

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz
3. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung
4. Besonderheit: Zustimmung des Integrationsamts
  - 4.1 Antrag innerhalb der Zwei-Wochen-Frist nach Kenntniserlangung
  - 4.2 Entscheidung innerhalb einer Zwei-Wochen-Frist nach Antragseingang
  - 4.3 Entscheidung mit eingeschränktem Ermessen
  - 4.4 Kündigung innerhalb des Toleranzzeitraums
5. Rechtsprechungs-ABC
  - 5.1 Aufhebung der Zustimmungsfiktion
  - 5.2 Ausschlussfrist
  - 5.3 Bekanntgabe der Entscheidung
  - 5.4 Dauertatbestand
  - 5.5 Fristenkonzurrenz - 1
  - 5.6 Fristenkonzurrenz - 2
  - 5.7 Gleichbehandlung Arbeitnehmer/Beamte
  - 5.8 Kündigungsfrist
  - 5.9 SGB IX-Fristen
  - 5.10 "Unverzüglich"
  - 5.11 Verwirkung
  - 5.12 Widerspruchsentscheidung
  - 5.13 Wirkung der Zustimmung - 1
  - 5.14 Wirkung der Zustimmung - 2
  - 5.15 Zustimmungsfiktion - 1
  - 5.16 Zustimmungsfiktion - 2
  - 5.17 Zustimmungsfiktion - 3
  - 5.18 Zwei-Wochen-Frist

### Information

#### 1. Allgemeines

Der **Arbeitgeber** muss bei der außerordentlichen Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer **besonders aufpassen**. Die allgemeinen Anforderungen des Kündigungsrechts sind dabei nur ein Teil der zu beachtenden Regeln. Das Neunte Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB IX) sieht einen **speziellen Kündigungsschutz für Schwerbehinderte** vor: die §§ 168 ff. Sie setzen die **Zustimmung des Integrationsamts** zur Kündigung voraus (s. dazu auch das Stichwort Schwerbehinderte Menschen - Kündigungsschutz ).

Vom arbeitsrechtlichen **Grundsatz** her muss die außerordentliche Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zunächst **die gleichen Hürden** nehmen wie die eines nicht schwerbehinderten Kollegen - der Arbeitgeber muss einen wichtigen Grund haben (s. dazu Gliederungspunkt 2.). Dann muss er die **Schwerbehindertenvertretung** beteiligen und vor Ausspruch der Kündigung die **Zustimmung des Integrationsamts** einholen (s. dazu Gliederungspunkt 3.). Viele Fragen in diesem Zusammenhang wurden

erst durch die Arbeitsgerichtsbarkeit geklärt. Interessante Entscheidungen werden im **Rechtsprechungs-ABC** vorgestellt (s. dazu Gliederungspunkt 5.).

## 2. Grundsatz

Wie bei allen Arbeitnehmern verlangt eine außerordentliche Kündigung auch bei Schwerbehinderten, dass dafür **ein wichtiger Grund** i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt.

### **Beispiele:**

In allen drei Fällen wird angenommen, dass die zu kündigenden Arbeitnehmer schwerbehindert i. S. des § 2 Abs. 2 SGB IX sind.

1. Arbeitgeber A1 fällt auf, dass Arbeitnehmer N1 in dieser Woche bereits das zweite Mal fünf Minuten zu spät kommt. Er möchte N1 wegen seines "ständigen Zuspätkommens" außerordentlich fristlos kündigen.
2. Arbeitgeber A2 fällt auf, dass Arbeitnehmer N2 erneut seine Arbeitsunfähigkeit nicht rechtzeitig mitgeteilt hat. A2 hatte N2 deswegen schon zwei Mal abgemahnt. Er möchte N2 nun wegen der erneuten Verletzung seiner Mitteilungspflicht - s. dazu § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG - außerordentlich fristlos kündigen.
3. Arbeitgeber A3 fällt auf, dass seine Mitarbeiterin M seit Wochen sehr still ist und einen verschüchterten Eindruck macht. Er spricht sie an und M erzählt ihm unter Tränen, dass Arbeitnehmer N3 sie bereits seit längerem verbal sexuell belästigt und ihr gestern bei dem Versuch, sie in eine abgelegene Besenkammer zu zerren, ein paar blaue Flecken an den Oberarmen zugefügt und ihre Bluse zerrissen habe. A3 hatte N3 wegen eines anderen Falls sexueller Belästigung bereits abgemahnt. Er stellt ihn zur Rede. N3 meint, er hätte den "Schwerbehindertenschein", und weiß gar nicht, was A3 von ihm will. Er sei unkündbar und könne machen, wozu er Lust hat.

A1 wird mit einer außerordentlichen Kündigung ein Problem haben. Das zweimalige Zuspätkommen ohne vorausgegangene Abmahnung reicht nicht einmal für eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung. Hier liegt kein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB vor. Bei A2 kann man schon eher an eine verhaltensbedingte Kündigung denken. Nur: Soll hier eine außerordentliche Kündigung Erfolg haben, muss A2 "unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des" Arbeitsverhältnisses "bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ... nicht zugemutet werden" können. Ob das so ist, ist eine Tatfrage. Bei N3 wird man den wichtigen Grund bejahen müssen. Er hat eine Kollegin trotz Abmahnung sexuell belästigt und brüstet sich auch noch damit, als Schwerbehinderter "unkündbar" zu sein. Dass das nicht so ist, wird A3 ihm bald klar machen.

Was auch bei der außerordentlichen Kündigung Schwerbehinderter **wichtig** ist: Die **Kündigung** kann nach § 626 Abs. 2 BGB nur **innerhalb von zwei Wochen** nach dem Zeitpunkt erfolgen, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen **Kenntnis** erlangt (s. dazu auch das Stichwort Kündigung - außerordentliche: Ausschlussfrist ).

## 3. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

Der Arbeitgeber hat die Schwerbehindertenvertretung (s. dazu auch das Stichwort Schwerbehinderte Menschen - Schwerbehindertenvertretung ) **in allen Angelegenheiten** (das heißt **auch bei außerordentlichen Kündigungen**), die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend

- **zu unterrichten** und
- vor einer Entscheidung **anzuhören** ( § 178 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 SGB IX ).

Danach hat der Arbeitgeber seiner Schwerbehindertenvertretung die getroffene **Entscheidung** unverzüglich **mitzuteilen** ( § 178 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 SGB IX ). Die **Durchführung oder Vollziehung** einer **ohne Beteiligung** der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX getroffenen Entscheidung ist

**auszusetzen** und die Beteiligung in diesen Fällen innerhalb von sieben Tagen nachzuholen ( § 178 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 SGB IX ). Sodann ist endgültig zu entscheiden ( § 178 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 SGB IX ).

Soweit die Entscheidung eine **Kündigung** ist, gilt nach § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX :

"Die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung nach Satz 1 ausspricht, ist unwirksam."

Das **Anhörungsverfahren** nach §§ 102 , 103 BetrVG - s. dazu auch die Stichwörter Kündigung - außerordentliche: Mitbestimmung und Kündigungsschutz - Mitbestimmung - und das Verfahren nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX decken sich nicht. Die **Rechtsfolge** des § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX ist jedoch klar: Unabhängig von der Frage, ob der Arbeitgeber seinen Betriebsrat vor der außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Mitarbeiters angehört hat - bei fehlender Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ist die **Kündigung unwirksam**.

#### **Praxistipp:**

Auch hier zeigt sich, dass es riskant ist, auf Zeit zu spielen. Wer als Kündigungsberechtigter von den für eine außerordentliche Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt , sollte nach angemessener Sachverhaltsklärung gleich zweigleisig verfahren. Parallel zur Beteiligung des Betriebsrats sollte er die Schwerbehindertenvertretung anhören.

Die Schwerbehindertenvertretung kann ihre Rechte aus § 178 Abs. 2 SGB IX sogar **mit einer einstweiligen Verfügung** durchsetzen. Sie kann dem Arbeitgeber aufgeben, es zu unterlassen, die ohne ihre Beteiligung getroffene Maßnahme durchzuführen oder zu vollziehen.

#### **4. Besonderheit: Zustimmung des Integrationsamts**

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Arbeitnehmers setzt nach § 168 SGB IX die **Zustimmung** des Integrationsamts voraus. Das gilt auch für eine außerordentliche Kündigung, § 174 Abs. 1 SGB IX . Der Arbeitgeber beantragt die Zustimmung bei dem für den Betriebssitz zuständigen Integrationsamt schriftlich, § 170 Abs. 1 SGB IX . Nur wenn das Arbeitsverhältnis des schwerbehinderten Mitarbeiters im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate besteht, ist **keine Zustimmung** erforderlich ( § 173 Abs. 1 SGB IX mit weiteren Ausnahmen).

##### **4.1 Antrag innerhalb der Zwei-Wochen-Frist nach Kenntniserlangung**

Bei einer außerordentlichen Kündigung kann die Zustimmung zur Kündigung **nur innerhalb von zwei Wochen** beantragt werden ( § 174 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 SGB IX ). Maßgebend ist der **Eingang des Antrags** beim Integrationsamt ( § 174 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 SGB IX ). Die **Antragsfrist** beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt ( § 174 Abs. 2 Satz 2 SGB IX - s. dazu auch das Stichwort Kündigung - außerordentliche: Ausschlussfrist ).

#### **Beispiel:**

Arbeitgeber A erfährt am 09.05., dass die schwerbehinderte Mitarbeiterin M verdächtigt wird, für mehrere Tausend Euro Ware aus dem Lager gestohlen habe. A hört M am 13.05. zu den Vorwürfen an. M verstrickt sich bei der Anhörung mehr und mehr in Widersprüche. Schließlich gesteht sie unter Tränen, dass sie die Teile entwendet hat. A hat an diesem 13.05. Kenntnis von den maßgebenden Tatsachen. Er muss nun bis zum 27.05. beim Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung beantragen.

Die Frist des § 174 Abs. 2 SGB IX startet im gleichen **Zeitpunkt** wie die des § 626 Abs. 2 BGB . Beide Bestimmungen stellen für den **Fristbeginn** auf die **Kenntniserlangung der maßgebenden Tatsachen** ab. Beide Fristen laufen auch zum gleichen Zeitpunkt ab - wenn es nicht die Sonderregel in § 174 Abs. 5 SGB IX geben würde (dazu weiter unten Ziffer 4.4.).

## 4.2 Entscheidung innerhalb einer Zwei-Wochen-Frist nach Antragseingang

Das Integrationsamt trifft seine **Entscheidung innerhalb von zwei Wochen** vom Tag des Antragseingangs an, § 174 Abs. 3 Satz 1 SGB IX .

### **Beispiel:**

Arbeitgeber A aus dem vorausgehenden Beispiel stellt am 19.05. seinen Antrag auf Erteilung der Zustimmung zur Kündigung der Schwerbehinderten M. Das Integrationsamt hat nun bis zum 02.06. Zeit, seine Zustimmung zu erklären.

Für die **Fristberechnung** gelten die §§ 187 ff. BGB .

Trifft das Integrationsamt innerhalb der Frist des § 174 Abs. 3 Satz 1 SGB IX keine Entscheidung, greift die **Fiktion** des § 174 Abs. 3 Satz 2 SGB IX . Dann "gilt die Zustimmung als erteilt".

### **Beispiel:**

Unterstellt, das Integrationsamt trifft im vorausgehenden Fall keine Entscheidung. Dann hat A nichts in der Hand und die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB wäre auch abgelaufen. Für diese Situation ist § 174 Abs. 3 Satz 2 SGB IX vorgesehen. Kommt das Integrationsamt bis zum Ablauf des 02.06. nicht zu einer Entscheidung, darf A mit der gesetzlichen Fiktion im Rücken ab dem 03.06. die außerordentliche Kündigung aussprechen. Die Zustimmung gilt als erteilt.

Es gibt Fälle, in denen das Integrationsamt ganz **bewusst keine Entscheidung** treffen will. Es ist daher sinnvoll, spätestens am letzten Tag der Zwei-Wochen-Frist bei der Behörde anzurufen und nachzufragen, ob die beantragte Zustimmung erteilt wird. Sagt die Behörde dann, dass sie keine Entscheidung treffen werde, gilt die Zustimmung nach Fristablauf als erteilt.

## 4.3 Entscheidung mit eingeschränktem Ermessen

Die Zustimmung des Integrationsamts ist eine **öffentlich-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung** der außerordentlichen Kündigung Schwerbehinderter. Das Integrationsamt überprüft im Zustimmungsverfahren nicht die sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung. Das ist den Arbeitsgerichten vorbehalten. Das Integrationsamt hat die **Interessen** des Arbeitgebers mit denen des schwerbehinderten Arbeitnehmers **abzuwägen**. Dabei gilt es vorrangig, **behinderungsbedingte Nachteile** auszugleichen. Steht der Kündigungsgrund mit der Schwerbehinderung nicht in Zusammenhang, verlieren die Interessen des Arbeitnehmers bei der Abwägung an Gewicht.

In § 174 Abs. 4 SGB IX steht: "Das Integrationsamt soll die Zustimmung erteilen, wenn die Kündigung aus einem **Grund** erfolgt, der **nicht im Zusammenhang mit der Behinderung** steht." Das heißt: Das Integrationsamt hat bei seiner Zustimmungsentscheidung nur ein **eingeschränktes Ermessen**. In typischen Fällen muss die Zustimmung erteilt werden. Ein Ermessen besteht nur in atypischen Fällen. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn

- die außerordentliche Kündigung den Schwerbehinderten in einer die **Schutzzwecke** des SGB IX berührenden Weise
- **besonders hart trifft** und
- ihm im Vergleich zu den der Gruppe der Schwerbehinderten bei einer außerordentlichen Kündigung allgemein zugemuteten Belastungen ein **Sonderopfer** abverlangt (so: BVerwG, 02.07.1992 - 5 C 39/90 ).

Ob ein **wichtiger Grund** i. S. des § 626 Abs. 1 BGB vorliegt, hat das Integrationsamt **nicht zu beurteilen** ( BVerwG, 02.07.1992 - 5 C 39/90 ). Es ist auch nicht seine Aufgabe, die übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung zu prüfen. Es gibt aber die Auffassung, dass die Zustimmung verweigert werden darf, wenn die **Unwirksamkeit** der außerordentlichen Kündigung

**offenkundig** ist oder die vom Arbeitgeber herangezogenen **Gründe offensichtlich nicht ausreichen**, eine außerordentliche Kündigung zu tragen.

#### 4.4 Kündigung innerhalb des Toleranzzeitraums

§ 626 Abs. 2 Satz 1 BGB gibt dem kündigenden Arbeitgeber nach Kenntnis des maßgebenden Tatsachen **zwei Wochen** Zeit, die außerordentliche Kündigung zu erklären. Diese Frist ist bei einem Zustimmungsantrag oft nicht einzuhalten.

##### **Beispiel:**

Arbeitgeber A erfährt am 08.09. die maßgebenden Tatsachen für eine außerordentliche Kündigung. Er hat nun nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zwei Wochen Zeit, diese Kündigung auszusprechen. Die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB läuft am 22.09. ab. Da Arbeitnehmer N schwerbehindert ist, muss A innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 174 Abs. 2 Satz 1 SGB IX die Zustimmung des Integrationsamts beantragen. Das macht A am 13.09. Die Zwei-Wochen-Frist des § 174 Abs. 3 Satz 1 SGB IX läuft damit am 27.09. ab - fünf Tage nach Ablauf der Frist aus § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB. Wenn das Integrationsamt seine Zustimmung nun erst am 24.09. erteilt, könnte das nun zu dem für A bösen Ergebnis führen, dass seine außerordentliche Kündigung, die er ja erst nach Zustimmung des Integrationsamts aussprechen darf, zwei Tage zu spät kommt.

§ 174 Abs. 5 SGB IX rettet außerordentliche Kündigungen Schwerbehinderter vom **Ablauf der Ausschlussfrist** des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB: "Die Kündigung kann **auch nach Ablauf der Frist** des § 626 Abs. 2 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgen, wenn sie **unverzüglich** nach Erteilung der Zustimmung erklärt wird."

##### **Beispiel:**

A aus dem vorausgehenden Beispiel bekommt am 25.09. den Zustimmungsbescheid des Integrationsamts zugestellt. Er lässt noch am gleichen Tag die außerordentliche Kündigung für N schreiben und gibt sie zur Post. N bekommt die außerordentliche Kündigung am 26.09. zugestellt - vier Tage nach Ablauf der Frist aus § 626 Abs. 2 Satz 1, aber immer noch rechtzeitig nach § 174 Abs. 5 SGB IX.

**Unverzüglich** heißt ohne schuldhaftes Zögern. Es gibt für § 174 Abs. 5 SGB IX keinen allgemein gültigen **Maßstab**. Da können drei Tage nach den Umständen des Einzelfalls schon zu lang sein (so: LAG Rheinland-Pfalz, 05.10.2005 - 10 TaBV 22/05). Sinn und Zweck des § 174 Abs. 5 SGB IX ist es, dem Arbeitnehmer entsprechend § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB möglichst umgehend Klarheit darüber zu verschaffen, ob ihm außerordentlich gekündigt wird oder nicht. Dem Arbeitgeber steht damit zwar eine angemessene **Überlegungsfrist** zu. Mit Rücksicht auf die Tatsache, dass die Kündigungsabsicht bereits im Zustimmungsverfahren bei Integrationsamt deutlich gemacht wurde, ist diese zweite Überlegungsfrist **sehr knapp zu bemessen**, weil ergänzende Überlegungen kaum nötig sind (LAG Rheinland-Pfalz, 05.10.2005 - 10 TaBV 22/05). § 174 Abs. 5 SGB IX dient dem **Schutz des Arbeitgebers**. Er will dem Umstand Rechnung tragen, dass es dem Arbeitgeber wegen des Zustimmungserfordernisses oft nicht möglich ist, innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB die außerordentliche Kündigung auszusprechen.

#### 5. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Kündigung - außerordentliche/Schwerbehinderte - **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet vorgestellt:

**Hinweis:** Der SGB IX-Kündigungsschutz war bis zum 30.12.2016 in den §§ 85 ff. SGB IX geregelt. **Ältere Entscheidungen** betreffen die Regelungen in den §§ 85 ff. SGB IX (ab 31.12.2016: §§ 168 ff.). Materiell-rechtlich hat der Kündigungsschutz - mit Ausnahme des § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX, Unwirksamkeit der Kündigung bei fehlender Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung - keine Änderung erfahren.

## 5.1 Aufhebung der Zustimmungsfiktion

Das Integrationsamt muss bei einer außerordentlichen Kündigung nach § 174 Abs. 3 Satz 1 SGB IX innerhalb von zwei Wochen – gerechnet vom Eingang des Arbeitgeberantrags – eine **Entscheidung treffen**. Trifft es innerhalb der **2-wöchigen Frist** keine Entscheidung, gilt die Zustimmung gem. § 174 Abs. 3 Satz 2 SGB IX als erteilt. Diese vom Gesetz angeordnete Fiktion ist im Kündigungsrechtsstreit auch von den Arbeitsgerichten zu beachten. Der Arbeitgeber kann sich dann so lange auf die Zustimmungsfiktion berufen, wie sie **bestandskräftig oder rechtskräftig aufgehoben** ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Zustimmung zur Kündigung – sei es als Fiktion oder via Zustimmungsbescheid – nach § 171 Abs. 4 SGB IX keine aufschiebende Wirkung haben (BAG, 22.07.2021 – 2 AZR 193/21) .

## 5.2 Ausschlussfrist

Die außerordentliche Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers kann über § 174 Abs. 5 SGB IX (= § 91 Abs. 5 SGB IX a.F.) auch nach **Ablauf der 2-wöchigen Frist** des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB noch erfolgen (s. dazu das Stichwort Kündigung - außerordentliche: Ausschlussfrist), "wenn sie" - so die gesetzliche SGB IX-Regelung - "unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erklärt wird." **Unverzüglich** heißt § 121 Abs. 1 BGB entsprechend: "ohne schuldhaftes Zögern". "Schuldhaft ist ein Zögern, wenn das Zuwarten durch die Umstände des Einzelfalls nicht geboten ist." "Unverzüglich" heißt nicht sofort. Für "unverzüglich" gibt es auch **keine starren Zeitvorgaben** - es kommt "auf eine verständige Abwägung der beiderseitigen Interessen an" (s. dazu BAG, 19.04.2012 - 2 AZR 118/11 - und BAG, 01.02.2007 - 2 AZR 333/06). "Nach einer Zeitspanne von mehr als einer Woche ist ohne das Vorliegen besonderer Umstände grundsätzlich keine Unverzüglichkeit mehr gegeben" ( BAG, 27.02.2020 - 2 AZR 390/19 - mit Hinweis auf BAG, 08.12.2011 - 6 AZR 354/10 ).

## 5.3 Bekanntgabe der Entscheidung

Der Arbeitgeber kann die außerordentliche Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers bereits dann erklären, wenn die Zustimmung des Integrationsamts i.S.d. § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX getroffen ist und das Integrationsamt sie dem Arbeitgeber innerhalb der gesetzlichen Zwei-Wochen-Frist **mündlich oder telefonisch** bekannt gegeben hat. § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX enthält eine von § 88 SGB IX, der in seinem Abs. 2 ausdrücklich die **Zustellung** der Entscheidung an den Arbeitgeber verlangt, abweichende Regelung. Insoweit bedarf es - anders als bei der ordentlichen Kündigung - nicht der Zustellung der schriftlichen Entscheidung des Integrationsamts ( BAG, 19.06.2007 - 2 AZR 226/06 ).

## 5.4 Dauertatbestand

Die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers kann nach § 91 Abs. 2 SGB IX nur innerhalb von zwei Wochen beantragt werden. Die **Frist beginnt** mit Ablauf des Tages, an dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Diese Frist wird gewahrt, wenn der Arbeitgeber die Kündigung **bei einer fortlaufenden Arbeitsunfähigkeit** damit begründet, der Arbeitnehmer könne in Folge seiner Arbeitsunfähigkeit die vertraglich vereinbarte Leistung nicht mehr erbringen. Er macht in diesem Fall nämlich einen Dauertatbestand geltend, der sich **fortlaufend neu** verwirklicht ( BAG, 13.05.2004 - 2 AZR 36/04 ).

## 5.5 Fristenkonzurrenz - 1

Es kann Fälle geben, in denen die Zustimmung des Integrationsamts **vor Ablauf der Zwei-Wochen-Frist** des § 626 Abs. 2 BGB vorliegt. In diesem Fall ist der Arbeitgeber nicht nach § 91 Abs. 5 SGB IX verpflichtet, die Kündigung "unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung" zu erklären. Er kann die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB voll ausschöpfen. § 91 Abs. 5 SGB IX dient dem **Schutz des Arbeitgebers** und ergänzt den § 626 Abs. 2 BGB nur nach Ablauf der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist. Er bewirkt **keine Verkürzung der Ausschlussfrist** des § 626 Abs. 2 BGB ( BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 380/00 - zur gleichlautenden Vorläuferregelung in § 21 Abs. 5 SchwbG ).

## 5.6 Fristenkonzurrenz - 2

"Die Vorschrift des § 91 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verdrängt die **Kündigungserklärungsfrist** des § 626 Abs. 2 BGB nicht. Mit dem bestandskräftigen, zustimmenden Verwaltungsakt des Integrationsamts steht auch nicht etwa zugleich fest, dass die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB gewahrt ist. Von den Gerichten für Arbeitssachen ist die Einhaltung der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB eigenständig zu prüfen ( BAG, 02.03.2006 - 2 AZR 46/05 - Leitsatz)."

## 5.7 Gleichbehandlung Arbeitnehmer/Beamte

"1. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG ... ist ... dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat erlaubt, mit einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen Arbeitnehmern mit bestimmten Behinderungen einen spezifischen vorherigen **Schutz bei Entlassung** zu gewähren, ohne einen solchen Schutz **auch Beamten mit den gleichen Behinderungen** zuzubilligen, es sei denn, dass ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz erwiesen ist, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist. Bei dieser Prüfung muss der **Vergleich der Situationen** auf einer Prüfung aller maßgeblichen nationalen Rechtsvorschriften zur Regelung der Stellung einerseits der Arbeitnehmer mit einer bestimmten Behinderung und andererseits der Beamten mit der gleichen Behinderung beruhen, wobei insbesondere das Ziel des Schutzes vor der im Ausgangsverfahren streitigen Entlassung zu berücksichtigen ist."

"2. Falls Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 im Licht des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die **Rechte von Menschen mit Behinderungen** und in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen sollte, würde die **Pflicht zur Einhaltung des Unionsrechts** erfordern, dass der Anwendungsbereich der nationalen Vorschriften, die Arbeitnehmer mit einer bestimmten Behinderung schützen, so ausgeweitet wird, dass diese Schutzvorschriften **auch Beamten mit der gleichen Behinderung** zugutekommen" ( EuGH, 09.03.2017 - C-406/15 - Leitsätze - Bulgarien).

## 5.8 Kündigungsfrist

Wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines Schwerbehinderten ohne Zustimmung des Integrationsamts kündigt, kann der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit dieser Kündigung bis zur Grenze der **Verwirkung** gerichtlich geltend machen. Nach § 4 Satz 4 KSchG gilt: *"Soweit die Kündigung der Zustimmung einer Behörde bedarf, läuft die Frist zur Anrufung des Arbeitsgerichts erst von der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer ab."* Hat das Integrationsamt vor der Kündigung nicht zugestimmt, wird die Frist des § 4 Satz 1 KSchG nicht in Lauf gesetzt. Wenn das Integrationsamt keine Entscheidung treffen kann, kann es dem Arbeitnehmer bis zur Klageerhebung auch keine Entscheidung bekannt geben ( BAG, 13.02.2008 - 2 AZR 864/06 ).

## 5.9 SGB IX-Fristen

Der Arbeitgeber kann die Zustimmung des Integrationsamts zur außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Mitarbeiters gem. § 174 Abs. 2 Satz 1 SGB IX "nur innerhalb von zwei Wochen **beantragen**". Fristbeginn nach § 174 Abs. 2 Satz 2 SGB IX "mit dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen Kenntnis erlangt." Danach muss das Integrationsamt seine **Entscheidung** "innerhalb von zwei Wochen vom Tag des Eingangs des Antrages an" treffen, § 174 Abs. 3 SGB IX . Und wer checkt das? Nun: "Die Gerichte für Arbeitssachen haben bei einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen zu **prüfen**, ob die Kündigung unverzüglich iSd. § 174 Abs. 5 SGB IX erklärt wurde, während die Einhaltung der zweiwöchigen Antragsfrist des § 174 Abs. 2 SGB IX allein vom Integrationsamt zu beurteilen ist" ( BAG, 11.06.2020 – 2 AZR 442/19 – Leitsatz).

## 5.10 "Unverzüglich"

Nach der Legaldefinition in § 121 BGB bedeutet unverzüglich "ohne schuldhaftes Zögern". Ohne schuldhaftes Zögern meint nicht "sofort" und legt auch keine starre Zeitvorgabe fest. Ein Zögern ist allerdings immer dann schuldhaft, wenn das Zuwarten durch die Umstände des Einzelfalls nicht geboten ist ( BAG, 21.04.2005 - 2 AZR 255/04 ).

## 5.11 Verwirkung

Der besondere Kündigungsschutz Schwerbehinderte ist schwer zu knacken. Von Arbeitgeberseite wird daher häufig Verwirkung eingewandt, vor allem dann, wenn die **Schwerbehinderung** vor Ausspruch der Kündigung **nicht bekannt** war. Die Annahme einer Verwirkung - ein Sonderfall des § 242 BGB - hat jedoch strenge Grenzen. So lässt sich eine Verwirkung erst bejahen, wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbehinderung hat und der Arbeitnehmer es unterlässt, sich innerhalb angemessener Frist nach Zugang der Kündigung darauf zu berufen. Das Gesetz sieht dafür keine besondere Frist vor. Mit Blick auf die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG ist jedoch davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber die Schwerbehinderung innerhalb von **drei Wochen nach Kündigungszugang** anzeigen muss.

"Hinzuzurechnen ist die Zeitspanne, innerhalb derer er den Zugang der Mitteilung über den bestehenden Sonderkündigungsschutz beim Arbeitgeber zu bewirken hat. Ein Berufen auf den Sonderkündigungsschutz innerhalb dieses Zeitraums ist regelmäßig nicht als illoyal verspätet anzusehen" ( BAG, 22.09.2016 - 2 AZR 700/15 hier: am 22. Tag nach Zugang der Kündigung und rechtzeitig erhobener Kündigungsschutzklage).

## 5.12 Widerspruchsentscheidung

Bekommt der Arbeitgeber die Zustimmung des Integrationsamts erst im Widerspruchsverfahren, so muss er die Kündigung unverzüglich erklären, nachdem er sichere Kenntnis davon hat, dass der Widerspruchsausschuss zustimmt. Dafür reicht schon die mündliche Bekanntgabe, dass dem Widerspruch stattgegeben worden ist, aus. Der Arbeitnehmer kann aus dem Verstreichenlassen der Zeit zwischen der mündlichen Bekanntgabe der Entscheidung des Widerspruchsausschusses in der Sitzung und der Zustellung des Bescheids aber nicht ableiten, dass der Arbeitgeber nun auf den Ausspruch der außerordentlichen Kündigung hätte verzichten wollen ( BAG, 21.04.2005 - 2 AZR 255/04 ).

## 5.13 Wirkung der Zustimmung - 1

Der Arbeitgeber braucht die Zustimmung des Integrationsamts auch für eine außerordentliche Kündigung. Will sich der schwerbehinderte Arbeitnehmer gegen die Zustimmung wehren, muss er dagegen Widerspruch erheben und - falls er damit scheitert - beim Verwaltungsgericht eine Klage einreichen. § 88 Abs. 4 SGB IX sagt dazu: "Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung haben keine aufschiebende Wirkung." Der Arbeitgeber kann die Zustimmung also für seine Kündigung nutzen. Darüber hinaus gilt: "Die durch das Integrationsamt erteilte Zustimmung zur Kündigung entfaltet - es sei denn, sie wäre nichtig - für den Kündigungsschutzprozess solange Wirksamkeit, wie sie nicht bestands- oder rechtskräftig aufgehoben worden ist" ( BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 991/11 ).

## 5.14 Wirkung der Zustimmung - 2

Die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung eines schwerbehinderten Mitarbeiters ist ein **Verwaltungsakt**. Dieser Verwaltungsakt hat eine Tatbestandswirkung. Sie bindet die Gerichte aller Rechtszweige an das Bestehen und den Inhalt des Verwaltungsakts – auch für den Fall, dass er rechtswidrig sein sollte. Es sei denn, dem Gericht ist eine **Kontrollkompetenz** eingeräumt (s. dazu BAG, 08.05.2018 – 9 AZR 531/17 u. BAG, 14.09.2011 – 10 AZR 466/10 ). Dieses Ergebnis folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG und § 43 VwVfG bzw. § 39 SGB X . Alle Staatsorgane müssen einen (rechtswirksamen) Verwaltungsakt beachten und müssen ihn ihren Entscheidungen zugrunde legen (s. dazu BAG, 08.05.2018 – 9 AZR 531/17 u. BVerwG, 30.01.2003 – 4 CN 14/01 ). **Ausnahme:** Der Verwaltungsakt ist nichtig ( BAG, 22.07.2021 – 2 AZR 193/21 – mit Hinweis auf BAG, 08.05.2018 – 9 AZR 531/17 u. BAG, 14.09.2011 – 10 AZR 466/10 ).

## 5.15 Zustimmungsfiktion - 1

Hat die den Zustimmungsantrag des Arbeitgebers ablehnende **Entscheidung** der Hauptfürsorgestelle (heute: Integrationsamt) den **Machtbereich der Behörde verlassen**, greift die Fiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG (heute: § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX ) nicht ein. Die Entscheidung der Behörde ist getroffen. Es gibt keinen Anlass, entgegen der getroffenen Entscheidung eine Zustimmung zu fingieren (BAG, 16.03.1983 - 7 AZR 96/81 ).

## 5.16 Zustimmungsfiktion - 2

*"Beantragt der Arbeitgeber beim Integrationsamt die Zustimmung zu einer fristlosen und hilfswise fristgerechten Kündigung gegenüber einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer und trifft das Integrationsamt*



*innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 91 Abs. 3 SGB IX eine Entscheidung, welche dem Arbeitgeber zunächst im Sinne einer antragsgemäßen Zustimmung bekannt gegeben wird, ausweislich der später zugestellten Entscheidungsbegründung sich jedoch die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit verhält, und bleibt - weil der Arbeitgeber eine entsprechende Klarstellung nicht bewirkt hat - im Kündigungsschutzprozess ungeklärt, ob der weitergehende Antrag des Arbeitgebers auf Zustimmung zur fristlosen Kündigung stillschweigend zurückgewiesen oder versehentlich übergangen worden ist, so können die Voraussetzungen der Zustimmungsfiktion des § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX nicht festgestellt werden, weswegen allein von einer Zustimmung zur ordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit ausgegangen werden kann" ( LAG Hamm, 12.12.2005 - 8 Sa 1700/05 - Leitsatz).*

### **5.17 Zustimmungsfiktion - 3**

§ 91 Abs. 3 SGB IX sieht vor: "Das Integrationsamt trifft die Entscheidung **innerhalb von zwei Wochen** vom Tage des Eingangs des Antrages an. Wird innerhalb dieser Frist eine Entscheidung nicht getroffen, gilt die Zustimmung als erteilt." Dazu das BAG für einen tarifvertraglich ordentlich "unkündbaren" Mitarbeiter : "1. Die **langjährige Arbeitsverhinderung** aufgrund einer **Strafhaft** kann einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit darstellen. 2. Die Zustimmungsfiktion des § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX greift auch bei einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit ein" ( BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 381/14 - Leitsätze).

### **5.18 Zwei-Wochen-Frist**

Ist die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB nach Erteilung der Zustimmung des Integrationsamts bereits abgelaufen, "verlangt § 91 Abs. 5 SGB IX den unverzüglichen Ausspruch der Kündigung." Nach Erteilung der Zustimmung beginnt also keine neue Zwei-Wochen-Frist. "Unverzüglich" bedeutet nach der Legaldefinition "ohne schuldhaftes Zögern" - was nicht mit "sofort" gleichzusetzen ist, aber auch keine starren Zeitvorgaben verlangt. "Solange derjenige, dem unverzügliches Handeln abverlangt wird, nicht weiß, dass er die betreffende Rechtshandlung vornehmen muss, oder es mit vertretbaren Gründen annehmen kann, er müsse sie noch nicht vornehmen, liegt kein 'schuldhaftes' Zögern vor" ( BAG, 19.04.2012 - 2 AZR 118/11 ).