

## Neues aus der Rechtsprechung

### Ist eine Kündigung wegen Krankheit im Kleinbetrieb oder in der Probezeit zulässig?

*Es versteht sich von selbst, dass die Krankheit eines Arbeitnehmers für sich genommen kein Kündigungsgrund ist. Was aber, wenn ein Arbeitnehmer gar keinen Kündigungsschutz hat – z.B. weil er sich noch in der Probezeit befindet oder in einem Kleinbetrieb (§ 23 Abs. 1 KSchG) arbeitet – und ständig krank ist? Darf der Arbeitgeber dann auf diese Krankheiten mit einer Kündigung reagieren? Oder stellt dies eine unzulässige Maßregelung (§ 612a BGB) dar, da ein Arbeitnehmer für die Wahrnehmung seines gesetzlichen Anspruchs auf Entgeltzahlung im Krankheitsfall bestraft wird? Über diese Frage hatte jüngst das LAG Berlin-Brandenburg mit seinem Urteil vom 12. März 2021 (Az. 2 Sa 1390/20) zu entscheiden und gab eine klare Antwort.*

Besteht das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers noch keine sechs Monate (sog. **Wartezeit**, umgangssprachlich auch **Probezeit**), steht dem Arbeitnehmer **kein Kündigungsschutz** zu (§ 1 Abs. 1 KSchG). Gleiches gilt auch darüber hinaus in sog. **Kleinbetrieben**, die zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigten (§ 23 Abs. 1 KSchG). Der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung benötigt dann keinen Kündigungsgrund.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Arbeitgeber willkürlich aus jedem beliebigen Grund kündigen darf. Es gibt bestimmte Kündigungsmotive, die rechtlich missbilligt sind und aus denen keinesfalls eine Kündigung ausgesprochen werden darf. Unzulässig wären z.B. Kündigungen, denen diskriminierende oder rein schikanöse Beweggründe zu Grunde liegen. Solche Kündigungen sind auch dann unwirksam, wenn der Arbeitnehmer keinen Kündigungsschutz hatte. Sie verstoßen gegen das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** oder die **Grundsätze von Treu und Glauben** (§ 242 BGB).

**Im zu entscheidenden Fall** waren im Unternehmen des Arbeitgebers, einer Arztpraxis, weniger als zehn Arbeitnehmer beschäftigt. Nach § 23 Abs. 1 KSchG stand den Arbeitnehmern

deshalb kein Kündigungsschutz zu. Der Arbeitgeber kündigte einer Mitarbeiterin ordentlich, nachdem sie sich für drei Monate krankgemeldet hatte und eine Genesung weiterhin nicht abgesehen werden konnte. Die Mitarbeiterin erhob Kündigungsschutzklage und rügte, diese Kündigung wäre eine unzulässige Maßregelung (§ 612a BGB), da ihr wegen ihrer Krankmeldung gekündigt worden sei.

Das **LAG Berlin-Brandenburg** gab eine klare Antwort: Ob die Kündigung wegen der Krankheit der Arbeitnehmerin ausgesprochen sei, könne dahinstehen. Denn dann, wenn kein Kündigungsschutz besteht, **darf der Arbeitgeber generell kündigen**, wenn er die **Krankheitszeiten des Arbeitnehmers als zu hoch empfindet**. Eine Kündigung ist deshalb nicht unwirksam. Ähnlich hatte im letzten Jahr bereits das LAG Baden-Württemberg (Urteil vom 30.10.2020, Az. 12 Sa 33/20) geurteilt.

Arbeitgebern, die im Kleinbetrieb oder während der Probezeit kündigen, ist trotz dieser Rechtsprechung anzuraten, den **Anlass für die Kündigung nicht** gegenüber dem Arbeitnehmer zu **benennen**, sondern sich in Schweigen zu hüllen. Wenn Arbeitnehmer vor Gericht einwenden wollen, eine Kündigung verstoße gegen das AGG, das Maßregelungsverbot oder die Grundsätze von Treu und Glauben, tragen die Arbeitnehmer im Ausgangspunkt die Darlegungs- und Beweislast. Je mehr ihnen der Arbeitgeber mitteilt, desto mehr Material erhält der Arbeitnehmeranwalt, um darauf einen Fall aufzubauen. Reden ist in diesen Fällen deshalb Silber, Schweigen aber Gold.

Außerdem ist in mitbestimmten Betrieben unbedingt zu beachten, dass auch **vor Ausspruch einer Probezeitkündigung** unbedingt der **Betriebsrat angehört** werden muss (§ 102 BetrVG). Dies ist besonders beim Fristenmanagement zu berücksichtigen, da dem Betriebsrat eine Stellungnahmefrist von einer Woche eingeräumt werden und der anschließende Kündigungsausspruch immer noch in der Probezeit liegen muss. Wie die Betriebsratsanhörung in solchen Fällen aufgebaut wird, haben wir in unserem [Newsletter aus Juli 2018](#) dargestellt.

## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Singraven  
+49 (0) 221 650 65-129  
jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Malte Göbel  
+49 (0) 221 650 65-129  
malte.goebel@loschelder.de

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de