

– Fachbeitrag B2-2018 –

27.03.2018

## **Erste Entscheidung zur Unwirksamkeitsklausel bei Kündigungen ohne Beteiligung der SBV – Anmerkung zu ArbG Darmstadt, Urteil v. 14.11.2017 – 9 Ca 249/17<sup>1</sup>**

*Von Prof. Dr. Wolfhard Kohte und Ass. iur. Matthias Liebsch, Halle*

Mit Wirkung zum 30.12.2016 wurde im bisherigen § 95 Abs. 2 SGB IX (ab 01.01.2018 § 178 Abs. 2 SGB IX) ein neuer Satz 3 eingefügt. Danach ist die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen unwirksam, wenn die Schwerbehindertenvertretung (SBV) vorher nicht ordnungsgemäß beteiligt worden ist. Unter den Begriff der Kündigung fallen sowohl die Beendigungs- als auch Änderungskündigung, gleich ob sie außerordentlich oder ordentlich erklärt wurde. Diese Rechtsfolge war bei den Beratungen zum Bundesteilhabegesetz (BTHG) nachhaltig umstritten. Wir haben dazu in unserem Online-Forum ausführlich berichtet.<sup>2</sup> Das Arbeitsgericht (ArbG) Darmstadt hatte nun über einen Rechtsstreit zu entscheiden, der die Bedeutung der Unwirksamkeitsklausel deutlich zeigt.

### **I. Sachverhalt und Urteil**

Mit Urteil vom 14.11.2017 – 9 Ca 249/17 hatte das ArbG Darmstadt der Klage eines Paketzustellers gegen seinen Arbeitgeber stattgegeben. Der Paketzusteller, schwerbehindert mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 80, wurde außerordentlich, hilfsweise ordentlich gekündigt, weil sein Arbeitgeber ihm unredliche Manipulationen bei der Abrechnung seiner Stücklohnvergütung vorgeworfen hatte. Ob diese Vorwürfe zuträfen, wurde nicht entschieden, da das Gericht sich zutreffend auf die vorgelagerte Frage konzentriert hatte, ob die Beteiligung der SBV den Anforderungen des SGB IX entsprach.

Nachdem der Konflikt zwischen Arbeitgeber und Paketzusteller entstanden war, hörte der Arbeitgeber den Betriebsrat zur außerordentlichen und ordentlichen Kündigung an,

---

<sup>1</sup> Dieser Beitrag wurde unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de) als Fachbeitrag B2-2018 in der Kategorie B: Arbeitsrecht veröffentlicht; [Zitiervorschlag](#): Kohte/Liebsch: Erste Entscheidung zur Unwirksamkeitsklausel bei Kündigungen ohne Beteiligung der SBV; Beitrag B2-2018 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 27.03.2018.

<sup>2</sup> Siehe auch: Kohte/Liebsch: Die Stärkung der Schwerbehindertenvertretung im Bundesteilhabegesetz; Beitrag D54-2016 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 25.11.2016.

der sich sachlich dazu nicht äußerte. Das Integrationsamt stimmte beiden Kündigungen zu, so dass die Kündigung direkt danach erklärt wurde.

Eine Beteiligung der SBV durch den Arbeitgeber erfolgte nicht. Im Betrieb des Klägers in Südhessen bestand auch keine SBV, ebenso nicht in dem maßgeblichen Unternehmen, einer GmbH mit Sitz in Hessen, zu dem der Betrieb gehört. Dieses Unternehmen ist wiederum Teil eines Konzerns, der im Transport- und Logistikbereich tätig ist. In diesem Konzern besteht eine Konzernschwerbehindertenvertretung (KSBV), die jedoch durch den Arbeitgeber nicht beteiligt worden ist.

Damit stellten sich zwei streiterhebliche Fragen: Musste die KSBV vor der Kündigung des Paketzustellers angehört werden? Wenn ja, welche Folgen hatte die fehlende Beteiligung? Das ArbG Darmstadt entschied, dass die Kündigung wegen der fehlenden Beteiligung der KSBV unwirksam ist.

## **II. Beteiligung der Stufenvertretung – seit über 40 Jahren anerkannt, aber nicht immer praktiziert**

Nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (bis 31.12.2017 § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) ist die SBV vor jeder Entscheidung anzuhören, die schwerbehinderte Menschen betrifft. Natürlich ist die Kündigung eine besonders wichtige Entscheidung für den Betroffenen; daher bestand bereits vor Einführung der Unwirksamkeitsklausel Übereinstimmung, dass die SBV vor jeder Kündigung anzuhören ist.<sup>3</sup> Im Betrieb des Paketzustellers bestand jedoch keine örtliche SBV, so dass für das ArbG Darmstadt die damals geltende Verweisungsnorm des § 97 Abs. 6 SGB IX (ab 01.01.2018 § 180 Abs. 6 SGB IX) relevant war.

### **1. Ersatzzuständigkeit nach § 180 Abs. 6 SGB IX**

Bereits im Zuge der großen Umgestaltung des Schwerbehindertenrechts im Jahr 1974 ist im damaligen § 24 Schwerbehindertengesetz (SchwbG) geregelt worden, dass die jeweilige Stufenvertretung (damals nur Gesamtschwerbehindertenvertretung (GSBV)) auch vor personellen Einzelmaßnahmen in Betrieben anzuhören ist, in denen keine örtliche SBV besteht.<sup>4</sup> Dies war bewusst so eingeführt worden, um einen umfassenden und gleichmäßigen Schutz der schwerbehinderten Menschen zu ermöglichen.<sup>5</sup>

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte § 24 SchwbG bereits 1983 auszulegen.<sup>6</sup> Ein Arbeitgeber, der, in vergleichbarer Weise wie im Falle des ArbG Darmstadt, die Stufenvertretung vor der Kündigung nicht angehört hatte, hatte sich darauf berufen, dass eine solche Beteiligung nicht erforderlich sei. Der Zweite Senat des BAG hatte dieser Ansicht widersprochen. Denn die gesetzliche Systematik sei klar: Bestehe keine örtli-

---

<sup>3</sup> So bereits BAG, Urteil vom 28. Juli 1983 – 2 AZR 122/82 –, Rn. 17 juris mwN.

<sup>4</sup> 1974 BGBl. I Seite 1013.

<sup>5</sup> Bundestags-Drucksache 7/656, S. 33.

<sup>6</sup> BAG, Urteil vom 28. Juli 1983 – 2 AZR 122/82.

che SBV, so sei die Stufenvertretung vor einer personellen Maßnahme anzuhören. In der Literatur entsprach dieser Teil der Entscheidung bereits der allgemeinen Auffassung.<sup>7</sup> Es handle sich insoweit um eine „absolut klare Rechtslage“.<sup>8</sup>

Dabei blieb es in den nächsten 35 Jahren. Die Ersatzzuständigkeit ist bei den verschiedenen Umgestaltungen des SchwbG ebenso beibehalten worden wie bei der Überleitung der Norm 2001 in § 97 Abs. 6 SGB IX sowie bei der Neuverortung durch das BTHG in § 180 Abs. 6 SGB IX. Zudem ist der Normzweck weiterhin gleich geblieben: Es geht um den effektiven Schutz von schwerbehinderten Menschen.<sup>9</sup> Hieran gemessen ist es evident, dass bei fehlender örtlicher SBV die Stufenvertretung vor Ausspruch einer Kündigung anzuhören ist.<sup>10</sup> In der Kommentarliteratur wird allerdings auch darauf aufmerksam gemacht, dass die Beteiligung der Stufenvertretung in der Praxis nicht immer beachtet wird.<sup>11</sup>

## 2. Rechtsfolgen unterlassener Beteiligung – Traditionen können geändert werden

Damit stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen einer unterlassenen Beteiligung. 1983 verlor der Kläger seinen Kündigungsschutzprozess am BAG, weil das Gericht damals die Ansicht vertreten hatte, dass eine solche Rechtsverletzung nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führe.<sup>12</sup> Dieser Position ist in der Literatur nachhaltig widersprochen worden.<sup>13</sup> Gleichwohl erfolgte keine Korrektur der Rechtsprechung – allerdings fehlte es auch an den geeigneten Verfahren. Die Kritiker zogen daraus den Schluss, dass das Gesetz geändert und eine entsprechende Rechtsfolge klargestellt werden müsse.<sup>14</sup> Als die Stärkung der SBV auf dem Programm des Bundestages stand, wurde daher auch diese Frage wieder aufgeworfen.<sup>15</sup>

Im Diskussionsforum Rehabilitations- und Teilhaberecht ist dazu in der Infothek ein Gutachten veröffentlicht worden, wonach eine Unwirksamkeitsklausel sachgerecht, notwendig und rechtssystematisch möglich ist.<sup>16</sup> In letzter Sekunde ist sie im Arbeits-

---

<sup>7</sup> Wilrodt/Neumann: SchwbG, 4. Aufl. 1976, § 24 Rn. 12; Jung/Cramer, SchwbG, 2. Aufl. 1980, § 24 Rn. 8.

<sup>8</sup> Herschel: Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 22 SchwbG.

<sup>9</sup> So im Ergebnis auch Mushoff in: Hauck/Noftz: SGB IX, 31. Erg.-Lfg. III/17, § 97 Rn. 24.

<sup>10</sup> Knittel: SGB IX, 9. Aufl. 2016, § 97 Rn. 27; Müller-Wenner in: Müller-Wenner/Winkler 2. Aufl. 2011 § 97 Rn. 19; Schmitz/Fraunhoffer in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol: SGB IX, 3. Aufl. 2015, § 97 Rn. 24.

<sup>11</sup> LPK-SGB IX/Düwell, 4. Aufl. 2014, § 97 Rn. 34.

<sup>12</sup> BAG, Urteil vom 28. Juli 1983 – 2 AZR 122/82 –, Rn. 17 ff. juris.

<sup>13</sup> Herschel, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 22 SchwbG; GK-SchwbG/Schimanski, 1. Aufl. 1992, § 25 Rn. 90.

<sup>14</sup> Ritz/Dopatka, ZSR 1986, 412.

<sup>15</sup> Düwell: Die Umsetzung der angekündigten Stärkung der Schwerbehindertenvertretung – Ein Werkstattbericht, Festschrift für Eichenhofer, S. 155 (167 ff.).

<sup>16</sup> Kohte: Gutachten mit Vorschlägen für verbessertes Informations- und Anhörungsrecht der Schwerbehindertenvertretung, abrufbar unter <http://www.reha-recht.de/infothek/beitrag/artikel/gutachten-mit-vorschlaegen-fuer-verbessertes-informations-und-anhoerungsrecht-der-schwerbehindertenver/>, zuletzt abgerufen am 22.02.2018.

und Sozialausschuss am 30.11.2016 eingefügt worden – allerdings begrenzt auf Kündigungen.<sup>17</sup>

In der juristischen Literatur ist 2017 diese Unwirksamkeitsklausel aufgenommen und lebhaft diskutiert worden. Sie wird als ein Instrument wahrgenommen, das eine reale Beteiligung der SBV ermöglichen soll.<sup>18</sup> Hieran gemessen ist die Rechtsfolge einer unwirksamen Kündigung eindeutig angeordnet.

### 3. Unterschiede BetrVG – SGB IX

Vereinzelte wird vertreten, die Unwirksamkeit könne nicht für die fehlende Beteiligung der Stufenvertretung gelten, da diese wegen der räumlichen Entfernung nicht praxisgerecht sei und § 102 BetrVG widerspreche.<sup>19</sup> Tatsächlich liegt ein solcher Widerspruch vor, er ist jedoch in der Gesetzgebung seit 1974 bewusst vorgenommen worden. Das Recht der SBV ist nicht deckungsgleich mit dem Recht der Betriebs- und Personalräte.

Die Beteiligungsrechte im SGB IX sind anders strukturiert als im BetrVG. Im BetrVG ist nur der örtliche Betriebsrat nach § 102 BetrVG für individuelle Kündigungen zuständig. Wenn es keinen Betriebsrat gibt, sollte nach einer langjährigen Rechtsprechung keine Einschaltung des Gesamtbetriebsrats erfolgen:

*„Es ist allein Sache der Belegschaft, dafür zu sorgen, dass ein Betriebsrat gebildet wird, durch den sie ihre betriebsverfassungsrechtlichen Rechte gegenüber dem Arbeitgeber/Unternehmer wahrnehmen kann. Tut sie dies nicht oder nicht rechtzeitig, so muss sie die daraus folgenden betriebsverfassungsrechtlichen Nachteile hinnehmen.“<sup>20</sup>*

Diese holzschnittartige Struktur wurde 2001 aufgelockert. In § 50 Abs. 1 BetrVG wurde ein 2. Halbsatz eingefügt, wonach der Gesamtbetriebsrat auch für betriebsratslose Betriebe handeln kann, wenn er originär, also bei zwingend unternehmenseinheitlichen Angelegenheiten, zuständig ist.<sup>21</sup> Kündigungen sind aber weiterhin betriebsbezogen, weil in der Regel – so auch im Fall aus Darmstadt – jedes Arbeitsverhältnis einem konkreten Betrieb zugeordnet ist. Daher ist in solchen Fällen in einem betriebsratslosen Betrieb der Gesamtbetriebsrat vor einer Kündigung nicht anzuhören.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> Im aktuellen Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD wird unter den Rn. 4343–4348 (Stand 07.02.2018) eine bessere Beteiligung von behinderten Menschen verlangt. Dies ist die Gelegenheit die Unwirksamkeitsklausel, die jetzt in § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX zu finden ist, auch auf Aufhebungsverträge und Abmahnungen zu erstrecken.

<sup>18</sup> Bayreuther: Der neue Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer nach § 95 II SGB IX, NZA 2017, 87 (88); Schnelle, Die Schwerbehindertenvertretung: Was ändert sich durch das Bundesteilhabegesetz, NZA 2017, 880 (882).

<sup>19</sup> Prieschl/Meißner: Kündigung ohne Anhörung einer nicht örtlichen Schwerbehindertenvertretung unwirksam?, DB 2017, S. 1592.

<sup>20</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 16. August 1983 – 1 AZR 544/81 –, Rn. 15, juris, BAGE 44, 86-94 = NJW 1984, S. 2966 f.

<sup>21</sup> Fitting, BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 50 Rn. 32.

<sup>22</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 16.12.2010 – 2 AZR 576/09 –, Rn. 15, juris = AP Nr. 150 zu § 2 KSchG; DKKW-BetrVG/Bachner, 16. Aufl. 2018, § 102 Rn. 49; Koch, ErfKomm, 18. Aufl. 2018, § 50 Rn. 5.

Gesamt- und Konzernbetriebsrat sind somit originär nur zuständig für überörtliche Fragen, die auf der Ebene des einzelnen Betriebs beziehungsweise Unternehmens nicht geregelt werden können. Dies ist eine bewusste Strukturentscheidung im BetrVG, mit der die Basisnähe der betrieblichen Vertretung in den Vordergrund gestellt wird. Zuständigkeitslücken werden in Kauf genommen, da die Beschäftigten bereits ab fünf Arbeitnehmern im Betrieb eine Betriebsratswahl einleiten können.

Anders ist die seit 1974 geltende Rechtslage der SBV. Zwar gilt auch hier eine Mindestanzahl von fünf schwerbehinderten Beschäftigten, um eine SBV wählen zu können. Diese Zahl wird jedoch sehr viel seltener erreicht. Bei Einhaltung der Beschäftigungsquote von 5 Prozent gemäß § 154 SGB IX ist sie realistisch nur bei Betrieben mit wenigstens 100 Arbeitnehmern. Daher ist das Netz der Vertrauenspersonen deutlich lückenhafter als das Netz der Betriebsräte. Folglich bleibt die Zahl der Vertrauenspersonen weit hinter der Zahl der Betriebsräte zurück. Die Ersatzzuständigkeit der Stufenvertretungen ist daher für einen effektiven Schutz sachlich notwendig.

Ein Vergleich mit § 102 BetrVG ist somit verfehlt. Im SBV-losen Betrieb gelten von Gesetzes wegen andere Regeln als im Betrieb ohne Betriebsrat. Die Beteiligung der Stufenvertretung ist in § 180 Abs. 6 SGB IX auch weiterhin vorgeschrieben, so dass es konsequent ist, die bewusst gewollte Unwirksamkeit nach § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX auch hier anzuwenden. Die Entscheidung des ArbG Darmstadt ist daher folgerichtig und zu unterstützen.

### III. Fazit

Es ist wichtig, dass Stufenvertretungen Arbeitgeber auf diese Rechtslage hinweisen und mit Betriebsräten kooperieren, um die Beteiligungspflicht vor jeder Kündigung schwerbehinderter Menschen sicherzustellen. Selbstverständlich gilt es ebenso für das Integrationsamt im Zustimmungsverfahren nach § 170 SGB IX (bis zum 31.12.2017 § 87 SGB IX) die Stufenvertretung zu beteiligen, um Vertretungslücken zu vermeiden.<sup>23</sup> Auch dies ist offensichtlich im Darmstädter Ausgangsfall versäumt worden.

Schließlich war es jedoch zunächst am wichtigsten, innerhalb von drei Wochen nach Kündigungszugang direkt beim Arbeitsgericht Klage zu erheben, um diese Rechtsfehler rechtzeitig geltend machen zu können. In anwaltlicher Vorsicht ist zudem gleichzeitig Widerspruch gegen den Zustimmungsbescheid des Integrationsamts einzulegen. Dies gilt insbesondere, wenn die Stufenvertretung vom Integrationsamt verfahrensfehlerhaft nicht beteiligt worden ist.

Derartige Rechtsstreitigkeiten werden verringert, wenn das Netz der örtlichen SBV'en enger geknüpft wird. Jeder Betriebsrat ist nach § 176 Satz 2, 2. Halbsatz SGB IX (bis zum 31.12.2017 § 93 Satz 2, 2. Halbsatz SGB IX) gehalten, SBV-Wahlen zu unterstüt-

---

<sup>23</sup> Siehe dazu LPK-SGB IX/Düwell, 4. Aufl. 2014, § 97 Rn. 35; Knittel, SGB IX, 9. Aufl. 2016, § 87 Rn. 35.

zen und kann daher nach den §§ 1 Abs. 2, 19 Abs. 2 SchwbVWO zu einer Wahlversammlung einladen. Um rechtzeitig Interessenten für eine Kandidatur zu finden, sollte das Thema der SBV-Wahl auf einer Betriebsversammlung hinreichend diskutiert werden. Denn neben dem Kollektivrecht des Betriebsrats in SBV-losen Betrieben nach den §§ 1 Abs. 2, 19 Abs. 2 SchwbVWO zur Wahlversammlung einzuladen, können dessen Mitglieder sowohl Mitglied des Wahlvorstandes sein als auch zum Wahlleiter für das vereinfachte Wahlverfahren gewählt werden.<sup>24</sup> Daher ist eine Schulung zu den Grundfragen der SBV-Wahl für Betriebsräte im SBV-losen Betrieb erforderlich nach § 37 Abs. 6 BetrVG.

---

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>24</sup> Siehe Hohmann in: Wiegand/Hohmann, SchwbVWO, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 13 sowie § 20 Rn. 14.