



Beteiligung der Schwerbehinderten-
vertretung bei Kündigungen

Handlungsleitfaden für Arbeitgeber

Oktober 2017

Impressum

© Oktober 2017

Arbeitgeberverband Gesamtmetall
(Gesamtverband der Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie e. V.)
Voßstraße 16, 10117 Berlin
Telefon 030/55150-0
Telefax 030/55150-400
info@gesamtmetall.de
www.gesamtmetall.de
Ansprechpartner: David Beitz
Bearbeitet von: David Beitz

Dieser Leitfaden ist mit großer Sorgfalt erstellt worden. Er ersetzt gleichwohl die Beratung im Einzelfall nicht. Mit der Bitte um Verständnis wird darauf hingewiesen, dass keinerlei Haftung übernommen wird.

Inhalt

Vorbemerkung	1
I. Erster Schritt: Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung	2
1. Zeitlicher Anwendungsbereich – Wartezeitkündigung	2
2. Vertrauensperson als richtiger Empfänger	3
3. Unverzüglichkeit der Unterrichtung	3
a. Position der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter	4
b. Arbeitsrechtliche Bewertung	4
c. Verhältnis der Unterrichtung zur Antragstellung beim Integrationsamt	5
d. Verhältnis der Unterrichtung zur Anhörung des Betriebsrats	5
4. Inhalt und Form der Unterrichtung	6
II. Zweiter Schritt: Anhörung der Schwerbehindertenvertretung	8
1. Anhörungsfrist.....	8
2. Inhalt und Form der Anhörung	8
3. Zeitpunkt der Anhörung	9
4. Ergänzen der Anhörung.....	10
III. Dritter Schritt: Unverzügliche Mitteilung	11
IV. Ablaufplan.....	12

Vorbemerkung

Den Arbeitgeber trifft nach § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX (ab 2018: § 178) schon seit langem die Pflicht, die Schwerbehindertenvertretung bei allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren,

1. unverzüglich und umfassend zu unterrichten,
2. anzuhören und
3. ihr die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen.

Bei der **Kündigung** eines schwerbehinderten Menschen ist die Nichtbeachtung dieser Pflicht nun durch die arbeitsrechtliche **Sanktion der Unwirksamkeit** ergänzt worden. Der neu eingeführte § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX lautet in seiner seit dem 30. Dezember 2016 geltenden Fassung:

Die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung nach Satz 1 ausspricht, ist unwirksam.

Aufgrund dieser neuen Unwirksamkeitssanktion ist es künftig **unerlässlich**, die Schwerbehindertenvertretung vor dem Ausspruch der Kündigung eines schwerbehinderten Menschen umfassend zu beteiligen. Die sog. Beteiligungstrias aus Unterrichtung, Anhörung und Mitteilung gilt **auch für gleichgestellte** behinderte Menschen (vgl. § 2 Abs. 3 SGB IX).

Der Ausspruch der Kündigung ohne korrekte Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ist **unheilbar unwirksam**.

Auch eine Nachholung der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach Ausspruch der Kündigung ist nicht (mehr) möglich. Die neu eingeführte Unwirksamkeitssanktion in § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX verdrängt jedenfalls bei Kündigungen die in § 95 Abs. 2 S. 2 SGB IX vorgesehene Möglichkeit zur Aussetzung der Entscheidung und Nachholung der Beteiligung. Bei einer unterbliebenen Unterrichtung und/oder Anhörung der Schwerbehindertenvertretung verbleibt daher nur noch die Möglichkeit, ein **erneutes** Kündigungsverfahren einzuleiten und nach nunmehr erfolgter Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung eine zweite Kündigung auszusprechen. Dies aber wird nicht immer möglich sein, etwa bei einer außerordentlichen Kündigung, die der Fristbindung des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB unterliegen.

I. Erster Schritt: Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung

1. Zeitlicher Anwendungsbereich – Wartezeitkündigung

Das Beteiligungsrecht der Schwerbehindertenvertretung ist **zwingend** bei allen Angelegenheiten zu beachten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren. Dies gilt aufgrund der neu eingeführten Unwirksamkeitssanktion insbesondere dann, wenn einem schwerbehinderten Menschen oder einem nach § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellten, behinderten Menschen gekündigt werden soll.

Das Beteiligungsrecht greift **auch in der sechsmonatigen Wartezeit** nach § 1 Abs. 1 KSchG. Die Regelung des § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX, wonach die Kündigung in der Wartezeit keiner Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, findet auf die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung keine Anwendung. Die Schwerbehindertenvertretung ist, ebenso wie der Betriebsrat, daher auch dann zu beteiligen, wenn das Arbeitsverhältnis des schwerbehinderten oder ihm gleichgestellten Menschen weniger als 6 Monate bestanden hat.¹ Eine ohne die Beteiligung ausgesprochene Kündigung ist **unwirksam**.

Problematisch ist allerdings, dass der Arbeitgeber oftmals **keine Kenntnis** von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers hat. Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) ist der Arbeitnehmer in der sechsmonatigen Wartezeit nicht verpflichtet, eine Schwerbehinderung zu offenbaren.² Eine entsprechende Frage darf er wahrheitswidrig beantworten. Als Begründung wird bislang angeführt, dass die Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderteneigenschaft erst nach Ablauf der Wartezeit erforderlich sei, um im Falle einer anstehenden Kündigung die Pflichten aus §§ 85 ff. SGB IX wahrzunehmen.³

Diese Auffassung kann nach Einführung des neuen § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX u. E. keinen Bestand mehr haben. Es sprechen aufgrund der geänderten Sanktionsandrohung gute Argumente dafür, dass dem Arbeitgeber auch **vor** Ablauf von 6 Monaten ein **Fragerecht** zusteht, wenn eine Kündigungsabsicht vorhanden ist und diese Absicht dem Arbeitnehmer mitgeteilt wurde.⁴ Aufgrund der nunmehr drohenden Unwirksamkeit der Kündigung muss der Arbeitgeber wissen, ob er die Rechte der Schwerbehindertenvertretung wahren muss. Beantwortet der Arbeitnehmer die Frage nach der Schwerbehinderung wahrheitswidrig, ist es ihm verwehrt, sich in einem Kündigungsschutzverfahren auf die fehlende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung zu berufen.⁵

Praxishinweis: Aufgrund der drohenden Unwirksamkeit einer Wartezeitkündigung eines schwerbehinderten oder ihm gleichgestellten Arbeitnehmers bei fehlender Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ist künftig sorgfältig abzuwägen, ob der Arbeitnehmer im Fall einer beabsichtigten Kündigung nach einer etwaigen Schwerbehinderung oder Gleichstellung gefragt werden sollte. Der Arbeitgeber sollte hierbei seine Kündigungsabsicht als Anlass der Frage gegenüber dem Arbeitnehmer offenlegen. Will der Arbeitgeber seine Kündigungsabsicht nicht offenlegen, sollte er die Kündigung so rechtzeitig vor Ablauf der Wartezeit aussprechen, dass nach Bekanntwerden der Schwerbehinderung noch in der Wartezeit eine erneute Kündigung – nun mit Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung – ausgesprochen werden kann. Eine Beratung durch den Verband wird empfohlen.

¹ Fuhlrott, ArbRAktuell 2017, 453; Kleinebrink, DB 2017, 126, 127; Richter, ArbRAktuell 2017, 84, 85; Bayreuther, NZA 2017, 87, 88; Schmitt, BB 2017, 2293, 2296.

² BAG v. 16.02.2012 - 6 AZR 553/10.

³ BAG v. 16.02.2012 - 6 AZR 553/10, zum Ganzen auch Husemann, RdA 2014, 16 ff.

⁴ So auch Richter, ArbRAktuell 2017, 84, 86; Benkert, NJW-Spezial 2017, 370, 371; Fuhlrott, ArbRAktuell 2017, 453, 454; kritisch hierzu Schmitt, BB 2017, 2293, 2296.

⁵ So die Rechtsfolge bei BAG v. 16.02.2012 - 6 AZR 553/10.

2. Vertrauensperson als richtiger Empfänger

Der Arbeitgeber erfüllt seine Pflicht nur, sofern die Unterrichtung gegenüber der zuständigen Empfangsperson erfolgt. Das ist die **Vertrauensperson** der schwerbehinderten Menschen (= Schwerbehindertenvertreter). Ist die Vertrauensperson an der Entgegennahme der Unterrichtungserklärung verhindert, so wird sie nach § 94 Abs. 1 S. 1 SGB IX durch das erste stellvertretende Mitglied vertreten.

Praxishinweis: Ist in einem Betrieb keine örtliche Schwerbehindertenvertretung gebildet, muss – falls vorhanden – die Gesamtschwerbehindertenvertretung oder bei deren Fehlen die Konzernschwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 S. 1 - 3 SGB IX beteiligt werden. Nach § 97 Abs. 6 S. 1 und 2 SGB IX vertritt die Gesamt- bzw. die Konzernschwerbehindertenvertretung die Interessen von schwerbehinderten Menschen, die in einem Betrieb tätig sind, für den eine örtliche Schwerbehindertenvertretung nicht gewählt ist. Eine in diesem Fall ohne die Beteiligung der nächsthöheren Stufenvertretung ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

Eine Unterrichtung gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden genügt nicht.⁶ Die Schwerbehindertenvertretung ist nach §§ 94, 95 SGB IX ein eigenständiges Organ und daher **gesondert** zu beteiligen.

Praxishinweis: Auch wenn die Vertrauensperson neben ihrem Amt als Schwerbehindertenvertretung Mitglied des Betriebsrats ist oder nach § 95 Abs. 4 S. 1 SGB IX an den Sitzungen des Betriebsrats als Gast teilnimmt, sollte sie dennoch vorsorglich gesondert als eigenständiges Organ adressiert und in dieser Funktion nach § 95 Abs. 2 SGB IX unterrichtet (und angehört) werden.

Erfolgt die Unterrichtung wie empfohlen schriftlich (hierzu unter 4.), kann die Zustellung in der Weise geschehen, dass die Erklärung in eine von der Schwerbehindertenvertretung bestimmte **Empfangsvorrichtung** gelangt. Eine derartige Empfangsvorrichtung kann jedoch nur angenommen werden, wenn die Erklärung mit dem Einlegen einem Zugriff des Absenders oder Beförderers, d. h. des Arbeitgebers, entzogen ist. Ein offenes Postfach in der Poststelle soll dafür nicht ausreichend sein.⁷ Der Zugang eines Schreibens wird in diesem Fall daher nicht durch das Einlegen in das Postfach bewirkt, sondern erst durch die tatsächliche Entnahme durch die Vertrauensperson (bzw. ihren Stellvertreter).

Praxishinweis: Der Arbeitgeber sollte dafür sorgen, dass die Schwerbehindertenvertretung ein persönliches und zugriffgeschütztes Postfach bzw. bei eigenen Räumlichkeiten einen Briefkasten erhält. Die bisher teils übliche Zuleitung „über den Betriebsrat“ ist nicht ausreichend und führt zur Unwirksamkeit der Unterrichtung.

3. Unverzüglichkeit der Unterrichtung

Nach § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX muss die Schwerbehindertenvertretung „**unverzüglich**“ unterrichtet werden. Eine ohne die gesetzlich zwingend vorgesehene Unterrichtung ausgesprochene Kündigung ist nach § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX **unwirksam**.

Derzeit umstritten ist, welche Auswirkungen das Erfordernis der „Unverzüglichkeit“ auf den Zeitpunkt der Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung sowie auf das zeitliche Verhältnis zu der ebenfalls erforderlichen Beteiligung des Integrationsamtes nach den §§ 85 ff.

⁶ Vgl. für den Personalrat: BAG v. 15.2.2005 - 9 AZR 635/03.

⁷ Vgl. für den Personalrat: LAG Berlin-Brandenburg v. 31.01.2007 - 17 Sa 1599/06.

SGB IX hat. Die gleiche Frage stellt sich bei dem Verhältnis zur Beteiligung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG. Im Einzelnen:

a. Position der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter

Die Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen (BIH) vertritt in Ihrem teilweise irreführenden Positionspapier vom 21. März 2017 zwar die Auffassung, dass die „ordnungsgemäße Beteiligung“ der Schwerbehindertenvertretung „vor, während oder nach dem Zustimmungsverfahren“ beim Integrationsamt erfolgen kann.⁸ Danach soll ein Antrag auf Zustimmung zur Kündigung eines schwerbehinderten Beschäftigten weder unzulässig noch unbegründet sein, wenn die ordnungsgemäße Beteiligung durch den Arbeitgeber nach § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX zuvor nicht stattgefunden hat.

Diese Auffassung hat u. E. **keine Relevanz** für die arbeitsrechtliche Wirksamkeit der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung. Sie bietet daher auch keine Rechtssicherheit für die Wirksamkeit einer Kündigung. Mit dem Positionspapier wird nur aus Sicht der Verwaltung klargestellt, dass ein Antrag nach den §§ 85 ff. SGB IX von den Integrationsämtern nicht zurückgewiesen wird, falls die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Antragstellung noch aussteht. Das hilft aber nicht, wenn die Kündigung vor einem Arbeitsgericht angegriffen wird. Die Arbeitsgerichte sind an die Aussagen der BIH nicht gebunden. Hier kommt es ausschließlich auf die folgende **arbeitsrechtliche Bewertung** an:

b. Arbeitsrechtliche Bewertung

Die Frage, wann die Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung noch „unverzüglich“ ist, kann derzeit nicht abschließend beantwortet werden. Ebenso unklar ist, welche Rechtsfolgen eine nicht mehr unverzügliche Unterrichtung nach sich zieht. Eine endgültige Klärung des Begriffs durch die höchstrichterliche Rechtsprechung steht noch aus. Grundsätzlich gilt:

Die Unterrichtung soll der Schwerbehindertenvertretung eine Meinungsbildung und eine Stellungnahme gegenüber dem Arbeitgeber ermöglichen. Sie muss daher zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem die Vertretung den angedachten Kündigungsentschluss durch das Äußern von Bedenken oder Anregungen noch **beeinflussen** kann.⁹ Aus dieser besonderen Zielsetzung des § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX folgt, dass der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung ohne schuldhaftes Zögern unterrichten muss, sobald er von einer Angelegenheit Kenntnis erlangt, die einen schwerbehinderten Menschen betrifft und zu einer Kündigungsabsicht führen kann. Die Regelung stellt damit auf einen **früheren Zeitpunkt** als § 102 BetrVG ab, der lediglich eine Anhörung des Betriebsrats „vor jeder Kündigung“ verlangt. Das gilt auch für das Antragsverfahren vor dem Integrationsamt nach § 85 SGB IX, wonach die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen der „vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes“ bedarf.

Derzeit ungeklärt ist zudem, ob die Kündigung auch dann nach § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX unwirksam ist, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung zwar unterrichtet, diese Unterrichtung aber nicht unverzüglich, im Übrigen aber umfassend und vor Ausspruch der Kündigung erfolgt. U. E. wird durch die gesetzliche Neuregelung nur die fehlende Information und Anhörung vor der Kündigung sanktioniert werden, so dass die Kündigung in diesem Fall wirksam bleibt. Ziel der Gesetzesänderung war insbesondere die mindestens gleichzeitige Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung im Verhältnis zur Beteiligung des Betriebsrates. Der Arbeitgeber kann aber die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG zu einer beabsichtigten Kündigung eines schwerbehinderten Menschen auch zu einem späteren Zeitpunkt einleiten (dazu unter d.).

⁸ Abrufbar unter: <https://www.integrationsaemter.de/Unwirksamkeitsklausel/678c/index.html>

⁹ BAG v. 22.08.2013 - 8 AZR 574/12; Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 4. Aufl. 2014, Rn. 50.

Für eine Unwirksamkeit der Kündigung bei einer „verspäteten“ Unterrichtung spricht hingegen der klare Wortlaut des § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX, der ausdrücklich und damit abweichend von § 102 BetrVG und § 85 SGB IX eine unverzügliche und umfassende Unterrichtung verlangt. Bis zur höchstrichterlichen Klärung der Rechtslage besteht daher ein hohes Risiko, dass auch die nicht „unverzügliche“, aber vollständige Unterrichtung zur Unwirksamkeit der Beteiligung und damit zur unheilbaren **Unwirksamkeit** der Kündigung führt.

Praxishinweis: Die Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung sollte erfolgen, wenn der Arbeitgeber genügend Tatsachen kennt, die zu einem Kündigungsentschluss führen können, d. h. greifbare Umstände vorliegen, die das Arbeitsverhältnis aus verhaltens-, betriebs- oder personenbezogenen Gründen gefährden können. Wann dies der Fall ist, hängt stark von der Art des Kündigungssachverhalts ab. Sollte sich ein Kündigungssachverhalt abzeichnen, wird eine frühzeitige Beratung durch den Verband empfohlen, um das weitere Vorgehen in Bezug auf die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung zu erörtern.

c. Verhältnis der Unterrichtung zur Antragstellung beim Integrationsamt

Die Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung muss unverzüglich erfolgen und wird daher regelmäßig schon **vor der Stellung des Antrags beim Integrationsamt** erfolgen.¹⁰ Eine Unterrichtung erst nach Antragstellung dürfte hingegen im Regelfall nicht mehr unverzüglich sein. Spätestens mit der Antragstellung beim Integrationsamt ist es den Arbeitgeber ohne schuldhaftes Zögern möglich, die Schwerbehindertenvertretung ausreichend zu informieren. Wird dies unterlassen, besteht derzeit ein hohes Risiko der Unwirksamkeit der Kündigung (vgl. bereits oben unter b.).

Praxishinweis: In (Eil-)fällen, in denen der Antrag beim Integrationsamt unverzüglich nach Kenntnis des Kündigungssachverhalts durch den Arbeitgeber gestellt wird, dürfte u. E. auch eine gleichzeitige Beteiligung von Integrationsamt und Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung noch zulässig sein.¹¹ Aufgrund der derzeit unklaren Rechtslage empfehlen wir in diesem Fall, die vorherige Beratung durch den Verband in Anspruch zu nehmen.

Um im Streitfall darlegen zu können, dass die Schwerbehindertenvertretung unverzüglich und aus Gründen der anwaltlichen Vorsicht grundsätzlich „als erste Stelle“ beteiligt wurde, sollte der Zeitpunkt der Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung und der Antragstellung beim Integrationsamt stets ausreichend dokumentiert werden.

d. Verhältnis der Unterrichtung zur Anhörung des Betriebsrats

Neben der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 SGB IX ist vor der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers – falls vorhanden – auch der **Betriebsrat** nach § 102 BetrVG anzuhören.

Die Beteiligungsverfahren von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung sind unabhängig voneinander zu betrachten. Die unverzügliche Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung ist eine eigenständige Pflicht des Arbeitgebers und **unabhängig** von der Pflicht, den Betriebsrat nach § 102 BetrVG vor Ausspruch einer Kündigung anzuhören. Im Gegensatz zur Betriebsratsanhörung muss der Arbeitgeber – wie bereits dargelegt – bei der Unterrich-

¹⁰ So auch die Empfehlung bei Bayreuther, NZA 2017, 87, 90; Baeck/Winzer/Abend, NZG 2017, 651, 652; Klein, NJW 2017, 852, 854; Richter, ArbRAktuell 2017, 84, 86; Lingemann/Steinhausner, NJW 2017, 1369, 1370; Schmitt, BB 2017, 2293, 2296.

¹¹ Vgl. Kleinebrink, DB 2017, 126, 128; Mühlmann, NZA 2017, 884, 886; kritisch hierzu Schmitt, BB 2017, 2293, 2296 und Benkert, NJW-Spezial 2017, 371.

tung der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX unverzüglich handeln. Eine Unterrichtung erst nach der Anhörung des Betriebsrats dürfte daher regelmäßig zur Unwirksamkeit der Kündigung führen (vgl. bereit unter b.).

Die Beteiligung des Betriebsrats kann zudem – anders als bei der Schwerbehindertenvertretung – auch noch **nach** der Stellung des Zustimmungsantrags beim Integrationsamt und dessen Entscheidung erfolgen. Erfahrungsgemäß werden v. a. in dem sich an die Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung anschließenden Verfahren vor dem Integrationsamt von Seiten des Arbeitnehmers bzw. seines Prozessbevollmächtigten weitere relevante Angaben zum Kündigungssachverhalt vorgetragen. Der Arbeitgeber wird oftmals erst nach Abschluss des Verfahrens in der Lage sein, den Sachverhalt „umfassend und vollständig“ vor dem Betriebsrat darzulegen.

Praxishinweis: Es ist grundsätzlich zu empfehlen, die unverzügliche Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung und das Anhörungsverfahren mit dem Betriebsrat nach § 102 BetrVG zeitlich zu trennen und die Anhörung des Betriebsrats erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Integrationsamt durchzuführen.

Die Anhörung des Betriebsrats sollte allerdings insbesondere bei fristlosen Kündigungen bereits parallel zum laufenden Verfahren vor dem Integrationsamt vorbereitet werden, um nach dessen Abschluss die Anhörung möglichst zeitnah einleiten zu können.

Zu empfehlen ist zudem, den Betriebsrat bereits vor der eigentlichen Anhörung nach § 102 BetrVG über die unverzügliche Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung zu informieren, damit der Betriebsrat nicht von der Mitteilung des Integrationsamtes im Rahmen des § 87 Abs. 2 SGB IX überrascht wird. Eine Möglichkeit ist, dem Betriebsrat das „unverzügliche“ Unterrichtungsschreiben an die Schwerbehindertenvertretung als Kopie zur Kenntnisnahme zu übermitteln.

4. Inhalt und Form der Unterrichtung

Aus § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX folgt nicht, welche **inhaltlichen** Anforderungen an die Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers gegenüber der Schwerbehindertenvertretung zu stellen sind. Der Gesetzeswortlaut beschränkt sich auf die Formulierung einer „unverzüglichen und umfassenden“ Unterrichtung.

Nach ganz h. M. genügt es für eine ordnungsgemäße Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung, wenn sie inhaltlich den Anforderungen des § 102 BetrVG entspricht.¹² Auch dem Betriebsrat müssen sämtliche Umstände mitgeteilt werden, die aus Sicht des Arbeitgebers im Hinblick auf die beabsichtigte Kündigung von Relevanz sind, d. h. auch die im Zusammenhang mit der Schwerbehinderung stehenden Umstände. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die unverzügliche Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung im Regelfall zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem das Verfahren vor dem Integrationsamt noch nicht begonnen hat. Die Unterrichtung kann und muss daher auch nur diejenigen Tatsachen enthalten, die dem Arbeitgeber bereits zu diesem frühen Zeitpunkt bekannt sind.

Praxishinweis: Der Arbeitgeber sollte bei der Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung alle Informationen zur Verfügung stellen, bei denen er beabsichtigt, diese auch dem Integrationsamt bei dem Antrag auf Zustimmung zu übermitteln. Eine gesonderte Aufbereitung dieser Informationen ist zwar grundsätzlich nicht notwendig. Bei der Unterrichtung ist allerdings darauf zu achten, dass etwaige Unterlagen an die Begrifflichkeiten des § 95

¹² Baeck/Winzer/Abend, NZG 2017, 651, 652; Benkert, NJW-Spezial 2017, 370; Klein, NJW 2017, 852, 854; Richter, ArbRAktuell 2017, 84, 86; Lingemann/Steinhauser, NJW 2017, 1369, 1370; Schmitt, BB 2017, 2293, 2296.

SGB IX angepasst werden (z. B. „Unterrichtung nach § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX“). Zur Möglichkeit, die Unterrichtung mit der Anhörung zu verbinden, vgl. unter II. 3.

Werden nach der Unterrichtung im weiteren Verlauf – z. B. im Verfahren vor dem Integrationsamt oder bei der Betriebsratsanhörung – neue Tatsachen zum Kündigungssachverhalt bekannt, müssen diese gegenüber der Schwerbehindertenvertretung nachgereicht werden (hierzu unter II. 4.).

§ 95 Abs. 2 SGB IX schreibt keine besondere Form der Unterrichtung vor. Grundsätzlich genügt damit auch eine mündliche Unterrichtung.

Praxishinweis: Die sorgfältige Dokumentation der Unterrichtung erleichtern dem Arbeitgeber in einem Kündigungsrechtsstreit den Nachweis, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang er die Schwerbehindertenvertretung beteiligt hat. Eine schriftliche Unterrichtung oder zumindest einer Unterrichtung in Textform (z. B. E-Mail oder Fax) ist daher zu empfehlen.

II. Zweiter Schritt: Anhörung der Schwerbehindertenvertretung

Anders als im § 102 BetrVG, der die Unterrichtung des Betriebsrats und die Gelegenheit zur Stellungnahme unter dem Oberbegriff „Anhörung“ zusammenfasst, werden in § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX die Begriffe Unterrichtung und Anhörung **getrennt** aufgeführt. Die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ist hier als eigenständige Pflicht des Arbeitgebers ausgestaltet und daher von der unverzüglichen Unterrichtung grundsätzlich zu unterscheiden. Auch bei wirksamer Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung führt eine fehlende oder fehlerhafte Anhörung nach § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX zur **Unwirksamkeit** der Kündigung.

Praxishinweis: Die Pflicht des Arbeitgebers zur Anhörung der Schwerbehindertenvertretung besteht unabhängig davon, dass auch das Integrationsamt gem. § 87 Abs. 2 SGB IX eine Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung einzuholen hat. Diese Stellungnahme ist Teil des behördlichen Zustimmungsverfahrens und ersetzt die innerbetriebliche Anhörung nicht.

1. Anhörungsfrist

Mit der Unterrichtung im ersten Verfahrensschritt erhält die Schwerbehindertenvertretung „unverzüglich“ diejenigen Informationen bzgl. der Angelegenheiten, die den schwerbehinderten Menschen betreffen. Hingegen bedeutet der Begriff „Anhörung“ in § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX die Möglichkeit der Schwerbehindertenvertretung, zu dem bekannt gewordenen Kündigungssachverhalt **Stellung zu nehmen** (hierzu sogleich unter 2.).

§ 95 Abs. 2 SGB IX enthält keine dem § 102 Abs. 2 BetrVG entsprechende Fristenregelung für eine etwaige Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung (Anhörungsfrist). Gleichwohl muss der Schwerbehindertenvertretung eine **angemessene Zeit** zur Stellungnahme zum Kündigungssachverhalt gewährt werden. Nach ganz überwiegender Auffassung kann sich der Arbeitgeber hierbei an dem Fristenregime des § 102 Abs. 2 BetrVG orientieren.¹³ Die Schwerbehindertenvertretung kann ihre Stellungnahme daher

- bei einer beabsichtigten außerordentlichen fristlosen Beendigungs- oder Änderungskündigung innerhalb von **drei Tagen**
- bei einer beabsichtigten ordentlichen fristgerechten Beendigungs- oder Änderungskündigung innerhalb von **einer Woche**

abgeben. Nach Ablauf der jeweiligen Frist ist das Anhörungsverfahren **abgeschlossen**. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die Schwerbehindertenvertretung geäußert hat. Ein Zustimmungs- oder Widerspruchsrecht sieht § 95 SGB IX nicht vor.

2. Inhalt und Form der Anhörung

Der Arbeitgeber muss eine Stellungnahme innerhalb der Anhörungsfrist „passiv“ ermöglichen und ernsthaft prüfen, falls die Schwerbehindertenvertretung sich innerhalb dieser Zeit äußert.¹⁴ Er ist daher grundsätzlich nicht verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung explizit dazu aufzufordern, zu der von ihm beabsichtigten Kündigung eine Stellungnahme abzugeben. Derzeit wohl überwiegend wird allerdings vertreten, dass die Anhörungsfrist nur

¹³ Bayreuther, NZA 2017, 87, 89; Baeck/Winzer/Abend, NZG 2017, 651, 652; Benkert, NJW-Spezial 2017, 371; Klein, NJW 2017, 852, 854; Kleinebrink, DB 2017, 126, 128; Lingemann/Steinhauser, NJW 2017, 1369, 1370; Richter, ArbRAktuell 2017, 84, 86.

¹⁴ BAG v. 14.03.2012 - 7 ABR 67/10; Kleinebrink, DB 2017, 126, 130.

dann zu laufen beginnt, wenn die Schwerbehindertenvertretung **ausdrücklich** auf die Möglichkeit zur Stellungnahme hingewiesen und ihr die entsprechende Frist gesetzt wird.¹⁵

Praxishinweis: Bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Problematik sollte die Schwerbehindertenvertretung im Rahmen der Anhörung ausdrücklich auf die Möglichkeit zur Stellungnahme innerhalb der für den Betriebsrat geltenden Fristen hingewiesen werden, wobei zu empfehlen ist, die jeweils einschlägige Anhörungsfrist zu nennen. Zur Frage, ob diese Aufforderung zur (fristgemäßen) Stellungnahme gesondert oder bereits im Rahmen der Unterrichtung erfolgt, vgl. unter 3.

§ 95 Abs. 2 SGB IX schreibt keine besondere Form der Anhörung vor. Grundsätzlich genügt damit auch eine mündliche Aufforderung zur Stellungnahme.

Praxishinweis: Wie bei der Unterrichtung gilt auch hier, dass eine sorgfältige Dokumentation der Anhörung dem Arbeitgeber in einem Kündigungsrechtsstreit den Nachweis erleichtern, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang er die Schwerbehindertenvertretung beteiligt hat. Eine schriftliche Aufforderung zur Stellungnahme oder zumindest eine Aufforderung in Textform (z. B. E-Mail oder Fax) ist daher zu empfehlen.

3. Zeitpunkt der Anhörung

Anders als bei der Unterrichtung wird ausdrücklich **keine** „unverzögliche“ Anhörung verlangt. Nach § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX muss die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung jedoch „vor einer Entscheidung“ erfolgen. Die Bedeutung dieser gesetzlichen Voraussetzung ist derzeit **umstritten**:

Nach einer in der Literatur zunehmend vertretenen Auffassung muss die Schwerbehindertenvertretung bereits angehört worden sein, **bevor** der Arbeitgeber einen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt stellt, d. h. die Schwerbehindertenvertretung muss bei Antragstellung bereits unterrichtet **und** die Frist zur Stellungnahme muss abgelaufen sein. Begründet wird dies damit, dass bereits in der Antragstellung gegenüber dem Integrationsamt eine „Entscheidung“ des Arbeitgebers i. S. d. § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX liege.¹⁶ Eine solche Auslegung würde allerdings dazu führen, dass eine weitere Anhörung nach der Zustimmung des Integrationsamts erfolgen müsste, da dann erneut „eine Entscheidung“, nämlich jetzt die des Ausspruchs der Kündigung, gefallen ist.

Derzeit wohl überwiegend wird daher die u. E. richtige Auffassung vertreten, dass die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung auch **nach** Durchführung des Zustimmungsverfahrens beim Integrationsamt und dessen Entscheidung erfolgen kann.¹⁷ Die Antragstellung beim Integrationsamt hat noch keine unmittelbare Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis. Erst durch den tatsächlichen Ausspruch der Kündigung wird das Arbeitsverhältnis tatsächlich beendet, d. h. eine „Entscheidung“ i. S. d. § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX herbeigeführt. Für diese Auffassung sprechen auch praktische Erwägungen. Ein vollständiges Bild vom Kündigungssachverhalt ergibt sich im Regelfall erst nach dem Abschluss des Zustimmungsverfahrens vor dem Integrationsamt. Insbesondere von Arbeitnehmerseite werden hier oftmals weitere und ggf. entlastende Tatsachen zur Kündigung vorgebracht.

¹⁵ Lingemann/Steinhaus, NJW 2017, 1369, 1370.

¹⁶ Bayreuther, NZA 2017, 87, 90; Klein, NJW 2017, 852, 854; Schmitt, BB 2017, 2293, 2298; wohl auch Benkert, NJW-Spezial 2017, 371.

¹⁷ Richter, ArbRAktuell 2017, 84, 87; KR-Etzel/Gallner, 10. Aufl. 2013, Vor §§ 85 - 92 SGB IX Rn. 37; Mühlmann, NZA 2017, 884, 885; wohl auch Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 4. Aufl. 2014, Rn. 50 (Kündigung als „Entscheidung“ i. S. d. § 95 Abs. 2 SGB IX).

Praxishinweis: Die Frage, ob die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung bereits vor der Antragstellung beim Integrationsamt abgeschlossen sein muss, kann derzeit nicht rechtssicher beantwortet werden. Will man bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Rechtsfrage jedwedes Risiko vermeiden, sollte das Antragsverfahren nach den §§ 85 ff. SGB IX erst dann eingeleitet werden, wenn die Unterrichtung **und** Anhörung der Schwerbehindertenvertretung erfolgt sind, d. h. die Anhörungsfrist abgelaufen ist.

Der Arbeitgeber kann dabei zur Beschleunigung des Verfahrens Unterrichtung und Anhörung miteinander **verbinden**, d. h. die Schwerbehindertenvertretung bereits im Rahmen der Unterrichtung ausdrücklich zur fristgemäßen Stellungnahme auffordern. Nach Ablauf der Anhörungsfrist kann er sodann das Verfahren beim Integrationsamt einleiten und nach Abschluss dieses Verfahrens – falls vorhanden – den Betriebsrat anhören (vgl. zu dieser Empfehlung bereits unter I. 3. b.). Bei einer solchen Vorgehensweise ist allerdings darauf zu achten, dass etwaige Unterlagen an die Begrifflichkeiten des § 95 SGB IX angepasst werden (z. B. „Unterrichtung und Anhörung nach § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX“).

Werden allerdings nach der Unterrichtung und Anhörung – z. B. im Verfahren vor dem Integrationsamt – neue Tatsachen zum Kündigungssachverhalt bekannt, müssen diese gegenüber der Schwerbehindertenvertretung nachgereicht werden und ihr erneut Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden (hierzu sogleich).

4. Ergänzen der Unterrichtung und erneute Anhörung

Wie bereits dargelegt, erfolgt die Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung aufgrund des gesetzlich vorgesehenen Unverzögerlichkeitserfordernisses zu einem Zeitpunkt, zu dem ggf. noch nicht alle für die Kündigung relevanten Tatsachen bekannt waren. Wird aus Gründen der anwaltlichen Vorsicht auch die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung bereits **vor** dem Antragsverfahren beim Integrationsamt durchgeführt (z. B. durch Verbindung von Unterrichtung und Anhörung), können im späteren Verlauf **neue** relevante Tatsachen zum Kündigungssachverhalt aufkommen, die für die Kündigung von Bedeutung sind. Erfahrungsgemäß werden v. a. im Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt von Seiten des Arbeitnehmers bzw. seines Prozessbevollmächtigten weitere Angaben zum Kündigungssachverhalt vorgetragen. Der Arbeitgeber wird daher oftmals erst nach Abschluss des Zustimmungsverfahrens in der Lage sein, den Sachverhalt „umfassend und vollständig“ darzulegen. Diese ergänzenden Tatsachen muss der Arbeitgeber der Schwerbehindertenvertretung **nachreichen** (= Ergänzen der Unterrichtung) und ihr **erneut Gelegenheit zur Stellungnahme** geben.

Praxishinweis: Wird – wie empfohlen – der Betriebsrat erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Integrationsamt angehört, kann der Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Betriebsratsanhörung alle – nun ggf. vollständigen – Informationen auch der Schwerbehindertenvertretung zukommen lassen. Mit dieser Vorgehensweise ergänzt der Arbeitgeber die in der bisherigen frühzeitigen Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung noch nicht bekannten Sachverhaltsangaben. Der Arbeitgeber muss der Schwerbehindertenvertretung zwar bei neuem Tatsachenvortrag erneut Gelegenheit zur fristgemäßen Stellungnahme geben und sie hierzu auch erneut auffordern. Das Verfahren wird hierdurch jedoch im Regelfall nicht verzögert, weil der Arbeitgeber ohnehin die zeitlich identische Anhörungsfrist des Betriebsrats abwarten muss.

III. Dritter Schritt: Unverzögliche Mitteilung

Nach Ablauf der Anhörungsfrist kann der Arbeitgeber seine Entscheidung über den Ausspruch der Kündigung treffen, unabhängig davon, ob sich die Schwerbehindertenvertretung geäußert hat oder nicht. Hat sich die Schwerbehindertenvertretung geäußert, muss der Arbeitgeber die Äußerung zur Kenntnis nehmen und die vorgebrachten Argumente ernsthaft prüfen. Der Arbeitgeber ist allerdings frei darin, ob er einer ggf. abweichenden Bewertung des Sachverhalts durch die Schwerbehindertenvertretung folgt oder nicht.

Der Arbeitgeber muss allerdings die von ihm **getroffene Entscheidung** der Schwerbehindertenvertretung **unverzüglich mitteilen**. Die Mitteilung der getroffenen Entscheidung gehört nach dem Wortlaut des Gesetzes zur sog. Beteiligungstrias und ist daher zwingend.

Das Unterlassen der Mitteilung dürfte zur **Unwirksamkeit** der Kündigung führen, auch wenn die Mitteilung im Vergleich zur Unterrichtung und Anhörung einen eher formalen Charakter hat. In diesem Punkt unterscheidet sich die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung von der Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG, der eine solche zusätzliche Mitteilungspflicht nicht vorsieht. **Die Gefahr, dass die Mitteilung vergessen wird, ist daher besonders groß.**

Praxishinweis: Auch wenn das Gesetz für die Mitteilung keine besondere Form vorsieht, wird die sorgfältige Dokumentation in Schrift- oder Textform dringend empfohlen. In der Mitteilung sollte der Arbeitgeber der Schwerbehindertenvertretung Auskunft darüber geben, ob er von der Kündigung absehen oder sie unverändert gegenüber dem Arbeitnehmer aussprechen will.

Erst **nach der Mitteilung** gegenüber der Schwerbehindertenvertretung kann die Kündigung wirksam erklärt werden. Eine Wartefrist sieht das Gesetz ausdrücklich nicht vor. Rechtlich betrachtet wäre daher der Ausspruch der Kündigung eine „juristische Sekunde“ nach der Mitteilung an die Schwerbehindertenvertretung zulässig.

Praxishinweis: Um im Streitfall darlegen zu können, dass der Schwerbehindertenvertretung vor Ausspruch der Kündigung die getroffene Entscheidung mitgeteilt wurde, ist es empfehlenswert, die Mitteilung mit ausreichendem Abstand zum Ausspruch der Kündigung durchzuführen und zu dokumentieren. Der Ausspruch der Kündigung am Folgetag nach der Mitteilung dürfte ausreichend sein. In Eilfällen ist der Ausspruch am gleichen Tag u. E. ebenfalls wirksam. Hier sollte allerdings besonderes darauf geachtet werden, dass die Uhrzeit des Zugangs der Mitteilung (Einlegen in die Empfangsvorrichtung oder persönliche Übergabe) dokumentiert und auch bezeugt werden kann.

IV. Ablaufplan

Vorbehaltlich einer abschließenden höchstrichterlichen Klärung ergibt sich derzeit als Empfehlung folgender Ablaufplan für die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Kündigungen von schwerbehinderten oder ihnen gleichgestellten Menschen:

