

Die außerordentliche, fristlose Kündigung eines schwerbehinderten Menschen (hier: GdB 90) ist gemäß § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX (bis zum 31.12.2017: § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX) unwirksam, wenn die Schwerbehindertenvertretung nicht ordnungsgemäß beteiligt worden ist.

Arbeitsgericht Herne, Urteil vom 3. Juli 2018 - 3 Ca 294/18 -

Aus den Entscheidungsgründen:

Gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe betreffen, **unverzüglich** und umfassend zu **unterrichten** und vor einer Entscheidung anzuhören; er hat der Schwerbehindertenvertretung die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen. Gemäß Satz 3 der Vorschrift ist die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung nach Satz 1 ausspricht, unwirksam. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung besteht bei allen Kündigungen eines schwerbehinderten Menschen, auch bei einer außerordentlichen Kündigung (Rolfs, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 178 SGB IX Rz. 8). Eine Kündigung ist indes auch dann **unwirksam**, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung zwar beteiligt hat, die **Beteiligung** aber **nicht ordnungsgemäß** erfolgt ist. Denn in diesem Fall ist die Schwerbehindertenvertretung nicht gemäß Satz 1 beteiligt worden (Klein, Der Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer nach dem Bundesteilhabegesetz, NJW 2017, 852, 856). Die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung kann auch **nicht** gemäß § 178 Abs. 2 Satz 2 SGB IX nachgeholt werden, da Satz 3 der Vorschrift lediglich auf Satz 1, nicht aber auf Satz 2 verweist (Rolfs, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, a.a.O., Rz. 9).

Der Arbeitgeber ist gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung "**unverzüglich und umfassend**" zu unterrichten. Deshalb muss er die Schwerbehindertenvertretung **ohne schuldhaftes Zögern** im Sinne des § 121 Abs. 1 BGB anhören, sobald er seinen Kündigungswillen gebildet hat. Daher muss die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung am Beginn der von dem Arbeitgeber zu treffenden Maßnahmen stehen. Die Zustimmung des Integrationsamts darf erst anschließend beantragt werden (ArbG Hagen, Urteil vom 06.03.2018, Az. 5 Ca 1902/17, juris; Rolfs, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 178 SGB IX Rz. 9). Dies bedeutet, dass die Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung nach zutreffender Ansicht, der sich die erkennende Kammer vollumfänglich anschließt, nur dann unverzüglich ist, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung **vor dem Antrag auf Zustimmung** zur Kündigung an das Integrationsamt gemäß §§ 168 ff. SGB IX unterrichtet und anhört (ArbG Hagen, Urteil vom 06.03.2018, Az. 5 Ca 1902/17, a.a.O.; Esser/Isenhardt, in: Schlegel/Noelzke, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 178 SGB IX Rz. 26; Klein, a.a.O., 852, 854; Bayreuther, Der neue Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer nach § 95 II SGB IX, NZA 2017, 87, 90; a.A. Kleinbrink, DB 2017, 126, 128: gleichzeitige Anhörung genügt).

Unmittelbar aus dem Wortlaut des § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ergibt sich, dass die Unterrichtung und **Anhörung der Schwerbehindertenvertretung vor der endgültigen Entscheidung des Arbeitgebers** über die Kündigung erfolgen muss. Nach Sinn und Zweck der der zum 31.12.2016 eingefügten Regelung (bis zum 31.12.2017 als § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX) soll der Schwerbehindertenvertretung eine **Mitwirkung an der Willensbildung des Arbeitgebers** ermöglicht werden (Klein, a.a.O., 852, 854; ArbG Hagen, Urteil vom 06.03.2018, Az. 5 Ca 1902/17, a.a.O.). Während § 102 Abs. 1 BetrVG lediglich eine Anhörung des Betriebsrats "vor jeder Kündigung" verlangt, muss die Schwerbehindertenvertretung vor der Entscheidung über die Kündigung angehört werden; damit stellt der Gesetzgeber auf einen früheren Zeitpunkt ab. Daraus folgt, dass es nicht ausreichend ist, wenn die Schwerbehindertenvertretung vor dem Ausspruch der Kündigung angehört worden ist, sondern vielmehr die Unterrichtung und Anhörung bereits abgeschlossen sein muss, bevor der Antrag gemäß §§ 168 ff. SGB IX bei dem zuständigen Integrationsamt gestellt wird (Klein, a.a.O. 852, 854). Denn nur in diesem Fall kann die Schwerbehindertenvertretung tatsächlich an der Willensbildung des Arbeitgebers mitwirken. In dem Moment, in dem der Arbeitgeber den Antrag auf Zustimmung an das Integrationsamt stellt, hat er seine Willensbildung im Hinblick auf die Entscheidung zur Kündigung bereits abgeschlossen und seinen Willen nach außen manifestiert, so dass zu diesem Zeitpunkt gerade keine Mitwirkung der Schwerbehindertenvertretung mehr möglich ist. Eine gleichzeitige Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung genügt deshalb nicht (ArbG Hagen, Urteil vom 06.03.2018, Az. 5 Ca 1902/17, a.a.O.; Klein, a.a.O., 852, 854).

Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung der Beklagten vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung vom 02.02.2018 des mit einem Grad der Behinderung von 90 schwerbehinderten Klägers vorliegend nicht ordnungsgemäß erfolgt. Die Beklagte hat das Unterrichtungs- und Anhörungsschreiben an die Schwerbehindertenvertretung vorn 17.01.2018 sowie den Antrag an das Integrationsamt vom 17.01.2018 jeweils am selben Tag - nämlich am 17.01.2018 - der Schwerbehindertenvertretung sowie dem Integrationsamt zugeleitet. Die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung erfolgte deshalb gerade nicht vor der Antragstellung an das Integrationsamt und ist deshalb nicht unverzüglich im Sinne des § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Eine gleichzeitige Antragstellung bzw. Anhörung genügt - wie dargelegt - nicht.

Berufung gegen die Entscheidung ist zugelassen.

Für die Zusammenstellung:

Stuttgart, 23.08.2018

gez. Dr. Michael Karpf
Hauptschwerbehindertenvertretung
der Polizei Baden-Württemberg