

– Fachbeitrag B2-2021 –

31.05.2021

## **Auswirkungen psychischer Krankheiten im Bereich des Kündigungsschutzrechts**

**Anmerkung zum Urteil des LAG Rheinland-Pfalz vom 22. Oktober 2019 –  
8 Sa 3/19<sup>1</sup>**

*Von Alexander Tietz, MLU-Halle Wittenberg*

### **I. Einleitung**

Wollen sich Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer gerichtlich gegen eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses wehren, ist Eile geboten. Es bleiben grundsätzlich nur drei Wochen ab Zugang der schriftlichen Kündigung für die Klageerhebung, vgl. § 4 Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Wird diese Frist versäumt, gilt die Kündigung kraft gesetzlicher Fiktion als wirksam, vgl. § 7 KSchG. Haben Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer die Frist allerdings unverschuldet versäumt, dann sind sie nicht ohne Rechtsschutz. Dann müssen sie neben der Klage zugleich ein besonderes Verfahren anstrengen, damit ihre Klage nachträglich zugelassen wird. Das Gericht kann zunächst über die nachträgliche Zulassung durch ein Zwischenurteil entscheiden, vgl. § 5 Abs. 4 S. 2 und 3 KSchG.

So verlief das Prozessgeschehen in einem Fall, zunächst vor dem Arbeitsgericht (ArbG) Ludwigshafen. Über die Berufung der Arbeitgeberin gegen die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage hatte dann das Landesarbeitsgericht (LAG) Mainz zu entscheiden. Diese Entscheidung wird hier näher untersucht. Sie ist wegen des Grundes, der für die Versäumnis der eigentlichen Klagefrist vorgetragen wird, besonders interessant. Unverschuldete Säumnisgründe können vielfältig sein. Im konkreten Rechtsstreit hatte das LAG Mainz zu beurteilen, ob die Auswirkungen einer psychischen Erkrankung als Entschuldigungsgrund anzuerkennen sind. Dabei ging es vor allem darum, wie hoch die Anforderungen im Prozess an die Darlegung und den Beweis der unverschuldeten Verhinderung sind. Je strenger die Darlegungs- und Beweislast für die klagenden Arbeitnehmerin bzw. den klagenden Arbeitnehmer ist, umso größer ist das Risiko, dass die gerichtliche Kontrolle der Kündigung versagt bleibt. Damit besteht ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der psychischen Erkrankung und dem Zugang zu gerichtlichem

---

<sup>1</sup> Dieser Beitrag wurde unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de) als Fachbeitrag B2-2021 in der Kategorie B: Arbeitsrecht veröffentlicht; Zitiervorschlag: Tietz: Auswirkungen psychischer Krankheiten im Bereich des Kündigungsschutzrechts – Anmerkung zum Urteil des LAG Rheinland-Pfalz vom 22. Oktober 2019 – 8 Sa 3/19; Beitrag B2-2021 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 31.05.2021.

Rechtsschutz. Dies verdeutlicht, dass in einem solchen Rechtsstreit über Verfahrensfristen die Anforderungen des Artikel 13 Abs. 1 der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) zu berücksichtigen sind. Danach ist die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen einen wirksamen Zugang zur Justiz zu gewährleisten. Mit der folgenden Anmerkung wird aufmerksam zu reflektieren sein, ob die Erwägungen des LAG Mainz diesen Anforderungen gerecht werden.

## II. Sachverhalt

Die 1988 geborene Klägerin begann 2005 im Betrieb der Beklagten ihre Ausbildung zur Chemikantin und wurde Anfang 2009 in ein Arbeitsverhältnis übernommen. Seitdem ist die Klägerin bei der Beklagten als Chemikantin beschäftigt.

Am 5. Dezember 2017 erbrachte die Klägerin letztmals ihre Arbeitsleistung. Sie wurde an diesem Tag zunächst der Werksärztin vorgestellt und von dieser in das nächste Krankenhaus gebracht, wo die behandelnden Ärztinnen und Ärzte eine (gegenwärtig manische) schizoaffektive Störung (F25.0) diagnostizierten. In der Folge war die Klägerin vom 6. Dezember 2017 bis 4. Mai 2018 insgesamt acht Mal bei ihrem Hausarzt in Behandlung. Am 23. März 2018 suchte sie zudem ein weiteres Mal das Krankenhaus auf. Dort wurde die am 5. Dezember 2017 getroffene Diagnose, gegenwärtig manische schizoaffektive Störung, bestätigt.

Da die Klägerin ihren Nachweispflichten hinsichtlich ihrer Arbeitsunfähigkeitszeiten aus Sicht der Beklagten nicht oder nur unzureichend nachkam, verhängte die Beklagte gegen die Klägerin mit Schreiben vom 30. Januar 2018, 21. Februar 2018 und 9. April 2018 jeweils Geldbußen. Bezüglich der gleichen Sache mahnte die Beklagte die Klägerin zudem mit Schreiben vom 9. April 2018, 8. Mai 2018 und 9. Mai 2018. In der Folge kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 12. Juni 2018 außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 30. November 2018. Dieses Kündigungsschreiben wurde am selben Tag um 13:20 Uhr in den Briefkasten der Klägerin eingeworfen.

Am 25. Juli 2018 besuchte der Vater der Klägerin seine Tochter in deren Wohnung. Zuvor hatte es zwischen beiden für 3-4 Monate keinen Kontakt gegeben. Der Vater fand die Klägerin nach seinem Eindruck abgemagert vor. Seit geraumer Zeit sei zudem keine Wäsche gewaschen worden. Ungeöffnete Post habe sich gestapelt. Der Vater nahm unter anderem das Kündigungsschreiben vom 12. Juni 2018 zur Kenntnis und veranlasste daraufhin, gemeinsam mit der Tochter, am 26./27. Juli 2018 die Inanspruchnahme gewerkschaftlichen Rechtsschutzes.

In der Folge suchte die Klägerin am 2. und 8. August sowie am 7. und 27. September 2018 ihren Hausarzt auf. Zudem wurde sie am 6. September 2018 bei einer Ärztin für Psychiatrie vorgestellt. Diese erkannte ebenfalls eine schizoaffektive Störung, ergänzte die Diagnose aber noch und attestierte der Klägerin eine schizoaffektive Psychose.

Am 8. August 2018 erhob die Klägerin vor dem ArbG Ludwigshafen Kündigungsschutzklage und beantragte zugleich vorsorglich die nachträgliche Zulassung ihrer Klage.

### **III. Entscheidung des Gerichts**

#### **1. Erstinstanzliches Urteil<sup>2</sup>**

Das angerufene ArbG beschränkte das Verfahren gem. § 5 Abs. 4 S. 2 KSchG zunächst auf die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage. Die Klägerin trug vor, dass sie auf Grund ihrer psychischen Erkrankung nicht in der Lage gewesen sei, ihre Post zur Kenntnis zu nehmen und auch das Kündigungsschreiben nicht zur Kenntnis genommen habe. Dementsprechend habe sie auf die Kündigung nicht reagieren und auch nicht fristgemäß Klage erheben können. Die Kündigung sei ihr erst am 26. oder 27. Juli 2018 zugegangen, als ihr Vater sie telefonisch über die Kündigung informierte.

Die Beklagte sieht die psychische Erkrankung von der Klägerin als nicht ausreichend substantiiert dargelegt. Der Arztbrief vom 6. September 2018 könne nur das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit für diesen Tag belegen, nicht jedoch für den drei Monate früheren Zeitraum des Zugangs der Kündigung. Darüber sei es auch bei Vorliegen einer psychischen Krankheit zumutbar, die Kündigungsschutzklage fristgerecht zu erheben.

Das ArbG gab dem Antrag auf nachträgliche Klagezulassung durch Zwischenurteil vom 28. November 2018 statt. Das Gericht anerkannte, dass bei der Klägerin sowohl vor als auch nach dem Zeitraum zwischen dem 12. Juni 2018 und dem 25. Juli 2018 eine schizoaffektive Störung diagnostiziert worden ist. Es sei daher auch für den streitgegenständlichen Zeitraum davon auszugehen, dass eine solche psychische Erkrankung vorgelegen habe. Die Klägerin habe auch glaubhaft machen können, dass sie dadurch an der rechtzeitigen Erhebung der Klage gehindert war.

#### **2. Urteil des LAG Mainz**

Hiergegen legte die Beklagte Berufung beim LAG Mainz ein und begründete diese im Wesentlichen damit, die Klägerin habe nicht glaubhaft gemacht, im fraglichen Zeitraum psychisch erkrankt gewesen zu sein. Eine rückwirkende Diagnose hielt die Beklagte für ausgeschlossen. Sie führte weiterhin an, die Klägerin habe sich im fraglichen Zeitraum ohne Hilfe Dritter um ihren Sohn gekümmert und keiner der sie behandelnden Ärztinnen oder Ärzte habe eine stationäre Behandlung für notwendig gehalten. Beides spräche jeweils dafür, dass es der Klägerin durchaus möglich gewesen sei, die Kündigungsschutzklage fristgerecht zu erheben. Das LAG entschied wie das ArbG, wies die Berufung zurück und stützte sich dabei insbesondere auf die Arztbriefe. Aus diesen ginge

---

<sup>2</sup> ArbG Ludwigshafen, Urteil v. 28.11.2018, 4 Ca 1171/18.

hervor, dass auch im fraglichen Zeitraum eine psychische Erkrankung der Klägerin vorliegen habe und diese auch ursächlich dafür gewesen sei, dass die Kündigungsschutzklage nicht rechtzeitig erhoben werden konnte.<sup>3</sup>

#### **IV. Würdigung**

Die Entscheidung des LAG Mainz ist zu begrüßen. Schon der Gegenstand dieses Zwischenverfahrens mit der im Ergebnis nachträglich zugelassenen Kündigungsschutzklage gibt Anlass, die Regelungen in § 5 KSchG aus Sicht der Rechte von Menschen mit Behinderungen in ihrer Tragweite für ein barrierearmes Verfahrensrecht zu würdigen.

Darüber hinaus bietet die Entscheidung die Möglichkeit, sich grundsätzlich mit den Auswirkungen psychischer Erkrankungen im Rahmen von Kündigungstatbeständen zu befassen und dabei das Verhältnis personen- und verhaltensbedingter Kündigungen näher zu beleuchten.

##### **1. Nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage, § 5 Abs. 1 KSchG**

Die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage setzt voraus, dass der Antrag auf nachträgliche Zulassung zulässig und begründet ist. Darüber hinaus muss ein Rechtsschutzbedürfnis bestehen.<sup>4</sup>

###### **a) Zulässigkeit**

Der Antrag auf nachträgliche Klagezulassung ist gem. § 5 Abs. 2 S. 1 KSchG mit der Kündigungsschutzklage zu verbinden. Es müssen die Tatsachen vorgetragen werden, die begründen, dass die Klagefristversäumung nicht verschuldet war. Außerdem sind schon im Antrag die Mittel zu benennen, mit denen diese Tatsachen glaubhaft gemacht werden können. Mittel zur Glaubhaftmachung können alle im Prozess zugelassenen Beweismittel sein. Einen vollen Beweis muss die antragstellende Person damit allerdings nicht erreichen. Beide Voraussetzungen waren hier erfüllt, der Antrag demnach zulässig.

###### **b) Begründetheit**

Der Antrag muss auch begründet sein. § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG verlangt dafür, dass der Arbeitnehmer trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt gehindert war, die Klage rechtzeitig zu erheben. Dabei ist grundsätzlich ein objektiver Sorgfaltsmaßstab anzulegen.

Warum die nachträgliche Klagezulassung gem. § 5 Abs. 1 KSchG gerade für Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen von großer Relevanz ist, ergibt sich aus einer Zusammenschau von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB und § 7 KSchG.

---

<sup>3</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 22.10.2019, 8 Sa 3/19, Rn. 59 ff.

<sup>4</sup> Hergenröder, in: MüKo-BGB, § 5 KSchG, Rn. 16.

§ 7 KSchG fingiert die Wirksamkeit einer ausgesprochenen Kündigung, sofern nicht innerhalb von drei Wochen ab Zugang des Kündigungsschreibens Klage erhoben worden ist. Der Zugang der Kündigung und damit der Beginn der dreiwöchigen Frist bestimmen sich auch in diesen Fällen grundsätzlich anhand von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB<sup>5</sup>, der zentralen Norm zum Zugang<sup>6</sup> von Willenserklärungen im Privatrecht.

Für geschäftsunfähige Menschen oder für betreute Menschen, zu deren Schutz ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist, gewähren die besonderen Regeln über den Zugang (vgl. § 131 Abs. 1 BGB<sup>7</sup> und im zweiten Fall §§ 1903 Abs. 1<sup>8</sup>, 131 Abs. 2 S. 2 BGB<sup>9</sup>) Schutz vor behinderungsbedingten Fristversäumnissen, indem der Zugang nicht direkt bei ihnen bewirkt werden kann. Erklärungen können danach erst wirksam zugehen, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugehen. Soll mit einer Erklärung gegenüber einem Menschen mit Behinderung zu dessen Lasten eine Frist ausgelöst werden, muss die Erklärung an die Vertretungsperson gerichtet werden und dieser auch zugehen. Diese Regeln dienen dem Schutz von Menschen mit Beeinträchtigungen.

Wenn Menschen allerdings nur temporär krankheitsbedingt nicht in der Lage sind, ihre Angelegenheiten zu erledigen, dann kann es Schutzlücken beim Zugang von Willenserklärungen und damit auch Schutzlücken bei der Wahrnehmung von (fristgebundenen) Rechten geben.<sup>10</sup>

In Fällen von psych. Erkrankungen dauert es aber erfahrungsgemäß lang, bis Menschen überhaupt einen Betreuer haben. In dieser Übergangszeit bis zur Betreuerbestellung sind die Schutzregeln der §§ 1903 Abs. 1, 131 Abs. 2 S. 2 BGB nicht anwendbar. Somit bestimmt sich der Zugang einer Erklärung anhand der allgemeinen Regel des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Dies hat zur Folge, dass der Zugang des Kündigungsschreibens und damit der Beginn einer Rechtsmittelfrist bei Vorliegen einer Krankheit nicht aufgehalten werden kann, sofern nach objektiven Maßstäben eine Kenntnisaufnahme unter gewöhnlichen Umständen möglich war. In solchen Fällen trifft nach geltender Rechtsauffassung den\*die

---

<sup>5</sup> § 130 Abs. 1 S. 1 BGB: „Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht.“

<sup>6</sup> Der Begriff des Zugangs setzt voraus, dass die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme hat, vgl. Einsele in: MüKo-BGB, 8. Auflage 2018, § 130 BGB, Rn. 16.

<sup>7</sup> § 131 Abs. 1 BGB: „Wird die Willenserklärung einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben, so wird sie nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht.“

<sup>8</sup> § 1903 Abs. 1 BGB: „Soweit dies zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist, ordnet das Betreuungsgericht an, dass der Betreute zu einer Willenserklärung, die den Aufgabenkreis des Betreuers betrifft, dessen Einwilligung bedarf (Einwilligungsvorbehalt). Die §§ 108 bis 113, 131 Abs. 2 und § 210 gelten entsprechend.“

<sup>9</sup> § 131 Abs. 2 S. 2 BGB: „Bringt die Erklärung jedoch der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person lediglich einen rechtlichen Vorteil oder hat der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erteilt, so wird die Erklärung in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihr zugeht.“

<sup>10</sup> So gilt der Schutz durch § 105 Abs. 2 BGB nur für die Abgabe von Willenserklärungen, nicht aber beim Zugang.

Empfänger\*in die Obliegenheit, Vorkehrungen zu treffen, die eine tatsächliche Kenntnisnahme ermöglichen.<sup>11</sup>

Gerade Menschen mit psychischen Erkrankungen/Beeinträchtigungen fällt es oft jedoch schwer, mit Krankeneinsicht planvoll zu agieren und die geforderten Vorkehrungen zu treffen. Diese Erkenntnis wiegt umso schwerer, da vom Zeitpunkt des Zugangs einer Willenserklärung, wie bspw. in § 7 KSchG, eine Vielzahl rechtlicher Folgen abhängig gemacht werden.

Wenn schon der Zugang des Kündigungsschreibens im konkreten Einzelfall angesichts der derzeit geltenden Zivilrechtsdogmatik nicht anders als bei uneingeschränkt handlungsfähigen Menschen bestimmt werden kann, dann muss der krankheitsbedingt begrenzten Handlungsfähigkeit im Wege der Ausnahmen von strengen Fristbestimmungen entsprochen werden. Gestützt wird diese Annahme durch Art. 13 Abs. 1 UN-BRK, der die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen wirksamen Zugang zur Justiz zu gewährleisten. Dies soll unter anderem durch verfahrensbezogene Vorkehrungen geschehen. Die Möglichkeit der nachträglichen Klagezulassung gem. § 5 Abs. 1 KSchG stellt für das Kündigungsschutzverfahren eine solche verfahrensbezogene Vorkehrung dar.

Aus dieser Erkenntnis ergeben sich für die Menschen mit Behinderungen zunächst zwar keine subjektiven Rechte, die Vorgaben der UN-BRK müssen aber bei der Auslegung des einfachen Rechts beachtet werden.<sup>12</sup> Um Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen im Falle der Kündigung des Arbeitsverhältnisses einen wirksamen Zugang zur Justiz gewährleisten zu können, müssen die Voraussetzungen aus § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG daher mit Blick auf Art. 13 Abs. 1 UN-BRK ausgelegt und angewendet werden.

Der Wortlaut aus § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG muss im Einzelfall daher so ausgelegt werden, dass Besonderheiten, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, in die Prüfung einbezogen werden.<sup>13</sup>

Nur auf diesem Wege können die bestehenden Schutzlücken von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam geschlossen werden.

Eine Krankheit kann eine nachträgliche Zulassung grundsätzlich rechtfertigen. Dafür muss sich das Krankheitsbild in einer Gesamtbetrachtung aller Begleitumstände in einer Weise ausgewirkt haben, welche die Klageerhebung tatsächlich unmöglich gemacht haben.<sup>14</sup>

Im konkreten Fall war strittig, ob dies auch für den Zeitraum vom 12. Juni 2018 bis 25. Juli 2018 angenommen werden konnte.

---

<sup>11</sup> Müller-Gloge in: ErfK-ArbR, 21. Auflage 2021, § 620 BGB, Rn. 53b.

<sup>12</sup> BSG, Urteil v. 06.03.2012, B 1 KR 10/11 R, Rn. 20 ff.; Welti, RDdL 2012, S. 1 ff.

<sup>13</sup> BAG, Urteil v. 25.04.2018, 2 AZR 493/17, Rn. 21 ff., juris.

<sup>14</sup> LAG Köln, Beschluss v. 28.12.2007, 8 Ta 355/07, Rn. 21; LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 03.08.2007, 4 Ta 182/07, Rn. 21, beide juris.

Fraglich ist im Rahmen von § 5 KSchG also, welcher Maßstab an die Glaubhaftmachung angelegt werden muss. Zentraler normativer Anknüpfungspunkt dafür ist § 294 ZPO.<sup>15</sup> Dieser legt fest, dass anstelle des Vollbeweises nach § 286 ZPO eine Wahrscheinlichkeitsfeststellung tritt, welche nur mittels sofort verfügbarer Beweismittel getroffen werden kann.<sup>16</sup> Dies hat zur Folge, dass lediglich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit im Hinblick auf den vorgetragenen Geschehensablauf gegeben sein muss.<sup>17</sup>

Die Antwort auf die zentrale Frage, ob die Klägerin trotz aller ihr nach der Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt daran gehindert war, die Klage rechtzeitig zu erheben, hängt ganz überwiegend von der medizinischen Diagnose ab. Ob eine Krankheit vorliegt, ist primär von Medizinerinnen und Medizinern und den behandelnden Ärztinnen und Ärzten zu beantworten und wurde im Fall der Klägerin auch eindeutig bejaht. Eine psychische Erkrankung der Klägerin wurde für den in Frage stehenden Zeitraum ärztlicherseits bestätigt.

Im Sinne der Regelung aus § 294 ZPO konnte das Gericht also davon ausgehen, dass bei einer Häufung fachlich fundierter, gleichlautender Meinungen das Vorliegen einer schizoaffektiven Störung, welche die Klägerin an der rechtzeitigen Erhebung der Kündigungsschutzklage hinderte, auch für den Zeitraum vom 12. Juni 2018 bis 25. Juli 2018 als überwiegend wahrscheinlich erscheint.

### **c) Rechtsschutzbedürfnis**

Das Rechtsschutzinteresse ist grundsätzlich unabhängig von den Erfolgsaussichten der eigentlichen Kündigungsschutzklage zu bewerten und ist regelmäßig zu bejahen, sofern die Kündigungsschutzklage als solche nicht unzulässig ist.<sup>18</sup> Von Letzterem ist hier nicht auszugehen. Damit besteht Seitens der Klägerin ein Rechtsschutzbedürfnis.

### **d) Zwischenergebnis**

Gerade im Kontext psychischer Krankheiten ist es für Betroffene oftmals schwierig, Tatsachen zweifelsfrei nachweisen zu können, da Symptome und daraus folgende Beeinträchtigungen nur unregelmäßig auftreten können und nach außen nicht eindeutig sichtbar sind. Die Regelung aus § 294 ZPO ist dabei ein gutes Instrument, da es schon eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichen lässt, was insbesondere Menschen mit psychischen Erkrankungen helfen kann, da eine ärztliche Behandlung in vielen Fällen aus verschiedenen Gründen nicht in Anspruch genommen werden kann.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Sowohl im ersten als auch im zweiten Rechtszug vor den Arbeitsgerichten ist § 294 ZPO anwendbar, §§ 46 Abs. 2, 64 Abs. 6 ArbGG.

<sup>16</sup> Greger, in: Zöller, ZPO, 33. Auflage 2020, § 294 ZPO, Rn. 1.

<sup>17</sup> Huber, in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Auflage 2020, Rn. 3.

<sup>18</sup> Hesse, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Auflage 2017, Rn. 9.

<sup>19</sup> Riechert/Habib, Betriebliches Eingliederungsmanagement bei Mitarbeitern mit psychischen Störungen, S. 32, 44.

## 2. Verhaltensbedingte Kündigung trotz Krankheit?

Auch wenn in beiden Instanzen nicht zur Kündigung selbst verhandelt worden ist, bietet der Fall auch insoweit Gelegenheit zur vertieften Befassung mit der materiellen Rechtsfrage, denn immerhin wird schon angesichts des Sachverhaltes deutlich, dass die Arbeitgeberin im konkreten Fall von einer vorwerfbaren Pflichtverletzung durch die Klägerin ausging. Darüber hinaus resultiert aus der nachträglichen Zulassung einer Kündigungsschutzklage regelmäßig auch ein Verfahren vor den Arbeitsgerichten. Als notwendige Folge lohnt es sich daher, auch zu den materiell-rechtlichen Problemen der Kündigung Stellung zu nehmen.

Zunächst muss ein wichtiger Grund i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB vorliegen. Die Rechtsprechung prüft das Vorliegen eines wichtigen Grundes in einem zweistufigen Verfahren.<sup>20</sup> Zunächst wird festgestellt, ob der Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls dazu geeignet ist, einen wichtigen Grund darzustellen. Im Anschluss wird im zweiten Schritt geprüft, ob die Einbeziehung der besonderen Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer Interessenabwägung die Kündigung rechtfertigen kann. Dieser Versuch der Systematisierung sieht sich jedoch zunehmender Kritik ausgesetzt, da eine sinnvolle Konkretisierung der Voraussetzungen aus § 626 Abs. 1 BGB auf diesem Wege nicht erreicht werden könne.<sup>21</sup>

Um eine rechtssichere und vorhersehbare Anwendung von § 626 Abs. 1 BGB möglich zu machen, würde sich eher eine Einteilung angelehnt an die Gründe aus § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG in verhaltens-, personen- und betriebsbedingte Kündigungsgründe anbieten.<sup>22</sup>

Der Arbeitgeber hat hier eine (außerordentliche) verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen. Eine solche kommt in Betracht, soweit eine Verletzung vertraglicher Pflichten aus dem Arbeitsvertrag festgestellt wird.<sup>23</sup> Dies gilt sowohl für Hauptpflichten als auch für Nebenpflichten, die sich aus dem Arbeitsvertrag ergeben. Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind gem. § 241 Abs. 2 BGB wechselseitig zum Schutz der Rechtsgüter und Interessen der anderen Partei verpflichtet. Damit ergeben sich auch regelmäßig Nebenpflichten bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. § 5 EFZG konkretisiert diese vertraglichen Nebenpflichten und bestimmt in Absatz 1 Satz 1 die Pflicht zur Anzeige einer evtl. bestehenden Arbeitsunfähigkeit. Diese muss nach § 121 BGB unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern erfolgen. Die Klägerin versäumte es, über einen Zeitraum von mehreren Wochen die eigene Arbeitsunfähigkeit beim Arbeitgeber anzuzeigen.

Damit läge grundsätzlich ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund und somit auch ein wichtiger Grund i. S. d. § 626 BGB vor.

---

<sup>20</sup> BAG, Urteil v. 07.07.2005, 2 AZR 581/04, Rn. 21, juris.

<sup>21</sup> Preis, in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 626 BGB, Rn. 52 ff.; Henssler, in: MüKo-BGB, 8. Auflage 2020, § 626 BGB, Rn. 84 ff.

<sup>22</sup> Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021, § 626 BGB, Rn. 61.

<sup>23</sup> Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, 24. Auflage 2019, § 9, Rn. 405.



Fraglich ist hier aber, ob die verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung auch eine schuldhafte Pflichtverletzung voraussetzt. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine solche schuldhafte Pflichtverletzung nicht mehr notwendig sei, wenn auf Grund objektiver Umstände mit wiederholten Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers gerechnet werden müsse.<sup>24</sup>

Dagegen wird die Auffassung vertreten, dass auch eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung in der Regel ein Verschulden voraussetzt.<sup>25</sup> Der Grundsatz der Erforderlichkeit setzt voraus, dass eine außerordentliche Kündigung nur dann in Betracht kommt, wenn der Arbeitgeber den Zweck, den er mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses verfolgt, nicht in gleicher Weise mit der ordentlichen Kündigung erreichen kann. Insofern müssen in dem Zusammenhang auch die Voraussetzungen der ordentlichen Kündigung geprüft werden.<sup>26</sup> Im Rahmen der verhaltensbedingten Kündigung ist eine schuldhafte Pflichtverletzung essenzieller Bestandteil. Darüber hinaus würde der Verzicht auf das Vorliegen einer schuldhaften Pflichtverletzung die Grenzen zwischen verhaltensbedingter und personenbedingter Kündigung zunehmend verwässern.<sup>27</sup> Diese Ansicht verdient gegenüber den Ausführungen der Rechtsprechung Zustimmung.

Die schuldhafte Pflichtverletzung gehört ebenfalls zu den Voraussetzungen einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB. Dementsprechend trifft den Arbeitgeber als Kündigender grundsätzlich die Beweislast.<sup>28</sup>

Die Beweisführung dürfte sich hier allerdings schwierig gestalten, da bereits im Dezember 2017 bei der Klägerin eine schizoaffektive Störung festgestellt worden ist. Soweit diese im Prozess substantiiert dargelegt wird, ist im Regelfall nicht von einem vorwerfbaren Verhalten auszugehen.<sup>29</sup> Eine verhaltensbedingte (außerordentliche) Kündigung würde dementsprechend ausscheiden.

Es bliebe dem Arbeitgeber in diesem Fall also nur der Rückgriff auf eine (außerordentliche) personenbedingte Kündigung und deren Voraussetzungen.

Interessant sind in dem Zusammenhang das Verhältnis von personen- und verhaltensbedingter Kündigung und die rechtlichen Folgen sog. Mischtatbestände. Als Mischtatbestände werden Kündigungssachverhalte bezeichnet, die mehrere der in § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG genannten Bereiche berühren.<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> BAG, Urteil v. 16.02.1989, 2 AZR 287/88; Urteil v. 21.01.1999, 2 AZR 665/98; LAG Köln, Urteil v. 17.04.2002, 6 Sa 1334/01.

<sup>25</sup> Preis, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 626 BGB, Rn. 64; Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021, § 626 BGB, Rn. 75, m.w.N.

<sup>26</sup> Preis, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 626 BGB, Rn. 56, 75 ff.

<sup>27</sup> Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021, § 626 BGB, Rn. 75.

<sup>28</sup> Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021, § 626 BGB, Rn. 173 f.

<sup>29</sup> Oetker, in: ErfKomm, 21. Auflage 2021, § 1 KSchG, Rn. 207; BAG, Urteil v. 03.11.2011, 2 AZR 768/10, Rn. 23, juris.

<sup>30</sup> Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021, § 1 KSchG, Rn. 82.

Die ausgesprochene verhaltensbedingte Kündigung gegen die Arbeitnehmerin beruhte, wie oben dargelegt, auf der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten, namentlich der Nachweis- und Anzeigepflichten aus § 5 Abs. 1 EFZG. Die Pflichtverletzung der Arbeitnehmerin ist hier aber zu einem großen Teil auf die vorliegende psychische Krankheit zurückzuführen. Die außerordentliche Kündigung wegen einer Krankheit ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, beurteilt sich aber anders als eine verhaltensbedingte Kündigung.

Wird im Rahmen der Kündigung nicht primär auf die Krankheit abgestellt, geraten aber gleichzeitig auch solche (gesetzlichen) Mechanismen in den Hintergrund, die für den Fall einer länger anhaltenden Krankheit und die damit einhergehende Gefährdung des Arbeitsplatzes geschaffen worden sind. Exemplarisch zu nennen ist hier das Verfahren nach § 167 Abs. 2 SGB IX, das Betriebliche Eingliederungsmanagement:

Ist eine Arbeitnehmerin bzw. ein Arbeitnehmer innerhalb von 12 Monaten länger als 6 Wochen arbeitsunfähig, so ist der Arbeitgeber nach § 167 Abs. 2 SGB IX verpflichtet, möglichst frühzeitig die Durchführung eines BEM-Verfahrens anzustrengen.<sup>31</sup> Ziel dieses Verfahrens ist es, mit den betroffenen Beschäftigten und den nach § 176 SGB IX zu beteiligenden Stellen, Möglichkeiten zu erörtern, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Neben der Kündigungsprävention kommt § 167 Abs. 2 SGB IX also vor allem auch eine tragende Rolle im Rahmen der Gesundheitsprävention zu.<sup>32</sup> Maßgeblich für die Einleitung eines BEM-Verfahrens sind dabei lediglich die in § 167 Abs. 2 SGB IX genannten Voraussetzungen, nicht jedoch das Vorliegen einer festgestellten (Schwer)behinderung.<sup>33</sup>

Die Einleitung eines Verfahrens nach § 167 Abs. 2 SGB IX kommt im Hinblick auf eine Kündigung nicht direkt als milderes Mittel in Betracht, kann aber dazu führen, dass sich mildere Mittel im Vergleich zur Kündigung ergeben. Es ist daher bei der Prüfung einer ausgesprochenen Kündigung unbedingt im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen.<sup>34</sup> Besondere Berücksichtigung findet das BEM bei personenbedingten Kündigungen auf Grund von Krankheiten.<sup>35</sup> Dies darf jedoch nicht vom vorrangigen Zweck des Verfahrens ablenken, welches sich nicht in der Vorbeugung von Kündigungen erschöpft, sondern darüber hinaus an der Schnittstelle von Arbeits- und Sozialrecht einen organisatorischen Rahmen bilden soll, der die Gesundheitsprävention fördert und damit beschäftigungssichernd wirkt.<sup>36</sup> Vor diesem Hintergrund ist auch ein individualrechtlicher

---

<sup>31</sup> Feldes, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 167 SGB IX, Rn. 36.

<sup>32</sup> Nebe, in: Plagemann, MAH-SozR, 5. Auflage 2018, § 20, Rn. 3.

<sup>33</sup> Nebe, Individueller Anspruch auf Durchführung eines BEM-Verfahrens, Forum B, Beitrag B18-2011, S. 2 f.; www.reha-recht.de; BAG, Urteil v. 12.07.2007, 2 AZR 716/06, Rn. 35, juris.

<sup>34</sup> BAG, Urteil v. 12.07.2007, 2 AZR 716/06, Rn. 41, juris.

<sup>35</sup> Vgl. LAG Nürnberg, Urteil v. 18.02.2020, 7 Sa 124/19; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 04.12.2019, 23 Sa 1046/19; LAG Sachsen, Urteil v. 06.11.2019, 9 Sa 142/19; Nebe, in: Kohte/Faber/Feldhoff, HK-ArbschR, § 84 SGB IX, Rn. 51.

<sup>36</sup> Nebe, in: Plagemann, MAH-SozR, 5. Auflage 2018, § 20, Rn. 8; Kohte, in: Knickrehm/Kreibohm/Waltermann, Komm-SozR, 6. Auflage 2019, § 167 SGB IX, Rn. 2.

Anspruch der Beschäftigten auf Durchführung eines BEM anzuerkennen, da der Gesetzgeber ein effektives Instrument zur Gesundheitsprävention schaffen wollte, dessen Vorschriften nicht erst im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens zum Tragen kommen.<sup>37</sup>

Um die Umgehung des BEM-Verfahrens durch eine Kündigung wegen Verstoßes gegen die Anzeigepflicht aus § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG zu verhindern, muss in einem ersten Schritt geschaut werden, ob die angebliche Pflichtverletzung tatsächlich auch verschuldet ist. Sofern das nicht vom Arbeitgeber beweisbar ist, bleibt nur eine personenbedingte (hier krankheitsbedingte) Kündigung, die dann allerdings im Rahmen einer weiteren Prüfung<sup>38</sup> scheitern würde, wenn nicht eine Unterstützung, z.B. durch Psychotherapie und durch einen Integrationsfachdienst (§ 192 Abs. 4 S. 2 SGB IX) sowie eine Betreuerbestellung angeregt würden.

## V. Fazit

Psychische Erkrankungen haben in den letzten Jahren, nicht nur im Arbeitsrecht, an Bedeutung gewonnen.<sup>39</sup> Angesichts der Bedeutung von Arbeitsverhältnissen für die gesamten Lebensumstände und des notwendigen Schutzes psychisch kranker Menschen ist insbesondere bei Kündigungen darauf zu achten, dass eine evtl. vorliegende psychische Erkrankung im Rahmen des verpflichtenden BEM-Verfahrens nach § 167 Abs. 2 SGB IX hinreichend berücksichtigt wird.<sup>40</sup> Es besteht ansonsten die Gefahr, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer neben den Folgen der psychischen Beeinträchtigung zusätzlich auch noch mit der Bewältigung der eigenen Arbeitslosigkeit belastet werden. Um dieses Risiko zu minimieren, ist es unbedingt notwendig, externen Sachverstand heranzuziehen,<sup>41</sup> unabhängig davon, ob sich daraus für den Arbeitgeber ein Mehraufwand ergeben würde.

---

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.  
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).

---

---

<sup>37</sup> Nebe, in: Kohte/Faber/Feldhoff, HK-ArbSchR, 2. Auflage 2018, § 84 SGB IX, Rn. 49 f.; Nebe, Beitrag B-18/2011 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); Kohte, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Komm-SozR, 6. Auflage 2019, § 167 SGB IX, Rn. 37.

<sup>38</sup> Dazu auch Feldhoff, jurisPR-ArbR, 39/2014, Anm. 3.

<sup>39</sup> So berücksichtigte beispielsweise der Gesetzgeber mit den Pflegestärkungsgesetzen I und II (BGBl. I, 2014, S. 2222; BGBl. I, 2015, S. 2424) die Belange von Menschen mit kognitiven und psychischen Erkrankungen auch im Bereich des SGB XI deutlich stärker als zuvor.

<sup>40</sup> Brose, DB 2013, S. 1727, 1728, 1730.

<sup>41</sup> Kohte, Das BEM als Suchprozess, Forum B, Fachbeitrag B3-2019, S. 5; [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).