

Arbeitsrecht kompakt

Arbeitsrechtsfragen aus der Praxis

■ Agenda 2010: Schwerbehinderung – das neue Kriterium bei der Sozialauswahl

von Assessor Dr. Wolfgang Kleinebrink, Mönchengladbach*

Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt strebt durch Änderungen in § 1 KSchG Erleichterungen bei der Sozialauswahl im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung an. Diese sind bereits Gegenstand eines früheren Beitrages gewesen, der die seit dem 1.1.2004 geltende neue Rechtslage darstellt (Kleinebrink, ArbRB 2003, 338ff.). Im folgenden sollen vertiefend Probleme behandelt werden, die das neue „vierte“ Sozialkriterium der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers aufwirft, das in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG enthalten ist.

I. Wer ist schwerbehindert i. S. d. § 1 Abs. 3 KSchG?

Das **KSchG** bestimmt **nicht**, was unter einer **Schwerbehinderung** des Arbeitnehmers i. S. d. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG zu verstehen ist. Die Begründung der Gesetzesänderung, die im ursprünglichen Gesetzentwurf nicht enthalten war und auf eine Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit vom 24.9.2003 zurückgeht¹, ist unergiebig. Ausgeführt wird lediglich, der bisherige soziale Schutz bei Schwerbehinderung solle erhalten bleiben.² Es muss daher auf die **Legaldefinition** des § 2 Abs. 2 **SGB IX** zurückgegriffen werden. Menschen sind danach schwerbehindert, wenn bei ihnen ein **Grad der Behinderung** von **wenigstens 50** vorliegt. Soweit in dieser Vorschrift ferner verlangt wird, dass sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz i. S. d. § 73 **SGB IX** rechtmäßig im Geltungsbereich des **SGB IX** haben, ist dies für die Auslegung im Rahmen des **KSchG** unerheblich, da es allein auf dessen Geltungsbereich ankommt.³

Menschen mit einem Grad der **Behinderung** von **weniger als 50** können sich **nicht** erfolgreich auf das Sozialkriterium der **Schwerbehinderung** i. S. d. § 1 Abs. 3 Satz 1 **KSchG** berufen. Dies ist auch Personen verwehrt, die nach § 2 Abs. 3 **SGB IX** einem schwerbehinderten Menschen **gleichgestellt** sind.⁴ Das Gesetz spricht in § 1 Abs. 3 Satz 1 **KSchG** ausdrücklich nur von der „Schwerbehinderung“. Der Personenkreis des § 2 Abs. 3 **SGB IX** ist aber nicht schwerbehindert; gerade deshalb nimmt das Gesetz eine Gleichstellung vor.

Nur diese **Auslegung** des Sozialkriteriums „Schwerbehinderung“ entspricht auch dem Anliegen des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt. **Ziel** ist es u. a., die **Sozialauswahl** bei betriebsbedingten Kündigungen **rechtssicherer** zu machen.⁵ Dieses Ziel wird nicht erreicht, wenn einzelnen Sozialkriterien eine Bedeutung beigemessen wird, die sich aus ihrem Wortlaut nicht eindeutig ergibt.

II. Bedeutung für die Durchführung der Sozialauswahl

Die Bedeutung, die dem Sozialkriterium „Schwerbehinderung“ bei der Durchführung der Sozialauswahl zukommt, hängt davon ab, ob die Kündigung des schwerbehinderten Menschen nach den §§ 85 ff. **SGB IX** der Zustimmung des Integrationsamtes bedarf oder nicht. Das hat folgende Gründe:

1. Zustimmung des Integrationsamtes erforderlich

§ 1 Abs. 3 Satz 1 **KSchG** mit seinen vier Sozialkriterien betrifft nach Ansicht des **BAG** die **2. Stufe** der **Sozialauswahl**.⁶ Vorgeschaltet ist auf der **ersten Stufe** der Sozialauswahl die Frage, welche **Arbeitnehmer** überhaupt **vergleichbar** sind. Nur wenn eine solche Vergleichbarkeit besteht, muss eine Abwägung der Sozialkriterien – unter Berücksichtigung des neuen Kriteriums „Schwerbehinderung“ – auf der zweiten Stufe überhaupt erfolgen.

Ein **schwerbehinderter Arbeitnehmer** ist nur dann **vergleichbar** – und muss deshalb in die Sozialauswahl auf der zweiten Stufe einbezogen werden –, wenn die für eine Kündigung nach § 85 ff. **SGB IX** erforderliche **Zustimmung** des **Integrationsamtes** zum Zeitpunkt der Sozialauswahl vorliegt. Ist diese Zustimmung nicht vorhanden, verbleibt er im Unternehmen.⁷ Der **Arbeitgeber** ist **nicht verpflichtet**, die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen, um eine Vergleichbarkeit eines schwerbehinderten Menschen mit anderen Arbeitnehmern zu begründen, die eine Abwägung auf der zweiten Stufe und damit eine Berücksichtigung des neuen Kriteriums der Schwerbehinderung erst erfordert.⁸

* Arbeitgeberverbände Wuppertal e. V., Mönchengladbach; Lehrbeauftragter an der Hochschule Niederrhein.

1 BT-Drucks. 15/1587.

2 BT-Drucks. 15/1587, 26.

3 Im Ergebnis *Löwisch*, BB 2004, 154.

4 *Wolf*, Arbeitsrecht nach der Agenda 2010, S. 12f.; a. A. *Löwisch*, BB 2004, 154.

5 BT-Drucks. 15/1204, 8.

6 BAG v. 12.4.2002 – 2 AZR 706/00, BAGReport 2003, 12 = AP Nr. 56 zu § 1 KSchG.

7 *Kleinebrink*, ArbRB 2003, 338 (339); *Bauer/Krieger*, Kündigungsrecht Reformen 2004, Rz. 15.

8 *Bauer/Krieger*, Kündigungsrecht Reformen 2004, Rz. 15; vgl. auch *KR/Etzel*, 6. Aufl., § 1 KSchG Rz. 653; a. A. *Berkowsky*, Die betriebsbedingte Kündigung, 5. Aufl., Rz. 108.

Beraterhinweis: Regelmäßig ist dem **Arbeitgeber nicht zu empfehlen**, eine entsprechende Zustimmung zu beantragen. Abgesehen davon, dass nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, ob er sie erhält, wird die Erklärung der Kündigungen zeitlich hinausgeschoben bis die Zustimmung ggf. vorliegt. Erst dann kann der Arbeitgeber die Abwägung anhand der Sozialkriterien auf der zweiten Stufe der Sozialauswahl und anschließend die Anhörung des Betriebsrats vornehmen. Eine Reduzierung der Personalkosten tritt erst später ein. Außerdem führt das neue Kriterium der Schwerbehinderung auf der zweiten Stufe der Sozialauswahl zu erheblichen Unsicherheiten, da es an jedem Anhaltspunkt fehlt, wie man die Schwerbehinderung in den Abwägungsvorgang einbeziehen kann.⁹◀

2. Zustimmung des Integrationsamts nicht erforderlich

a) Schwerbehinderte Menschen, die noch nicht länger als sechs Monate im Betrieb sind

Der **besondere Kündigungsschutz** der §§ 85 ff. SGB IX gilt nach § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX nicht für schwerbehinderte Menschen, deren Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung **noch nicht länger als sechs Monate** bestanden hat. Der Arbeitgeber muss folglich vor der Kündigung eines solchen schwerbehinderten Arbeitnehmers die Zustimmung des Integrationsamtes, die ansonsten nach § 85 SGB IX erforderlich ist, nicht einholen.

Greift der besondere Kündigungsschutz nach SGB IX bei dieser Personengruppe nicht ein, bedeutet dies allerdings nicht, dass der Arbeitgeber solche schwerbehinderten Menschen mit kurzer Betriebszugehörigkeit in die Sozialauswahl auf der zweiten Stufe einbeziehen und ihre Sozialdaten unter Berücksichtigung der Schwerbehinderung gegen die Sozialdaten anderer vergleichbarer Arbeitnehmer abwägen muss. Zu beachten ist, dass **in den ersten sechs Monaten** eines Arbeitsverhältnisses auch der **allgemeine Kündigungsschutz** nach § 1 Abs. 1 KSchG **nicht** eingreift. Das neue Kriterium der Schwerbehinderung ist folglich insoweit ohne Bedeutung.

Beraterhinweis: Der **Arbeitgeber** kann auch **nicht „freiwillig“** eine **Sozialauswahl** nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG durchführen, um sich unter Umständen aufgrund der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers von einem anderen länger als sechs Monate beschäftigten Arbeitnehmer, der nicht schwerbehindert ist, zu trennen. In die Sozialauswahl des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG werden nur

Arbeitnehmer einbezogen, die nach § 1 Abs. 1 KSchG Bestandsschutz genießen. Arbeitnehmer, die dem Betrieb noch nicht länger als sechs Monate angehören, scheiden aus der Sozialauswahl aus.¹⁰◀

b) Beschäftigung auf in § 73 Abs. 2 Nr. 2 bis 6 SGB IX genannten Stellen

Der **besondere Kündigungsschutz** kommt schwerbehinderten Menschen nach § 90 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX ferner dann **nicht** zugute, wenn sie auf einer der in § 73 Abs. 2 Nr. 2 bis 6 SGB IX genannten **Stellen** beschäftigt werden. Sind vergleichbare Arbeitnehmer vorhanden, hat der Arbeitgeber folglich diese schwerbehinderten Arbeitnehmer mit in die **Sozialauswahl auf der zweiten Stufe** einzubeziehen. Bei der Abwägung der vier Sozialkriterien des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist dabei zu Gunsten dieser Personengruppe deren Schwerbehinderung mit zu berücksichtigen. Obwohl ein besonderer Kündigungsschutz nach dem SGB IX nicht besteht, kann die Schwerbehinderung solchen schwerbehinderten Menschen demnach beim allgemeinen Kündigungsschutz Vorteile verschaffen. Dies widerspricht der Gesetzesbegründung des Gesetzes zur Reform am Arbeitsmarkt, nach der der bisherige soziale Schutz bei Schwerbehinderung lediglich *erhalten* bleiben sollte.¹¹

c) Entlassungen aus Witterungsgründen

Entsprechende Erwägungen gelten für **Entlassungen, die aus Witterungsgründen** vorgenommen werden, sofern die Wiedereinstellung des schwerbehinderten Menschen bei Wiederaufnahme der Arbeit gewährleistet ist. Nach § 90 Abs. 2 SGB IX greift auch in diesem Fall der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nicht ein.

3. „Vorruheständler“ als Sonderfall

Eine **Zustimmung** des **Integrationsamtes** ist ferner nach § 90 Abs. 1 Nr. 3a SGB IX **nicht** erforderlich, wenn das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet wird und der Arbeitnehmer das **58. Lebensjahr vollendet** und **Anspruch** auf eine **Abfindung**, Entschädigung oder ähnliche Leistung aufgrund eines Sozialplans hat. Voraussetzung ist allerdings, dass der Arbeitgeber ihm die **Kündigungsabsicht** rechtzeitig **mitgeteilt** und der schwerbehinderte Mensch der beabsichtigten Kündigung bis zu deren Ausspruch nicht widersprochen hat. Entsprechendes gilt nach § 90 Abs. 1 Nr. 3b SGB IX, wenn der schwerbehinderte Mensch Anspruch auf Knappschaftsausgleichsleistung nach dem SGB VI oder auf Anpassungsgeld für entlassene Arbeitnehmer des Bergbaus hat.

Beraterhinweis: Rechtzeitig ist die Mitteilung der Kündigungsabsicht dann, wenn der schwerbehinderte Mensch ausreichend Zeit hat zu überlegen, ob er auf seinen besonderen Kündigungsschutz verzichten soll. Aus der Regelung des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG wird man den allgemeinen Rechtsgedanken entnehmen können, dass eine Woche ausreicht.¹² Mitgeteilt werden muss dem schwerbehinderten Arbeitnehmer nicht nur die Kündigungsabsicht, sondern auch die Höhe der Leistungen nach § 90 Abs. 1 Nr. 3a SGB IX, da dies für den Arbeitnehmer eine wesentliche Entscheidungsgrundlage ist.¹³◀

9 Richardi, DB 2004, 486 (487) spricht zu Recht von einem „Rätselraten“; Zimmer, FA 2004, 34.

10 BAG v. 25.4.1985 – 2 AZR 140/84, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

11 S.o. I.

12 KR/Etzel, 6. Aufl., §§ 85–90 SGB IX Rz. 49; a. A. Vossen in Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl., Rz. 1470, der eine Frist von drei Wochen verlangt.

13 Im Ergebnis Neumann, Kündigungsschutz schwerbehinderter Menschen, Arbeitsrechts-Blattei SD Bearbeitung 12/2003, Rz. 121.

Unterrichtet der Arbeitgeber den schwerbehinderten Arbeitnehmer ordnungsgemäß, kann er zunächst davon ausgehen, dass dieser der Kündigungsabsicht nicht widerspricht. Sind weitere vergleichbare Arbeitnehmer vorhanden, muss er auf der zweiten Stufe der Sozialauswahl bei der Abwägung der Sozialkriterien zugunsten des Arbeitnehmers die **Schwerbehinderung berücksichtigen**. Fällt die Sozialauswahl dennoch zu Lasten des Schwerbehinderten aus, hat er den Betriebsrat entsprechend anzuhören. Der Arbeitnehmer kann danach aber noch der Kündigung solange widersprechen, bis er diese erhält. Erfolgt der Widerspruch rechtzeitig, hat der Arbeitgeber aufgrund der nun nach § 85 SGB IX erforderlichen Zustimmung des Integrationsamtes die Wahl. Holt er die **Zustimmung nicht** ein, ist der Schwerbehinderte nicht vergleichbar und ist auf der zweiten Stufe der Sozialauswahl **nicht** in die **Abwägung** einzubeziehen. **Beantragt** er die **Zustimmung**, muss er mit der Kündigung wieder warten bis er die Zustimmung ggf. erhalten hat. Anschließend kann er auf der zweiten Stufe unter Berücksichtigung der Schwerbehinderung die Abwägung der Sozialkriterien vornehmen.

Beraterhinweis: Bedenkt man, welche Abwägungsrisiken das neue Kriterium der Schwerbehinderung hervorruft, wird man dem Arbeitgeber kaum empfehlen können, den aufgezeigten beschwerlichen Weg zu gehen. Teilt er dem schwerbehinderten Arbeitnehmer keine Kündigungsabsicht mit, hat dieser weiter den besonderen Kündigungsschutz des § 85 SGB IX.¹⁴ Da der Arbeitgeber die entsprechende Zustimmung nicht einholen muss, kann er den Arbeitnehmer dann mangels Vergleichbarkeit aus der Sozialauswahl herausnehmen. ◀

4. Beurteilungszeitpunkt

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sozialwidrigkeit sind die objektiven Verhältnisse zum Zeitpunkt des **Zugangs der Kündigungserklärung**.¹⁵ Dies gilt auch für die Sozialkriterien des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG und damit auch für das Vorliegen einer Schwerbehinderung i. S. d. § 2 Abs. 2 SGB IX.¹⁶

Dieser **Grundsatz** muss allerdings im Hinblick auf das Ziel des Gesetzes zur Arbeitsmarktreform **eingeschränkt** werden, auch die Sozialauswahl rechtssicherer zu machen. Diese wird in der Gesetzesbegründung zu Recht als eine „Quelle der Rechtsunsicherheit“¹⁷ bezeichnet. Eine Schwerbehinderung kann demnach nur dann bei der Abwägung auf der zweiten Stufe der Sozialauswahl zugunsten des schwerbehinderten Menschen berücksichtigt werden, wenn sie vom Arbeitnehmer durch **Vorlage eines Schwerbehindertenausweises** i. S. d. § 69 Abs. 5 SGB IX belegt werden kann **oder offenkundig** ist.¹⁸ Würde man auch einen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter ausreichen lassen, bestünde die Gefahr, dass sich die Auswahlentscheidung im Nachhinein als falsch herausstellen könnte und die durch die ausdrückliche Benennung der vier Sozialkriterien angestrebte Rechtssicherheit zur großen Unsicherheit wird.

Beraterhinweis: Dem Arbeitgeber obliegt es, den Arbeitnehmer ggf. im Zusammenhang mit einer zu treffenden Sozialauswahl nach einer etwaigen Schwerbehin-

derung zu fragen, sofern ihm diese nicht bekannt ist. Beantwortet der Arbeitnehmer die Frage nicht oder verneint er zu Unrecht das Bestehen einer Schwerbehinderung, kann er sich später auf die etwaige Fehlerhaftigkeit der getroffenen Sozialauswahl nicht berufen.¹⁹ ◀

III. Bedeutung im Rahmen der Betriebsratsanhörung

Will der Arbeitgeber betriebsbedingt kündigen, hat er dem Betriebsrat im Rahmen des nach § 102 Abs. 1 BetrVG erforderlichen Anhörungsverfahrens u. a. seine Überlegungen zur Sozialauswahl im Einzelnen mitzuteilen, ohne dass der Betriebsrat ihn dazu aufgefordert hat.²⁰ Werden mit dem zu kündigenden Arbeitnehmer vergleichbare Arbeitnehmer weiter beschäftigt, hat er die **Sozialkriterien**, nach denen er die Sozialauswahl vorgenommen hat, dem Betriebsrat **darzulegen**. Dazu gehören zumindest das Eintrittsdatum, das Geburtsdatum, die Unterhaltsverpflichtungen sowie **Angaben zur Schwerbehinderung**.

Beraterhinweis: Berücksichtigt man die weit über den Wortlaut des § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hinausgehende Rechtsprechung des BAG²¹, ist dem Arbeitgeber zu empfehlen, **immer Angaben** zu den vier Sozialdaten des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG zu machen. Ist keiner der vergleichbaren Arbeitnehmer schwerbehindert, sollte er den Betriebsrat darauf hinweisen, um zu verdeutlichen, dass er auch dieses Kriterium mit berücksichtigt hat. ◀

IV. Fazit

Der Gesetzgeber hat den schwerbehinderten Menschen mit der Aufnahme der Schwerbehinderung in den Katalog der Sozialkriterien des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG keinen Gefallen getan.²² Dieses zusätzliche Sozialkriterium wird aufgrund der mit ihm geschaffenen weiteren Rechtsunsicherheit u. a. bei der Auslegung des Begriffs der Schwerbehinderung, bei der Frage des Beurteilungszeitpunkts und bei der Bestimmung seiner Gewichtung im Rahmen des Abwägungsprozesses vermutlich viele Arbeitgeber bewegen, keine schwerbehinderten Menschen einzustellen. Die Neuregelung führt damit unter Umständen gerade zu der Benachteiligung von schwerbehinderten Menschen, die sie eigentlich vermeiden will.

14 Thiele, HZA, Gruppe 7 „SGB IX/Schwerbehindertenrecht“, Bearbeitung 11/2003, Rz. 269.

15 BAG v. 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; v. 10.10.1996 – 2 AZR 477/95, AP Nr. 81 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

16 S. BT-Drucks. 15/1204, 11.

17 BT-Drucks. 15/1204, 8.

18 A.A. Bauer/Krieger. Kündigungsrecht Reformen 2004, Rz. 15d, die auch einen entsprechenden Antrag als ausreichend ansehen.

19 Vgl. Gaul/Bonanni, ArbRB 2004, 48; KR/Etzel, 6. Aufl., § 1 KSchG Rz. 665.

20 Ausführlich zu den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung bei betriebsbedingter Kündigung Kleinebrink, ArbRB 2003, 88 ff.

21 Dazu Kleinebrink, ArbRB 2003, 88 (91).

22 Bauer/Krieger, Kündigungsrecht Reformen 2004, Rz. 14.