

# **Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX**

11. aktualisierte und ergänzte Auflage

Stand: Juni 2015

## Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX

### Impressum

**Stand:** Juni 2015

**Nachdruck:** Februar 2016 durch:  
Thüringer Landesverwaltungsamt  
Abt. VI – Integrationsamt  
Karl-Liebknecht-Straße 4  
98527 Suhl  
E-Mail: integrationsamt@tlvwa.thueringen.de

Bearbeitung des Nachdrucks für die Landesausgabe Thüringen:  
Susan Hacker

**Herausgeber:** Landschaftsverband Rheinland  
LVR-Integrationsamt  
50663 Köln

© Landschaftsverband Rheinland, LVR-Integrationsamt

**Text und Redaktion:** Christoph Beyer (verantwortlich), LVR-Integrationsamt  
RAin Bettina Schmidt, Bonn

Frau Rechtsanwältin Bettina Schmidt ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Fachanwältin für Sozialrecht in eigener Kanzlei in Bonn. Sie arbeitet schwerpunktmäßig in den Bereichen Kündigungsschutz, Schwerbehinderten- und Rentenversicherungsrecht.

**Herstellung:** Landwirtschaftsverlag GmbH, Hülsebrockstraße 2–8, 48165 Münster

**Bezug:** Diese Publikation ist zu beziehen bei:  
Thüringer Landesverwaltungsamt  
Abt. VI – Integrationsamt  
Karl-Liebknecht-Straße 4  
98527 Suhl  
E-Mail: integrationsamt@tlvwa.thueringen.de

Diese Broschüre können Sie auch aus dem Internet als PDF-Datei unter [www.thueringen.de/th3/tlvwa](http://www.thueringen.de/th3/tlvwa) → Publikationen herunterladen.

**Stand:** Juni 2015, 11. aktualisierte und ergänzte Auflage

# Inhalt

<b>1. Inhalt und Zielsetzung des besonderen Kündigungsschutzes nach dem Sozialgesetzbuch – Neuntes Buch (SGB IX)</b>	<b>6</b>
1.1 Vorherige Zustimmung durch das Integrationsamt	6
1.2 Zielsetzung des besonderen Kündigungsschutzverfahrens	6
1.3 Verhältnis zum allgemeinen Kündigungsschutz	7
1.4 Geschützter Personenkreis – Erfordernis der Zustimmung	7
1.4.1 Schwerbehinderteneigenschaft	7
1.4.2 Gleichgestellte behinderte Menschen	7
1.4.3 Arbeitnehmer	9
1.4.4 Beamte und Richter	10
1.5 Fehlende Tatbestandsvoraussetzungen – „Negativattest“	10
<b>2. Zustimmungsfreie Beendigung des Arbeitsverhältnisses</b>	<b>12</b>
2.1 Kündigung durch den schwerbehinderten Menschen	12
2.2 Aufhebungsvertrag, Abwicklungsvertrag	12
2.3 Nachteile beim Bezug von Arbeitslosengeld	12
2.4 Befristetes Arbeitsverhältnis	13
2.5 Auflösende Bedingung	13
2.6 Anfechtung des Arbeitsvertrages	14
2.7 Zustimmungsfreie Kündigung in besonderen Fällen	15
2.7.1 Ausnahmen vom Kündigungsschutz nach § 90 Absatz 1 und Absatz 2 SGB IX	15
2.7.2 Sonderregelung in § 90 Absatz 2a SGB IX	16
2.7.2.1 Fehlender Nachweis der Schwerbehinderteneigenschaft – § 90 Absatz 2a SGB IX, 1. Alternative	16
2.7.2.2 Fehlende Mitwirkung im Feststellungsverfahren – § 90 Absatz 2a SGB IX, 2. Alternative	18
2.7.2.3. Übersicht über die Fallgruppen des § 90 Absatz 2a SGB IX	24
<b>3. Kündigungsschutzverfahren</b>	<b>26</b>
3.1 Antragsverfahren	26
3.1.1 Verwendung von Formularen im Kündigungsschutz	26
3.2 Durchführung des Verfahrens	28
3.2.1 Ermittlung des Sachverhalts	28
3.2.2 Stellungnahmen der Beteiligten	28
3.2.3 Untersuchungsgrundsatz	29
3.2.4 Anhörungsgebot	30
3.2.5 Mitwirkungspflicht der Beteiligten	30
3.2.6 Mündliche Verhandlung	31

3.3	Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens	31
3.3.1	Zeitraum für die Entscheidung	32
3.3.2	Form und Bekanntgabe der Entscheidung	34
3.3.3	Ausspruch der Kündigung im Falle der zustimmenden Entscheidung	34
3.3.4	Kündigungsfrist	35
<b>4.</b>	<b>Entscheidung des Integrationsamtes</b>	<b>37</b>
4.1	Ermessensentscheidung	37
4.1.1	Pflichtgemäßes Ermessen	37
4.1.2	Fehlerhafte Ermessensausübung	38
4.1.3	Ermessensspielraum	39
4.1.4	Einschränkung des Ermessens	39
4.2	Bewertung des Kündigungsgrundes	39
4.2.1	Betriebsbedingte Gründe	39
4.2.2	Gründe in der Person	40
4.2.3	Gründe im Verhalten	43
4.2.4	Sonstige Gesichtspunkte	44
4.3	Einschränkung des Ermessens	44
4.3.1	Betriebsstilllegung	44
4.3.1.1	Weiterbeschäftigung in einem anderen Betrieb desselben Arbeitgebers	45
4.3.1.2	Wechsel des Betriebszweckes, Betriebsverlegung	46
4.3.1.3	Betriebsübergang	46
4.3.1.4	Insolvenz	47
4.3.2	Betriebseinschränkung	47
4.3.2.1	Verringerung der Arbeitsplätze	48
4.3.2.2	Erfüllung der Beschäftigungspflicht	48
4.3.2.3	Lohnfortzahlung für drei Monate	48
4.3.2.4	Weiterbeschäftigung	49
4.3.3	Vorhandensein eines anderen angemessenen und zumutbaren Arbeitsplatzes	49
4.4	Gütliche Einigung	51
4.5	Prävention	51
<b>5.</b>	<b>Rechtsmittel</b>	<b>55</b>
5.1	Widerspruchsausschuss	55
5.2	Überprüfung durch das Verwaltungsgericht	56
5.3	Rechtsweg zum Arbeitsgericht	57

<b>6. Besondere Tatbestände</b>	<b>61</b>
6.1 Unkenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung	61
6.2 Änderungskündigung	63
6.3 Außerordentliche Kündigung	64
6.3.1 Besonderheiten des Kündigungsschutzverfahrens	64
6.3.2 Zusammenhang zwischen Kündigungsgrund und Behinderung	65
6.3.3 Außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit	69
6.3.4 Ausspruch der außerordentlichen Kündigung nach zustimmender Entscheidung	71
6.4 Erweiterter Beendigungsschutz	73
6.4.1 Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung bei Berufs- beziehungsweise Erwerbsunfähigkeit oder Erwerbsminderung auf Zeit	73
6.4.2 Kenntnis des Arbeitgebers	74
6.4.3 Prüfung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten	75
<b>7. Anhang</b>	<b>77</b>
7.1 Verweise/Fundquellen	77
7.2 Abkürzungs- und Literaturverzeichnis	79
7.3 Anschriften und örtliche Zuständigkeit des Integrationsamtes Thüringen	80

### Hinweis:

Das Arbeitsheft enthält durchweg männliche Formen. Wir bitten um Verständnis für diese Vereinfachung und weisen ausdrücklich darauf hin, dass sich die getroffenen Aussagen auf beide Geschlechter beziehen.

# 1. Inhalt und Zielsetzung des besonderen Kündigungsschutzes nach dem Sozialgesetzbuch – Neuntes Buch (SGB IX)

## 1.1 Vorherige Zustimmung durch das Integrationsamt

Der Kündigungsschutz nach dem Sozialgesetzbuch IX besteht darin, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bedarf (§ 85 SGB IX). Das Erfordernis der Zustimmung ist der wesentliche Inhalt des Kündigungsschutzes. Erst wenn die Entscheidung des Integrationsamtes in Form der Zustimmung vorliegt, darf der Arbeitgeber die Kündigung erklären. Die ohne vorherige Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Da sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist sie gemäß § 134 BGB nichtig. Sie kann daher auch nicht nachträglich durch das Integrationsamt genehmigt werden.

Das Erfordernis der Zustimmung erstreckt sich sowohl auf die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber (§ 85 SGB IX), als auch auf die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund (§ 91 SGB IX – siehe Seite 66). Dies gilt ebenso für die Änderungskündigung (siehe Seite 63). Darüber hinaus ist auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Mitarbeiters zustimmungspflichtig, wenn sie bei Gewährung einer Rente wegen Berufs- beziehungsweise Erwerbsunfähigkeit auf Zeit sowie teilweiser oder voller Erwerbsminderung auf Zeit ohne Kündigung erfolgt (erweiterter Beendigungsschutz, § 92 SGB IX, siehe Seite 73).

## 1.2 Zielsetzung des besonderen Kündigungsschutzverfahrens

Zweck der Vorschrift des § 85 SGB IX (Erfordernis der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes) ist es, vor Ausspruch der Kündigung die besonderen Schutzinteressen schwerbehinderter Menschen zu berücksichtigen und eine mit dem Schutzzweck des Gesetzes unvereinbare Kündigung zu vermeiden (BVerwG vom 10. September 1992, 5 C 39/88, BVerwGE 91, Seite 7). Das Integrationsamt soll im Rahmen dieses Verfahrens sowohl das berechnigte Interesse des schwerbehinderten Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes als auch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers berücksichtigen. Deshalb hat das Integrationsamt, falls es nicht zu einer vorrangig anzustrebenden gütlichen Einigung (siehe Seite 51) kommt, aufgrund des objektiv ermittelten Sachverhalts eine Entscheidung unter Abwägung der Belange des schwerbehinderten Menschen und der Interessen des Arbeitgebers zu treffen (siehe pflichtgemäßes Ermessen, Seite 37).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, einen schwerbehinderten Arbeitnehmer „durchzuschleppen“, wenn dies jeder wirtschaftlichen Vernunft widerspricht (BVerwG vom 28. Februar 1968 – VC 33.66, DB 1968, Seite 856). Eignung und Leistung des schwerbehinderten Menschen unterliegen grundsätzlich den gleichen Maßstäben wie bei nichtbehinderten Beschäftigten.

### 1.3 Verhältnis zum allgemeinen Kündigungsschutz

Das Erfordernis der Zustimmung stellt für den schwerbehinderten Mitarbeiter einen zusätzlichen Rechtsschutz dar. Daneben steht ihm, wie jedem anderen Arbeitnehmer auch, der allgemeine arbeitsrechtliche Kündigungsschutz, etwa nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG), zu.

Dabei ist das Kündigungsschutzverfahren nach dem SGB IX dem arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren vorgeschaltet, da erst nach zustimmender Entscheidung durch das Integrationsamt die Kündigung ausgesprochen werden kann. Die Prüfung, ob die arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen eingehalten worden sind, erfolgt nach Erhebung einer Kündigungsschutzklage durch den schwerbehinderten Arbeitnehmer im arbeitsgerichtlichen Verfahren (siehe Seite 57).

### 1.4 Geschützter Personenkreis – Erfordernis der Zustimmung

#### 1.4.1 Schwerbehinderteneigenschaft

Das Zustimmungserfordernis setzt die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers im Sinne der arbeitsrechtlichen Regelungen des SGB IX voraus. Die gesetzliche Definition in § 2 Absatz 2 SGB IX lautet:

„Menschen sind im Sinne des Teils 2 schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches haben.“

Für das Zustimmungserfordernis genügt es im Grundsatz, dass die Schwerbehinderteneigenschaft zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung objektiv vorgelegen hat. Sowohl die Anerkennung als auch die Feststellung des Grades der Behinderung (GdB) haben nur deklaratorische Bedeutung (BAG vom 13. Februar 2008 – 2 AZR 864/06, NZA 2008, Seite 1055 = br 2008, Seite 176).

Die Vorschriften über den besonderen Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen finden nach § 90 Absatz 2a SGB IX allerdings dann keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten nach Ablauf der Frist des § 69 Absatz 1 Satz 2 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnten (siehe Seite 15 – 2.7 Zustimmungsfreie Kündigung in besonderen Fällen).

#### 1.4.2 Gleichgestellte behinderte Menschen

Auch einem gleichgestellten behinderten Arbeitnehmer im Sinne des § 2 Absatz 3 SGB IX kommt der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen zugute (§ 68 Absatz 3 SGB IX). Gleichgestellte erwerben die Gleichstellung gemäß § 68 Absatz 2 Satz 2 SGB IX jedoch erst durch den entsprechenden Bescheid der Bundesagentur für Arbeit, der konstitutive Wirkung hat (BAG vom 21. November 2005 – 2 AZR 514/04, NZA 2006, Seite 665).

## Kriterium für Gleichstellung

Die Vorschrift des § 90 Absatz 2a SGB IX gilt nach der Rechtsprechung des BAG auch für gleichgestellte Arbeitnehmer, sodass bei Zugang der Kündigung die Gleichstellung entweder nachgewiesen sein muss oder mindestens drei Wochen vor Kündigungszugang beantragt worden sein muss (BAG vom 1. März 2007 – 2 AZR 217/06, NZA 2008, Seite 302; siehe Seite 15 – 2.7 Zustimmungsfreie Kündigung in besonderen Fällen).

Gemäß § 2 Absatz 3 SGB IX sollen behinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens von 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des § 2 Absatz 2 SGB IX vorliegen, schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen oder nicht behalten können. Die Feststellung der Gleichstellung trifft auf Antrag die Agentur für Arbeit. Die Gleichstellung wird mit dem Tag des Eingangs des Antrags bei der Agentur für Arbeit wirksam und kann auch befristet werden (§ 68 Absatz 2 SGB IX).

Die Gleichstellung zur Erlangung eines geeigneten Arbeitsplatzes kommt bei Arbeitslosigkeit des behinderten Menschen in Betracht und setzt nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes kein konkretes Arbeitsplatzangebot voraus. Entscheidendes Kriterium der Gleichstellung ist allein die mangelnde Konkurrenzfähigkeit gegenüber Nichtbehinderten auf dem Arbeitsmarkt insgesamt, nicht in Bezug auf einen konkreten Arbeitsplatz (BSG vom 2. März 2000 – B 7 AL 46/99 R, ZB 3/2000, br 2000, Seite 184 sowie BSG vom 6. August 2014 – B 11 AL 16/13 R).

Eine Gleichstellung zur Erlangung eines Arbeitsplatzes soll erfolgen, wenn der Betroffene infolge seiner Behinderung bei wertender Betrachtung in seiner Wettbewerbsfähigkeit gegenüber den Nichtbehinderten in besonderer Weise beeinträchtigt und deshalb nur schwer vermittelbar ist. Unter dieser Voraussetzung ist nach Auffassung des BSG die Gleichstellung zur Erlangung eines geeigneten Arbeitsplatzes gerechtfertigt; denn die Gleichstellung hat zur Folge, dass der Gleichgestellte auf die Pflichtplatzquote des Arbeitgebers angerechnet wird. Für einen potenziellen Arbeitgeber wird auf diese Weise ein Anreiz geschaffen, den Arbeitslosen einzustellen. Es bedarf also weder eines konkreten Arbeitsplatzangebotes noch einer Prognose darüber, dass die Gleichstellung zur Erlangung eines Arbeitsplatzes führt; vielmehr ist Ziel der Gleichstellung die rechtzeitige Hilfe für den behinderten Menschen zur Behebung einer ungünstigen Konkurrenzsituation auf dem Arbeitsmarkt (BSG vom 2. März 2000 – B 7 AL 46/99 R, ZB 3/2000, br 2000, Seite 184 sowie BSG vom 6. August 2014 – B 11 AL 16/13 R).

Festzustellen ist daher durch die Bundesagentur für Arbeit, welche Arbeitsplätze für den behinderten Menschen nach seinen beruflichen Kenntnissen und Fähigkeiten und seinen gesundheitlichen Voraussetzungen zumutbar in Betracht kommen, ob und inwieweit hierfür geeignete Arbeitsplätze vorhanden sind und inwieweit der behinderte Mensch im Hinblick auf diese Arbeitsplätze gegenüber Nichtbehinderten beziehungsweise Behinderten mit einem GdB von weniger als 30 bei der bestehenden Arbeitsmarktlage konkurrenzfähig ist. Die Konkurrenzfähigkeit des behinderten Menschen misst sich nicht allein an seiner früheren Tätigkeit und seinen beruflichen Wünschen, sondern auch an anderen Tätigkeiten, auf die die Arbeitsagentur ihre Vermittlungsbemühungen erstrecken darf (BSG vom 2. März 2000 – B 7 AL 46/99 R, ZB 3/2000, br 2000, Seite 184 sowie BSG vom 6. August 2014 – B 11 AL 16/13 R).



## Hinweis:

*Im Rahmen dieser Zumutbarkeit ist zu berücksichtigen, dass die Gleichstellung des Minderbehinderten einen drohenden sozialen Abstieg verhindern soll, indem auf einen „geeigneten“ und damit zumutbaren Arbeitsplatz abgestellt wird. Als „geeignet“ ist ein Arbeitsplatz anzusehen, den gesunde Personen von gleicher Vorbildung und gleichen sonstigen Voraussetzungen sich auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt verschaffen oder erhalten können. Die Bundesagentur für Arbeit kann also etwa den Antrag eines kaufmännischen Angestellten auf Gleichstellung nicht mit der Begründung ablehnen, er könne als Mitarbeiter im Sicherheitsdienst oder als Pförtner eine Stelle finden<sup>1</sup>.*

Verfügt der behinderte Mensch über einen Arbeitsplatz, soll die Gleichstellung zur Erhaltung des Arbeitsplatzes erfolgen, wenn mit Rücksicht auf die vom Gesetz geforderte Kausalität („infolge seiner Behinderung ohne die Gleichstellung nicht behalten können“) bei wertender Betrachtung in der Behinderung, also gerade in ihrer Art und Schwere, die Schwierigkeit der Erhaltung des Arbeitsplatzes liegt.

Da der behinderte Mensch insoweit in seiner ungünstigen Konkurrenzsituation am Arbeitsplatz und auf dem Arbeitsmarkt zu sehen ist und die Gleichstellung sowie die Anerkennung als Schwerbehinderter eine Rehabilitationsmaßnahme in einem weiten Sinne darstellt, ist bei der erforderlichen Prognose über das Behaltenkönnen des Arbeitsplatzes keine absolute Sicherheit erforderlich. Es genügt vielmehr, dass durch eine Gleichstellung der Arbeitsplatz sicherer gemacht werden kann, was bereits durch den besonderen Kündigungsschutz nach den §§ 85 ff SGB IX der Fall ist (BSG vom 2. März 2000 – B 7 AL 46/99 R, ZB 3/2000, Br 2000, Seite 184). Bei der Prüfung der Geeignetheit eines Arbeitsplatzes sind auch die Rechtspflichten der Rehabilitationsträger (§ 6 SGB IX) zur Sicherung der Teilhabe am Arbeitsleben sowie die sich vor allem aus § 81 Abs. 4 SGB IX folgenden Rechtspflichten des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Ist eine Förderung durch technische Arbeitshilfen empfohlen worden oder sind solche Hilfen – zum Beispiel durch die Deutsche Rentenversicherung – als Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben bewilligt worden, steht der Umstand, dass diese Maßnahmen (noch) nicht umgesetzt wurden, der Geeignetheit des Arbeitsplatzes nicht entgegen. Dies bedeutet, die Bundesagentur für Arbeit kann die Gleichstellung nicht wegen fehlender Geeignetheit ablehnen, wenn nicht geklärt ist, ob der Arbeitsplatz behinderungsgerecht ausgestattet werden kann (BSG vom 2. August 2014 – B 11 AL 16/13 R).

### 1.4.3 Arbeitnehmer

Der Kündigungsschutz der §§ 85 ff. SGB IX gilt nur für schwerbehinderte Arbeitnehmer; es muss also ein Arbeitsverhältnis bestehen. Auch schwerbehinderte Auszubildende fallen darunter (BAG vom 10. Dezember 1987 – 2 AZR 385/87, DB 1988, Seite 1069; BAG vom 4. Februar 1993 – 2 AZR 416/92, NZA 1994, Seite 214). Unter den Begriff des Arbeitnehmers fallen auch Teilzeitarbeitnehmer, und zwar ohne Rücksicht auf den Umfang der Arbeitszeit.

<sup>1</sup> Die Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zur Gleichstellung behinderter mit schwerbehinderten Menschen nach § 2 Absatz 3 in Verbindung mit § 68 Absatz 2 und 3 SGB IX kann über die Homepage [www.schwvbv.de](http://www.schwvbv.de) unter Dokumente heruntergeladen oder ausgedruckt werden.

## Heimarbeiter

Gemäß § 127 Absatz 2 Satz 2 SGB IX gilt der besondere Kündigungsschutz auch für schwerbehinderte Heimarbeiter. Auf andere sogenannte arbeitnehmerähnliche Personen, zum Beispiel selbstständige Handelsvertreter, finden die Kündigungsschutzbestimmungen des SGB IX dagegen keine Anwendung. Diese Personen werden nicht aufgrund eines Arbeitsvertrages, sondern aufgrund eines selbstständigen Dienstvertrages tätig.

### Hinweis:

*Die Abgrenzung zwischen arbeitnehmerähnlichen Personen und Arbeitnehmern ist vielfach mit großen Schwierigkeiten behaftet. Im Zweifelsfall sollte daher auch der Auftraggeber eines arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen vor einer ordentlichen Kündigung die Zustimmung des Integrationsamtes beantragen. Bescheidet dieses dann den Antrag dahin gehend, dass die Zustimmung nicht erforderlich ist, sogenanntes Negativattest (siehe 1.5 Fehlende Tatbestandsvoraussetzungen – „Negativattest“), so ersetzt dieses Negativattest die Zustimmung, falls sich ergeben sollte, dass der Betreffende Arbeitnehmer ist und es daher zur Beendigung des Vertragsverhältnisses doch der Zustimmung des Integrationsamtes bedurft hätte.*

Geschützt sind auch leitende Angestellte, die schwerbehindert sind. Personen, die zur gesetzlichen Vertretung als Organ juristischer Personen berufen sind (zum Beispiel Geschäftsführer einer GmbH), sind allerdings keine Arbeitnehmer und haben daher keinen besonderen Kündigungsschutz nach dem SGB IX (BVerwG vom 8. März 1999 – 5 C 5/98, NZA 1999, Seite 826; BVerwG vom 26. September 2002 – 5 C 53/01, NZA 2003, Seite 1094).

## Betriebsgröße

Der besondere Kündigungsschutz für Arbeitnehmer ist unabhängig von der Zahl der Arbeitnehmer des Betriebes und gilt daher auch in Betrieben, in denen das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) keine Anwendung findet.

### 1.4.4 Beamte und Richter

Die Vorschriften der §§ 85 ff. SGB IX finden nur auf Arbeiter und Angestellte, nicht aber auf Beamte Anwendung. Gleiches gilt für Richter, aber auch für Soldaten. Zwar sind die Stellen dieser Personen für die Pflichtquote mitzuzählen; da diese Personen aber nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen, sind die §§ 85 ff. SGB IX nicht anwendbar.

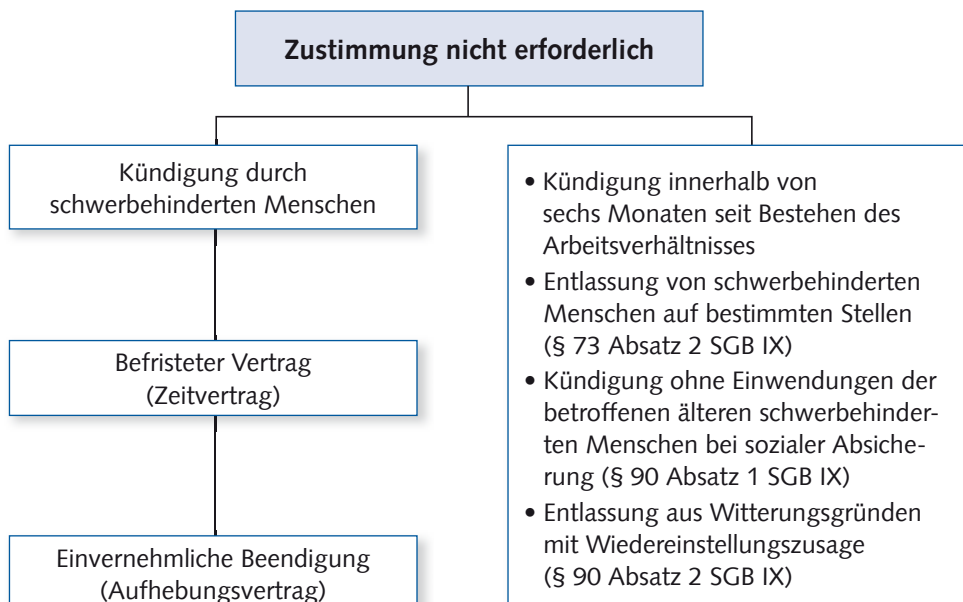
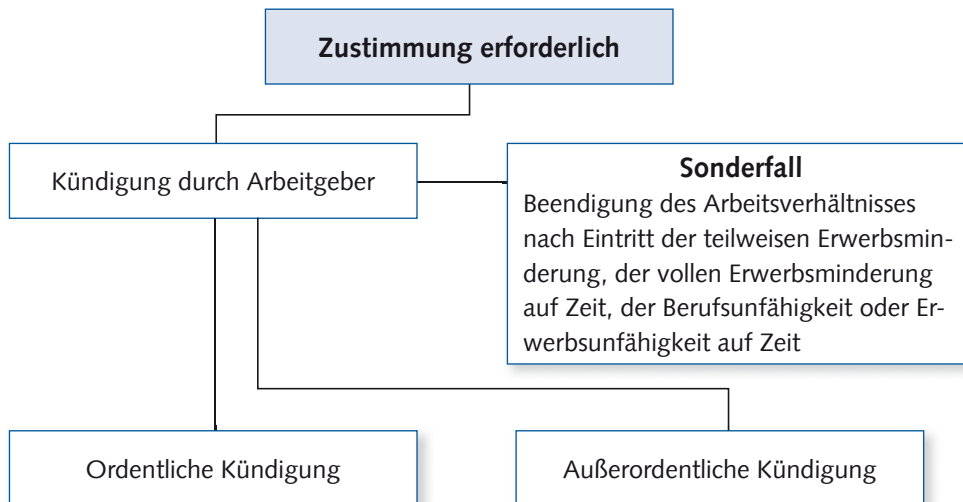
### 1.5 Fehlende Tatbestandsvoraussetzungen – „Negativattest“

## Negativattest

Fehlt es an den Tatbestandsvoraussetzungen des § 85 SGB IX, teilt das Integrationsamt dem antragstellenden Arbeitgeber und dem schwerbehinderten Mitarbeiter mit, dass eine Zustimmung des Integrationsamtes nicht erforderlich und daher eine Entscheidung über den Antrag nicht zu treffen ist – diese Entscheidung wird teilweise auch als Negativattest bezeichnet – (vergleiche BAG vom 27. Mai 1983 – 7 AZR 482/81, Br 1984, Seite 92). Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn es sich um eine zustimmungsfreie Beendigung des Arbeitsverhältnisses handelt (siehe Seite 12) oder wenn dem Arbeitnehmer keine Schwerbehinderteneigenschaft von den für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten zuerkannt worden

ist. Diese Entscheidung stellt ebenso wie die Entscheidung über den Antrag einen Verwaltungsakt dar, den der schwerbehinderte Mensch mit Widerspruch und Klage anfechten kann.

### Zustimmung des Integrationsamtes bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen mit schwerbehinderten Menschen



## 2. Zustimmungsfreie Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### 2.1 Kündigung durch den schwerbehinderten Menschen

Da das Schwerbehindertenrecht nur den Schutz vor einer solchen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bezweckt, die ohne oder gegen den Willen des schwerbehinderten Arbeitnehmers geschieht, bedarf allein die Kündigung durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Der schwerbehinderte Mensch ist dagegen in seiner Entscheidung frei, das Arbeitsverhältnis durch eigene Kündigung aufzulösen.

### 2.2 Aufhebungsvertrag, Abwicklungsvertrag

Das Arbeitsverhältnis kann auch einvernehmlich zwischen den Vertragsparteien zu einem bestimmten Zeitpunkt durch einen Aufhebungsvertrag beendet werden. Auch der Abschluss eines Aufhebungsvertrages bedarf keiner vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes nach den §§ 85 ff. SGB IX (BAG vom 27. März 1958 – 2 AZR 20/56, AP Nummer 12 zu § 14 SchwbG).

Gleiches gilt für einen Abwicklungsvertrag, der nach Ausspruch einer Kündigung abgeschlossen wird und die Folgen der Kündigung regelt. Nur die vorangehende Kündigung bedarf bei schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmern der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes nach den §§ 85 ff. SGB IX.

### 2.3 Nachteile beim Bezug von Arbeitslosengeld

Sowohl durch die eigene Kündigung des Arbeitsverhältnisses als auch durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages beziehungsweise eines so genannten Abwicklungsvertrages nach Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung können dem schwerbehinderten Arbeitnehmer Nachteile beim anschließenden Bezug von Arbeitslosengeld entstehen. Die Agentur für Arbeit verhängt in diesen Fällen regelmäßig eine Sperrzeit von 12 Wochen für die Zahlung des Arbeitslosengeldes, wenn sich der Arbeitnehmer durch Lösung des Beschäftigungsverhältnisses versicherungswidrig verhalten und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat (§ 159 SGB III). Eine solche Sperrzeit hat zur Folge, dass sich auch die Anspruchsdauer beim Arbeitslosengeld um mindestens ein Viertel mindert (§ 148 Absatz 1 Nummer 4 SGB III). Gerade bei älteren schwerbehinderten Arbeitslosen mit einer längeren Bezugsdauer von Arbeitslosengeld führt dies nicht nur zum Verlust des Arbeitslosengeldes für zwölf Wochen, sondern bei längerer Arbeitslosigkeit zu einem weit größeren Verlust bis zu einem Viertel der Gesamtbezugsdauer.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes (BSG) ist auch der sogenannte Abwicklungsvertrag, der einer arbeitgeberseitigen Kündigung nachfolgt und neben anderen Regelungen in der Regel auch einen Abfindungsanspruch vorsieht, als Lösung des Beschäftigungsverhältnisses anzusehen (BSG vom 18. Dezember 2003 – B 11 AL 35/03 R, NZA 2004, Seite 661). Das BSG stellt in dieser Entscheidung klar, dass es keinen wesentlichen Unterschied macht, ob der Arbeitnehmer an der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages mitwirkt oder seine aktive Beteiligung darin liegt, dass er

hinsichtlich der Kündigung in einem nachfolgenden Abwicklungsvertrag Regelungen trifft. Insofern muss davon ausgegangen werden, dass grundsätzlich auch der Abschluss eines außergerichtlichen Abwicklungsvertrages eine Sperrzeit nach § 159 SGB III auslöst. Eine solche Sperrzeit tritt im Einzelfall gemäß § 159 Abs. 1 S. 1 SGB III nicht ein, wenn der Arbeitnehmer einen wichtigen Grund für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses nachweisen kann (st. Rspr. des BSG, vergleiche hierzu BSG vom 17. Oktober 2007 – B 11a AL 51/06 R, NZS 2008, Seite 663).

Ob ein wichtiger Grund für eine solche Lösung des Beschäftigungsverhältnisses anzuerkennen ist, ist eingehend unter Zugrundelegung der sozialgerichtlichen Rechtsprechung und nach der Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit (GA zu § 159 SGB III – [www.arbeitsagentur.de](http://www.arbeitsagentur.de)) zu prüfen. Da sich die sozialgerichtliche Rechtsprechung „im Fluss“ befindet und auch die Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit hierzu immer wieder geändert wird, kann an dieser Stelle kein allgemeingültiger Überblick über einen „wichtigen Grund“ gegeben werden. Der schwerbehinderte Mensch sollte sich unbedingt vor Abschluss eines Aufhebungs- oder Abwicklungsvertrages umfassend arbeits- und sozialrechtlich beraten lassen. Dies gilt auch für Entlassungen in Verbindung mit Sozialplänen, in denen häufig als Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Aufhebungsvertrag vorgesehen wird. Dabei sollte darauf geachtet werden, dass eine Kündigung nur binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung mit einer arbeitsgerichtlichen Klage angegriffen werden kann. Die Beratung muss daher binnen dieser drei Wochen erfolgt sein.

In den Fällen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ablauf der regulären Kündigungsfrist rechnet die Agentur für Arbeit eine gezahlte Abfindung teilweise auf das Arbeitslosengeld an; Arbeitslosengeld wird dann erst vom Ende des Anrechnungszeitraumes an gezahlt (sogenannte Ruhenszeit – § 158 SGB III). Sowohl Sperr- als auch Ruhenszeiten können für den schwerbehinderten Arbeitnehmer zu erheblichen finanziellen Nachteilen beim Bezug von Arbeitslosengeld führen. Auch diesen Punkt sollte eine arbeits- und sozialrechtliche Beratung umfassen.

## Ruhenszeit

### 2.4 Befristetes Arbeitsverhältnis

Ein befristetes Arbeitsverhältnis, das durch Fristablauf endet, bedarf keiner Kündigung und somit auch nicht der Zustimmung des Integrationsamtes.

Die außerordentliche Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses bedarf immer der Zustimmung des Integrationsamtes. Auch die Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses durch ordentliche Kündigung bedarf der Zustimmung des Integrationsamtes; allerdings muss der befristete Arbeitsvertrag eine Regelung enthalten, die eine ordentliche Kündigung vor Ablauf der Befristung ausdrücklich vorsieht (§ 15 Absatz 3 TzBfG).

### 2.5 Auflösende Bedingung

Arbeitsverträge, deren Auflösung an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft sind, enden ohne Kündigung mit dem Eintritt des Ereignisses, zum Beispiel mit Ende des Monats, in dem eine Erwerbsminderungsrente gewährt wird. Solche auflösenden Bedingungen sind vielfach in Tarifverträgen enthalten, die insoweit auch Bestandteil des Einzelarbeitsverhältnisses sind. Auch wenn grundsätzlich die

Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer auflösenden Bedingung nicht der Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, ist dies ausnahmsweise anders, wenn durch den Eintritt von Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit auf Zeit beziehungsweise der teilweisen oder vollen Erwerbsminderung auf Zeit das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung enden soll (§ 92 Satz 1 SGB IX). In diesem Fall gelten die Vorschriften über die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung entsprechend (§ 92 Satz 2 SGB IX).

## 2.6 Anfechtung des Arbeitsvertrages

Einen Sonderfall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung stellt die Anfechtung des Arbeitsvertrages gegenüber dem Vertragspartner dar. Die Anfechtung löst den Arbeitsvertrag für die Zukunft auf (BAG vom 18. April 1968, DB 1968, Seite 1073), ohne dass es einer Zustimmung nach § 85 SGB IX bedarf.

Der Arbeitgeber konnte nach der lange Zeit herrschenden Meinung in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung den Arbeitsvertrag stets wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung anfechten, wenn der Arbeitnehmer seine Schwerbehinderteneigenschaft verschweigt, obwohl er bei seiner Einstellung danach befragt wurde oder erkennen musste, dass er wegen seiner Behinderung für die vorgesehene Tätigkeit ungeeignet ist (vergleiche BAG vom 5. Oktober 1995 – 2 AZR 923/94, ZB 1996, Seite 12, br 1996, Seite 121, NZA 1996, Seite 371; BAG vom 3. Dezember 1998 – 2 AZR 754/97, br 1999, Seite 116, NZA 1999, Seite 584; BAG vom 18. Oktober 2000 – 2 AZR 380/99, br 2001, Seite 103, BB 2001, Seite 628, NZA 2001, Seite 315 mit weiteren Nachweisen).

Diese Rechtsprechung ist in der Literatur überwiegend kritisiert worden und wurde vor dem Hintergrund des seit 1994 verfassungsrechtlich normierten Diskriminierungsverbotes in Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG sowie des 2009 in Kraft getretenen Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderung (UN-BRK) abgelehnt. Das Benachteiligungsverbot des § 81 Abs. 2 SGB IX i.V.m. §§ 1, 7 Abs. 1 AGG wird dabei überwiegend so ausgelegt, dass die Frage nach einer Behinderung in Bewerbungsbogen und Vorstellungsgespräch nur noch dann zulässig ist, wenn bestimmte körperliche Funktionen, geistige Fähigkeiten oder die seelische Gesundheit wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung i.S.v. § 8 AGG darstellen, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist (LAG Hamm vom 19. Juni 2006 – 15 Sa 740/06; ArbG Berlin vom 7. Oktober 2008 – 8 Ca 12611/08, br 2009, Seite 121; Thüsing/Lambrich, BB 2002, Seite 1146; Schaub, NZA 2003, Seite 299; Messingschlager, NZA 2003, Seite 301; Wisskirchen/Bissels, NZA 2007, Seite 173). Nachdem das Bundesarbeitsgericht in einer neueren Entscheidung ausdrücklich offengelassen hat, ob nach dem AGG die Frage nach der Schwerbehinderung generell zulässig ist (BAG vom 21. Februar 2013 – 8 AZR 180/12, NZS 2013, Seite 840, 844 Rn. 52), hat es in weiteren Entscheidungen die Frage nach der Schwerbehinderung des Bewerbers bei der Einstellung für grundsätzlich unzulässig angesehen (BAG vom 26. Juni 2014 – 8 AZR 547/13, Rn. 53 ff; BAG vom 18. September 2014, 8 AZR 759/13, Rn. 40). Im bestehenden Arbeitsverhältnis besteht allerdings nach sechs Monaten für die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung beziehungsweise nach einem diesbezüglich gestellten Antrag ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers, um dem Arbeitgeber im Vorfeld einer beabsich-



tigten Kündigung zu ermöglichen, die Schwerbehinderung bei der Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG zu berücksichtigen sowie den Sonderkündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX zu beachten; dies stellt keine Benachteiligung als schwerbehinderter Mensch dar (BAG vom 16. Februar 2012 – 6 AZR 553/10, NZA 2012, Seite 556, 557, Rn. 13, 19). Beantwortet der Arbeitnehmer diese zulässige Frage nicht, ist es ihm unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Sonderkündigungsschutz als Schwerbehinderter zu berufen (BAG vom 16. Februar 2012 – 6 AZR 553/10, NZA 2012, Seite 556, 557, Rn. 52).

Unter der Geltung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) ist wertungsmäßig darauf abzustellen, dass ein wirksamer Diskriminierungsschutz gemäß § 7 in Verbindung mit § 1 AGG nur erfolgen kann, wenn ein Bewerber sowohl die tätigkeitsunabhängige Frage nach einer Schwerbehinderteneigenschaft als auch nach einer Behinderung nicht mehr wahrheitsgemäß beantworten muss. Ein Arbeitnehmer kann, wenn er dies will, mit Recht schweigen und auch mit Recht die Unwahrheit sagen. Fragt der Arbeitgeber dennoch und erhält er eine unwahre Antwort, so berechtigt ihn dies nicht mehr zu einer Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Absatz 1 BGB.

Eine Ausnahme ist nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Absatz 1 AGG gegeben, also dann, wenn die Art der Tätigkeit mit wesentlichen und entscheidenden unverzichtbaren Anforderungen verbunden ist, die aufgrund der vorhandenen individuellen Beeinträchtigung der behinderten Person objektiv nicht zu erbringen sind.

### Beispiel:

Ein auf einem Auge blinder Mensch kann nicht als Pilot arbeiten, beispielsweise aber als Fußballspieler. So gab es etwa schon einen Bundesligaspieler, der auf einem Auge blind war<sup>1</sup>.

## 2.7 Zustimmungsfreie Kündigung in besonderen Fällen

Auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch arbeitgeberseitige Kündigung gibt es von dem Erfordernis der Zustimmung einige Ausnahmen, die sich in § 90 SGB IX finden.

### 2.7.1 Ausnahmen vom Kündigungsschutz nach § 90 Absatz 1 und Absatz 2 SGB IX

Vom Schutzbereich des § 85 SGB IX ausgenommen sind schwerbehinderte Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Kündigung ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate bestanden hat (§ 90 Absatz 1 Nummer 1 SGB IX). Wird das Arbeitsverhältnis jedoch allein auf Veranlassung des Arbeitgebers für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum unterbrochen, so kann er sich je nach den Umständen auf die von ihm selbst gesetzte Ursache der Unterbrechung nicht berufen. Zeiten des früheren Arbeitsverhältnisses mit demselben

<sup>1</sup> Diller verweist in NZA 2007, Seiten 1321, 1322 auf Wilfried Hannes, der von 1975 bis 1986 für Borussia Mönchengladbach spielte und dabei – als Abwehrspieler – 71 Tore erzielte. Er kam auf acht Länderspiele

## Soziale Absicherung

## Witterung

## Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft

Arbeitgeber sind dann anzurechnen, wenn das neue Arbeitsverhältnis in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem früheren Arbeitsverhältnis steht (BAG vom 19. Juni 2007 – 2 AZR 94/06, NZA 2007, Seite 1103).

Es genügt, wenn der Arbeitgeber die Kündigung innerhalb des zustimmungsfreien Zeitraumes erklärt, selbst wenn die Kündigungsfrist erst danach endet (vergleiche Kossens/von der Heide/Maaß, § 90, Randziffer 3 mit weiteren Nachweisen). Der Ausschluss des besonderen Kündigungsschutzes in den ersten sechs Monaten soll die Einstellungsbereitschaft der Arbeitgeber fördern und ihnen die Möglichkeit geben, ohne Beschäftigungsrisiko den schwerbehinderten Menschen zu erproben. In diesem Fall ist aber die Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Integrationsamt binnen vier Tagen anzuzeigen (§ 90 Absatz 3 SGB IX).

Weiterhin besteht kein Zustimmungserfordernis für schwerbehinderte Arbeitnehmer, die auf bestimmten Arbeitsplätzen im Sinne des § 73 Absatz 2 Nummern 2 bis 5 SGB IX beschäftigt werden (§ 90 Absatz 1 Nummer 2 SGB IX). Zustimmungsfrei sind ferner Kündigungen von schwerbehinderten Menschen nach Vollendung des 58. Lebensjahres bei sozialer Absicherung, insbesondere in Verbindung mit Sozialplänen, sowie von schwerbehinderten Arbeitnehmern, die Anspruch auf Knappschaftsausgleichsleistung nach dem SGB VI oder auf Anpassungsgeld für entlassene Arbeitnehmer des Bergbaus haben, sofern die betroffenen schwerbehinderten Arbeitnehmer der beabsichtigten Kündigung nicht widersprechen (§ 90 Absatz 1 Nummer 3 SGB IX). Auch bei Kündigungen, die aus Witterungsgründen vorgenommen werden, ist keine Zustimmung erforderlich (§ 90 Absatz 2 SGB IX), sofern die Wiedereinstellung der schwerbehinderten Menschen bei Wiederaufnahme der Arbeit gewährleistet ist.

### 2.7.2 Sonderregelung in § 90 Absatz 2a SGB IX

Die Vorschriften über den besonderen Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen finden nach § 90 Absatz 2a SGB IX auch dann keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten nach Ablauf der Frist des § 69 Absatz 1 Satz 2 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnten.

Die Auslegung und der Anwendungsbereich des § 90 Absatz 2a SGB IX waren seit seiner Einfügung in den Gesetzestext des SGB IX zum 1. Mai 2004 heftig in der arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung umstritten. Inzwischen wurden die Streitfragen jedoch höchstrichterlich geklärt.

#### 2.7.2.1 Fehlender Nachweis der Schwerbehinderteneigenschaft – § 90 Absatz 2a SGB IX, 1. Alternative

Nach der ersten Alternative des § 90 Absatz 2a SGB IX ist der besondere Kündigungsschutz ausgeschlossen, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Schwerbehinderung „nicht nachgewiesen“ ist.

Da sich die Vorschrift des § 90 Abs. 2 a SGB IX primär an die Arbeitgeber und nicht an die Integrationsämter wendet und der Nachweis über die Schwerbehinderten-



eigenschaft gegenüber dem Arbeitgeber zu führen ist, ist hinsichtlich der Frage, ob die Vorschriften über den besonderen Kündigungsschutz Anwendung finden, auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abzustellen (BAG vom 29. November 2007 – 2 AZR 613/07, NZA 2008, Seite 361).

Zunächst war umstritten, ob die Vorschrift des § 90 Absatz 2a SGB IX auch für gleichgestellte Arbeitnehmer gilt oder nicht. Dies wurde in der Literatur unter Berufung auf den Wortlaut der Vorschrift teilweise verneint. Das BAG hat sich jedoch der herrschenden Auffassung in der Literatur angeschlossen, wonach § 90 Absatz 2a SGB IX auch für gleichgestellte Arbeitnehmer gilt, weil eine Besserstellung der weniger schutzbedürftigen Gruppe der Gleichgestellten sachlich nicht zu rechtfertigen und mit dem Zweck der Regelung des § 90 Absatz 2a SGB IX nicht zu vereinbaren ist (BAG vom 1. März 2007 – 2 AZR 217/06, NZA 2008, Seite 302).

Nach der ersten Alternative des § 90 Absatz 2a SGB IX muss also bei Zugang der Kündigung des Arbeitgebers entweder

- die Schwerbehinderung bereits nach §§ 2 Absatz 2, 69 Absatz 1 SGB IX durch einen Feststellungsbescheid der für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten anerkannt sein,
- oder eine Gleichstellung durch Bescheid der Bundesagentur für Arbeit erfolgt sein (§§ 68 Absatz 2, 69 SGB IX),
- oder die Schwerbehinderteneigenschaft offenkundig sein.

Einem Bescheid der für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten über das Vorliegen einer Schwerbehinderung nach § 69 Absatz 1 SGB IX stehen nach der Gesetzesbegründung Feststellungen nach § 69 Absatz 2 SGB IX gleich. Dies kann zum Beispiel ein Unfallrentenbescheid einer Berufsgenossenschaft sein, mit dem eine MdE (Minderung der Erwerbsfähigkeit) in Höhe von mindestens 50 Prozent festgestellt wird, da sich MdE und GdB (Grad der Behinderung) entsprechen. Ein Bescheid der gesetzlichen Rentenversicherung über eine volle oder teilweise Erwerbsminderungsrente reicht aber nicht aus, da sich der Begriff der Erwerbsminderung nach § 43 SGB VI und der GdB nicht entsprechen und jemand eine Erwerbsminderungsrente nach § 43 SGB VI beziehen kann, ohne dass ein GdB von 50 vorliegt.

Es reicht also nicht aus, dass objektiv die Schwerbehinderteneigenschaft vorliegt, sondern vor Zugang der Kündigung muss ein Feststellungsbescheid über die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch (§ 69 Absatz 1 SGB IX) oder eine entsprechende, dem gleichstehende Feststellung nach § 69 Absatz 2 SGB IX ergangen sein (BAG vom 20. Januar 2005 – 2 AZR 675/03, NZA 2005, Seite 689, 690; BAG vom 9. Juni 2011 – 2 AZR 703/09, Br 2011, Seite 209).

Ausreichend ist auch die im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung durch Bescheid der Arbeitsagentur nachgewiesene Gleichstellung im Sinne von § 68 Absätze 2 und 3 SGB IX. Die Gleichstellung muss nach der ersten Alternative des § 90 Absatz 2a SGB IX zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs bereits durch Bescheid erfolgt

**Beginn des Schutzes  
„1. Alternative“**

sein, der dem Arbeitnehmer vor Zugang der Kündigung zugestellt worden sein muss.

Trotz des entgegenstehenden Wortlauts der ersten Alternative des § 90 Absatz 2a SGB IX kommt der Sonderkündigungsschutz auch dann zum Tragen, wenn die Schwerbehinderung offenkundig ist (BAG vom 24. November 2005 – 2 AZR 514/04, NZA 2006, Seite 665; BAG vom 13. Februar 2008 – 2 AZR 864/06, NZA 2008, Seite 1055 = br 2008, Seite 176). Dies ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, in der die Offenkundigkeit ausdrücklich als nachgewiesen bezeichnet wird. Offenkundig ist die Schwerbehinderteneigenschaft zum Beispiel bei Blindheit, Kleinwuchs oder dem Verlust von Gliedmaßen wie Armen und Beinen. Eine psychische Schwerbehinderung ist hingegen niemals offenkundig.

Diese Grundsätze lassen sich auf den Fall der Gleichstellung nach §§ 2 Absatz 2, 68 SGB IX allerdings nicht übertragen. Die Voraussetzungen einer Gleichstellung sind für den Arbeitgeber nicht offenkundig, mit der Folge, dass eine Gleichstellung den Sonderkündigungsschutz nach den §§ 85 ff. SGB IX ohne Feststellung eines GdB von 30 nicht auslösen kann (BAG vom 24. November 2005 – 2 AZR 514/04, NZA 2006, Seite 665).

Für die Anwendung des § 85 SGB IX ist auch allein maßgeblich, dass ein Bescheid über die Schwerbehinderung oder die Gleichstellung erlassen und dieser dem Arbeitnehmer vor Zugang der Arbeitgeberkündigung zugegangen ist. Für den besonderen Kündigungsschutz kommt es dagegen nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer den Arbeitgeber von seiner Schwerbehinderung oder Gleichstellung in Kenntnis gesetzt hat (BAG vom 6. September 2007 – 2 AZR 324/06, NZA 2008, Seite 407). Eine Pflicht des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber Kenntnis von der Schwerbehinderung oder Gleichstellung zu verschaffen, folgt aus der gesetzlichen Neuregelung des § 90 Absatz 2a SGB IX nicht.

### **2.7.2.2 Fehlende Mitwirkung im Feststellungsverfahren – § 90 Absatz 2a SGB IX, 2. Alternative**

Die meisten Schwierigkeiten bereitet die Auslegung der zweiten Alternative des § 90 Absatz 2a SGB IX. Danach gilt der Sonderkündigungsschutz dann nicht, „wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten nach Ablauf der Frist des § 69 Absatz 1 Satz 2 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnten“.

§ 69 Absatz 1 Satz 2 SGB IX verweist auf die Fristen des § 14 Absatz 2 SGB IX sowie dessen Absatz 5 Satz 2 und Satz 5, die sich auf die Feststellung von Rehabilitationsbedarf beziehen. Danach gelten unterschiedliche Fristen:

- Die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten sollen innerhalb von drei Wochen über vorliegende Anträge auf Feststellung der Behinderung entscheiden, soweit ein Gutachten für die Feststellung nicht erforderlich ist (§ 69 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit § 14 Absatz 2 Satz 2 SGB IX).

- Ist zur Feststellung der Behinderung ein Gutachten erforderlich, so haben die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten innerhalb von zwei Wochen nach Vorliegen des Gutachtens zu entscheiden (§ 69 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit § 14 Absatz 2 Satz 4 SGB IX). In diesem Fall haben die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten unverzüglich einen geeigneten Sachverständigen mit der Erstellung des Gutachtens zu beauftragen (§ 69 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit § 14 Absatz 5 Satz 2 SGB IX). Das Gutachten selbst ist innerhalb von zwei Wochen nach der Beauftragung zu erstellen (§ 69 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit § 14 Absatz 5 Satz 5 SGB IX).

Die Frage, ob § 90 Absatz 2a Alternative 2 SGB IX mit dem Verweis auf die „Frist des § 69 Absatz 1 Satz 2 SGB IX“ sämtliche in § 69 Absatz 1 Satz 2 SGB IX angesprochenen Fristen oder nur eine bestimmte Frist meint, hat das BAG abschließend beantwortet. Da § 90 Absatz 2a SGB IX allein auf „die Frist“ des § 69 Absatz 1 Satz 2 SGB IX verweist, ist nur die dreiwöchige Grundfrist (§§ 69 Absatz 1 Satz 2, 14 Absatz 2 Satz 2 SGB IX) maßgebend (BAG vom 1. März 2007 – 2 AZR 217/06, NZA 2008, Seite 302; BAG vom 6. September 2007 – 2 AZR 324/06, NZA 2008, Seite 407; BAG vom 29. November 2007 – 2 AZR 613/06, NZA 2008, Seite 361). Ein anderes Verständnis – je nachdem, ob ein Gutachten erforderlich ist oder nicht, eine drei- oder siebenwöchige Frist – würde dem Ziel des Gesetzgebers zuwiderlaufen, Rechtssicherheit in die, wie schon der Wortlaut des Gesetzes zeigt, durch verfahrensrechtliche Komplikationen erheblich befrachtete Materie zu bringen (BAG vom 1. März 2007 – 2 AZR 217/06, NZA 2008, Seite 302).

Gestritten wurde in der Literatur des Weiteren darüber, welche Rechtsfolgen § 90 Absatz 2a SGB IX nach sich zieht und wie der Gesetzeswortlaut der zweiten Alternative auszulegen ist. Nach der Rechtsprechung des BAG ist nach dem Gesetzeswortlaut kein Fall denkbar, in dem die zweite Alternative des § 90 Absatz 2a SGB IX (es liegt kein Nachweis vor, weil die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten mangels Mitwirkung noch keine Feststellung treffen konnten) eingreift, ohne dass gleichzeitig bereits die erste Alternative erfüllt ist. Da der Gesetzgeber kaum beabsichtigt haben dürfte, dass die zweite Alternative keinen Anwendungsfall hat, muss die zweite Alternative des § 90 Absatz 2a SGB IX als Einschränkung der ersten Alternative des § 90 Absatz 2a SGB IX verstanden werden (BAG vom 1. März 2007 – 2 AZR 217/06, NZA 2008, Seite 302).

Grundsätzlich findet der Sonderkündigungsschutz daher keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs die Schwerbehinderteneigenschaft beziehungsweise die Gleichstellung nicht nachgewiesen ist (§ 90 Absatz 2a Alternative 1 SGB IX). Dagegen bleibt nach § 90 Absatz 2a Alternative 2 SGB IX der Sonderkündigungsschutz trotz fehlenden Nachweises bestehen, wenn der Antrag so frühzeitig vor dem Kündigungszugang gestellt worden ist, dass eine Entscheidung vor Ausspruch der Kündigung bei ordnungsgemäßer Mitwirkung des Antragstellers – binnen der Frist des § 69 Absatz 1 Satz 2 SGB IX von drei Wochen – möglich gewesen wäre. Der Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung beziehungsweise Gleichstellung muss also mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung mit den erforderlichen Angaben gestellt worden sein, sodass über ihn eine positive Entscheidung vor Kündigung hätte ergehen können (BAG vom 1. März

2007 – 2 AZR 217/06, NZA 2008, Seite 302; BAG vom 6. September 2007 – 2 AZR 324/06, NZA 2008, Seite 407; BAG vom 29. November 2007 – 2 AZR 613/06, NZA 2008, Seite 361).

Welche Mitwirkungspflichten den schwerbehinderten Arbeitnehmer bei der Antragstellung treffen, ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 60 Absatz 1 Satz 1 SGB I (§ 69 Absatz 1 Satz 2 SGB IX). Vollständig ist der Antrag, wenn den für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten ein ausgefülltes und unterschriebenes Antragsformular – oder ein vergleichbarer schriftlicher Antrag – vorliegt und der Antragsteller seine behandelnden Ärzte sowie weitere behandelnde Dritte (zum Beispiel Psychotherapeuten, Heilpraktiker, Krankenhäuser, Rehabilitationskliniken) von ihrer Schweigepflicht entbunden hat.

Geht lediglich ein formloser Antrag ohne Entbindungserklärungen oder weitere Unterlagen bei den für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten ein, bedeutet dies, dass sie den Antrag nicht bearbeiten und damit auch aufgrund fehlender Mitwirkung des Antragstellers noch keine Entscheidung treffen können. Eine formlose Antragstellung genügt der Mitwirkungsverpflichtung daher nicht. Vielmehr hat der antragstellende Arbeitnehmer alle Tatsachen anzugeben, die für die Feststellung der Schwerbehinderung erforderlich sind. Der Arbeitnehmer muss also

- das Antragsformular auf dem amtlichen Vordruck vollständig ausfüllen oder einen vergleichbaren schriftlichen Antrag stellen,
- alle behandelnden Ärzte, sonstige Heilberufe und Krankenhäuser, die Auskunft über seinen Gesundheitszustand geben können, sowie – insbesondere beim Antrag auf Gleichstellung – Auskunftspersonen (Arbeitgeber, Betriebs-/Personalrat, Schwerbehindertenvertretung) angeben, und
- er muss die behandelnden Ärzte, Heilpraktiker, Psychotherapeuten, Krankenhäuser von ihrer Schweigepflicht entbinden.

Ist also der Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft oder auf Gleichstellung mit diesen Anforderungen mindestens drei Wochen vor Kündigungszugang gestellt und beruht das Fehlen des Nachweises der Schwerbehinderteneigenschaft durch einen Bescheid des Versorgungsamtes nicht auf fehlender Mitwirkung des Arbeitnehmers, so bleibt – trotz fehlenden Nachweises – der Sonderkündigungsschutz erhalten und ist nicht nach § 90 Absatz 2a SGB IX ausgeschlossen (BAG vom 1. März 2007 – 2 AZR 217/06, NZA 2008, Seite 302; BAG vom 6. September 2007 – 2 AZR 324/06, NZA 2008, Seite 407; BAG vom 29. November 2007 – 2 AZR 613/06, NZA 2008, Seite 361).

§ 90 Absatz 2a Alt. 2 SGB IX erweist sich damit als Bestimmung einer Vorfrist, um nach dem Zweck der Vorschrift die Fälle auszuschließen, in denen – wie nach alter Rechtslage – vom Arbeitnehmer kurz vor Zugang der Kündigung noch ein möglicherweise aussichtsloser Feststellungsantrag bei den für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten gestellt wird, um den Sonderkündigungsschutz zu erhalten. Mit § 90 Absatz 2a Alt. 2 SGB IX sollte Rechtssicherheit geschaffen werden (BAG vom 1. März

2007 – 2 AZR 217/06, NZA 2008, Seite 302; BAG vom 29. November 2007 – 2 AZR 613/06, NZA 2008, Seite 361). Bei aussichtslosen Anträgen werden die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten – regelmäßig ohne ärztliche Untersuchung – binnen drei Wochen eine abschlägige Entscheidung über den gestellten Feststellungsantrag treffen können.

Problematisch und in Literatur und Rechtsprechung umstritten war die Fallgestaltung, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer seinen Feststellungsantrag mit allen erforderlichen Angaben mindestens drei Wochen vor Kündigungszugang eingereicht, also seine Mitwirkungsverpflichtungen ordnungsgemäß erfüllt hat, die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten jedoch die Feststellung der Schwerbehinderung zu Unrecht ablehnen und die Schwerbehinderung erst im Rechtsmittelverfahren (Widerspruchs- und Klageverfahren) mit einem GdB von mindestens 50 rückwirkend auf den Zeitpunkt des vor Kündigungszugang liegenden Antrags anerkannt wird.

Nach einer Auffassung bestand Kündigungsschutz in diesem Fall nur dann, wenn die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung überhaupt noch keine Entscheidung getroffen hatten. Der Wortlaut des § 90 Absatz 2a SGB IX beziehe sich nur auf „Erstverfahren“, jedoch nicht auf den Fall, dass erst im Rechtsmittelverfahren nach Zugang der Kündigung festgestellt werde, die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch habe bereits zum Zeitpunkt des vor Kündigungszugang liegenden Antrags bestanden (OVG Koblenz vom 7. März 2006 – 7 A 11298/05, NZA 2006, Seite 1108; VG Köln vom 13. Dezember 2007 – 26 K 1957/06).

Dieser Auffassung ist das Bundesarbeitsgericht jedoch nicht gefolgt (BAG vom 6. September 2007 – 2 AZR 324/06, NZA 2008, Seite 407), da § 90 Absatz 2a SGB IX den Verlust des Sonderkündigungsschutzes in diesem Fall nicht anordnet. Eine solch weitgehende Folge des § 90 Absatz 2a SGB IX wie die faktische Entziehung des Rechtsschutzes bei zunächst unzutreffender Entscheidung der für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten, die im Rechtsmittelverfahren korrigiert wird, hätte der Gesetzgeber unmissverständlich und eindeutig festlegen müssen. Der Gesetzgeber wollte aber mit der Vorschrift des § 90 Absatz 2a SGB IX nur ausschließen, dass „ein besonderer Kündigungsschutz auch für den Zeitraum gilt, in dem ein in der Regel aussichtsloses Anerkennungsverfahren betrieben wird“ (Bundestags-Drucksache 15/2357, Seite 24). Da also nur das aussichtslose Anerkennungsverfahren ausgeschlossen werden sollte, besteht nach der zweiten Alternative des § 90 Absatz 2a SGB IX Sonderkündigungsschutz auch in dem Fall, dass im Zeitpunkt des Kündigungszugangs zwar ein die Schwerbehinderteneigenschaft ablehnender Bescheid der für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten vorliegt, im Rechtsmittelverfahren aber die Schwerbehinderteneigenschaft rückwirkend auf den Zeitpunkt des Antrags festgestellt wird. Voraussetzung für das Bestehen des besonderen Kündigungsschutzes ist aber auch hier eine ordnungsgemäße und mindestens drei Wochen vor Kündigungszugang liegende Antragstellung des schwerbehinderten Menschen (BAG vom 6. September 2007 – 2 AZR 324/06, NZA 2008, Seite 407; LAG Düsseldorf vom 22. Mai 2005 – 6 Sa 1934/04; LAG



## Beginn des Schutzes „2. Alternative“

Düsseldorf vom 17. Januar 2006 – 8 Sa 1052/05; LAG Baden-Württemberg vom 15. Februar 2007 – 3 Sa 49/06; LAG Köln vom 16. Juni 2006 – 12 Sa 118/06; VG Arnsberg vom 20. November 2007 – 11 K 3670/06; OVG Münster vom 27. Juli 2007 – 12 E 1497/06).

Nach der zweiten Alternative des § 90 Absatz 2a SGB IX besteht Sonderkündigungsschutz und damit eine Zustimmungspflicht des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer

- den Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderung oder Gleichstellung mindestens drei Wochen vor dem Zugang der Kündigung gestellt hat,
- der Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung oder Gleichstellung mit allen erforderlichen Angaben einschließlich einer Entbindung von der ärztlichen/heilberuflichen Schweigepflicht gestellt worden ist, sodass über ihn eine positive Entscheidung vor Kündigungsausspruch bei ordnungsgemäßer Bearbeitung grundsätzlich ergehen könnte, und
- die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten nach Ablauf der dreiwöchigen Grundfrist (§§ 69 Absatz 1 Satz 2, 14 Absatz 2 Satz 2 SGB IX) entweder eine Feststellung noch nicht getroffen hat oder die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten eine ablehnende Entscheidung getroffen haben, die im Rechtsmittelverfahren dahin gehend korrigiert wird, dass die Schwerbehinderteneigenschaft rückwirkend auf den Zeitpunkt der mindestens drei Wochen vor Kündigungszugang liegenden Antragstellung festgestellt wird.

Diese Auslegung der zweiten Alternative des § 90 Absatz 2a SGB IX entspricht am ehesten dem Zweck der gesetzlichen Regelung als sogenannte Vorfrist, nämlich dass ein besonderer Kündigungsschutz noch nicht für den Zeitraum von drei Wochen gilt, in dem ein aussichtsloser Antrag durch die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten regelmäßig ohne Einholung eines Gutachtens abgelehnt werden kann.

Dabei steht der besondere Kündigungsschutz nach den §§ 85 ff. SGB IX dem Arbeitnehmer bei Erfüllung der genannten Voraussetzungen auch dann zu, wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft beziehungsweise Gleichstellung oder Antragstellung hatte (BAG vom 6. September 2007 – 2 AZR 324/06, NZA 2008, Seite 407). Allerdings muss der Arbeitnehmer, der sich im Prozess auf eine Schwerbehinderung und die Zustimmungsbedürftigkeit der Kündigung beruft, innerhalb einer Frist von drei Wochen nach Zugang der Kündigung gegenüber dem Arbeitgeber seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderteneigenschaft geltend machen. Unterlässt der Arbeitnehmer diese Mitteilung, so hat er den besonderen Kündigungsschutz verwirkt (BAG vom 12. Januar 2006 – 2 AZR 539/05, NZA 2006, Seite 1035; BAG vom 6. September 2007 – 2 AZR 324/06, NZA 2008, Seite 407).

Kündigt der Arbeitgeber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer hingegen in Kenntnis von dessen Schwerbehinderteneigenschaft, ohne zuvor nach § 85 SGB IX die erforderliche Zustimmung zur Kündigung einzuholen, so kann der Arbeit-

nehmer die Unwirksamkeit der Kündigung bis zur Grenze der Verwirkung gerichtlich geltend machen. Nach § 4 Satz 4 KSchG beginnt in derartigen Fällen die dreiwöchige Klagefrist gemäß § 4 Satz 1 KSchG erst ab der Bekanntgabe der Entscheidung des Integrationsamtes an den Arbeitnehmer (BAG vom 13. Februar 2008 – 2 AZR 864/06, NZA 2008, Seite 1055 = br 2008, Seite 176).

### **Hinweis:**

*Der Arbeitnehmer muss also dringend darauf achten, dass er innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG nach Zugang der Kündigung dem Arbeitgeber seine entweder bereits festgestellte Schwerbehinderung, seine bereits festgestellte Gleichstellung oder die diesbezügliche Antragstellung schriftlich mitteilt. Diese Mitteilung gehört außerdem unbedingt in die Klageschrift einer Kündigungsschutzklage.*

**Arbeitgeber** haben zu beachten, dass der besondere Kündigungsschutz und die Zustimmungsverpflichtung des Integrationsamtes nach der zweiten Alternative des § 90 Absatz 2a SGB IX im Umkehrschluss demnach nur in folgenden Fällen nicht gelten:

- *innerhalb der ersten 3 Wochen nach Antragstellung betreffend die Feststellung der Schwerbehinderung bei den für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten (§ 69 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit § 14 Absatz 2 Satz 2 SGB IX),*
- *bei Gleichstellung, innerhalb der ersten 3 Wochen nach Beantragung der Gleichstellung bei der Arbeitsagentur (§ 68 Absatz 2 SGB IX).*

*In Zweifelsfällen ist Arbeitgebern zu raten, selbst dann, wenn keine Schwerbehinderung bekannt oder offenkundig ist, das Integrationsamt einzuschalten und sich ein Negativattest geben zu lassen. Hat das Integrationsamt ein Negativattest erteilt, bedarf die Kündigung grundsätzlich keiner zustimmenden Entscheidung des Integrationsamtes mehr, weil damit die Kündigungssperre aufgehoben ist; der Arbeitgeber kann also ohne Zustimmung binnen der Monatsfrist nach Erteilung des Negativattestes kündigen.*

### 2.7.2.3. Übersicht über die Fallgruppen des § 90 Absatz 2a SGB IX

Fallgruppen:	Kündigungsschutz	Quelle/Begründung
Gültiger Feststellungsbescheid mit GdB von mindestens 50 der für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten liegt vor <sup>1</sup> .	besteht	§ 90 Absatz 2a Alternative 1
Gleichstellungsbescheid der Agentur für Arbeit liegt vor.	besteht	§ 90 Absatz 2a Alternative 1
Schwerbehinderung ist offensichtlich. <sup>2</sup>	besteht	§ 90 Absatz 2a Alternative 1
Gültiger Feststellungsbescheid liegt vor, der Ausweis ist jedoch abgelaufen und (noch) nicht verlängert worden.	besteht	§ 90 Absatz 2a Alternative 1 – es kommt allein auf den Bescheid an!
Antrag auf Feststellung einer Schwerbehinderung gestellt, der Bescheid liegt noch nicht vor, die Frist des § 69 Absatz 1 Satz 2 von drei Wochen ist noch nicht erreicht.	besteht nicht	§ 90 Absatz 2a Alternative 2 liegt nicht vor
Antrag auf Feststellung einer Gleichstellung mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt, der Bescheid liegt noch nicht vor.	besteht	§ 90 Absatz 2a Alternative 2 – BAG vom 1. März 2007 – 2 AZR 217/06, NZA 2008, Seite 302
Antrag auf Feststellung einer Schwerbehinderung wurde vollständig und formgerecht gestellt, der Bescheid liegt noch nicht vor, die Frist des § 69 Absatz 1 Satz 2 von drei Wochen ist erreicht (keine fehlende Mitwirkung).	besteht	§ 90 Absatz 2a Alternative 2
Antrag auf Feststellung einer Schwerbehinderung gestellt, der Bescheid liegt noch nicht vor, die Frist des § 69 Absatz 1 Satz 2 ist erreicht – fehlende Mitwirkung von den für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten bestätigt, zum Beispiel kein vollständiger Antrag.	besteht nicht	§ 90 Absatz 2a Alternative 2
Antrag auf Feststellung einer Schwerbehinderung ordnungsgemäß mindestens drei Wochen vor Kündigungszugang gestellt, ablehnender Bescheid liegt vor – Widerspruch beziehungsweise Klage anhängig	besteht	§ 90 Absatz 2a Alternative 2 – BAG vom 6. September 2007 – 2 AZR 324/06, NZA 2008, Seite 407; OVG Münster vom 27. Juli 2007 – 12 E 1497/06;
GdB von mindestens 50 festgestellt; Verschlimmerungsantrag gestellt, eine Entscheidung liegt noch nicht vor.	besteht	§ 90 Absatz 2a Alternative 1

1 Einem Feststellungsbescheid der für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten über das Bestehen einer Schwerbehinderung (GdB von mindestens 50) stehen nach der Gesetzesbegründung zu § 90 Absatz 2a SGB IX Feststellungen nach § 69 Absatz 2 SGB IX gleich, also zum Beispiel ein Unfallrentenbescheid einer Berufsgenossenschaft über eine MdE von mindestens 50, Bundestags-Drucksache. 15/2357, Seite 24

2 Bei einer Gleichstellung scheidet eine Offensichtlichkeit aus – BAG vom 24. November 2005 – 2 AZR 514/04, NZA 2006, Seiten 665, 667 mit weiteren Nachweisen



Fallgruppen:	Kündigungsschutz	Quelle/Begründung
GdB von mindestens 50 festgestellt. Widerspruch oder Klage erhoben mit dem Ziel, höheren GdB zu erreichen, über den/die noch nicht rechtskräftig entschieden wurde.	besteht	§ 90 Absatz 2a Alternative 1
Antrag auf Gleichstellung mindestens drei Wochen vor Kündigungszugang ordnungsgemäß gestellt, ein ablehnender Bescheid liegt vor – Widerspruch beziehungsweise Klage anhängig.	besteht	§ 90 Absatz 2a Alternative 2 – BAG vom 1. März 2007 – 2 AZR 217/06, NZA 2008, Seite 302; BAG vom 6. September 2007 – 2 AZR 324/06, NZA 2008, Seite 407
GdB von 30 oder 40 festgestellt. Verschlimmerungsantrag gestellt, ein Bescheid liegt noch nicht vor, die Frist des § 69 Absatz 2 von drei Wochen ist noch nicht erreicht.	besteht nicht	§ 90 Absatz 2a Alternative 2 liegt nicht vor
GdB von 30 oder 40 festgestellt. Verschlimmerungsantrag ordnungsgemäß gestellt – Bescheid liegt noch nicht vor – Frist des § 69 Absatz 2 von drei Wochen ist erreicht (keine fehlende Mitwirkung).	besteht	§ 90 Absatz 2a Alternative 2 – wie neuer Antrag zu behandeln.
GdB von 30 oder 40 festgestellt. Verschlimmerungsantrag gestellt, ein Bescheid liegt noch nicht vor, die Frist des § 69 Absatz 2 ist erreicht – fehlende Mitwirkung, zum Beispiel wegen unvollständigem Antrag.	besteht nicht	§ 90 Absatz 2a Alternative 2 – wie neuen Antrag zu behandeln.

## 3. Kündigungsschutzverfahren

### 3.1 Antragsverfahren

Das Kündigungsschutzverfahren nach den §§ 85 ff. SGB IX wird gemäß § 87 Absatz 1 SGB IX auf Antrag des Arbeitgebers eingeleitet. Der Arbeitgeber hat den Antrag auf Zustimmung zur Kündigung schriftlich zu stellen. Örtlich zuständig ist das für den Sitz des Betriebes oder der Dienststelle zuständige Integrationsamt.

Der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung muss durch den Arbeitgeber eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden (§ 126 Absatz 1 BGB). Ein **mündlicher** oder **telefonischer Antrag** beim Integrationsamt reicht nicht aus und ist erst wirksam, wenn er **schriftlich wiederholt** wird. Das Schriftformerfordernis ist auch bei Übermittlung per **Telefax** oder **Telegramm** erfüllt, nicht jedoch bei Übermittlung per **E-Mail**. Das Erfordernis der Eigenhändigkeit ist bei **faksimilierten Unterschriften** nicht erfüllt. Die Übertragung einer **Textdatei mit eingescannter Unterschrift** ist dagegen formwährend. Dabei ist auch die **elektronische Form** zugelassen (§ 126 Absatz 3 BGB).

Die Nichteinhaltung der Schriftform führt zur Unwirksamkeit des Antrags; einer ausdrücklichen Ablehnung durch das Integrationsamt bedarf es in diesem Fall nicht. Bei fehlender Schriftform muss das Integrationsamt allerdings beim Arbeitgeber auf eine korrekte Antragstellung hinwirken (§ 13 SGB I); es darf jedoch den unwirksamen Antrag in der Sache nicht bescheiden. Eine gleichwohl erteilte Zustimmung ist zwar anfechtbar, aber von den Arbeitsgerichten bindend zu beachten, wenn sie vom Arbeitnehmer nicht mit Widerspruch und Klage im Verwaltungsrechtsweg angefochten worden ist (BAG vom 11. Mai 2000 – 2 AZR 276/99, NZA 2000, Seite 1106).

Der Arbeitgeber kann sich bei der Antragstellung auch durch einen **Bevollmächtigten** vertreten lassen (§ 13 SGB X).

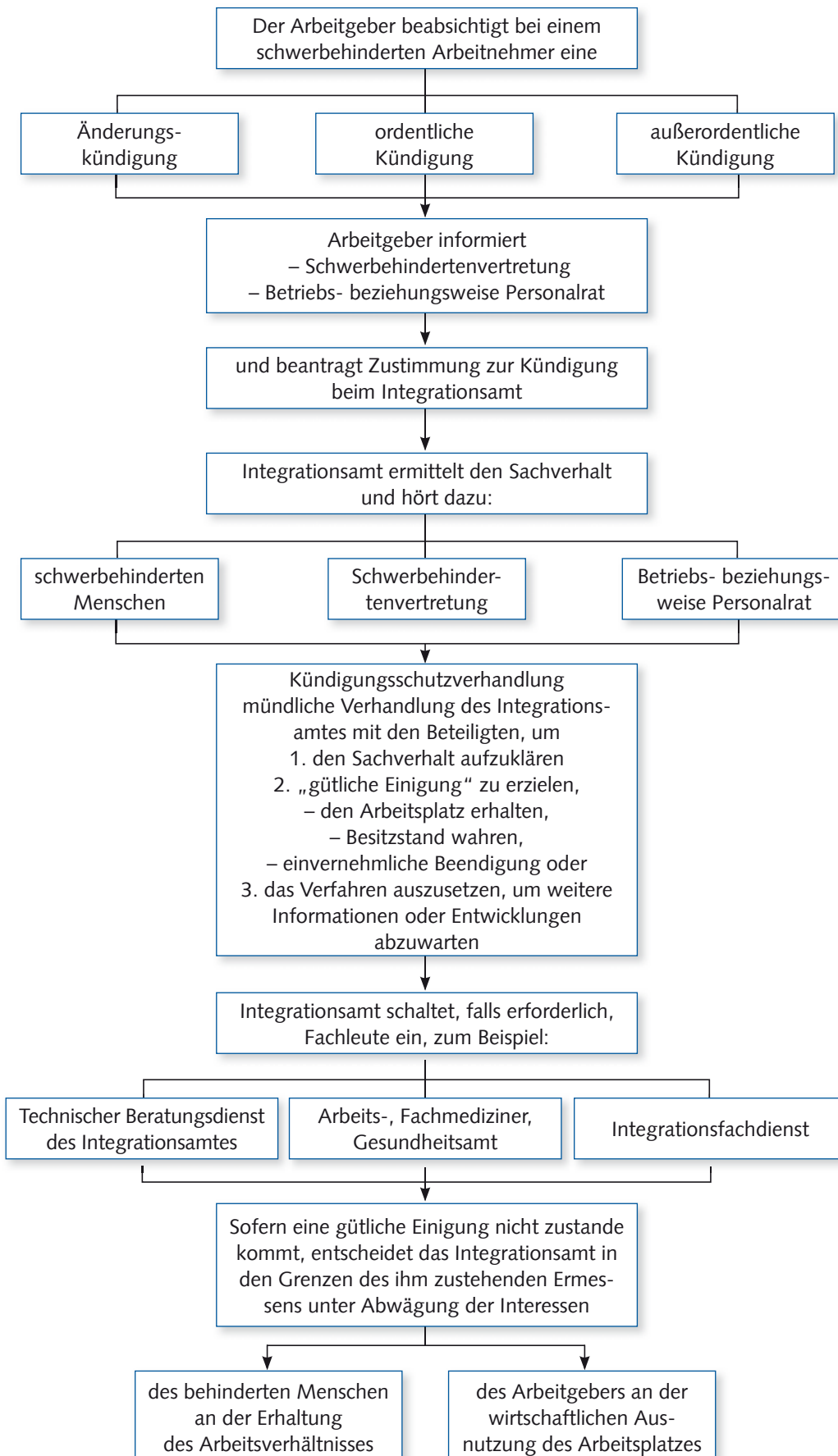
#### 3.1.1 Verwendung von Formularen im Kündigungsschutz

Zur Vereinfachung des Zustimmungsverfahrens bei beabsichtigter ordentlicher Kündigung und zur Erleichterung der Feststellung des Sachverhalts sind Formulare entwickelt worden. Diese stehen online unter [www.thueringen.de/th3/tlvwa](http://www.thueringen.de/th3/tlvwa) → Service zur Verfügung.

Der Arbeitgeber erhält ein Schreiben mit einer Bestätigung des Eingangs seines Antrags. Gleichzeitig wird der schwerbehinderte Arbeitnehmer unterrichtet. Er erhält eine Kopie des Antrages des Arbeitgebers.

In dem Eilverfahren bei beantragter Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung (siehe Seite 64) wird der betroffene schwerbehinderte Mitarbeiter unverzüglich über den Eingang des Antrages des Arbeitgebers und über den Termin der kurzfristig anberaumten Kündigungsschutzverhandlung unterrichtet; dem Schreiben ist eine Kopie des Zustimmungsantrages des Arbeitgebers beigelegt. Bei der Beantragung der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber ebenfalls ein Formular verwenden, das beim Integrationsamt erhältlich ist.

## Kündigungsschutzverfahren (Ablaufschema)



Einschaltung von Sachverständigen

Durchgeführte Maßnahmen

Umfang der Stellungnahmen

Entscheidung ohne Stellungnahmen

## 3.2 Durchführung des Verfahrens

### 3.2.1 Ermittlung des Sachverhalts

Zur Ermittlung des Sachverhaltes hört das Integrationsamt den schwerbehinderten Arbeitnehmer und holt die Stellungnahmen des Betriebs- beziehungsweise Personalrats und der Schwerbehindertenvertretung ein (§ 87 Absatz 2 SGB IX). Dies gilt auch bei leitenden Angestellten (vergleiche Kossens/von der Heide/Maaß, § 87, Randzeichen 9 mit weiteren Nachweisen). Falls erforderlich, werden zusätzlich Fachleute eingeschaltet, so zum Beispiel der Technische Fachdienst des Integrationsamtes oder der im Auftrag des Integrationsamtes tätige Integrationsfachdienst vor Ort, ein Arbeitsmediziner oder das Gesundheitsamt.

### 3.2.2 Stellungnahmen der Beteiligten

Bei der Abgabe der Stellungnahmen haben besonders Betriebs- beziehungsweise Personalrat und Schwerbehindertenvertretung, die die jeweiligen betrieblichen Verhältnisse besser kennen als die ermittelnde Behörde, eine große Verantwortung, da der Stellungnahme des Betriebsrates bei der Sachverhaltsermittlung durch das Integrationsamt eine besondere Bedeutung, insbesondere im Falle einer betriebsbedingten Kündigung, zukommt (OVG Münster vom 9. Februar 1996 – 24 A 5457/94, ZB 3/99, Seite 6 (Info)). Dabei ist es wichtig, dass in der Stellungnahme konkret und im Einzelnen auf die von dem Arbeitgeber vorgetragene Kündigungsgründe eingegangen wird. Die Stellungnahme soll auch erkennen lassen, was der Betrieb beziehungsweise die Dienststelle in der Vergangenheit unternommen hat, um die Entlassung des schwerbehinderten Menschen abzuwenden.

Erklärungen, die der schwerbehinderte Arbeitnehmer oder die betrieblichen Aufgabenträger dem Arbeitgeber gegenüber abgeben, genügen nicht. Das Integrationsamt hat von sich aus diese Stellungnahmen herbeizuführen und wenigstens zu klären, dass auch ihr gegenüber keine anderen Stellungnahmen abgegeben werden. Ist die Stellungnahme des Betriebsrates inhaltlich erkennbar unvollständig, unklar oder klärungsbedürftig, ist durch das Integrationsamt eine erneute vollständige oder klarstellende Stellungnahme einzuholen. Unterbleibt dies, ist die Entscheidung rechtswidrig (OVG Münster vom 9. Februar 1996 – 24 A 5457/94, br 1997, Seite 49, ZB 1996, Seite 10).

Ob nach fruchtloser Anforderung einer Stellungnahme das Integrationsamt nochmals die Stellungnahme anmahnen muss oder sofort selbst entscheiden kann, steht im pflichtgemäßen Ermessen des Integrationsamtes; eine grundsätzliche Verpflichtung zur Anmahnung besteht nicht. Geht allerdings trotz angemessener Fristsetzung oder Anmahnung keine Stellungnahme ein, kann das Integrationsamt jedenfalls auch ohne Stellungnahme entscheiden (BVerwG vom 11. November 1999 – 5 C 23/99, AP Nr. 1 zu § 17 SchwbG 1986).

Werden entgegen § 87 Absatz 2 SGB IX die entsprechenden Stellungnahmen nicht eingeholt, so ist die anschließende Entscheidung des Integrationsamtes fehlerhaft und anfechtbar. Dies gilt nur dann nicht, wenn in der Sache keine andere Entscheidung hätte getroffen werden können (OVG Rheinland-Pfalz vom 15. Mai 1997 – 12 A 12213/96, br 1998, Seite 18; OVG Saarland vom 12. Februar 1997 – 8 R 38/95; BVerwG vom 28. September 1995 – 5 C 14/94, BVerwGE 99, Seite

262). Eine Verletzung von § 87 Absatz 2 SGB IX kann bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens nachgeholt werden.

Eine Frist für die Abgabe der Stellungnahme nach § 87 Absatz 2 sieht das Sozialgesetzbuch IX nicht vor; auch § 102 Absatz 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) ist weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Diese Bestimmung regelt nur die Anhörung des Betriebsrates durch den Arbeitgeber, nicht aber die Abgabe einer Stellungnahme gegenüber dem Integrationsamt. Die Stellungnahme des Betriebs- beziehungsweise Personalrats ist nach § 87 Absatz 2 SGB IX keine Stellungnahme im Sinne von § 102 BetrVG beziehungsweise § 79 BPersVG und ersetzt diese nicht (Kossens/von der Heide/Maaß, § 87, Randziffer 11 mit weiteren Nachweisen). Beide Verfahren sind vollständig voneinander zu trennen.

Zur Vorbereitung der Stellungnahme wird die Schwerbehindertenvertretung ebenso wie der Betriebs- beziehungsweise Personalrat den betreffenden schwerbehinderten Menschen selbst hören. Daneben wird das Integrationsamt unter Umständen mit Mitarbeitern und Vorgesetzten des schwerbehinderten Mitarbeiters, Betriebsarzt und Sicherheitsingenieur und so weiter Kontakt aufnehmen, um sich aus eigener Anschauung ein Bild zu machen.

Die Stellungnahme wird in der Regel schriftlich abgegeben. Sie kann aber auch mündlich in der Kündigungsschutzverhandlung zum Ausdruck gebracht und protokolliert werden.

Für das Verfassen einer solchen schriftlichen Stellungnahme dient folgender Aufbauplan:

#### **Einleitung**

- A: Information über den schwerbehinderten Menschen  
Information über den Betrieb/die Dienststelle

#### **Hauptteil**

- B1: Kündigungsgrund aus Arbeitgebersicht  
Sachverhalt aus Sicht des schwerbehinderten Mitarbeiters
  
- B2: Darstellung des Sachverhalts nach Ansicht der Schwerbehindertenvertretung/des Betriebsrates/Personalrates
  
- B3: Hilfen zur Abwendung der Kündigung

#### **Schluss**

- C: Fazit/abschließende Beurteilung

### **3.2.3 Untersuchungsgrundsatz**

In streitigen Fällen sind die Ermittlungen oft schwierig und umfangreich. Das Integrationsamt ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen unter Berücksichtigung aller für den konkreten Einzelfall bedeutsamen Umstände (§ 20 SGB X). Sie haben dabei alle Umstände zu ermitteln, deren Kenntnis erforderlich ist, um die gegensätzlichen Interessen des Arbeitgebers und des schwerbehinderten Arbeitnehmers gegeneinander abwägen zu können. Die Aufklärungspflicht wird verletzt, wenn

**Fristen**

**Aufbau der  
Stellungnahmen**

**Aufklärungspflicht  
des Integrationsamtes**

das Integrationsamt sich damit begnügt, das Vorbringen des Arbeitgebers nur auf seine Schlüssigkeit hin zu überprüfen (BVerwG vom 19. Oktober 1995 – 5 C 24.93, br 1996, Seite 142 sowie Bayerischer Verwaltungsgerichtshof vom 31. Januar 2013 – 12 B 12.860).

Das Integrationsamt bedient sich aller Beweismittel, die es für erforderlich hält, um eine objektive Klärung des Sachverhalts herbeizuführen. Dabei kann es insbesondere Auskünfte jeder Art einholen, Zeugen und Sachverständige vernehmen oder deren schriftliche Äußerungen einholen, § 21 SGB X. Weiter kann es Urkunden und Akten beiziehen und auch eine Betriebsbegehung (§ 80 Absatz 7 SGB IX) im Beisein aller Beteiligten vornehmen.

### 3.2.4 Anhörungsgebot

Die Aufklärungspflicht umfasst auch das Gebot, die Beteiligten, insbesondere den Arbeitgeber und den schwerbehinderten Menschen anzuhören, das heißt, ihnen Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern (§ 24 SGB X). Ein Verstoß gegen dieses Gebot liegt zum Beispiel vor, wenn das Ergebnis einer Betriebsbegehung in der Entscheidung des Integrationsamtes zum Nachteil des schwerbehinderten Arbeitnehmers verwertet wird, ohne dass dieser Gelegenheit hatte, an der Betriebsbegehung teilzunehmen oder zumindest zu deren Ergebnis Stellung zu nehmen.

Geht das Integrationsamt von einem unvollständigen oder unrichtigen Sachverhalt aus oder verletzt es das Anhörungsgebot, ist seine Entscheidung **ermessensfehlerhaft** und damit **rechtswidrig**. § 87 Absatz 2 SGB IX geht auch als Spezialvorschrift dem § 24 Absatz 2 SGB X vor, wonach unter bestimmten Umständen von einer Anhörung abgesehen werden kann, sodass in jedem Fall das Integrationsamt dem betroffenen schwerbehinderten Arbeitnehmer Gelegenheit zur persönlichen Anhörung zu geben hat. Die unterlassene oder nicht ausreichend erfolgte Anhörung des Schwerbehinderten kann aber bis zum Abschluss des Verfahrens und auch noch im Widerspruchsverfahren nachgeholt werden (BVerwG vom 11. November 1999 – 5 C 23/99, AP Nummer 1 zu § 17 SchwbG 1986).

Der schwerbehinderte Mensch kann zu seiner Anhörung einen Bevollmächtigten, zum Beispiel einen Rechtsanwalt oder einen Mitarbeiter der Gewerkschaften hinzuziehen.

### 3.2.5 Mitwirkungspflicht der Beteiligten

Die Verpflichtung zur Aufklärung des Sachverhalts durch das Integrationsamt ist allerdings nicht unbegrenzt. Arbeitgeber und schwerbehinderter Mensch haben bei der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken. Sie sollen insbesondere die ihnen bekannten Tatsachen und Beweismittel angeben (§ 21 Absatz 2 SGB X). Ist das Integrationsamt – wie häufig – nicht in der Lage, den Sachverhalt ohne die Hilfe der Beteiligten in vollem Umfang aufzuklären, so endet die Verpflichtung zur Aufklärung dort, wo ein Beteiligter seine Obliegenheit zur Mitwirkung nicht erfüllt. In einem solchen Fall kann sich der Beteiligte, der seine Mitwirkungspflicht verletzt hat, später nicht auf eine fehlende Sachaufklärung berufen (VG Düsseldorf vom 11. September 1984 – 17 K 1383/82 sowie Bayerischer Verwaltungsgerichtshof vom 31.01.2013 – 12 B 12.860).

Rechtsbeistand

Sachverhalts-  
ermittlung

### 3.2.6 Mündliche Verhandlung

Der Entscheidung des Integrationsamtes soll, falls nach der Sachlage erforderlich, eine mündliche Verhandlung vorausgehen (§ 88 Absatz 1 SGB IX). Ob eine solche mündliche Verhandlung vom Integrationsamt durchgeführt wird, liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Integrationsamtes.

Die mündliche Verhandlung dient der Ermittlung und Erörterung des Sachverhaltes. Sie ist in der Regel dann erforderlich, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer Einwendungen gegen die Kündigung geltend macht und es nicht ausreicht, die gegenseitigen Argumente lediglich schriftlich auszutauschen, der Kündigungssachverhalt also streitig ist. Insbesondere dann kann eine mündliche Verhandlung der Beschleunigung des Zustimmungsverfahrens dienen, da diese mit der Anhörung des schwerbehinderten Menschen und der betrieblichen Interessenvertretungen sowie der Schwerbehindertenvertretung nach § 87 Absatz 2 SGB IX verbunden werden kann. Auch kann das Integrationsamt im Rahmen der mündlichen Verhandlung durch Zeugen, die zu streitigen Sachverhaltsfragen gehört werden, den Kündigungssachverhalt aufklären.

An der Kündigungsschutzverhandlung nehmen neben dem Arbeitgeber und dem schwerbehinderten Arbeitnehmer die Schwerbehindertenvertretung, ein bevollmächtigtes Mitglied des Betriebs- beziehungsweise Personalrates und ein Vertreter des Integrationsamtes teil. Lässt sich der schwerbehinderte Mensch oder der Arbeitgeber durch einen Bevollmächtigten vertreten, ist auch dieser zu der Kündigungsschutzverhandlung hinzuzuziehen.

In der Praxis hat sich diese gemeinsame mündliche Anhörung als sehr zweckmäßig erwiesen. Sie ermöglicht häufig am besten eine objektive Sachaufklärung und verschafft dem Integrationsamt einen Eindruck von der Situation. Der Anlass des Kündigungsantrages wird ausführlich besprochen, Sichtweisen werden ausgetauscht. In vielen Fällen stellt sich heraus, dass unterschiedliche Interessen keine unvereinbaren Gegensätze sind. Falls von den Parteien gewünscht, kann in einer solchen mündlichen Verhandlung unter Beteiligung eines Vertreters des Integrationsamtes auch eine vergleichsweise Einigung zwischen den Parteien, etwa in Form eines Aufhebungsvertrages, erzielt werden.

### 3.3 Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens

Sofern eine gütliche Einigung zwischen den Beteiligten durch Fortsetzung oder einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses erreicht wird, erledigt sich der Antrag des Arbeitgebers durch Rücknahme oder in sonstiger Weise. Kommt eine gütliche Einigung nicht zustande oder besteht aus anderen Gründen ein Interesse an einem formellen Abschluss des Verfahrens, trifft das Integrationsamt über den Antrag des Arbeitgebers eine Entscheidung.

Beteiligte



### 3.3.1 Zeitraum für die Entscheidung

Das Integrationsamt soll seine Entscheidung innerhalb eines Monats vom Tage des Eingangs des Antrages an treffen (§ 88 Absatz 1 SGB IX). Da es sich bei dieser Rechtsvorschrift um eine Sollvorschrift handelt, kann in begründeten Ausnahmefällen die Frist überschritten werden, ohne dass Rechtsfolgen daraus entstehen. Ein solcher Ausnahmefall liegt etwa vor, wenn umfangreiche Ermittlungen hinsichtlich des Kündigungssachverhaltes durchzuführen sind (zum Beispiel Einholung eines arbeitsmedizinischen Gutachtens) oder wenn bei einer angekündigten Betriebsstilllegung noch konkrete Anhaltspunkte für eine Fortführung oder Übernahme des Betriebes bestehen.

Eine sachlich nicht gerechtfertigte Überschreitung des Monatszeitraums kann zu Schadensersatzansprüchen nach § 839 BGB in Verbindung mit Artikel 34 GG führen (Kossens/von der Heide/Maaß, § 88, Randzeichen 2 mit weiteren Nachweisen). Nach Ablauf von drei Monaten ist darüber hinaus eine Untätigkeitsklage zum Verwaltungsgericht möglich (§§ 42, 75 VwGO).

Hat der betroffene Arbeitnehmer mindestens drei Wochen vor Antragstellung durch den Arbeitgeber einen Antrag auf Feststellung seiner Schwerbehinderung gestellt und ordnungsgemäß im Feststellungsverfahren bei den für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten mitgewirkt, ist aber über den Feststellungsantrag bei den für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten noch nicht entschieden, kann das Integrationsamt entweder das **Zustimmungsverfahren aussetzen**, bis das Feststellungsverfahren bei den für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten abgeschlossen ist (BAG vom 7. März 2002 – 2 AZR 612/00, NZA 2002, Seite 1145), oder einen **vorsorglichen Bescheid** erteilen. Ein **Negativattest** darf in diesem Fall nicht erteilt werden, da in diesem Fall – auch unter Berücksichtigung der Regelung in § 90 Absatz 2a SGB IX – der besondere Kündigungsschutz besteht.

Nach dem seit dem 1. Mai 2004 geltenden § 88 Absatz 5 SGB IX werden die Integrationsämter in den Fällen des § 89 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 SGB IX verpflichtet, die Entscheidung innerhalb eines Monats zu treffen. Wird innerhalb dieser Frist eine Entscheidung nicht getroffen, gilt die Zustimmung als erteilt, sodass der Arbeitgeber die Kündigung aussprechen kann, auch wenn noch keine Zustimmung erfolgt ist.

### Fiktion der Zustimmung

Gemäß § 88 Absatz 5 SGB IX tritt also die Zustimmungsfiktion ein, wenn in den Fällen des § 89 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 SGB IX innerhalb eines Monats keine Entscheidung des Integrationsamtes vorliegt. Für die Frage, ob ein Fiktionsfall vorliegt, ist somit zu prüfen,

1. ob der Betrieb/die Dienststelle nicht nur vorübergehend eingestellt oder aufgelöst wird (Betriebsstilllegung) und
2. ob zwischen dem Tag der Kündigung und dem Tage, bis zu dem Gehalt oder Lohn gezahlt wird, mindestens 3 Monate liegen.



Es kommt also im Hinblick auf die Fiktionswirkung nur auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 89 Absatz 1 Satz 1 SGB IX an (siehe dazu im Einzelnen Seite 44 – 4.3.1. Betriebsstilllegung). Die Prüfung des in § 89 Absatz 1 Satz 3 SGB IX geregelten Ausnahmefalles der Ermessensbindung (sogenannte Umsetzungsklausel) ist nicht Tatbestandsvoraussetzung der Fiktionswirkung. Die Prüfung, ob eine Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb oder einer anderen Dienststelle desselben Arbeitgebers mit Einverständnis des schwerbehinderten Mitarbeiters möglich und für den Arbeitgeber zumutbar ist (§ 89 Absatz 1 Satz 3 SGB IX), ist im Rahmen der Entscheidung in der Sache durch das Integrationsamt vorzunehmen. Insofern ist es möglich, dass auch in Fällen der nicht nur vorübergehenden Einstellung in Betrieben und Dienststellen, in denen die Fiktion eintreten kann, die Sachentscheidung im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens (siehe Seite 37 – 4.1.1 Pflichtgemäßes Ermessen) nach § 85 SGB IX zu treffen ist, weil der schwerbehinderte Mensch einen anderen Arbeitsplatz beim gleichen Arbeitgeber – für diesen zumutbar – besetzen kann (§ 89 Absatz 1 Satz 3 SGB IX). Diese Entscheidung ist dann jedoch durch das Integrationsamt – wegen der Fiktion des § 88 Absatz 5 SGB IX – innerhalb eines Monats zu treffen.

Auch in den in § 89 Absatz 3 SGB IX geregelten Insolvenzfällen tritt die Fiktion des § 88 Absatz 5 SGB IX ein, wenn in diesen Fällen durch das Integrationsamt nicht binnen eines Monats über die Zustimmung entschieden worden ist. Ist also das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers eröffnet worden und liegen die weiteren Voraussetzungen des § 89 Absatz 3 Ziffern 1 bis 4 SGB IX vor, gilt ebenfalls die Regelung des § 88 Absatz 5 SGB IX.

Ist Gegenstand des Verfahrens eine außerordentliche Kündigung, ist das Integrationsamt verpflichtet, seine Entscheidung innerhalb von zwei Wochen nach Eingang des Antrags zu treffen; andernfalls gilt die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung als erteilt (§ 91 Absatz 3 SGB IX).

Wie bei § 91 Absatz 3 SGB IX nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes anerkannt, reicht es auch bei der Regelung des § 88 Absatz 5 SGB IX zur Wahrung der Frist aus, wenn der Bescheid innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrags beim Integrationsamt den Machtbereich des Integrationsamtes verlassen hat (BAG vom 9. Februar 1994 – 2 AZR 720/93, NZA 1994, Seite 1030). Die Entscheidung muss dem Arbeitgeber innerhalb der Frist nicht schriftlich mitgeteilt oder sogar zugestellt werden; es reicht vielmehr jede Art der Bekanntgabe, auch mündlich, telefonisch oder per Fax aus. Die schriftliche Entscheidung beziehungsweise Begründung kann dann nachgereicht werden.

Um für den betroffenen Arbeitnehmer erkennbar zu machen, dass – wenn auch durch Fiktion – der Kündigung zugestimmt wurde, muss das Integrationsamt auch diese fiktive Zustimmung nach § 88 Absatz 5 SGB IX dem betroffenen Arbeitnehmer mit schriftlichem Bescheid bekannt geben, der mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen ist (so für § 91 Absatz 3 SGB IX – BVerwG vom 10. September 1992 – 5 C 39/88, BVerwGE 91, Seite 7).

Der schwerbehinderte Arbeitnehmer kann gegen diese Entscheidung Widerspruch und gegebenenfalls Klage zum Verwaltungsgericht erheben. Da gemäß § 88 Absatz 5 Satz 3 SGB IX die Absätze 3 und 4 entsprechend gelten, haben

**Prüfung der  
Weiterbeschäftigung**

**Insolvenzen**

**Außerordentliche  
Kündigung**

**Art der Bekanntgabe**

Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die fiktive Zustimmung keine aufschiebende Wirkung.

Auch im Fall der Zustimmungsfiktion muss der Arbeitgeber die Kündigung binnen eines Monats erklären. Wie bei der außerordentlichen Kündigung beginnt auch im Fall der Fiktionswirkung des § 88 Absatz 5 SGB IX die Frist zur Erklärung der Kündigung für den Arbeitgeber mit Eintritt der Fiktion oder Mitteilung über die Entscheidung.

### 3.3.2 Form und Bekanntgabe der Entscheidung

Nach § 88 Absatz 2 SGB IX ist die Entscheidung des Integrationsamtes dem Arbeitgeber und dem schwerbehinderten Beschäftigten zuzustellen. Daraus ergibt sich, dass die Entscheidung des Integrationsamtes immer schriftlich zu erfolgen hat, und zwar nach §§ 35, 36 SGB X mit Begründung und Rechtsbehelfsbelehrung beiden Beteiligten – Arbeitgeber und schwerbehindertem Arbeitnehmer – förmlich bekannt gemacht werden muss.

#### Zustellerfordernis

Die förmliche Zustellung der Entscheidung des Integrationsamtes an den Arbeitgeber ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Entscheidung des Integrationsamtes; unterbleibt die Zustellung, ist die Entscheidung unwirksam und vorher darf der Arbeitgeber auch nicht kündigen (BAG vom 16. Oktober 1991 – 2 AZR 332/91, BB 1992, Seite 360). Allerdings können Zustellungsfehler geheilt werden. Für die außerordentliche Kündigung gilt eine andere Regelung (siehe Seite 64).

Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie der Gesetzessystematik ist hingegen, trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlautes von § 88 Absatz 2 SGB IX, die Zustellung der Entscheidung des Integrationsamtes an den Arbeitnehmer keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Entscheidung des Integrationsamtes.

### 3.3.3 Ausspruch der Kündigung im Falle der zustimmenden Entscheidung

Erteilt das Integrationsamt die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung, kann der Arbeitgeber die ordentliche Kündigung nur innerhalb eines Monats nach Zustellung der Zustimmung aussprechen (§ 88 Absatz 3 SGB IX). Die Monatsfrist läuft unabhängig davon, ob der Arbeitgeber schon anderweitig Kenntnis von dessen Zustimmung erlangt hatte (BAG vom 17. Februar 1982 – 7 AZR 846/79, DB 1982, 1329). Die Frist berechnet sich nach den §§ 186 ff. BGB, wobei für den Beginn der Frist allein der Zeitpunkt der Zustellung der Zustimmung des Integrationsamtes an den Arbeitgeber entscheidend ist.

#### Monatsfrist des Arbeitgebers

Lässt der Arbeitgeber die Monatsfrist des § 88 Absatz 3 SGB IX verstreichen, ist die Erklärung der Kündigung danach nicht mehr zulässig. Will der Arbeitgeber weiterhin die Kündigung erklären, muss er erneut einen Antrag auf Erteilung der Zustimmung beim zuständigen Integrationsamt stellen. Die Monatsfrist des § 88 Absatz 3 SGB IX ist eine Ausschlussfrist, gegen deren Versäumung eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand nicht in Betracht kommt.

Widerspruch und Klage gegen die Zustimmung des Integrationsamtes haben nach § 88 Absatz 4 SGB IX keine aufschiebende Wirkung. Der Arbeitgeber kann also innerhalb der Monatsfrist nach § 88 Absatz 3 SGB IX die Kündigung auch dann erklären, wenn der schwerbehinderte Mensch gegen die Zustimmung des Integrationsamtes Widerspruch beziehungsweise Klage eingelegt hat (vergleiche Seite 55).

Beim Antrag auf Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung muss die Kündigung durch den Arbeitgeber gemäß § 91 Absatz 5 SGB IX unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erfolgen, wenn die Frist des § 626 Absatz 2 Satz 1 BGB bereits abgelaufen ist (siehe Seite 64 folgende).

Dass die Kündigung innerhalb der Monatsfrist erklärt sein muss, bedeutet, dass es auf den Zugang der Kündigung ankommt (§ 130 Absatz 1 Satz 1 BGB). § 88 Absatz 3 SGB IX ist so zu lesen, dass die Kündigung dem schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmer innerhalb der Frist zugehen muss.

Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, durch welche das Arbeitsverhältnis für die Zukunft aufgehoben werden soll. Sie ist nach § 623 BGB schriftlich zu erklären und wird nach § 130 BGB wirksam mit ihrem Zugang; bei arbeitgeberseitiger Kündigung also mit Zugang der Kündigung bei dem schwerbehinderten Menschen (vergleiche zu den Einzelheiten des Zugangs einer arbeitgeberseitigen Kündigung, Küttner, Personalbuch 2014, Abschnitt 256, Randziffer 50 folgende).

### 3.3.4 Kündigungsfrist

Bei der ordentlichen Kündigung endet das Arbeitsverhältnis nicht sofort mit Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer, sondern erst nach Ablauf der im Einzelfall geltenden Kündigungsfrist. § 86 SGB IX sieht eine vierwöchige Mindestkündigungsfrist für schwerbehinderte Arbeitnehmer vor. Für den schwerbehinderten Arbeitnehmer können sich aus seinem Arbeitsvertrag, aus einem Tarifvertrag (hier sind auch allgemeinverbindliche Tarifverträge zu beachten, die für alle Arbeitsverhältnisse unabhängig von einer Tarifbindung gelten) oder auch dem Gesetz günstigere Kündigungsfristen ergeben, die der Mindestkündigungsfrist des § 86 SGB IX vorgehen.

Die Vorschrift des § 86 SGB IX ist zwingendes Recht und kann weder einzelvertraglich, noch durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung im Voraus verkürzt werden. Die Mindestkündigungsfrist ist auch bei einer Kündigung durch den Insolvenzverwalter zu beachten. § 86 SGB IX findet dagegen keine Anwendung beim Abschluss eines Aufhebungsvertrages. Da eine solche Vereinbarung beim Bezug von Arbeitslosengeld zu Nachteilen in Form von Sperr- beziehungsweise Ruhenszeiten führen kann (vergleiche Seite 12 folgende), sollten sich schwerbehinderte Menschen vor Abschluss einer solchen Vereinbarung mit dem Arbeitgeber arbeits- und sozialrechtlich beraten lassen.

Die Mindestkündigungsfrist gilt nicht in den in § 90 Absätze 1 und 2 SGB IX genannten Ausnahmefällen, also insbesondere dann nicht, wenn das Arbeitsverhältnis ohne Unterbrechung noch nicht länger als 6 Monate bestanden hat.

Ausnahme von der Monatsfrist

Schriftform

Mindestkündigungsfrist

Ausnahmen von Mindestkündigungsfrist

## Soziale Auslaufrist

In diesen Fällen sind aber unabhängig davon die einzelvertraglichen oder gesetzlichen Mindestkündigungsfristen (§ 622 BGB) einzuhalten.

Bei einer außerordentlichen Kündigung gelten grundsätzlich keine Kündigungsfristen und damit auch nicht die Mindestkündigungsfrist nach § 86 SGB IX. Obwohl eine außerordentliche Kündigung in der Regel als fristlose Kündigung ausgesprochen wird, kann der Arbeitgeber jedoch auch eine sogenannte „soziale Auslaufrist“ einräumen, die aber keine Kündigungsfrist darstellt (vergleiche dazu im Einzelnen Küttner, Personalbuch 2014, Abschnitt 257, Randzeichen 7).

## 4. Entscheidung des Integrationsamtes

### 4.1 Ermessensentscheidung

Über den Antrag des Arbeitgebers auf Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung trifft das Integrationsamt zum Schluss des Kündigungsverfahrens eine Entscheidung, falls der Antrag nicht zum Beispiel aufgrund einer gütlichen Einigung zwischen den Beteiligten gegenstandslos oder in sonstiger Weise zurückgenommen wird. Die Entscheidung ist ein Verwaltungsakt. Die Parteien des Verfahrens – Arbeitgeber und schwerbehinderter Mensch – können dagegen Widerspruch einlegen (siehe Seite 55). Mit der Entscheidung des Integrationsamtes wird die Zustimmung zur Kündigung (§ 85 SGB IX) oder zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 92 SGB IX) erteilt oder versagt.

#### 4.1.1 Pflichtgemäßes Ermessen

Bei einer ordentlichen Kündigung trifft das Integrationsamt seine Entscheidung aufgrund einer alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigenden Ermessensentscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen, soweit dieses Ermessen nicht nach § 89 SGB IX eingeschränkt ist. Bei der Anwendung des Ermessens hat das Integrationsamt unter Berücksichtigung der Zielsetzung des besonderen Kündigungsschutzes die Belange des schwerbehinderten Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes und die Interessen des Arbeitgebers, die vorhandenen Arbeitsplätze wirtschaftlich zu nutzen und den Betrieb nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu führen, nach dem Maßstab der Zumutbarkeit gegeneinander abzuwägen.

Einerseits soll der schwerbehinderte Arbeitnehmer gegenüber dem nichtbehinderten Arbeitnehmer nicht ins Hintertreffen geraten. Die Nachteile, denen er auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt infolge seiner Behinderung ausgesetzt ist, sollen ausgeglichen werden. Auf der anderen Seite darf die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers, dem die Verantwortung für die Existenz und die wirtschaftliche Arbeitsweise des Betriebes obliegt, nicht zu stark eingeengt werden. Denn das Sozialgesetzbuch IX verfolgt nicht den Zweck, den behinderten Menschen letztlich unkündbar zu machen (vergleiche BVerwG vom 11. September 1990 – 5 B 63/90, Buchholz 436.61, § 15 SchwbG 1986, Nummer 4; OVG Rheinland-Pfalz vom 29. Mai 1998 – 12 A 12950/97; VG Stuttgart vom 7. Februar 2011 – 11 K 2352/10).

Die Zustimmung des Integrationsamtes ist nicht präjudiziell für das arbeitsgerichtliche Kündigungsschutzverfahren; das Integrationsamt darf auch nicht die **Sozialwidrigkeit der Kündigung** prüfen (BVerwG vom 19. Mai 1995 – 5 C 24/93, BVerwGE 99, Seite 336, 340; BVerwG vom 11. November 1999 – 5 C 23/99, AP Nummer 1 zu § 17 SchwbG 1986). Während die Arbeitsgerichte den einzelnen Arbeitnehmer vor einer sozial ungerechtfertigten Kündigung schützen sollen, liegt die Aufgabe des Integrationsamtes darin, dafür zu sorgen, dass den schwerbehinderten Menschen insgesamt kein für sie geeigneter Arbeitsplatz verloren geht (BAG vom 25. November 1971 – 2 AZR 44/71, AP Nummer 41 zu § 3 KSchG).

Verwaltungsakt

Keine Unkündbarkeit

### 4.1.2 Fehlerhafte Ermessensausübung

Wenn das Integrationsamt bei der Ermessensausübung von einem unvollständigen oder falschen Sachverhalt ausgeht, oder wenn es erhebliche Umstände des Einzelfalles unberücksichtigt lässt, handelt es ermessensfehlerhaft. Die Entscheidung ist dann rechtswidrig und kann durch Einlegung eines Rechtsbehelfs erfolgreich angefochten werden.

Es können folgende **Ermessensfehler** vorliegen:

- keine Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit und der wirtschaftlichen Lage des Betriebes,
- Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung, die zum Personalabbau führt,
- schärfere Anforderungen für einzelne Betriebe, insbesondere für den öffentlichen Dienst,
- fehlende oder nicht ausreichende Prüfung, ob ein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht,
- fehlende oder nicht ausreichende Berücksichtigung von § 84 Abs. 1 SGB IX (Prävention) sowie von § 84 Abs. 2 SGB IX (betriebliches Eingliederungsmanagement),
- Anlegung besonderer Kriterien für einzelne Arbeitnehmergruppen, etwa für leitende Angestellte,
- alleiniges Abstellen auf die verminderte Leistungsfähigkeit des schwerbehinderten Arbeitnehmers,
- einseitiges Abstellen auf Fehlzeiten des schwerbehinderten Arbeitnehmers,
- fehlende Berücksichtigung einer dem Arbeitgeber zumutbaren technischen Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eines anderen Arbeitsplatzes, auf den der schwerbehinderte Mensch versetzt werden kann (§ 81 Absatz 4 SGB IX),
- fehlende Berücksichtigung einer möglichen Betreuung durch den Integrationsfachdienst (IFD – §§ 109 ff. SGB IX),
- Versagung der Zustimmung, weil der in einem Kleinbetrieb tätige Arbeitnehmer keinen allgemeinen Kündigungsschutz genießt,
- fehlende Berücksichtigung der Betriebsstilllegung.



### 4.1.3 Ermessensspielraum

Hält das Integrationsamt sich im Rahmen der Ermessensregeln, dann verbleibt ihm im Allgemeinen ein Ermessensspielraum, innerhalb dessen die Entscheidung rechtmäßig ist, auch wenn eine andere Entscheidung vertretbar erscheint.

Dieses pflichtgemäße Ermessen besteht – von den vorstehend aufgeführten Ausnahmen abgesehen – im Normalfall bei der ordentlichen Kündigung und bei der außerordentlichen Kündigung (siehe Seite 64), sofern bei Letzterer ein Zusammenhang zwischen Kündigungsgrund und Behinderung besteht, oder – ausnahmsweise – ein atypischer Fall vorliegt (vergleiche § 91 Absatz 1 und 4 SGB IX).

### 4.1.4 Einschränkung des Ermessens

Aufgehoben beziehungsweise weitgehend eingeschränkt ist das Ermessen des Integrationsamtes bei einer Betriebsstilllegung (siehe Seite 44), wesentliche Betriebs Einschränkung (siehe Seite 47), außerordentlichen Kündigung, wenn kein Zusammenhang zwischen der Behinderung und dem Kündigungsgrund besteht (siehe Seite 65 folgende), sowie dann, wenn dem schwerbehinderten Menschen ein anderer angemessener und zumutbarer Arbeitsplatz gesichert ist (siehe Seite 49).

## 4.2 Bewertung des Kündigungsgrundes

Maßgebend für die Entscheidung des Integrationsamtes sind der vom Arbeitgeber vorgetragene Kündigungsgrund, wie er sich nach dem Ergebnis der Ermittlungen darstellt, und die Bewertung dieses Sachverhalts. Zu unterscheiden sind betriebsbedingte Kündigungsgründe und solche, die in der Person oder dem Verhalten des schwerbehinderten Beschäftigten ihre Ursache haben. Entschieden werden kann nur über den jeweiligen Antrag des Arbeitgebers. Sollten sich im Laufe des Ermittlungsverfahrens Anhaltspunkte für einen anderen oder weiteren Kündigungsgrund ergeben, muss der Arbeitgeber einen neuen Antrag stellen. Dies ist grundsätzlich auch im laufenden Verfahren möglich.

### 4.2.1 Betriebsbedingte Gründe

Betriebsbedingte Gründe beruhen häufig auf dem Wegfall des Arbeitsplatzes. Die Ursachen hierfür können zum Beispiel Arbeitsmangel infolge Auftragsrückgang oder Rationalisierungsmaßnahmen sein. Unternehmerische Entscheidungen, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen, zum Beispiel Unrentabilität, Organisationsänderungen oder Produktionseinschränkungen, darf das Integrationsamt nur daraufhin prüfen, ob sie offensichtlich unsachlich oder willkürlich sind (vergleiche OVG Münster vom 23. Januar 1992 – 13 A 297/91, NZA 1992, Seite 844, ZB 4/95 (ZB Info)). Steht fest, dass der Arbeitsplatz weggefallen ist, muss sorgfältig geprüft werden, ob die Umsetzung auf einen gleichwertigen, anderen freien Arbeitsplatz möglich ist (BAG vom 28. April 1998 – 9 AZR 348/97, AP Nummer 2 zu § 14 SchwbG 1986, NZA 1999, Seite 152). Gleichwertig und damit vergleichbar ist ein Arbeitsplatz, auf dem der Arbeitgeber den schwerbehinderten Arbeitnehmer aufgrund seines Direktionsrechtes ohne Änderung des Arbeitsvertrages weiterbeschäftigen kann. Frei sind die zum Zeitpunkt der Kündigung unbesetzten Arbeitsplätze. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen, um die Kündigung zu vermeiden (BAG vom 3. Februar 1977 – 2 AZR 476/75, DB 1977, Seite 1320) oder dem schwerbehinderten Arbeitnehmer „Beförderungsstel-

Betriebsstilllegung

Unternehmerische  
Entscheidung

## „Sozialauswahl“

len“ anzubieten (BAG vom 29. März 1990 – 2 AZR 369/89, NZA 1991, Seite 181 = DB 1991, Seite 173). Gerade unter Berücksichtigung des § 81 Absatz 4 Nummer 1 SGB IX ist der Arbeitgeber aber nicht gehindert, auch solche Stellen in Betracht zu ziehen.

Bei betriebsbedingtem Kündigungsgrund ist nicht selten eine Auswahl unter mehreren für eine Entlassung in Betracht kommenden und vergleichbaren Arbeitnehmern zu treffen. Die zutreffende Sozialauswahl im Sinne des § 1 KSchG ist nicht Gegenstand der Prüfung, sondern obliegt in der Regel den Arbeitsgerichten. Die Verweigerung der Zustimmung kann nur ausnahmsweise dann in Betracht kommen, wenn offensichtlich eine fehlerhafte Sozialauswahl durch den Arbeitgeber getroffen worden ist, der schwerbehinderte Arbeitnehmer also gekündigt werden soll, obwohl ein bereits auf den ersten Blick vergleichbarer anderer Arbeitnehmer nicht gekündigt wird und der schwerbehinderte Arbeitnehmer diesem anderen Arbeitnehmer gegenüber evident sozial schutzbedürftiger ist.

Im Katalog der bei der sozialen Auswahl durch den Arbeitgeber zu berücksichtigenden Auswahlkriterien ist seit dem 1. Januar 2004 auch die Schwerbehinderung enthalten. Nunmehr müssen durch den Arbeitgeber bei der Sozialauswahl im Sinn des § 1 Absatz 3 KSchG die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung berücksichtigt werden. Auch die Gleichstellung eines behinderten Menschen im Sinn von § 68 Absatz 2 und 3 SGB IX ist als Schwerbehinderung zu werten. Dabei kommt grundsätzlich jedem der vier aufgeführten Kriterien gleiches Gewicht zu. Voraussetzung ist aber, dass der Arbeitgeber von der Schwerbehinderung beziehungsweise Gleichstellung Kenntnis hat (zum Fragerecht des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderteneigenschaft im bestehenden Arbeitsverhältnis vgl. BAG vom 16. Februar 2012 – 6 AZR 553/10, NZA 2012, Seite 555).

## Betriebsstilllegung und -einschränkung

Fällt der Arbeitsplatz wegen Betriebsstilllegung oder wesentlicher Betriebseinschränkung weg, so muss das Integrationsamt im Allgemeinen gemäß § 89 Absatz 1 Satz 1 SGB IX die Zustimmung erteilen (siehe Seite 44ff.).

### 4.2.2 Gründe in der Person

Den personenbedingten Kündigungen liegen meist krankheitsbedingte Fehlzeiten, mangelnde Eignung oder Minderleistung zugrunde.

## Hilfemöglichkeiten

Bei personenbedingten Schwierigkeiten prüft das Integrationsamt, ob durch technische oder organisatorische Maßnahmen am Arbeitsplatz oder im Arbeitsumfeld das Beschäftigungsverhältnis erhalten werden kann. In Betracht kommt dabei die behinderungsgerechte Gestaltung des bisherigen Arbeitsplatzes oder die Umsetzung auf einen nach Möglichkeit gleichwertigen, anderen behinderungsgerechten Arbeitsplatz (BAG vom 28. April 1998 – 9 AZR 348/97, NZA 1999, Seite 152, AP Nummer 2 zu § 14 SchwbG 1986).

Das Integrationsamt prüft bei zu geringer Arbeitsleistung, über welche beruflichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten der behinderte Arbeitnehmer verfügt, ob der Arbeitsplatz beziehungsweise die Tätigkeit behinderungsgerecht gestaltet werden kann, welche Möglichkeiten der Verbesserung von Fähigkeiten und Fertigkeiten bestehen und genutzt werden können und zuletzt, ob durch Zahlung



eines Minderleistungsausgleiches das Gleichgewicht zwischen Leistung und Ge-  
genleistung annähernd wieder hergestellt werden kann. Dabei ist zu berücksich-  
tigen, dass der schwerbehinderte Mensch gegenüber seinem Arbeitgeber gemäß  
§ 81 Absatz 4 Satz 1 Nummer 1 SGB IX einen Rechtsanspruch auf behinderungs-  
gerechte Beschäftigung hat.

Gerade bei einer personenbedingten Kündigung ist der Arbeitgeber verpflichtet,  
jede mögliche zumutbare und geeignete Maßnahme zu ergreifen, die im Rahmen  
der betrieblichen Interessen die Kündigung zu vermeiden hilft (BAG vom 22. Feb-  
ruar 1980 – 7 AZR 295/78, DB 1980, Seite 1446). Hier ist zu prüfen, ob die  
Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz möglich ist, gegebenenfalls  
nach einer zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme (BAG vom  
10. März 1977 – 2 AZR 79/76, DB 1977, Seite 1463), auf die unter den Voraus-  
setzungen des § 81 Absatz 4 SGB IX ebenfalls ein Anspruch des schwerbehinder-  
ten Menschen besteht. Der Arbeitgeber ist jedoch nicht verpflichtet, für den  
schwerbehinderten Menschen einen zusätzlichen Arbeitsplatz einzurichten (BAG  
vom 4. Oktober 2005 – 9 AZR 632/04, NZA 2006, Seite 442; BAG vom 14. März  
2006 – 9 AZR 411/05, NZA 2006, Seite 1214 mit weiteren Nachweisen).

Darüber hinaus muss der Arbeitgeber vor einer krankheitsbedingten Kündigung  
ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 84 Absatz 2 SGB IX  
durchgeführt haben. Wobei das BEM nicht dazu da ist, eine krankheitsbedingte  
Kündigung vorzubereiten, sondern im Gegenteil darauf abzielt, den Arbeitsplatz  
des betroffenen Mitarbeiters zu erhalten. Ist ein BEM noch nicht durchgeführt  
worden, ist es im Zustimmungsverfahren nachzuholen und bei einer Weigerung  
des Arbeitgebers die Zustimmung zu einer krankheitsbedingten Kündigung durch  
das Integrationsamt zu verweigern, sofern bei Durchführung des betrieblichen  
Eingliederungsmanagements Möglichkeiten einer alternativen Weiterbeschäfti-  
gung bestanden hätten (vergleiche BAG vom 12. Juli 2007 – 2 AZR 716/06, NZA  
2008, Seite 173; BAG vom 10. Dezember 2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, Seite  
398, BAG vom 24. März 2011 – 2 AZR 170/10, NZA 2011, Seite 993). Nur dann,  
wenn auch ein betriebliches Eingliederungsmanagement die Kündigung nicht ver-  
meiden kann, darf bei Unterlassung des BEM die Zustimmung des Integrations-  
amtes erteilt werden (vergleiche BVerwG vom 29. August 2007 – 5 B 77.07).

Ist der Arbeitnehmer krankheitsbedingt auf Dauer nicht mehr in der Lage, die ge-  
schuldete Arbeit auf seinem bisherigen Arbeitsplatz zu erbringen oder ist seine  
Leistungsfähigkeit gemindert, muss der Arbeitgeber, um die Kündigung zu ver-  
meiden, nicht nur prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit dem schwerbehinderten Ar-  
beitnehmer besetzt werden können (BAG vom 24. November 2005 – 2 AZR  
514/04, NZA 2006, Seite 665; BAG vom 19. April 2007 – 2 AZR 239/06, NZA  
2007, Seite 1041 mit weiteren Nachweisen). Dabei kommen nach ständiger  
Rechtsprechung des BAG im Rahmen der Prüfung anderweitiger Beschäftigungs-  
möglichkeiten grundsätzlich nur solche Arbeitsplätze in Betracht, die entweder  
gleichwertig mit der bisherigen Beschäftigung oder geringer bewertet sind (BAG  
vom 29. Januar 1997 – 2 AZR 9/96, NZA 1997, Seite 709; BAG vom 19. April  
2007 – 2 AZR 239/06, NZA 2007, Seite 1041 mit weiteren Nachweisen).

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, leidensgerechte Arbeitsplätze frei zu machen oder  
zu schaffen, soweit das im Rahmen seines Direktionsrechtes möglich ist. Dazu ge-  
hört neben der Änderung von Arbeitsabläufen und dem Umverteilen von Aufga-

**Weiterbeschäftigung**

**Betriebliches  
Eingliederungs-  
management**

**Direktionsrecht**

## Zusammenhang mit der Behinderung

ben (BAG vom 12. Juli 1995 – 2 AZR 762/94, DB 1995, Seite 1469; BAG vom 19. Mai 2010 – 5 AZR 162/09, DB 2010, Seite 2056) auch die Versetzung anderer Mitarbeiter (BAG vom 29. Januar 1997 – 2 AZR 9/96, NZA 1997, Seite 709). Der Arbeitgeber ist jedoch weder verpflichtet, einen Arbeitsplatz „frei zu kündigen“, noch muss er das Zustimmungsersetzungsverfahren einleiten, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer Versetzung verweigert, mit der für den erkrankten Mitarbeiter ein leidensgerechter Arbeitsplatz frei gemacht werden soll (BAG vom 29. Januar 1997 – 2 AZR 9/96, NZA 1997, Seite 709; BAG vom 22. September 2005 – 2 AZR 519/04, NZA 2006, Seite 486).

Für die Bewertung dieser Tatbestände ist die Frage, ob ein Zusammenhang zwischen Kündigungsgrund und Behinderung besteht, besonders wichtig. Hat der Kündigungsgrund seine Ursache gerade in der Behinderung, ist von einer gesteigerten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auszugehen; an die Zumutbarkeit des Arbeitgebers sind höhere Anforderungen zu stellen. Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Behinderung auf einen im Betrieb erlittenen Arbeitsunfall zurückzuführen ist (LAG Düsseldorf vom 4. September 1978, DB 1979, Seite 607).

## Krankheitsbedingte Fehlzeiten

Bei den durch Krankheit bedingten Fehlzeiten kommt es wesentlich darauf an, wie die Prognose des Arztes im Hinblick auf die zu erwartenden Ausfallzeiten lautet. Hinzukommen muss nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die erhebliche Beeinträchtigung von betrieblichen Interessen, zum Beispiel eine schwerwiegende Störung des Betriebsablaufs oder unzumutbar hohe Lohnfortzahlungskosten. Die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit dann gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten nicht mit einer anderen Prognose gerechnet werden kann (BAG vom 19. April 2007 – 2 AZR 239/06, NZA 2007, Seite 1041). Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, ob diese Beeinträchtigungen aufgrund der Besonderheit des Einzelfalles noch hinzunehmen oder aber nicht mehr zumutbar sind (BAG vom 29. April 1999 – 2 AZR 431/98, NZA 1999, Seite 978).

Dabei ist zum Beispiel von Bedeutung, ob dem Arbeitgeber die Durchführung von Überbrückungsmaßnahmen (zum Beispiel Einstellung von Aushilfskräften, personelle Umorganisation) noch möglich und zumutbar ist, ferner, ob die Krankheit auf betriebliche Ursachen zurückzuführen ist.

Bei krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit ist in aller Regel ohne Weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen; auf Vertretungsmöglichkeiten kommt es dann regelmäßig nicht mehr an. Aber auch in diesem Fall ist die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz – gegebenenfalls auch zu geänderten Bedingungen – zu prüfen. Wenn eine Umsetzungsmöglichkeit besteht, führt die Krankheit nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen (BAG vom 19. April 2007 – 2 AZR 239/06, NZA 2007, Seite 1041). Diese Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten hat das Integrationsamt im Rahmen des Zustimmungsverfahrens mit zu berücksichtigen und die Zustimmung zu verweigern, wenn zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestehen.

### 4.2.3 Gründe im Verhalten

Bei persönlichem Fehlverhalten verliert der besondere Kündigungsschutz nach dem Sozialgesetzbuch IX an Schutzwirkung. In diesen Fällen werden schwerbehinderte Menschen im Prinzip genauso behandelt wie nicht behinderte Arbeitnehmer, soweit das Fehlverhalten nicht in der anerkannten Schwerbehinderung seine Ursache hat (vgl. BVerwG vom 12.07.2012 – 5 C 16/11, BVerwGE 143, 325).

Das Integrationsamt hat zu prüfen, inwieweit die Pflichtverletzung auf der Behinderung beruht. Selbst bei einem ursächlichen Zusammenhang kann die Zustimmung freilich im Ergebnis zu erteilen sein, wenn zum Beispiel der schwerbehinderte Arbeitnehmer die Würde und das Persönlichkeitsrecht anderer Arbeitnehmer des Betriebes wiederholt verletzt hat (OVG Lüneburg vom 4. Dezember 1990 – 14 L 60/89, AP Nummer 1 zu § 19 SchwbG 1986).

Ein verhaltensbedingter Grund liegt vor, wenn der Arbeitnehmer gegen arbeitsvertragliche Pflichten verstößt, obwohl er sich anders verhalten könnte. Dabei kommen als Kündigungsgründe in Betracht:

- Leistungsstörungen (Schlechtleistung, unentschuldigtes Fehlen oder sonstige Verstöße gegen die Arbeitspflicht),
- Störungen der betrieblichen Ordnung (Beleidigung von Vorgesetzten oder Arbeitskollegen, Verstöße gegen Verhaltenspflichten wie Rauch- oder Alkoholverbot),
- Störungen im Vertrauensbereich (unerlaubte Handlungen, insbesondere Straftaten),
- Verletzung von Nebenpflichten (verspätete Krankmeldung, Nichtvorlegen von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen).

Außerdienstliches Verhalten ist grundsätzlich nicht kündigungsrelevant, es sei denn, es wirkt sich auf das Arbeitsverhältnis aus. Dies gilt beispielsweise auch für Straftaten, die außerhalb des Dienstes begangen werden.

Der Arbeitgeber muss auch vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung alle ihm zumutbaren Maßnahmen zur Vermeidung der Kündigung ergriffen haben. Er darf daher grundsätzlich erst dann kündigen, wenn er den Arbeitnehmer vergeblich wegen seines Verhaltens abgemahnt hat und es erneut zu einem vertragswidrigen Verhalten des schwerbehinderten Arbeitnehmers gekommen ist (BAG vom 17. Januar 1991 – 2 AZR 375/90, DB 1991, Seite 1226). Eine Abmahnung ist nur dann entbehrlich, wenn es um schwere Pflichtverletzungen geht, deren Rechtswidrigkeit für den Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar und bei denen eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (BAG vom 10. Februar 1999 – 2 ABR 31/98, NZA 1999, Seite 708). Auch im Vertrauensbereich ist die Abmahnung erforderlich, wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber zumindest nicht als erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Verhalten angesehen (BAG vom 9. Januar 1986 – 2 ABR 24/85, DB 1986, Seite 1339).

Verstoß gegen  
arbeitsvertragliche  
Pflichten

Außerdienstliches  
Verhalten

Abmahnung

#### 4.2.4 Sonstige Gesichtspunkte

Neben dem eigentlichen Kündigungsgrund berücksichtigt das Integrationsamt auch zum Beispiel Größe und wirtschaftliche Situation des Arbeitgebers, Erfüllung der Beschäftigungspflicht (§ 71 SGB IX) sowie Art und Schwere der Behinderung, Alter, persönliche und finanzielle Verhältnisse des schwerbehinderten Menschen, ferner die Dauer der Betriebszugehörigkeit und seine Chancen, bei einer etwaigen Entlassung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt einen anderen Arbeitsplatz zu finden.

#### 4.3 Einschränkung des Ermessens

In § 89 SGB IX sind drei Tatbestände aufgeführt, bei deren Vorliegen das Integrationsamt einem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung in der Regel zustimmen muss beziehungsweise zustimmen soll.

##### 4.3.1 Betriebsstilllegung

In diesem Fall eines zwingenden Zustimmungserfordernisses muss das Integrationsamt die Zustimmung erteilen bei Kündigungen in Betrieben oder Dienststellen, die nicht nur vorübergehend eingestellt oder aufgelöst werden, wenn zwischen dem Tag der Kündigung und dem Tag, bis zu dem ein Entgelt gezahlt wird, mindestens drei Monate liegen (§ 89 Absatz 1 Satz 1 SGB IX). Unter einer Betriebsstilllegung ist die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zu verstehen, die ihre Veranlassung und zugleich ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernsten Absicht einstellt, den bisherigen Betriebszweck dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne, nicht weiter zu verfolgen (BAG vom 18. Januar 2001 – 2 AZR 514/99, NZA 2002, Seite 719; BAG vom 24. Februar 2005 – 2 AZR 214/02, NZA 2005, Seite 867 mit weiteren Nachweisen). Dabei gilt für die Definition der Betriebsstilllegung im SGB IX die gleiche Begrifflichkeit wie in § 15 Absatz 4 KSchG und § 111 Absatz 1 Satz 3 Nummer 1 BetrVG. Eine von vornherein beabsichtigte vorübergehende Unterbrechung der Betriebstätigkeit, zum Beispiel eine Werksbeurlaubung, reicht nicht aus (BAG vom 27. September 1984 – 2 AZR 309/83, AP Nr. 39 zu § 613 a BGB). Andererseits ist auch nicht erforderlich, dass der Betriebszweck endgültig aufgegeben wird. Der Wille des Arbeitgebers, den Betrieb nach Beseitigung der Hemmung wiederzueröffnen, steht einer Betriebsstilllegung nicht entgegen, wenn mit einer alsbaldigen Wiedereröffnung nicht zu rechnen ist. Der Begriff der „Auflösung“ betrifft den öffentlichen Dienst und entspricht dem Begriff der Betriebsstilllegung.

Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, eine Kündigung erst nach erfolgter Stilllegung auszusprechen. Wird die Kündigung auf die künftige Entwicklung der betrieblichen Verhältnisse gestützt, so kann sie ausgesprochen werden, wenn die betreffenden betrieblichen Umstände „greifbare Formen“ angenommen haben. Davon ist auszugehen, wenn zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die auf Tatsachen gestützte, vernünftige betriebswirtschaftliche Prognose gerechtfertigt ist, dass zum Kündigungstermin mit einiger Sicherheit der Eintritt des die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes vorliegen wird. Dabei muss die der entsprechenden Prognose zugrunde liegende Entscheidung des Arbeitgebers bereits zum Kündigungszeitpunkt endgültig getroffen worden sein und die

Schließung des Betriebes aus Sicht der Arbeitsvertragsparteien zum Kündigungszeitpunkt bereits feststehen (BAG vom 13. Februar 2008 – 2 AZR 543/06, NZA 2008, Seite 822 mit weiteren Nachweisen). Im Zustimmungsverfahren ist diese Prüfung nicht bezogen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung durchzuführen, sondern auf den Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag des Arbeitgebers auf Zustimmung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX.

Der Begriff des Betriebes ist weit zu fassen. Betriebe sind daher nicht nur wirtschaftliche oder gewerbliche Einrichtungen, sondern alle organisatorischen Einrichtungen, in denen bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt werden. Dazu zählen also auch landwirtschaftliche Güter, Verwaltungen, Krankenhäuser, die Praxis eines Arztes oder das Büro eines Rechtsanwalts. Dagegen wird der Haushalt nicht zu den Betrieben gezählt, da er nur den Eigenbedarf decken soll und keine nach außen hin gerichtete Tätigkeit zum Gegenstand hat.

Die Anwendung des § 89 Absatz 1 Satz 1 SGB IX kommt auch dann in Betracht, wenn ein Kleinbetrieb eingestellt wird, der weniger als zehn Beschäftigte hat. In Bezug auf die dreimonatige Lohnfortzahlungsspanne ist die Fortzahlung des Entgeltes (Lohn/Gehalt) für drei Monate erforderlich, eine Abfindungszahlung genügt hier nicht. Die Höhe des Lohnes bestimmt sich nach den vertraglichen beziehungsweise tarifvertraglichen Vereinbarungen (Kossens/von der Heide/Maaß, § 89, Randzeichen 15). Für den Fall krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit reicht auch der Anspruch auf Krankengeld aus, da die Zahlung von Krankengeld Lohnersatzfunktion hat und § 89 SGB IX keine Besserstellung des schwerbehinderten Menschen beabsichtigt (BAG vom 12. Juli 1990 – 2 AZR 35/90, NZA 1991, Seite 348). Urlaubsentgelt steht ebenfalls dem Lohn gleich, aber nicht Arbeitslosengeld oder Insolvenzgeld.

Soweit die Kündigungsfrist im Einzelfall weniger als drei Monate beträgt, kann der Arbeitgeber selbst durch eine verbindliche Erklärung, eine Kündigungsfrist von drei Monaten einzuhalten und für diesen Zeitraum Lohn beziehungsweise Gehalt zu leisten, die Tatbestandsvoraussetzungen nach Satz 1 herbeiführen. Die Erklärung des Arbeitgebers muss in diesem Fall gegenüber dem Arbeitnehmer abgegeben und gegenüber dem Integrationsamt nachgewiesen werden.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 89 Abs. 1 Satz 1 SGB IX soll das Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung erteilen, es sei denn, es liegt ein „atypischer Fall“ vor. Der Arbeitgeber muss sich aber auf die tatsächlichen Voraussetzungen des § 89 SGB IX berufen, da – auch im Rahmen der Amtsermittlung nach § 20 SGB X – nur bekannte Umstände vom Integrationsamt bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen sind. Den Grund für die Stilllegung oder Auflösung hat das Integrationsamt nicht zu überprüfen.

#### **4.3.1.1 Weiterbeschäftigung in einem anderen Betrieb desselben Arbeitgebers**

Die Einschränkung der Entscheidungsmöglichkeiten des Integrationsamtes im Falle der Betriebsstilllegung entfällt jedoch gemäß § 89 Absatz 1 Satz 3 SGB IX, wenn eine Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb oder einer anderen Dienststelle desselben Arbeitgebers mit Einverständnis des schwerbehinderten Mitarbeiters möglich und für den Arbeitgeber zumutbar

### **Definition „Betrieb“**

### **Kleinbetrieb Lohnfortzahlung**



ist („sogenannt Umsetzungsklausel“). Ist also das Integrationsamt der Auffassung, dass eine Umsetzung des schwerbehinderten Menschen für den Arbeitgeber zumutbar ist, dann besteht keine Einschränkung der Ermessensentscheidung des Integrationsamtes (vergleiche dazu VG Düsseldorf vom 19. November 2002 – 17 K 6243/02 und Kossens/von der Heide/Maaß, § 89, Randzeichen 19 mit weiteren Nachweisen).

### 4.3.1.2 Wechsel des Betriebszweckes, Betriebsverlegung

Der Wechsel des Betriebszweckes oder die Betriebsverlegung stellt nicht ohne Weiteres eine Betriebsstilllegung dar, wenn ein wesentlicher oder erheblicher Teil der alten Belegschaft weiterbeschäftigt wird.

### 4.3.1.3 Betriebsübergang

Auch bei einem Betriebsübergang sind die Voraussetzungen für eine Betriebsstilllegung im Sinne von § 89 Absatz 1 Satz 1 SGB IX nicht erfüllt. Nach § 613a BGB tritt der neue Betriebsinhaber in die zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Zur Entlassung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers muss er die Zustimmung des Integrationsamtes gemäß § 85 SGB IX einholen; § 89 Absatz 1 SGB IX findet insoweit keine Anwendung, da sich eine Betriebsstilllegung und ein Betriebsübergang nach § 613a BGB gegenseitig ausschließen (BAG vom 16. Mai 2002 – 8 AZR 319/01, NZA 2003, Seiten 93, 96). Auch ist die Veräußerung des Betriebes oder von Betriebsteilen keine „Betriebs-einstellung“ im Sinne von § 89 Absatz 1 SGB IX, wenn der Betrieb oder Betriebs-teil alsbald vom Erwerber fortgeführt wird (BAG vom 23. April 1980 – 5 AZR 49/78, BAGE 33, Seite 94).

Ist streitig, ob ein Betrieb stillgelegt werden wird oder ob ein Betriebsübergang erfolgen soll beziehungsweise erfolgt ist, darf das Integrationsamt die Zustimmung nicht mit der Begründung verweigern, der Betrieb sei auf einen anderen Inhaber übergegangen. Zwar muss das Integrationsamt im Rahmen der Prüfung des Tatbestandsmerkmals „Betriebs-schließung“ als negatives Merkmal auch prüfen, ob nicht ein Betriebsübergang vorliegt. Nach der Rechtsprechung können aber nur die Arbeitsgerichte verbindlich feststellen, ob ein Betrieb auf einen anderen Inhaber gemäß § 613a BGB übergegangen ist (OVG Münster vom 21. März 2000, 22 A 5137/99, NZA-RR 2000, Seite 406). Daher hat das Integrationsamt dann, wenn der Betriebsübergang streitig ist, die Zustimmung zu erteilen.

§ 613a Absatz 4 Satz 1 BGB verbietet ausdrücklich eine arbeitgeberseitige Kündigung „wegen des Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils“. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes liegt eine solche betriebsübergangsbedingte Kündigung immer schon dann vor, wenn das Motiv der Kündigung wesentlich durch den Betriebsübergang bedingt ist. Letzteres ist immer schon dann der Fall, wenn es nicht neben dem Betriebsübergang einen sachlichen Grund gibt, der aus sich heraus die Kündigung rechtfertigt, sodass sich der Betriebsübergang lediglich als äußerer Anlass für die Kündigung, nicht jedoch als tragender Grund darstellt (BAG vom 29. Juni 2000 – 8 ABR 44/99, NZA 2000, Seite 1180).



#### 4.3.1.4 Insolvenz

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens braucht nicht notwendigerweise eine Betriebsstilllegung verbunden zu sein. Der Betrieb kann durch den Insolvenzverwalter fortgeführt werden.

Ist ein Insolvenzverfahren eröffnet worden, soll das Integrationsamt unter den in § 89 Absatz 3 SGB IX aufgeführten Voraussetzungen die Zustimmung zur Kündigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers erteilen (vergleiche dazu BAG vom 15. November 2012 – 8 AZR 827/11 sowie Kuhlmann, Br 2000, Seite 159 folgende). Das Integrationsamt soll danach die Zustimmung erteilen, wenn

1. der schwerbehinderte Mensch in einem Interessenausgleich namentlich als einer der zu entlassenden Arbeitnehmer bezeichnet wird (§ 125 der Insolvenzordnung (InsO)),
2. die Schwerbehindertenvertretung beim Zustandekommen des Interessenausgleichs gemäß § 95 Absatz 2 SGB IX beteiligt worden ist,
3. der Anteil, der nach dem Interessenausgleich zu entlassenden schwerbehinderten Menschen an der Zahl der beschäftigten schwerbehinderten Menschen nicht größer ist als der Anteil der zu entlassenden übrigen Arbeitnehmer an der Zahl der beschäftigten übrigen Arbeitnehmer und
4. die Gesamtzahl der schwerbehinderten Menschen, die nach dem Interessenausgleich bei dem Arbeitgeber verbleiben sollen, zur Erfüllung der Beschäftigungspflicht nach § 71 SGB IX ausreicht.

#### 4.3.2 Betriebseinschränkung

Anders als bei der Betriebsstilllegung schreibt das Gesetz bei der Betriebseinschränkung nicht zwingend vor, dass das Integrationsamt die Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung erteilen muss. Sein Ermessen ist aber hier erheblich eingeschränkt. Unter Anwendung derselben „Dreimonatsspanne“ wie bei der Betriebsstilllegung soll die Zustimmung zur Kündigung gemäß § 89 Absatz 1 Satz 2 SGB IX auch bei Kündigungen in Betrieben und Dienststellen erteilt werden, die nicht nur vorübergehend wesentlich eingeschränkt werden, wenn die Gesamtzahl der verbleibenden schwerbehinderten Menschen zur Erfüllung der Beschäftigungspflicht durch den Arbeitgeber ausreicht (vgl. VG Stuttgart vom 9. Dezember 2011 – 11 K 1451/11).

Bei dieser Sollvorschrift zur Zustimmung ist grundsätzlich die Zustimmung durch das Integrationsamt zu erteilen, es sei denn, es liegen sachliche Gründe für eine Verweigerung der Zustimmung oder ein atypischer Fall vor (BVerwG vom 6. März 1995 – 5 B 59/94, Buchholz 436.61 § 19 SchwbG Nr. 1; BSG vom 2. März 2000 – B 7 AL 46/99 R, BSGE 86, Seite 10). Ein besonderer Umstand kann zum Beispiel in der Tatsache liegen, dass der Arbeitgeber bei der Auswahl der zur Entlassung anstehenden Arbeitnehmer den besonderen Schutzzweck des Sozialgesetzbuches IX überhaupt nicht beachtet hat und dadurch ein schwerbehinderter Arbeitnehmer offensichtlich benachteiligt wird. In einem solchen Fall kann das Integrationsamt nach pflichtgemäßem Ermessen den Antrag gegebenenfalls auch ablehnen. Ob aber überhaupt ein atypischer Fall vorliegt, unterliegt als Rechtsvoraussetzung

Einschränkung  
des Ermessens

der uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung (BVerwG vom 2. Juli 1992 – 5 C 31/91, AP Nummer 1 zu § 21 SchwbG 1986).

#### 4.3.2.1 Verringerung der Arbeitsplätze

Der Begriff der wesentlichen Betriebseinschränkung ist im Gesetz nicht definiert. Eine solche „Betriebseinschränkung“ liegt vor, wenn sich die Arbeitsleistung des Betriebes und die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer wesentlich verringern (Kossens/von der Heide/Maaß, § 89, Randzeichen 11). Die Aufgabe eines Produktionszweiges ist regelmäßig eine wesentliche Betriebseinschränkung (OVG Münster vom 12. Dezember 1989 – 13 A 181/99, br 1991, Seite 66).

Für die Verringerung der Belegschaft gilt die Staffelung nach § 17 KSchG (Kossens/von der Heide/Maaß, § 89, Randzeichen 11 mit weiteren Nachweisen). Nach dieser Vorschrift des § 17 KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit schriftlich Anzeige zu erstatten, bevor er

- in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern: mehr als 5 Arbeitnehmer,
- in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern: zehn von Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer,
- in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern: mindestens 30 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Tagen entlässt.

Der Personalabbau braucht nach § 89 Absatz 1 Satz 2 SGB IX nicht innerhalb von 30 Tagen zu erfolgen, er kann sich auch über einen längeren Zeitraum erstrecken, etwa bis zu einem Jahr.

#### 4.3.2.2 Erfüllung der Beschäftigungspflicht

Ob das weitere Merkmal des § 89 Absatz 1 Satz 2 SGB IX, die Beschäftigungspflicht nach § 71 SGB IX noch erfüllt ist, richtet sich nach der verbleibenden Zahl der Arbeitsplätze, die nach der Betriebseinschränkung noch vorhanden sind. Reicht die Gesamtzahl der verbleibenden schwerbehinderten Menschen im Betrieb zur Erfüllung der Beschäftigungsquote nicht mehr aus oder entfällt die Beschäftigungspflicht, weil der Arbeitgeber nicht mehr über mindestens 20 Arbeitsplätze verfügt (§ 71 SGB IX), ist für die Anwendung des § 89 Absatz 1 Satz 2 SGB IX kein Raum. In diesen Fällen entscheidet das Integrationsamt über den Antrag ohne Ermessenseinschränkung pflichtgemäß nach der allgemeinen Vorschrift des § 85 SGB IX.

#### 4.3.2.3 Lohnfortzahlung für drei Monate

Für die Verpflichtung, drei Monate Lohn weiterzuzahlen, gilt das Gleiche wie bei der Betriebsstilllegung.

Liegen die Voraussetzungen des § 89 Absatz 1 Satz 1 oder 2 SGB IX vor, kann das Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung unter der Auflage erteilen, dass für die drei Monate der Lohn beziehungsweise das Gehalt auch tatsächlich vom Arbeitgeber gezahlt wird (§ 32 Abs. 2 Nummer 4 SGB X).

#### 4.3.2.4 Weiterbeschäftigung

Wie bei der Betriebsstilllegung entfällt auch bei der Betriebseinschränkung gemäß § 89 Absatz 1 Satz 3 SGB IX die Einschränkung der Ermessensentscheidung, wenn die Weiterbeschäftigung entweder

- auf einem anderen Arbeitsplatz desselben Betriebs oder derselben Dienststelle (§ 89 Absatz 1 Satz 3 Halbsatz 1 SGB IX) oder
- auf einem freien Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb oder einer anderen Dienststelle desselben Arbeitgebers (§ 89 Absatz 1 Satz 3 Halbsatz 2 SGB IX)

mit dem Einverständnis des schwerbehinderten Beschäftigten möglich und für den Arbeitgeber zumutbar ist. Arbeitgeber ist dabei der konkrete Arbeitgeber. Freie Arbeitsplätze in einem anderen Betrieb eines anderen Arbeitgebers können daher auch dann nicht herangezogen werden, wenn der andere Arbeitgeber zum selben Konzern gehört (VG Düsseldorf vom 19. November 2002 – 17 K 6243/02).

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 89 Absatz 1 Satz 3 SGB IX entscheidet das Integrationsamt also auch im Falle der wesentlichen Betriebseinschränkung wie bei § 85 SGB IX nach pflichtgemäßem Ermessen; im Allgemeinen wird es dann ebenfalls wie bei der Betriebsstilllegung keine Zustimmung zur Kündigung erteilen.

#### 4.3.3 Vorhandensein eines anderen angemessenen und zumutbaren Arbeitsplatzes

Das Integrationsamt soll weiterhin die Zustimmung erteilen, wenn dem schwerbehinderten Mitarbeiter ein anderer angemessener und zumutbarer Arbeitsplatz gesichert ist (§ 89 Absatz 2 SGB IX). Auch hier ist das Ermessen des Integrationsamtes eingeschränkt mit der Folge, dass es die Zustimmung zur beantragten Kündigung in der Regel zu erteilen hat, wenn die in der Bestimmung genannten Voraussetzungen vorliegen und besondere Tatbestände nicht erkennbar sind, die gleichwohl die Versagung der Zustimmung rechtfertigen würden (sogenannt „atypischer Fall“).

Der „andere Arbeitsplatz“ kann sich nicht nur bei einem fremden, sondern auch bei demselben Arbeitgeber befinden. Es kann sich auch um denselben Arbeitsplatz mit geänderten Arbeitsbedingungen handeln.

Die Vorschrift des § 89 Absatz 2 SGB IX ist dann nicht anzuwenden, wenn der „andere Arbeitsplatz“ nicht „angemessen“ oder „zumutbar“ ist; es fehlt dann an einem der Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift. In diesem Fall ist das Ermessen des Integrationsamtes bei seiner Entscheidung über den Antrag auf Zustimmung zur Änderungskündigung nicht eingeschränkt; es gilt der allgemeine Grundsatz

des pflichtgemäßen Ermessens (OVG Münster vom 3. Februar 2009 – 12 A 2931/08, br 2009, Seite 175).

Möglich ist auch ein neuer Arbeitsplatz mit geringerer Entlohnung, wobei aber die Entgeltabsenkung zumutbar sein muss. Die Zumutbarkeit einer Entgelteinbuße muss deutlich unter derjenigen Grenze bei der Widerruflichkeit von Entgeltbestandteilen liegen, die dort nach der Rechtsprechung des BAG mit 25 bis 30 Prozent angenommen wird (BAG vom 12. Januar 2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, Seite 465; BAG vom 11. Oktober 2006 – 5 AZR 721/05, NZA 2007, Seite 87). Daher dürfte bei § 89 Absatz 2 SGB IX allenfalls eine Entgelteinbuße von bis zu 15 Prozent zumutbar sein, wobei auch freiwillige Leistungen in den Vergleich der Arbeitsbedingungen miteinzubeziehen sind. Ein schwerbehinderter Arbeitnehmer kann nicht nur deswegen auf ein geringeres Einkommen verwiesen werden, weil ein anderer Arbeitsplatz gesichert ist.

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung beurteilt die Angemessenheit des anderen Arbeitsplatzes nach den Bedingungen der Arbeit und der Arbeitsstätte an sich. Verhält sich das dem Arbeitnehmer zu gewährenden Entgelt im Rahmen der üblicherweise zu erwartenden Entlohnung, ist der andere Arbeitsplatz für sich gesehen angemessen. Ein Vergleich mit dem früheren Arbeitsplatz verbietet sich danach, denn nicht ein gleichwertiger Arbeitsplatz mit beispielsweise gleichwertigem Einkommen, sondern nur ein angemessener Arbeitsplatz müsse gesichert sein (OVG Münster vom 23. Januar 1992 – 13 A 107/91).

## Zumutbarkeit

Bei der Zumutbarkeit des neuen Arbeitsplatzes sind auch die weiteren Rahmenbedingungen des neuen Arbeitsplatzes mitzubersichtigen. Hierzu gehören neben dem Entgelt auch

- die bisherigen Sozialleistungen,
- die verkehrsmäßige Anbindung des Arbeitsplatzes,
- die Entfernung des neuen Arbeitsplatzes zum Wohnort des schwerbehinderten Arbeitnehmers,
- die Folgen für das familiäre und soziale Umfeld und
- sonstige finanzielle Folgekosten für den schwerbehinderten Arbeitnehmer (OVG Koblenz vom 28. November 1996 – 12 A 10457/96; VG Göttingen vom 22. Juni 2006 – 2 A 200/05),
- Überforderung des Schwerbehinderten aufgrund Vorbildung und/oder Schwerbehinderung (OVG Münster vom 23. Januar 1992 – 13 A 107/91).

Die Frage, ob der neue Arbeitsplatz zumutbar und angemessen ist, ist eine Rechtsfrage, die uneingeschränkt sowohl im Widerspruchsverfahren als auch verwaltungsgerichtlich voll nachprüfbar ist.

Stimmt das Integrationsamt einer Änderungskündigung zu, so ist darin die Zustimmung zu einer Beendigungskündigung enthalten, wenn der schwerbehinderte Mensch der Änderungskündigung nicht zustimmt. Im umgekehrten Fall ent-

hält die Zustimmung zur Beendigungskündigung nicht gleichzeitig die Zustimmung zu einer Änderungskündigung.

#### 4.4 Gütliche Einigung

Das Integrationsamt hat die Aufgabe, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, die einer sinnvollen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dienen. In jeder Lage des Kündigungsverfahrens wirkt es auf eine gütliche Einigung unter den Beteiligten hin (§ 87 Absatz 3 SGB IX). Die gütliche Einigung ist der Versuch, beiden Seiten zu ihrem Recht zu verhelfen.

Die mündliche Verhandlung (siehe S. 31) hat hierbei eine große Bedeutung: Während der Kündigungsschutzverhandlung können zum Beispiel Möglichkeiten der behinderungsgerechten Arbeitsplatzgestaltung oder einer innerbetrieblichen Umsetzung des schwerbehinderten Mitarbeiters besprochen werden. Jeder, der zur Lösung des Problems beitragen kann, sollte deshalb an der Verhandlung teilnehmen. In Bezug auf das persönliche Verhältnis der Beteiligten kann ein sachliches Gespräch Hintergründe offen legen, die zum Verständnis für die Position der jeweiligen Gegenseite beitragen.

Das Integrationsamt kann im Rahmen einer gütlichen Einigung auch finanzielle Hilfen aus Mitteln der Ausgleichsabgabe, zum Beispiel zur behindertengerechten Arbeitsplatzgestaltung oder zum Ausgleich außergewöhnlicher Belastungen, die mit der Beschäftigung des schwerbehinderten Menschen verbunden sind, oder Hilfen über ihren technischen Fachdienst beziehungsweise die Einschaltung der Integrationsfachdienste anbieten.

#### 4.5 Prävention

Nach § 84 Absatz 1 Satz 1 SGB IX ist der Arbeitgeber bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, verpflichtet, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung, die in § 93 SGB IX genannten Vertretungen sowie das Integrationsamt einzuschalten, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung sowie mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.

Die Regelung in § 84 Absatz 1 SGB IX richtet sich an alle Arbeitgeber, die schwerbehinderte Mitarbeiter beschäftigen (BAG vom 7. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06, NZA 2007, Seite 617). Die genannten Gründe entsprechen den Gründen, die eine ordentliche Kündigung nach § 1 Absatz 2 KSchG sozial rechtfertigen können.

Ziel dieser gesetzlichen Prävention ist die frühzeitige Klärung, ob und welche Maßnahmen zu ergreifen sind, um eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu erreichen (BAG vom 4. Oktober 2005 – 9 AZR 632/04, NZA 2006, Seite 442).

Möglichkeit der  
Weiterbeschäftigung

Verpflichtung des  
Arbeitgebers

Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Einhaltung des Präventionsverfahrens nach § 84 Absatz 1 SGB IX keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung mit der Folge, dass eine Kündigung grundsätzlich nach § 84 Absatz 1 SGB IX unwirksam wäre, wenn ein Präventionsverfahren vor ihrem Ausspruch nicht durchgeführt worden ist (BAG vom 7. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06, NZA 2007, Seite 617; BAG vom 28. Juni 2007 – 6 AZR 750/06, NZA 2007, Seite 1049; BAG vom 8. November 2007 – 2 AZR 425/06, NZA 2008, Seite 471).

§ 84 Absatz 1 SGB IX stellt allerdings auch keine reine Ordnungsvorschrift dar, deren Missachtung in jedem Fall folgenlos für den Arbeitgeber bliebe (BAG vom 7. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06, NZA 2007, Seite 617). Durch die dem Arbeitgeber in § 84 Absatz 1 SGB IX auferlegten besonderen Verhaltenspflichten soll möglichst frühzeitig einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen begegnet und die dauerhafte Fortsetzung der Beschäftigung erreicht werden. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass § 84 Absatz 1 SGB IX eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht inwohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellt (BAG vom 7. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06, NZA 2007, Seite 617; BAG vom 28. Juni 2007 – 6 AZR 750/06, NZA 2007, Seite 1049). Eine Kündigung ist danach nur erforderlich (Ultima Ratio), wenn sie nicht durch mildere Maßnahmen zu vermeiden ist (BAG vom 7. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06, NZA 2007, Seite 617 mit weiteren Nachweisen). Auch wenn das Klärungsverfahren nach § 84 Absatz 1 SGB IX selbst im Verhältnis zur Kündigung keine mildere Maßnahme ist, dient es doch zur Feststellung der Umstände, aufgrund derer eine Kündigung durch andere, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrende Maßnahmen vermieden werden kann (BAG vom 28. Juni 2007 – 6 AZR 750/06, NZA 2007, Seite 1049). Das Unterlassen des Präventionsverfahrens steht einer Kündigung des schwerbehinderten Menschen nur dann nicht entgegen, wenn die Kündigung auch durch das Präventionsverfahren nicht hätte verhindert werden können (BAG vom 7. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06, NZA 2007, Seite 617 mit weiteren Nachweisen).

Ein weiteres gesetzliches Instrument der Prävention stellt das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) dar. Nach § 84 Absatz 2 SGB IX ist der Arbeitgeber bereits dann, wenn Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als 6 Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind, verpflichtet, mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinn des § 93 mit Zustimmung und unter Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement). Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, werden vom Arbeitgeber die örtlichen gemeinsamen Servicestellen oder bei schwerbehinderten Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen (vergleiche hierzu Beyer/Jansen, Rechtsprobleme des betrieblichen Eingliederungsmanagements, br 2010, 89 und 117). Das betriebliche Eingliederungsmanagement setzt also seit dem 1. Mai 2004 eine Schwerbehinderteneigenschaft nicht mehr voraus, sondern gilt ausdrücklich für alle Beschäftigten.



Ein BEM liegt dann vor, wenn die sich aus § 84 Abs. 2 SGB IX ableitbaren Mindeststandards erfüllt werden. Danach entspricht jedes Verfahren den gesetzlichen Anforderungen, das die zu beteiligenden Stellen, Ämter und Personen einbezieht, das keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit ausschließt und in dem die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge sachlich erörtert werden (BAG vom 10. Dezember 2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, Seite 398). Das Gesetz schreibt weder bestimmte Mittel vor, die auf jeden – oder auf gar keinen – Fall in Erwägung zu ziehen sind, noch beschreibt es bestimmte Ergebnisse, die das BEM haben muss oder nicht haben darf. Es vertraut vielmehr darauf, dass die Einbeziehung von Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Betriebs-/Personalrat sowie gegebenenfalls Schwerbehindertenvertretung und externen Stellen sowie die abstrakte Beschreibung des Ziels ausreichen, um die Vorstellungen der Betroffenen sowie internen und externen Sachverstand in ein faires und sachorientiertes Gespräch einzubringen, dessen Verlauf im Einzelnen und dessen Ergebnis sich nach den Erfordernissen des jeweiligen Einzelfalls zu richten haben (BAG vom 10. Dezember 2009 – 2 AZR 198/09, NZA 2010, Seite 639). Fest steht aber auch, dass das BEM-Verfahren einen Abschluss haben muss. Dies erwartet nicht zuletzt die betroffene Person.

Auch die Nichtdurchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) nach § 84 Absatz 2 SGB IX stellt keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung dar (BAG vom 12. Juli 2007 – 2 AZR 716/06, NZA 2008, Seite 173). Jedoch ist eine krankheitsbedingte Kündigung, die ohne Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements ausgesprochen wird, wegen des Verstoßes gegen den „Ultima-Ratio-Grundsatz“ sozialwidrig (BAG vom 12. Juli 2007 – 2 AZR 716/06, NZA 2008, Seite 173; BAG vom 28. Juni 2007 – 6 AZR 750/06, NZA 2007, Seite 1049).

Ist eine Zustimmung zur krankheitsbedingten Kündigung beantragt, muss das Integrationsamt seine Entscheidung danach ausrichten, ob die gesetzlich gebotenen Möglichkeiten zur Vermeidung der Kündigung eines schwerbehinderten oder gleichgestellten Beschäftigten ausgeschöpft worden sind. Zu diesen Möglichkeiten gehört auch die Durchführung des BEM nach § 84 Absatz 2 SGB IX. Für die Prüfung des Antrages des Arbeitgebers auf Zustimmung zur Kündigung (§ 87 Absatz 1 Satz 1 SGB IX) durch das Integrationsamt bedeutet dies Folgendes:

Wurde ein BEM durchgeführt, ist das Ergebnis im Verfahren zu berücksichtigen. Wurde kein BEM durchgeführt, kann das Integrationsamt bei einem Antrag auf Zustimmung zur ordentlichen Kündigung das Verfahren aussetzen, um dem Arbeitgeber die Gelegenheit zu geben, ein BEM-Verfahren nachzuholen oder es kann das Präventionsverfahren während des laufenden Kündigungsschutzverfahrens durchführen. Beide Verfahrensweisen stimmen streng genommen nicht mit dem Wortlaut des § 84 Absatz 2 SGB IX überein, da im ersten Fall die Prävention nachgeholt wird, obwohl der Arbeitgeber schon die Kündigung beantragt hat und im zweiten Fall hinzukommt, dass die im Rahmen des BEM durchzuführenden Ermittlungen nicht durch den Arbeitgeber, sondern durch das Integrationsamt erfolgen. Jedoch unterscheidet sich die Situation beim Antragsverfahren nach § 85 SGB IX grundlegend von dem arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess, weil in diesem die Kündigung des Arbeitsverhältnisses bereits erfolgt ist, während sie im Verfahren vor dem Integrationsamt noch vermieden werden kann, sodass die Prävention zumindest im Vorfeld einer gegebenenfalls nach erteilter Zustimmung

ausgesprochenen Kündigung noch erfolgen beziehungsweise nachgeholt werden kann. Handelt es sich jedoch um einen Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung (mit sozialer Auslauffrist), wird in den meisten Fällen die Zustimmung zu versagen sein, da ein Nachholen des BEM in der Zweiwochenfrist des § 91 Absatz 3 SGB IX in aller Regel nicht möglich ist. Eine denkbare Ausnahme hiervon stellt lediglich der Fall dar, dass innerhalb der Zweiwochenfrist das Integrationsamt im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht zu der Überzeugung gelangt, dass ein BEM nicht in der Lage gewesen wäre, ein positives Ergebnis zu erbringen.

Die Beachtung der Bestimmungen des § 84 Absatz 1 und Absatz 2 SGB IX bietet für den Arbeitgeber somit die Chance der Verkürzung des Zustimmungsverfahrens. Nach § 88 Absatz 1 SGB IX soll das Integrationsamt innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrags auf Zustimmung zur ordentlichen Kündigung eine Entscheidung treffen. Mit dem Maßnahmenkatalog nach § 84 SGB IX wird die Erwartung verbunden, dass eine Entscheidung auch innerhalb dieses Zeitraumes möglich ist, da das Integrationsamt bereits vorher am Verfahren beteiligt war. Ist es nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten dem Arbeitgeber gleichwohl unzumutbar, den schwerbehinderten Menschen weiter zu beschäftigen, wird das Integrationsamt in aller Regel der Kündigung zustimmen.

## 5. Rechtsmittel

Gegen die Entscheidung des Integrationsamtes kann der Arbeitgeber oder der schwerbehinderte Arbeitnehmer Widerspruch erheben. Über den Widerspruch entscheidet der beim Integrationsamt gebildete Widerspruchsausschuss (§§ 119, 121 SGB IX). Gegen den dann ergehenden Widerspruchsbescheid kann Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben werden. Die Frist für Widerspruch und Anfechtungsklage zum Verwaltungsgericht beträgt grundsätzlich jeweils einen Monat nach Zustellung des Bescheides beziehungsweise des Widerspruchsbescheides (§§ 70, 74 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)).

Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung haben keine aufschiebende Wirkung (§ 88 Absatz 4 SGB IX). Damit ist klargestellt, dass der Arbeitgeber – trotz Widerspruchs des schwerbehinderten Menschen gegen die zustimmende Entscheidung des Integrationsamtes – kündigen kann. Gemäß § 88 Absatz 3 SGB IX muss er sogar – unabhängig von der Einlegung eines Rechtsmittels – innerhalb eines Monats nach zustimmender Entscheidung der Behörde die Kündigung erklären, wenn er nicht sein Kündigungsrecht verlieren will. Der Arbeitgeber trägt jedoch das Risiko, dass die Kündigung bei Erfolg des Rechtsmittels unwirksam ist.

### 5.1 Widerspruchsausschuss

Der Widerspruchsausschuss beim Integrationsamt besteht aus sieben Mitgliedern, und zwar aus zwei schwerbehinderten Arbeitnehmern, zwei Arbeitgebern, je einer Vertreterin/einem Vertreter des Integrationsamtes und der Bundesagentur für Arbeit sowie einer Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen.

Im Widerspruchsverfahren sind der Arbeitgeber und der schwerbehinderte Mensch vor der Entscheidung zu hören (§ 121 Absatz 2 SGB IX). Dies erfolgt grundsätzlich im Rahmen der Ermittlungen der Geschäftsstelle des Widerspruchsausschusses, die die Entscheidungen des Widerspruchsausschusses vorbereitet.

Auch für den Widerspruchsausschuss gilt der Grundsatz des § 87 Absatz 3 SGB IX, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung hinzuwirken. Es kann daher sinnvoll sein, dass auch im Widerspruchsverfahren eine mündliche Verhandlung mit den Beteiligten stattfindet. Die Entscheidung des Widerspruchsausschusses ist eine Verwaltungsentscheidung. Damit wird gewährleistet, dass eine zweite, vom Integrationsamt unabhängige Stelle den gesamten Sachverhalt sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht noch einmal überprüft. Für die Überprüfung ist im Falle des Widerspruchs gegen die Zustimmung zur Kündigung der Kündigung zugrunde liegende Sachverhalt maßgebend; im Falle des Widerspruchs gegen die Versagung der Zustimmung durch das Integrationsamt kommt es dagegen auf den Zeitpunkt der Entscheidung des Widerspruchsausschusses an (BVerwG vom 22. Januar 1993 – 5 B 80.92, ZB 4/95 (ZB-Info), br 1994, Seite 21).

Wenn es zu keiner gütlichen Einigung oder einer Erledigung des Widerspruchs in sonstiger Weise kommt, weist der Widerspruchsausschuss entweder den Widerspruch zurück oder er gibt dem Widerspruch statt, indem er im letzteren Fall die Entscheidung des Integrationsamtes aufhebt und eine andere Entscheidung trifft.

Widerspruch  
und Klage

Keine aufschiebende  
Wirkung

Zusammensetzung

Gütliche Einigung

Hat das Integrationsamt zum Beispiel die Zustimmung zur Kündigung erteilt und hebt der Widerspruchsausschuss diese Entscheidung auf, dann wird damit zugleich die neue Entscheidung getroffen, dass dem Arbeitgeber nunmehr die Zustimmung zu seinem Antrag auf Kündigung versagt wird.

## 5.2 Überprüfung durch das Verwaltungsgericht

Das in erster Instanz angerufene Verwaltungsgericht prüft gemäß § 114 VwGO, ob der angefochtene Verwaltungsakt, nämlich die Entscheidung des Integrationsamtes in der Gestalt des Widerspruchsbescheides, rechtswidrig ist, insbesondere, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist. Dagegen findet keine gerichtliche Nachprüfung der Zweckmäßigkeit einer vertretbaren Entscheidung der Behörde statt. Das Gericht ist nicht befugt, sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Verwaltungsbehörde (Integrationsamt und Widerspruchsausschuss) zu setzen und eine andere Entscheidung zu treffen, die das Verwaltungsgericht für zweckmäßiger hält.

Folgende Fallgestaltungen sind möglich:

- Lehnt das Integrationsamt die Zustimmung ab und wird sie erst aufgrund eines Widerspruches des Arbeitgebers durch den Widerspruchsausschuss oder nach einem Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht erteilt,  
→ kann auch die Kündigung erst nach dieser erstmaligen Zustimmung innerhalb der Frist des § 88 Absatz 3 SGB IX ausgesprochen werden.
- Wird eine vom Integrationsamt ausgesprochene Zustimmung später aufgrund eines Widerspruches oder einer Klage des schwerbehinderten Arbeitnehmers zum Verwaltungsgericht aufgehoben,  
→ entfällt die rechtliche Voraussetzung für eine durch den Arbeitgeber bereits ausgesprochene Kündigung; diese wird rückwirkend unwirksam. Daraus können sich ein Annahmeverzug des Arbeitgebers und ein Lohnnachzahlungsanspruch des schwerbehinderten Arbeitnehmers ergeben.
- Wird die Zustimmung erteilt, im Rechtsmittelverfahren aber aufgehoben und entscheidet das Verwaltungsgericht dann wiederum anders, sodass widersprüchliche Entscheidungen im Verlauf des Rechtsweges vorliegen,  
→ kommt es stets auf die endgültige Entscheidung an; eine nur zwischenzeitliche Aufhebung der Zustimmung, die nicht rechtskräftig wird, lässt die Zustimmung nicht in der Weise wegfallen, dass die Kündigung unwirksam würde und nach der in höherer Instanz wieder bestätigten Zustimmung erneut ausgesprochen werden müsste.
- Wird die Zustimmung rechtskräftig bestätigt,  
→ wirkt die Bestätigung auf den Zeitpunkt der Zustimmung zurück, sodass es bei der Wirksamkeit der nach erstmaliger Zustimmung fristgerecht (§ 88 Absatz 3 SGB IX) ausgesprochenen Kündigung verbleibt, auch wenn zwischenzeitlich eine Instanz anderer Ansicht war, diese dann aber nicht rechtskräftig geworden ist.

Wird die angefochtene Zustimmung endgültig vom Verwaltungsgericht bestätigt, so wirkt die Bestätigung auf den früheren Zeitpunkt zurück, selbst wenn dieser Zeitpunkt sehr weit in der Vergangenheit liegt (BAG vom 25. November 1971 – 2 AZR 44/71, DB 1972, Seite 1344).

### 5.3 Rechtsweg zum Arbeitsgericht

Neben den Rechtsmitteln des besonderen Kündigungsschutzes nach dem SGB IX – Widerspruch und Klage vor dem Verwaltungsgericht – steht dem schwerbehinderten Menschen – wie jedem anderen Arbeitnehmer – auch der Rechtsweg zum Arbeitsgericht offen.

Wenn der Arbeitgeber ohne vorherige Zustimmung des Integrationsamtes kündigt, ist die Kündigung wegen Verstoßes gegen § 85 SGB IX nach § 134 BGB nichtig. Der schwerbehinderte Mensch kann diese Unwirksamkeit der Kündigung durch Klage zum Arbeitsgericht geltend machen.

Seit dem 1. Januar 2004 gilt die dreiwöchige Klagfrist des § 4 KSchG nicht mehr nur im Hinblick auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung nach dem KSchG, sondern für die Geltendmachung aller Unwirksamkeitsgründe. Nur bei fehlender Schriftform der Kündigung beginnt die Dreiwochenfrist erst mit dem Zugang der schriftlichen Kündigung. Somit muss der schwerbehinderte Arbeitnehmer auch eine Kündigung, die ohne vorherige Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochen wurde und damit nichtig ist, binnen von drei Wochen nach Zugang der Kündigung mit einer Klage zum Arbeitsgericht angreifen. Zu beachten ist, dass die Dreiwochenfrist auch für Kleinbetriebe gilt, die nicht dem KSchG unterfallen, auch für außerordentliche Kündigungen sowie für Änderungskündigungen und auch in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses.

Beruft sich der schwerbehinderte Arbeitnehmer binnen drei Wochen durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht auf den besonderen Kündigungsschutz sowie auf das Fehlen einer Zustimmung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX, ist im Rahmen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens zu prüfen, ob die Kündigung zustimmungsbedürftig ist und ob die Zustimmung rechtswirksam erteilt worden beziehungsweise ob die Kündigung wegen fehlender Zustimmung nichtig ist. Der Arbeitnehmer muss außerdem innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung dem Arbeitgeber seine Schwerbehinderteneigenschaft oder die Antragstellung mitteilen.

Das Arbeitsgericht ist dabei an eine durch das Integrationsamt rechtswirksam erteilte oder verweigerte Zustimmung gebunden und kann diese Entscheidung nicht durch eine eigene ersetzen. Auch kann die Zustimmung des Integrationsamtes zu einer außerordentlichen Kündigung nicht in eine solche zur ordentlichen Kündigung umgedeutet werden (LAG Schleswig-Holstein vom 8. September 1998 – 1 Sa 111/98, LAGE § 21 SchwbG Nummer 2).

Die Folge des zwischen Verwaltungsgerichten und Arbeitsgerichten aufgespaltenen Rechtsweges ist, dass die Arbeitsgerichte, soweit es auf die Wirksamkeit der Zustimmung des Integrationsamtes ankommt, über die Kündigung nicht abschließend entscheiden können, bevor eine rechtskräftige Entscheidung über die Wirksamkeit der Zustimmung vorliegt (BAG vom 23. Mai 2013 – 2 AZR 991/11).

#### Dreiwochenfrist

#### Bindung des Arbeitsgerichts

## Rechtsmittel im Kündigungsschutz

### – Rechtsmittel des schwerbehinderten Menschen –

#### Arbeitgeber kündigt ohne vorherige Zustimmung des Integrationsamtes

##### Arbeitsrechtsweg:

- Rechtsmittel: Klage
- zuständiges Gericht: Arbeitsgericht
- Ziel: Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamtes fortbesteht (Feststellungsklage)
- Frist: innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung

#### Arbeitgeber kündigt mit vorheriger Zustimmung des Integrationsamtes

##### Verwaltungsrechtsweg:

- Rechtsmittel: Widerspruch
- zuständige Stelle: Widerspruchsausschuss beim Integrationsamt
- Ziel: Aufhebung des Bescheides des Integrationsamtes und Versagung der Zustimmung
- Frist: innerhalb eines Monats nach Zugang des Bescheides

#### Widerspruchsausschuss weist Widerspruch zurück

##### Verwaltungsrechtsweg:

- Rechtsmittel: Klage
- zuständige Stelle: Verwaltungsgericht
- Ziel: Aufhebung der Bescheide von Integrationsamt und Widerspruchsausschuss
- Frist: innerhalb eines Monats nach Zugang des Widerspruchsbescheides

#### Arbeitgeber kündigt mit vorheriger Zustimmung des Integrationsamtes

##### Arbeitsrechtsweg (parallel zum Verwaltungsrechtsweg):

- Rechtsmittel: Klage
- zuständige Stelle: Arbeitsgericht
- Ziel: Kündigung ist nach dem KSchG sozial ungerechtfertigt
- Frist: innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung

### – Rechtsmittel des Arbeitgebers –

#### Integrationsamt versagt die Zustimmung zur Kündigung

##### Verwaltungsrechtsweg:

- Rechtsmittel: Widerspruch
- zuständige Stelle: Widerspruchsausschuss beim Integrationsamt
- Ziel: Aufhebung des Bescheides des Integrationsamtes und Zustimmung zur Kündigung
- Frist: innerhalb eines Monats nach Zugang des Bescheides

#### Widerspruchsausschuss weist Widerspruch zurück

##### Verwaltungsrechtsweg:

- Rechtsmittel: Klage
- zuständiges Gericht: Verwaltungsgericht
- Ziel: Aufhebung des Bescheides des Integrationsamtes und Widerspruchsausschusses
- Frist: innerhalb eines Monats nach Zugang des Widerspruchsbescheides



Es liegt im Ermessen der Arbeitsgerichte, ob sie das Kündigungsschutzverfahren so lange aussetzen, bis dass die Verwaltungsgerichte über die Wirksamkeit einer Zustimmung entschieden haben (BAG vom 7. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06, NZA 2007, Seite 617).

Eine Aussetzung des Kündigungsschutzprozesses nach § 148 ZPO verzögert das arbeitsgerichtliche Verfahren in der Regel erheblich. Daher kann, trotz Vorrangs einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung, das Arbeitsgericht von einer Aussetzung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens absehen, wenn es erhebliche Hinweise gibt, dass das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Aussicht auf Erfolg hat (LAG Köln vom 13. März 1999 – 13 Sa 1548/98, ZB 2001, Seite 8).

Der schwerbehinderte Arbeitnehmer wird dadurch nicht rechtlos gestellt, denn er hat einen Anspruch auf Wiederaufnahme des arbeitsgerichtlichen Verfahrens gemäß § 580 Nummer 6 ZPO, wenn er wider Erwarten doch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Erfolg haben sollte (BAG vom 24. November 2005 – 2 AZR 514/04, NZA 2006, Seite 665; BAG vom 2. März 2006 – 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, Seite 636). In der Praxis wird das arbeitsgerichtliche Verfahren wegen der langen Verfahrensdauer des Verwaltungs- und des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in der Regel nicht ausgesetzt.

Das arbeitsgerichtliche Verfahren ist dann nicht auszusetzen, wenn es auf die Wirksamkeit der Zustimmung des Integrationsamtes nicht ankommt, etwa weil eine zustimmungsbedürftige Kündigung ausgesprochen wurde, ohne dass die vorherige Zustimmung eingeholt worden ist oder weil das Arbeitsgericht die Kündigung wegen fehlender sozialer Rechtfertigung im Sinn von § 1 KSchG ohnehin für unwirksam erachtet (vergleiche Hessisches LAG vom 12. November 1993 – 15 Ta 346/93, ZB 2/95; LAG Köln vom 3. Februar 1997 – 5 Ta 30/97, LAGE § 148 ZPO Nummer 31).


Sowohl nach Erteilung der Zustimmung durch das Integrationsamt als auch bei Fehlen einer solchen Zustimmung kann sich der schwerbehinderte Arbeitnehmer auch darauf berufen, dass die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt im Sinn von § 1 KSchG sei. Auch in diesem Fall muss der schwerbehinderte Arbeitnehmer binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung Feststellungsklage zum Arbeitsgericht erheben (§ 4 KSchG). Wird dem Arbeitnehmer der Bescheid des Integrationsamtes erst nach Zugang der Kündigung zugestellt, läuft die Dreiwochenfrist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage gemäß § 4 Satz 4 KSchG erst von der Zustellung des Bescheides an (BAG vom 17. Februar 1982 – 7 AZR 846/79, EzA § 15 SchwbG Nummer 1).

Der schwerbehinderte Arbeitnehmer muss die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG auch dann einhalten, wenn er gleichzeitig die Zustimmung des Integrationsamtes im Verwaltungsrechtsweg angreift. Zu beachten ist, dass ein vom schwerbehinderten Arbeitnehmer gegen die Zustimmung eingelegter Widerspruch beziehungsweise eine Klage vor dem Verwaltungsgericht die dreiwöchige Klagefrist nicht hinausschiebt. Versäumt der Arbeitnehmer die Dreiwochenfrist, so gilt die Kündigung gemäß § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam, wenn sie nicht aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist. In diesem Fall entfällt für den eingelegten Widerspruch gegen die Zustimmung des Integrationsamtes das Rechtschutzbedürfnis. Der Widerspruch wird als unzulässig zurückgewiesen.

**Aussetzung der Kündigungsschutzklage**

**Wiederaufnahme des Verfahrens**

**Dreiwochenfrist**



Im Hinblick auf die schwierigen Verfahrensfragen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens sowie der Problematik der Dreiwochenfrist ist dem schwerbehinderten Arbeitnehmer dringend zu raten, sich spätestens nach Zugang einer Kündigung arbeitsrechtlich beraten zu lassen.

## 6. Besondere Tatbestände

### 6.1 Unkenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung

Häufig hat der Arbeitgeber keine Kenntnis von einer Schwerbehinderung des Arbeitnehmers, etwa weil die Schwerbehinderung erst im Laufe des Arbeitsverhältnisses eingetreten ist und der Arbeitnehmer dies dem Arbeitgeber nicht mitgeteilt hatte. Hierzu besteht nach der Rechtsprechung des BAG auch keine Verpflichtung des Arbeitnehmers (BAG vom 13. Februar 2008 – 2 AZR 864/06, NZA 2008, Seite 1055 = br 2008, Seite 176).

Hat der Arbeitgeber die Kündigung in Unkenntnis der bereits getroffenen oder beantragten Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft oder Gleichstellung des Arbeitnehmers ausgesprochen, muss allerdings der schwerbehinderte Arbeitnehmer innerhalb einer angemessenen Frist nach Zugang der Kündigung gegenüber dem Arbeitgeber seine bereits festgestellte oder beantragte Schwerbehinderteneigenschaft oder Gleichstellung geltend machen. Das Erfordernis der Geltendmachung des Sonderkündigungsschutzes ist unter dem Gesichtspunkt einer ansonsten eintretenden Verwirkung zu sehen (BAG vom 12. Januar 2006 – 2 AZR 539/05, NZA 2006, Seite 1035; BAG vom 1. März 2007 – 2 AZR 650/05, DB 2007, Seite 1540). Eine zeitliche Begrenzung der Geltendmachung des besonderen Kündigungsschutzes durch den Arbeitnehmer ist im Übrigen nur in den Fällen erforderlich, in denen ein Schutzbedürfnis auf Seiten des Arbeitgebers anzuerkennen ist. Ein solches Schutzbedürfnis ist etwa zu verneinen, wenn die Schwerbehinderung für den Arbeitgeber offensichtlich ist, zum Beispiel bei Taubheit oder Blindheit des Arbeitnehmers, und er deshalb auch ohne Kenntnis, ob der Arbeitnehmer einen Feststellungsantrag bei den für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten gestellt hat, vorsorglich die Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt beantragen kann (BAG vom 20. Januar 2005 – 2 AZR 675/05, NZA 2005, Seite 689; BAG vom 13. Februar 2008 – 2 AZR 864/06, NZA 2008, Seite 1055 = br 2008, Seite 176).

Die ältere Rechtsprechung des BAG sah eine Frist von einem Monat nach Zugang der ohne Zustimmung nach den §§ 85 ff. SGB IX ausgesprochenen Kündigung als angemessen an. Mit der neueren Rechtsprechung des BAG ist aber davon auszugehen, dass nach der Neufassung des § 4 KSchG der schwerbehinderte Arbeitnehmer bei Unkenntnis des Arbeitgebers seine Schwerbehinderteneigenschaft beziehungsweise seine Gleichstellung oder eine entsprechende rechtzeitige Antragstellung binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung dem Arbeitgeber mitteilen muss, wenn er den Sonderkündigungsschutz nicht verlieren will (BAG vom 12. Januar 2006 – 2 AZR 539/05, NZA 2006, Seite 1036; BAG vom 1. März 2007 – 2 AZR 650/05,; BAG vom 6. September 2005 – 2 AZR 324/06, NZA 2008, Seite 407; BAG vom 13. Februar 2008 – 2 AZR 864/06, NZA 2008, Seite 1055 = br 2008, Seite 176).

Dabei können folgende Fallgestaltungen auftreten:

- Der Arbeitnehmer ist schwerbehindert beziehungsweise im Sinne des § 68 Absätze 2 und 3 SGB IX gleichgestellt, die Schwerbehinderteneigenschaft beziehungsweise Gleichstellung ist vor Zugang der Kündigung festgestellt, der Arbeitgeber weiß dies aber nicht,

Schwerbehinderteneigenschaft geltend machen

Fristen zur Geltendmachung

## Kündigung nichtig

- kündigt der Arbeitgeber, muss der Arbeitnehmer binnen der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG Kündigungsschutzklage erheben und binnen dieser drei Wochen nach Zugang der Kündigung dem Arbeitgeber seine Schwerbehinderung mitteilen sowie sich auf den Sonderkündigungsschutz des SGB IX berufen, damit dieser erhalten bleibt. Die ohne vorherige Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochene Kündigung des Arbeitgebers ist nichtig (§§ 85 SGB IX, 134 BGB); der Kündigungsschutzklage ist stattzugeben, falls der Arbeitgeber die Kündigung nicht zurücknimmt.

Auch die Regelung des § 90 Absatz 2a SGB IX, wonach der besondere Kündigungsschutz keine Anwendung findet, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist, steht dem Ergebnis nicht entgegen. Die Formulierung „nachgewiesen“ verlangt keine Mitteilung des Feststellungs- beziehungsweise Gleichstellungsbescheides an den Arbeitgeber (BAG vom 13. Februar 2008 – 2 AZR 864/06, NZA 2008, Seite 1055 = br 2008, Seite 176; BAG vom 9. Juni 2011 – 2 AZR 703/09, br 2011, Seite 209).

- Der Arbeitnehmer stellt erst nach Zugang der Kündigung einen Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft und wird rückwirkend als schwerbehindert anerkannt,

- ein Kündigungsschutz besteht in dieser Fallgestaltung nicht (BAG vom 11. Mai 2000 – 2 AZR 276/99, NZA 2000, Seite 1106; BAG vom 24. November 2005 – 2 AZR 514/04, NZA 2006, Seite 665; BAG vom 9. Juni 2011 – 2 AZR 703/09, NZA-RR 2011, Seite 516 = br 2011, Seite 209).

## Prüfung der Sozialwidrigkeit

Den Interessen des schwerbehinderten Arbeitnehmers wird dadurch Rechnung getragen, dass das Arbeitsgericht die Schwerbehinderteneigenschaft bei der Interessenabwägung im Rahmen des § 1 KSchG beziehungsweise § 626 BGB sowie auch bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit nach § 1 Absatz 3 Seite 1 KSchG berücksichtigt (BAG vom 20. Januar 2000 – 2 AZR 378/99, NZA 2000, Seite 768).

- Der Arbeitnehmer hat fristgerecht nach § 90 Absatz 2a SGB IX spätestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung einen Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft gestellt; die Schwerbehinderteneigenschaft wird rückwirkend anerkannt und der Arbeitnehmer hat gegen die ohne Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochene Kündigung des Arbeitgebers fristgerecht binnen drei Wochen Kündigungsschutzklage zum Arbeitsgericht erhoben,

- in dieser Fallgestaltung kommt eine Aussetzung des Kündigungsschutzprozesses bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Anerkennungsantrag durch die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten gemäß § 148 ZPO in Betracht.

## Anerkennungsverfahren

Wird dann durch die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten rückwirkend zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers festgestellt, ist die Kündigung wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamtes unwirksam; der Kündigungsschutzklage ist in diesem Fall stattzugeben.

Wird die Schwerbehinderteneigenschaft nicht oder nicht rückwirkend bis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung festgestellt, ist der Kündigungsschutzprozess fortzusetzen.

- Der Arbeitnehmer hat mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung einen Antrag auf Gleichstellung gestellt und wird rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung (§ 68 Absatz 2 Satz 2 SGB IX) gleichgestellt,
  - in dieser Fallgestaltung besteht Sonderkündigungsschutz wie in der vorstehenden Fallgestaltung, sofern der Antrag auf Gleichstellung mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt worden ist (§ 90 Absatz 2a SGB IX) und die Gleichstellung rückwirkend auf den Zeitpunkt des Antragseingangs bei der Bundesagentur für Arbeit festgestellt wird (§ 68 Absatz 2 Satz 2 SGB IX). Nach der Rechtsprechung des BAG gilt § 90 Absatz 2a SGB IX auch für gleichgestellte Arbeitnehmer (BAG vom 1. März 2007 – 2 AZR 217/06, NZA 2008, Seite 302).

## 6.2 Änderungskündigung

Eine Änderungskündigung ist dann gegeben, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt und dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet (§ 2 KSchG). Der Arbeitgeber ist außerhalb seines Direktionsrechtes nicht berechtigt, den Inhalt des Arbeitsvertrages einseitig zu ändern; er muss also im Allgemeinen kündigen und die Fortsetzung des Arbeitsvertrages zu den von ihm gewünschten Bedingungen anbieten, wenn sich der schwerbehinderte Mensch nicht mit den angestrebten Arbeitsbedingungen einverstanden erklärt und der Arbeitgeber eine Änderung der Arbeitsbedingungen nicht mit dem ihm zustehenden Direktionsrecht erreichen kann. Da die Änderungskündigung eine echte Kündigung ist, bedarf sie wie die Beendigungskündigung, die zur Entlassung eines schwerbehinderten Menschen führt, der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes (§ 85 SGB IX). Die Änderungskündigung kann unter Einhaltung der bestehenden Kündigungsfristen als ordentliche Kündigung erfolgen; sie kann auch ausnahmsweise aus wichtigem Grund als außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden.

In dem Zustimmungsverfahren zu einer Änderungskündigung prüft das Integrationsamt zunächst, ob die Zustimmung nach § 89 Absatz 2 SGB IX zu erteilen ist. Nach dieser Vorschrift soll die Zustimmung erteilt werden, wenn dem schwerbehinderten Menschen ein anderer angemessener und zumutbarer Arbeitsplatz gesichert ist. In diesem Fall muss das Integrationsamt die Zustimmung regelmäßig erteilen und darf sie nur ausnahmsweise – beim Vorliegen besonderer Umstände, die eine Entscheidung zugunsten des schwerbehinderten Menschen rechtfertigen – versagen (OVG Münster vom 23. Mai 1984 – 8 A 130/83).

Diese Vorschrift ist gerade bei Änderungskündigungen von Bedeutung. Denn der „andere Arbeitsplatz“ kann auch der bisherige Arbeitsplatz – nur zu geänderten Bedingungen – oder ein anderer Arbeitsplatz desselben Arbeitgebers sein (OVG Münster vom 5. April 1989 – 13 A 31/88).

Vorläufiger  
Kündigungsschutz

Erfordernis der  
Zustimmung

„Anderer  
Arbeitsplatz“

## Unterstützungsmöglichkeiten

Die Angemessenheit des anderen Arbeitsplatzes beurteilt sich nach der Art der Beschäftigung, dem Verhältnis des Arbeitsentgelts zur ausgeübten Tätigkeit und den sonstigen Arbeitsbedingungen. Die Zumutbarkeit stellt auf alle Umstände ab, die mit dem neuen Arbeitsplatz im weiteren Sinne zusammenhängen (OVG Rheinland-Pfalz vom 13. Dezember 1996 -12 A 10457/96, ZB 3/99 (ZB Info)). Wenn die Voraussetzungen des § 89 Absatz 2 SGB IX nicht vorliegen, wird die Entscheidung aufgrund des dem Integrationsamt zustehenden pflichtgemäßen Ermessens getroffen. Dies kann bedeuten, dass bei Abwägung aller Umstände dem Antrag auch dann entsprochen wird, wenn der Arbeitsplatz nicht angemessen und zumutbar ist, die einzige Alternative hierzu jedoch eine Beendigungskündigung wäre. Bei der Interessenabwägung ist auch zu berücksichtigen, ob der Arbeitgeber die Prävention nach § 84 Absätze 1 und 2 SGB IX durchgeführt hat oder nicht.

Bei einem beabsichtigten Arbeitsplatzwechsel sollte der Arbeitgeber schon im Vorfeld mit dem Betriebsrat/Personalrat beziehungsweise der Schwerbehindertenvertretung zu klären versuchen, ob der bisherige Arbeitsplatz durch technische und organisatorische Maßnahmen und gegebenenfalls durch behinderungsgerechte Umgestaltung für den schwerbehinderten Mitarbeiter erhalten oder ob jedenfalls ein gleichwertiger anderer Arbeitsplatz gefunden werden kann. Dabei können auch das Integrationsamt und seine Fachdienste eingeschaltet werden.

## Kündigungsgründe

### 6.3 Außerordentliche Kündigung

Abweichend vom Regelfall der ordentlichen Kündigung besteht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ausnahmsweise die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis außerordentlich zu kündigen. Nach dem Gesetz werden als wichtiger Grund Tatsachen angesehen, aufgrund derer dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 626 BGB).

## Fristen

Im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung gelten für die außerordentliche Kündigung keine Kündigungsfristen, auch nicht die Mindestkündigungsfrist nach § 86 SGB IX. Der Regelfall der außerordentlichen Kündigung ist die fristlose Kündigung, durch die das Arbeitsverhältnis sofort beendet werden soll. Die Wirkung tritt mit dem Zugang der Kündigungserklärung ein, wenn sie durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt ist. Abweichend davon kann der Arbeitgeber aber erklären, dass das Arbeitsverhältnis erst nach Ablauf einer sozialen Auslaufzeit beendet werden soll (vergleiche Küttner, Personalbuch 2014, Abschnitt 257, Randzeichen 7).

#### 6.3.1 Besonderheiten des Kündigungsschutzverfahrens

Auch für die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen gilt gemäß § 91 SGB IX das Erfordernis der vorherigen Zustimmung durch das Integrationsamt. Das Kündigungsschutzverfahren richtet sich weitgehend nach den Vorschriften über die ordentliche Kündigung. Es gibt jedoch einige wichtige Besonderheiten:

## Zweiwochenfrist des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann die Zustimmung zur Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen beantragen (§ 91 Absatz 2 SGB IX). Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen



Kenntnis erlangt. Dabei kommt es auf die Kenntnis der Person beim Arbeitgeber an, der im konkreten Fall das Recht zur Kündigung zusteht. Zu den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen im Sinne dieser Vorschrift gehört auch die Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft oder von dem Antrag auf Anerkennung als schwerbehinderter Mensch.

Dem Interesse der Beteiligten (Arbeitgeber und schwerbehinderter Mensch) an einer raschen Klärung der Rechtslage bei der außerordentlichen Kündigung wird dadurch Rechnung getragen, dass das Integrationsamt die Entscheidung innerhalb von zwei Wochen vom Tage des Eingangs des Antrages auf Zustimmung zur Kündigung an zu treffen hat (§ 91 Absatz 3 Satz 1 SGB IX). Wird innerhalb der Zweiwochenfrist eine Entscheidung nicht getroffen, gilt die Zustimmung als erteilt (Fiktion der Zustimmung – § 91 Absatz 3 Satz 2 SGB IX). Die Einlegung eines Rechtsmittels ist dadurch nicht ausgeschlossen (BVerwG vom 10. September 1992 – 5 C 39/88, BVerwGE 91, Seite 7).

Zur Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 91 Absatz 3 Satz 1 SGB IX genügt es, dass das Integrationsamt spätestens am letzten Tag der Zweiwochenfrist die Entscheidung getroffen hat. Die Entscheidung des Integrationsamtes ist „getroffen“, wenn der behördeninterne Entscheidungsvorgang abgeschlossen ist (BAG vom 9. Februar 1994 – 2 AZR 720/93, NZA 1994, Seite 1030, ZB 4/95 (ZB Info); BAG vom 12. Mai 2005 – 2 AZR 159/04, NZA 2005, Seite 1173). Die Zustimmungsentscheidung muss darüber hinaus innerhalb der Zweiwochenfrist dem Arbeitgeber mündlich oder fernmündlich bekannt gegeben worden sein, wobei die Entscheidung zum Zeitpunkt ihrer Bekanntgabe noch nicht in schriftlicher Form vorliegen muss (BAG vom 12. Mai 2005 – 2 AZR 159/04, NZA 2005, Seite 1173). Sie braucht darüber hinaus dem Arbeitgeber noch nicht innerhalb dieses ohnehin knapp bemessenen Zeitraumes zugestellt worden sein (BAG vom 9. September 1994 – 2 AZR 720/93, NZA 1994, Seite 1030).

Anders als bei einer ordentlichen Kündigung bedarf es der Zustellung der schriftlichen Entscheidung des Integrationsamtes vor dem Zugang der Kündigungserklärung nicht. § 91 SGB IX enthält eine von § 88 SGB IX abweichende, spezielle Regelung (BAG vom 12. Mai 2005 – 2 AZR 159/04, NZA 2005, Seite 1173). Im Fall einer Ablehnung des Antrages teilt das Integrationsamt dem Arbeitgeber und möglichst auch dem schwerbehinderten Arbeitnehmer die Entscheidung noch innerhalb der Zweiwochenfrist vorab fernmündlich oder in sonstiger Weise mit.

Bei einer zustimmenden Entscheidung ist der Arbeitgeber nach einer solchen Information bereits berechtigt, die außerordentliche Kündigung auszusprechen. Er muss die Zustellung des Bescheides nicht abwarten.

### **6.3.2 Zusammenhang zwischen Kündigungsgrund und Behinderung**

Wie bei der beabsichtigten ordentlichen Kündigung ist auch bei der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung wesentlicher Teil des Zustimmungsverfahrens die Feststellung des Sachverhaltes. Steht nach dem Ermittlungsergebnis ohne Zweifel fest, dass ein Kündigungsgrund nicht vorliegt, kann dem Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung nicht entsprochen werden.

**Zweiwochenfrist für die Entscheidung**

**Fiktion**

**Zustellung**

### „atypischer Fall“

Bei der Sachverhaltsermittlung ist die Frage des Zusammenhangs zwischen Kündigungsgrund und festgestellter Behinderung von erheblicher Bedeutung. Gemäß § 91 Absatz 4 SGB IX soll das Integrationsamt die Zustimmung erteilen, wenn die Kündigung aus einem Grunde erfolgt, der nicht im Zusammenhang mit der Behinderung steht. Sein Ermessen ist also in diesem Fall stark eingeschränkt. Es muss bei fehlendem Zusammenhang in aller Regel die Zustimmung erteilen. Nur wenn vom Normalfall abweichende Umstände vorliegen, also ein sogenannter „atypischer Fall“, kann die Zustimmung im Einzelfall versagt werden (VGH Mannheim vom 24. November 2005 – 9 S 2178/05, NZA-RR 2006, Seite 183). Ein derartiger „atypischer Fall“ liegt vor, wenn die außerordentliche Kündigung dem schwerbehinderten Arbeitnehmer, im Vergleich zu den der Gruppe der schwerbehinderten Arbeitnehmer im Falle außerordentlicher Kündigung allgemein zugemuteten Belastungen, ein Sonderopfer abverlangt (BVerwG vom 2. Juli 1992 – 5 C 39/90, BVerwGE 90, Seite 275; OVG Münster vom 26. März 2008 – 12 A 2914/07). Hierfür reichen allgemeine Schwierigkeiten bei der Arbeitsplatzsuche, fortgeschrittenes Alter und langjährige Beschäftigung beim gleichen Arbeitgeber nicht aus. Eine solche Ausnahmesituation kann nur bei einer besonders schwierigen Vermittlungssituation für den schwerbehinderten Arbeitnehmer angenommen werden.

„Im Zusammenhang mit der Behinderung“ stehen die Gründe der Kündigung dann, wenn sich das Verhalten des schwerbehinderten Menschen aus der Behinderung ergibt und der Zusammenhang nicht nur ein entfernter ist. Auch ein mittelbarer Zusammenhang genügt, zum Beispiel Beschaffungskriminalität bei einem suchtkranken Arbeitnehmer (OVG Münster vom 23. Mai 2000 – 22 A 3145/98, NZA-RR 2000, Seite 587, br 2000, Seite 176; vgl. zum Zusammenhang mit der Behinderung auch OVG Münster vom 27. Juni 2011 – 12 A 705/10, br 2011, 212). Für einen Zusammenhang zwischen der Behinderung und dem Kündigungsgrund ist erforderlich, dass die jeweilige Behinderung unmittelbar oder mittelbar zu Defiziten in der Einsichtsfähigkeit und/oder Verhaltenssteuerung des schwerbehinderten Arbeitnehmers geführt hat, denen behinderungsbedingt nicht entgegengewirkt werden konnte, und dass das einer Kündigung aus wichtigem Grund zugrunde liegende Verhalten des schwerbehinderten Arbeitnehmers gerade auf diese behinderungsbedingte, mangelhafte Verhaltenssteuerung zurückzuführen ist (OVG Münster vom 22. Januar 2009 – 12 A 2094/08, br 2010, 73).

### „Wichtiger Grund“

Besteht kein Zusammenhang zwischen der festgestellten Behinderung und dem Kündigungsgrund darf das Integrationsamt nicht die Prüfung vornehmen, ob der festgestellte Kündigungsgrund ein „wichtiger Grund“ im Sinne des § 626 BGB ist, weil dies über den Schutzzweck des SGB IX hinausgeht (BVerwG vom 2. Juli 1992 – 5 C 39.90, BVerwGE 90, Seite 275 = br 1992, Seite 165; VGH Mannheim vom 24. November 2005 – 9 S 2178/05, NZA-RR 2006, Seite 183; OVG Münster vom 22. Januar 2009 – 12 A 2094/08, br 2010, 73). Hierüber haben allein die Arbeitsgerichte zu entscheiden.

Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn die vom Arbeitgeber herangezogenen Gründe eine außerordentliche Kündigung offensichtlich nicht rechtfertigen. Dabei kann eine offensichtliche Unwirksamkeit der Kündigung nur angenommen werden, wenn sie ohne jeden vernünftigen Zweifel und ohne Beweiserhebung offen zutage liegt und sich jedem Kündigenden geradezu aufdrängt (OVG Münster vom 8. März 1996 – 24 A 3340/93, ZB 4/96; OVG Münster vom 22. Januar 2009 – 12 A 2094/08, br 2010, 73, VGH Mannheim vom 24. November 2005 – 9

S 2178/05, NZA-RR 2006, Seite 183;). Grundsätzlich soll es bei fehlendem Zusammenhang mit der Behinderung nicht Aufgabe des Integrationsamtes sein, komplexe und streitige Sachverhalte durch langwierige Beweiserhebungen (Zeugenvernehmung, Einholung von Gutachten) aufzuklären. Ist die außerordentliche Kündigung aber offensichtlich unwirksam, ist eine Abweichung von der Soll-Vorschrift des § 91 Absatz 4 SGB IX sachlich gerechtfertigt und auch geboten.

Das Ermessen des Integrationsamtes ist dagegen nicht eingeschränkt, wenn es einen Zusammenhang zwischen Kündigung und Behinderung feststellt oder jedenfalls nicht ausschließen kann. In diesem Fall hat es bei der beantragten Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung alle Umstände zu ermitteln, die für die Frage von Bedeutung sind, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Menschen zumutbar ist oder nicht (OVG Münster vom 20. April 2009 – 12 A 2431/08). Was entsprechend dem Schutzzweck des SGB IX bei einem Zusammenhang mit der Behinderung als ausreichender Grund für die Zustimmung zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung anzusehen ist, lässt sich nur aufgrund des Einzelfalles beurteilen. Es reicht jedoch nicht jedes als Kündigungsgrund geltend gemachte Verhalten des schwerbehinderten Arbeitnehmers aus, um die Zumutbarkeitsgrenze für den Arbeitgeber, an die in derartigen Fällen besonders hohe Anforderungen zu stellen sind, zu überschreiten (OVG Münster vom 20. April 2009 – 12 A 2431/08).

In der Regel bilden verhaltensbedingte Vorkommnisse den Anlass für eine außerordentliche Kündigung. Der Kündigungssachverhalt ist dabei häufig erst das letzte Glied in einer Reihe von Vorfällen. Ein einmaliges Fehlverhalten des schwerbehinderten Arbeitnehmers bei bisher nicht beanstandetem Verhalten kann nur ausnahmsweise eine Entlassung begründen und auch nur, wenn es besonders schwerwiegend ist.

Die außerordentliche Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen setzt grundsätzlich voraus, dass der Arbeitnehmer rechtswidrig und schuldhaft seine vertraglichen Pflichten verletzt hat oder es sich um ein – trotz Abmahnung des Arbeitgebers – fortgesetztes pflichtwidriges Verhalten handelt. In Betracht kommt etwa die beharrliche Verweigerung zumutbarer Arbeit, Diebstahl – auch geringwertiger Sachen – sowie Tätlichkeiten gegenüber Arbeitskollegen.

Gerade bei verhaltensbedingten Gründen ist es notwendig, dass gemäß der gesetzlichen Regelung in § 84 Absatz 1 SGB IX die Schwerbehindertenvertretung und die in § 93 SGB IX genannten Vertretungen frühzeitig eingeschaltet werden, um es erst gar nicht zu einem außerordentlichen Kündigungsverfahren kommen zu lassen. Gemäß § 84 Absatz 1 SGB IX (Prävention) schaltet der Arbeitgeber bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung und die in § 93 SGB IX genannten Vertretungen sowie das Integrationsamt ein, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.

## Freies Ermessen

## Verhaltensbedingte Gründe

## Betriebsbedingte Gründe

§ 84 Absatz 1 SGB IX ist als Präventionsvorschrift grundsätzlich auch im Zustimmungsverfahren bei der außerordentlichen Kündigung anwendbar. Häufig kommt es deshalb zur außerordentlichen Kündigung, weil ein Zustand erst durch länger andauerndes Verhalten unzumutbar wird, sodass durchaus im Vorfeld einer außerordentlichen Kündigung eingegriffen werden kann, bevor die Schwierigkeiten so eskalieren, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist und damit im Sinne des § 626 BGB unzumutbar wird. Insofern hat das Integrationsamt im Rahmen seiner pflichtgemäßen Ermessensausübung durchaus mitzuberücksichtigen, ob der Arbeitgeber arbeitsplatzerhaltende Präventionsmaßnahmen gemäß § 84 Absatz 1 SGB IX durchgeführt hat, was wegen des auch bei einer außerordentlichen Kündigung geltenden Ultima-Ratio-Prinzips auch zur Verweigerung der Zustimmung durch das Integrationsamt führen kann.

Das BAG hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass § 84 Absatz 1 SGB IX eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist und zur Feststellung der Umstände dient, aufgrund derer eine Kündigung durch andere, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrende Maßnahmen vermieden werden kann (BAG vom 28. Juni 2007 – 6 AZR 750/06, NZA 2007, Seite 1049). Auch bei der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung muss das Integrationsamt im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens die Interessen des schwerbehinderten Arbeitnehmers und die betrieblichen Interessen gegeneinander abwägen (BAG vom 7. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06, NZA 2007, Seite 617 mit weiteren Nachweisen), sofern zwischen der festgestellten Behinderung und dem Kündigungsgrund ein Zusammenhang besteht.

Da nach der Rechtsprechung des BAG „Schwierigkeiten“ im Sinne von § 84 Absatz 1 SGB IX nur dann angenommen werden können, wenn es sich um Unzuträglichkeiten handelt, die noch nicht den Charakter von Kündigungsgründen aufweisen (BAG vom 7. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06, NZA 2007, Seite 617), ist eine Prävention gemäß § 84 Absatz 1 SGB IX dann nicht mehr geboten, wenn Kündigungsgründe vorliegen, die den Arbeitgeber ohne vorherige Abmahnung zur außerordentlichen Kündigung berechtigen. In diesem Fall kann ein unterbliebenes Präventionsverfahren nach § 84 Absatz 1 SGB IX nicht zu Lasten des Arbeitgebers gehen.

Nur ganz ausnahmsweise kann eine außerordentliche Kündigung auch aus betriebsbedingten Gründen erfolgen. Die außerordentliche Kündigung aus betriebsbedingten Gründen setzt voraus, dass der Arbeitsplatz weggefallen ist und der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch unter Einsatz aller zumutbaren Mittel – bis hin zur Umorganisation seines Betriebes – nicht weiterbeschäftigen kann (BAG vom 5. Februar 1998 – 2 AZR 227/97, NZA 1998, Seite 771). Dies kann auch der Fall sein, wenn der Betrieb wesentlich eingeschränkt oder stillgelegt werden soll und die betroffenen Arbeitnehmer nach dem Tarifvertrag unkündbar sind, das heißt, die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist. In diesen Fällen muss aber die für die ordentliche Kündigung geltende längstmögliche Kündigungsfrist eingehalten werden.

Grundsätzlich kann auch bei Krankheit unter Umständen eine personenbedingte außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden. Das gilt jedoch nur ausnahmsweise und vor allem bei lang anhaltender Krankheit oder wiederholten

Erkrankungen, insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer ordentlich unkündbar ist und das Arbeitsverhältnis auf Dauer durch die Erkrankung erheblich gestört ist. Gerade hier ist aber die besondere Situation des schwerbehinderten Menschen zu berücksichtigen, sodass zu prüfen ist, ob nach der Gesundheitsprognose im Kündigungszeitpunkt in unzumutbarem Umfang mit weiterem krankheitsbedingtem Ausfall zu rechnen ist (BAG vom 13. Mai 2004 – 2 AZR 36/04, NZA 2004, Seite 1271). Auch finden die Präventionsvorschriften des § 84 Absatz 1 und Absatz 2 SGB IX Anwendung. Sowohl bei der Prävention nach § 84 Absatz 1 SGB IX als auch bei dem in § 84 Absatz 2 SGB IX gesetzlich vorgeschriebenen „betrieblichen Eingliederungsmanagement“ (BEM) handelt es sich um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (BAG vom 28. Juni 2007 – 6 AZR 750/06, NZA 2007, Seite 1049), der grundsätzlich auch bei der außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung zu beachten ist.

Schließlich ist noch die Bestimmung des § 91 Absatz 6 SGB IX zu erwähnen, die allerdings nur eine geringe praktische Bedeutung hat. Danach sind schwerbehinderte Arbeitnehmer, denen lediglich aus Anlass eines Streiks oder einer Aussperrung fristlos gekündigt worden ist, nach Beendigung des Streiks oder der Aussperrung wieder einzustellen. Die Vorschrift setzt ein entsprechendes Kündigungsrecht des Arbeitgebers voraus, das nach der heutigen Rechtsprechung nur noch bei rechtswidrigem Streik besteht (BAG vom 17. Dezember 1976 – 1 AZR 605/75, EzA Artikel 9 GG Arbeitskampf Nummer 19).

### **6.3.3 Außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist**

§ 91 SGB IX unterscheidet nicht zwischen einer außerordentlichen Kündigung mit oder ohne soziale Auslauffrist. Die außerordentliche Kündigung wird vom Arbeitgeber in der Regel fristlos ausgesprochen, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann (§ 626 Abs. 1 BGB). Ansonsten verlangt das Arbeitsrecht von ihm die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Aufgrund tarifvertraglicher Regelung (Alter, Betriebszugehörigkeit) kann die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung jedoch ausgeschlossen sein.

Da das Arbeitsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist, muss es nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen unter bestimmten Voraussetzungen dennoch aufgelöst werden können. Dies führt zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist. Die Frist entspricht der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitsvertrages. Da der betroffene Arbeitnehmer jedoch nicht mehr ordentlich kündbar ist, also bereits einen erhöhten Arbeitsplatzschutz hat, ist auch die außerordentliche Kündigung nur unter gesteigerten Anforderungen möglich (BAG vom 10.05.2007 – 2 AZR 626/05).

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Antrag beim Integrationsamt auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist ebenfalls dem § 91 SGB IX und insbesondere der Fiktionswirkung des § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX unterfällt (VG Stuttgart vom 07.02.2011 – 11 K 2352/10; VG Düsseldorf vom 10.06.2013 – 13 K 6670/12). Dies bedeutet, dass innerhalb der Zweiwochenfrist über den Antrag entschieden werden muss. Erfolgt dies nicht, gilt die Zustimmung als erteilt. Würde es sich um einen Antrag auf Zu-

**Streik, Aussperrung**

**Zweiwochenfrist**



### Vorgehensweise

stimmung zur ordentlichen Kündigung handeln, würden diese Frist sowie der Eintritt der Fiktion hingegen nicht greifen und das Integrationsamt hätte ausreichend Zeit, um unter Berücksichtigung der Amtsermittlungspflicht nach § 85 SGB IX zu entscheiden.

Diese verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung wurde zuletzt landesarbeitsgerichtlich infrage gestellt (LAG Köln vom 31.10.2012 – 3 Sa 1062/11). Die Kammer erklärte eine entsprechende Kündigung mit Zustimmung durch das Integrationsamt nach § 91 Abs. 3 Satz 1 und 2 SGB IX für unwirksam. Bei einem Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit seien § 91 Abs. 3 und 4 SGB IX nicht anwendbar. An ihre Stelle träten § 88 Abs. 1 und 5 SGB IX. Heranzuziehen seien nur die den Arbeitgeber betreffenden Bestimmungen des § 91 Abs. 2 und 5 SGB IX. Die Revision wurde nicht zugelassen.

Die durch diese Einzelentscheidung bedingte unsichere Rechtsprechung lässt folgende Vorgehensweisen durch die Integrationsämter zu:

1. Das Zustimmungsverfahren wird weiterhin nach § 91 SGB IX durchgeführt, gegebenenfalls tritt gemäß § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX die Fiktion ein (Integrationsamt Bayern). Dann sollte der Arbeitgeber jedoch auf das mögliche Risiko im arbeitsgerichtlichen Verfahren hingewiesen werden.
2. Das Zustimmungsverfahren wird weiterhin nach § 91 SGB IX durchgeführt, jedoch ergeht innerhalb der Zweiwochenfrist in jedem Fall eine Entscheidung, sodass der Eintritt der Fiktion vermieden wird (Integrationsamt Köln und Münster). Eine ggf. nicht erfolgte schriftliche Begründung der Entscheidung wird im Widerspruchsverfahren nachgeholt.
3. Dem Arbeitgeber wird eine Antragsrücknahme nahegelegt, ansonsten erfolgt grundsätzlich eine Ablehnung des Antrages. Der Arbeitgeber wird aufgefordert, vor einem erneuten Antrag ein Präventions- beziehungsweise BEM-Verfahren durchzuführen beziehungsweise nachzuholen (Integrationsamt Baden-Württemberg). Dies gilt jedoch nicht, wenn ein Präventions- beziehungsweise BEM-Verfahren zuvor mit negativem Ergebnis stattgefunden hat oder wenn die Zustimmung zur Kündigung aus einem anderen unbestrittenen Grund unabweisbar erscheint.

### Darlegungslast des Arbeitgebers

Vom Integrationsamt ist die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit ebenfalls nur dann zu erteilen, wenn eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber nicht mehr zumutbar ist. Es gelten also wie im arbeitsgerichtlichen Verfahren erhöhte Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitgebers. Der zustimmende Bescheid muss deutlich zum Ausdruck bringen, dass das Integrationsamt sich der gesteigerten Anforderungen an den Arbeitgeber zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses bewusst war und diese auch geprüft hat.



### 6.3.4 Ausspruch der außerordentlichen Kündigung nach zustimmender Entscheidung

Nach § 626 Absatz 2 BGB kann der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erklären. Diese Frist würde aber wegen der erforderlichen Zustimmung des Integrationsamtes in vielen Fällen verstreichen und zur Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung führen. Deshalb bestimmt § 91 Absatz 5 SGB IX, dass die Kündigung auch nach Ablauf der Frist des § 626 Absatz 2 Satz 1 BGB erfolgen kann, wenn sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung durch das Integrationsamt erklärt wird.

„Unverzüglich erklärt“ ist die Kündigung, wenn sie ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB) nach Erteilung der Zustimmung erklärt wird, wobei § 91 Absatz 5 SGB IX vom Arbeitgeber fordert, für den unverzüglichen Zugang der Kündigungserklärung zu sorgen; die bloß unverzügliche Absendung des Kündigungsschreibens ist nicht ausreichend (BAG vom 3. Juli 1980 – 2 AZR 340/78, EzA § 18 SchwbG Nummer 3 = DB 1981, Seite 103). Die Rechtsprechung stellt an die Unverzüglichkeit des Handelns des Arbeitgebers weit strengere Anforderungen als bei vergleichbaren Bestimmungen, wie etwa § 9 Absatz 1 Satz 1 Mutterschutzgesetz (MuSchG). Schuldhaft ist ein Zögern dann, wenn das Zuwarten durch die Umstände des Einzelfalles nicht geboten ist. „Unverzüglich“ bedeutet damit weder „sofort“ noch ist damit eine starre Zeitvorgabe verbunden. Es kommt vielmehr auf eine verständige Abwägung der beiderseitigen Interessen an, wobei in der Regel zwei Tage ausreichend sind (BAG vom 21. April 2005 – 2 AZR 225/04, NZA 2005, Seite 991). Ein Zuwarten des Arbeitgebers von mehr als zwei Tagen ist zu lang (LAG Rheinland-Pfalz vom 5. Oktober 2005 – 10 TaBV 22/05, NZA-RR 2006, Seite 245).

Für die Zulässigkeit des Ausspruchs der Kündigung reicht die mündliche oder telefonische Bekanntgabe der zustimmenden Entscheidung durch das Integrationsamt aus. Einer vorherigen Zustellung dieser Entscheidung bedarf es dazu nicht (BAG vom 15. Mai 1995 – 2 AZR 43/96, NZA 1998, Seite 33; BAG vom 12. August 1999 – 2 AZR 748/98, EzA § 21 SchwbG 1986 Nummer 10, NZA 1999, Seite 1267; BAG vom 21. April 2005 – 2 AZR 255/04, NZA 2005, Seite 991 mit weiteren Nachweisen).

Der Arbeitgeber kann und muss daher die Kündigung unverzüglich erklären, wenn das Integrationsamt seine zustimmende Entscheidung „getroffen“ hat oder die Zustimmung als erteilt gilt. Im Regelfall hat der Arbeitgeber am ersten Arbeitstag nach Bekanntgabe der Zustimmung des Integrationsamtes zur außerordentlichen Kündigung oder nach Ablauf der Zweiwochenfrist des § 91 Absatz 3 Satz 2 SGB IX die außerordentliche Kündigung auszusprechen (LAG Hamm vom 9. Oktober 1987 – 17 Sa 494/87). Die Kündigung ist durch den Arbeitgeber erst erklärt, wenn sie dem schwerbehinderten Arbeitnehmer zugegangen ist; daher muss der Arbeitgeber für einen unverzüglichen Zugang der Kündigung sorgen.

Trifft das Integrationsamt innerhalb der ihm zur Verfügung stehenden Frist von zwei Wochen keine Entscheidung, gilt die Zustimmung zur Kündigung als erteilt (§ 91 Absatz 3 Satz 2 SGB IX). Auch in diesem Fall muss die Kündigung nunmehr unverzüglich erklärt werden (Ausschlussfrist). Um für den Fall, dass das Integrationsamt innerhalb der Zweiwochenfrist keine Entscheidung trifft, das Ende der

Ausspruch der Kündigung

Bekanntgabe

Ausschlussfrist

## Fallgestaltung

Zweiwochenfrist und damit den Beginn der Ausschlussfrist zum Ausschluss der Kündigung bestimmen zu können, muss sich der Arbeitgeber alsbald nach der Beantragung der Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt nach dem Tag des Eingangs seines Antrags erkundigen (BAG vom 3. Juli 1980 – 2 AZR 340/78, EzA § 18 SchwbG Nummer 3 = DB 1981, Seite 103). Ferner sollte sich der Arbeitgeber am ersten Arbeitstag nach Ablauf der Zweiwochenfrist im eigenen Interesse beim Integrationsamt erkundigen, ob es eine Entscheidung getroffen hat oder nicht.

Es können sich folgende Fallgestaltungen ergeben:

- Das Integrationsamt hat innerhalb der Frist des § 91 Absatz 3 Satz 1 SGB IX eine zustimmende Entscheidung getroffen, den Arbeitgeber mündlich über seine Entscheidung informiert, der Zustimmungsbescheid ist aber noch nicht zugestellt,
  - der Arbeitgeber muss für den unverzüglichen Zugang der Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer sorgen, darf aber die Zweiwochenfrist des § 626 Absatz 2 BGB ausschöpfen, falls die Entscheidung durch das Integrationsamt vor deren Ablauf getroffen worden ist.
- Das Integrationsamt hat innerhalb der Frist des § 91 Absatz 3 Satz 1 SGB IX eine zustimmende Entscheidung fristgerecht getroffen und dem Arbeitgeber zugestellt,
  - der Arbeitgeber muss ebenfalls unverzüglich für den Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer sorgen.
- Das Integrationsamt hat innerhalb der Frist des § 91 Absatz 3 Satz 1 SGB IX die Zustimmung verweigert,
  - in diesem Fall sollte der Arbeitgeber nach Zustellung des ablehnenden Bescheides zunächst Widerspruch und gegebenenfalls Klage beim Verwaltungsgericht erheben und noch keine außerordentliche Kündigung aussprechen.

Der Arbeitgeber kann zwar auch ohne zustimmende Entscheidung außerordentlich kündigen, handelt aber auf das Risiko hin, dass die außerordentliche Kündigung unwirksam ist, wenn nachträglich die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers festgestellt wird. Wird die Zustimmung des Integrationsamtes zur außerordentlichen Kündigung erst auf den Widerspruch des Arbeitgebers gegen den ablehnenden Bescheid des Integrationsamtes oder nach einer verwaltungsgerichtlichen Klage erteilt, so ist die Kündigung alsdann ebenfalls unverzüglich zu erklären, und zwar dann, wenn der Arbeitgeber sichere Kenntnis davon hat, dass der Widerspruchsausschuss in seinem Sinne entschieden hat (BAG vom 21. April 2005 – 2 AZR 255/04, NZA 2005, Seite 991).

Legt dagegen der schwerbehinderte Arbeitnehmer ein Rechtsmittel gegen eine zustimmende Entscheidung des Integrationsamtes ein, hat dies keine aufschiebende Wirkung (§ 88 Absatz 4 SGB IX in Verbindung mit § 91 Absatz 1 SGB IX). Der Arbeitgeber hat auch in diesem Fall für den unverzüglichen Zugang der au-

## Keine aufschiebende Wirkung

Berordentlichen Kündigung zu sorgen, sobald das Integrationsamt eine zustimmende Entscheidung getroffen hat.

Um allen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, sollte der Arbeitgeber, wenn ihm innerhalb der Zweiwochenfrist des § 91 Absatz 2 Satz 1 SGB IX kein Bescheid des Integrationsamtes förmlich zugestellt worden ist, sicherheitshalber zweimal kündigen: Einmal unverzüglich nach Ablauf der Zweiwochenfrist und ein weiteres Mal vorsorglich nach der förmlichen Zustellung eines Zustimmungsbescheides des Integrationsamtes. Damit wird der Arbeitgeber in jedem Fall den Anforderungen des § 91 Absatz 5 SGB IX gerecht, gleichgültig, welche Voraussetzungen für eine Entscheidung des Integrationsamtes im Sinne von § 91 Absatz 3 SGB IX aufgestellt werden (KR-Etzel/Gallner, § 91 SGB IX, Randzeichen. 30 b mit weiteren Nachweisen).

## 6.4 Erweiterter Beendigungsschutz

### 6.4.1 Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung bei Berufs- beziehungsweise Erwerbsunfähigkeit oder Erwerbsminderung auf Zeit

Nach § 92 SGB IX bedarf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen auch dann der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes, wenn sie im Falle des Eintritts einer teilweisen Erwerbsminderung, der Erwerbsminderung auf Zeit, der Berufsunfähigkeit oder der Erwerbsunfähigkeit auf Zeit ohne Kündigung erfolgt.

Zweck dieser Regelung ist es, das Integrationsamt auch in den Fällen zu beteiligen, in denen das Arbeitsverhältnis wegen tarifvertraglicher beziehungsweise sonstiger kollektiv- oder individualrechtlicher Regelungen ohne Kündigung endet (BAG vom 28. Juni 1995 – 7 AZR 555/94, NZA 1996, Seite 374). Die Vorschrift gilt auch für Gleichgestellte im Sinne von §§ 2 Absatz 3, 68 Absatz 2 SGB IX, aber nicht für den in § 90 SGB IX genannten Personenkreis, da nach § 90 SGB IX alle Vorschriften des zweiten Teils, Kapitel 4 des SGB IX keine Anwendung finden.

Nach § 43 Absatz 1 Satz 2 SGB VI ist teilweise erwerbsgemindert, wer wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes mindestens 6 Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Voll erwerbsgemindert sind nach § 43 Absatz 2 Satz 2 SGB VI Versicherte, die wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande sind, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.

Mit der Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit mit Inkrafttreten zum 1. Januar 2001 ist die Systematik der Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrenten völlig neu geregelt worden. Die Unterscheidung zwischen Berufs- und Erwerbsunfähigkeiten ist bei einem Rentenbeginn ab 1. Januar 2001 entfallen. Es wird nur noch eine Rente wegen teilweiser oder voller Erwerbsminderung gewährt. Die Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung bei Berufsunfähigkeit wird im Wege einer Übergangsregelung (§ 240 SGB VI) nur noch Versicherten gewährt, die vor dem 2. Januar 1961 geboren und berufsunfähig sind.

## Erfordernis der Zustimmung

## Definition „erwerbsgemindert“

Darüber hinaus werden die Erwerbsminderungsrenten (wegen teilweiser und voller Erwerbsminderung) grundsätzlich nur noch auf Zeit geleistet (§ 102 Absatz 2 Satz 1 SGB VI). Die Befristung erfolgt auf drei Jahre nach Rentenbeginn und kann wiederholt werden (§ 102 Absatz 2 Sätze 2 und 3 SGB VI). Besteht der Anspruch auf eine Erwerbsminderungsrente unabhängig von der Arbeitsmarktlage, ist also die Erwerbsfähigkeit auf unter 3 Stunden täglich herabgesunken, so wird die Rente wegen voller Erwerbsminderung nur dann unbefristet und auf Dauer gewährt, wenn es unwahrscheinlich ist, dass die Minderung der Erwerbsfähigkeit behoben werden kann; hiervon ist nach einer Gesamtdauer der Befristung von neun Jahren auszugehen (§ 102 Absatz 2 Satz 4 SGB VI).

Scheidet der schwerbehinderte Arbeitnehmer also bei Gewährung einer Erwerbsminderungsrente auf Dauer aus dem Arbeitsverhältnis aus, findet die Regelung des § 92 SGB IX keine Anwendung. Dies gilt auch, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer durch einen tarifvertraglichen Wiedereinstellungsanspruch geschützt ist (LAG Baden-Württemberg vom 16. Mai 2012 – 13 Sa 108/11).

### 6.4.2 Kenntnis des Arbeitgebers

Der Schutz des § 92 SGB IX greift auch ein, wenn der Arbeitgeber beim Eintritt der Erwerbsminderung, Berufsunfähigkeit oder Erwerbsunfähigkeit keine Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft oder Gleichstellung beziehungsweise deren rechtzeitiger Beantragung nach § 90 Absatz 2a SGB IX hatte. Dabei hat die Feststellung der teilweisen oder vollen Erwerbsminderung nicht automatisch die Schwerbehinderteneigenschaft oder die Gleichstellung zur Folge. Krankheiten, die zur Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit führen, sind nicht ohne Weiteres ausreichend, um gleichzeitig eine Schwerbehinderung zu begründen (BAG vom 16. November 1982 – 3 AZR 220/81, AP Nummer 4 zu § 62 BAT).

#### Hinweis:

*Damit der Schutz im Arbeitsverhältnis auch über § 92 SGB IX greifen kann, ist daher erwerbsgeminderten Arbeitnehmern zu raten, spätestens bei Beantragung einer Erwerbsminderungsrente auch einen Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung beim Versorgungsamt zu stellen und darüber hinaus auch einen Gleichstellungsantrag nach § 68 Absatz 2 SGB IX bei der dafür zuständigen Agentur für Arbeit, wenn nur ein geringerer GdB als 50, aber wenigstens ein GdB von 30 durch die für das Anerkennungsverfahren gemäß § 69 SGB IX zuständigen Stellen bei den Kreisen und kreisfreien Städten festgestellt wird (§ 2 Absatz 3 SGB IX).*

Dabei können sich folgende Fallgestaltungen ergeben:

- Ist die Schwerbehinderteneigenschaft oder die Gleichstellung des Arbeitnehmers zum maßgeblichen Beendigungszeitpunkt weder festgestellt noch vom Arbeitnehmer ein entsprechender Antrag auf Erteilung eines entsprechenden Bescheides gestellt worden,
  - ist die vorherige Zustimmung auch in den durch § 92 SGB IX geregelten Fällen nicht erforderlich.

■ ist die Schwerbehinderteneigenschaft oder Gleichstellung bereits festgestellt oder zumindest ein entsprechender Antrag gestellt und besteht dadurch unter Beachtung von § 90 Absatz 2a SGB IX besonderer Kündigungsschutz als schwerbehinderter Mensch,

→ so muss sich der Arbeitnehmer innerhalb einer Frist von drei Wochen, deren Lauf mit der Zustellung des Rentenbescheides beginnt, gegenüber dem Arbeitgeber auf den besonderen Kündigungsschutz berufen.

Die ältere Rechtsprechung des BAG nahm noch an, dass sich ein Arbeitnehmer innerhalb einer Regelfrist von einem Monat auf den besonderen Kündigungsschutz gegenüber seinem Arbeitgeber berufen musste, wenn er den Beendigungsschutz nach § 92 SGB IX erhalten wollte. Da nach der neueren Rechtsprechung des BAG nunmehr bei Kündigungen eine Mitteilungsfrist von drei Wochen nach Zugang der Kündigung einzuhalten ist (BAG vom 12. Januar 2006 – 2 AZR 539/05, NZA 2006, Seite 1035; BAG vom 1. März 2007 – 2 AZR 650/05, DB 2007, Seite 1540; BAG vom 6. September 2007 – 2 AZR 324/06, NZA 2008, Seite 407; BAG vom 13. Februar 2008 – 2 AZR 864/06, NZA 2008, Seite 1055 = br 2008, Seite 176; BAG vom 9. Februar 2011 – 7 AZR 221/10, NZA 2011, Seite 854), dürfte dies auch für die Mitteilungsfrist in den Fällen des § 92 SGB IX gelten.

### 6.4.3 Prüfung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten

Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung gemäß § 92 Satz 2 SGB IX bedeutet, dass für das Antragsverfahren § 87 SGB IX und für die Entscheidung des Integrationsamtes die §§ 88 bis 90 SGB IX gelten.

Das Integrationsamt hat also im Rahmen seiner Entscheidung nach § 92 SGB IX zu prüfen, ob dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Verhältnisse des Arbeitgebers und der voraussichtlichen Dauer der Erwerbsminderung, eine Offenhaltung des Arbeitsplatzes zumutbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Arbeitgeber bei einer Erwerbsminderung auf Zeit die Zeit der Erwerbsminderung überbrücken kann, zum Beispiel durch die Einstellung von Aushilfskräften oder die befristete Beschäftigung anderer Arbeitnehmer auf der Stelle des schwerbehinderten Menschen oder durch organisatorische Änderungen im Betrieb.

Bei Vorliegen von voller Erwerbsminderung auf Zeit, also einem Herabsinken der Erwerbsfähigkeit auf unter 3 Stunden täglich, ist die Zustimmung nach § 92 SGB IX ebenfalls eher zu erteilen, weil dann davon auszugehen ist, dass der schwerbehinderte Mensch keine Arbeitsleistung mehr erbringen kann. Dabei kommt es auch darauf an, wie lange die volle Erwerbsminderung dauern wird und wann mit einer Wiederherstellung der vollen oder teilweisen Leistungsfähigkeit des schwerbehinderten Menschen zu rechnen ist. Zukünftige Umstände dürfen hierbei nur dann in die Abwägung einbezogen werden, wenn ihr Eintritt mit hinreichender Sicherheit voraussehbar ist (OVG Münster vom 17. Januar 1989 – 13 A 1955/88, br 1990, Seite 138).

Zumutbarkeit

## Weiterbeschäftigung in Teilzeit

Ist mit einer Besserung der Erwerbsfähigkeit in absehbarer Zeit und mit hinreichender Sicherheit zu rechnen, kann das Interesse des schwerbehinderten Menschen an der Offenhaltung seines Arbeitsplatzes die Interessen des Arbeitgebers überwiegen, sodass die Zustimmung nicht zu erteilen ist. Das gilt vor allem auch mit Rücksicht darauf, dass eine Vermittlung eines neuen Arbeitsplatzes durch die Arbeitsagentur auf besondere Schwierigkeiten stößt, wenn eine vorübergehende Erwerbsminderung bestanden hat.

Insbesondere aber bei der Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung sind die Ansprüche des schwerbehinderten Menschen auf angemessene Beschäftigung und auf Teilzeitarbeit im Rahmen der Zustimmungsentscheidung nach § 92 SGB IX durch das Integrationsamt besonders zu berücksichtigen. Die Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung, die gewährt wird, wenn der Arbeitnehmer noch zwischen 3 und 6 Stunden unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes tätig sein kann, ist nur eine Teilrente, bei der der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Betroffene tatsächlich noch in Teilzeit erwerbstätig ist. Daher soll dem schwerbehinderten Arbeitnehmer, dem eine Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung gewährt wird, möglichst ein Teilzeitarbeitsplatz in seinem bisherigen Betrieb erhalten bleiben. Es ist auch möglich, das bisherige Vollzeitarbeitsverhältnis für die Dauer der befristeten Rente in ein Teilzeitarbeitsverhältnis zu ändern.



## 7. Anhang

### 7.1 Verweise/Fundquellen

#### Besonderer Kündigungsschutz nach dem SGB IX

Allgemeines		
■ Vorherige Zustimmung des Integrationsamtes	§§ 85, 91, 92	SGB IX
■ Mindestkündigungsfrist vier Wochen	§ 86	SGB IX
■ Antragsverfahren	§ 87 Absatz 1	SGB IX
■ Stellungnahmen Betriebsrat/Personalrat, Schwerbehindertenvertretung	§ 87 Absatz 2	SGB IX
■ Integrationsamt wirkt in jeder Lage des Verfahrens auf gütliche Einigung hin	§ 87 Absatz 3	SGB IX

Antrag auf Zustimmung zur ordentlichen Kündigung		
■ Entscheidung des Integrationsamtes innerhalb eines Monats (Sollvorschrift)	§ 88 Absatz 1	SGB IX
■ Ausspruch einer Kündigung kann nach Zustimmung des Integrationsamtes innerhalb eines Monats nach Zustellung erfolgen	§ 88 Absatz 3	SGB IX
■ Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Zustimmung haben keine aufschiebende Wirkung	§ 88 Absatz 4	SGB IX

Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung		
■ Zweiwochenfrist (Antragsfrist)	§ 91 Absatz 2	SGB IX
■ Entscheidungsfrist des Integrationsamtes bei Anträgen auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung (zwei Wochen)	§ 91 Absatz 3	SGB IX
■ Ausspruch der außerordentlichen Kündigung unverzüglich nach Zustimmung des Integrationsamtes	§ 91 Absatz 5	SGB IX

Einschränkung des Ermessens des Integrationsamtes unter bestimmten Voraussetzungen bei		
■ Auflösung von Betrieben/Dienststellen	§ 89 Absatz 1 Satz 1	SGB IX
■ nicht nur vorübergehender wesentlicher Betriebseinschränkung	§ 89 Absatz 1 Satz 2	SGB IX
■ Änderungskündigung	§ 89 Absatz 2	SGB IX
■ Insolvenzverfahren des Arbeitgebers	§ 89 Absatz 3	SGB IX
■ fehlendem Zusammenhang zwischen Kündigungsgrund und Behinderung bei außerordentlicher Kündigung	§ 91 Absatz 4	SGB IX

## Besonderer Kündigungsschutz nach dem SGB IX – Fortsetzung

Vorherige Zustimmung des Integrationsamtes bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen bei		
■ Eintritt Berufsunfähigkeit	§ 92	SGB IX
■ Eintritt Erwerbsunfähigkeit auf Zeit	§ 92	SGB IX
■ teilweiser Erwerbsminderung auf Zeit	§ 92	SGB IX
■ voller Erwerbsminderung auf Zeit	§ 92	SGB IX

Ausnahmen von der Notwendigkeit der Zustimmung durch das Integrationsamt		
■ Kündigung innerhalb von sechs Monaten seit Bestehen des Arbeitsverhältnisses	§ 90 Absatz 1 Nummer 1	SGB IX
■ Kündigung von schwerbehinderten Menschen auf bestimmten Stellen	§ 90 Absatz 1 Nummer 2	SGB IX
■ Kündigung von älteren schwerbehinderten Menschen ohne deren Einwände bei sozialer Absicherung	§ 90 Absatz 1 Nummer 3	SGB IX
■ Entlassung aus Witterungsgründen	§ 90 Absatz 2	SGB IX

<b>Besonderer Kündigungs-, Versetzungs-, Abordnungsschutz der Vertrauenspersonen</b>	§ 96 Absatz 3	SGB IX
--	---------------	--------

Allgemeiner Kündigungsschutz		
■ unabhängig von Behinderung, Prüfung, ob Kündigung sozial gerechtfertigt ist	§§ 1 – 14	KSchG
■ Prüfung durch Arbeitsgericht		

## 7.2 Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichtes
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesarbeitsgerichtes
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BB	Betriebsberater – Zeitschrift für Recht und Wirtschaft
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BPersVG	Bundespersönalvertretungsgesetz
br	Behindertenrecht, Fachzeitschrift für Fragen der Rehabilitation, Boorberg Verlag München
BSG	Bundessozialgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes
DB	Der Betrieb
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
ff.	fortfolgende
Kossens/von der Heide/Maaß	Praxiskommentar zum Behindertenrecht (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Verlag C.H. Beck, 3. Aufl. München 2009
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Luchterhand Verlag, 10. Auflage 2013
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
Küttner	Personalbuch 2014, C.H. Beck Verlag München
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Amtliche Entscheidungssammlung der Landesarbeitsgerichte
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, C.H.Beck Verlag, München
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht, C. H. Beck Verlag, München
OVG Münster	Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen
SGB III	Sozialgesetzbuch Drittes Buch (Arbeitsförderungsrecht)
SGB IX	Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (Schwerbehindertenrecht)
SGB VI	Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (Rentenrecht)
SGB X	Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (Verwaltungsverfahren)
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
VG	Verwaltungsgericht
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
vgl.	vergleiche
ZB	Zeitschrift: Behinderung und Beruf, Herausgeber: Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen (BIH) im Zusammenwirken mit der Bundesagentur für Arbeit

### 7.3 Anschriften und örtliche Zuständigkeit des Integrationsamtes Thüringen

**Anschrift:**

Thüringer Landesverwaltungsamt  
Integrationsamt  
Karl-Liebknecht-Straße 4  
98527 Suhl

Telefon: 0 36 81/73 24 00

Fax: 0 36 81/73 33 66

E-Mail: [integrationsamt@tlvwa.thueringen.de](mailto:integrationsamt@tlvwa.thueringen.de)

**Örtliche Zuständigkeit:**

Landkreise Hildburghausen, Sonneberg,  
Schmalkalden-Meiningen, Wartburgkreis,  
Ilm-Kreis, kreisfreie Städte Suhl und Eisenach

**Anschrift:**

Thüringer Landesverwaltungsamt  
Integrationsamt  
Puschkinplatz 7  
07545 Gera

Telefon: 03 65/82 23 13 07

Fax: 03 65/82 23 16 11

E-Mail: [integrationsamt.gera@tlvwa.thueringen.de](mailto:integrationsamt.gera@tlvwa.thueringen.de)

**Örtliche Zuständigkeit:**

Landkreise Greiz, Altenburger Land, Saalfeld-  
Rudolstadt, Saale-Orla-Kreis, Saale-Holzland-Kreis,  
kreisfreie Städte Gera und Jena

**Anschrift:**

Thüringer Landesverwaltungsamt  
Integrationsamt  
Weimarplatz 4  
99423 Weimar

Telefon: 03 61/37 73 67 10

Fax: 03 61/37 73 67 11

E-Mail: [integrationsamt.weimar@  
tlvwa.thueringen.de](mailto:integrationsamt.weimar@tlvwa.thueringen.de)

**Örtliche Zuständigkeit:**

Landkreise Gotha, Sömmerda, Weimarer Land,  
Nordhausen, Unstrut-Hainich-Kreis, Kyffhäuserkreis,  
Eichsfeld, kreisfreie Städte Erfurt und Weimar