

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 5/2013 –

09.09.2013

Sonderkündigungsschutz als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen

Anmerkung zu BAG vom 19.07.2012 – 2 AZR 989/11

von Rechtsanwältin Ute Bernhardt, Sangerhausen

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat am 19. Juli 2012 (Az 2 AZR 989/11) höchststrich-terlich entschieden, dass die außerordentli-che Kündigung des Arbeitsverhältnisses ei-ner Vertrauensperson der schwerbehinder-ten Menschen der Zustimmung des Betriebs-oder Personalrates und nicht der Schwerbe-hindertenvertretung bedarf. Sollte im Betrieb kein Betriebs- oder Personalrat gewählt wor-den sein, „ist zu bedenken“, ob nicht ent-sprechend § 103 Abs. 2 Betriebsverfas-sungsgesetz (BetrVG) der Arbeitgeber die Zustimmung zur Kündigung unmittelbar beim Arbeitsgericht beantragen muss.

I. Der konkrete Fall

Der Kläger war seit zwölf Jahren als Gärtner bei dem beklagten Landschaftsverband tätig, bevor er fristlos gekündigt wurde. Er ist mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 70 schwerbehindert und war zum Zeitpunkt der Kündigung seit sechs Jahren Vertrauensper-son der schwerbehinderten Beschäftigten. Der Kläger wurde fristlos gekündigt, weil er vier Jahre vor der Kündigung an demselben Tag drei dienstliche Gespräche mit Perso-

nal- und Verwaltungsmitarbeitern des Be-klagten ohne deren Einwilligung heimlich aufzeichnete.

Inhalt eines dieser Gespräche und gleichzei-tig Anlass für den Mitschnitt war die vom Be-klagten beabsichtigte Umsetzung des Klä-gers. Den Grund für die Umsetzung sah der Kläger u. a. in einem seit seiner Wahl zum Vertrauensmann anhaltenden schikanösen Verhalten des früheren Behördenleiters, der aber selbst nicht zugegen war. Um sich hier-gegen wehren zu können und wegen seiner damaligen erheblichen Konzentrationsstö-rungen, die im Zusammenhang mit seiner Schwerbehinderung stünden, habe er das Aufnahmegerät von einem früheren Arbeits-kollegen ausgeliehen und benutzt.

Nach dem Abhören der Aufzeichnungen gab er das Tonbandgerät ungelöscht zurück. Im Rahmen eines wegen dem Vorwurf des Diebstahls geführten strafrechtlichen Ermitt-lungsverfahrens gegen den Kollegen hat der Arbeitgeber Kenntnis von den heimlichen Mitschnitten erlangt. Hiernach beantragte er beim Personalrat sowie dem Integrationsamt die Zustimmung zur beabsichtigten außeror-dentlichen Kündigung des Klägers. Die Zu-

stimmung wurde jeweils erteilt. Der stellvertretende Vertrauensmann, der vorsorglich ebenfalls um Zustimmung gebeten wurde, gab keine Stellungnahme ab. Er wies jedoch darauf hin, dass der Kläger seines Erachtens nach so gehandelt habe um zu versuchen, sich „abzusichern“; es sei Fakt, dass es in der Dienststelle des Klägers zu seltsamen Vorkommnissen in Form von Mobbingvorwürfen, Diebstählen, Schwarzarbeit, Statements gegenüber der Presse bis hin zu Entlassungen gekommen sei.

Nachdem somit der stellvertretende Vertrauensmann innerhalb von drei Arbeitstagen keine Zustimmung erteilt hatte, stellte der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht einen Zustimmungsersetzungsantrag und kündigte das Arbeitsverhältnis mit der beschäftigten Vertrauensperson. Dieses Verfahren endete durch übereinstimmende Erledigungserklärungen, nachdem das Mandat durch Wahl eines neuen Vertrauensmannes geendet hatte. Mit seiner Kündigungsschutzklage wendet der Kläger insbesondere ein, dass es an der nach § 96 Abs. 3 S. 1 SGB IX erforderlichen Zustimmung der Schwerbehindertenvertretung fehle.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen.

II. Hintergrund und Problemstellung

Nach § 96 Abs. 3 S. 1 SGB IX besitzen Vertrauenspersonen der schwerbehinderten Menschen „gegenüber dem Arbeitgeber die **gleiche**¹ persönliche Rechtsstellung, insbesondere den **gleichen Kündigungs-,** Versetzungs- und Abordnungsschutz wie ein Mitglied des Betriebs- (oder) Personalrates ...“.

Danach gilt der Sonderkündigungsschutz aus § 15 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) entsprechend auch für amtierende Vertrau-

enspersonen, ohne dass diese dort ausdrücklich genannt werden. Sie sind somit ebenfalls nach § 15 Abs. 1 KSchG grundsätzlich vor einer *ordentlichen* (fristgemäßen) Kündigung geschützt, mit der Ausnahme, der Betrieb oder die Dienststelle bzw. Abteilung, in der die Vertrauensperson beschäftigt ist, wird stillgelegt (§ 15 Abs. 4 und 5 KSchG). Eine *außerordentliche* (fristlose) Kündigung ist hingegen zulässig, wenn ein wichtiger Grund nach § 15 Abs. 1 und 2 KSchG i. V. m. § 626 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) den Arbeitgeber zur Kündigung berechtigt.

Soweit besteht Einigkeit über den Sonderkündigungsschutz von Vertrauenspersonen. Darüber hinaus ist aber nach § 15 Abs. 1 und 2 KSchG eine außerordentliche Kündigung eines Betriebs- oder Personalratsmitgliedes nur dann wirksam, wenn der Betriebs- oder Personalrat der Kündigung zuvor nach § 103 Abs. 1 BetrVG oder nach §§ 47 Abs. 1, 108 Abs. 1 BPersVG² (bzw. der LPersVG³) zugestimmt hat. Stimmt der Betriebs- oder Personalrat der außerordentlichen Kündigung nicht oder nicht fristgerecht zu, kann der Arbeitgeber die Zustimmung nach § 103 Abs. 2 BetrVG oder nach § 108 Abs. 1 S. 2 BPersVG durch das Arbeitsgericht oder das Verwaltungsgericht ersetzen lassen.

Strittig ist nun, ob der Arbeitgeber zu der außerordentlichen Kündigung einer Vertrauensperson die Zustimmung der Schwerbehindertenvertretung – d. h. in der Regel des ersten stellvertretenden Mitgliedes – anstelle des Betriebs-, oder Personalrates einholen muss oder ob eine doppelte Zustimmung von Schwerbehindertenvertretung und Betriebs- oder Personalrat erforderlich ist, wenn die Ver-

¹ Fettdruck und Klammersetzung durch die Verfasserin.

² BPersVG steht für Bundespersonalvertretungsgesetz.

³ LPersVG steht für Landespersonalvertretungsgesetz.

trauensperson zugleich Betriebs- oder Personalratsmitglied ist.

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm⁴ hat in einem anderen Fall im Anschluss an *Düwell*⁵ entschieden, die entsprechende Anwendung von § 96 Abs. 3 S. 1 SGB IX führe dazu, dass es statt der Zustimmung des Betriebsrates nur einer solchen der Schwerbehindertenvertretung bedürfe. Denn die von § 96 Abs. 3 S. 1 SGB IX geforderte gleiche persönliche kündigungsrechtliche Stellung sei für Vertrauenspersonen der schwerbehinderten Menschen nur dann gegeben, wenn das Gremium dem sie angehören – also die Schwerbehindertenvertretung – die Zustimmung zur fristlosen Kündigung erteilen muss. So muss auch nach § 15 Abs. 1 KSchG i. V. m. § 103 Abs. 1 BetrVG der Betriebsrat der fristlosen Kündigung eines seiner Betriebsratsmitglieder zustimmen und nach § 15 Abs. 2 KSchG i. V. m. § 47 Abs. 1 S. 1 BPersVG der Personalrat der fristlosen Kündigung eines Personalratsmitgliedes.

Daran ändere sich auch dadurch nichts, dass der Betriebsrat nach § 103 Abs. 1 BetrVG ebenso der fristlosen Kündigung eines Mitglieds eines anderen Gremiums, nämlich dem einer Bordvertretung, Seebetriebsrates oder Jugend- und Auszubildendenvertretung, zustimmen muss. Im Unterschied zur Jugend- und Auszubildendenvertretung handele es sich bei der Schwerbehindertenvertretung um eine *eigenständige Interessenvertretung* der schwerbehinderten Menschen, ein selbstständiges Organ der Betriebsverfassung. Während die Vertretung der Interessen der jugendlichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Außenverhältnis nach § 67 Abs. 2 BetrVG allein dem Betriebsrat obliege, habe die Schwerbehindertenvertretung die Aufgabe, auf den

Willensbildungsprozess des Betriebsrates Einfluss zu nehmen. Hierzu könne sie nach § 95 Abs. 4 S. 1 SGB IX uneingeschränkt beratend an den Betriebsratssitzungen teilnehmen und im Vorfeld Vorschläge zur Tagesordnung machen sowie gemäß § 95 Abs. 4 S. 2 SGB IX sogar einen Beschluss des Betriebsrates für eine Woche aussetzen lassen, wenn sie ihn als eine erhebliche Beeinträchtigung wichtiger Interessen schwerbehinderter Menschen erachte. Dies zeige deutlich, dass es zwischen Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung Interessenkonflikte geben könne, weshalb nicht der Betriebsrat mittels der Zustimmung nach § 103 Abs. 1 BetrVG über die Funktionsfähigkeit der Schwerbehindertenvertretung entscheiden können sollte. Der Zweck des Zustimmungserfordernisses in § 103 Abs. 1 BetrVG bestehe gerade darin, eine Entfernung von Mitgliedern betriebsverfassungsrechtlicher Organe aus dem Betrieb durch unbegründete außerordentliche Kündigungen zu verhindern und eine Kontinuität der Gremienarbeit zu gewährleisten.⁶ Dieses Ziel sei nur dann effektiv zu erreichen, wenn das demokratisch gewählte Gremium selbst über die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung und damit über den Verlust eines seiner Mitglieder entscheidet.

III. Die Entscheidung des BAG

Im eingangs geschilderten Fall hat der 2. Senat des BAG jedoch die Revision des Klägers zurückgewiesen; die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses einer Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen bedürfe **nicht** der Zustimmung der Schwerbehindertenvertretung, sondern gemäß § 96 Abs. 3 S. 1 SGB IX i. V. m. § 103 BetrVG der des Betriebs- oder Personalrates.

⁴ Entscheidung vom 21.01.2011 – 13 TaBV 72/10 = AiB 2011, 553–555.

⁵ Vgl. Düwell in: LPK-SGB IX, 3. Auflage 2011, § 96 Rn. 61, 70.

⁶ Vgl. auch BAG v. 17.03.2005 – 2 AZR 275/04 = NZA 2005, 1064–1069.

Diese Auffassung wurde bisher schon von der ganz überwiegenden Kommentarliteratur⁷ und vom 2. Senat in seinen früheren Entscheidungen⁸ vertreten, jedoch ohne eine nähere Begründung. Das holt das BAG nun in der vorliegenden Entscheidung nach und legt die Bedeutung der Anordnung der „gleichen persönlichen Rechtsstellung“ in § 96 Abs. 3 S. 1 SGB IX ausführlich nach allen juristischen Methoden aus, wobei er sich insbesondere mit den Argumenten der zuvor erläuterten gegenteiligen Ansicht des LAG Hamm und von *Düwell* auseinandersetzt.

So umfasse der *Wortlaut* des § 96 Abs. 3 S. 1 SGB IX seinem Wortsinn nach zwar auch, dass die „gleiche“ nicht die „identische“ persönliche Rechtsstellung bedeuten muss, allerdings liege es näher, dass damit eine Gleichbehandlung in Verfahrensfragen gemeint sei. Mit anderen Worten enthalte § 96 Abs. 3 S. 1 SGB IX eine Rechtsfolgenverweisung, die den Anwendungsbereich von § 15 KSchG und § 103 BetrVG oder der entsprechenden personalvertretungsrechtlichen sonderkündigungsschutzrechtlichen Regelungen auf die Vertrauenspersonen schwerbehinderter Menschen erstrecke.

Weiterhin ergebe die *Entstehungsgeschichte* des Kündigungsschutzes für Vertrauenspersonen nichts anderes. Bei Einführung des „gleichen Kündigungsschutzes“⁹ für Vertrauenspersonen wie für Betriebs- und Personal-

räte im Jahr 1961 seien diese nur vor einer ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber besonders geschützt gewesen. Das zusätzliche Zustimmungserfordernis zu einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 103 BetrVG i. V. m. § 15 KSchG gelte erst seit Inkrafttreten des BetrVG im Jahr 1972, wobei dessen Konsequenzen für den Kündigungsschutz der Schwerbehindertenvertretung nicht erörtert worden seien.¹⁰ Aber auch als die Regelung der „gleichen Rechtsstellung“ vom Schwerbeschädigtengesetz in das Schwerbehindertengesetz übernommen wurde, sei die persönliche Rechtsstellung der Vertrauenspersonen (lediglich) um den „Versetzung- und Abordnungsschutz“ erweitert und damit an die Rechtsentwicklungen im Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht angepasst worden.¹¹ Ebenso habe der Gesetzgeber bei Verabschiedung des SGB IX im Jahr 2001 an der bisherigen Formulierung (wiederum ohne nähere Begründung)¹² festgehalten, obwohl das BAG¹³ zwischenzeitlich höchstrichterlich angenommen hatte, dass der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses einer Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen der Betriebsrat oder Personalrat und nicht die Schwerbehindertenvertretung zustimmen müsse.

Aber auch *Sinn und Zweck* des besonderen Kündigungsschutzes erforderten nicht die

⁷ Der 2. Senat verweist dabei u. a. auf Kittner/ Däubler/ Zwanziger-Deinert, KSchR, 8. Aufl. 2011, § 15 KSchG Rn. 15, § 103 BetrVG Rn. 11; Fitting, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 103 Rn. 3; ErfK/Kiel, KSchG § 15 Rn. 9; Schaub/Koch, ArbR-Hdb., 14. Aufl., § 178 Rn. 85; Kossens/ von der Heide/ Maaß, SGB IX, § 96 Rn. 13; Neumann/ Pahlen/ Majerski, SGB IX § 96 Rn. 5.

⁸ Vgl. BAG v. 11.05.2000 – 2 AZR 276/99 = NZA 2000, 1106; v. 23.06.1993 – 2 ABR 58/92 = NZA 1993, 1052.

⁹ Das BAG verweist insoweit insbesondere auf den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Schwerbeschädigtengesetzes v. 01.10.1959, BT-Drs. 3/1256, S. 18., abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/03/012/0301256.pdf>.

¹⁰ Unter Hinweis auf die Regierungsbegründung zum Entwurf des BetrVG, BT-Drs. 6/1786, S. 53, abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/06/017/0601786.pdf>.

¹¹ Unter Verweis auf die Entwurfsbegründung vom 10.05.1973, BT-Drs. 7/656, S. 31; abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/07/006/0700656.pdf>.

¹² Mit Verweis auf den Entwurf eines Gesetzes des SGB IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen v. 16.01.2001, BT-Drs. 14/5074, S. 113, abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/050/1405074.pdf>.

¹³ Mit Verweis auf seinen Beschluss vom 23.06.1996 – 2 ABR 58/92 = NZA 1993, 1052.

Zuständigkeit der Schwerbehindertenvertretung. Der Gesetzgeber habe mit der Einführung des besonderen Kündigungsschutzes die Stellung der Vertrauensperson gegenüber dem Arbeitgeber stärken wollen; mögliche Interessenkonflikte zwischen Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung seien somit gerade nicht Anlass der Überlegungen gewesen.¹⁴ Einen Interessenkonflikt könne es ebenso gut zwischen der Vertrauensperson und ihrem Stellvertreter geben. Nach der gesetzlichen Regelung zur Zusammensetzung der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 94 Abs. 1 S. 1 SGB IX gehören der Schwerbehindertenvertretung eine Vertrauensperson und wenigstens ein stellvertretendes Mitglied an, so dass der (erste) Stellvertreter entscheiden müsste, sollte die Zustimmung der Schwerbehindertenvertretung gefordert werden. Demgegenüber könne es interessengerechter sein, wenn das alle Arbeitnehmer vertretende und typischerweise größere Gremium des Betriebs- oder Personalrates zustimmen muss. Die Stärke des Betriebs- und Personalrates sowie der Umstand, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses die gesamte Belegschaft betreffen kann, seien somit gewichtige, für die Zuständigkeit des Betriebs- oder Personalrates sprechende Gründe.

Angesichts dessen sei auch nicht ersichtlich, warum der Betriebs- oder Personalrat nicht auch den weiteren Zweck des Zustimmungserfordernisses – die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit und Kontinuität der Amtsführung eines demokratisch gewählten Gremiums durch den Verlust eines seiner Mitglieder zu verhindern – gewährleisten können sollte.

Entscheidend für die Forderung nach der Zustimmung des Betriebs- oder Personalrates seien jedoch *systematische* Überlegungen. Zum einen sehe das Gesetz eine Vertretung der Vertrauensperson wegen Betroffenheit in eigener Sache bzw. wegen „zeit-

weiliger Verhinderung“ wie in § 25 Abs. 1 S. 2 BetrVG nicht vor, sondern normiere in § 94 Abs. 1 S. 1 SGB IX nur die Verhinderung der Vertrauensperson „durch Abwesenheit oder Wahrnehmung anderer Aufgaben“. Zum anderen würde die Zuständigkeit der Schwerbehindertenvertretung über die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung ersichtlich aus dem Rahmen der ihr in den §§ 94 ff. SGB IX zugewiesenen Aufgaben und Mitwirkungsrechten, herausfallen. Nach § 95 Abs. 1 SGB IX habe sie die Eingliederung sowie die Beratung und Unterstützung schwerbehinderter Menschen zu fördern. Dazu habe sie zwar gemäß § 95 Abs. 2 SGB IX Unterrichts-, Anhörungs- und Einsichtsrechte sowie gemäß § 95 Abs. 4 SGB IX das Recht, an den Sitzungen des Betriebs- oder Personalrates beratend teilzunehmen und ggf. einen Beschluss des Betriebs- oder Personalrates auszusetzen, sie verfüge aber gerade über keine eigenen Mitbestimmungsrechte.

IV. Würdigung/Kritik

Vom BAG unerwähnt hat sich aber das Verständnis von Behinderung ständig weiterentwickelt. So ist inzwischen allgemein anerkannt, dass Behinderung aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern.¹⁵ Sowohl das Völkerrecht – dort voran die UN-Behindertenrechtskonvention, die durch Ratifizierung deutsches Recht geworden ist – sowie das europäische Antidiskriminierungsrecht (z. B. die Richtlinie 2000/78/EG) regeln deshalb zunehmend den Schutz behinderter

¹⁴ Mit Verweis auf BT-Drs. 3/1256, S. 18, s. Fn. 7.

¹⁵ Vgl. Präambel (e) des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention (kurz: BRK) v. 21.12.2008 (BGBl. II S. 1419), in Kraft getreten am 26.03.2009 (BGBl. II S. 818).

Menschen und haben auch Auswirkungen auf unser nationales arbeitsrechtliches Schwerbehindertenrecht.

Beispielsweise verpflichtet Art. 27 Abs. 1 S. 2c) der UN-Behindertenkonvention die Bundesrepublik Deutschland „zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen ihre Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsrechte gleichberechtigt mit anderen ausüben können“.¹⁶ Wird auch angesichts dessen eine Stärkung der Schwerbehindertenvertretung durch eine größere Eigenständigkeit gefordert, wird allein die Zuständigkeit der Schwerbehindertenvertretung zur außerordentlichen Kündigung der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen (sei es durch entsprechende Auslegung des § 96 Abs. 3 S. 1 SGB IX in Anlehnung an *Düwell* und das LAG Hamm oder dessen entsprechender Änderung durch den Gesetzgeber¹⁷) nach jetziger gesetzlicher Zusammensetzung der Schwerbehindertenvertretung in einer Vielzahl der Fälle nicht ausreichen, um einen effektiven besonderen Kündigungsschutz gewährleisten zu können. Denn das Zustimmungserfordernis der Schwerbehindertenvertretung wirkt sich in der betrieblichen Praxis unterschiedlich aus, je nachdem, welche Rolle der Ersatzperson zukommt bzw. sie einnimmt.

Ist die Vertrauensperson – wie eben noch in einer Vielzahl der Fälle – ein Einzelkämpfer im Betrieb, ist der Stellvertreter – wie exemplarisch hier in der vorliegenden Entscheidung – nicht in der Lage, diesen Konflikt auszutragen, auch wenn er davon überzeugt ist, dass die außerordentliche Kündigung der Vertrauensperson unberechtigt ist. Insofern

¹⁶ Näher zur Umsetzung der in der BRK geregelten Rechte siehe Welti: Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK – Stellenwert für die staatliche Verpflichtung zur Umsetzung der in der BRK geregelten Rechte, Forum D, Beitrag D9-2012 v. 31.05.2012 unter www.reha-recht.de.

¹⁷ Vgl. Rudolph, AiB 2013, 267 = Anmerkung und Zustimmung zur vorliegenden Entscheidung des BAG.

bleibt wiederum nur festzustellen¹⁸, **dass die (derzeit noch) „schwache“ Stellung der Schwerbehindertenvertretung (SBV) bei der außerordentlichen Kündigung eines ihrer Mitglieder durch eine vertrauensvolle Kommunikation und Kooperation von Schwerbehindertenvertretung und Betriebs- oder Personalrat abgemildert werden kann.**

In diesem Zusammenhang ist der zu befürwortende wichtige Hinweis des 2. Senates zu beachten, dass, sollte **kein Betriebsrat bestehen, eine entsprechende Anwendung des § 103 Abs. 2 BetrVG in Betracht kommt und der Arbeitgeber die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung der Vertrauensperson unmittelbar beim Arbeitsgericht¹⁹ beantragen muss** – ebenso wie bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Wahlvorstandsmitglieds oder Wahlbewerbers, wenn noch kein Betriebsrat gebildet ist²⁰. Ansonsten hätte die Vertrauensperson gar keinen besonderen Kündigungsschutz, was eine nicht hinzunehmende Schutzlücke bedeuten würde.

¹⁸ So auch schon die Forderung von Porsche hinsichtlich der „schwachen“ Rechtsfolgen des § 95 Abs. 2 SGB IX bei einem Gesetzesverstoß des Arbeitgebers gegen seine Unterrichtspflicht in: Porsche: Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates wegen Nichtanhörung der Schwerbehindertenvertretung bei Versetzung einer gleichgestellten Arbeitnehmerin – Anmerkung zu LAG Mainz, Beschluss v. 05.10.2011, Forum B, Beitrag B8-2012 v. 22.08.2012 unter www.reha-recht.de.

¹⁹ Der öffentliche Arbeitgeber hat die Zustimmung entsprechend § 2a Abs. 1 Nr. 3a ArbGG im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren vom Arbeitsgericht und nicht vom Verwaltungsgericht ersetzen zu lassen = mit Düwell in: LPK-SGB IX, § 96, Rn. 70.

²⁰ Mit Verweis dazu auf BAG v. 30.05.1978 – 2 AZR 637/76 = NJW 1980, 80; v. 12.08.1976 – 2 AZR 303/75 = NJW 1977, 267.

V. Weitere wichtige Klarstellungen des 2. Senates in dieser Entscheidung

Bedeutsam für die Praxis ist des Weiteren die Klarstellung des Senates zur Interessenabwägung bei der außerordentlichen Kündigung einer Vertrauensperson oder eines anderen Funktionsträgers. Ist der Vertrauensmann bzw. der Funktionsträger allein durch die Ausübung seines Amtes als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen mit seinen arbeitsvertraglichen Pflichten in Konflikt geraten, sei an den wichtigen Kündigungsgrund ein „strengerer Maßstab“ zu legen. Werde hingegen dem Funktionsträger ausschließlich die Verletzung von Amtspflichten („kollektivrechtlichen“ Pflichten) vorgeworfen, rechtfertige dies keine außerordentliche Kündigung. Vielmehr sei dann bei Vertrauenspersonen nur ein Amtsenthebungsverfahren nach § 94 Abs. 7 S. 5 SGB IX möglich, für welches der Arbeitgeber allerdings anders als beim Ausschlussverfahren gemäß § 23 Abs. 1 BetrVG gegen Betriebsratsmitglieder kein eigenes Antragsrecht besitzt.²¹

Das BAG stellte ferner fest, dass das heimliche Aufnehmen eines nicht-öffentlich geführten Gespräches am Arbeitsplatz eine außerordentliche Kündigung ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen könne. Dabei sei bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, wenn bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses – wie hier beim Kläger im Rahmen seiner förmlichen Verpflichtung als nicht beamtete Person – ausdrücklich auf die Bestimmung des § 201 Strafgesetzbuch (StGB – Strafbarkeit der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes) hingewiesen worden sei. Der Einwand des klagenden Vertrauensmannes, er habe das mit ihm geführte Personalgespräch zur Abwehr potentieller rechtlicher Eingriffe mitgeschnitten, sei unbegründet, weil der Kläger mit der Darstellung der von ihm befürchteten Eingriffe im „Nebulö-

sen“ verblieben wäre. Das ist ein typisches Problem in sogenannten Mobbing-Situationen. Anders als bei Entschädigungsstreitigkeiten muss der betroffene Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess aber nicht die von ihm behaupteten Pflichtverletzungen und unerlaubten Handlungen des Arbeitgebers beweisen. Die Beweislast für den wichtigen Kündigungsgrund verbleibt beim Arbeitgeber, auch wenn der Vorwurf der Strafbarkeit im Raum steht. Dem Arbeitnehmer obliegt es aber dann im Rahmen einer sekundären Vortragslast so weit wie möglich die einzelnen Mobbingvorwürfe nach Zeitpunkt, beteiligte Personen, Intensität, Häufigkeit und insbesondere zu Anlass und zum Verlauf zu erklären und gegebenenfalls seine Behauptung, er sei lediglich das Opfer und habe sich in Notwehr verteidigt, zu substantiieren.²²

Diesem Erfordernis ist der Kläger hier offensichtlich nicht nachgekommen. Im Verwaltungsprozess gegen die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung hat der Kläger zumindest seinen Vortrag noch dahingehend ergänzt, dass es sogar zu körperlichen Übergriffen ihm gegenüber durch den früheren Behördenleiter gekommen sei, was er aber wohl abermals nicht näher erläuterte und auch den Erwidern seines ehemaligen Arbeitgebers nicht entgegentrat, weshalb auch das Verwaltungsgericht die Klage des Mannes abgewiesen hatte. Im Übrigen war das Verwaltungsgericht ebenfalls der Auffassung, dass bei einem Mitglied des Betriebsrats – auch wenn es schwerbehindert ist – im Fall der allein denkbaren außerordentlichen Kündigung nach § 103 Abs. 1 BetrVG nur die Zustimmung des Betriebsrats (und die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 SGB IX) erforderlich sei.²³

²¹ Vgl. auch Laber, ArbRB 2010, 342 (343).

²² Vgl. BAG v. 24.04.2008 – 8 AZR 347/07, NZA 2009, 38; BAG v. 18.09.2008 – 2 AZR 1039/06 = DB 2009, 964.

²³ Vgl. VG Köln v. 17.11.2011 – 26 K 5732/10.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass im Falle, der Kläger hätte hier eine notwehrähnliche Konfliktlage im Kündigungsschutzprozess substantiiert dargelegt, es immer noch nicht sicher wäre, ob ihm damit letztlich ein genügender Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund anerkannt würde. Im umgekehrten Fall ist nämlich die heimliche Videoaufzeichnung eines Arbeitgebers nach der Rechtsprechung des BAG²⁴ ausnahmsweise nur dann zulässig, wenn folgende strenge Voraussetzungen kumulativ vorliegen und sich damit der Arbeitgeber objektiv in einer notwehrähnlichen Situation befindet. Zum ersten muss ein konkreter Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zulasten des Arbeitgebers gegeben sein. Zweitens muss die Videoüberwachung die letzte dem Arbeitgeber verbleibende Option zur Aufklärung des Verdachts sein, weil ihm kein weniger einschneidendes Mittel zur Verfügung steht, wie beispielsweise die Einstellung von mehr Personal, Umbauten oder die reine Beobachtung ohne Aufzeichnung. Und Drittens darf die Überwachung unter Berücksichtigung der konkreten Gesamtumstände nicht unverhältnismäßig sein. Einem Arbeitnehmer ist in einer wie vom Kläger behaupteten Si-

tuation daher zu raten, sich zunächst mit einer Beschwerde an den Betriebs- oder Personalrat zu wenden, da es zu deren originären Aufgaben gehört, darüber zu wachen, dass alle Arbeitnehmer nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden und damit die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern (§ 75 BetrVG). Zu einem befürchteten Personalgespräch kann zudem eine Person des Vertrauens, ein Mitglied des Betriebs- oder Personalrates oder ein (stellvertretendes) Mitglied der Schwerbehindertenvertretung, hinzugezogen werden.

VI. Perspektiven

Mit der Entscheidung des BAG ist der Konflikt noch nicht hinreichend gelöst. In ständiger Rechtsprechung ist entschieden worden, dass das Mitglied, das gekündigt werden soll, an den Beratungen des Betriebsrats und der Beschlussfassung nicht teilnehmen kann.²⁵ Die SBV kann aber an jeder Sitzung beratend teilnehmen, so dass in einem solchen Fall die stellvertretende Vertrauensperson dieses Beratungsrecht wahrzunehmen hätte. Eine solche Teilnahme ist dem BAG-Sachverhalt nicht zu entnehmen. Zwar ist in § 29 Abs. 2 S. 6 BetrVG keine Ladung der stellvertretenden Vertrauensperson bei Verhinderung der Vertrauensperson ausdrücklich vorgesehen, doch geht die überwiegende Literatur²⁶ von einer solchen Ladungspflicht aus. Es müsste auch diskutiert werden, ob in einem solchen Fall die stellvertretende Vertrauensperson, die die Rechte der SBV wahrnimmt, eine Aussetzung des Zustimmungsbeschlusses nach § 35 BetrVG erreichen könnte, damit die Position der SBV in einer für die SBV so elementaren Frage das hinreichende prozedurale Gewicht hätte.

Praxishinweis: Ein anhängiges verwaltungsgerichtliches Verfahren gegen die vom Integrationsamt erteilte Zustimmung zur Kündigung hindert nicht die kündigungsschutzrechtliche Entscheidung des Arbeitsgerichtes. Wird danach im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Zustimmung nachträglich aufgehoben, ist der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses im Wege der Restitutionsklage mit der Begründung geltend zu machen, dass es an der erforderlichen Zustimmung zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung fehlte, siehe auch Hlava, Rechtsschutzbedürfnis eines Eilantrags gegen die Zustimmung des Integrationsamtes – Anm. zu VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 10.01.2012, Forum B, Beitrag B14-2012 unter www.reha-recht.de.

²⁴ Vgl. BAG v. 21.06.2012 – 2 AZR 153/11; v. 16.12.2010 – 2 AZR 485/08; v. 27.03.2003 – 2 AZR 51/02.

²⁵ Vgl. Fitting, BetrVG § 103 Rn. 31 m. w. N..

²⁶ Vgl. z. B. Fitting, BetrVG § 29 Rn. 40, § 32 Rn. 21; HaKo-BetrVG/Düwell § 32 Rn. 51.

Im Rahmen einer Evaluation des arbeitsrechtlichen Teils des SGB IX müsste diese wichtige Frage weiter erörtert werden.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.
