diskussionsforum Rehabilitations- und Teilhaberecht
www.reha-recht.de

DVfR Deutsche Vereinigung für Rehabilitation

– Fachbeitrag B5-2018 –

26.09.2018

SBV-Beteiligung auch bei Kündigung in der gesetzlichen Wartezeit

Anmerkung zu ArbG Hamburg, Urteil vom 12.06.2018 – 21 Ca 455/17[1]

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

Bereits mit Wirkung zum 30.12.2016 erfolgte durch die Einführung der Unwirksamkeitsklausel gemäß § 178 Abs. 2 Satz 3 Sozialgesetzbuch 9 (SGB IX) die wohl bedeutsamste Änderung im Recht der Schwerbehindertenvertretungen (SBV). Der nachfolgende Fall zeigt anschaulich, dass der Unwirksamkeitsklausel neben dem Sonderkündigungsschutz der §§ 168 ff. SGB IX eine eigenständige Bedeutung zukommt. Zudem gibt er Anlass zu überlegen, wie Gefährdungen des Beschäftigungsverhältnisses möglichst frühzeitig vermieden werden können.

I. Thesen der Autoren

1. Die Beteiligungspflicht der SBV nach § 178 SGB IX besteht unabhängig vom Zustimmungsverfahren beim Integrationsamt gemäß den §§ 168 ff. SGB IX.
2. Die SBV ist mindestens in demselben Umfang wie Betriebs.- bzw. Personalrat zu unterrichten.
3. Die Unwirksamkeitsklausel gemäß § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX erstreckt sich auch auf Probezeitkündigungen.
4. SBV und Integrationsamt sind im Rahmen des Präventionsverfahrens nach § 167 Abs. 1 SGB IX wesentliche Akteure, um eine Gefährdung des Beschäftigungsverhältnisses abzuwenden.

---

[1] Dieser Beitrag wurde unter www.reha-recht.de als Fachbeitrag B5-2018 in der Kategorie B: Arbeitsrecht veröffentlicht; Zitiervorschlag: Kohte/Liebsch: SBV-Beteiligung auch bei Kündigung in der gesetzlichen Wartezeit – Anmerkung zu ArbG Hamburg, Urteil vom 12.06.2018 – 21 Ca 455/17; Beitrag B5-2018 unter www.reha-recht.de; 26.09.2018.

II. Sachverhalt und Urteil

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung in der gesetzlichen Wartezeit des § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX.

Die 1958 geborene, verheiratete und schwerbehinderte Klägerin ist auf Grundlage eines Arbeitsvertrags vom 27.06.2017 seit dem 01.07.2017 bei der Beklagten als Projektmitarbeiterin beschäftigt. Die Parteien vereinbarten im Arbeitsvertrag eine Probezeit von 6 Monaten. Bei der Beklagten sind sowohl ein Personalrat als auch eine SBV gewählt. Die gewählte Vertrauensperson, Herr W., ist zugleich Mitglied des Personalrats.

Nachdem der Beklagten die Arbeitsleistungen der Klägerin in qualitativer und quantitativer Hinsicht als unzureichend erschienen, hörte sie mit Schreiben vom 27.11.2017 den Personalrat zu einer beabsichtigten Kündigung an. Ferner habe der direkte Vorgesetzte der Klägerin Herrn W. in seiner Funktion als Vertrauensperson der SBV am 28.11.2017 in einem gut neunminütigen Telefonat über die Kündigungsabsicht unterrichtet. Den genauen Inhalt des Telefonats konnte die Beklagte weder darlegen noch nachweisen.

Mit Schreiben vom 29.11.2017 äußerte der Personalrat erhebliche Bedenken gegen eine Kündigung der Klägerin. Infolge dieser Stellungnahme kam es zu einem Gespräch zwischen der Personalratsvorsitzenden, dem Leiter des Fachamtes, in dem die Klägerin beschäftigt war, sowie einem Vertreter der Personalabteilung. Zudem wurde das Integrationsamt von der beabsichtigten Kündigung informiert.

Mit Schreiben vom 01.12.2017, der Klägerin zugegangen am 02.12.2017, kündigte die Beklagte sodann das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2017. Hiergegen erhob die Klägerin fristgerecht Kündigungsschutzklage und bestritt im Wesentlichen eine ordnungsgemäße Anhörung von Personalrat und SBV.

Mit Urteil vom 12.06.2018 (AZ.: 21 Ca 455/17) gab das Arbeitsgericht (ArbG) Hamburg der Kündigungsklage statt, da die SBV vor Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß beteiligt worden sei. Die Klägerin sei daher weiterzubeschäftigen.

III. Würdigung/Kritik

Dem Urteil des ArbG Hamburg ist zuzustimmen. Es verdeutlicht, dass die SBV unabhängig von Personalrat und Integrationsamt an personalrechtlichen Entscheidungen frühzeitig zu beteiligen ist, sofern schwerbehinderte Menschen betroffen sind. Dies gilt unabhängig davon, in welchem Stadium sich das Beschäftigungsverhältnis befindet.

1. Sinn und Zweck der Probezeit gemäß § 622 Abs. 3 BGB

Nach § 622 Abs. 3 BGB kann während einer längstens für die Dauer von sechs Monaten vereinbarten Probezeit, das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen

gekündigt werden. Die Probezeitvereinbarung dient dem praktischen Bedürfnis nach Flexibilität, da beide Arbeitsvertragsparteien das Arbeitsverhältnis in diesem Stadium relativ schnell lösen können. Folglich ist das Probearbeitsverhältnis ohne Befristung ein reguläres Arbeitsverhältnis, das durch Kündigung kurzfristig beendet werden kann.

2. Gesetzliche Wartezeit gemäß § 173 (früher § 90) Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX

Neben der verkürzten Kündigungsfrist während einer vereinbarten Probezeit gilt der Sonderkündigungsschutz der §§ 168 ff. SGB IX gemäß § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX nicht für schwerbehinderte Menschen, deren Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate besteht. Das Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt ist daher regelmäßig nach diesem Zeitpunkt durchzuführen.

Vor 1974 galt die Bereichsausnahme des Sonderkündigungsschutzes für die Kündigung eines zur Probe eingestellten schwerbehinderten Menschen nur in den ersten drei Monaten; diese Ausnahme wurde schrittweise ausgedehnt. 1986 wurde die Erforderlichkeit des Zustimmungsverfahrens in zeitlicher Hinsicht an den allgemeinen Kündigungsschutz angepasst und tritt somit seither erst nach sechs Monaten ein.[2] Diese Regelung wurde 2001 inhaltsgleich in das SGB IX aufgenommen[3] und entspricht nach Inkrafttreten des Bundesteilhabegesetzes dem heutigen § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX.

3. Präventive Arbeitgeberpflichten

Die Kündigung eines Beschäftigten ist stets nachrangig zu betrieblichen Maßnahmen sowie der Inanspruchnahme von ergänzenden Leistungen durch die Rehabilitationsträger, um ein Arbeitsverhältnis erhalten zu können.

a. Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX

So ist der Arbeitgeber bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, nach § 167 Abs. 1 SGB IX gehalten, möglichst frühzeitig die SBV und den Betriebs- bzw. Personalrat sowie das Integrationsamt einzuschalten, um mit ihnen Möglichkeiten zu beraten, wie das Arbeitsverhältnis stabilisiert und eine Kündigung vermieden werden kann.[4] Hierfür ist es erforderlich, frühzeitig zu ermitteln, worauf die Schwierigkeiten im Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis im konkreten Einzelfall zurückzuführen sind und ob sowie ggf. welche Maßnahmen zu

---

2 Bundestags-Drucksache (BT-Drs.) 10/3138, 21.
3 BT-Drs. 14/5074, 113.
4 Rehwald in: Feldes/Helbig/Krämer/Rehwald/Westermann, Schwerbehindertenrecht, Basiskommentar zum SGB IX mit Wahlordnung, 14. Aufl. 2018, § 168 Rn. 13.

ergreifen sind, um das Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortzusetzen.[5] Das Präventionsverfahren ist damit ein klassisch zweistufiges Verfahren.

Personenbedingte Schwierigkeiten liegen vor, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, so bspw. eine mangelnde körperliche oder geistige Eignung, unzureichende Kenntnisse und Fähigkeiten, nicht mehr oder nur noch eingeschränkt in der Lage ist, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.[6]

Treten derartige Mängel auf, wird sich der schwerbehinderte Beschäftigte nach Ansicht des Arbeitgebers oft nicht bewährt werden. Keinesfalls ist diese Konsequenz jedoch zwingend. Denn durch das Präventionsverfahren soll nicht erst die Kündigung als Endpunkt, sondern bereits die Entwicklung dahin unterbrochen und verhindert werden.[7] Möglichst frühzeitig im Sinne des § 167 Abs. 1 SGB IX bedeutet einen Sachverhalt, in welchem die Gefährdung noch nicht so groß war, dass eine Kündigung schon in Betracht zu ziehen ist.[8] Hierdurch soll schon vor der bei Kündigungen gebotenen Anhörung gemeinsam, also unter Beteiligung von SBV, Betriebs- bzw. Personalrat und Integrationsamt, versucht werden, die entstehenden Kündigungsgründe zu beseitigen.[9] Anschaulich kann hier zusammengefasst werden: „Die Schwierigkeit besteht vor der Gefährdung, diese steht vor der Gefahr.“[10]

Hieran gemessen wäre die Beklagte gehalten gewesen, bereits vor der Anhörung des Personalrats am 27.11.2017 ein Präventionsverfahren durchzuführen. In dessen Rahmen hätte sodann ermittelt werden können, welche möglichen Unterstützungsmaßnahmen, auch durch das Integrationsamt, hätten ergriffen werden können. Diesen Anforderungen ist die Beklagte nicht nachgekommen. Indem sie schlicht das Integrationsamt vor Ausspruch der Kündigung informiert hat, erfüllte sie lediglich ihre Anzeigepflicht nach § 173 Abs. 4 SGB IX. Auch das Gespräch zwischen der Personalratsvorsitzenden, dem Leiter des Fachamtes, in dem die Klägerin beschäftigt war sowie einem Vertreter der Personalabteilung war bereits aufgrund seiner Zusammensetzung nicht geeignet, die fehlende Durchführung eines Präventionsverfahrens nach § 167 Abs. 1 SGB IX zu kompensieren. Auch sachlich wurde nicht vorgetragen, dass die Überwindung personenbedingter Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien thematisiert worden sei. Allerdings konnte sich die Beklagte auf der sicheren Seite fühlen, denn das BAG meint, dass § 167 Abs. 1 SGB IX in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses nicht anzuwenden sei.[11] Das ist verfehlt. Mit dem Präventionsverfahren soll geklärt werden, ob und welche Unterstützungs-

---

5 Beyer in: Düwell/Beyer, Das neue Recht für behinderte Beschäftigte, 2017, Rn. 171.; BAG, Urteil vom 21. April 2016 – 8 AZR 402/14 –, BAGE 155, 61-69, Rn. 24.

6 Feldes in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol SGB IX , 4. Aufl. 2018, § 167 Rn. 19 .

7 Neumann in: Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX, 13. Aufl. 2018, § 167 Rn. 7.

8 Neumann, aaO., § 167 Rn. 7.

9 Neumann, aaO., § 167 Rn. 5.

10 Beyer in: Düwell/Beyer, Das neue Recht für behinderte Beschäftigte, 2017, Rn. 161. Zu diesem Stufenverhältnis auch BAG, Urteil vom 07. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06 –, Rn. 30, juris.

11 BAG, Urteil vom 21. April 2016 – 8 AZR 402/14 –, BAGE 155, 61–69, Rn. 27.

maßnahmen des Integrationsamts mobilisiert werden können. Ein solches Verfahren muss so früh wie möglich eingeleitet werden.[12]

b. Anhörung der SBV

Neben ihrer Beteiligung am Präventionsverfahren ist die SBV an der beabsichtigten Kündigung gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zu beteiligen. Erfolgt die Beteiligung nicht ordnungsgemäß, ist eine ausgesprochene Kündigung bereits deshalb unwirksam, § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX. Dies gilt unabhängig davon, ob sie innerhalb der vereinbarten Probezeit gemäß § 622 Abs. 3 BGB oder während der gesetzlichen Wartezeit des § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX ausgesprochen wird.[13]

Das ArbG Hamburg konnte die Frage nach dem erforderlichen Umfang der SBV-Beteiligung offenlassen, da die Beklagte bereits nicht nachweisen konnte, Herrn W. in seiner Funktion als Vertrauensperson überhaupt beteiligt zu haben.

Nach der Aussage des Herrn W. sei dieser nämlich telefonisch nicht über die Kündigungsgründe informiert worden und daher davon ausgegangen, dass noch eine Beteiligung unter Vorlage von Unterlagen und einer schriftlichen Aufforderung zur Stellungnahme erfolgen werde. Hierzu kam es jedoch nicht. Zwar sieht § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX keine bestimmte Beteiligungsform vor, so dass grundsätzlich Formfreiheit besteht. Der vorliegende Fall zeigt aber anschaulich jeder Personalabteilung, wie wichtig es ist, die Beteiligung der SBV aus Beweiszwecken zumindest in Text-, besser in Schriftform durchzuführen.

Zudem konnte die Beteiligung des Personalrats die Beteiligung der SBV nicht deswegen heilen, weil Herr W. zugleich Mitglied in beiden Gremien war. Die SBV ist eigenständig und daher separat zu beteiligen.[14] Auch hierauf sollten die Personalabteilungen achten.

Dabei ist die Frage nach dem Umfang der SBV-Beteiligung für eine ordnungsgemäße Beteiligung gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX entscheidend und hat demnach unmittelbare Auswirkungen auf die Unwirksamkeitsklausel des § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX. Überwiegend wird vertreten, dass die SBV in demselben Umfang zu unterrichten sei, wie der Betriebs- bzw. Personalrat[15]; vereinzelt wird angenommen, die Anhörung der SBV erfolge nach weniger strengen Anforderungen, da sie vor allem

---

[12] Kohte, jurisPR-ArbR 2/2018 Anm. 1.

[13] Kohte/Liebsch, Die Stärkung der Schwerbehindertenvertretungen nach dem BTHG zwischen Programm und Realität, RP-Reha 2/2017, S. 14 (19); Rolfs in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 178 SGB IX Rn. 8; Bayreuther, Der neue Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer nach § 95 II SGB IX, NZA 2017, 87 (88); Krämer in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, 4. Aufl. 2018, § 178 Rn. 29.

[14] Kohte/Liebsch: SBV-Beteiligung bei Änderungskündigung – Anmerkung zum Urteil des ArbG Hagen vom 06. März 2018 – 5 Ca 1902/17; Beitrag B4-2018 unter www.reha-recht.de; 07.08.2018.

[15] Rolfs in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 178 SGB IX Rn. 9; Mühlmann, Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Kündigungen durch den Arbeitgeber, NZA 2017, 884 (885).

dem Ausgleich von Nachteilen schwerbehinderter Beschäftigter auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt diene.[16] Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Richtigerweise ist die SBV mindestens in demselben Umfang zu unterrichten, wie der Betriebs- bzw. Personalrat. Die nach § 182 Abs. 1 SGB IX geforderte enge Zusammenarbeit von Arbeitgeber, SBV und Betriebs- bzw. Personalrat wäre anderenfalls nicht möglich, da sie eine paritätische Informationskultur voraussetzt. Dem entspricht es, dass die SBV sowohl nach § 178 Abs. 4 SGB IX ein beratendes Teilnahmerecht an allen Sitzungen des Betriebs- bzw. Personalrats und deren Ausschüssen sowie des Arbeitsschutzausschusses hat und gemäß § 178 Abs. 5 SGB IX zu den Monatsgesprächen der Betriebs- bzw. Dienstpartner hinzuziehen ist.

In der Rechtsprechung zu § 102 BetrVG ist anerkannt, dass der Betriebsrat zu den ins Auge gefassten Kündigungsgründen auch während der Probezeit anzuhören ist.[17] Wenn – wie hier – konkrete quantitative bzw. qualitative Leistungsmängel die Kündigung veranlassen sollen, dann ist zu diesen behaupteten Tatsachen anzuhören.[18] Das ist für die Anhörung der SBV besonders wichtig, denn nur so kann sie klären, ob die Kündigung im Zusammenhang mit der Schwerbehinderung steht und ob Leistungen des Integrationsamts nutzbar gemacht werden können.

IV. Fazit

Neben dem Sonderkündigungsschutz der §§ 168 ff. SGB IX treten das Präventionsverfahren sowie die Beteiligung der SBV gemäß § 178 Abs. 2 SGB IX. Sowohl die SBV als auch das Integrationsamt sind wichtige Akteure der Prävention und Inklusion. Innerbetrieblich bietet das Präventionsverfahrens nach § 167 Abs. 1 SGB IX eine geeignete Schnittstelle. Hier können die Expertisen von SBV und Integrationsamt gemeinsam nutzbar gemacht werden, um bereits frühzeitig eine Gefährdung des Beschäftigungsverhältnisses abzuwenden. Dies gilt vor allem während einer vereinbarten Probezeit, in welcher sich frühzeitig die Frage nach der Bewährung des schwerbehinderten Beschäftigten stellt.

Begleitende Hilfeleistungen kann das Integrationsamt gemäß § 185 Abs. 3 SGB IX sowie durch die Arbeitsassistenz nach § 185 Abs. 5 SGB IX gewährleisten. Insbesondere eine Arbeitsassistenz kann helfen, ein Arbeitsverhältnis zu erhalten und die Bewährung in der Probezeit zu meistern. Sie können zudem im individualrechtlichen Gewand des § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX beansprucht werden, wonach ein schwerbehinderter Mensch jederzeit einen Anspruch auf eine behinderungsgerechte Beschäftigung geltend machen kann.

---

[16] Lingemann/Steinhauser, Fallen beim Ausspruch von Kündigungen – Anhörung der Schwerbehindertenvertretung, NZA 2017, 1369 (1370).
[17] So schon BAG 13.7.1978 – 2 AZR 717/76, AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG.
[18] Dazu Koch in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2016, § 102 BetrVG Rn. 106a.

Um eine passende Hilfeleistung frühzeitig zu ermitteln, sind neben dem Präventionsverfahren auch die seit 01.01.2018 einzurichtenden Ansprechstellen der Rehabilitationsträger aktiv zu nutzen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Leistungen durch das Integrationsamt gemäß den §§ 17 Abs. 1b, 18 SchwbAV gegenüber Leistungen der Rehabilitationsträger nur subsidiär erbracht werden.[19]

Das Verfahren am ArbG Hamburg zeigt anschaulich, dass die Beteiligung der SBV kein Annex zur Beteiligung des Betriebs- oder Personalrats ist, sondern eine eigenständige Bedeutung hat. Das wird in der Praxis nicht immer beachtet. Die Unwirksamkeitsklausel des § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX ist ein wichtiges Instrument, um solche „Grauzonen mangelnder Beteiligung im Alltag“ auszudünnen.[20]

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf www.reha-recht.de.

---

[19] Zur Evaluation von Leistungen zur Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben BMAS, Forschungsbericht 480, März 2017, abrufbar unter: http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/fb-480-abschlussbericht-teilhabe-behinderter-menschen-am-arbeitsleben.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

[20] Dazu auch Kohte/Liebsch: Erste Entscheidung zur Unwirksamkeitsklausel bei Kündigungen ohne Beteiligung der SBV – Anmerkung zu ArbG Darmstadt, Urteil v. 14.11.2017 – 9 Ca 249/17; Beitrag B2-2018 unter www.reha-recht.de; 27.03.2018 sowie Kohte/Liebsch: SBV-Beteiligung bei Änderungskündigung – Anmerkung zum Urteil des ArbG Hagen vom 06. März 2018 – 5 Ca 1902/17; Beitrag B4-2018 unter www.reha-recht.de; 07.08.2018.