



Sonderkündigungsschutz

4. Rheinische Arbeitsrechtstage
15.06.2012

Dr. Marcus Michels

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Mütze Korsch Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Köln

Übersicht über die Rechtsnormen des Sonderkündigungsschutzes



1. §§ 85 ff. SGB IX - Schwerbehinderte
2. § 9 MuSchG - Schwangere Arbeitnehmer bis zu 4 Wochen nach der Entbindung
3. §§ 18 BEEG - Arbeitnehmer während der Elternzeit
4. § 5 PflegeZG – Arbeitnehmer während der Pflegezeit
5. § 15 KSchG, § 103 BetrVG – Schutz von Amtsträgern
6. § 43 LPVG – Personalräte
7. §§ 13, 21 MVG – Mitglieder der Mitarbeitervertretung
8. § 19 MAVO – Mitglieder der Mitarbeitervertretung
9. §§ 8, 9 ASiG – Fachkraft für Arbeitssicherheit
10. § 4 f BDSG – Datenschutzbeauftragter
11. § 58 BImSchG – Immissionsschutzbeauftragter, Störfallbeauftragter
12. § 22 BBiG – Auszubildende
13. § 26 ArbGG – Ehrenamtliche Richter
14. § 17 ArbSchG – Arbeitnehmer, die Vorschläge zur Arbeitssicherheit unterbreiten
15. § 26 MitbestG – Aufsichtsratsmitglieder
16. § 22 SGB VII – Sicherheitsbeauftragte
17. § 48 II GG – Kündigungsschutz für Parlamentarier



I.
§ 85 ff. SGB IX – Schwerbehinderte

§ 85 SGB IX

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber bedarf der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes.

1. Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes

- gilt nur für Arbeitnehmer
 - Arbeitnehmer im Sinne des § 85 SGB IX sind auch Auszubildende, Argument aus § 10 Abs. 2 BBiG
- Schwerbehindert im Sinne des § 85 SGB IX sind
 - diejenigen Arbeitnehmer mit einer Behinderung mit einem Grad von zumindest 50 von 100 oder
 - die nach § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellt sind.

Schwerbehinderte

1. Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes



- Die Schwerbehinderung oder Gleichstellung muss zum Zeitpunkt der Kündigung nachgewiesen sein
 - § 90 Abs. 2 a SGB IX
„Die Vorschriften dieses Kapitels finden keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte.“
 - Diese Norm wird allgemein als missglückt angesehen. Positiv ausgedrückt bedeutet dies:
 - Sonderkündigungsschutz, wenn ein Grad der Behinderung von mind. 50 oder die Gleichstellung durch das Versorgungsamt festgestellt ist.
 - Der Sonderkündigungsschutz greift auch, wenn der Arbeitnehmer länger als drei Wochen vor Zugang der Kündigung den Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter oder Gleichgestellter gestellt hat und dieser erst nachträglich beschieden wurde (BAG, Urteil vom 01.03.2007, AP SGB IX, § 90 Nr. 2 = NZA 2008, 302)
 - Der Nachweis nach § 90 Abs. 2a SGB IX ist bei offenkundiger Schwerbehinderung entbehrlich.

Schwerbehinderte

1. Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes



- Kenntnis des Arbeitgebers von der Anerkennung als Schwerbehinderter bzw. von der Gleichstellung nicht erforderlich
- Kündigungsschutz des § 85 SGB IX knüpft allein an den objektiven Tatbestand an.
 - Arbeitnehmer muss die Schwerbehinderung spätestens binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung mitteilen
(BAG, Urteil vom 12.01.2006, AP SGB IX, § 85 Nr. 3 = NZA 2006, 1035)
 - Ausreichend hierzu soll schon die Erwähnung in der Kündigungsschutzklage sein, auch wenn diese später zugestellt wird (BAG, Urteil vom 23.02.2010, AP SGB IX, § 85 Nr. 8 = NZA 2011, 411)
 - Dreiwochenfrist konkretisiere nur Sondertatbestand der Verwirkung. Innerhalb der Klagefrist könne Verwirkung nicht eintreten.
 - Die Begründung ist sicherlich vertretbar, allerdings wird hierdurch die Dreiwochenfrist, die zuvor allgemein galt, aufgeweicht, so dass Rechtsunsicherheit entsteht. Mit § 167 ZPO nicht begründbar, § 167 ZPO gilt nur für gerichtliche Fristen.

Schwerbehinderte

1. Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes



- Das Arbeitsverhältnis besteht zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung länger als sechs Monate, § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX
- Keine Anwendung auf Arbeitsverhältnisse gem. § 90 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX, die durch Kündigung beendet werden, sofern die Arbeitnehmer das 58. Lebensjahr vollendet haben und
 - Anspruch auf eine Abfindung, Entschädigung oder ähnliche Leistung aufgrund eines Sozialplanes haben oder
 - Anspruch auf eine Knappschaftsausgleichsleistung nach dem VI. Buch oder
 - auf Anpassungsgeld für entlassene Arbeitnehmer des Bergbaus haben und
 - wenn der Arbeitgeber ihnen die Kündigungsabsicht rechtzeitig mitgeteilt hat und
 - sie der beabsichtigten Kündigung bis zu deren Ausspruch nicht widersprechen.

2. Antrag des Arbeitgebers

„§ 87 SGB IX:

Die Zustimmung zur Kündigung beantragt der Arbeitgeber bei dem für den Sitz des Betriebes oder der Dienststelle zuständigen Integrationsamt schriftlich.“

- Zum Zeitpunkt der Antragsstellung kann die Anhörung des Betriebsrates bzw. Beteiligung des Personalrates bereits erfolgt sein.
- Die Anhörung des Betriebsrates bzw. Personalrates kann aber auch während oder nach dem Zustimmungsverfahren beim dem Integrationsamt durchgeführt werden (BAG, 01.04.1981, AP BetrVG 1972, § 102 Nr. 23).
- Eine Wiederholung des Anhörungsverfahrens ist nur dann erforderlich, wenn sich vor Ausspruch der Kündigung der zugrundeliegende Sachverhalt wesentlich ändert (BAG, 20.01.2000, AP KSchG 1969, § 1 Krankheit Nr. 38).

3. Verfahren bei dem Integrationsamt

- Einholung von Stellungnahmen des Betriebsrates, Personalrates und der Schwerbehindertenvertretung
- Anhörung des zu kündigenden schwerbehinderten Arbeitnehmers
- Das Integrationsamt *soll* eine mündliche Verhandlung anberaumen, in der mit allen Beteiligten die beabsichtigte Kündigung erörtert wird, § 87 Abs. 2 SGB IX
- Bleibt einer der Beteiligten der mündlichen Verhandlung fern, muss das Integrationsamt ihn zur schriftlichen Stellungnahme auffordern (KR Etzel, § 85-90 SGB IX, Rn. 75)
- In der mündlichen Verhandlung soll das Integrationsamt auf eine gütliche Einigung hinwirken, § 87 Abs. 3 SGB IX
- Verstoß gegen Verfahrensvorschriften macht Entscheidung des Integrationsamt nicht nichtig, jedoch rechtswidrig.

4. Fristen zur Entscheidung des Integrationsamtes

- Das Integrationsamt soll die Entscheidung innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrages treffen
 - Soll-Vorschrift, d.h. die Monatsfrist kann ohne Rechtsfolgen überschritten werden, falls dies aus sachlichen Gründen geboten ist.
- sachliche Rechtfertigung wenn das Anerkennungsverfahren über die Schwerbehinderteneigenschaft noch nicht abgeschlossen ist
 - In diesem Fall kann das Integrationsamt einen vorsorglichen Bescheid über die beantragte Zustimmung erteilen.
Im Fall der nicht gerechtfertigten Fristüberschreitung können dem Arbeitgeber Schadensersatzansprüche zu stehen.
- nach dreimonatiger Verfahrensdauer
 - Untätigkeitsklage gem. §§ 42 Abs. 1, 75 Satz 1, 2 VwGO
 - aufgrund der Terminierung der Verwaltungsgerichte nicht empfehlenswert.

5. Ermessen des Integrationsamtes

- Grundsatz:
 - Entscheidung nach freiem pflichtgemäßen Ermessen
 - Abzuwägen ist das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers gegen das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers (OVG Brandenburg, 17.10.2003 – 4 B 59/03)
 - der besondere Schutz der §§ 85 ff. SGB IX wird zusätzlich zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Schutz gewährt
 - das Integrationsamt darf die arbeitsrechtliche Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung grundsätzlich nicht prüfen (OVG Berlin-Brandenburg, 28.03.2007, 6 B 14/06; BVerwG vom 19.10.1995, BVerwG GE 99, 336, 340)
 - ob die Zustimmung im Fall der offensichtlichen arbeitsrechtlichen Unwirksamkeit zu verweigern ist, hat das BVerwG offengelassen (BVerwG, Urteil vom 02.07.1992, BVerwG E 90, 287, dazu neigend OVG Berlin Brandenburg, 28.03.2007, 6 B 14/06, VGH Mannheim, 26.05.2003, NZA RR 2003, 629).

Schwerbehinderte

5. Ermessen des Integrationsamtes



- Die interessenabwägende Ermessensentscheidung gewinnt zu Gunsten des Arbeitnehmers an Gewicht, wenn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf Gründe gestützt wird, die in der Behinderung selbst ihre Ursache haben (OVG Bautzen, 25.08.2003, NZA RR 2004, 208).
- Umgekehrt sind Belange des schwerbehinderten Arbeitnehmers geringer zu gewichten, je weniger ein Zusammenhang zwischen der Behinderung und dem Kündigungsgrund besteht (BVerwG, Urteil vom 19.10.1995, NZA RR 1996, 288, 289).
- Für die Kündigungsgründe gilt damit Folgendes:
 - Personenbedingte Kündigung
 - volle Ermessensausübung
 - Zustimmung nur, wenn mit einer sinnvollen Arbeitsleistung nicht mehr zu rechnen ist oder
 - wenn die Weiterbeschäftigung allen Gesetzen wirtschaftlicher Vernunft widerspricht
 - Im Übrigen überwiegt meist das Interesse des Schwerbehinderten am Bestandsschutz

Schwerbehinderte

5. Ermessen des Integrationsamtes



- Verhaltensbedingte Kündigung
 - sofern kein Zusammenhang mit der Schwerbehinderung besteht ist die Zustimmung zu erteilen
 - Verweigerung nur für den Fall der offenkundigen Unwirksamkeit der Kündigung
- Betriebsbedingte Kündigung
 - keine Prüfung der unternehmerische Entscheidung
 - lediglich Prüfung ob Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten vorhanden sind.
 - Entsprechendes gilt für die Sozialauswahl
 - Auch hier gilt, dass bei offenkundig unwirksamer Kündigung die Zustimmung versagt werden kann.
- Einschränkung des Ermessens gem. § 89 SGB IX

„Das Integrationsamt erteilt die Zustimmung bei Kündigungen in Betrieben und Dienststellen, die nicht nur vorübergehend eingestellt oder aufgelöst werden, wenn zwischen dem Tage der Kündigung und dem Tage, bis zu dem Gehalt oder Lohn gezahlt wird, mindestens drei Monate liegen.“

Schwerbehinderte

5. Ermessen des Integrationsamtes



- Das Integrationsamt soll die Zustimmung bei Kündigungen in Betrieben und Dienststellen erteilen, die nicht nur vorübergehend wesentlich eingeschränkt werden, wenn die Gesamtzahl der weiterhin beschäftigten schwerbehinderten Menschen zur Erfüllung der Beschäftigungspflicht nach § 71 SGB IX ausreicht.
- Der Begriff der wesentlichen Einschränkung korrespondiert mit § 111 BetrVG bzw. richtet sich nach den Zahlengrenzen des § 17 KSchG.
- Das Integrationsamt soll ferner die Zustimmung erteilen, wenn dem schwerbehinderten Menschen ein anderer angemessener und zumutbarer Arbeitsplatz gesichert ist.
 - Anwendung insbesondere im Fall von Änderungskündigungen
 - ein anderer Arbeitsplatz ist gesichert, wenn
 - der Arbeitgeber verbindlich den Abschluss eines im Einzelnen bestimmten Arbeitsvertrages zusagt oder
 - wenn ein anderer Arbeitgeber eine entsprechende Zusage macht.
 - Angemessen ist der anderweitige Arbeitsplatz, wenn
 - er nach der Art der Tätigkeit, der Höhe des Arbeitsentgelts und den übrigen Arbeitsbedingungen den Fähigkeiten und der Vorbildung des schwerbehinderten Menschen entspricht.

- Zumutbarkeit richtet sich in erster Linie nach den persönlichen Verhältnissen des Schwerbehinderten, insbesondere nach der Länge des Weges von und zur Arbeitsstätte und den Arbeitsverhältnissen in der neuen Umgebung
- Ermessensreduzierung im Falle des Insolvenzverfahrens gem. § 89 Abs. 3 SGB IX.

6. Entscheidung des Integrationsamtes

- Die Entscheidung des Integrationsamtes ist ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung. Sie unterliegt dem Begründungszwang nach § 35 SGB X.
- Die Entscheidung ist förmlich zuzustellen.
- Widerspruch und Anfechtungsklage haben keine aufschiebende Wirkung, § 88 Abs. 4 SGB IX.

7. Rechtsbehelfe des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers

- Arbeitgeber und Arbeitnehmer können Widerspruch einlegen
 - Einlegung bei der entscheidenden Behörde
 - Begründung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben
 - hilft das Integrationsamt dem Widerspruch nicht ab, entscheidet der bei dem Integrationsamt gebildete Widerspruchsausschuss
 - Gegen den Bescheid des Widerspruchsausschusses ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.
- Es besteht ein zweigleisiger Rechtsschutz
 - der Arbeitnehmer kann gegen die erteilte Zustimmung Widerspruch einlegen und ggf. anschließend Klage vor den Verwaltungsgerichten erheben
 - er kann zugleich nach Ausspruch einer Kündigung Kündigungsschutzklage erheben.
 - die Arbeitsgerichte können die Entscheidung des Integrationsamtes nicht prüfen, sie sind hieran gebunden.
 - über die Aussetzung des Rechtsstreites vor dem Arbeitsgericht bis zur Rechtskraft der Entscheidung des Integrationsamtes hat dieses nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden

- der Rechtsstreit kann fortgesetzt werden; wird die Kündigungsschutzklage rechtskräftig abgewiesen, die Zustimmung später aber aufgehoben, ist im Wege der Restitutionsklage die Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils zu erreichen (BAG, 26.09.1991, AP KSchG 1969, § 1 Krankheit Nr. 28).

8. Kündigungserklärung, § 88 Abs. 3 SGB IX

- Erteilt das Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung, kann der Arbeitgeber die Kündigung nur innerhalb eines Monats nach der Zustellung erklären
- Vor der Zustellung der Zustimmung kann der Arbeitgeber nicht wirksam kündigen, (BAG 16.10.1991, EzA § 18 SchwbG, Nr. 2)
 - Wird der Zeitpunkt der förmlichen Zustellung fingiert, z.B. gem. § 4 VzGBW oder gem. LZG NRW, darf der Arbeitgeber vor dem rechtlichen Zeitpunkt der Zustellung nicht kündigen, auch wenn ihm der Zustimmungsbescheid früher zugeht (LAG Baden-Württemberg, 22.09.2006, 18 Sa 28/06)
 - Genaue Prüfung der gewählten Zustellung notwendig
 - Erfolgt die Zustellung durch die Post mittels Übergabe-Einschreiben oder mittels Einschreiben/Rückschein, erfolgt die Zustellung am dritten Tage nach der Aufgabe zur Post, der Tag der Aufgabe zur Post ist in den Akten zu vermerken.

9. Keine Bindung des Arbeitgebers an den Tatsachenvortrag vor dem Integrationsamt

- Ein Nachschieben von Gründen, die der Arbeitgeber nicht im Zustimmungsverfahren nach § 85 ff. SGB IX genannt hat, ist uneingeschränkt zulässig (LAG Sachsen-Anhalt, 24.11.1999, BB 2000, 2051).
- Eine Präklusionswirkung ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

10. Besonderheiten bei der außerordentlichen Kündigung von Schwerbehinderten

- Abweichende Regelungen gem. § 91 SGB IX
 - Zustimmung muss innerhalb von zwei Wochen beantragt werden.
 - Frist beginnt mit Kenntniserlangung des Arbeitgebers von den Kündigungsgründen.
 - 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.

Schwerbehinderte

10. Besonderheiten bei der außerordentlichen Kündigung von Schwerbehinderten



- Das Integrationsamt soll die Zustimmung erteilen, wenn die Kündigung aus einem Grunde erfolgt, der nicht in Zusammenhang mit der Behinderung steht.
- Liegt kein Zusammenhang vor, ist die Zustimmung zu erteilen. Ob dies auch dann gilt, wenn die außerordentliche Kündigung offensichtlich unwirksam ist, ist ebenso offen, wie bei der ordentlichen Kündigung.
- Die Kündigung kann auch nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB erfolgen, wenn sie unverzüglich nach der Zustimmung erklärt wird.

II.
§ 9 Mutterschutzgesetz (MuSchG)

§ 9 Kündigungsverbot

- (1) *Die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung ist unzulässig, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war oder innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird; das Überschreiten dieser Frist ist unschädlich, wenn es auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird [...]*

- (3) *Die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle kann in besonderen Fällen, die nicht mit dem Zustand einer Frau während der Schwangerschaft oder ihrer Lage bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung in Zusammenhang stehen, ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären. Die Kündigung bedarf der schriftlichen Form und muss den zulässigen Kündigungsgrund angeben.*

1. Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes

- Schwangerschaft zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung
 - Rückrechnung vom ärztlich festgestellten voraussichtlichen Tag der Niederkunft
 - 280 Tage zurückrechnet, wobei es den voraussichtlichen Entbindungstag nicht mitzählt
(BAG, 27.10.1983, AP MuSchG 1968, § 9 Nr. 14)
- Entbindung
 - Lebendgeburt einschließlich Frühgeburten
 - Auch bei einer Todgeburt bleibt der Kündigungsschutz nach der Rechtsprechung des BAG erhalten (BAG, 16.02.1973, AP MuSchG 1968, § 9 Nr. 2)
 - Kein Sonderkündigungsschutz nach einer Fehlgeburt (LAG Köln, Urteil vom 21.01.2000, NZA RR 2001, 303)
 - Keine Entbindung stellt ein Schwangerschaftsabbruch dar.

Schwangere

1. Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes



- Kenntnis des Arbeitgebers
 - positive Kenntnis von der Schwangerschaft erforderlich, grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht, (LAG Düsseldorf, 21.07.1964, DB 164, 1416)
 - Auf welche Art und Weise der Arbeitgeber Kenntnis erlangt hat, ist unerheblich, der Inhalt der Mitteilung muss jedoch eindeutig sein
 - ausreichend soll bereits die Mitteilung der Vermutung der Schwangerschaft sein, (BAG, 05.05.1961, AP MuSchG, § 9 Nr. 23)
 - nicht überzeugend, Vermutung ist keine sichere Kenntnis
 - Kenntnis muss der Arbeitgeber haben. Dies ist bei natürlichen Personen der Betriebsinhaber, bei Kapitalgesellschaften die zur Vertretung berechtigten Personen, wobei die Kenntnis eines Vertreters genügt (BAG, 20.09.1984, AP BGB, § 28 Nr. 1 = NZA 1985, 250)
 - Im Falle des Betriebsüberganges genügt die Kenntnis des Veräußerers (BAG, 11.12.2008, NZA 2009, 556)
 - Mitteilung der schwangeren Frau muss spätestens innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung erfolgen
 - Fristversäumung unschädlich wenn unverschuldet und umgehende Nachholung erfolgt

Schwangere

1. Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes



- Verlust des Sonderkündigungsschutzes tritt ein, wenn
 - unterlassene Mitteilung gröblicher Verstoß gegen üblicher Weise zu erwartendes Verhalten darstellt
 - positive Kenntnis von der Schwangerschaft
 - wenn zwingende Anhaltspunkte für eine Schwangerschaft vorliegen
 - » ausbleiben von zwei Regelblutungen
(BAG, 15.08.1984, RzK IV 6a)

2. Zulassung der Arbeitgeberkündigung durch die Aufsichtsbehörde

- Zuständig ist in NRW die Bezirksregierung
 - Einleitung durch Antrag des Arbeitgebers
 - Der Antrag beinhaltet
 - die wesentlichen Sozialdaten (Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Familienstand, Unterhaltspflichten)
 - Tag der voraussichtlichen oder erfolgten Entbindung
 - Art der beabsichtigten Kündigung (ordentlich und außerordentlich)
 - die Kündigungsfrist und der Kündigungszeitpunkt
 - Gründe für die Kündigung
 - Zweckdienlich ist außerdem dem Antrag eine Kopie der ärztlichen Bescheinigung beizufügen
- Verwaltungsverfahren
 - Über den Antrag wird im sogenannten nicht förmlichen Verwaltungsverfahren (§ 10 VwVfG) entschieden. Den Beteiligten ist rechtliches Gehör zu gewähren. Es gilt der Grundsatz der Amtsermittlung.

- Voraussetzung für die Zulassung der Kündigung:
 - „besonderer Fall“
 - unbestimmter Rechtsbegriff
 - strenge Auslegung, grundsätzlich hat der Bestandsschutz der Arbeitnehmerin Vorrang
 - » Personenbedingte Gründe nur, wenn die wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers in die Nähe der Existenzgefährdung rückt (BVerwG, 21.10.1970)
 - » Gründe im Verhalten der Arbeitnehmerin: im Wesentlichen Vorliegen eines wichtigen Grundes
 - » Betriebsbedingte Gründe nur dann, wenn keine Möglichkeiten mehr bestehen, die Arbeitnehmerin weiterzubeschäftigen (BVerwG, 18.08.1977, AP MuSchG 1968, § 9 Nr. 5)

3. Entscheidung

- Die Entscheidung der Behörde ergeht in schriftlicher Form. Sie ist zu begründen.

4. Kündigung

- Der Arbeitgeber muss die Bestandskraft der Zulässigkeitserklärung (also den Ablauf der Widerspruchs- bzw. Klagefrist nicht abwarten (BAG, 17.06.2003, AP MuSchG 1968, § 9 Nr. 33)
- Auch wenn Widerspruch bzw. Klage bereits erhoben worden ist, kann gekündigt werden
 - streitig
 - Anordnung des Sofortvollzuges fehlt im Mutterschutzgesetz, anders als im SGB IX
 - BAG, a.a.O., geht gleichwohl von sofortiger Kündigungsmöglichkeit aus
 - Anordnung der aufschiebende Wirkung betreffe nur Vollzug
 - Vollzug könne aber nur durch die Behörde erfolgen, nicht durch den Arbeitgeber
 - Im Ergebnis sei die Kündigung deshalb schwebend unwirksam
 - Kündigung muss den zulässigen Kündigungsgrund angeben

- keine vollständige Substantiierung
 - Nennung der maßgeblichen Tatsachen
 - die Arbeitnehmerin soll erkennen können, um welche konkreten Umstände es sich handelt
- Begründung muss ebenfalls schriftlich erfolgen

5. Rechtsmittel

- Widerspruch bzw. Klage vor den Verwaltungsgerichten
 - Arbeitsgerichte können den Kündigungsrechtsstreit bis zur Entscheidung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aussetzen.
 - Hat das Rechtsmittel der Arbeitnehmerin Erfolg, und erweist sich der Zustimmungsbescheid nicht als rechtsbeständig, ist die Kündigung gem. § 9 MuSchG unwirksam.
 - wird die Kündigungsschutzklage rechtskräftig abgewiesen, die Zustimmung später aber aufgehoben, ist im Wege der Restitutionsklage die Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils zu erreichen.

III.
§ 18 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG)

§ 18 BEEG



1. § 18 Abs. 1 BEEG

„Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, höchstens jedoch 8 Wochen vor Beginn der Elternzeit und während der Elternzeit nicht kündigen. In besonderen Fällen kann ausnahmsweise eine Kündigung für zulässig erklärt werden.“

a) Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes

- Der Arbeitnehmer muss elternzeitberechtigt sein
 - § 15 BEEG
 - wenn sie/er mit einem Kind im Sinne des § 1 Abs. 3 BEEG in einem Haushalt lebt und
 - dieses auch selbst betreut und erzieht
- Die Elternzeit muss zumindest verlangt worden sein
- § 16 BEEG schreibt Schriftform vor
 - mündlicher Antrag genügt grdsl. nicht
 - Ausnahme: Das Verlangen auf Elternzeit wurde mündlich gestellt und der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin wie in der Elternzeit behandelt (BAG, 26.06.2008, Az. 2 AZR 23/07, BB 2008, 2690)

§ 18 BEEG



- Kündigungsschutz besteht auch
 - wenn Motiv für die Elternzeit lediglich Erhalt des Kündigungsschutz ist (LAG Niedersachsen, Urteil vom 02.07.2004, NZA RR 2005, 250)
 - wenn das Arbeitsverhältnis erst nach der Geburt begründet wurde (BAG, Urteil vom 27.03.2003, AP BErzGG § 18 Nr. 6)
 - wenn in einem zweiten Arbeitsverhältnis der Rest der zuvor noch nicht vollständig genommenen Elternzeit geltend gemacht wird (BAG, Urteil vom 11.03.1999, AP BErzGG § 18 Nr. 4)
- Der Antrag darf höchstens 8 Wochen vor der Elternzeit gestellt werden
 - wird der Antrag früher gestellt, beginnt der Sonderkündigungsschutz gleichwohl erst 8 Wochen vor der Elternzeit.
- Eine Wartezeit von 6 Monaten besteht nicht.

b) Rechtsfolge

- Die Kündigung ist nichtig, in besonderen Fällen kann die Kündigung zugelassen werden, zu den besonderen Fällen gilt das zu § 9 MuSchG gesagte.

§ 18 BEEG



2. § 18 Abs. 2 BEEG

„Abs. 1 gilt entsprechend, wenn Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin

- (1) Während der Elternzeit bei dem selben Arbeitgeber Teilzeitarbeit leisten oder*
- (2) Ohne Elternzeit in Anspruch zu nehmen, Teilzeitarbeit leisten und Anspruch auf Elterngeld nach § 1 während des Bezugszeitraumes nach § 4 Abs. 1 haben.“*

a) Teilzeit bei dem selben Arbeitgeber während der Elternzeit

- auch das Teilzeitarbeitsverhältnis unterliegt dem Sonderkündigungsschutz
- § 18 Abs. 2 Nr. 2 stellt klar, dass auch Arbeitnehmer, die bei dem selben Arbeitgeber Teilzeit leisten ohne Inanspruchnahme der Elternzeit aber mit Anspruch auf Elterngeld am Sonderkündigungsschutz teilnehmen.
- Problem:
 - Arbeitgeber hat keine Kenntnis von dem besonderen Kündigungsschutz
 - Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer muss binnen zwei Wochen nach Zugang der Kündigung über den Anspruch unterrichten
 - Regelungen MuSchG werden analog angewandt

§ 18 BEEG



- Zweifelhaft ist die Dauer des Sonderkündigungsschutzes
 - Nach dem Wortlaut liegt es nahe, den Sonderkündigungsschutz auf die Zeit der Gewährung des Elterngeldes zu beschränken
„und Anspruch auf Elterngeld während des Bezugszeitraumes nach § 4 Abs. 1 BEEG haben“ (LAG Berlin, 15.12.2005, NZA RR 2005, 474)
 - herrschende Meinung:
 - Sonderkündigungsschutz während der Dauer der gesamten Elternzeit
 - Argument:
 - Schutzbedürfnis bestehe während der gesamten Elternzeit
 - Wertungswidersprüche bei der Inanspruchnahme der Elternzeit seien ansonsten nicht aufzulösen

IV.
§ 5 Pflegezeitgesetz (PflegeZG)

§ 5 PflegeZG - Kündigungsschutz



- „(1) Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis von der Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 oder der Pflegezeit nach § 3 nicht kündigen.
- (2) In besonderen Fällen kann eine Kündigung von der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde oder der von ihr bestimmten Stelle ausnahmsweise für zulässig erklärt werden [...]“

1. Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes

- Personeller Anwendungsbereich
 - Arbeitnehmer
 - die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten und
 - Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind.
 - Die Einbeziehung der lediglich wirtschaftlich abhängigen Selbständigen ist systemfremd und war nicht zu erwarten. Sie entspricht aber dem Wortlaut und der herrschenden Meinung

§ 5 PflegeZG - Kündigungsschutz



- Pflegebedürftiger naher Angehöriger
 - Nahe Angehörige sind Großeltern, Eltern, Schwiegereltern, Ehegatten, Lebenspartner, Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft, Geschwister, Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder, die Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder des Ehegatten oder Lebenspartners, Schwiegerkinder und Enkelkinder
 - Pflegebedürftig ist, wer die Voraussetzungen der §§ 14, 15 SGB XI (zumindest Pflegestufe I) erfüllt.
- Pflegezeit
 - § 2 PflegeZG
 - bis zu 10 Arbeitstage wenn aufgrund einer akut aufgetretenen Pflegesituation
 - eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder
 - eine pflegerische Versorgung sicherzustellen ist
 - Betriebsgröße unbeachtlich
 - § 3 PflegeZG
 - Pflegezeit bis zu 6 Monaten
 - zur Pflege eines pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung
 - Arbeitgeber beschäftigt mehr als 15 Arbeitnehmer

§ 5 PflegeZG - Kündigungsschutz



2. Beginn des Sonderkündigungsschutzes

- Nach dem Wortlaut: Mit der Ankündigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 oder der Pflegezeit nach § 3
- Die Pflegezeit nach § 3 für bis zu 6 Monate ist schriftlich geltend zu machen.
 - Sonderkündigungsschutz ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung
 - Bei Geltendmachung am ersten Tag des Arbeitsverhältnis ist die Kündigung auch während der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG nur noch mit behördlicher Zustimmung möglich
 - keine Ankündigungsfrist
 - kein maximaler Zeitraum für die Vorankündigung wie in § 18 BEEG
 - herrschende Meinung lehnt eine analoge Anwendung des § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG ab
 - keine planwidrige Regelungslücke (z.B.: Erfurter Kommentar-Gallner, § 5 PflegeZG, Rn. 2; Jousen NZA 2009, 69; a.A. Hanau, FS Buchner, Seite 297)
 - es bleibt nur der Einwand des Rechtsmissbrauches
 - Nachweis der Rechtsmissbräuchlichkeit kaum führbar

§ 5 PflegeZG - Kündigungsschutz



- Rechtsfolge
 - Nichtigkeit der Kündigung
- Zulassung in besonderen Fällen
 - In besonderen Fällen kann die Kündigung allerdings von den für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörden oder der von ihr bestimmten Stelle ausnahmsweise für zulässig erklärt werden. Hier gilt Gleiches wie zum MuSchG dargelegtes.

V.

§ 15 Kündigungsschutzgesetz (KSchG),
§ 103 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) –
Schutz von Amtsträgern

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



- (1) *Die Kündigung eines Mitglieds eines Betriebsrates, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung, einer Bordvertretung oder eines Seebetriebsrates ist unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen und dass die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt wird. Nach Beendigung der Amtszeit ist die Kündigung eines Mitglieds eines Betriebsrates, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung oder eines Seebetriebsrates innerhalb eines Jahres, die Kündigung eines Mitglieds einer Bordvertretung innerhalb von sechs Monaten, jeweils vom Zeitpunkt der Beendigung der Amtszeit an gerechnet, unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen; dies gilt nicht, wenn die Beendigung der Mitgliedschaft auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht [...]*
- (2) *Inhaltsgleich für Mitglieder einer Personalvertretung.*

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



- (3) *Die Kündigung eines Mitglieds eines Wahlvorstandes ist vom Zeitpunkt seiner Bestellung an, die Kündigung eines Wahlbewerbers vom Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlages an, jeweils bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen und dass die nach § 103 BetrVG oder nach dem Personalvertretungsgesetz erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt wird. Innerhalb von sechs Monaten nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses ist die Kündigung unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Dies gilt nicht für Mitglieder des Wahlvorstandes, wenn dieser durch gerichtliche Entscheidung durch einen anderen Wahlvorstand ersetzt worden ist.*

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



- (3) a) *Die Kündigung eines Arbeitnehmers, der zu einer Betriebs-, Wahl- oder Bordversammlung nach § 17 Abs. 3, § 17 a Nr. 3 Satz 2, § 115 Abs. 2 Nr. 8 Satz 1 BetrVG einlädt oder die Bestellung eines Wahlvorstandes nach § 16 Abs. 2 Satz 1, § 17 Abs. 4, § 17 a Nr. 4, § 63 Abs. 3, § 115 Abs. 2 Nr. 8 Satz 2 oder § 116 Abs. 2 Nr. 7 Satz 5 BetrVG beantragt, ist vom Zeitpunkt der Einladung oder Antragstellung bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, der Kündigungsschutz gilt für die ersten drei in der Einladung oder Antragstellung aufgeführten Arbeitnehmer. Wird ein Betriebsrat, eine Jugend- und Auszubildendenvertretung, eine Bordvertretung oder ein Seebetriebsrat nicht gewählt, besteht der Kündigungsschutz nach Satz 1 vom Zeitpunkt der Einladung oder Antragstellung an drei Monate. [...]*
- (4) *Wird der Betrieb stillgelegt, so ist die Kündigung der in den Absätzen (1) bis (3) genannten Personen frühestens zum Zeitpunkt der Stilllegung zulässig, es sei denn, dass ihre Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt durch zwingende betriebliche Erfordernisse bedingt ist.*

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



(5) Wird eine der in den Absätzen (1) bis (3) genannten Personen in einer Betriebsabteilung beschäftigt, die stillgelegt wird, so ist sie in eine andere Betriebsabteilung zu übernehmen. Ist dies aus betrieblichen Gründen nicht möglich, so findet auf ihre Kündigung die Vorschrift des Absatzes (4) über die Kündigung bei Stilllegung des Betriebes sinngemäß Anwendung.

1. Systematik

- In den Fällen des § 15 Abs. 4 und 5 KSchG (Stilllegung des Betriebes bzw. Stilllegung einer Betriebsabteilung) handelt es sich um eine ordentliche Kündigung, das Beteiligungsverfahren richtet sich nach § 102 BetrVG.
- Erforderlichkeit des Zustimmungsersetzungsverfahrens, § 103 BetrVG:
Mitglieder des Betriebsrates, Mitglieder einer Personalvertretung, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung oder einer Jugendvertretung, Mitglieder des Wahlvorstands, Ersatzmitglieder des Betriebsrates für die Dauer ihrer Vertretung (BAG, 05.11.2009, AP KSchG 1969, § 15 Nr. 65).

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



- Kein Zustimmungserfordernis des Betriebsrates
 - für die in § 15 Abs. 3 a KSchG aufgeführten Initiatoren der Betriebsratswahl
 - Bewerber für den Wahlvorstand sind keine Wahlbewerber im Sinne des § 103 BetrVG, dies ergibt sich aus dem Wortlaut (herrschende Meinung GK BetrVG – Raab, § 103 Nr. 6; HWK/Ricken, § 103 Rn. 5; Richardi/Thüsing, § 103 Rn. 8; a.A. KR/Etzel, § 103 BetrVG, Rn 5.)
 - Im Falle des nachwirkenden Kündigungsschutzes

- 2. Zustimmung des Betriebsrates bzw. Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht**

- Zuständig für die Erteilung der Zustimmung nach § 103 BetrVG ist der Betriebsrat
- Dies gilt auch für die außerordentliche Kündigung von Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung, diese haben allerdings bei der Kündigung eines Mitglieds der Jugend- und Auszubildendenvertretung ein Stimmrecht.
- Das von der Kündigung betroffene Betriebsratsmitglied gilt als zeitweilig verhindert, ein Ersatzmitglied rückt bei der Beschlussfassung ein.

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



- Besteht der Betriebsrat nur aus einem Mitglied, entscheidet das Ersatzmitglied, gibt es kein gewähltes Ersatzmitglied, ist der Arbeitgeber verpflichtet, nach § 103 Abs. 2 BetrVG im Beschlussverfahren die Zustimmung des Arbeitsgerichts einzuholen (BAG, 14.09.1994, EzA, § 103 BetrVG 1972, Nr. 36)
- Ist eine Zustimmung nach § 103 BetrVG erforderlich, besteht aber kein Betriebsrat, z.B. bei der Kündigung eines Wahlbewerbers, muss der Arbeitgeber ebenfalls in entsprechender Anwendung des § 103 Abs. 2 BetrVG die Zustimmungsersetzung durch das Arbeitsgericht beantragen (BAG, 30.05.1978, AP KSchG 1969, § 15 Nr. 4)
- Der Arbeitgeber hat das Verfahren nach § 103 BetrVG einzuleiten.
 - Mitteilung der maßgeblichen Tatsachen, die Grundsätze gem. § 102 BetrVG gelten analog
- Der Betriebsrat entscheidet nach den Verfahrensvorschriften der §§ 26 ff. BetrVG unter Ausschluss des betroffenen Betriebsratsmitglieds
- Er hat kein Ermessen. Für ihn besteht die Pflicht, die Zustimmung zu erteilen, wenn die beabsichtigte Kündigung gerechtfertigt ist

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



- Keine besondere Frist für die Äußerung des Betriebsrates
 - § 102 Abs. 2 BetrVG gilt analog
 - Bei der Drei-Tages-Frist des § 102 Abs. 3 BetrVG handelt es sich um eine Frist von drei Kalendertagen, nicht von Werk- oder Arbeitstagen.
- Ein Schweigen des Betriebsrates führt nicht zur Zustimmung (BAG, 18.08.1977, AP BetrVG 1972, § 103 Nr. 10)
- Stimmt der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung zu, hat die außerordentliche Kündigung innerhalb der Frist gemäß § 626 Abs. 2 BGB zu erfolgen
 - das Zustimmungsverfahren verlängert den Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht (BAG, 18.08.1977, AP BetrVG 1972, § 103 Nr. 10)
- Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung oder äußert er sich nicht innerhalb von drei Tagen, muss der Arbeitgeber das Zustimmungsersetzungsverfahren einleiten. Dies hat innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu geschehen.

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



- Der Beschluss des Betriebsrates muss wirksam sein
 - nichtiger Beschluss liegt vor
 - besonders grober Verstoß gegen Vorschriften und Grundsätze für eine ordnungsgemäße Beschlussfassung
 - fehlerhafte Besetzung des Betriebsrat
 - Teilnahme des betroffenen Betriebsratsmitgliedes an der Beratung oder Beschlussfassung (BAG, 23.08.1984, EZA § 103 BetrVG 1972 Nr. 30)
 - unterbliebene Ladung eines Mitglied oder Ersatzmitglied
 - ein Ersatzmitglied nicht nachgerückt war und dadurch das Ergebnis der Beschlussfassung beeinträchtigt wurde (LAG Hamm, 18.05.1983, BB 1983, 1970)
- Das BAG gewährt allerdings dem Arbeitgeber Vertrauensschutz, wenn der Betriebsratsvorsitzende oder – im Falle seiner Verhinderung – sein Stellvertreter dem Arbeitgeber mitteilt, der Betriebsrat stimme der Kündigung zu und der Arbeitgeber nicht die Tatsachen kennt oder kennen muss, aus denen folgt, dass ein nichtiger oder überhaupt kein Betriebsratsbeschluss vorliegt (BAG, 23.08.1984, EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 30).

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



3. Zustimmungsersetzungsantrag

- Der Antrag des Arbeitgebers, wird im Wege des Beschlussverfahrens entschieden
- Es gilt der Untersuchungsgrundsatz
- Der Arbeitgeber kann nach Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens neue Tatsachen zur Begründung des Zustimmungsersetzungsantrages nachschieben (BAG, 24.03.2008, AP BetrVG 1972, § 103 Nr. 56)
 - Vor Einführung der neuen Kündigungsgründe sind diese dem Betriebsrat mitzuteilen und die Zustimmung zur Kündigung zu beantragen
 - keine Ersetzung der Mitteilung durch Kenntnisnahme des Betriebsratsvorsitzenden anlässlich der Teilnahme am Beschlussverfahren (BAG, 23.04.2008, AP BetrVG 1972, § 103 Nr. 56)
 - neuen Gründe müssen innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB mitgeteilt werden
- Beteiligte des Beschlussverfahrens sind der Arbeitgeber, der Betriebsrat und als Beteiligter auch der Arbeitnehmer
- Das Arbeitsgericht ersetzt die, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist, § 103 Abs. 2 Satz 1 BetrVG
- Entscheidung durch Beschluss, § 84 ArbGG, gegen den nach § 87 Abs. 1 ArbGG die Beschwerde zum LAG stattfindet

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



4. Zustimmungsersetzung als Voraussetzung für die Kündigung

- Die Kündigung ist zulässig, wenn das Arbeitsgericht dem Antrag rechtskräftig stattgegeben hat
- Maßgeblich ist die formelle Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung
 - keine Beschwerde gegen den stattgebenden Beschluss des Arbeitsgerichts
 - keine Zulassung der Rechtsbeschwerde gegen des Beschluss des LAG und Ablauf der Frist für die Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde
 - Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch das BAG
- Der Arbeitgeber kann nach Auffassung des BAG allerdings schon vor Eintritt der formellen Rechtskraft kündigen, wenn das LAG die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat und sich aus den Gründen der zugestellten Entscheidung des LAG ergibt, dass eine Nichtzulassungsbeschwerde offensichtlich aussichtslos ist (BAG, 09.07.1998, AP BetrVG 1972, § 103 Nr. 36 = NZA 1998, 1273)
- Empfehlenswert ist ein solches Vorgehen nicht. Es ist zu risikobehaftet.

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



5. Auswirkungen des Zustimmungseretzungsverfahrens auf das Arbeitsverhältnis

- Während des Zustimmungseretzungsverfahrens besteht das Arbeitsverhältnis fort.
- Eine Freistellung des Arbeitnehmers ist zulässig, wenn dem Arbeitgeber die Annahme der Arbeitsleistung wegen des Verhaltens nicht zugemutet werden kann (LAG München, 19.03.2003, NZA RR 2003, 641).
- Auch im Falle der Freistellung darf dem Arbeitnehmer als Betriebsratsmitglied die Amtsausübung allerdings nicht untersagt werden. Dies sollte in der Freistellung ausdrücklich berücksichtigt werden.

6. Anforderungen an den wichtigen Grund

- Es gelten die üblichen Maßstäbe des § 626 BGB. Lediglich bei einem Zusammentreffen von Amtspflichtverletzung und Vertragsverletzung ist an die Annahme eines wichtigen Grundes ein besonders strenger Maßstab anzulegen (BAG, 16.10.1986, AP BGB, § 626 Nr. 95, m.w.N.). Grund: Funktionsfähigkeit des Gremiums.

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



7. Fazit:

- Stimmt der Betriebsrat der Kündigung nicht nach § 103 BetrVG zu, besteht das Arbeitsverhältnis bis zur Rechtskraft des Zustimmungseretzungsverfahrens (12-14 Monate) weiter. Während dieses Zeitraumes ist der Arbeitnehmer zu vergüten.

8. Verhältnis zur Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers

- Obwohl der Streitgegenstand verschieden ist, geht die Rechtsprechung von einer Präjudizitätswirkung des Verfahrens nach § 103 BetrVG aus. Dies ist nach meinem Dafürhalten interessengerecht, da der Arbeitnehmer Beteiligter ist.
- Stützt der Arbeitnehmer die Kündigungsschutzklage ausschließlich darauf, dass entgegen den Feststellungen im Zustimmungseretzungsverfahren kein wichtiger Grund vorliegt, ist die Kündigungsschutzklage zwar zulässig, jedoch unbegründet. Allgemeine Auffassung – vgl. nur Richardi-Thüsing, § 103 Rn. 89.

§ 15 KSchG, § 103 BetrVG



- Die Präjudizitätswirkung besteht allerdings nicht für weitere Rechtseinwände, etwa Fragen der Frist des § 626 Abs. 2 BGB, der ordnungsgemäßen Unterzeichnung Bevollmächtigung oder aber für sonstige Gründe, etwa mangelnde Zustimmung des Integrationsamtes.
- Der Arbeitnehmer kann auch solche Tatsachen noch einwenden, die erst nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Zustimmungseretzungsverfahren entstanden sind (BAG, 24.04.1975, AP BetrVG 1972, § 103 Nr. 3).

VI.
§ 43 Landespersonalvertretungsgesetz (LPVG) –
Personalräte

§ 43 LPVG



§ 43 Abs. 2 LPVG NRW

Die außerordentliche Kündigung von Mitgliedern des Personalrates, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, bedarf der Zustimmung des Personalrates. Verweigert der Personalrat seine Zustimmung oder äußert er sich nicht innerhalb von drei Arbeitstagen nach Eingang des Antrags, so kann das Verwaltungsgericht sie auf Antrag der Dienststelle ersetzen, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. In dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ist die betroffene Arbeitnehmerin oder der betroffene Arbeitnehmer Beteiligte oder Beteiligter.

§ 21 – Wahlschutz und Wahlkosten [...]

§ 43 gilt für Mitglieder des Wahlvorstandes und für Wahlbewerberinnen und Wahlbewerber entsprechend.

§ 43 LPVG



§ 15 Abs. 2 KSchG

- (2) Die Kündigung eines Mitglieds einer Personalvertretung, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung oder einer Jugendvertretung ist unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund oder Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, ohne dass die nach dem Personalvertretungsrecht erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt wird. Nach Beendigung der Amtszeit der in Satz 1 genannten Personen ist ihre Kündigung innerhalb eines Jahres, vom Zeitpunkt der Beendigung der Amtszeit an gerechnet, unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die der Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen; dies gilt nicht, wenn die Beendigung der Mitgliedschaft auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht [...]*
- (4) Kündigungsschutzgesetz (Betriebsstilllegung)*
- (5) Stilllegung einer Betriebsabteilung*

Fazit:

- Das Schutzniveau des LPVG entspricht dem des § 15 KSchG i.V.m. § 103 BetrVG. Die Grundsätze gelten entsprechend. Zuständig ist allerdings das Verwaltungsgericht für die Zustimmungsersetzung.



VII.
§§ 13, 21 Mitarbeitervertretungsgesetz (MVG)

§§ 13, 21 MVG



§ 13 Abs. 3 MVG

Die Kündigung eines Mitglieds des Wahlvorstandes ist vom Zeitpunkt seiner Bestellung an, die Kündigung eines Wahlbewerbers oder einer Wahlbewerberin vom Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlages an nur zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, die den Dienstgeber zur außerordentlichen Kündigung berechtigen. Satz 1 gilt für eine Dauer von sechs Monaten nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses entsprechend. Die außerordentliche Kündigung bedarf der Zustimmung der Mitarbeitervertretung. § 38 Abs. 3 bis 5 gelten mit der Maßgabe entsprechend, dass die Dienststellenleitung die Frist bis auf drei Tage verkürzen kann. Der besondere Kündigungsschutz nach Satz 1 gilt nicht für Mitglieder eines Wahlvorstandes, die durch kirchenrechtlichen Beschluss abberufen worden sind. [...]

§ 21 MVG



§ 21 Abs. 3 MVG

Einem Mitglied der Mitarbeitervertretung darf nur gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, die den Dienstgeber zur außerordentlichen Kündigung berechtigen. Die außerordentliche Kündigung bedarf der Zustimmung der Mitarbeitervertretung oder der Zustimmung des Ersatzmitgliedes, falls die Mitarbeitervertretung nur aus einer Person besteht. Die Sätze 1 und 2 gelten für einen Zeitraum von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit entsprechend, es sei denn, dass die Amtszeit durch Beschluss nach § 17 beendet wurde. §§ 38 Abs. 3 und 4 gelten mit der Maßgabe entsprechend, dass die Dienststellenleitung die Frist bis auf drei Arbeitstages verkürzen kann.

Wird die Dienststelle ganz oder zu einem wesentlichen Teil aufgelöst, ist die Kündigung frühestens zum Zeitpunkt der Auflösung zulässig, es sei denn, dass wegen zwingender betrieblicher Gründe zu einem früheren Zeitpunkt gekündigt werden muss. Die Kündigung bedarf der Zustimmung der Mitarbeitervertretung oder, falls die Mitarbeitervertretung nur aus einer Person besteht, der Zustimmung des Ersatzmitgliedes.

Abs. 2 gilt entsprechend. Für das Verfahren gilt § 38 entsprechend.

§ 21 MVG



- Die Vorschriften entsprechen weitgehend den Regelungen zu § 15 Abs. 4, 5 KSchG und § 103 BetrVG. Sie stellen jedoch einen noch stärkeren Schutz her, denn
 - in den Vorschriften der §§ 13 und 21 MVG wird auch für den nachwirkenden Kündigungsschutz die Zustimmung der Mitarbeitervertretung vorausgesetzt. Dies ist in § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht der Fall. Dort ist lediglich bei dem nachwirkenden Kündigungsschutz die ordentliche Kündigung ausgeschlossen. Eine Kündigung ist jedoch aus wichtigem Grund ohne zusätzliche Zustimmung möglich
 - Im Falle der Auflösung der Dienststelle bedarf die Kündigung ebenfalls der Zustimmung der Mitarbeitervertretung. Auch dieses ist in § 15 Abs. 4, 5 KSchG nicht vorgesehen. Hier handelt es sich lediglich um eine ordentliche Kündigung, bei der der Betriebsrat zuvor nach § 102 BetrVG anzuhören ist
 - Im Übrigen sind die Grundsätze zu §§ 15 Abs. 4 KSchG und 103 BetrVG zu übertragen.

VIII.
§ 19 Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO) –
Mitglieder der Mitarbeitervertretung

§ 19 MAVO – Kündigungsschutz



- (1) Einem Mitglied der Mitarbeitervertretung kann nur gekündigt werden, wenn ein Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliegt. Abweichend von Satz 1 kann in den Fällen des Art. 5 Abs. 3 bis 5 der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse auch eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden. Die Sätze 1 und 2 gelten ebenfalls innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit, es sei denn, die Mitgliedschaft ist nach § 13 c Nr. 2, 3 oder 5 erloschen.*
- (2) Nach Ablauf der Probezeit darf einem Mitglied des Wahlausschusses vom Zeitpunkt seiner Bestellung an, einer Wahlbewerberin oder einem Wahlbewerber vom Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlages an, jeweils bis sechs Monate nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses nur gekündigt werden, wenn ein Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliegt. Für die ordentliche Kündigung gilt Abs. 1 Satz 2 entsprechend.*
- (3) Die ordentliche Kündigung eines Mitglieds der Mitarbeitervertretung, eines Mitglieds des Wahlausschusses oder einer Wahlbewerberin oder eines Wahlbewerbers ist auch zulässig, wenn eine Einrichtung geschlossen wird, frühestens jedoch zum Zeitpunkt der Schließung der Einrichtung, es sei denn, dass die Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt durch zwingende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Wird nur ein Teil der Einrichtung geschlossen, so sind die in Satz 1 genannten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in einen anderen Teil der Einrichtung zu übernehmen. Ist dies aus betrieblichen Gründen nicht möglich, gilt Satz 1.*

§ 19 MAVO – Kündigungsschutz



Fazit:

- Das Schutzniveau ist deutlich niedriger als im Betriebsverfassungsgesetz
- Die Zustimmung der Mitarbeitervertretung ist nicht erforderlich.

Übersicht



Amt	BetrVG	MVG	MAVO
Betriebsrat bzw. Mitglied der Mitarbeitervertretung während der Amtszeit	Wichtiger Grund und Zustimmung des Betriebsrates	Wichtiger Grund und Zustimmung der Mitarbeitervertretung	Wichtiger Grund
Betriebsrat oder Mitglied der Mitarbeitervertretung 1 Jahr nach Beendigung des Amtes	Wichtiger Grund	Wichtiger Grund und Zustimmung der Mitarbeitervertretung	Wichtiger Grund
Wahlvorstand und Wahlbewerber bis zum Wahlergebnis	Wichtiger Grund und Zustimmung	Wichtiger Grund und Zustimmung der Mitarbeitervertretung	Wichtiger Grund
Wahlvorstand und Wahlbewerber 6 Monate nach der Wahl	Wichtiger Grund	Wichtiger Grund und Zustimmung der Mitarbeitervertretung	Wichtiger Grund
Betriebsstilllegung	§§ 15, 4, 1 KSchG ordentliche Kündigung, Beteiligung des Betriebsrates	§ 21 Abs. 3 MVG und Zustimmung der Mitarbeitervertretung	Ordentliche Kündigung

IX.
§§ 8, 9 Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG) –
Fachkraft für Arbeitssicherheit

§§ 8, 9 ASiG



§ 8 ASiG

Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit sind bei der Anwendung ihrer arbeitsmedizinischen und sicherheitstechnischen Fachkunde weisungsfrei. Sie dürfen wegen der Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben nicht benachteiligt werden. [...]

§ 9 ASiG – Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat

[...]

- (3) Die Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit sind mit Zustimmung des Betriebsrates zu bestellen und abzurufen. Das gleiche gilt, wenn deren Aufgaben erweitert oder eingeschränkt werden sollen, im Übrigen gilt § 87 i.V.m. § 76 BetrVG.*

§§ 8, 9 ASiG



- Wird eine Fachkraft für Arbeitssicherheit wegen der Wahrnehmung seiner arbeitsrechtlichen Funktion benachteiligt, ist die Maßnahme, insbesondere die Kündigung wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig, § 8 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 134 BGB.
- Fehlt es allein an der Zustimmung des Betriebsrates zur Abberufung gem. § 9 Abs. 3 ASiG, ist die Rechtslage umstritten.
 - Teilweise wird zwischen der Bestellung und Abberufung der arbeitssicherheitsrechtliche Funktion und dem Arbeitsverhältnis streng differenziert. Sofern das Arbeitsverhältnis beendet wird, endet nicht automatisch die Stellung als Fachkraft für Arbeitssicherheit. Die Fachkraft für Arbeitssicherheit kann dann als externe Kraft weiterarbeiten und ist gem. § 612 BGB zu vergüten.
 - Nach überwiegender Auffassung führt die mangelnde Zustimmung des Betriebsrates, die auch nicht durch eine Einigungsstelle ersetzt wird, dazu, dass auch die Kündigung unwirksam ist (BAG, 24.03.1988, AP ASiG § 9 Nr. 1; LAG Bremen, 09.01.1998, AP ASiG § 9 Nr. 3).

§§ 8, 9 ASiG



- BAG, a.a.O.:
Das in § 9 Abs. 3 Satz 1 und 2 ASiG normierte Zustimmungsrecht des Betriebsrates zur Abberufung eines Betriebsrates ist ein vollwertiges Mitbestimmungsrecht, das nicht nur dann zu wahren ist, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fortsetzen und den von ihm beschäftigten Arzt nur von seinen Aufgaben als Betriebsarzt durch eine Abberufung entbinden will. Zweck und Ausgestaltung des Mitbestimmungsrechtes des § 9 Abs. 3 ASiG rechtfertigen eine Reduzierung auf einen reinen Vertragsinhaltsschutz nicht. Es wirkt sich vielmehr darüber hinaus auch als Bestandsschutz für das Arbeitsverhältnis des Betriebsarztes aus, wenn der Arbeitgeber davon absieht, die Zustimmung des Betriebsrates zur Abberufung einzuholen oder ersetzen zu lassen und die Abberufung nur als Folge einer Kündigung durchzusetzen versucht. Dieses Vorgehen führt zur Unwirksamkeit der Beendigungskündigung, weil sonst der Zweck des Mitbestimmungsrechtes gesetzeswidrig eingeschränkt wird. Dies gilt zumindest dann, wenn die Kündigungsgründe ihre Ursache in der Tätigkeit als Betriebsarzt haben und von der damit verbundenen Pflichtenkollision sachlich nicht zu trennen ist.
[...]
- Ich persönlich halte die Entscheidung für dogmatisch kaum vertretbar, § 9 Abs. 3 beinhaltet gerade kein Zustimmungserfordernis für eine Kündigung, wie etwa § 103 BetrVG.

X.

§ 4 f Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) –
Datenschutzbeauftragter;

§ 58 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) –
Immissionsschutzbeauftragter, Störfallbeauftragter

§ 4 BDSG; § 58 BImSchG



„Der von Gesetzeswegen zu bestellende Datenschutzbeauftragte bzw. der Immissionschutzbeauftragte ist ordentlich unkündbar, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, welche den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Nach der Abberufung ist die Kündigung innerhalb eines Jahres nach der Beendigung der Bestellung unzulässig, es sei denn, dass der Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt ist.“

- Sonderkündigungsschutz während der Amtszeit und ein Jahr nach deren Beendigung
- auch die Bestellung des Datenschutzbeauftragten kann nur in entsprechender Anwendung des § 626 BGB widerrufen werden, z.B. wegen
 - Geheimnisverrates
 - dauerhafter Verletzung der Kontrollpflichten
 - wirksame Beendigung des zugrundeliegenden Arbeitsverhältnisses
 - nicht ausreichend ist die unternehmerische Entscheidung, die Funktion des Datenschutzbeauftragten fremd zu vergeben (BAG. 23.03.2011, 10 AZR 588/09)
- Beim Immissionsschutzbeauftragten ist die Abberufung jederzeit möglich, da diese Funktion stark vom Vertrauen des Betreibers abhängig ist (APS, § 58 BImSchG, Rn. 9)
- Grundsätze gelten für den Störfallbeauftragten (§ 58 d BImSchG) und den Gewässerschutzbeauftragten (§ 66 WHG) entsprechend

XI.
§ 22 Berufsbildungsgesetz (BBiG)

§ 22 BBiG



[...]

- (2) Nach der Probezeit kann das Ausbildungsverhältnis nur gekündigt werden,
 1. aus einem wichtigen Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist,
 2. [...]*
- (3) Die Kündigung muss schriftlich und in den Fällen des Abs. 2 unter Angabe der Kündigungsgründe erfolgen.*
- (4) Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist unwirksam, wenn die hier zugrunde liegenden Tatsachen dem zur Kündigung Berechtigten länger als zwei Wochen bekannt sind. Ist ein vorgesehene Güteverfahren vor einer außergerichtlichen Stelle eingeleitet, so wird bis zu dessen Beendigung die Frist gehemmt.*



XII. Benachteiligungsverbote

Benachteiligungsverbote



§ 26 AGG – Ehrenamtliche Richter

§ 17 ArbSchG – Arbeitnehmer, die Vorschläge zur Arbeitssicherheit und zum Gesundheitsschutz gemacht haben, bei denen der Arbeitgeber nicht abhilft und wenn die Arbeitnehmer sich alsdann an die zuständige Behörde wenden

§ 26 MitbestG – Aufsichtsratsmitglieder

§ 22 SGB VII – Sicherheitsbeauftragte

§ 48 Abs. 2 GG – Kündigungsschutz für Parlamentarier

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Für Ihre Rückfragen:

Mütze Korsch Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Erttstr. 19 a (Am MediaPark)
50672 Köln

Tel.: +49 - (0)221 / 50003 – 603
Fax: +49 - (0)211 / 50003 – 636

E-Mail: michels@mkrig.com

Referent:



Dr. Marcus Michels
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht