschreiben das Wort „Kündigung“ enthalten?

Nein. Ausreichend und erforderlich ist, dass sich im Wege der Auslegung ausgehend vom Empfängerhorizont eindeutig der ernsthafte Wille des ArbG ergibt, das Arbeitsverhältnis für die Zukunft beenden zu wollen. Auch die Verwendung der Worte Aufhebung, Rücktritt oder Anfechtung kann als Kündigung verstanden werden, wenn sich aus dem Gesamtzusammenhang ergibt, dass die einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses von Seiten des Erklärenden gewollt ist.

2. Wird ein inhaltsgleiches Kündigungsschreiben mehrfach zugestellt, ist dieses dann unzulässig oder zulässig?

Hierin liegt eine zulässige „doppelte Verlautbarung“ (LAG Mecklenburg-Vorpommern 21.6.22, 5 Sa 256/21). Ob es sich um eine einheitliche, mehrfach zugestellte Kündigung oder um rechtlich selbstständige Kündigungen handelt, muss ausgelegt werden. Die Zustellung eines inhaltsgleichen Kündigungsschreibens mit demselben Datum spricht für eine einheitliche Kündigung.

3. Reicht die Kündigung mit eingescannter Unterschrift aus?

Nein. Die Kündigung muss schriftlich erfolgen, um wirksam zu sein. Dazu ist gem. § 623 BGB i.V.m. § 125 BGB erforderlich, dass die Kündigung vom ArbG oder dessen Bevollmächtigten eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet sein muss. Eine elektronische Form der Kündigung per Telefax oder E-Mail ist gemäß § 623 2. HS. BGB unzulässig. Unzulässig ist auch eine Kündigung mit nur eingescannter Unterschrift [LAG Köln 19.6.01, 13 Sa 571/00]. Wird das Formerfordernis nicht befolgt, führt dies zur nichtigen Kündigung gemäß § 125 BGB. Entsprechendes gilt für den Abschluss eines Aufhebungsvertrags.

4. Kann eine ordentliche Kündigung in eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit umgedeutet werden?

Ja, das soll nach der Literatur möglich sein.

5. Muss eine Kündigung begründet werden?

Nein, das ist nicht erforderlich, da dies gesetzlich als Wirksamkeitsvoraussetzung nicht vorgesehen ist. Der ArbG muss aber bei einer außerordentli-

Der Begriff „Kündigung“ muss nicht zwingend verwendet werden

„Doppelte Verlautbarung“ macht Kündigung nicht unwirksam

Eigenhändige Unterschrift des Kündigungsberechtigten

chen Kündigung dem ArbN die Gründe für die Kündigung auf dessen Verlangen mitteilen, § 626 Abs. 2 S. 3 BGB. Hierbei handelt es sich aber nach allgemeiner Ansicht nicht um eine Wirksamkeitsvoraussetzung.

6. Muss im Kündigungsschreiben der Beendigungstermin angegeben werden?

Ja. Der ArbN muss erkennen können, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis enden soll. Deshalb ist im Kündigungsschreiben grundsätzlich der Beendigungstermin anzugeben.

7. Was bedeutet es, wenn eine Kündigung „zum 1. April“ ausgesprochen wird?

Wenn in einem Arbeitsverhältnis nur zum Ende des Kalendervierteljahres gekündigt werden kann und dann eine Kündigung „zum 1. April“ ausgesprochen wird: Was bedeutet das? Das wird dahin gehend ausgelegt, dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31. März enden soll.

8. Kann eine Kündigung in eine Anfechtungserklärung umgedeutet werden?

Auch hier gilt zunächst, dass eine Umdeutung nicht zu einer rechtlich weitergehenden Folge führen darf. Folglich scheidet die Umdeutung einer unwirksamen ordentlichen Kündigung in eine Anfechtungserklärung aus. Allerdings kann eine außerordentliche Kündigung als Anfechtungserklärung ausgelegt oder in eine solche umgedeutet werden, wenn sich aus den Gesamtumständen ergibt, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus Gründen der Täuschung oder Drohung gewollt ist.

9. Welche Zustellungsform ist für Kündigungen am sichersten?

Die sicherste Form der Zustellung einer Kündigung ist die persönliche Übergabe gegen eine Empfangsbestätigung. Alternativ kann die Zustellung durch einen Boten erfolgen, der als Zeuge dienen kann. Rechtlich am sichersten, aber auch formell aufwendiger, ist die Zustellung per Postzustellungsurkunde. Einwurf-Einschreiben bieten hingegen keinen verlässlichen Zugangsnachweis, wenn nicht zusätzlich ein Auslieferungsbeleg mit konkreten Angaben zum Zustellvorgang vorliegt.

10. Wie lange speichert die Deutsche Post Auslieferungsbelege von Einwurf-Einschreiben?

Laut BAG-Urteil (30.1.25, 2 AZR 68/24, Abruf-Nr. 247195) speichert die Deutsche Post AG die Kopien von Auslieferungsbelegen für Einwurf-Einschreiben für einen Zeitraum von 15 Monaten. Nach Ablauf dieser Frist ist es nicht mehr möglich, eine Reproduktion des Auslieferungsbelegs zu erhalten. ArbG sollten daher bei wichtigen Dokumenten die Auslieferungsbelege frühzeitig anfordern und dauerhaft aufbewahren.

Kündigungsfrist ist für den ArbN wichtig

Auslegung der Kündigung in Anfechtung nur ausnahmsweise

Persönliche Zustellung oder durch Boten am sichersten



IHR PLUS IM NETZ

iww.de/aa
Abruf-Nr.
247195



BERATUNGSPRAXIS

Checkliste: Die personen- (krankheitsbedingte) Kündigung

| Prüft man, ob eine krankheitsbedingte Kündigung in Betracht kommt, ist man meist im Prüfverfahren der personenbedingten Kündigung. |

CHECKLISTE / Die personenbedingte Kündigung

Prüfungskatalog bearbeiten	liegt vor
Häufige Kurzerkrankungen (ständig neue kürzere Krankheiten, die Fehlzeiten und neue Entgeltfortzahlungszeiträume auslösen) oder lang andauernde Krankheit (über sechs Wochen hinaus; mit nicht vorhersehbarem Wiedereintritt der Arbeitsfähigkeit; Prognosezeitraum zwei Jahre)	
Wiederholte Erkrankung ■ Aufstellung der Fehlzeiten in den zurückliegenden drei Jahren mit EFZ-Zeiträumen und -Kosten ■ Art und Ursache der Erkrankung ■ Zukunftsprognose (mehr als 30 Arbeitstage/Jahr = Anschein der negativen Prognose gegeben) ■ Folgen der Erkrankung für den Betrieb (Arbeitsausfall, Mehrarbeit anderer ArbN, EFZ-Kosten) ■ anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit, Umschulung, Fortbildung ■ Rehabilitationsmaßnahmen, stufenweise Wiedereingliederung (§§ 42 ff. SGB IX) prüfen ■ Betriebliches Eingliederungsmanagement (§ 167 Abs. 2 SGB IX) (unbedingt anbieten)	
Dauererkrankung ■ Beginn der Erkrankung ■ voraussichtliche Dauer der Krankheit (Prognose s. o.) ■ Folgen für den Betrieb (Kosten, Mehrarbeit etc.) ■ Versetzungsmöglichkeit (Vertretung) ■ Betriebliches Eingliederungsmanagement (§ 167 Abs. 2 SGB IX) (s. o., erforderlich bei Ausfall über sechs Wochen im Jahr)	
Weitere Beispiele für personenbedingte Gründe können z. B. sein: Wegfall der Arbeitserlaubnis, Alkohol-/ Drogenabhängigkeit, Inhaftierung, Wegfall der fachlichen, körperlichen oder persönlichen Eignung, Verlust des Führerscheins.	
3-Stufen-Prüfung bei häufigen Kurzerkrankungen 1. Stufe: „Negative Gesundheitsprognose“ erforderlich. Das heißt, es müssen zum Zeitpunkt der Kündigung objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können Indizien für eine künftige Entwicklung des Krankheitsbilds sein. Dies gilt nicht, wenn die Krankheiten ausgeheilt sind. Beispiele für objektive Tatsachen sind: ■ Fehlzeiten oberhalb des Entgeltfortzahlungszeitraums von sechs Wochen pro Jahr, ■ negative Ergebnisse (arbeits-)medizinischer Begutachtungen. 2. Stufe: Prognostizierte künftige Fehlzeiten müssen zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen, wie z. B. wirtschaftliche Belastungen des ArbG, etwa Kosten der Entgeltfortzahlung, notwendige befristete Einstellung von Ersatzkräften oder Kosten für Überstunden anderer ArbN. 3. Stufe: Allgemeine Interessenabwägung, das heißt, der ArbG muss sich fragen, ob er diese Beeinträchtigungen in Zukunft noch hinnehmen kann/will: ■ Sind die Erkrankungen möglicherweise auf betriebliche Ursachen zurückzuführen? ■ Ist das Arbeitsverhältnis je ungestört verlaufen und wenn ja, wie lange? ■ Alter des ArbN, familiäre Verhältnisse, bestehen Unterhaltspflichten oder Schwerbehinderung? ■ BEM ordnungsgemäß durchgeführt?	

BETRIEBLICHES EINGLIEDERUNGSMANAGEMENT

Wichtige Grundsätze zum BEM

Ist ein ArbN innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, muss der ArbG gemäß § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX mit dem ArbN gemeinsam klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann, um so den Arbeitsplatz zu erhalten (sogenanntes „Betriebliches Eingliederungsmanagement“, kurz: „BEM“). Doch bei diesem so einfach klingenden Ablauf lauern viele Tücken. |

1. Ziel und Zweck eines BEM

Ziel eines BEM ist es, festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist, und herauszufinden, ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern, um so eine Kündigung zu vermeiden.

Auf letzter Stufe wird geprüft, ob die Kündigung „ultima ratio“ und damit verhältnismäßig ist. Wenn der ArbG den Anforderungen des § 167 Abs. 2 SGB IX nicht ein entsprechendes und damit regelkonformes BEM durchführt und auch im Prozess nicht darlegt und beweist, dass ein BEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten vorzubeugen und das Arbeitsverhältnis zu erhalten, wird es eng.

Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Durchführung des BEM zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung. § 167 Abs. 2 SGB IX in der ab dem 1.1.18 geltenden Fassung (vormals: § 84 Abs. 2 SGB IX) ist aber kein bloßer Programmsatz. Die Norm konkretisiert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mithilfe des BEM können möglicherweise mildere Mittel als die Kündigung erkannt und entwickelt werden.

Gibt es Möglichkeiten zur Verringerung der Fehlzeiten?

BEM keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung, aber ...

PRAXISTIPP | Was geschieht, wenn ein durchgeführtes BEM kein positives Ergebnis erbringt? Will der ArbG sich hierauf berufen, muss er die objektive Nutzlosigkeit des BEM darlegen und ggf. beweisen. Dazu muss er umfassend und detailliert vortragen, warum weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz, noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen seien und der ArbN auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit habe eingesetzt werden können. Ist es dagegen denkbar, dass ein BEM ein positives Ergebnis erbracht, das gemeinsame Suchen nach Maßnahmen zum Abbau der Fehlzeiten also Erfolg gehabt hätte, muss sich der ArbG regelmäßig vorhalten lassen, er habe „vorschnell“ gekündigt (BAG 18.11.21, 2 AZR 138/21, Abruf-Nr. 227267; BAG 20.11.14, 2 AZR 755/13, Abruf-Nr. 176329).

Eine erweiterte Darlegungslast trifft den ArbG, der es unterlassen hat, entgegen den Vorgaben des § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX ein BEM durchzuführen. Er muss darlegen, warum auch mit seiner Hilfe keine Möglichkeiten erkannt worden wäre, die Kündigung durch angemessene mildere Maßnahmen zu vermeiden (LAG Hamm 3.11.23, 13 Sa 453/23, Abruf-Nr. 239037).

Kein Individualanspruch des ArbN auf BEM-Durchführung

2. Was kann im ungünstigsten Fall passieren?

Wird ein BEM nicht ordnungsgemäß durchgeführt, ist eine aus krankheitsbedingten Gründen ausgesprochene Kündigung regelmäßig unverhältnismäßig und damit unwirksam. Allerdings begründet § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX keinen Individualanspruch des betroffenen ArbN auf Einleitung und Durchführung eines BEM (BAG 7.9.21, 9 AZR 571/20, Abruf-Nr. 227233).

Zusätzlich sind folgende Fakten zu berücksichtigen:

- Ein BEM ist auch fehlerhaft, wenn dem Einladungsschreiben zum BEM der Hinweis fehlt, dass der ArbN darüber bestimmen kann, ob dem BEM-Verfahren der Betriebsrat bzw. ein Betriebsratsmitglied hinzugezogen werden soll (Arbeitsgericht Braunschweig 29.11.22, 2 Ca 173/22).
- Nach der Rechtsprechung des BAG (18.11.21, 2 AZR 138/21, Abruf-Nr. 227267) hat der ArbG ein erneutes BEM durchzuführen, wenn der ArbN innerhalb eines Jahres nach Anschluss eines BEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war.
- Bei einer beabsichtigten krankheitsbedingten Kündigung eines Menschen mit Behinderungen begründet die Zustimmung des Integrationsamts nicht die Vermutung, dass ein (unterbliebenes) BEM die Kündigung nicht hätte verhindern können (BAG 15.12.22, 2 AZR 162/22, Abruf-Nr. 234571).

Keine gesetzlichen starren Vorgaben

Die Durchführung eines BEM ist auf verschiedene Weisen möglich. § 167 Abs. 2 SGB IX schreibt weder konkrete Maßnahmen noch ein bestimmtes Verfahren vor. Das BEM ist ein rechtlich regulierter verlaufs- und ergebnisoffener „Suchprozess“. Dieser soll individuell angepasste Lösungen ermitteln, um künftige Arbeitsunfähigkeit zu vermeiden.

Es ist die Aufgabe des ArbG, die Initiative zur Durchführung des BEM zu ergreifen. Bei der Durchführung muss er eine bestehende betriebliche Interessenvertretung hinzuziehen, wenn der ArbN hier zustimmt. Kommt es darauf an, ob der ArbG eine solche Initiative ergriffen hat, kann davon nur ausgegangen werden, wenn er den ArbN zuvor nach § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX auf die Ziele des BEM sowie Art und Umfang der dabei erhobenen Daten hingewiesen hat.

3. Immer wichtiger: Was ist mit dem Datenschutz beim BEM?

Datenschutz muss auch bei BEM-Einladung beachtet werden

Die Rechtsprechung legt hinsichtlich des Datenschutzes beim BEM einen strengen Maßstab an. Der Hinweis im Sinne von § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX erfordert eine Darstellung der Ziele, die inhaltlich über eine bloße Bezugnahme auf die Vorschrift des § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX hinausgeht. Zu diesen Zielen zählt die Klärung, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und wie das Arbeitsverhältnis erhalten werden kann.

Dem ArbN 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.

PRAXISTIPP | Daneben ist ein Hinweis zur Datenerhebung und Datenverwendung erforderlich, der klarstellt, dass nur solche Daten erhoben werden, deren Kenntnis erforderlich sind, um ein zielführendes, der Gesundheit und Gesunderhaltung des Betroffenen dienendes BEM durchführen zu können. Dem ArbN muss mitgeteilt werden, welche Krankheitsdaten – als sensible Daten i. S. v. Art. 9 Abs. 1, 4 Nr. 15 DSGVO – erhoben und gespeichert und inwieweit und für welche Zwecke sie dem ArbG zugänglich gemacht werden. Nur bei entsprechender Unterrichtung kann vom Versuch der ordnungsgemäßen Durchführung eines BEM die Rede sein (BAG 20.11.14, 2 AZR 755/13, Abruf-Nr. 176329).

■ Fall aus der Praxis: Wie würden Sie entscheiden?

Die Parteien streiten über die Rechtmäßigkeit einer krankheitsbedingten Kündigung. Der langjährig beschäftigte ArbN war in zwölf aufeinanderfolgenden Monaten insgesamt mehr als sechs Wochen krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Zur Einleitung des BEM versandte der ArbG per E-Mail ein Einladungsschreiben an ihn, dessen Erhalt er bestreitet. Der ArbG versuchte in der dem Einladungsschreiben beigefügten „Datenschutzerklärung“, von dem ArbN eine Einwilligung nicht nur zur „Erhebung“ und „Nutzung“ (auch) von Gesundheitsdaten zu erlangen, sondern auch zur „Bekanntmachung“ dieser Daten gegenüber dem „Vorgesetzten“ und der „Standortleitung“. Nachdem der ArbN hierauf nicht reagierte, kündigte der ArbG das Arbeitsverhältnis aus krankheitsbedingten Gründen. Zu Recht?

Das LAG Baden-Württemberg (20.10.21, 4 Sa 70/20, Abruf-Nr. 226471; BAG 2 AZR 485/21 = Verfahren ohne Entscheidung erledigt) stellte fest, dass aus § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX folge, dass der ArbN auf die Art und den Umfang der im BEM erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen sei. Auch habe die Datenverarbeitung datenschutzkonform zu erfolgen. Aufgrund der Vorerkrankungen des ArbN bejahte das Gericht zunächst die negative Gesundheitsprognose. Die krankheitsbedingten Fehlzeiten haben auf der zweiten Stufe beim ArbG auch zu erheblichen Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen geführt. Aber bei der Interessenabwägung auf der dritten Stufe hielten die Richter die Kündigung für unverhältnismäßig. Der ArbG habe trotz der Notwendigkeit der Durchführung eines BEM ein solches nicht oder jedenfalls nicht ordnungsgemäß eingeleitet bzw. durchgeführt.

Im vorliegenden Fall sei die dem Einladungsschreiben beigefügte Unterrichtung über die Art und den Umfang der für das BEM erhobenen und verwendeten Daten unzureichend. Der ArbG dürfe ohne ausdrückliche Zustimmung des Betroffenen Zugang nur zu solchen Daten haben, die für den Nachweis der Erfüllung der Pflicht zum BEM erforderlich seien oder ohne die er seine Zustimmung zu geplanten Maßnahmen nicht erteilen könne. Diagnosen und ähnlich sensible Daten dürfen dem ArbG ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung des Betroffenen nicht zugänglich sein.

Vorliegend habe der ArbG in der „Datenschutzerklärung“ versucht, vom ArbN eine Einwilligung nicht nur zur „Erhebung“ und „Nutzung“ (auch) von Gesundheitsdaten zu erlangen, sondern auch zur „Bekanntmachung“ dieser Daten gegenüber dem „Vorgesetzten“ und der „Standortleitung“. Für eine „Bekanntmachung“ jedenfalls aller offenbarer Gesundheitsdaten (insbesondere Diagnosen) gegenüber der Standortleitung bestehe kein nachvollziehbarer Grund. Hier reiche es aus, wenn der ArbG wisse, auf welche Einschränkungen er bei einer etwa gebotenen Umgestaltung von Arbeitsplätzen zu achten habe.

Kein ordnungsgemäßes BEM = Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt

Hohe Anforderungen an Unterrichtung bezüglich Verarbeitung der Daten

**Auch Zugang der
BEM-Einladung
muss ArbG
nachweisen**

Es sei zwar nicht ausgeschlossen, dass ein ArbN auch dem nicht im BEM beteiligten Standortleiter freiwillig seine Gesundheitsdaten i. S. d. Art. 9 Abs. 2 lit. a, Art. 7 DSGVO überlassen möchte. Dann müsse dem ArbN aber in besonderem Maße deutlich gemacht werden, dass dieser Teil der Einwilligung nur freiwillig sei, weil er für die Zwecke der Durchführung des BEM nicht erforderlich sei (Art. 7 Abs. 4 DSGVO). Zudem könne nicht ausgeschlossen werden, dass bei einer ordnungsgemäßen Unterrichtung über das BEM der ArbN an einem solchen teilgenommen hätte und Möglichkeiten gefunden worden wären, die Fehlzeiten des ArbN zu reduzieren. Neben der geschilderten Datenrechtsproblematik scheiterte das BEM zudem daran, dass der ArbN keine ordnungsgemäße Einladung zum BEM erhalten habe, da er den Zugang der Einladungs-Mail bestritten und die beweispflichtige ArbG den Zugang der Mail nicht bewiesen habe (LAG Köln 11.1.22, 4 Sa 315/21).

■ Beispiele für ein fehlerhaftes BEM

- Das Einladungsschreiben enthält keinen Hinweis auf die Art und Umfang der im Zuge des BEM-Verfahrens erhobenen Daten und deren Verwendung. Es wird lediglich mitgeteilt, dass die Inhalte des BEM „selbstverständlich vertraulich behandelt“ werden.
- Es wird nicht klargestellt, dass nur solche Daten erhoben werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein ziel führendes, der Gesundheit und Gesunderhaltung des Betroffenen dienendes BEM durchführen zu können. Der ArbN als Adressatin der Einladungsschreiben wurde nicht mitgeteilt, welche Krankheitsdaten – als sensible Daten i. S. v. Art. 9 Abs. 1, 4 Nr. 15 DSGVO – erhoben und gespeichert und inwieweit und für welche Zwecke sie dem ArbG zugänglich gemacht werden sollen. Der bloße Hinweis auf die Vertraulichkeit der Inhalte des BEM-Gesprächs ist ungenügend.
- Mitarbeiter- und Fürsorgegespräche sind bereits an sich nicht geeignet, ein BEM-Verfahren zu ersetzen, wenn sie nicht die Anforderungen des § 167 SGB IX erfüllen. Ansonsten könnte § 167 SGB IX und der mit der Norm verfolgte Schutzzweck durch den ArbG umgangen werden.
- Es liegt keine ordnungsgemäße Einladung des ArbN zum BEM-Verfahren vor, wenn im Einladungsschreiben mitgeteilt wird, dass sich der ArbN vor dem BEM-Termin beim Werksarzt einzufinden hat zur Erstellung eines positiven Leistungsprofils ohne Aufklärung darüber, dass der ArbN auch auf den Besuch beim Werksarzt verzichten kann.

■ Aktueller Fall LAG Köln 6.12.24, 10 SLa 369/24 (anschließend BAG 16.5.25, 6 AZN 757/24)

Schon das vom ArbG vorgelegte Einladungsschreiben genügt den Anforderungen nicht:

- Zwar enthalte das Einladungsschreiben den Hinweis zur Datenerhebung und -verwendung mit einer Verweisung auf eine Anlage. Hierbei handelt es sich jedoch offenbar um eine Textvorlage, die vom ArbG nicht individualisiert wurde. So heißt es im Textdokument: „Bitte fügen Sie hier eine ausführliche Darstellung der Datenverarbeitung nach Art. 13, 14 EU-DSGVO ein, die über die konkreten Begebenheiten der Datenverarbeitung in Ihrem Unternehmen informiert. Halten Sie diesbezüglich bitte Rücksprache mit Ihrem betrieblichen Datenschutzbeauftragten“.
- Des Weiteren finde sich in dem Anhang unter der Überschrift „Weitergabe an die Interessenvertretung oder andere Dritte“ zwar der Hinweis, „Die Daten, die im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements erhoben werden, dürfen erst nachdem Sie der Einbeziehung der entsprechenden Stellen zugestimmt haben (Z. Düsseldorf Betriebsrat, Schwerbehindertenvertretung*, Rehabilitationsträger, Integrationsamt* oder Betriebs oder Werksarzt) an diese weitergegeben werden“. Eine nähere Angabe dazu, welche Daten erhoben werden, finde sich jedoch weder in dem Anhang noch im Einladungsschreiben.

■ Sachverhalt (LAG Rheinland-Pfalz 21.11.24, 5 SLa 21/24, Abruf-Nr. 246735)

Der ArbN war seit April 2008 beim ArbG beschäftigt. Er arbeitete im Zweischichtbetrieb in der Materialversorgung als Gabelstaplerfahrer für rund 4.700 EUR brutto monatlich. Der ArbG ist ein Automobilhersteller mit etwa 10.000 Beschäftigten. In der Vergangenheit waren beim ArbN wiederholt krankheitsbedingte Fehlzeiten aufgetreten (Herzinfarkt im Mai 2017, der zu einer Arbeitsunfähigkeit bis Januar 2018 führte. Weitere häufige Kurzerkrankungen ab dem Jahr 2019 folgten. Der ArbN führte im Rahmen des BEM verschiedene Ursachen für seine Abwesenheiten an. Dazu zählten psychische und physische Belastungen durch eine Scheidung, eine COVID-19-Erkrankung sowie Grippe-symptome. Er gab an, dass diese Erkrankungen jeweils auskuriert seien. Der ArbG führte mit dem ArbN drei BEM-Gespräche durch.

Am letzten Gespräch nahm der ArbN gemeinsam mit einem Betriebsratsmitglied teil. Laut Protokoll schilderte er seine persönliche Situation, insbesondere die Belastungen durch die Scheidung. Er nannte auch konkrete Erkrankungen wie COVID-19 und Grippe als Ursachen für Fehlzeiten im Jahr 2022. Hierbei teilte er mit, dass er keine Maßnahmen sehe, die zu einer Reduzierung seiner Fehlzeiten beitragen könnten. Er betonte, keine Unterstützung zu benötigen und keinen Bedarf an einer Sozialberatung oder einer Veränderung seines Arbeitsplatzes oder seiner Arbeitszeit zu haben. Die Arbeit gefalle ihm, und am Arbeitsplatz „passe“ alles. Obwohl er auf den kündigungsrelevanten Umfang seiner Fehlzeiten hingewiesen wurde, erklärte er lediglich, er kenne seine Fehlzeiten, könne aber nicht arbeiten, wenn er krank sei.

Nach dem Widerspruch des Betriebsrats sprach der ArbG die ordentliche Kündigung aus. Der ArbN erhob daraufhin Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht. Das Arbeitsgericht Ludwigshafen gab der Klage zunächst statt und erklärte die Kündigung für unwirksam.

Das LAG Rheinland-Pfalz kam zum Ergebnis, dass die Kündigung wirksam sei. Es wies die Kündigungsschutzklage und den Weiterbeschäftigungsantrag des ArbN ab. Die bisherigen Fehlzeiten des ArbN sprächen im Kündigungszeitpunkt deutlich für eine negative Gesundheitsprognose. Der ArbN habe diese Indizwirkung nicht entkräftet. Die Fehlzeiten summierten sich im Referenzzeitraum von 3 Jahren auf 166 Arbeitstage. Das entspräche durchschnittlich 55,33 Arbeitstage pro Jahr. Es sei auch eine steigende Tendenz zu verzeichnen. Der ArbG habe die ihm aus § 167 Abs. 2 SGB IX obliegenden Verpflichtungen erfüllt. Er habe dem ArbN in den Jahren 2020, 2021 und 2022 jeweils ein BEM angeboten und durchgeführt. Mildere Mittel als die Kündigung hätten auch im letzten BEM-Gespräch nicht identifiziert werden können.

Die künftig zu erwartenden krankheitsbedingten Fehlzeiten des ArbN führen zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen des ArbG. Entgegen der Ansicht des ArbN komme es nicht darauf an, in welchem Umfang für andere ArbN Entgeltfortzahlungskosten entstanden seien. Es komme vielmehr auf die prognostizierten Kosten des konkreten Arbeitsverhältnisses an, nicht aber auf die Gesamtbelastung des Betriebs mit Entgeltfortzahlungskosten. Würde nämlich auf die jeweilige Gesamtbelastung des Betriebs mit Entgeltfortzahlungskosten abgestellt und nicht auf die Kosten des Arbeitsverhältnisses des gekündigten ArbN, so bliebe der Austauschcharakter des Arbeitsverhältnisses weitgehend unbeachtet (so schon BAG 16.2.89, 2 AZR 299/88).

LAG hielt Kündigung für wirksam und BEM für ausreichend

Umfang der Gesamtkosten der EFZ im Betrieb nicht entscheidend

MUSTERFORMULIERUNG / Einladung zum BEM

Herrn Moritz Mustermann
 Mustermannstraße 1
 11111 Musterstadt

Musterstadt xx.xx.xxxx

VERTRAULICH

Einladung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX

Sehr geehrter Herr Mustermann,
 wir möchten Ihnen mitteilen, dass Sie in den letzten zwölf Monaten, das heißt in der Zeit von xx.xx.xxxx bis zum xx.xx.xxxx, länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt krankheitsbedingt arbeitsunfähig waren. Konkret waren dies die folgenden Zeiten:

- _____
- _____
- _____

Angesichts dieser Fehlzeiten würden wir gern mit Ihnen gemeinsam klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und Ihr Arbeitsverhältnis erhalten werden kann. Dieser Klärungsprozess, das sogenannte betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM), ist gesetzlich in § 167 Abs. 2 SGB IX vorgesehen. Ein BEM findet nur unter der Voraussetzung statt, dass Sie damit einverstanden sind.

Ziel des BEM ist es, gemeinsam mit Ihnen unter Beteiligung relevanter Stellen zu klären, wie wir Sie im Rahmen Ihrer gesundheitlichen Möglichkeiten bei der Rückkehr in den Arbeitsprozess unterstützen können. Dabei steht Ihre freiwillige Mitwirkung im Mittelpunkt – die Teilnahme am BEM ist für Sie ausdrücklich freiwillig. Ihnen entstehen durch die Teilnahme keinerlei arbeitsrechtliche Nachteile. Auch eine Ablehnung hat keine negativen Konsequenzen.

Bei dem BEM handelt es sich um einen ergebnisoffenen gemeinsamen Suchprozess, der nicht in allen Einzelheiten gesetzlich geregelt ist. Daher sind Sie als betroffene Person aufgefordert, Vorschläge zu machen, zum Beispiel dazu, wie ggf. vorhandene Belastungen bei der Arbeit verringert werden könnten.

Zur Wahrung Ihrer Interessen können Sie jederzeit folgende Personen bzw. Stellen zum BEM hinzuziehen:

- Eine Vertrauensperson
- Mitglied des Betriebsrats/Personalrats
- die Schwerbehindertenvertretung (falls der betroffene ArbN ein schwerbehinderter Mensch oder ein gleichgestellter behinderter Mensch ist)
- der Werks- oder Betriebsrat, soweit erforderlich
- die Rehabilitationsträger, das heißt insbesondere die gesetzliche Krankenkasse, die gesetzliche Unfallversicherung, die gesetzliche Rentenversicherung sowie die Bundesagentur für Arbeit, wenn Leistungen zur Teilhabe in Betracht kommen und wenn der betroffene ArbN kein schwerbehinderter Mensch oder ein gleichgestellter behinderter Mensch ist
- das Integrationsamt, wenn begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen und wenn der betroffene ArbN ein schwerbehinderter Mensch oder ein gleichgestellter behinderter Mensch ist

Nach unseren Informationen sind Sie kein/ein schwerbehinderter Mensch/gleichgestellter behinderter Mensch. Daher kommen in Ihrem Fall von den oben genannten beteiligten Stellen der xxxxxxxx in Betracht. Diese Stellen würden zum BEM hinzuziehen, aber nur, wenn Sie damit ausdrücklich einverstanden sind. Wegen der Beteiligung des Betriebsrates/Personalrates weisen wir darauf hin, dass wir rechtliche verpflichtet sind, dem Betriebsrat/Personalrat dieses Informationsschreiben (nicht Ihre Antwort) in Kopie zuzuleiten, und zwar auch ohne Ihr Einverständnis. Hintergrund dessen ist die gesetzliche Pflicht des Betriebsrates/Personalrates darüber zu wachen, dass der Arbeitgeber die ihm nach dem Gesetz obliegenden Verpflichtung zum BEM erfüllt.

Da das BEM ein ergebnisoffener Suchprozess ist, können Sie auch Ihrerseits fachkundige Personen oder Stellen benennen, die am BEM teilnehmen sollen. Sie haben das Recht, eine Vertrauensperson nach Ihrer Wahl zum BEM hinzuzuziehen (z.B. Angehöriger, Freund, Ehe- oder Lebenspartner, Rechtsanwalt).

Falls Sie mit einem BEM grundsätzlich einverstanden sind, würden wir gern mit Ihnen am

xx.xx.xxxx

ein erstes Vorgespräch führen, an dem von Seiten der Personalabteilung voraussichtlich Herr xxx / Frau xxx teilnehmen werden.

Sollten Sie den Termin nicht wahrnehmen können, bitten wir um kurze Rückmeldung zwecks Abstimmung eines Ersatztermins.

Bitte teilen Sie uns bis spätestens [Datum, z. B. eine Woche vor dem Gesprächstermin] mit, ob Sie zur Teilnahme bereit sind und ggf. eine Vertrauensperson benennen möchten.

Ein BEM ist häufig erfolgversprechend, wenn der betroffene Beschäftigte bereit ist, Informationen zum Hintergrund seiner Erkrankung(en) im Rahmen des BEM preiszugeben bzw. darüber zu sprechen. Dies betrifft insbesondere ärztliche Diagnosen, Unterlagen und Stellungnahmen, Therapieempfehlungen und -berichte und eigene subjektive Einschätzungen des Gesundheits- bzw. Krankheitszustandes durch den betroffenen Arbeitnehmer. Da diese Informationen sowie die gesamten, damit im Zusammenhang stehenden BEM-Gespräche sensitive Gesundheitsdaten betreffen und daher streng vertraulich behandelt werden müssen, haben Sie folgende Rechte:

Sie können das BEM jederzeit ohne Begründung abbrechen, d.h. eine Zusage zum BEM verpflichtet Sie nicht, das BEM auch weiter durchzuführen.

Sie können auch dann, wenn Sie der Beteiligung der oben genannten Stellen bzw. Personen ganz oder teilweise zugestimmt haben, deren weitere Mitwirkung jederzeit im Laufe des BEM für die Zukunft untersagen.

Sollten Sie im Laufe des BEM zum Ergebnis kommen, dass weitere bislang nicht beteiligte Stellen bzw. Personen teilnehmen sollen, können Sie dieses gern mitteilen. Personen, die mit Ihrer Zustimmung am BEM teilnehmen, sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, und sie müssen diese Pflicht auch durch eine ausdrückliche persönliche Erklärung über ihre Verschwiegenheitspflicht bestätigen.

Sie können im Rahmen eines BEM, auch wenn Sie ihm grundsätzlich zustimmen, jederzeit frei darüber entscheiden, ob Sie die oben genannten medizinischen bzw. ärztlichen Informationen über Ihren Gesundheits- bzw. Krankheitszustand preisgeben möchten oder nicht (und falls ja, welche Informationen Sie preisgeben wollen).

Anbei übermitteln wir Ihnen nunmehr einen Rückantwort-Bogen sowie die beiliegende Einwilligungserklärung zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen des BEM. Bitte reichen Sie uns diese Unterlagen innerhalb der nächsten drei Wochen, d.h. bis zum xx.xx.xxxx zurück. Sollten wir bis dahin keine Rückmeldung von Ihnen haben, gehen wir davon aus, dass Sie derzeit an der Durchführung eines BEM nicht interessiert sind.

Dieses Informationsschreiben werden wir, unabhängig davon, ob Sie sich für oder gegen ein BEM entscheiden, zur Personalakte nehmen. Ferner werden wir, unabhängig davon, ob Sie sich für oder gegen ein BEM entscheiden, Ihr Antwortschreiben zur Personalakte nehmen.

Mit freundlichen Grüßen

(Unterschrift Arbeitgeber)

MUSTERFORMULIERUNG / Einwilligungserklärung zur Verarbeitung personenbezogener Daten**Einwilligungserklärung zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM)**

Vorab: Der Schutz Ihrer Daten ist auch dadurch abgesichert, dass im Rahmen eines BEM nur dann offen über Ihre gesundheitlichen Probleme gesprochen werden kann, wenn Sie – unabhängig von bzw. ergänzend zu Ihrer Zustimmung zum BEM – durch ausdrückliche schriftliche Einwilligung Ihre Zustimmung dazu geben, dass Ihre Gesundheitsdaten, die als besonders schutzbedürftige Daten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO anzusehen sind, von uns im Rahmen des BEM verarbeitet werden können. Wir sichern Ihnen zu, dass wir die im Rahmen des BEM von Ihnen offengelegten Daten (insbesondere Gesundheitsdaten) nur auf der Grundlage Ihrer Einwilligung, die Sie jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen können (Art. 7 Abs. 3 DSGVO), verarbeiten werden, d.h. wir verzichten auf eine ggf. bestehende andere datenschutzrechtliche Rechtfertigung der Datenverarbeitung. Im Falle eines Widerrufs dürfen wir daher die von Ihnen im Rahmen des BEM preisgegebenen Daten (insbesondere Gesundheitsdaten) nicht mehr verarbeiten. Diese Daten und Unterlagen dürfen, soweit sie im Rahmen des BEM erhoben wurden, nur mit Ihrer Zustimmung an dritte Stellen (z.B. Behörden) weitergegeben werden.

Name des Mitarbeiters / der Mitarbeiterin:

Geburtsdatum:

Gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) willige ich freiwillig in die Verarbeitung meiner personenbezogenen Daten ein, die im Rahmen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX durch meinen Arbeitgeber erhoben, gespeichert und verarbeitet werden.

Zweck und Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung

Die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung meiner personenbezogenen und gesundheitsbezogenen Daten erfolgt ausschließlich zum Zweck der Durchführung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM). Ziel ist die Feststellung von Maßnahmen zur Überwindung meiner Arbeitsunfähigkeit, zur Vorbeugung weiterer Erkrankungen und zur Sicherung meines Arbeitsplatzes. Die Verarbeitung der Daten hieraus erfolgt aufgrund meiner ausdrücklichen Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO im Rahmen des Einwilligungszwecks.

Umfang der Datenverarbeitung

Hierbei handelt es sich insbesondere um die Aufstellung von Fehlzeiten, um ärztliche und/oder psychologische Diagnosen, um Befund-Unterlagen, um ärztliche Stellungnahmen und Empfehlungen, um Therapieempfehlungen und Therapieberichte, um Einschätzungen meines Gesundheits- bzw. Krankheitszustandes durch mich selbst oder durch BEM-Teilnehmer, um Gesprächsprotokolle, um Berichte über Arbeitsversuche und über Maßnahmen der stufenweisen Wiedereingliederung, sowie um Dokumentationen über innerbetriebliche Maßnahmen wie Arbeitszeitänderungen, Aufgabenänderungen und/oder Versetzungen.

In die BEM-Akte können, soweit dies für ein zielführendes Gespräch über die Absicherung oder Verbesserung des gesundheitlichen Zustandes erforderlich ist, insbesondere folgende Unterlagen aufgenommen werden: Persönliche Stammdaten, Sozialdaten sowie die oben genannten Gesundheitsdaten und Unterlagen.

...

DOWNLOAD

iww.de/aa
Abruf-Nr.
50504308



Die vollständige Einwilligungserklärung finden Sie im Downloadbereich auf der AA-Homepage (iww.de/aa) unter Arbeitnehmerrechte oder unter der Abruf-Nr. 50504308.

QUIZ

Das BEM-Quiz: Das sollten Sie wissen!

Das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) gilt als bürokratisches Übel, aber auch als Grundvoraussetzung für eine wirksame krankheitsbedingte Kündigung. Wie wird das BEM aber eigentlich ordnungsgemäß durchgeführt? Testen Sie Ihr Wissen.

QUIZ / BEM: Was ist richtig? (Mehrfachantworten möglich)									
Wann wird ein BEM erforderlich?	1. ArbN-Eigenschaft des Betroffenen. 2. Mehr als 6 Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig. 3. Innerhalb eines Jahres. 4. Hinzuziehung der Interessenvertretung im Sinne des § 176 SGB IX (in der Regel Betriebs- oder Personalrat). 5. Weitere Beteiligte im Einzelfall und Vertrauensperson eigener Wahl auf Verlangen des Betroffenen (§ 167 Abs. 2 S. 2 SGB IX).								
Was unterscheidet das BEM vom Krankenrückkehrgespräch?	1. BEM ist gesetzliche Pflicht des ArbG. 2. Teilnahme am BEM ist freiwillig, beim Krankenrückkehrgespräch aber Pflicht. 3. Beim BEM ist der ArbN „Herr des Verfahrens“, beim Krankenrückkehrgespräch ist es die Führungskraft. 4. Beide Instrumente sind identisch.								
Welche Stellen sind am BEM beteiligt?	<table border="0"> <tr> <td>1. ArbG (bzw. dessen Vertreter)</td><td>5. SBV</td></tr> <tr> <td>2. ArbN</td><td>6. Ggf. Vertrauensperson des ArbN</td></tr> <tr> <td>3. Werks- oder Betriebsarzt</td><td>7. Ggf. Rehaträger</td></tr> <tr> <td>4. Betriebs- oder Personalrat</td><td>8. Integrationsamt bei Schwerbehinderung</td></tr> </table>	1. ArbG (bzw. dessen Vertreter)	5. SBV	2. ArbN	6. Ggf. Vertrauensperson des ArbN	3. Werks- oder Betriebsarzt	7. Ggf. Rehaträger	4. Betriebs- oder Personalrat	8. Integrationsamt bei Schwerbehinderung
1. ArbG (bzw. dessen Vertreter)	5. SBV								
2. ArbN	6. Ggf. Vertrauensperson des ArbN								
3. Werks- oder Betriebsarzt	7. Ggf. Rehaträger								
4. Betriebs- oder Personalrat	8. Integrationsamt bei Schwerbehinderung								
Welche sind die häufigsten Fehler bei der Durchführung des BEM?	1. ArbN hat nicht die Zustimmung zum BEM erteilt. 2. BEM-Beauftragte des ArbG führt das BEM-Gespräch ohne Beteiligung des Betriebsrats. 3. BEM-Gespräch wird als Fehlzeiten- oder Krankenrückkehrgespräch geführt.								
Was gilt bei der Einladung zum BEM?	1. Eine Einladung ist nicht erforderlich. 2. Ziel des BEM: Überwindung der AU, wenn mehr als 6 Wochen innerhalb eines Jahres, Vorbeugung erneuter AU, Erhalt des Arbeitsplatzes 3. Hinweispflicht auf Ziele und auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten personenbezogenen Daten.								
Ist die Zustimmung des ArbN in die Datenverarbeitung der personenbezogenen Daten und Gesundheitsdaten Voraussetzung für die Durchführung des BEM?	1. Nein = Nur Hinweispflicht in § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX bzgl. Art und Umfang der im konkreten BEM zu verarbeiteten Daten. 2. Das heißt: Wenn keine Zustimmung des ArbN in die Datenverarbeitung im Rahmen des BEM erteilt wird, ist das BEM trotzdem durchzuführen. 3. Ja, ohne Zustimmung in die Datenverarbeitung ist das BEM klar obsolet.								

ANTWORTEN

- Wann wird ein BEM erforderlich: Alle Antworten sind richtig.
- Was unterscheidet das BEM vom Krankenrückkehrgespräch: Antworten 1-3 sind richtig.
- Welche Stellen sind am BEM beteiligt: Antworten 1-8 sind richtig
- Welche sind die häufigsten Fehler bei der Durchführung des BEM: Alle Antworten korrekt.
- Was gilt bei der Einladung zum BEM: Antworten 2 und 3 sind richtig.
- Ist die Zustimmung des ArbN in die Datenverarbeitung der personenbezogenen Daten und Gesundheitsdaten Voraussetzung für die Durchführung des BEM: Antworten 1 und 2 sind richtig.

PROZESSUALE, STRATEGISCHE UND TAKTISCHE FRAGEN

Die Darlegungs- und Beweislast bei der krankheitsbedingten Kündigung

| Bei der krankheitsbedingten Kündigung gilt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Dies ergibt sich aus § 138 Abs. 2 ZPO. Doch welche Punkte bei der Darlegungs- und Beweislast sollten noch beachtet werden? |

Grundsätzlich ist der ArbG für den Kündigungsgrund in vollem Umfang darlegungs- und beweispflichtig. Da dies bei der krankheitsbedingten Kündigung mangels Kenntnis vom Gesundheitszustand nur eingeschränkt möglich ist, gelten hier leicht abgewandelte Regeln.

CHECKLISTE / Die Drei-Stufen-Prüfung bei der krankheitsbedingten Kündigung

Die soziale Rechtfertigung von Kündigungen, die aus Anlass von Krankheiten ausgesprochen werden, ist in drei Stufen zu prüfen. Eine Kündigung ist im Falle einer langanhaltenden Krankheit sozial gerechtfertigt nach § 1 Abs. 2 KSchG, wenn

- eine negative Prognose hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit vorliegt (1. Stufe),
- eine darauf beruhende erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen festzustellen ist (2. Stufe) und
- eine Interessenabwägung ergibt, dass die betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des ArbG führen (3. Stufe).

Grundvoraussetzung: Die negative Gesundheitsprognose

Zunächst ist es Aufgabe des ArbG (negative Gesundheitsprognose),

- neben den krankheitsbedingten Fehlzeiten
- die Tatsachen darzulegen, aus denen sich ergeben soll,
- dass der ArbN noch auf nicht absehbare Zeit krank ist
- oder mit häufigeren Kurzerkrankungen in erheblichem Umfang gerechnet werden muss
- und durch diese zu erwartende Nichtbesetzung des Arbeitsplatzes betriebliche Störungen bzw. wirtschaftliche Belastungen eintreten,
- die für den ArbG unzumutbar sind

Entkräftung durch ArbN möglich

Daraufhin muss der ArbN (prognoseschädliche Tatsachen) darlegen,

- weshalb mit seiner baldigen Genesung
- bzw. warum in Zukunft mit weniger häufigen Erkrankungen zu rechnen ist (z.B. anstehende OP, fortschreitender Heilungsprozess u.a.). Hierbei reicht es häufig, dass der ArbN darlegt, die behandelnden Ärzte hätten seine gesundheitliche Entwicklung positiv beurteilt und eine Entbindung von der Schweigepflicht vorlegt.

Sollten die (ggf. schriftlich) vom Gericht einzuholenden Aussagen der behandelnden Ärzte als sachverständige Zeugen der erkennenden Kammer nicht ausreichen, um eine Prognose zu belegen, kommt die Einholung eines (arbeits-)medizinischen Sachverständigengutachtens in Betracht.

■ Fall aus der Praxis: Wie würden Sie entscheiden?

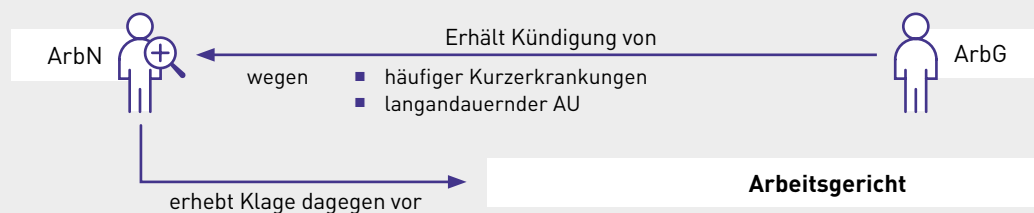
Die 58-jährige ArbN war seit 2008 beim ArbG beschäftigt. 2015 war die Klägerin an 53, 2016 an 38, 2017 an 61 und 2018 an 31 Arbeitstagen krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Am 31.5.18 fand ein Gespräch zum BEM statt, in dem die ArbN berichtete, hinsichtlich vorangegangener Gesundheitsbeschwerden zwischenzeitlich gut medikamentös eingestellt zu sein. Der ArbG kündigte trotzdem das Arbeitsverhältnis krankheitsbedingt. Zu Recht?

Das LAG Berlin-Brandenburg (16.1.20, 20 Sa 1200/19, Abruf-Nr. 249375) verneinte bereits die 1. Stufe (Negativprognose) als nicht hinreichend dargelegt. Denn die von Jahr zu Jahr sinkenden Fehlzeiten hätten eine für die ArbN positive Indizwirkung. Daher wäre es Aufgabe des ArbG gewesen, eine vorliegende negative Gesundheitsprognose darzulegen. Dies hätte etwa durch Einholung eines Sachverständigengutachtens erfolgen können. Dem ArbG sei es daher nicht gelungen eine negative Prognose darzulegen. Die Kündigung war mangels personenbedingten Kündigungsgrundes daher unwirksam.

**Fehlende
negative Prognose
macht die Kündigung
unwirksam**

PRAXISTIPP | Regelmäßig trägt der ArbG für die Umstände, die nach § 1 Abs. 2 KSchG die Kündigung bedingen, die Darlegungs- und Beweislast (§ 1 Abs. 2 S. 4 KSchG). Das gilt auch für das Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit. Ist der ArbG nicht zur Durchführung eines BEM verpflichtet, kann er sich darauf beschränken zu behaupten, für den ArbN bestehe keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit. Diese pauschale Erklärung umfasst den Vortrag, Möglichkeiten zur leidensgerechten Anpassung des Arbeitsplatzes seien nicht gegeben. Der ArbN muss hierauf konkret erwidern, insbesondere darlegen, wie er sich eine Änderung des bisherigen Arbeitsplatzes oder eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, die er trotz seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung ausüben könne. Erst dann ist es Sache des ArbG, hierauf zu erwidern und ggf. darzulegen, warum auch eine solche Beschäftigung nicht möglich ist (BAG 20.11.14, 2 AZR 755/13, Abruf-Nr. 176329; 30.9.10, 2 AZR 88/09). Das Gleiche gilt, wenn der ArbG entsprechend den Vorgaben des § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX ein BEM ordnungsgemäß durchgeführt hat (LAG Hamm 3.11.23, 13 Sa 453/23, Abruf-Nr. 239037).

Die Darlegungs- und Beweislast bei der krankheitsbedingten Kündigung



Arbeitsgericht

3-Stufen-Prüfung der Wirksamkeit krankheitsbedingter Kündigungen

1. Stufe: Neg. Zukunftsprognose der Entwicklung der krankheitsbedingten Fehlzeiten in der Vergangenheit, Problem: rückläufige Fehlzeiten, ausgeheilte Erkrankungen usw.
2. Stufe: Erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen (EFZ-Kosten, insb. der letzten 3 Jahre, Mehrarbeit anderer ArbN, unabsehbare Wiederaufnahme der Arbeit ...)
3. Stufe: Allgemeine Interessenabwägung:
 - Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt?
 - BEM ordnungsgemäß durchgeführt?
 - Fortschritte im Heilungsprozess
 - BEM ordnungsgemäß durchgeführt?
 - betriebliche Ursachen der AU (Arbeitsunfall)

Grafik: IWW Institut

ENTSCHEIDUNG
BAG


**BAG: Auslieferungs-
beleg ist notwendig**

**BAG-Begründung
liefert wichtige
Praxishinweise**

**Zugang von
Willenserklärungen**

KÜNDIGUNGSZUGANG

Zugang, Beweis, Einwurf-Einschreiben: Was ArbG beim Zugang der Kündigung beweisen müssen

von Prof. Dr. Ralf Jahn, Würzburg

Die Beweislast für den Zugang einer Kündigung trägt der ArbG. Aus einem Einwurf-Einschreiben allein folgt noch kein Anscheinsbeweis für den Zugang. Dies entschied Anfang 2025 das BAG (30.1.25, 2 AZR 68/24, Abruf-Nr. 247195). Doch es gibt noch mehr Stolperfallen für den ArbG, die er beim Zugang der Kündigung in der Praxis beachten muss. |

1. Die Entscheidung des BAG im Einzelnen

Die Beweislast für den Zugang einer Kündigung trägt der ArbG, so das BAG. Ein Einwurf-Einschreiben allein reiche nicht aus, um einen Anscheinsbeweis für den Zugang zu führen. Auch der Einlieferungsbeleg und der online abrufbare Sendungsstatus der Post würden nicht beweisen, dass das Kündigungsschreiben tatsächlich in den Briefkasten des ArbN gelangt sei. Vielmehr hätte der ArbG auch den Auslieferungsbeleg vorlegen müssen, was ihm nicht mehr möglich gewesen sei. Es würden konkrete Beweise für den tatsächlichen Einwurf, z. B. durch Zeugen oder eine dokumentierte Zustellung, fehlen.

2. Relevanz für die Praxis

Mit seiner Entscheidungsbegründung klärt das BAG wichtige Fragen zum Zugang von Willenserklärungen im Arbeitsverhältnis, Anscheinsbeweis und zur rechtlichen Bedeutung von Einwurf-Einschreiben. Die Begründung des BAG ist deshalb für eine Vielzahl vergleichbarer Fälle im Arbeitsrecht und damit im Berufsalltag von Personalverantwortlichen praktisch relevant.

Nach ständiger Rechtsprechung geht eine verkörperte Willenserklärung unter Abwesenden im Sinne von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zu, sobald sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. Zum Bereich des Empfängers gehören von ihm vorgehaltene Empfangseinrichtungen wie ein Briefkasten (BAG 20.6.24, 2 AZR 213/23, Abruf-Nr. 243082). Der ArbG trägt für den ihm günstigen Umstand des Zugangs des Kündigungsschreibens die Darlegungs- und Beweislast (BAG 22.8.19, 2 AZR 111/19, Abruf-Nr. 211799).

Bei Kündigungen ist zu beachten, dass eine Kündigung nicht als von Anfang an (also ab dem Datum des Kündigungsschreibens) als „rechtswirksam“ gilt. Die Frist des § 4 S. 1 KSchG beginnt erst ab Zugang der schriftlichen Kündigung zu laufen (BAG 26.4.22, 9 AZR 139/21, Abruf-Nr. 231144; BAG 6.9.12, 2 AZR 858/11, Abruf-Nr. 130899).

PRAXISTIPP | Behauptet der ArbG den Einwurf eines (Kündigungs-)Schreibens in den Empfängerbriefkasten – etwa durch eigenes Personal – , muss er im Bestreitensfall hierfür Beweis anbieten. Hierbei empfiehlt sich zu dokumentieren und von den beteiligten Zeugen unterschreiben zu lassen, dass explizit das Kündigungsschreiben in deren Gegenwart in einen Umschlag (Fenster- oder geschlossener Umschlag) eingetütet worden ist und von wem, an welchem Tag und zu welcher Uhrzeiten in den Empfängerbriefkasten eingeworfen worden ist; noch besser ist, wenn der Briefeinwurf durch ein Handyfoto dokumentiert wird.

Dem Beweispflichtigen kann der Anscheinsbeweis zugutekommen. Der Beweis des ersten Anscheins greift bei typischen Geschehensabläufen ein, also in Fällen, in denen ein bestimmter Sachverhalt feststeht, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs hinweist. „Typisch“ bedeutet dabei nicht, dass die Ursächlichkeit einer Tatsache für den Erfolg bei allen Sachverhalten der Fallgruppe immer vorhanden sein muss; sie muss aber so häufig gegeben sein, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist (BAG 20.6.24, 2 AZR 213/23, Abruf-Nr. 243082; BGH 3.12.24, VI ZR 18/24, Abruf-Nr. 246125).

**Anscheinsbeweis
zugunsten des
Beweispflichtigen**

Der Einlieferungsbeleg eines Einwurf-Einschreibens, aus dem neben dem Datum und der Uhrzeit der Einlieferung die jeweilige Postfiliale und die Sendungsnummer ersichtlich sind, genügt zusammen mit einem im Internet abgefragten Sendungsstatus nicht für einen Beweis des ersten Anscheins, dass ein Schreiben tatsächlich zugegangen ist. Der Einlieferungsbeleg beweist mit Datum und Uhrzeit lediglich, dass eine bestimmte Briefsendung an einem bestimmten Tag und zu einer bestimmten Uhrzeit bei der Post aufgegeben, also abgesendet worden ist; der Einlieferungsbeleg belegt auch nicht den Inhalt der (verschlossenen) Briefsendung.

**Rechtliche Bedeu-
tung von Einwurf-
Einschreiben**

PRAXISTIPP | Der bloße Sendungsstatus lässt weder erkennen, an wen die Zustellung erfolgt sein soll (persönlich an den Empfänger, an eine andere Person in dessen Haushalt oder Einwurf in den Hausbriefkasten), noch zu welcher Uhrzeit, unter welcher Adresse oder zumindest in welchem Zustellbezirk. Würde ein solcher Sendungsstatus, der auch die Person des Zustellers in keiner Weise kenntlich macht, für einen Anscheinsbeweis genügen, hätte der vermeintliche Empfänger der Sendung – anders als bei dem Einwurf eines Schreibens in den Hausbriefkasten durch einen Boten – praktisch keine Möglichkeit, ihn zu erschüttern oder gar einen Gegenbeweis anzutreten. Der Sendungsstatus ist deshalb auch kein Ersatz für den Auslieferungsbeleg.

Der Absender eines Einwurf-Einschreibens kann sich aber bei Vorlage des Einlieferungsbelegs zusammen mit einer Reproduktion des Auslieferungsbelegs auf den Beweis des ersten Anscheins berufen, dass die Sendung durch Einlegen in den Briefkasten bzw. das Postfach zugegangen ist, wenn ein näher beschriebenes Verfahren eingehalten wurde (BGH 11.5.23, V ZR 203/22, Abruf-Nr. 236382; BGH 27.9.16, II ZR 299/15, Abruf-Nr. 190212).

**Anscheinsbeweis
bleibt bei Einwurf-
Einschreiben
möglich**

PRAXISTIPP | Der bloße „Einlieferungsbeleg“ ist für die Frage des Zugangs ohne Bedeutung, da er keinen Nachweis für den Zugang erbringen kann. Die Vorlage des Einlieferungsbelegs eines Einwurf-Einschreibens und die Darstellung seines Sendungsverlaufs begründen ohne die Vorlage einer Reproduktion des „Auslieferungsbelegs“ keinen Anscheinsbeweis für den Zugang beim Empfänger. Es fehlen die Angaben über die Person des den Einwurf bewirkenden Postbediensteten sowie die weiteren Einzelheiten der Zustellung. Auch der bloße Sendungsstatus im Sendungsverlauf begründet keinen Zugangsnachweis.

Nur bei Beleg auch
der Auslieferung ist
Schluss auf Zugang
gerechtfertigt

Das Nachweisverfahren mit Auslieferungsbeleg gilt etwa für das Zustellverfahren der Deutschen Post AG, bei dem die Auslieferung der Sendung durch deren Einwurf in den Briefkasten oder das Postfach des Empfängers erfolgt ist. Unmittelbar vor dem Einwurf wird hierbei das sog. „Peel-off-Label“ (Abziehetikett), das zur Identifizierung der Sendung dient, von dem zustellenden Postangestellten abgezogen und auf einen vorbereiteten, auf die eingeworfene Sendung bezogenen Auslieferungsbeleg aufgeklebt. Auf diesem Beleg bestätigt der Postangestellte nach dem Einwurf mit seiner Unterschrift und der Datumsangabe die Zustellung. Wird dieses Verfahren eingehalten, ist nach der Rechtsprechung der Schluss gerechtfertigt, dass die eingelieferte Sendung tatsächlich in den Briefkasten des Empfängers gelangt ist (BGH 27.9.16, II ZR 299/15, Abruf-Nr. 190212).

PRAXISTIPP | Der auf die eingeworfene Sendung bezogene Auslieferungsbeleg ist der Kern eines rechtssicheren Zugangsnachweises. Auf diesem Beleg bestätigt der Postangestellte nach dem Einwurf mit seiner Unterschrift und der Datumsangabe die Zustellung. Die Deutsche Post AG speichert in der Regel Kopien des Auslieferungsbelegs für eine Dauer von 15 Monaten. Diese Frist war im Streitfall vor dem BAG schon abgelaufen, obwohl dem ArbG in den vorherigen Gerichtsinstanzen – also vor Fristablauf – bekannt war, dass der Zugang des Kündigungsschreibens bestritten war. Deswegen ist in der Praxis gerade auf den Auslieferungsbeleg (neben dem Einlieferungsbeleg mit Sendungsstatus) besonderes Augenmerk zu legen.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT / Wichtige BAG-Entscheidungen zum Thema Kündigungszugang

BAG 20.6.24, 2 AZR 213/23, Abruf-Nr. 243082	Beweiserleichterung bei Kündigungszugang Es besteht ein Beweis des ersten Anscheins, dass Bedienstete der Deutschen Post AG Briefe zu den postüblichen Zeiten zustellen.
BAG 22.8.19, 2 AZR 111/19 Abruf-Nr. 211799	Zugang einer Kündigungserklärung – durch Einwurf in den Hausbriefkasten Früher wurde angenommen, dass der Einwurf eines Kündigungsschreibens in den Briefkasten ab 17:00 Uhr in der Regel eine Zustellung erst am Folgetag bewirkt. Das BAG stellte klar, dass ein solcher Richtwert im Hinblick auf die modernen Arbeitszeiten und Arbeitsmodelle (z.B. Home-Office, Teilzeit) allein nicht zur Bestimmung des Zeitpunkts des Zugangs ausreicht, sondern dass dieser stets anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls geprüft werden muss.
BAG 25.4.18, 2 AZR 493/17, Abruf-Nr. 203034	Zugang des Kündigungsschreibens bei nicht nur vorübergehender Abwesenheit des ArbN Eine Klage ist nicht nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KSchG nachträglich zuzulassen, wenn der ArbN, der sich nicht nur vorübergehend im Ausland aufhält, nicht sicherstellt, dass er zeitnah von einem Kündigungsschreiben Kenntnis erlangt, das in einen von ihm vorgehaltenen Briefkasten im Inland eingeworfen wird.

REDAKTION | Sie haben Fragen oder Anregungen zur Berichterstattung? Schreiben Sie an IWW Institut, Redaktion „AA“

Aspastr. 24, 59394 Nordkirchen

Fax: 02596 922-99, E-Mail: aa@iww.de

Als Fachverlag ist uns individuelle Rechtsberatung nicht gestattet.

ABONNENTENBETREUUNG | Fragen zum Abonnement beantwortet Ihnen der

IWW Institut Kundenservice, Max-Planck-Straße 7/9, 97082 Würzburg

Telefon: 0931 4170-472, Fax: 0931 4170-463, E-Mail: kontakt@iww.de

Bankverbindung: DataM-Services GmbH, Postbank Nürnberg

IBAN: DE80 7601 0085 0007 1398 57, BIC: PBNKDEFFXXX



IHR PLUS IM NETZ | Online – Mobile – Social Media

Online: Unter aa.iww.de finden Sie

- Downloads (Checklisten, Musterformulierungen, Sonderausgaben u.v.m.)
- Archiv (alle Beiträge seit 2005)
- Rechtsquellen (Urteile, Gesetze, Verwaltungsanweisungen u.v.m.)

Vergrößern Sie Ihren Wissensvorsprung: Registrieren Sie sich auf iww.de/registrieren, schalten Sie Ihr Abonnement frei und lesen Sie aktuelle Fachbeiträge früher.

Rufen Sie an, wenn Sie Fragen haben: 0931 4170-472

Mobile: Lesen Sie „AA“ in der myIWW-App für Smartphone/Tablet-PC.

- Appstore (iOS)
- Google play (Android) → Suche: myIWW oder scannen Sie den QR-Code



Social Media: Folgen Sie „AA“ auch auf facebook.com/aa.iww



NEWSLETTER | Abonnieren Sie auch die kostenlosen IWW-Newsletter für Rechtsanwälte auf iww.de/newsletter:

- AA-Newsletter
- IWW kompakt für Rechtsanwälte
- BGH-Leitsatz-Entscheidungen
- BFH-Leitsatz-Entscheidungen



SEMINARE | Nutzen Sie das IWW-Seminarangebot für Ihre Fortbildung: seminare.iww.de

ARBEITSRECHT AKTIV (ISSN 1611-3489)

Herausgeber und Verlag | IWW Institut für Wissen in der Wirtschaft GmbH, Niederlassung: Aspastraße 24, 59394 Nordkirchen, Geschäftsführer: Bernhard Münster, Günter Schürger, Telefon: 02596 922-0, Fax: 02596 922-99, E-Mail: info@iww.de, Internet: iww.de, Sitz: Max-Planck-Straße 7/9, 97082 Würzburg

Redaktion | RA (Syndikus-RA) Michael Bach (Chefredakteur); RA Christian Stake, FA Arbeitsrecht (stellv. Chefredakteur, verantwortlich)

Bezugsbedingungen | Der Informationsdienst erscheint monatlich. Er kostet pro Monat 20,80 EUR einschließlich Versand und Umsatzsteuer. Das Abonnement ist jederzeit zum Monatsende kündbar.

Hinweise | Alle Rechte am Inhalt liegen beim IWW Institut. Nachdruck und jede Form der Wiedergabe auch in anderen Medien sind selbst auszugsweise nur nach schriftlicher Zustimmung des IWW Instituts erlaubt. Der Inhalt des Informationsdienstes ist nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Die Komplexität des Themas und der ständige Wandel der Rechtsmaterie machen es notwendig, Haftung und Gewähr auszuschließen. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit verzichten wir auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d). Dies beinhaltet keine Wertung.

Zitierweise | Beispiele: „Müller, AA 11, 20“ oder „AA 11, 20“

Bildquellen | Titel: Wolfilser - stock.adobe.com; Umschlagseite 2: René Schwerdtel (Stake, Brochtrup)

Druck | H. Rademann GmbH Print + Business Partner, 59348 Lüdinghausen

Zentrale Anlaufstelle für Fragen zur Produktsicherheit | Bernhard Münster, Tel. 02596 922-13, E-Mail: produktsicherheit@iww.de

GOGREEN

Wir versenden klimafreundlich
mit der Deutschen Post

IHR ABO KANN MEHR!

Ohne zusätzliche Kosten.
Jetzt weitere Nutzer freischalten!

**1 Abo =
3 Nutzer**

Holen Sie jetzt alles aus Ihrem Abo raus!

AA Arbeitsrecht aktiv unterstützt Sie optimal im beruflichen Alltag. Aber nutzen Sie in Ihrer Kanzlei auch das ganze Potenzial?

Unser Tipp: Nutzen Sie den Informationsdienst an möglichst vielen Arbeitsplätzen und schalten Sie die digitalen Inhalte für zwei weitere Kollegen frei! Das kostet Sie nichts, denn in Ihrem digitalen Abonnement sind **automatisch drei Nutzer-Lizenzen** enthalten.

Der Vorteil: Ihre Kollegen können selbst nach Informationen und Arbeitshilfen suchen – **und Sie verlieren keine Zeit** mit der Abstimmung und Weitergabe im Team.

Und so einfach geht's: Auf iww.de anmelden, weitere Nutzer eintragen, fertig!

IWW INSTITUT

In Ihrem Abonnement enthalten:
Drei Nutzer-Lizenzen für die digitalen Inhalte

Direkt umsetzbare Empfehlungen, anschauliche Musterfälle, grafische Arbeitsblätter u. v. m. – Ihr Abonnement bietet digital umfangreiche Fachliteratur zu Ihrem Arbeitsgebiet.
Aber nicht nur das: Ihr Abonnement erhält automatisch auch drei Lizenzen für Nutzer in Ihrer Kanzlei/Praxis. Sie können auch Kollegen und Mitarbeiter auf die digitalen Inhalte zugreifen – ganz ohne weitere Kosten.

Hier erfahren Sie, wie es geht.

Schritt 1: Anmeldung

Melden Sie sich mit Ihren Zugangsdaten an unter
■ www.iww.de/anmelden
Sie haben noch kein IWW Konto?
Dann registrieren Sie sich zunächst unter
■ www.iww.de/registerkonto

Anmeldung

Ich bin schon beim IWW Institut registriert.
max.muellermann@kanzlei.de
[Anmelden] [Abbrechen]

Sobald Sie angemeldet sind, finden Sie Ihre derzeit aktiven Abonnements unter
■ [Mein Konto > Meine AA Aktivitäten](#)
oder geben Sie den Link www.iww.de/handlencenter ein.

Mein Konto ▾
[Letzte Aktivitäten]

**Kurzanleitung
herunterladen unter:
www.iww.de/s7219**