

## KÜNDIGUNGSGRÜNDE

### PERSONENBEDINGTE KÜNDIGUNG

Stützt ein Arbeitgeber seine Kündigung auf personenbedingte Gründe, so sind insbesondere folgende Gründe/Umstände in Betracht zu ziehen:

#### **1. Alkoholsucht / Drogensucht**

Die Abgrenzung zwischen einem verhaltensbedingten vorwerfbaren Fehlverhalten beim Alkohol-/Drogengenuss und dem krankhaften Alkoholismus/Drogensucht, also die Erfassung des Moments, in dem die Schwelle zum medizinischen Zustand überschritten wurde, ist äußerst anspruchsvoll.

Grundsätzlich darf der Arbeitgeber davon ausgehen, dass das Trinkverhalten durch den Arbeitnehmer beherrschbar ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt eine Krankheit im medizinischen Sinne erst dann vor, wenn der gewohnheitsmäßige, übermäßige Alkoholgenuss trotz besserer Einsicht nicht aufgegeben oder reduziert werden kann (fehlende Steuerbarkeit). Wesentliches Merkmal dieser Erkrankung ist die physische und psychische Abhängigkeit. Wenn der Arbeitnehmer selbst behauptet, alkoholkrank zu sein und den Arzt von der Schweigepflicht entbindet, sollte in jedem Fall ein Attest angefordert werden. Anhaltspunkte für Alkoholismus sind das Verhalten des Arbeitnehmers selbst sowie Äußerungen und Beobachtungen aus seiner Wohn- und betrieblichen Umgebung.

Wird vor einer Kündigung oder nachträglich im Prozess erkennbar, dass der Arbeitnehmer alkoholkrank war, kommt es darauf an, ob die Kündigungsgründe im Zusammenhang mit der Alkoholerkrankung stehen.

Maßgeblich ist, ob der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (und nicht zum Termin, zu dem das Arbeitsverhältnis möglicherweise gekündigt werden soll) alkoholkrank ist.

Ist dies der Fall, so ist nur eine Kündigung aus personenbedingten (krankheitsbedingten) Gründen möglich, die an andere Voraussetzungen geknüpft ist, als die verhaltensbedingte Kündigung.

So hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zunächst eine Therapie zu ermöglichen (vorher kann keine Gesundheitsprognose gestellt werden), sofern dieser (vor Zugang einer Kündigung) therapiebereit ist. Nur wenn der Arbeitgeber nachweisen

kann, dass es ausgeschlossen ist, dass eine Therapie zur Heilung führt, muss die Entziehungskur nicht vor der Kündigung durchgeführt werden.

Ist ein alkohol-/suchtkranker Arbeitnehmer nicht therapiebereit, kann von der für die krankheitsbedingte Kündigung notwendigen negativen Prognose (keine Heilbarkeit in absehbarer Zeit) bezüglich der weiteren Erfüllung der Arbeitspflicht durch den Arbeitnehmer ausgegangen werden. Mangelnde Therapiebereitschaft kann angenommen werden, wenn der an Alkoholsucht/Drogensucht leidende Arbeitnehmer angibt, er sei nicht krank und bedürfe keiner Behandlung. Besteht die Alkohol-/Drogensucht auch nach absolvierter Therapie fort, liegt eine ausreichende negative Prognose vor. Der Nachweis hierüber dürfte dem Arbeitgeber aber im Allgemeinen nicht gelingen.

Streitig ist, ob ausnahmsweise dann eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht kommt, wenn die Pflichtverletzung zwar auf der Alkoholabhängigkeit beruht, dem Arbeitnehmer aber der Vorwurf zu machen ist, er habe seine Alkoholabhängigkeit schuldhaft herbeigeführt, weil er z.B. einen Rückfall zu vertreten habe.

Grundsätzlich kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Arbeitnehmer seine Alkoholabhängigkeit selbst verschuldet hat, da die Krankheit meist aufgrund eines Ursachenbündels hervorgerufen wird, dessen einzelne Komponenten vom Süchtigen häufig selbst nicht erkannt werden. Das Gleiche kann auch bei einem Rückfall nach erfolgreich abgeschlossener Therapie gelten. Entscheidend ist hier die Frage nach dem Grund des Rückfalls im Einzelfall.

Besteht zwischen der Pflichtwidrigkeit und der Alkoholabhängigkeit kein Zusammenhang, kann verhaltensbedingt gekündigt werden. Schließlich kann auch ein nüchterner Alkoholiker schuldhaft handeln.

In der Regel wird der Arbeitnehmer (vor einer Kündigung) bestreiten, alkoholkrank zu sein. Dann kann der Arbeitgeber mangels anderer Kenntnis davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer nicht alkoholkrank ist. Damit kann er Pflichtverstöße abmahnen und gegebenenfalls verhaltensbedingt kündigen.

Der Arbeitnehmer ist außerhalb eines Prozesses nicht verpflichtet, bei der Ermittlung der Gründe seiner Alkoholerkrankung mitzuwirken. Im Kündigungsschutzprozess ist der Arbeitnehmer allerdings zur Mitwirkung verpflichtet. Entspricht der Arbeitnehmer hier seiner Mitwirkungspflicht nicht, geht dies zu seinen Lasten.

Will sich der Arbeitgeber auf eine krankheitsbedingte Kündigung stützen, muss der Betriebsrat nach § 102 BetrVG ordnungsgemäß auch zur Kündigung wegen Alkoholerkrankung angehört werden, soll sie nicht schon wegen nicht ordnungsgemäßer Betriebsratsanhörung scheitern.

Vorsorglich doppelte Betriebsratsanhörung

Wenn nicht mit der nötigen Sicherheit zu klären ist, ob der Arbeitnehmer alkoholkrank ist, sollte der Arbeitgeber nach Abmahnung den Betriebsrat zur Kündigung wegen Alkoholmissbrauchs und vorsorglich zur Kündigung wegen der infolge der Alkoholkrankheit eingetretenen nicht hinzunehmenden betrieblichen Beeinträchtigungen anhören.

Nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats zu beiden Kündigungsgründen kann sodann eine verhaltensbedingte Kündigung sowie vorsorglich eine personenbedingte (krankheitsbedingte) Kündigung ausgesprochen werden.

## 2. Alter

Der Arbeitsvertrag endet nicht automatisch dann, wenn der Arbeitnehmer die für ihn maßgebliche gesetzliche Regelaltersgrenze erreicht hat. Das Erreichen des Rentenalters allein ist auch kein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund für eine Kündigung. Gleiches gilt für die Möglichkeit, Altersteilzeit in Anspruch nehmen zu können.

Fehlt bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis eine vertragliche Altersbegrenzung, kann nach vereinzelter Ansicht – unter Beachtung der dafür vorgesehenen gesetzlichen Beschränkungen des KSchG – eine Kündigung aus betriebsbedingten Gründen gerechtfertigt sein, wenn im Betrieb ein vernünftiger Altersaufbau erforderlich ist. Vor dem Hintergrund des europarechtlichen allgemeinen Grundsatzes der Nicht-Diskriminierung wegen des Alters, konkretisiert in der Richtlinie 2000/78 v. 27.11.2000, ist diese Ansicht allerdings äußerst fragwürdig.

Eine personenbedingte Kündigung kann aber dann angedacht werden, wenn sich altersbedingte Eignungs- und Leistungsmängel häufen, die einer Erbringung der Arbeitsleistung vollständig entgegenstehen oder zumindest eine überdurchschnittlichen Reduktion der Leistungsfähigkeit verursacht haben.

## 3. Arbeitsberechtigung

Wenn die Arbeitserlaubnis eines Arbeitnehmers erlischt (bzw. des Aufenthaltstitels mit der entsprechenden Berechtigung, einer entgeltlichen Tätigkeit nachzugehen) führt dies nicht automatisch zur Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses, sondern zu

einem Beschäftigungsverbot. Dieses ist wiederum an sich als personenbedingter Kündigungsgrund geeignet, auch wenn noch nicht rechtskräftig über die Erteilung des Aufenthaltstitels mit Arbeitsberechtigung geurteilt wurde. Wurde der Aufenthaltstitel rechtskräftig versagt, besteht ein dauerhaftes Beschäftigungsverbot, weshalb dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung (rechtlich) dauernd unmöglich ist. Folglich ist hier eine ordentliche personenbedingte Kündigung begründet, ohne dass noch eine ausdrückliche Darlegung der Beeinträchtigung betrieblicher Interessen erforderlich ist.

Ist das Urteil über die Arbeitserlaubnis noch nicht rechtskräftig, ist unklar, ob und gegebenenfalls wann der Arbeitnehmer zur Leistung der Dienste in der Lage sein wird. Der Arbeitgeber muss dann versuchen, den Ausfall entweder durch bereits beschäftigte Arbeitnehmer oder durch Einstellung einer Aushilfskraft zu kompensieren. War im Zeitpunkt des Kündigungszugangs nicht absehbar, wann entschieden wird, und hat der Arbeitgeber keine Möglichkeit der Überbrückung, kann personenbedingt gekündigt werden.

## 4. Arbeitsunfall

Der Arbeitgeber ist verpflichtet im Fall eines durch Arbeitsunfall eingeschränkten Arbeitnehmers einen freien Platz u. U. auch durch Versetzung eines anderen Arbeitnehmers durch Ausübung des Direktionsrechts zu schaffen.

Der Arbeitgeber hat sich auch um die evtl. erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zu bemühen. Zu einer weitergehenden Umorganisation oder zur Durchführung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG ist der Arbeitgeber allerdings nicht verpflichtet. Ist der Arbeitnehmer nicht mehr in der Lage, vollschichtig zu arbeiten, muss der Arbeitgeber versuchen, einen entsprechenden (Teilzeit-)Arbeitsplatz zu schaffen.

Diese strengen Maßstäbe sind auch bei der Interessenabwägung anzulegen. Vom Arbeitgeber wird verlangt, bei einem durch Arbeitsunfall beeinträchtigten Arbeitnehmer mehr hinzunehmen als bei einem ohne Arbeitsunfall beeinträchtigten Arbeitnehmer. Dies gilt natürlich ganz besonders, wenn den Arbeitgeber am Unfall ein Verschulden trifft.

## 5. Berufskrankheit

Auch hier werden besonders strenge Maßstäbe angewendet. Erschwerend kommt ein Verschulden des Arbeitgebers hinzu. Im Übrigen gelten die Grundsätze der krankheitsbedingten Kündigung.

## 6. Druckkündigung

Von einer Druckkündigung ist auszugehen, wenn die Entlassung des Arbeitnehmers von anderen, meist von Arbeitskollegen, verlangt wird. Oft ist der Grund dieser Forderung ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers (z.B. autoritärer Führungsstil) oder eine besondere Eigenschaft des Arbeitnehmers (z.B. HIV-Infektion, Homosexualität, Körpergerüche).

Bereits auf der Rechtsebene ist streitig, ob es sich bei Gründen für eine Druckkündigung um einen verhaltens- oder personenbedingten oder sogar um einen betriebsbedingten Kündigungsgrund handelt. Zudem wird die Qualifizierung auch vom jeweiligen konkreten Einzelfall abhängen.

Die Besonderheit der Druckkündigung liegt darin, dass das von den Dritten beanstandete Verhalten oder die gerügte unerträgliche Eigenschaft keine ausreichenden Kündigungsgründe für den Arbeitgeber sind. Indem die Dritten aber dem Arbeitgeber gegenüber Nachteile bei Untätigkeit gegenüber dem Arbeitnehmer ankündigen (Eigenkündigung durch Schlüsselarbeitnehmer, Arbeitsniederlegung der Belegschaft, Nichtvergabe eines Auftrags durch den Kunden), sieht sich der Arbeitgeber zur Kündigung gezwungen. Die Rechtsprechung fordert, dass sich der Arbeitgeber zunächst schützend vor den Arbeitnehmer stellt, sofern kein Kündigungsgrund vorhanden ist. Er muss sodann versuchen, die Belegschaft bzw. den Kunden von der Unangemessenheit ihres Verlangens zu überzeugen. Gelingt dies jedoch nicht, hat er primär anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten zu suchen (Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz, örtliche Separierung des Arbeitnehmers von den druckausübenden Dritten etc.). Auch von dem betroffenen Arbeitnehmer kann dabei abverlangt werden, Nachteile in Kauf zu nehmen. Ausschließlich für den Fall, dass dies nicht hilft und vor allem die anderen Arbeitnehmer ernsthaft mit einer Eigenkündigung bzw. Kunden mit dem Auftragsentzug drohen, kann die Druckkündigung gerechtfertigt sein. Hat der Arbeitgeber die Drucksituation allerdings selbst verschuldet, fehlt die Rechtfertigung für eine Kündigung. Dies könnte man beispielsweise dann annehmen, wenn der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmer gerade wegen seines autoritären Verhaltens eingestellt und den Mitarbeitern vorgesetzt hat.

Eine Druckkündigung kann sich auch als betriebsbedingte Kündigung darstellen. Dies nimmt das BAG z.B. dann an, wenn der Insolvenzverwalter auf Verlangen einer Bank einem Arbeitnehmer kündigt, weil die Bank ansonsten die Verlustübernahmeerklärung nicht abgibt, die für die Fortführung des Betriebs notwendig ist.

## **7. Ehrenamt/Politische Aktivität**

Die ehrenamtliche Betätigung in Vereinen mit religiöser, künstlerischer, karikativer oder sportlicher Zielsetzung kann eine personenbedingte Kündigung grundsätzlich nicht begründen.

Gleches gilt für die politische Betätigung des Arbeitnehmers. Zudem werden Parlamentarier nach Art. 48 Abs. 2 GG und Bundes- bzw. Landesgesetzen besonders gegen Kündigungen geschützt. Werden jedoch aufgrund der politischen Betätigung Zweifel an der Einstellung des Arbeitnehmers zum freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaat hervorgerufen, können z.B. Zweifel an der Eignung zum Lehrerberuf vorliegen. Denn es ist gerade die Aufgabe eines Lehrers, den Schülern den freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaat zu vermitteln. Bestehen beim Lehrer innere Vorbehalte, wird die Überzeugungskraft als Vorbild geschwächt und die Eignung zum Lehrerberuf kann beeinträchtigt sein.

## **8. Fehlende oder mangelhafte Eignung**

Die fehlende oder mangelhafte physische oder psychische Eignung stellt den klassischen personenbedingten Kündigungsgrund dar. Sie ist der Oberbegriff, vereinigt deshalb die einzeln aufgeführten Kündigungsgründe in sich und fängt die nicht im Einzelnen genannten personenbedingten Kündigungsgründe auf.

Die fehlende oder mangelhafte Eignung kann subjektiver oder objektiver Natur sein. Objektive Mängel liegen vor, wenn außerhalb der Persönlichkeit des Arbeitnehmers liegende, zur Verrichtung der Arbeit erforderliche Voraussetzungen fehlen. Ein subjektiver Mangel liegt vor, wenn dem Arbeitnehmer Eigenschaften fehlen, die er nach dem vertragsgemäßen Anforderungsprofil haben müsste.

Der objektive Mangel meint eine mangelnde fachliche Qualifikation.

Beispiele für eine mangelnde fachliche Qualifikation insbesondere:

- Fehlen der erforderlichen beruflichen Qualifikationsnachweise
- Nichtbestehen notwendiger Prüfungen
- mangelhafte Kenntnisse, Fähigkeiten oder Fertigkeiten im erlernten oder ausgeübten Beruf
- Immatrikulation als Student für eine Tätigkeit als studentische Hilfskraft, etc.

Der subjektive Mangel meint eine persönliche Ungeeignetheit.

Beispiele für eine persönliche Ungeeignetheit u.a.:

- gesundheitliche Probleme
- körperliche Schwächen

- charakterliche Mängel
- Leistungsstörung
- geistige Schwächen, etc.

Fehlende oder mangelnde Eignung liegen vor allem dann vor, wenn dem Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf sein Verschulden objektive Voraussetzungen oder subjektive Eigenschaften fehlen, die für eine ordnungsgemäße Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung notwendig sind. Fehlt die Eignung, besteht ein absolut vertragswidriger Zustand, ist die Eignung mangelhaft, besteht ein relativ vertragswidriger Zustand.

Besonders im öffentlichen Dienst kann sich diese fehlende geistige oder charakterliche Eignung auch aus gerechtfertigten Zweifeln an der Verfassungstreue des Arbeitnehmers wegen etwaiger Sicherheitsbedenken ergeben. In der Privatwirtschaft beziehen sich derartige "Sicherheitsbedenken" auf die Gefährdung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

Beispiele für eine fehlende Eignung sind:

- Ein Arbeitnehmer, der Verfügungsgewalt über erhebliche Geldmengen hat, ist spielsüchtig.
- Ein für den Transport eingestellter Arbeitnehmer kann wegen eines Wirbelsäulenschadens nur noch Gewichte bis 5 kg heben.
- Die Fließbandarbeiterin kann nicht mehr längere Zeit stehen.

In allen Fällen liegt eine persönliche Ungeeignetheit vor.

Diese Eignungsmängel können dann verschiedene Auswirkungen haben, z.B.:

- geschuldete Arbeitsleistung kann gar nicht erbracht werden,
- Arbeitsleistung kann nicht über die vereinbarte Zeit erbracht werden,
- Arbeitsleistung kann nur zu geringerer oder mit minderer Qualität erbracht werden.

Herausfordernd ist die Beantwortung der Frage, welches Ausmaß dieser so genannten Äquivalenzstörungen der Arbeitgeber noch zu akzeptieren/ertragen hat.

Bei objektiven Eignungsmängeln wird in der Regel die Kündigung eher gerechtfertigt sein. Bei subjektiven Eignungsmängeln ist zunächst festzustellen, ob die vertragliche Hauptpflicht (= Arbeitspflicht) nicht oder mit minderer Qualität erbracht wurde oder die Störung (gar nur) bei den Nebenpflichten (z. B. Verletzung von Mitteilungspflichten) liegt.

Die vorliegenden und auch in Zukunft zu erwartenden Leistungsstörungen müssen einen erheblichen Umfang haben, um eine personenbedingte Kündigung

rechtfertigen zu können. Auch muss berücksichtigt werden, dass die Leistungsfähigkeit von Arbeitnehmern naturgemäß unterschiedlich ausfällt.

Erforderlich ist zudem eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen.

Es ist hier festzustellen, ob der Vergütungszahlung durch den Arbeitgeber noch eine an wirtschaftlichen und arbeitswissenschaftlichen Grundsätzen orientierte adäquate Arbeitsleistung gegenübersteht. Nach Meinung des BAG kommt es darauf an, ob die Arbeitsleistung die berechtigte Erwartung des Arbeitgebers von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen in einem Maße unterschreitet, dass ihm ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar ist.

Bei einer teilweisen Leistungsminderung bezeichnete das BAG eine 30 %ige Leistungsminderung als jedenfalls kündigungsrelevant. In der Regel genügt für eine Kündigung, wenn der Arbeitnehmer über einen Zeitraum von 4 Jahren ca. 25 % der geforderten Leistung nicht erbrachte.

Bei körperlicher oder gesundheitlicher Ungeeignetheit finden die Grundsätze der krankheitsbedingten Kündigung Anwendung, wenn es sich um einen Zustand von Dauer oder einen solchen auf unbestimmte Zeit handelt oder der Arbeitnehmer seine Leistungsmängel nicht mehr steuern kann.

Die Unterscheidung, ob eine mangelnde oder fehlende Eignung oder eine krankheitsbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit vorliegt, lässt sich wie folgt vornehmen:

Fälle mangelnder Eignung liegen vor, wenn dem Arbeitnehmer objektive Voraussetzungen oder subjektive Eigenschaften fehlen, die für eine ordnungsgemäße Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung erforderlich sind.

Mangelnde Leistungsfähigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer aufgrund persönlicher Eigenschaften nicht in der Lage ist, die Leistung eines vergleichbaren durchschnittlichen Arbeitnehmers zu gewährleisten. Im Arbeitsalltag besteht für den Arbeitgeber die Schwierigkeit, dass er nicht in den Arbeitnehmer "hineinschauen" kann, um zu beurteilen, was der Grund für dessen Minderleistung ist. Kommt nämlich heraus, dass der Arbeitnehmer durchaus geeignet für die Tätigkeit ist und auch in ausreichendem Umfang und erforderlicher Qualität die Leistung erbringen könnte, liegt der Grund für die Minderleistung folglich in seinem Verhalten, kommt allein eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht.

## Ermittlung des Grundes der Minderleistung:

Der Arbeitgeber sollte bei Zweifeln über mangelnde Eignung oder krankheitsbedingte Leistungsunfähigkeit eines Mitarbeiters, diesen in einem Personalgespräch konkret auf das Problem ansprechen und nach dem Grund fragen. Deutet der Mitarbeiter dann eine mangelnde Eignung oder mangelnde Leistungsfähigkeit an, sollten dem Arbeitnehmer geeignete Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen angeboten werden. Lehnt dies der Arbeitnehmer ab oder bleibt die Schulung fruchtlos, ist dies im Rahmen der Interessenabwägung für die Kündigung zugunsten des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Deutet der Arbeitnehmer dagegen seine Leistungsunwilligkeit an, kommt eine Abmahnung in Betracht, ggf. auch erst nach einer weiteren Beobachtungsphase. Bleibt trotz Personalgesprächs die Ursache unklar, sollte vorsorglich abgemahnt werden, auch auf die Gefahr hin, dass die Abmahnung unberechtigt ist.

Die Rechtsprechung gewährt dem Arbeitgeber eine vereinfachte Darlegungs- und Beweislast bei Leistungen, die gegenüber dem Durchschnitt vergleichbarer Mitarbeiter um mindestens ein Drittel niedriger sind.

Der Arbeitgeber genügt bereits dann seiner Darlegungspflicht, wenn er Fakten vorträgt, aus denen sich ergibt, dass die Leistungen des Arbeitnehmers mehr als ein Drittel hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben. Dann ist es Sache des Arbeitnehmers, hierauf zu entgegnen, also z.B. darzulegen, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpft. Kann/will der Arbeitnehmer derartige Umstände nicht vortragen, gilt das schlüssige Vorbringen des Arbeitgebers als zugestanden. Es kann dann davon ausgegangen werden, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht voll ausschöpft.

Gibt der Arbeitnehmer Entschuldigungsgründe an, ist es wiederum Sache des Arbeitgebers, diese Gründe zu entkräften.

Das BAG lässt die vereinfachte Darlegungs- und Beweislast auch bei qualitativen Leistungsmängeln zu, z.B. wenn die Fehlerquote des Arbeitnehmers dreimal so hoch wie beim Durchschnitt der vergleichbaren Mitarbeiter ist.

## Messbarkeit der Minderleistung:

Bei wenigen Tätigkeiten ist die Leistung von Arbeitnehmern vollständig mess- und vergleichbar. Im gewerblichen Bereich können teilweise produzierte oder transportierte Stückzahlen pro Zeiteinheit festgehalten und verglichen werden. Bei intellektuellen Tätigkeiten fällt eine Messbarkeit in der Regel aus. Hier kann es aber

helfen, den Arbeitnehmern bestimmte Aufgaben und Ziele mit konkretem Zeitrahmen zu benennen oder sogar zu vereinbaren und sie anschließend daran zu beurteilen.

## 9. Freiheitsstrafe/Straftat

Verbüßt ein Arbeitnehmer eine Freiheitsstrafe, so kann die aufgrund dessen eingetretene Arbeitsunfähigkeit einen personenbedingten Kündigungsgrund darstellen.

Bei Straftaten im Arbeitsverhältnis, d. h. während Ausübung der vertraglich vorgesehenen Tätigkeit, wird in der Regel eine verhaltensbedingte Kündigung (ggf. fristlose Kündigung) auszusprechen sein.

Wurde die Straftat vom Arbeitnehmer außerdienstlich privat begangen, stellt sie selbst, ohne dass noch weitere Umstände hinzukommen, nur dann einen personenbedingten Kündigungsgrund dar, wenn sich aus ihr die fehlende Eignung des Arbeitnehmers für den konkret ausgeübten Beruf ergibt (z.B.: der Bankkassierer wird wegen Betrugsdelikten im privaten Bereich verurteilt; der Lehrer wegen privater Kindesmisshandlung; Diebstahl zulasten einer Konzernschwester des Arbeitgebers, etc.).

Im öffentlichen Dienst ist zu beachten, dass außerdienstliche Vorgänge Einfluss auf die dienstliche Verwendbarkeit haben können, da das Verhalten eines Arbeitnehmers in der Öffentlichkeit an einem strengerem Maßstab gemessen wird als in der Privatwirtschaft. Führt das außerdienstliche strafwürdige Verhalten nicht zur Anklageerhebung, kann es bei Bezug zum Arbeitsverhältnis dennoch als personenbedingter Kündigungsgrund herangezogen werden (Bsp.: ein Lehrer pflegt sitzenwidrigen Umgang mit Schülern in der Freizeit).

Fehlt der Bezug zur Eignung für die vertragliche Tätigkeit, ist nicht die Straftat, sondern die Arbeitsverhinderung aufgrund der Freiheitsstrafe ein personenbedingter Kündigungsgrund.

Entscheidend sind dann die Dauer des Ausfalls und die daraus resultierenden negativen betrieblichen Auswirkungen. Das BAG mutet bei einer Strafhaft dem Arbeitgeber geringere Belastungen zu. Bei einer noch zu verbüßenden **Haft von 2 Jahren** kann dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, Überbrückungsmaßnahmen vorzunehmen und von einer unbefristeten Neubesetzung der Stelle abzusehen. Der Arbeitgeber kann gehalten sein vor Ausspruch einer Kündigung, bei der Erlangung des Freigängerstatus mitzuwirken (Fürsorgepflicht), um Störungen des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden.

Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber über die Umstände der Straftat, des Strafverfahrens und der Haft voll umfänglich informiert. Eine solche Mitwirkung des Arbeitgebers ist in der Regel dann nicht erforderlich, wenn trotz Bewilligung des Freigangs weitere Störungen des Arbeitsverhältnisses zu befürchten sind.

## **10. HIV-Infektion, Langzeiterkrankungen und häufige Kurzerkrankungen**

Die Kündigung aidserkrankter/chronisch kranker Arbeitnehmer richtet sich nach den Grundsätzen der krankheitsbedingten Kündigung.

Die Prüfung, ob eine Kündigung zulässig ist, ist in drei Stufen (1. negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes; 2. erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen; 3. Interessenabwägung) vorzunehmen.

Eine Kündigung ist dann berechtigt, wenn der Arbeitnehmer krankheitsbedingt häufig kurz oder über längere Zeiträume fehlt oder seine Leistung krankheitsbedingt gemindert oder völlig ausgeschlossen ist.

10.1 Die Frage, ob eine HIV-Infektion (ohne dass die Krankheit ausgebrochen ist) einen personenbedingten Kündigungsgrund darstellen kann, wird man grundsätzlich verneinen müssen, es sei denn, aus der Tätigkeit des Arbeitnehmers ergibt sich eine Gefahr der Infektion anderer Arbeitnehmer oder Dritter (z.B. HIV-infizierte Krankenschwester). Vor der Kündigung ist dann jedoch noch zu prüfen, ob eine Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz ohne Infektionsgefahr für andere besteht (z.B. Einsatz der HIV-infizierten Krankenschwester in der Krankenhausverwaltung).

Im Rahmen einer Probezeitkündigung hat das BAG geurteilt, dass eine Kündigung wegen einer symptomlosen HIV-Infektion eine Diskriminierung wegen einer Behinderung i.S.d. § 1 AGG darstellt und folglich nach § 134 BGB unwirksam ist.

10.2 Langzeiterkrankte Arbeitnehmer:

Besteht eine Arbeitsunfähigkeit auf längere Zeit, muss der Arbeitgeber den Betriebsrat entweder über eine ihm bekannte Krankheitsursache oder die seiner Negativprognose zugrunde liegenden Fakten informieren. Darüber hinaus muss er die erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen darlegen, welche ihn zum Ausspruch der Kündigung bewegen (bspw. unbefristete Einstellung einer Ersatzkraft) oder dass in absehbarer Zeit nicht mit einer günstigeren Prognose zu

rechnen ist (BAG, 12.04.2002 – 2 AZR 148/01, NJW 2002, 3271; BAG, 29.04.1999, NZA 1999, 978).

Wenn ein Langzeiterkrankter z.B. nach 18 Monaten Arbeitsunfähigkeit seine Kündigung bekommt, dann ist die Kündigung trotzdem unwirksam, wenn die Negativprognose nicht vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer behauptet und unter Beweis stellt, dass er im nächsten Monat wieder voll einsatzfähig gewesen wäre, z.B. weil er eine Operation hat durchführen lassen und jetzt wieder voll einsatzfähig und belastbar ist.

Der Arbeitgeber kündigt in der Regel, ohne zu wissen, welche Erkrankung der Arbeitnehmer erlitten hat. Nach einer Arbeitsunfähigkeit von 18 Monaten jedoch ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Gericht mitzuteilen, welche Beeinträchtigungen er hat, an was er erkrankt ist, so dass das Gericht nachprüfen kann, ob denn in absehbarer Zeit wieder mit einer Aufnahme der Arbeitstätigkeit gerechnet werden kann. Kann von einer Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit ausgegangen werden, ist die Negativprognose nicht erfüllt und die Kündigung folglich unwirksam. Liegt auf unabsehbare Zeit weiter Arbeitsunfähigkeit vor, ist die Negativprognose erfüllt und damit der erste Punkt der Prüfungsreihenfolge auch. Hier kommt es also auf die Prüfungen und Ergebnisse des gerichtlich bestellten Sachverständigen an.

### 10.3 Kurzzeit-Erkrankungen des Arbeitnehmers:

Bei der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen muss differenziert werden:

Kennt der Arbeitgeber die Krankheitsursachen nicht, genügt es, wenn er sich darauf beschränkt, die in der Vergangenheit aufgetretenen Fehlzeiten darzustellen.

Hat der Arbeitgeber hingegen Kenntnis über die Krankheitsursache, muss er auch diese dem Betriebsrat mitteilen. Er muss ferner den Betriebsrat über die Ausfallzeiten nach den einzelnen Jahreszeiträumen aufgeschlüsselt informieren, damit sich der Betriebsrat über die Häufigkeit der Erkrankungen im Jahresverlauf ein eigenes Bild machen kann. Zudem muss der Arbeitgeber die für ihn entscheidende erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen darlegen. Diese können entweder wirtschaftliche Gründe haben, bspw. die Kosten der Lohnfortzahlung, oder betriebliche Auswirkungen, wie etwa Vertretungsbedarf.

Von häufigen Kurzerkrankungen, die zum Ausspruch einer Kündigung führen können, spricht man in der Regel dann, wenn der Arbeitnehmer ca. 60 Arbeitstage im Jahr im Schnitt in den letzten drei Jahren arbeitsunfähig erkrankt war. Ist der Arbeitnehmer noch nicht so lange im Betrieb kann ein kürzerer Zeitraum

herangezogen werden. Ist diese Ausfallzeit erreicht, kann ein Arbeitgeber kündigen. Er hat erst einmal einen personenbedingten Kündigungsgrund.

Der Arbeitgeber muss aber auch nachweisen, dass der Arbeitnehmer nicht nur in der Vergangenheit derart häufig krank war, sondern, dass der Arbeitnehmer auch in Zukunft entsprechend häufig krank sein wird, so genannte Negativprognose.

Nur wenn dieser Nachweis gelingt, wird die personenbedingte Kündigung – wenn auch alle anderen Voraussetzungen erfüllt sind – wirksam sein. Dass der Arbeitnehmer auch in Zukunft entsprechend häufig erkranken wird, ist die so genannte Negativprognose, die der Arbeitgeber anstellen und die das Gericht überprüfen muss, meist unter Zuhilfenahme eines gerichtlich bestellten Sachverständigen.

## 11. Untersuchungshaft

Grundlage für eine Kündigung kann auch die bloße Erwartung sein, der Arbeitnehmer werde für längere Zeit an der Erbringung seiner Arbeitsleistung gehindert sein. Eine für lange Zeit erwartete Untersuchungshaft kann folglich einen personenbedingten Kündigungsgrund darstellen.

Maßgeblich sind die Dauer des Ausfalls und die daraus resultierenden negativen betrieblichen Auswirkungen.

Auf ein Verschulden des Arbeitnehmers kommt es beim Kündigungsgrund selbst nicht an, dieses Kriterium ist aber dann bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Zwar setzt die Anordnung der Untersuchungshaft einen dringenden Tatverdacht voraus und wird bei leichteren Straftaten nicht erfolgen. Dennoch ist nicht ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer unschuldig ist.

Da aber der Kündigungsgrund nicht der Vorwurf der Straftat, sondern der Ausfall des Mitarbeiters ist, kommt es hierauf eben allenfalls bei der Interessenabwägung an. An eine Kündigung wird der Arbeitgeber dann denken können, wenn die Untersuchungshaft bereits längere Zeit andauert (z. B. 4 Monate) und mit ihrer alsbaldigen Beendigung auch nicht gerechnet werden kann.

## 12. Führerschein-/Fahrerlaubnisentzug

Der Entzug der Fahrerlaubnis stellt bei Arbeitnehmern, die ohne Führerschein die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung nicht erbringen können, einen personenbedingten Kündigungsgrund dar.

# INFO

Die Kündigung ist dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer nicht auf einem anderen (freien) Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann und andere Überbrückungsmaßnahmen nicht zumutbar sind.

Ist die Fahrtätigkeit nicht Hauptpflicht (wie beim Kraftfahrer), sondern nur Voraussetzung, um zum Ort der Arbeitsleistung zu gelangen (Außendienstmitarbeiter), könnte der Arbeitnehmer zur Vermeidung einer arbeitgeberseitigen Kündigung dem Arbeitgeber anbieten, dass er mit öffentlichen Verkehrsmitteln tätig werden oder auf eigene Kosten einen Fahrer einsetzen könne. Im ersten Fall kommt es auf die Realisierbarkeit an. Ein milderes Mittel als die Kündigung liegt zweifellos vor. Auf das Angebot, sich durch einen fremden Fahrer auf eigene Kosten fahren zu lassen, wird der Arbeitgeber im Hinblick auf die Haftungsrisiken zumindest dann nicht eingehen müssen, wenn der Dritte das Firmen-Kfz benutzen soll.

Wird die Fahrerlaubnis nur vorläufig entzogen, werden dem Arbeitgeber bis zur endgültigen Entscheidung Überbrückungsmaßnahmen eher zugemutet werden können.

Eine fristlose Kündigung bedarf, abgesehen von der zweiwöchigen Ausschlussfrist in § 626 Abs. 2 BGB, eines wichtigen Grundes, der so wichtig ist, dass nicht einmal die Einhaltung einer ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist. Hier muss der Arbeitgeber zunächst prüfen, ob zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zugewartet und dem Arbeitnehmer eine andere Arbeit zugewieilt werden kann.

Der Entzug einer betrieblichen Fahrerlaubnis ist nicht mit dem Entzug der allgemeinen Fahrerlaubnis gleichzusetzen. Da der Arbeitgeber willkürlich die betriebliche Fahrerlaubnis entziehen könnte, würde er hierdurch eigene Kündigungsgründe schaffen. Um überhaupt als personenbedingter Kündigungsgrund anerkannt werden zu können, muss der Arbeitgeber eine klare Rechtslage schaffen, indem er abstrakte Regelungen definiert, unter denen einem Arbeitnehmer die betriebliche Fahrerlaubnis entzogen werden kann.