

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 22. Juli 2021
- 2 AZR 125/21 -
ECLI:DE:BAG:2021:220721.U.2AZR125.21.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 17. Januar 2019
- 4 Ca 144/18 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 13. November 2020
- 2 Sa 15/20 -

Entscheidungsstichworte:

Ordentliche krankheitsbedingte Kündigung - Sondervergütung

Leitsatz:

Sondervergütungen iSv. § 4a EFZG begründen selbst in Jahren, in denen der Arbeitnehmer durchgehend arbeitsunfähig war, keine kündigungsrelevante wirtschaftliche Belastung für den Arbeitgeber.

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 125/21

2 Sa 15/20
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. Juli 2021

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 22. Juli 2021 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann und Dr. Schlünder sowie den ehrenamtlichen Richter Krüger und die ehrenamtliche Richterin Schipp für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 13. November 2020 - 2 Sa 15/20 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1
- Die einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellte Klägerin ist bei 2
der Beklagten, die regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, seit
Januar 1999 tätig. Ihre Bruttomonatsvergütung betrug im Oktober 2017
4.858,12 Euro.
- Die Klägerin war im Jahr 2012 an 52, im Jahr 2013 an 33 und im Jahr 3
2014 an 47 Arbeitstagen, in den Jahren 2015 und 2016 durchgehend sowie im
Jahr 2017 an 112 Arbeitstagen und im Jahr 2018 bis zum 18. Juli wiederum
durchgängig arbeitsunfähig krank. Die Beklagte leistete Entgeltfortzahlung für
alle Krankheitstage in den Jahren 2012 und 2013 sowie für 44 Krankheitstage im
Jahr 2014 und 71 Krankheitstage im Jahr 2017. In den Jahren 2015, 2016 und
2018 (bis zum 18. Juli) bestand keine Entgeltfortzahlungspflicht. Von den Ent-
geltfortzahlungskosten für das Jahr 2017 iHv. insgesamt 11.434,00 Euro entfie-
len 2.870,71 Euro auf eine Arbeitsunfähigkeit der Klägerin infolge eines Sturzes.
- Im Jahr 2015 gewährte die Beklagte der Klägerin Zuschüsse zum Kran- 4
kengeld iHv. 3.317,47 Euro und eine tarifliche Einmalzahlung iHv. 120,00 Euro
sowie im Jahr 2016 den Bezug sog. Jubiläumsaktien im Wert von 147,75 Euro.
Zudem erhielt die Klägerin in den Jahren 2015 bis 2017 jeweils ein Urlaubsgeld
iHv. 1.150,00 Euro, ein Weihnachtsgeld iHv. durchschnittlich 5.278,00 Euro und
ein Tankdeputat iHv. 1.125,00 Euro sowie für das Jahr 2015 einen Bonus iHv.
2.425,00 Euro und für das Jahr 2016 iHv. 2.240,00 Euro. Die Zahlung der Kran-
kengeldzuschüsse sowie des Urlaubs- und Weihnachtsgeldes beruhte auf einer

mit dem Betriebsrat vereinbarten Betriebsordnung, die Gewährung des Tankdeputats, der Jubiläumsaktien und des Bonus jeweils auf Vereinbarungen mit dem Gesamtbetriebsrat.

In den Jahren 2012 bis 2017 bildete die Beklagte im Hinblick auf die der Klägerin zugesagte betriebliche Altersversorgung Rückstellungen iHv. insgesamt 14.600,00 Euro. 5

Die Beklagte kündigte - nach Anhörung der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebsrats sowie mit Zustimmung des Integrationsamts - das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 17. Juli 2018 ordentlich zum 28. Februar 2019 und berief sich zur Begründung auf die wirtschaftlichen Belastungen im Zusammenhang mit der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin. 6

Dagegen hat die Klägerin sich rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt und beantragt, 7

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die fristgemäße Kündigung der Beklagten vom 17. Juli 2018 zum 28. Februar 2019 beendet wird;
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin zu den bisherigen Bedingungen als Supply Operations Administrator über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus weiterzubeschäftigen.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. 8

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat ihre Berufung gegen das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil zu Recht zurückgewiesen. 9

- I. Der Kündigungsschutzantrag ist begründet. Die Kündigung der Beklagten vom 17. Juli 2018 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Sie ist nicht durch Gründe, die in der Person der Klägerin liegen, bedingt iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. 10
1. Die Wirksamkeit einer - wie hier - auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützten ordentlichen Kündigung setzt zunächst eine negative Gesundheitsprognose voraus. Im Kündigungszeitpunkt müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen (erste Stufe). Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen, wenn sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen (zweite Stufe). Ist dies der Fall, ist im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen (dritte Stufe) (*st. Rspr., zuletzt BAG 25. April 2018 - 2 AZR 6/18 - Rn. 19, BAGE 162, 327*). 11
2. Das Landesarbeitsgericht hat ohne revisiblen Rechtsfehler angenommen, es habe zwar eine negative Gesundheitsprognose bestanden, die Beklagte habe jedoch keine erhebliche Beeinträchtigung ihrer betrieblichen Interessen durch die künftig zu erwartenden krankheitsbedingten Fehlzeiten der Klägerin dargetan. 12
- a) Es liegt kein Fall vor, in dem gesonderte Darlegungen der Beklagten zu erheblichen Beeinträchtigungen ihrer betrieblichen Interessen entbehrlich gewesen wären. Die Beklagte behauptet selbst nicht, im Zeitpunkt der Kündigung habe eine krankheitsbedingte dauernde Leistungsunfähigkeit der Klägerin festgestanden oder es habe doch in den nächsten 24 Monaten nicht mit ihrer - der Klägerin - Genesung gerechnet werden können (*vgl. BAG 13. Mai 2015 - 2 AZR 565/14 - Rn. 18*). 13
- b) Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, die Beklagte habe Betriebsablaufstörungen infolge der 14

krankheitsbedingten Ausfälle der Klägerin nicht hinreichend konkret vorgetragen. Dies wird auch von der Revision nicht in Frage gestellt.

- c) Auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts, es sei keine erhebliche Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Beklagten zu besorgen gewesen, ist rechtsfehlerfrei. 15
- aa) Für die Erstellung einer Prognose, mit welchen wirtschaftlichen Belastungen der Arbeitgeber aufgrund künftiger krankheitsbedingter Ausfallzeiten des Arbeitnehmers zu rechnen hat, ist vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls ein (vergangenheitsbezogener) Referenzzeitraum von drei Jahren maßgeblich. Ist eine Arbeitnehmervertretung gebildet, ist auf die letzten drei Jahre vor Einleitung des Beteiligungsverfahrens abzustellen (*vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 6/18 - Rn. 23, BAGE 162, 327*). 16
- bb) Die Prognose muss eine erhebliche künftige Beeinträchtigung des Austauschverhältnisses ergeben. Die berechtigte Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers muss in einem Maß unterschritten sein, dass es ihm unzumutbar ist, über die Dauer der Kündigungsfrist hinaus an dem (unveränderten) Arbeitsverhältnis festzuhalten (*vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 6/18 - Rn. 36, BAGE 162, 327*). 17
- cc) Für die Beurteilung der zu erwartenden wirtschaftlichen Belastungen sind vor allem Entgeltfortzahlungskosten gemäß §§ 3, 4 EFZG im Referenzzeitraum beachtlich (*st. Rspr., vgl. BAG 16. Februar 1989 - 2 AZR 299/88 - zu B III der Gründe, BAGE 61, 131*). Sie sind Ausdruck einer Störung des Synallagmas zwischen der Arbeitsleistung auf der einen und der vereinbarten Vergütung auf der anderen Seite. Soweit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geschuldet ist, steht der allein für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers versprochenen laufenden Vergütung kein Pendant gegenüber. Dieser Belastung können Arbeitgeber sich nicht durch abweichende Regelungen „entziehen“ (§ 12 EFZG). Unter §§ 3, 4 EFZG fallen auch „arbeitsleistungsbezogene“ Sondervergütungen mit reinem Entgeltcharakter (*vgl. BAG 21. März 2001 - 10 AZR 28/00 - zu II der Gründe, BAGE 97, 211; ErfK/Preis 21. Aufl. BGB § 611a Rn. 541 ff.*). 18

- dd) Zuschüsse zum Krankengeld sind grundsätzlich nicht zulasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Ihre Zahlung beruht - anders als die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach §§ 3, 4 EFZG - nicht auf einer zwingenden gesetzlichen Verpflichtung. Mit der Zusage derartiger Zuschüsse übernimmt der Arbeitgeber vielmehr „freiwillig“ ein nach dem Gesetz dem Arbeitnehmer zugewiesenes Risiko. Verwirklicht es sich, soll dies - in finanzieller Hinsicht - allein zu seinen Lasten gehen und regelmäßig nicht den Bestandsschutz des Arbeitnehmers mindern (*vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 6/18 - Rn. 31, BAGE 162, 327*). 19
- ee) Leistungen, mit denen ausschließlich erbrachte und/oder künftig erwartete Betriebstreue und nicht auch eine bestimmte Arbeitsleistung honoriert werden soll, gehen kündigungsrechtlich ebenfalls nicht zulasten des Arbeitnehmers. Der mit diesen Leistungen vom Arbeitgeber verfolgte Zweck wird durch die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht gestört. Der hierfür notwendige Bestand des Arbeitsverhältnisses bleibt von dem krankheitsbedingten Ausfall unberührt, der Arbeitgeber erhält gleichwohl die volle von ihm angestrebte Gegenleistung. 20
- ff) Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt (*Sondervergütungen, § 4a EFZG*), stellen selbst dann keine „kündigungsrelevante“ wirtschaftliche Belastung dar, wenn sie nicht allein für den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern auch für eine Arbeitsleistung im Bezugszeitraum gezahlt werden. Zwar führt die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers insofern zu einer - teilweisen - Störung des Austauschverhältnisses. Doch ist diesbezüglich durch § 4a EFZG eine abschließende Risikozuweisung erfolgt. Nach Satz 1 der Vorschrift sind Vereinbarungen über die Kürzung von Sondervergütungen auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit zulässig; nach ihrem Satz 2 darf die Kürzung für jeden Tag der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bis zu einem Viertel des Arbeitsentgelts betragen, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt. Mit einer entsprechenden Kürzung sind Störungen im „Arbeitsleistungsanteil“ der Sondervergütung als behoben anzusehen. Fehlt es an einer Kürzungsregelung, hat der Arbeitgeber das Risiko der unverminderten Zahlung zu tragen (*vgl. Däubler/Deinert/Zwanziger/Deinert KSchR 11. Aufl. § 1 KSchG Rn. 128*). 21

- gg) Eine kündigungsrelevante wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers liegt - vorbehaltlich einer Interessenabwägung auf der dritten Stufe - vor, wenn prognostisch die zulasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigenden Kosten jährlich insgesamt den Betrag übersteigen, der gemäß §§ 3, 4 EFZG als Entgeltfortzahlung für sechs Wochen geschuldet ist (*vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 6/18 - Rn. 36, BAGE 162, 327*). 22
- hh) Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise eine erhebliche wirtschaftliche Belastung der Beklagten durch künftig zu erwartende Krankheitszeiten der Klägerin verneint. 23
- (1) Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler auf einen Prognosezeitraum von - etwas mehr als - drei Jahren vor der Anhörung von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung durch die Beklagte im Juli 2018 abgestellt. Es war nicht deshalb zwingend geboten, über den bis Mitte 2015 zurückreichenden „Regelreferenzzeitraum“ oder doch - wie es das Berufungsgericht letztlich zugunsten der Beklagten getan hat - den Anfang des Jahres 2015 hinauszugehen, weil die Klägerin in den Jahren 2012 bis 2014 jeweils mit Entgeltfortzahlung belastete Arbeitsunfähigkeitszeiten von mehr als sechs Wochen aufgewiesen hatte. Ihre Beschäftigung in den letzten, für die (zukunftsbezogene) Prognose besonders aussagekräftigen drei bis dreieinhalb Jahren vor der Beteiligung der beiden Arbeitnehmervertretungen zu der streitbefangenen Kündigung war geprägt von längeren, nicht mehr entgeltfortzahlungspflichtigen Arbeitsunfähigkeitszeiten. Das gilt nicht nur für die Jahre 2015 und 2016, sondern auch wieder für die Zeit von Ende 2017 bis Mitte Juli 2018. 24
- (2) Zulasten der Klägerin sind für das Jahr 2017 die nicht auf ihren für eine Prognose irrelevanten Unfall zurückzuführenden Entgeltfortzahlungskosten iHv. 8.563,29 Euro zu berücksichtigen. 25
- (3) Weitere Leistungen der Beklagten bleiben für die Prognose der zukünftig zu erwartenden wirtschaftlichen Belastungen der Beklagten außer Betracht. 26

- (a) Das sich nur im Jahr 2015 für sie verwirklichte Risiko, Krankengeldzuschüsse zahlen zu müssen, ist von der Beklagten in der Betriebsordnung „freiwillig“ übernommen worden. 27
- (b) Die Zuwendung sog. Jubiläumsaktien im Jahr 2016 erfolgte nach der betreffenden Betriebsvereinbarung allein wegen der Zurücklegung einer bestimmten Dienstzeit. Diese Gegenleistung hat die Beklagte ungeachtet der Krankheitszeiten der Klägerin voll erhalten. 28
- (c) Das Urlaubs- und Weihnachtsgeld sowie das Tankdeputat sind auch für die Jahre 2015 und 2016, in denen die Klägerin durchgehend arbeitsunfähig war, nicht zu ihren Lasten zu berücksichtigen. Es spricht schon vieles dafür, dass mit diesen Leistungen allein der Bestand eines nicht ruhenden Arbeitsverhältnisses und nicht auch eine Arbeitsleistung im Bezugszeitraum honoriert werden sollte und deshalb durch die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin überhaupt keine Störung im Austauschverhältnis eingetreten ist. Jedenfalls hat nach § 4a EFZG die Beklagte das Risiko zu tragen, diese Leistungen ungeachtet der ganzjährigen Arbeitsunfähigkeit der Klägerin erbringen zu müssen. 29
- (d) Die nach der zugrunde liegenden Betriebsvereinbarung vom Erreichen persönlicher Ziele und dem Unternehmenserfolg abhängigen Boni für das Jahr 2015 iHv. 2.425,00 Euro und das Jahr 2016 iHv. 2.240,00 Euro dürften als „arbeitsleistungsbezogene“ Sondervergütungen mit reinem Entgeltcharakter unter §§ 3, 4 EFZG gefallen und deshalb nicht für Zeiträume geschuldet gewesen sein, in denen - wie in den gesamten Jahren 2015 und 2016 - kein Anspruch der Klägerin auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bestand. Andernfalls wirkten sie nach der Risikozuweisung des § 4a EFZG gleichermaßen nicht „kündigungsbe gründend“. 30
- (e) Die tarifliche Einmalzahlung im Jahr 2015 iHv. 120,00 Euro hat ebenfalls kündigungsrechtlich außer Betracht zu bleiben, weil sie entweder für eine Zeit vor dem bis maximal zum 1. Januar 2015 zurückreichenden Referenzzeitraum oder als pauschalierte Nachzahlung laufenden Arbeitsentgelts für das Jahr 2015 und 31

damit nach §§ 3, 4 EFZG ohne Rechtsgrund oder aber als eine von einer konkreten Gegenleistung unabhängige Sonderzahlung erbracht wurde.

(f) Es bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Pensionsrückstellungen zulasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sein können. Angesichts eines undifferenziert behaupteten Gesamtbetrags von 14.600,00 Euro für den Zeitraum 2012 bis 2017 ist vorliegend schon eine Aufteilung auf die allein prognoserelevanten Jahre 2015 bis 2017 nicht möglich. 32

II. Der scheinbar zeitlich unbegrenzte Beschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Er ist mit dem Landesarbeitsgericht dahin auszulegen, dass die Klägerin nur ihre vorläufige Weiterbeschäftigung für die Dauer der Bestandsstreitigkeit begehrt. Diese ist mit dem vorliegenden Urteil rechtskräftig abgeschlossen. 33

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 34

Koch

Schlünder

Niemann

Krüger

B. Schipp