

Kündigungsrecht

Ascheid / Preis / Schmidt

6., neu bearbeitete Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75687-0

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

rechtliche Mehrgleisigkeit. Dies gilt zunächst hinsichtlich der möglicherweise miteinander **konkurrierenden öffentlich-rechtlichen, kollektivrechtlichen und privatrechtlichen Verfahrenserfordernisse**. So gestattet das BAG, den Betriebsrat nach § 102 BetrVG auch schon vor der Durchführung des Zustimmungseretzungsverfahrens anzuhören (BAG 11.3.1998, RzK IV 8a Nr. 45). Ferner sind überschneidende Fragenkreise sowohl in den öffentlich-rechtlichen Kündigungsschutznormen als auch in den privatrechtlichen Kündigungsbeschränkungen (§ 1 KSchG, § 626 BGB) anzutreffen. Auf besonders intransparente Weise verwoben ist die Vorschrift des § 167 SGB IX zu Präventionsverfahren und betrieblichem Eingliederungsmanagement mit dem KSchG und dem öffentlich-rechtlichen Sonderkündigungsschutz nach Maßgabe der §§ 168 ff. SGB IX. Immerhin hat das BVerwG (29.8.2007, NJW 2008, 166) entschieden, dass die Durchführung eines Präventionsverfahrens nach § 167 SGB IX (noch zu § 84 SGB IX aF) keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes nach §§ 168 ff. SGB IX (früher §§ 85 ff. SGB IX) ist.

Bereits die öffentlich-rechtlichen präventiven Kündigungsschutzverfahren sind neben- **24**
einander einzuhalten. Ist etwa die betroffene Arbeitnehmerin schwerbehindert, schwanger und (noch) in Elternzeit, muss der Arbeitgeber alle öffentlich-rechtlichen Zustimmungsverfahren (§§ 168 ff. SGB IX, § 17 II 1 MuSchG, § 18 BEEG) bei zum Teil unterschiedlichen Behörden durchführen. Hinzu kommt das Präventionsverfahren nach § 167 I SGB IX. Dies geht so weit, dass selbst die sachlich unmittelbar miteinander verknüpften Kündigungsverbote des § 17 I MuSchG und § 18 BEEG nebeneinander bestehen, so dass der Arbeitgeber bei Vorliegen von Mutterschaft und zusätzlich Elterngeld für eine Kündigung jeweils einer gesonderten Zulässigkeitserklärung der gleichen Arbeitsschutzbehörde nach beiden Vorschriften bedarf (BAG 31.3.1993, AP MuSchG 1968 § 9 Nr. 20).

Der Aufwand für den kündigenden Arbeitgeber wird noch dadurch vergrößert, dass der **25**
öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz vorgeht und ein **doppelgleisiger Rechtsweg** besteht. Nach der Systematik der Gerichtszuständigkeit sind der behördliche Verwaltungsakt einerseits und die privatrechtliche Kündigung andererseits jeweils Gegenstand einer eigenen gerichtlichen Überprüfung. Dabei ist das arbeitsgerichtliche Urteil letztlich von dem Ergebnis des Verwaltungsgerichtsprozesses abhängig. Angesichts dessen kann es zu unzumutbar langen gerichtlichen Auseinandersetzungen um eine Kündigung kommen. Das gilt insbesondere, wenn die zuständige Behörde die Kündigung für zulässig erklärt hat, der Arbeitnehmer jedoch den Verwaltungsakt verwaltungsgerichtlich und die erklärte Kündigung des Arbeitgebers arbeitsgerichtlich angreift. Ob und inwieweit das Arbeitsgericht das Kündigungsschutzverfahren aussetzt, richtet sich nach § 148 ZPO. Es wird in aller Regel das Kündigungsschutzverfahren nicht aussetzen, wenn es die Kündigung bereits aus arbeitsrechtlichen Gründen für unwirksam hält (LAG Köln 3.2.1997, LAGE ZPO § 148 Nr. 31). Erkennt das Arbeitsgericht jedoch keine Mängel der privatrechtlichen Kündigungserklärung, ist das Arbeitsgericht praktisch gezwungen, den Kündigungsschutzrechtsstreit auszusetzen, bis über die Rechtswirksamkeit der erteilten behördlichen Zustimmung entschieden ist. Wenn und soweit die Entscheidung des Arbeitsrechtsstreits von der Wirksamkeit der behördlichen Zustimmung abhängt, hatte das Arbeitsgericht nach früherer Rechtsprechung des BAG den Rechtsstreit bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach § 148 ZPO auszusetzen (BAG 25.11.1980, AP SchwbG § 12 Nr. 7). Es hielt die Aussetzung für notwendig, da, solange die Zweigleisigkeit des Rechtsweges bei der Kündigung von Schwerbehinderten bestehe, immer mit divergierenden Entscheidungen der Arbeitsgerichte und der Verwaltungsgerichte gerechnet werden müsse. Nach neuerer Rechtsprechung des BAG (26.9.1991, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 28) steht es jedoch im **pflichtgemäßen Ermessen** des Gerichts, ob es den von einem Schwerbehinderten anhängig gemachten **Kündigungsschutzprozess gemäß § 148 ZPO aussetzt**, solange über die Anfechtung der Zustimmung des Integrationsamtes zu der Kündigung noch nicht rechtskräftig entschieden ist, wenn das Arbeitsgericht selbst die Kündigung für sozial gerechtfertigt hält. Das BAG wägt den vorrangigen Zweck der

Aussetzung, einander widersprechende Entscheidungen in parallel geführten Prozessen zu verhindern, mit dem Nachteil einer langen Verfahrensdauer ab und verweist auf den Beschleunigungsgrundsatz in Bestandsschutzstreitigkeiten (§§ 9 I, 61a und 64 VIII ArbGG). Resignativ meint das BAG, dass mit der Entscheidung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens dann wenigstens Klarheit im arbeitsrechtlichen Bereich bestehe (BAG 26.9.1991, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 28 unter Hinweis auf *Grunsky* Anm. zu AP Nr. 1 zu § 12 SchwbG). Wird nach rechtskräftiger Abweisung der Kündigungsschutzklage die Zustimmung versagt, so kann der Schwerbehinderte gemäß § 580 Nr. 6 ZPO im Wege der **Restitutionsklage** die Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils erreichen (BAG 25.11.1980, AP SchwbG § 12 Nr. 7). Dauert das verwaltungsgerichtliche Verfahren (ausnahmsweise) länger als fünf Jahre nach rechtskräftiger Abweisung der Kündigungsschutzklage, kann der Schwerbehinderte nach Auffassung des BAG auch schon vor Ablauf der Fünf-Jahres-Frist des § 586 II 2 ZPO die Wiederaufnahmeklage erheben (BAG 26.9.1991, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 28).

- 26 Die Zweigleisigkeit des Rechtsweges weckt **verfassungsrechtliche Bedenken** (LAG Köln 17.3.1992, LAGE ZPO § 148 Nr. 24; LAG Hamm 19.12.1985, LAGE GG Art. 101 Nr. 1). Die Abhängigkeit des arbeitsgerichtlichen Verfahrens von der Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren kann zu einer unangemessenen Prozessdauer führen. Die sinnvollen Vorschläge, die öffentlich-rechtlichen Kündigungsschutznormen in das Arbeitsgerichtsverfahren zu überführen, etwa in das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren, sind nicht aufgegriffen worden (hierzu *Wenzel* ZRP 1973, 290 [296 f.]; *ders.* AuR 1985, 326 [329]; Konferenz der LAG-Präsidenten ArbuR 2001, 342; *ausf. Hiebert*, Verfahrensprobleme iRd Sonderkündigungsschutzes nach §§ 85–92 SGB IX, S. 309 ff.).
- 27 **3. Abgrenzung der gerichtlichen Prüfungskompetenzen.** Die verfahrensrechtliche Konkurrenzproblematik wird dadurch verschärft, dass weithin unklar ist, wie die gerichtlichen Prüfungskompetenzen abzugrenzen sind. Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass der nur aus besonderen Schutzzwecken gewährte öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz enger ist, mithin sich die Überprüfung der **behördlichen Zustimmungsentscheidung** auf die besondere **Schutzfunktion des öffentlich-rechtlichen Kündigungsschutzes begrenzen** muss. Daher darf, und insoweit besteht noch Konsens, weder die zuständige Verwaltungsbehörde noch das Verwaltungsgericht in eine umfassende Prüfung aller persönlichen Belange des geschützten Arbeitnehmers eintreten. Ebenso ist der Behörde die umfassende Überprüfung der Wirksamkeit der Kündigung anhand sonstiger Vorschriften aus dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Recht versagt. Vielmehr überprüft die Behörde eine Kündigung nur im Rahmen der Zuständigkeit anhand des Gesetzes, dessen Anwendung ihr übertragen ist. Die Zustimmung beseitigt nur das im jeweiligen Schutzgesetz bezeichnete Kündigungshindernis und lässt andere mögliche behördliche oder privatrechtliche Zustimmungsverfahren unberührt (*Schröcker* S. 63 ff., 75).
- 28 **a) Tatbestandswirkung der behördlichen Entscheidung.** Eine behördliche Zustimmung zu einer Kündigung hat **Tatbestandswirkung**, dh die Arbeitsgerichte dürfen die materielle Richtigkeit der Zustimmungserteilung nicht erneut überprüfen (BAG 25.11.1980, AP SchwbG § 12 Nr. 7). Das gilt auch dann, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist (BAG 25.11.1980, AP SchwbG § 12 Nr. 7). Danach ist es den Gerichten für Arbeitssachen verwehrt, nachzuprüfen, ob Verwaltungsakte, die die Grundlage für die arbeitsrechtliche Betrachtung sind, rechtmäßig sind (für die Erteilung von Lehraufträgen vgl. BAG 23.6.1993, AP ZPO § 128 Nr. 10). Eine solche Bindung entfällt nur, wenn die Zustimmung als Verwaltungsakt nichtig ist. Nach § 44 VwVfG ist ein **Verwaltungsakt nichtig**, wenn er an einem besonders schweren Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist (BAG 26.9.1991, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 28). Die Arbeitsgerichte sind damit grundsätzlich verpflichtet, einen Verwaltungsakt, der nicht nichtig, dh nicht offensichtlich mit schweren Fehlern behaftet ist, als gültig anzuerkennen, solange er nicht von Amts wegen oder auf

einen Rechtsbehelf in dem dafür vorgesehenen Verfahren aufgehoben worden ist (BAG 3.7.1996, AP ArbGG 1979 § 84 Nr. 3). Das bedeutet regelmäßig auch, dass die Arbeitsgerichte an den Inhalt der in dem Verwaltungsakt getroffenen Regelung gebunden sind (BAG 3.7.1996, AP ArbGG 1979 § 84 Nr. 3).

Diese Grundsätze gelten auch für den Fall der **Massenentlassungsanzeige (§§ 17 ff. 29 KSchG)**. Stimmt die Agentur für Arbeit in dem Verfahren nach §§ 17 ff. KSchG, das auch öffentlichen Interessen dient, einer bestimmten Kündigung zu einem bestimmten Zeitpunkt durch bestandskräftigen Verwaltungsakt zu und stellt damit inzident fest, dass eine wirksame Massenentlassungsanzeige vorlag, so darf der Arbeitgeber den betreffenden Arbeitnehmer kündigen bzw. entlassen. Die Arbeitsgerichte sind durch die Bestandskraft des Verwaltungsaktes gehindert, in dem Kündigungsschutzprozess die Entscheidung der Arbeitsverwaltung nachzuprüfen und dabei möglicherweise zu einem anderen Ergebnis zu gelangen. Akzeptiert die Agentur für Arbeit das vom Arbeitgeber seiner Anzeige beigefügte Schreiben des Betriebsrats als die erforderliche Stellungnahme, so sind die Arbeitsgerichte an der Feststellung gehindert, das Schreiben stelle doch keine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats dar und deshalb sei die Massenentlassungsanzeige unwirksam gewesen (BAG 3.7.1996, AP ArbGG 1979 § 84 Nr. 3). Die Interessen des betroffenen Arbeitnehmers und des Betriebsrats sind hinreichend dadurch gewahrt, dass die Massenentlassungsausschüsse, deren paritätische Zusammensetzung Unabhängigkeit und Sachverstand gewährleistet, auf die gesetzlich vorgesehene Beteiligung des Betriebsrats zu achten haben.

b) Abgrenzung der Prüfungskompetenz der Behörden und Verwaltungsgerichte. 30 Gegenüber dieser recht klaren Kompetenzabgrenzung für die Arbeitsgerichte ist die Prüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte in ihrem Umfang weiterhin unklar. Zwar besteht der Grundsatz, dass die Verwaltungsgerichte die Tätigkeit der jeweiligen Behörde daraufhin zu überprüfen haben, ob der Verwaltungsakt nach den Bestimmungen des jeweiligen Gesetzes zu Recht erlassen wurde, wohingegen die Arbeitsgerichte die Kündigung unter spezifisch arbeitsrechtlichen Aspekten zu überprüfen hätten (*Herschel* ArbUR 1959, 259). Doch ist bei der öffentlich-rechtlichen Zustimmung zur Kündigung den Behörden zumeist ein Ermessensspielraum eingeräumt, innerhalb dessen häufig auch die rein arbeitsrechtlichen Aspekte der Kündigung eine mitentscheidende Rolle spielen. Soweit die Verwaltungsgerichte dies nicht beanstanden und teilweise sogar das Vorliegen eines Kündigungsgrundes als entscheidende Frage geprüft haben (zB OVG Münster 17.4.1979, br 1979, 46 ff.), kommt es zu einer doppelten gerichtlichen Prüfung ein und derselben Sachfrage mit möglicherweise unterschiedlichen Ergebnissen. Wenn die arbeitsrechtliche Frage im verwaltungsgerichtlichen Verfahren rechtskräftig entschieden wird, wird die spezifische Prüfungskompetenz der Arbeitsgerichte abgeschnitten. Die Problematik wird dadurch verschärft, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der entsprechenden Normen des öffentlich-rechtlichen Kündigungsschutzes ebenfalls unbestimmte Rechtsbegriffe beinhalten. Ferner ermöglicht die (eingeschränkte) Ermessensausübung der Behörde einen **Eingriff in die arbeitsrechtliche Beurteilungskompetenz.**

aa) Mutterschutzrecht; Eltern- und (Familien-)Pflegezeit. 31 Nach § 17 II 1 MuSchG, § 18 I 4 BEEG, (§ 2 III FPfZG iVm) § 5 II PflegeZG kann die zuständige Behörde „in besonderen Fällen“ ausnahmsweise eine Kündigung für zulässig erklären. Diese besonderen Fälle sind – rechtsstaatlich zweifelhaft – nur durch allgemeine Verwaltungsvorschriften bei Elternzeit konkretisiert (→ BEEG § 18 Rn. 29). Im Gegensatz zu § 6 S. 4 MuSchG 1942 hatte § 9 MuSchG aF als Vorgängernorm des § 17 II 1 MuSchG bewusst nicht die Terminologie des § 626 Abs. 1 BGB übernommen. Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls in diesem Bereich des öffentlich-rechtlichen Kündigungsschutzes eine terminologische Überschneidung ausgeschlossen. Der „besondere Fall“ ist nicht mit dem „wichtigen Grund“ des § 626 I BGB identisch. Der Begriff ist weder weiter noch enger, sondern ein anderer (→ MuSchG § 17 Rn. 118). Wesentlich ist, dass der besondere Fall hier ganz von

den spezifischen Schutzzwecken des jeweiligen öffentlich-rechtlichen Kündigungsschutzes geprägt ist (hier ausführlich → BEEG § 18 Rn. 26 ff.; → MuSchG § 17 Rn. 118 ff.).

- 32 **bb) Schwerbehindertenrecht.** Schwieriger ist die Rechtslage im Schwerbehindertenrecht. Nach anfänglich weiteren Ermessensbestimmungen und einer zunehmend problematischen Abgrenzung der Prüfungskompetenzen sind im Jahre 1986 die Vorschriften des Schwerbehindertengesetzes neu gefasst worden. Nunmehr ist der besondere Kündigungsschutz in SGB IX geregelt. § 172 SGB IX enthält für den Fall der ordentlichen Kündigung eine Einschränkung der Ermessensentscheidung insbesondere bei Kündigung wegen Einstellung, Einschränkung und Auflösung von Betrieb oder Dienststelle. Im Übrigen ist aber keine ermessenssteuernde Norm für den Fall der ordentlichen Kündigung vorhanden. § 172 II SGB IX regelt in Form einer Soll-Vorschrift die Pflicht zur Zustimmungserteilung, wenn dem Schwerbehinderten ein anderer angemessener oder zumutbarer Arbeitsplatz gesichert ist. Liegen die spezifischen Voraussetzungen dieser ermessenseinschränkenden Normen nicht vor, bleibt die Problematik der allgemeinen Abgrenzung der Prüfungskompetenzen. § 174 IV SGB IX sieht für den Fall der außerordentlichen Kündigung eine Soll-Vorschrift für die Zustimmung vor, wenn die Kündigung aus einem Grunde erfolgt, der nicht im Zusammenhang mit der Behinderung steht. Problematisch ist, ob hieraus nicht ein Umkehrschluss gerechtfertigt ist, bei einer ordentlichen Kündigung ein weitergehendes Prüfungsrecht anzunehmen.
- 33 **(1) Ermessensbindungen bei Soll-Vorschriften.** Die Abgrenzungsschwierigkeiten sind gemindert, wenn die Ausübung des Ermessens der Behörde zur Zustimmungserteilung der Kündigung durch eine Soll-Vorschrift eingeschränkt ist. Ein eingeschränkter Ermessenspielraum steht bei der ordentlichen Kündigung nach Maßgabe des § 172 SGB IX und nach § 174 IV SGB IX bei außerordentlichen Kündigungen zu. Beide Normen sind im Regelfall für die mit ihrer Durchführung betraute Behörde rechtlich zwingend und verpflichten sie, grundsätzlich so zu verfahren, wie es im Gesetz bestimmt ist. Im Regelfall bedeutet das „Soll“ ein „Muss“. Nur bei Vorliegen von Umständen, die den Fall als atypisch erscheinen lassen, darf die Behörde anders verfahren als im Gesetz vorgesehen und den atypischen Fall nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden (BVerwG 9.3.1995 § 19 SchwbG Nr. 1). Freilich kann die Frage des atypischen Falls nur einzelfallbezogen beurteilt werden, was Überschneidungen nicht ausschließt.
- 34 **(2) Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Gesichtspunkte.** Sowohl bei der freien Ermessensentscheidung (Kann-Vorschrift) wie bei der gebundenen Ermessensbetätigung (Soll-Vorschrift) stellt sich jedoch die Frage, ob die Behörde bei dieser Prüfung auch arbeitsrechtliche Gesichtspunkte berücksichtigen darf. Möglicherweise könnten arbeitsrechtliche Aspekte einen atypischen Sachverhalt zur Eröffnung einer pflichtgemäßen Ermessensausübung bei einer Soll-Vorschrift begründen. So vertrat ein Teil des früheren Schrifttums, dass dem Integrationsamt im Falle des § 174 IV SGB IX schon dann ein Recht zur Verweigerung der Zustimmung zusteht, wenn kein wichtiger Grund iSd § 626 I BGB für die außerordentliche Kündigung vorliegt (vgl. etwa *Ostheimer* B1StSozArbR 1982, 35; eine sehr weitgehende Prüfungskompetenz befürworten auch *Cramer*, Schwerbehindertengesetz 5. Aufl. 1998, § 21 Rn. 7 ff.; *Neumann/Pahlen*, Schwerbehindertengesetz 9. Aufl. 1999, § 21 Rn. 21 ff.). Diesem weitergehenden Prüfungsansatz steht die Rechtsprechung des BVerwG zu Recht entgegen. In seiner Entscheidung vom 2.7.1992 (AP SchwbG 1986 § 21 Nr. 1) stellt das BVerwG fest, dass die Behörde bei ihrer Entscheidung nach § 174 IV SGB IX über das **Vorliegen eines wichtigen Grundes iSd § 626 I BGB nicht zu urteilen** habe. Die Klärung arbeitsrechtlicher Fragen obliegt dem Arbeitsgericht (vgl. auch BayVG 9.3.1995, br 1995, 199). § 174 IV SGB IX verlange von der Behörde nicht die Prüfung, ob die Kündigung aus wichtigem Grund erfolgt, sondern lediglich, ob der Grund, aus dem die Kündigung erfolgt, mit der Behinderung im Zusammenhang steht oder nicht. Zu dieser Fragestellung existiert eine reichhaltige Einzelfallkasuistik der Verwaltungsgerichte.

te (vgl. etwa VG Saarland 11.2.2011 – 3 K 1934/09; VG Köln 16.12.2010 – 26 K 2017/10; VG Gelsenkirchen 6.9.2010 11 K 4427/08). Hierbei ist der vom Arbeitgeber angegebene Kündigungsgrund maßgebend. Erfolgt die außerordentliche Kündigung aus einem Grund, der nicht mit der Behinderung im Zusammenhang steht, muss das Integrationsamt die Zustimmung erteilen (VGH Baden-Württemberg 24.11.2005, NZA-RR 2006, 183; OVG Nordrhein-Westfalen 25.5.2009 – 12 A 472/09). Das BVerwG stellt deshalb klar, dass § 174 IV SGB IX auf die Begründung der Kündigung, nicht aber auf ihre Begründetheit abstellt. Andererseits gilt aber der **Amtsermittlungsgrundsatz**, so dass sich die Behörde **nicht auf die bloße Schlüssigkeitsprüfung** beschränken kann (BVerwG 1.10.1995, RzK IV 8a Nr. 40; BVerwG 2.7.1992, AP SchwbG 1986 § 21 Nr. 1). Zutreffend weist das BVerwG darauf hin, dass der Zweck des Sonderkündigungsschutzes für Schwerbehinderte es nicht erfordere, der Behörde eine Prüfung des § 626 I BGB abzuverlangen. Es verweist zu Recht auf den präventiven Charakter des öffentlich-rechtlichen Sonderkündigungsschutzes, dessen Aufgabe es nicht sei, den von den Arbeitsgerichten nach erfolgter Kündigung zu gewährenden arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz zu ersetzen oder gar überflüssig zu machen (BVerwG 2.7.1992, AP SchwbG 1986 § 21 Nr. 1). Das BVerwG hat ausdrücklich die Frage nach der Einwirkung von Grundrechten auf die Kündigungsgründe in die **Beurteilungskompetenz der Arbeitsgerichte** gestellt (BVerwG 18.9.1996, Buchholz 436.61 § 21 SchwbG Nr. 8). Etwas anderes gilt nur bei offensichtlichen Grundrechtsverletzungen (s. auch VGH Kassel 17.11.1992, NZA 1993, 946; OVG Nordrhein-Westfalen 8.3.1996, br 1997, 47).

Der **Prüfungsumfang** wird entscheidend durch den **Zweck des Gesetzes begrenzt** 35 (*Preis* S. 81; BVerwG, 19.10.1995, EzA SchwbG 1986 § 15 Nr. 8; OVG NRW 25.2.2009 – 12 A 96/09). Dabei ist davon auszugehen, dass das Schwerbehindertenrecht eine **arbeitsmarktpolitische Zwecksetzung**, nämlich einen möglichst hohen Beschäftigungsstand schwerbehinderter Arbeitnehmer zu erreichen, sowie eine fürsorgliche Komponente hat (hierzu *Preis* S. 82 mwN). Diese beiden Komponenten prägen auch das Ermessen des Integrationsamtes im Kündigungsfalle. Diese wohlfahrtspflegerischen Interessen sind nicht dazu geeignet, im arbeitsgerichtlichen Streitverfahren Berücksichtigung zu finden (*Brox* Anmerkung zu BAG AP SchwbG § 12 Nr. 1; *Preis* S. 82). Das Integrationsamt hat nicht aus dem großen Katalog aller möglichen Interessen die verminderte Leistungsfähigkeit des Schwerbehinderten und die arbeitsmarktpolitische Position nur mit zu berücksichtigen (so aber *Jobs* AuR 1981, 227), sondern es sind gerade diese Interessen, die die Tätigkeit des Integrationsamtes eröffnen und begrenzen (*Preis* S. 82). Das BVerwG weist ferner zutreffend darauf hin, dass es nicht Sinn des Sonderkündigungsschutzes ist, dem Schwerbehinderten die Unannehmlichkeiten und Belastungen eines Kündigungsrechtsstreits mit dem Arbeitgeber abzunehmen (BVerwG 2.7.1992, AP SchwbG 1986 § 21 Nr. 1). Die Vorschriften des SGB IX wollen nicht den Behinderten gegenüber Nichtbehinderten bevorzugen, sondern lediglich seine **behinderungsbedingten Nachteile ausgleichen**. Im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Kündigungsschutzes können nur die spezifischen, in der Behinderung wurzelnden Schutzinteressen zum Zuge kommen. Dem BVerwG ist daher zuzustimmen, dass der Schwerbehindertenschutz an Gewicht gewinnt, wenn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf Gründe gestützt wird, die in der Behinderung selbst ihre Ursache haben. Dann sind an den Arbeitgeber besonders hohe Anforderungen zu stellen, um den Schutzgedanken der Rehabilitation verwirklichen zu können (BVerwG 19.10.1995 BVerwGE 99, 336, 339). Eine Ermessensreduzierung auf null kommt dann nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht (BVerwG 22.5.2013 – 5 B 24/13).

Andererseits ist hervorzuheben, dass der im spezifischen Schutzbereich bewirkte Kündigungsschutz weitreichender sein kann als das Beschränkungsinstrumentarium des KSchG. Dieser **weitergehende Schutz** wird nicht nur durch die formelle Ausgestaltung – **Amtsermittlungsgrundsatz und präventives Verfahren** – erreicht, sondern auch und gerade durch die **spezifische Berücksichtigung materieller Kriterien**. Das Zustimmungsver-

fahren wird deshalb noch nicht zur „leeren Förmerei“, selbst wenn ein Zusammenhang zwischen der Behinderung und dem Kündigungsgrund zu verneinen ist. Gegen die umfassende Prüfungscompetenz der Verwaltungsbehörde spricht auch, dass das Integrationsamt die Wirksamkeit der ordentlichen wie der außerordentlichen Kündigung allein aus Zeitgründen nicht umfassend prüfen kann. Nach § 171 I SGB IX soll das Integrationsamt die Entscheidung innerhalb eines Monats vom Tage des Eingangs des Antrags an treffen. Nach § 174 III SGB IX hat das Integrationsamt bei außerordentlichen Kündigungen die Entscheidung innerhalb von zwei Wochen nach Eingang des Antrags zu treffen. Tragfähige und abschließende Entscheidungen über das Vorliegen eines wichtigen Grundes iSd § 626 I BGB können in so kurzer Frist in aller Regel nicht getroffen werden (BVerwG 2.7.1992, AP SchwBG 1986 § 21 Nr. 1). Das Vorliegen eines Kündigungsgrundes ist damit keine Tatbestandsvoraussetzung für die Entscheidung des Integrationsamtes über die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung. Das BVerwG hat offengelassen, ob etwas anderes gilt, wenn die vom Arbeitgeber geltend gemachten Gründe eine Kündigung offensichtlich nicht zu rechtfertigen vermögen. Hierbei beschränkt sich das BVerwG jedoch darauf, festzustellen, ob der vom Arbeitgeber vorgebrachte Grund bei abstrakter Betrachtung geeignet wäre, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Die Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen des Kündigungsgrundes ist eine Frage der Tatsachenermittlung im arbeitsgerichtlichen Verfahren.

- 37 Gewisse **Überschneidungen in der Bewertung des Kündigungssachverhaltes** ergeben sich nur dort, wo das Integrationsamt nach dem Zweck des SGB IX die Zustimmung verweigern kann und dabei im Blick auf den spezifischen Schutzzweck zu prüfen hat, ob eine Zustimmungsverweigerung auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Arbeitgebers auszusprechen ist. Dabei hat das Integrationsamt zu bedenken, dass eine umfassende Abwägung aller Einzelfallumstände Sache des Arbeitsgerichts ist (*Preis* S. 84). Der **Ermessensspielraum** der Behörde mit der Zielrichtung auf eine Ablehnung der Zustimmung zur Kündigung wird **umso weiter, je dringender der arbeitsmarktpolitische Schutz dies erfordert und je mehr die Kündigung mit der Behinderung im Zusammenhang steht** (vgl. auch OVG Lüneburg 22.1.1981, br 1981, 85). Bei behinderungsbedingten Schwierigkeiten am Arbeitsplatz oder Verhaltensstörungen, die an sich bei einem nichtbehinderten Arbeitnehmer die Kündigung rechtfertigen würden, kann das Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung versagen. Ebenso können Schwierigkeiten im Hinblick auf die Vermittlung des Behinderten auf dem Arbeitsmarkt die Versagung der Kündigung rechtfertigen, obwohl nach arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten die Kündigung gerechtfertigt wäre (weitere Einzelbeispiele bei *Preis* S. 83 f.; sowie → SGB IX § 172 Rn. 3 ff. und SGB IX § 174 Rn. 20).
- 38 **4. Auswirkungen des öffentlich-rechtlichen Kündigungsschutzes auf die Gewichtung der Kündigungsgründe.** Eng mit der Abgrenzung der Prüfungscompetenzen hängt die Frage zusammen, ob schutzwürdige Interessen, die bereits über öffentlich-rechtliche Kündigungsschutzbestimmungen einer präventiven behördlichen Kontrolle unterzogen worden sind, noch im Kündigungsschutzverfahren vor den Arbeitsgerichten Berücksichtigung finden können. So stellt sich die Frage, ob arbeitsmarktpolitische Interessen, die beim Massentlassungsschutz nach §§ 17 ff. KSchG eine Rolle spielen, oder besondere Schutzinteressen nach dem Mutterschutzrecht oder Schwerbehindertenrecht bei der Beurteilung der Kündigungsgründe noch berücksichtigt werden können.
- 39 Diese Frage kann nur differenziert beantwortet werden. Zum einen ist es nicht gerechtfertigt, die spezifischen arbeitsmarktpolitischen und fürsorgerischen Entscheidungen des behördlichen Kündigungsschutzverfahrens im arbeitsgerichtlichen Verfahren erneut einer Überprüfung zu stellen. Außerdem stellt sich im Kündigungsschutzverfahren die Frage einer spezifischen materiellen Rechtfertigung auf der Basis eines bestimmten Kündigungsgrundes. Die Interessen sind bezogen auf den Kündigungsgrund zu bewerten. Hier geht es um die Frage einer spezifischen Eingrenzung der Kriterien zur Interessenabwägung (hierzu

→ Grundlagen H. R.n. 42 ff.). Zur Bedeutung der Schwerbehinderteneigenschaft im Rahmen der Sozialauswahl, → KSchG § 1 R.n. 649 ff.

V. Kollektivrechtlicher und individualrechtlicher Kündigungsschutz

1. Allgemeines. Im bundesdeutschen Kündigungsrecht sind neben dem individualrechtlich konzipierten Kündigungsschutzgesetz auch kollektivrechtliche Kündigungsbeschränkungen anzutreffen. Durch die Vermischung individual- und kollektivrechtlicher Schutzbestimmungen sind erhebliche Auslegungs- und Konkurrenzprobleme entstanden (vgl. *Löwisch* DB 1975, 349 ff.; *Hueck*, BAG-FS, 1979, 423 ff.), die bis heute entscheidende Auswirkungen auf die Reichweite des materiellen Kündigungsschutzes haben.

Die **individualrechtliche** bzw. individualistische **Konzeption des Kündigungsschutzgesetzes** besagt, dass es allein in der Hand des Arbeitnehmers liegt, ob er sich gegen eine Kündigung des Arbeitgebers zur Wehr setzt. Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers hängt weder vom Bestehen noch von dem Tätigwerden des Betriebsrats als kollektive Arbeitnehmervertretung ab (KR/*Rost/Klose* KSchG § 3 R.n. 5; *Moehn* NZA 1995, 114). Der **Betriebsrat ist keine Sperrinstanz** für die Erhebung der Kündigungsschutzklage, wie dies im BRG von 1920 der Fall war. Das Recht des Arbeitnehmers, sich individuell gegen eine Kündigung zu wehren, ist nach dem geltenden Kündigungsrecht nicht aus kollektivrechtlichen Erwägungen beschränkt. Insoweit besteht grundsätzlich im Kündigungsrecht ein **kollektivrechtliches Verschlechterungsverbot**. Im Kündigungsschutzverfahren geht es allein um die Interessen des Arbeitnehmers (*Nikisch* DB 1956, 1108). Betriebsverfassungsrechtlich verankerte Rechte des Betriebsrates **verbessern traditionell im Wege der Reflexwirkung die individualrechtliche Position des Arbeitnehmers**. § 3 KSchG, der die Möglichkeit eines Kündigungseinspruchs beim Betriebsrat regelt, ist nicht zwingend, sondern fakultativ. Er sperrt nicht die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers und führt nicht einmal zur Hemmung der Klagefrist nach § 4 KSchG. § 3 KSchG hat daher keine praktische Bedeutung (→ KSchG § 3 R.n. 3).

Im geltenden Recht kommt dem **betriebsverfassungsrechtlichen kollektiven Kündigungsschutz** mithin eine **Ergänzungsfunktion** zu, die die Rechtsposition des Arbeitnehmers nicht unerheblich verbessern kann. Zum einen kann das zwingende präventive Tätigwerden des Betriebsrats nach § 102 I BetrVG möglicherweise schon im Vorfeld den Anspruch einer Kündigung verhindern helfen. Zum zweiten stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an das Anhörungsverfahren nach § 102 I BetrVG (→ BetrVG § 102 R.n. 61 ff.), auf dessen Nichteinhaltung sich der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess berufen kann. Soweit der Betriebsrat einen begründeten Widerspruch nach § 102 II und III BetrVG, § 1 II 2 und 3 KSchG erhebt, ist eine gleichwohl ausgesprochene Kündigung allein deshalb unwirksam (**sog. absolute Sozialwidrigkeitsgründe**; hierzu ausf. → KSchG § 1 R.n. 92 ff.). Auch nach dem Urteil des Großen Senats zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch (BAG GS 27.2.1985, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14) ist der kollektivrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch nach Ablauf der Kündigungsfrist gemäß § 102 V BetrVG in seinem Anwendungsbereich weitergehender, da dieser früher eingreift und ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis besteht. Sofern der Betriebsrat der Kündigung widersprochen hat und der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung verlangt, ist es Sache des Arbeitgebers, sich gerichtlich durch eine einstweilige Verfügung von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung unter den Voraussetzungen des § 102 V 2 BetrVG entbinden zu lassen (Einzelheiten → BetrVG § 102 R.n. 219 ff.).

In seiner Entscheidung vom 13.9.1973 (AP KSchG 1969 § 1 Nr. 2; bestätigt durch BAG 17.5.1984, NZA 1985, 489) hat das BAG zur Verzahnung des individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Kündigungsschutzes auf der Basis des novellierten BetrVG 1972 entschieden, dass den Gesetzesmaterialien (BT-Drs. VI/2729 unter IV 3, S. 7; BT-Drs. VI/1786, 32–33) eindeutig zu entnehmen sei, dass durch § 1 II 2 KSchG nicht allein das KSchG dem erweiterten **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates** gem. § 102 III

BetrVG 1972 angepasst werden sollte. Mit dieser Bestimmung sei vielmehr insbesondere auch das Ziel verfolgt worden, den **individuellen Kündigungsschutz der Arbeitnehmer zu verbessern**. Die beabsichtigte Verbesserung würde sich aber als eine erhebliche Verschlechterung auswirken, wenn eine Kündigung, die nach der Generalklausel des § 1 II 1 KSchG als sozialwidrig anzusehen war, nur deshalb als wirksam anzuerkennen wäre, weil es an einem Widerspruch des Betriebsrates fehlt. Wenn das Widerspruchsrecht auch der Wahrung der sozialen Belange des einzelnen Arbeitnehmers diene, sei es mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren, den Kündigungsschutz dann zu versagen, wenn der Betriebsrat die vom Gesetzgeber in ihn gesetzte Erwartung nicht erfüllt. Bei einer anderen Auslegung hätte der Betriebsrat dann nämlich im Ergebnis ähnlich wie nach den §§ 84 ff. BRG vom 4.2.1920 (R.GBl. S. 147) die bedenkliche Aufgabe einer Sperrinstanz gegenüber solchen Kündigungsschutzklagen wahrzunehmen, die er für sozial gerechtfertigt hält. Dadurch würde es dem Betriebsrat möglich, einem Arbeitnehmer ungewollt etwa durch eine unrichtige Beurteilung der Sach- oder Rechtslage oder sogar bewusst den Kündigungsschutz zu verwehren und ihm damit zugleich letztlich den Gerichtsschutz zu entziehen. Es spreche nichts dafür, dass der Gesetzgeber bei der Anpassung des KSchG an das neue BetrVG eine Verminderung des gerichtlichen Rechtsschutzes auch nur ungewollt als zwangsläufige Folge der Erweiterung der Mitbestimmungsrechte in Kauf genommen hätte. Weitergehende Bedenken bestünden, wenn in einem (betriebsratsfähigen) Betrieb kein Betriebsrat bestellt und der Umfang des Kündigungsschutzes allein davon abhängig sein soll, ob in einem Betrieb ein Betriebsrat besteht.

- 44 In genau die gegenteilige Tendenz deutete das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 und das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt 2004 durch die Einfügung des § 1 V KSchG, der im Ergebnis keine Verbesserung des individualrechtlichen Kündigungsschutzes, sondern eine weitgehende Verschlechterung der Rechtsschutzmöglichkeiten des Arbeitnehmers beinhaltet, wenn im Falle einer Betriebsänderung in einem Interessenausgleich eine Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer enthalten ist. Diese Tendenz kollidiert mit der unveränderten gegenteiligen Tendenz der Widerspruchsrechte des Betriebsrats nach § 102 III BetrVG. In der Entscheidung des BAG vom 20.5.1999 (AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 4) stellt der Senat die Kollision zwischen § 1 V KSchG, der der „beschäftigungsfreundlichen Flexibilisierung des Arbeitsrecht“ dienen sollte, und der Mitwirkung nach § 102 BetrVG dar, die den Arbeitgeber veranlassen soll, die geplante Kündigung als Individualmaßnahme zu überdenken und möglicherweise von ihr abzusehen. Das BAG verdeutlicht, dass die Zwecke des § 1 V KSchG und der Widerspruchsrechte des Betriebsrats nach § 102 III BetrVG nicht miteinander harmonieren. Das BAG lehnte es ab, die betriebsverfassungsrechtlichen Anhörungs- und Widerspruchsrechte als durch § 1 V KSchG verdrängt anzusehen, da „die Widerspruchsrechte nicht nur den tatsächlichen Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende des Kündigungsschutzprozesses“ sichern, sondern auch die Sozialwidrigkeit der Kündigung begründen können.
- 45 **2. Kollisionsfragen.** Im geltenden Kündigungsrecht treffen individualrechtliche und kollektivrechtliche Rechtspositionen immer wieder aufeinander (hierzu *Carsten Beck*, Betriebliche Mitbestimmung und Kündigungsschutz, 2004). Dabei auftretende Kollisionsprobleme sind im Wesentlichen bisher einheitlich dahingehend gelöst worden, dass die beiden Kündigungsschutzsysteme nebeneinanderstehen und infolgedessen kumulativ anwendbar sind. Die unterschiedlichen Regelungsabsichten und die zwingende Natur der jeweiligen Normen verhindern eine wechselseitige Einschränkung und Verschlechterung der geschützten Rechtspositionen.
- 46 **a) Einflüsse des Betriebsrats auf die Beurteilung von Kündigungsgründen.** Aus dem Verhalten des Betriebsrats dürfen keine Schlüsse auf die **Begründetheit oder Unbegründetheit der Kündigung** gezogen werden. Verfehlt ist es jedenfalls, in der Zustimmung des Betriebsrats eine tatsächliche Vermutung für die soziale Rechtfertigung der Kündigung zu erblicken (hierzu *Preis* S. 88 mwN). Dies gilt insbesondere im Blick auf die