

Teil 1: Einleitung

Über kein anderes Thema wird im Arbeitsrecht so viel gestritten wie über die Wirksamkeit von arbeitgeberseitigen Kündigungen.¹ Aufgrund der Tatsache, dass die Krankenstände von Arbeitnehmern bis vor wenigen Jahren kontinuierlich angestiegen sind und derzeit auf diesem hohen Stand verharren,² weist die krankheitsbedingte Kündigung eine große Bedeutung sowohl in der betrieblichen als auch in der arbeitsgerichtlichen Praxis auf.

Da der Arbeitnehmer mit der aus dem Arbeitsverhältnis erzielten Vergütung seinen Lebensunterhalt bestreitet und der Arbeitsplatz damit regelmäßig seine Existenzgrundlage darstellt,³ erfährt das Arbeitsverhältnis durch das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) einen besonderen Schutz.⁴ Eine Kündigung, die dem Anwendungsbereich des KSchG unterfällt, muss demnach sozial gerechtfertigt sein, anderenfalls ist sie unwirksam (vgl. § 1 Abs. 1 KSchG).

Die Rechtsprechung stellt seit jeher hohe Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung,⁵ was zum einen damit begründet wird, dass der Arbeitnehmer schon aufgrund seiner Erkrankung nicht in der Lage ist, seine Arbeitsleistung bei einem anderen Arbeitgeber anzubieten, womit sich eine derartige Kündigung gravierend auf sein Leben auswirkt.⁶ Zum anderen wird dafür als Grund angeführt, dass den Arbeitnehmer daran, anders als bei einer verhaltensbedingten Kündigung, kein Verschulden trifft.⁷

Eine krankheitsbedingte Kündigung ist insbesondere dann nicht sozial gerechtfertigt und unwirksam, wenn die Möglichkeit bestanden hat, den Arbeitnehmer anderweitig zu beschäftigen. Dies hat das BAG bereits 1954, im Jahr seiner Errichtung,⁸ entschieden.⁹ Diesen sogenannten „Vorrang der Weiterbeschäftigung vor der (Beendigungs-) Kündigung“¹⁰ begründet das BAG seit seiner Grundsatzentscheidung vom 30.05.1978¹¹ mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Im Verlauf der Jahre weitete das BAG in zahlreichen

¹ Preis, S. 1; Wank, RdA 1987, 129, 130.

² Vgl. dazu Teil 2 A (S. 5 f.).

³ APS/Vossen, § 1 KSchG Rn. 66.

⁴ BAG, Urt. v. 19.08.1976, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 12.07.1995, AP Nr. 7 zu § 626 BGB Krankheit; BAG, Urt. v. 10.03.1977, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG, Urt. v. 19.08.1976, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG, Urt. v. 05.08.1976, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

⁶ Vgl. zu den bei einer krankheitsbedingten Kündigung bestehenden Interessenlagen Teil 3 B (S. 16 ff.).

⁷ BAG, Urt. v. 25.11.1982, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

⁸ Preis, S. 21.

⁹ BAG, Urt. v. 20.10.1954, NJW 1954, 1949.

¹⁰ Hoyningen-Huene, Anmerkung zu BAG AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969.

¹¹ BAG, Urt. v. 30.05.1978, AP Nr. 70 zu § 626 BGB.

Entscheidungen die Anforderungen an die anderweitige Beschäftigung aus.¹² So waren dafür zunächst nur im gleichen Betrieb vorhandene Arbeitsplätze zu berücksichtigen. Später wurde die Weiterbeschäftigungs“pflicht“¹³ auch auf andere Betriebe des Unternehmens und in Einzelfällen sogar auf andere Unternehmen des Konzerns erstreckt.¹⁴ Zudem bezog sich die anderweitige Beschäftigung anfangs nur auf freie Arbeitsplätze, während es heute ständiger Rechtsprechung des BAG entspricht, dass der Arbeitnehmer auch auf solchen Arbeitsplätzen weiterzubeschäftigen ist, die zwar besetzt sind, die der Arbeitgeber jedoch durch Ausübung seines Direktionsrechts freimachen kann.¹⁵ Diese Anforderungen werden auch dann an die krankheitsbedingte Kündigung gestellt, wenn keine betriebliche Interessenvertretung¹⁶ existiert bzw. diese der Kündigung wegen des Bestehens einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nach § 1 Abs. 2 S. 2 oder 3 KSchG nicht widersprochen hat.¹⁷

Gerade in den Fällen, in denen der in § 1 Abs. 2 S. 2 oder 3 KSchG geregelte „Vorrang der Weiterbeschäftigung vor der (Beendigungs-) Kündigung“ nicht greift, lässt es sich für den Arbeitgeber in der Praxis oft schwer einschätzen, ob er im konkreten Fall den Arbeitnehmer weiterbeschäftigen muss, welche Arbeitsplätze hierfür zu berücksichtigen sind und wann eine Weiterbeschäftigung, beispielsweise wegen der damit verbundenen erheblichen Kosten, ausscheidet. Dies ist jedoch für ihn essentiell aufgrund der nachteiligen Folgen, die ihn im Falle einer unwirksamen Kündigung treffen.¹⁸

Gründe für diese Ungewissheit sind einerseits die Vielzahl an Entscheidungen des BAG zur Weiterbeschäftigung und andererseits die Beschränkung auf pauschale Formulierungen. So wird regelmäßig festgestellt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im zu entscheidenden Fall „entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“¹⁹ auf einem bestimmten Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen hatte. In anderen Fällen wird darauf verwiesen, dass eine bestimmte Art der Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber zumutbar und die krankheitsbedingte Kündigung

¹² *Bezani*, S. 96; *Pachtenfels*, BB 1983, 1479, 1480.

¹³ Dazu, dass es sich hierbei um eine Obliegenheit des Arbeitgebers handelt, vgl. unter Teil 5 C (S. 125).

¹⁴ Vgl. dazu Teil 5 A II 1 a) cc) (1) (S. 85 f.).

¹⁵ Vgl. dazu Teil 5 A III 2 a) aa) (S. 101 ff.).

¹⁶ Im Rahmen der Arbeit wird lediglich die Weiterbeschäftigung in Betrieben und Unternehmen des privaten Rechts betrachtet. Betriebe und Verwaltungen des öffentlichen Rechts nach § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 KSchG bleiben außen vor.

¹⁷ Hierzu zählen auch die Fälle, in denen der Betriebsrat der krankheitsbedingten Kündigung zwar widersprochen hat, der Widerspruch jedoch nicht ordnungsgemäß i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG, also frist- und formwährend, erfolgte.

¹⁸ Vgl. dazu Teil 3 B II (S. 17 ff.).

¹⁹ BAG, Urt. v. 28.02.1990, AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG, Urt. v. 10.12.1987, BeckRS 1987, 30724150; BAG, Urt. v. 27.09.1984, AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969.

deshalb nicht verhältnismäßig gewesen sei.²⁰ Das BAG hat jedoch weder die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei § 1 Abs. 2 KSchG begründet,²¹ noch deutlich gemacht wie bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips konkret vorzugehen ist bzw. welche Prüfkriterien es enthält.²²

Das Anliegen dieser Arbeit ist es daher, einen Weg aufzuzeigen wie in den Fällen, in denen der Betriebsrat einer krankheitsbedingten Kündigung nicht gemäß § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG widersprochen hat, zu ermitteln ist, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer besteht bzw. wann eine konkrete Art der Weiterbeschäftigung nicht vom Arbeitgeber verlangt werden kann. Damit soll einerseits zu mehr Rechtssicherheit beigetragen werden. Andererseits ist beabsichtigt, eine Hilfestellung für die Handhabung dieser Thematik in der Praxis zu geben.

Mit der „anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit im Kündigungsschutz“ hat sich zwar bereits *Kiel* in seiner Dissertation aus dem Jahr 1990²³ auseinandergesetzt. Seine Darstellung bezog sich jedoch auf alle in § 1 Abs. 2 KSchG genannten Kündigungsgründe, während sich die vorliegende Arbeit auf die anderweitige Beschäftigung bei der krankheitsbedingten Kündigung konzentriert. Zudem nimmt sie eine aktuelle Betrachtung der Thematik vor und berücksichtigt insbesondere die mit dem Urteil vom 29.01.1997²⁴ eingeläutete Rechtsprechung des BAG zur Weiterbeschäftigung auf einem Arbeitsplatz, den der Arbeitgeber durch Ausübung seines Direktionsrechts freimachen kann.

Der Gang der Untersuchung gestaltet sich wie folgt. Zunächst werden die Bedeutung der krankheitsbedingten Kündigung für die betriebliche Praxis²⁵ und deren Grundlagen, insbesondere die Interessen der beteiligten Akteure, dargestellt.²⁶ Daraufhin soll der Prüfungsmaßstab für die Ermittlung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bei fehlendem Widerspruch des Betriebsrats herausgearbeitet werden. Dabei wird zunächst untersucht, worin die dogmatische Grundlage für den Vorrang der Weiterbeschäftigung vor der (Beendigungs-) Kündigung nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG besteht und wie diese auf die krankheitsbedingte

²⁰ BAG, Urt. v. 29.01.1997, AP Nr. 32 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

²¹ Vgl. dazu Teil 4 A II 1 a) cc) (S. 38 ff.); so auch *Bezani*, S. 96; *Stückmann/Kohlepp*, RdA 2000, 331, 332.

²² Vgl. dazu Teil 5 A III 2 b) dd) (S. 115 ff.).

²³ *Kiel*, Die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Kündigungsschutz, Frankfurt a.M. 1990.

²⁴ BAG, Urt. v. 29.01.1997, AP Nr. 32 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

²⁵ Vgl. dazu Teil 2 D (S. 10 ff.).

²⁶ Vgl. dazu Teil 3 (S. 15 ff.).

Kündigung anzuwenden ist. Anschließend wird das Verhältnis von § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG und § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG, der konkrete Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten regelt, bestimmt.

Im Hauptteil werden dann anhand dieses Prüfungsmaßstabes die einzelnen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten mit ihren Voraussetzungen und Grenzen dargestellt. Dabei soll die Rechtsprechung des BAG, insbesondere zur Weiterbeschäftigung auf einem durch Ausübung des Direktionsrechts freigemachten Arbeitsplatzes, kritisch, bezüglich ihrer Vereinbarkeit mit dem KSchG, beleuchtet werden.

Abschließend wird auf das Rangverhältnis der einzelnen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten sowie auf prozessuale Aspekte zur Darlegungs- und Beweislast eingegangen.